

Sygn. akt: KIO 1790/17

**WYROK**  
**z dnia 8 września 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący:           Paweł Trojan**

**Protokolant:               Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** (prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław) w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4) - Lubawka zadanie IV od węzła Kamienna Góra Północ (z węzłem) do granicy państwa, o długości ok 15,3 km” (numer postępowania: O.WR.D-3.2410.86.2017)

przy udziale wykonawcy **Mota Engil Central Europe S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

przy udziale wykonawcy **Porr S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **Salini Impregilo S.p.A., via dei Missaglia 97, 20142 Mediolan (Włochy)** oraz **Salini**

Polska Spółka z o.o., ul. Złota 59, 00-120 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** i:

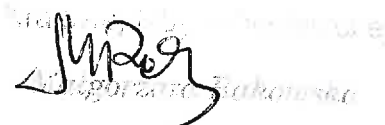
- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. 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:**



Na oryginale właściwe podpisy  
Za zgodność



## Uzasadnienie

do wyroku z dnia 8 września 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1790/17

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa (prowadzący postępowanie Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186, 53-139 Wrocław) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4) - Lubawka zadanie IV od węzła Kamienna Góra Północ (z węzłem) do granicy państwa, o długości ok 15,3 km” (numer postępowania: O.WR.D-3.2410.86.2017).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 26.05.2017 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 31.05.2017 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 103 - 204881.

W dniu 18.08.2017 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ.

Odwolanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, który zarzucił Zamawiającemu, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 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. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego poprzez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia 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 przygotowanie i prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz niezgodny z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SIWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odpowiedniej zmiany terminu składania ofert, jeśli okaże się to niezbędne.

Interes i szkoda:

Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkoda ta polega na ryzyku wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją.

W kontekście posiadania interesu prawnego we wnoszeniu odwołania na etapie kwestionowania elementów SIWZ, za wyrokiem KIO z dnia 4 października 2010 r. (sygn. akt KIO 2036/10), wskazujemy iż „środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestników! konkursu, a także Innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki

sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w przypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzi by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz".

Powyższe, zdaniem Odwołującego, w połączeniu z faktem, iż czynności Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem nie tylko naruszają wskazane powyżej przepisy ustawy Pzp ale również ograniczają konkurencyjność w ramach postępowania i szeroko rozumiany dostęp do zamówienia, dowodzi wypełnienia przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania, zdefiniowanych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Jak wskazał Odwołujący odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż Zamawiający w dniu 18 sierpnia 2017 r. przekazał Wykonawcom zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - zestaw nr 4 - modyfikując postanowienia zawarte w Tomie III - Opis Przedmiotu Zamówienia (Program Funkcjonalno - Użytkowy), dotyczące m.in. Parametrów przewidywanych obiektów inżynierskich. Postanowienia w tym zakresie wprowadzone rzeczoną modyfikacją stanowią przedmiot niniejszego odwołania.

W związku z tym, w dniu 18 sierpnia 2017 r. Wykonawca powziął wiadomość o zmianie treści SIWZ, a tym samym o nowych okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego, ustawowy – 10 - dniowy - termin na wniesienie odwołania został zachowany.

Odwołujący wskazał ponadto, że uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości i przekazał Zamawiającemu kopię odwołania wraz z załącznikami (potwierdzenia w załączeniu).

## UZASADNIENIE

### I. Uwagi ogólne

1. Na wstępie, w związku z tym iż zarzuty stawiane w ramach niniejszego odwołania dotyczą sposobu ukształtowania jednej z części SIWZ, Odwołujący wskazał, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona bowiem obowiązki wykonawców, jakie na nich ciążyą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, oraz dokumenty, jakie należy złożyć, by w nim uczestniczyć. Z tego względu każda część SIWZ winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej zapisy powinny być sformułowane w sposób eliminujący potrzebę wnioskowania, co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę powyższe, a także konieczność zapewnienia konkurencyjności i równego traktowania wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, ustawodawca nałożył na zamawiającego szereg szczegółowych obowiązków, którym musi sprostać na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym podczas formułowania każdej z części specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Opis przedmiotu zamówienia, co wprost determinuje dyspozycja art. 29 ust 1 i 2 ustawy Pzp, powinien pozwolić każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawcom, przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwić precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia powinien w związku z tym posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywę decydującą dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdził m.in. SO w Zielonej Górze w wyroku z dnia 13 maja 2005 r. (sygn. akt II Ca 109/05), w ramach którego wskazał, że okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, wystarczy bowiem, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę. W związku z tym jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 listopada 2006 r. (sygn. akt III Ca 1019/06) z przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż „opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle jasny, aby pozwalał na identyfikację zamówienia. Zwroty użyte do określenia przedmiotu zamówienia powinny być dokładnie określone i niebudzące wątpliwości, a zagadnienie winno być przedstawione wszechstronnie, dogłębnie i szczegółowo (...)”.

3. Również treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego, niezależnie od przysługującej zamawiającemu uprzywilejowanej pozycji, powinien być tak ukształtowany aby realizacja zamówienia była możliwa. Celem zamawiającego powinno być również dążenie do osiągnięcia korzystnych rynkowo cen. Zamawiający nie powinien konstruować umowy w żadnym z elementów (w tym również w elemencie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia) w sposób, który negatywnie wpłynie na ilość złożonych w przetargu ofert. Nie może także przerzucić całości ryzyka gospodarczego na wykonawcę. Postanowienia umowy powinny zostać przy tym określone w sposób na tyle precyzyjny, aby wykonawca był w stanie określić cenę ofertową. W sytuacji, w której nie jest możliwe podanie katalogu zamkniętego okoliczności, z którymi wiążą się określone następstwa, zamawiający powinien dążyć do jak najpełniejszego ich wyszczególnienia.

4. Co istotne, w ocenie Odwołującego, powyższe zobowiązania Zamawiającego dotyczące kształtowania treści SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych zobowiązań kontraktowych, kilkakrotnie były przedmiotem analizy i rozstrzygnięć KIO na tle postępowań dotyczących realizacji inwestycji drogowych. Z uwagi na analogię przedmiotu zamówienia oraz skarżonych postanowień stosowanych przez zamawiających w tych postępowaniach, tezy takich wyroków KIO stanowić mogą w związku z tym istotny punkt odniesienia i powinny być wzięte pod rozwagę w ramach orzekania w niniejszej sprawie. Tytułem przykładu powołać można w tym zakresie wyrok KIO z dnia 18 maja 2015 r. (sygn. akt KIO 897/15), wyrok KIO z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1607/16) czy wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16), w ramach których konsekwentnie podkreślano m.in. okoliczność, iż obciążanie wykonawców w całości ryzykiem wystąpienia okoliczności nieznanych na etapie ofertowania jest niewłaściwe, a opis przedmiotu zamówienia powinien być na tyle precyzyjny aby umożliwiał skalkulowanie ceny ofertowej. Niewątpliwie, naganność praktyk nieuwzględniających powyższych postulatów wzmożona jest przy inwestycjach infrastrukturalnych, w ramach których skala ryzyk związanych z każdą niedoprecyzowaną i nieznaną okolicznością wiąże się z ogromnymi kosztami, które spowodować mogą w konsekwencji nieopłacalność kontraktu, a w skrajnych przypadkach nawet upadłość podmiotu realizującego dane zadanie inwestycyjne. Dlatego też jak wskazywała KIO w wyroku o sygn. KIO 1607/16 „opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, wzajemnie niespójny, przenoszący na wykonawców składających ofertę ciężar jego dookreślenia. Za niedopuszczalną należy uznać praktykę opisu przedmiotu zamówienia poprzez zdarzenia przyszłe, niedookreślone, których rzeczywista potrzeba wykonania jak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez

wykonawcę czynności już na etapie realizacji (...). Nadużywanie praw podmiotowych przez zamawiającego do ustalania warunków zamówienia, nie służy realizacji celów zakładanych przez ustawę Prawo zamówień publicznych - otwartych na konkurencję. Zniechęca wykonawców do uczestnictwa w takim postępowaniu, gdzie granice przedmiotu zamówienia, które przyjdzie im realizować nie zostały, w sposób przewidywalny określone, a wykonawcę obarcza się nadmiernym ryzykiem niedoszacowania ceny oferty. W warunkach tak prowadzonego postępowania, każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka, co może doprowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert". Co warte podkreślenia, powyżej cytowany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczył postępowania prowadzonego w formule „zaprojektuj i wybuduj” która dopuszczając pewien margines doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia na etapie realizacji inwestycji, nie przerzuca jednak wszelkich ryzyk z tym związanych na wykonawców i nie zwalnia Zamawiającego z konieczności respektowania podstawowych, powyżej zdefiniowanych obowiązków w zakresie opisanego przedmiotu zamówienia.

## II. Stan faktyczny - konkretyzacja zarzutów i wniosków Odwołującego

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4) - Lubawka zadanie IV od węzła Kamienna Góra Północ (z węzłem) do granicy państwa, o długości ok 15,3 km", które zostało wszczęte w dniu 31 maja 2017 r. poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

2. Pierwotnie zgodnie z treścią Tomu III SIWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU) w odniesieniu do Parametrów przewidywanych obiektów inżynierskich Zamawiający zamieścił Wykaz tychże obiektów inżynierskich wraz ze wskazaniem, iż:

(...)

Zmiana sposobu pokonania przeszkody, liczby i parametrów obiektów inżynierskich, podanych w tabeli nr 1.1:

- są dopuszczalne wyłącznie na podstawie Procedury Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu,
- wymagają uzasadnienia w raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko w stosunku do decyzji środowiskowej.

Zdaniem Odwołującego, innymi słowy, Zamawiający stworzył poprzez zamieszczenie w treści PFU Tabeli 1.1. zamknięty katalog obiektów inżynierskich, które należało skalkulować w ramach przygotowywanej oferty, limitując możliwość ich modyfikacji jedynie do przypadków ściśle określonych powyżej, wprowadzonych zgodnie z Warunkami Kontraktu.

2. Zmiana dotyczy SIWZ Tomu III Opis Przedmiotu Zamówienia (Program Funkcjonalno - Użytkowy), zmieniając pkt. 1.1.4.2, Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich:

**Istniejący zapis:**

(-)

Zmiana sposobu pokonania przeszkody, liczby i parametrów obiektów Inżynierskich, podanych w tabeli nr 1.1:

- są dopuszczalne wyłącznie na podstawie Procedury Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu,
- wymagają uzasadnienia w Raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko w stosunku do decyzji środowiskowej.

**Zastępuje się:**

W przypadku przejść dolnych dla zwierząt, dla których określono w decyzji środowiskowej współczynnik względnej ciasnoty  $[(\text{szerokość} \times \text{wysokość}) / \text{długość}]$  należy pamiętać, że długość przejść dolnych stanowi szerokość drogi (tj. szerokość obiektu inżynierskiego, a nie jego długość). Zmiana sposobu pokonania przeszkody, lub ilości, lub parametrów obiektów Inżynierskich, podanych w Tabeli nr 1.1.:

- są dopuszczalne wyłącznie na podstawie Procedury Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu,
- wymagają uzasadnienia w Raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko - w stosunku do decyzji środowiskowej,

Procedury Zmiany jak wyżej nie stosuje się do zmiany parametrów obiektów Inżynierskich wskazanych w Tabeli nr 1.1. w przypadku gdy przedmiotem zmiany jest:

- zmiana długości całkowitej do  $\pm 25\%$  wartości podanych w Tabeli nr 1.1 kolumna 4, lub
- zmiana szerokości całkowitej przęsła do  $\pm 10\%$  wartości podanych w Tabeli nr 1.1. kolumna 5.

Zmiany parametrów podanych w Tabeli nr 1.1., tj. długości całkowitej do  $\pm 25\%$  oraz szerokości całkowitej przęsła do  $\pm 10\%$  zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Zmiany wykraczające poza powyższe będą rozpatrywane zgodnie z Warunkami Kontraktu.

W przypadku obiektów z funkcją ekologiczną, w celu uzyskania drożności szlaku migracji zwierząt w pasie objętym realizacją Inwestycji, należy uwzględnić konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej. W uzasadnionych przypadkach

należy uwzględnić konieczność budowy również dodatkowych obiektów na szlaku migracji (o parametrach określonych w decyzji 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, natężeniu ruchu dla możliwości bezpiecznego jej pokonania, wysoki i stromy nasyp, linia kolejowa itp.).

Tym samym, w ocenie Odwołującego, zmienione postanowienie w tym zakresie z jednej strony wskazuje konsekwentnie, iż katalog przewidywanych obiektów inżynierskich zamieszczony w treści Tabeli 1.1. ma charakter wiążący i zamknięty (o czym świadczy wyraźne wskazanie, iż zmiana sposobu pokonania przeszkody, ilości lub parametrów obiektów inżynierskich względem Tabeli 1.1. powoduje konieczność wprowadzenia zmiany na podstawie Warunków Kontraktowych), z drugiej zaś, poprzez treść ostatniego dodanego akapitu, sugeruje otwarcie tego katalogu (konieczność uwzględnienia innych obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej oraz innych potencjalnych obiektów w przypadku gdyby okazało się to uzasadnione). W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, w ramach tej samej jednostki redakcyjnej Wykonawcy otrzymali dwie sprzeczne ze sobą informacje w zakresie tego co należy wycenić w treści składanej oferty. Wskazana sytuacja nie występowała w ramach pierwotnej treści PFU, co determinuje, iż Wykonawcy dopiero w dniu 18 sierpnia 2017 r. powzięli wiadomość o rzeczony okoliczności mogącej być przedmiotem odwołania, która to okoliczność doprowadziła do klasycznej nieprecyzyjności opisu przedmiotu zamówienia, mogącej w konsekwencji skutkować nieporównywalnością złożonych ofert.

4. Przewidzianej przez Zamawiającego w ostatnim akapicie konieczności uwzględnienia budowy:

- obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej;
- dodatkowych obiektów na szlaku migracji (o parametrach określonych dla przejścia głównego) w celu bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza pas drogowy (np. pod łącznicami);

nie da się, zdaniem Odwołującego, pogodzić z deklarowanym wiążącym charakterem Tabeli 1.1. ze względu na to, iż:

- Tabela 1.1. nie zawiera wszystkich obiektów, które wskazywane są w treści decyzji środowiskowej. Odwołujący wskazuje w tym zakresie przykładowo na obiekt w km 63+700 do 63+900 (przejścia górne dla zwierząt dużych) o szerokości w największym miejscu > 60 m,

który zdefiniowany został w pkt 3.5. na stronie 9 udostępnionej Decyzji Środowiskowej (RDOŚ-02-WOOS-6613-1/59-17/09/10/kc), a który nie został ujęty w rzeczowej Tabeli;

- Tabela 1.1. siłą rzeczy nie odnosi się również do dodatkowych obiektów na szlaku migracji, które miałyby zostać zidentyfikowane indywidualnie przez każdego z wykonawców, a które nie zostały ujęte tak w treści PFU jak również innych dokumentach udostępnionych przez Zamawiającego.

5. Jak wskazał Odwołujący w związku z tym, w świetle powyższych postanowień niejednoznaczne pozostaje to, czy konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej oraz dodatkowych obiektów na szlaku migracji zidentyfikowanych przez wykonawców, nie wymienionych w Tabeli 1.1. ma zostać wyceniona w ramach składanej oferty, czy też - zgodnie z postanowieniem, które równolegle znajduje się w treści PFU - będzie wiązała się z każdorazowym wprowadzaniem zmian do Kontraktu.

W kontekście powyższego postanowienia PFU, zdaniem Odwołującego, należy zwrócić uwagę, że na jego podstawie każdy z potencjalnych wykonawców może poczynić odmienne założenie, a w konsekwencji wliczyć w cenę swojej oferty inne obiekty inżynierskie. W rezultacie takie ujęcie informacji w ramach opisu przedmiotu zamówienia w sposób bezpośredni generuje ryzyko uzyskania nieporównywalnych ofert w ramach postępowania. Powyższe, niwecząc konkurencyjność w ramach postępowania jest sytuacją niekorzystną tak dla wykonawców jak i dla samego Zamawiającego.

6. W ocenie Odwołującego tymczasem wykonawcy ubiegający się o udzielenie danego zamówienia publicznego powinni otrzymać jednolite i stanowcze informacje obejmujące taki zakres danych, który umożliwi im przygotowanie i wycenę składanych ofert. Odwołujący, nie neguje, że formuła zaprojektuj i wybuduj zakłada pewną elastyczność postanowień opisujących przedmiot zamówienia, który doszczegóławiany 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. Biorąc pod uwagę powyższe, oraz fakt, iż obiekty inżynierskie, o których mowa w kwestionowanym postanowieniu stanowią istotny element składowy w ramach wyceny oferty, informacje będące podstawą wyceny w tym zakresie powinny więc mieć stanowczy i jednoznaczny charakter.

7. Odwołujący podniósł, że niezależnie od powyższego, przy założeniu, że obiekty inżynierskie, o których wspomina ostatni akapit zmodyfikowanego postanowienia, nie ujęte w

Tabeli 1.1., zgodnie z intencją Zamawiającego miałyby zostać skalkulowane w ramach składanej oferty, taki opis przedmiotu zamówienia cechowałby się ponadto brakiem wymaganego skonkretyzowania. W takiej sytuacji Wykonawcy zmuszeni zostaliby bowiem do kalkulacji ryzyk w tym zakresie jedynie na podstawie wstępnych szacunków, bez precyzyjnych danych wyjściowych przekazanych przez Zamawiającego, który posiadając instrumenty do opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z jego zapotrzebowaniem powinien dać temu wyraz w treści udostępnianej PFU. Ponadto, podnieść należy, że w przypadku dodatkowych obiektów inżynierskich, o których mowa w ostatnim akapicie zmienionego postanowienia PFU, które wykonawcy mieliby sami zidentyfikować dla uzasadnionych w tym celu przypadków, każdy z wykonawców może ilość i parametry tych obiektów zidentyfikować na innym poziomie. W związku z tym przy założeniu, że ten element ma zostać wliczony do ceny ofertowej może dojść tak do jej przeszacowania jak i niedoszacowania, przy czym Zamawiający pozbawiony zostanie mechanizmów zmierzających do weryfikacji prawidłowości tejże wyceny (Wykonawcy nie zostali bowiem zobligowani do przedłożenia wykazu zakładanych przez siebie dodatkowych obiektów inżynierskich).

Jak wskazał Odwołujący skala obiektów inżynierskich, które potencjalnie mogą okazać się konieczne do dodatkowego wprowadzenia przedstawiona zostanie poniższej w ramach zestawienia tabelarycznego. Szacunkowa wartość wybudowania tych obiektów zdaniem Wykonawcy może sięgnąć nawet kilkudziesięciu milionów złotych, a w konsekwencji kwestia konieczności włączenia tej kwoty do wyceny oferty każdego z wykonawców może okazać się kluczowa dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

Tabela 1.1.a *Wykaz przewidywanych obiektów inżynierskich koniecznych do budowy na szlakach migracji zwierząt W celu zapewnienia bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza inne drogi komunikacyjne, wysokie i strome nasypy, linie kolejowe itp.*

Lp. Oznaczenie obiektu Przewidywany kilometraż Przewidywana długość całkowita [m] Przewidywana min. szerokość całkowita obiektu (zalecana) [m] Przeszkoda (ostatnia kolumna)

|           |               |        |        |                       |
|-----------|---------------|--------|--------|-----------------------|
| 1. PZg-60 | -59+251 WS-45 | 36     | 50(60) | linia kolejowa nr 345 |
| 2. PZg-61 | -60+000 WS-47 | 30     | 50(60) | linia kolejowa nr 299 |
| 3. PZg-62 | -62+639 WS-49 | 30     | 50(60) | DK5                   |
| 4. PZg-63 | -63+900 86    | 50(60) |        | S3 + DK5              |
| 5. PZg-64 | -64+145 WS-52 | 30     | 50(60) | DK5                   |
| 6. PZg-65 | -65+285 WS-54 | 32     | 50(60) | linia kolejowa nr 299 |

|           |               |    |        |     |
|-----------|---------------|----|--------|-----|
| 7. PZg-66 | -65+285 WS-54 | 30 | 50(60) | DK5 |
| 8. PZg-67 | -67+227 WS-57 | 36 | 30     | DK5 |

PZg - przejście dla zwierząt górą

Tabela 1.2.a Wykaz przewidywanych przepustów inżynierskich koniecznych do budowy na szlakach migracji zwierząt W celu zapewnienia bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza inne drogi komunikacyjne, wysokie i strome nasypy, linie kolejowe itp.

| Lp. | Oznaczenie obiektu | Przewidywany kilometraż | Przewidywany przekrój poprzeczny [BxH Ø] |
|-----|--------------------|-------------------------|--|
| 1   | PZ-60 58+923       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 2   | PZ-61 58+923       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 3   | PZ-62 66+053       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 4   | PZ-63 66+053       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 5   | PZ-64 66+323       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 6   | PZ-65 66+323       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 7   | PZ-66 66+373       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 8   | PZ-67 66+373       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 9   | PZ-68 66+423       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 10  | PZ-69 66+423       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 11  | PZ-70 66+473       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 12  | PZ-71 66+473       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 13  | PZ-72 66+523       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 14  | PZ-73 66+523       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 15  | PZ-74 66+573       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 16  | PZ-75 66+573       | 3,5                     | 3,5 x 1,5                                |
| 17  | PZ-76 68+045       | 5                       | 5 x 1,5                                  |
| 18  | PZ-77 68+650       | 5                       | 5x1,5                                    |
| 19  | PZ-78 68+850       | 6                       | 6x1,5                                    |

8. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego, każdy z potencjalnych wykonawców powinien uzyskać precyzyjną informację w zakresie tego jakie elementy mają zostać oszacowane w ramach składanej przez niego oferty. Konieczność wliczenia potencjalnie

koniecznych do wybudowania obiektów już do ceny ofertowej zdaniem Odwołującego jest jednak o tyle nieuzasadnione, iż Wykonawcy mogą na obecnym etapie zidentyfikować ilość i parametry ww. obiektów inżynierskich jedynie w sposób szacunkowy. Taka konstrukcja postanowienia PFU, zwalniałaby jednocześnie Zamawiającego z jego obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia, przerzucając go na Wykonawców, którzy zostaliby zobowiązani do kalkulacji niemożliwych precyzyjnie do oszacowania ryzyk. Jak wskazał Odwołujący precyzyjną skalę kosztów związanych z koniecznością wprowadzenia dodatkowych obiektów inżynierskich będzie można bowiem określić dopiero na etapie wykonywania Projektu Budowlanego i Wykonawczego, a więc ich określenie uzależnione jest od zdarzeń przyszłych, niemożliwych w sposób jednoznaczny do przewidzenia na etapie ofertowania. Takie ujęcie opisu przedmiotu zamówienia wskazuje więc na definiowanie obowiązków wykonawców za pomocą przyszłych zdarzeń, które to działanie jest jednoznacznie sankcjonowane w ramach najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Powszechnych. Tytułem przykładu, Odwołujący wskazuje w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 437/16), potwierdzony wyrokiem SO w Warszawie z dnia 8 lipca 2016 r. (sygn. akt XXIII Ga 675/16), w którym to w ramach postępowania prowadzonego w formule zaprojektuj i wybuduj, zanegowano zastosowanie takiego opisu przedmiotu zamówienia, w którym ewentualne zmiany w stosunku do danych wyjściowych wskazywanych przez Zamawiającego miałyby być ryzykiem obciążającym wyłącznie Wykonawcę. Jak wskazała KIO w ramach uzasadnienia ww. wyroku „w chwili składania ofert wykonawca nie ma wiedzy co do tego, czy taka sytuacja będzie miała miejsce oraz jaki będzie zakres ewentualnych zmian. Ewentualne ryzyko związane z wprowadzonymi zmianami obciążać będzie wówczas wykonawcę. Z uwagi na brak wiedzy co do zakresu zmian oraz ich wpływu na wartość wykonywanych prac oraz innych elementów związanych z realizacją zamówienia (np. czasu) obciążanie tym ryzykiem w całości wykonawcę należy uznać za niewłaściwe” Warto podkreślić, że Sąd Okręgowy akcentował w tym zakresie, że automatyczne uznanie a priori, iż ewentualne zmiany w zakresie realizacji zamówienia wynikające z przyszłych zdarzeń nie wpłyną ani na koszt ani na czas inwestycji (co przejawiać miałyby się w zakazie modyfikacji kontraktu w tych obszarach) jest nielogiczne i sprzeczne z doświadczeniem życiowym.

9. Tym samym, zdaniem Odwołującego, stwierdzić należy, iż brak przekazania jednoznacznych i precyzyjnych informacji, będących składowymi opisu przedmiotu zamówienia, świadczy tak o naruszeniu art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jak również art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> KC. Z uwagi na fakt, iż przedmiotowe zamówienie realizowane jest w ramach formuły zaprojektuj i wybuduj,

konsekwentnie działania Zamawiającego naruszają równocześnie odpowiednie postanowienia Rozporządzenia.

10. Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, Odwołujący wniósł o:

- modyfikację treści PFU w kwestionowanym zakresie poprzez jednoznaczne wskazanie, iż konieczność budowy obiektów inżynierskich wykraczających poza katalog zawarty w Tabeli 1.1. nie mieści się w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej i każdorazowo wprowadzana będzie do umowy w trybie zmiany Kontraktu. Rzeczona modyfikacja może zostać wprowadzona do treści PFU poprzez następujący zapis:

„W przypadku obiektów z funkcją ekologiczną, w celu uzyskania drożności szlaku migracji zwierząt w pasie objętym realizacją inwestycji, należy uwzględnić konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej. W uzasadnionych przypadkach należy uwzględnić konieczność budowy również dodatkowych obiektów na szlaku migracji (o parametrach określonych w decyzji 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, natężeniu ruchu dla możliwości bezpiecznego jej pokonania, wysoki i stromy nasyp, linia kolejowa itp.). Uwzględnienie konieczności budowy ww. obiektów nie wiąże się z koniecznością uwzględnienia ich w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. W przypadku zaktualizowania się konieczności budowy rzeczonych obiektów każdorazowo przeprowadzona zostanie Procedura Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu.

alternatywnie:

- modyfikację treści PFU poprzez modyfikację Tabeli 1.1. i ujęcie w jej treści wszystkich obiektów inżynierskich koniecznych do wybudowania i skalkulowania w cenie ofertowej.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania**

**pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest zainteresowany złożeniem w niniejszym postępowaniu oferty zaś, w jego ocenie, postanowienia SIWZ w kształcie po modyfikacji z dnia 18.08.2017 r. uniemożliwiają mu złożenie ważnej oferty i dokonanie precyzyjnej wyceny przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszenia wskazanych przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego. Szkada ta polega na ryzyku wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 31.05.2017 r. przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2017/S 103-204881.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Izba ustaliła również, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wybudowanie drogi S3 Legnica (A4) - Lubawka zadanie IV od węzła Kamienna Góra Północ (z węzłem) do granicy państwa, o długości ok 15,3 km.

Jak wynika z sekcji II pkt 2.4) ogłoszenia o zamówieniu zamówienie obejmuje w szczególności:

1. Opracowanie dokumentacji projektowej, w tym:
  - a) wykonanie projektów budowlanych – zaktualizowanie i zoptymalizowanie rozwiązań projektowych przyjętych w Projekcie Budowlanym pn.: „Budowa drogi S – 3 Legnica (A – 4) – Lubawka, Zadanie IVa od km ok. 54+316,50 do km ok. 67+650 w zakresie opisanym w Programie Funkcjonalno – Użytkowym i uzyskanie niezbędnych opinii, uzgodnień, decyzji administracyjnych,
  - b) wykonanie nowych projektów budowlanych – w oparciu o rozwiązania projektowe przyjęte w Dokumentacji koordynującej połączenia dróg ekspresowych S3 i R11, dla zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa drogi ekspresowej S – 3 Legnica (A – 4) – Lubawka”, Zadanie IVb od km ok. 67+650 do granicy państwa w zakresie opisanym w programie Funkcjonalno – Użytkowym i uzyskanie niezbędnych opinii, uzgodnień, decyzji administracyjnych,
  - c) opracowanie koniecznych projektów wykonawczych branżowych, technologicznych, warsztatowych,
  - d) opracowanie koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem.
2. Uzyskanie decyzji zezwalającej na realizację inwestycji drogowej (ZRID).
3. Budowę drogi ekspresowej o długości ok. 15,3 km i przekroju 2 x 2 pasy ruchu.
4. Budowę 3 węzłów drogowych: „Kamienna Góra Północ”, „Kamienna Góra Południe” oraz „Lubawka”.
5. Przebudowę istniejącej sieci dróg w zakresie kolizji z planowaną drogą ekspresową.

6. Budowę dróg innych niż droga ekspresowa, obsługujących tereny przyległe do projektowanego pasa drogowego oraz przywracające naruszone połączenia drogowe.
7. Budowę obiektów inżynierskich, w tym:
  - 9 wiaduktów i 3 mostów w ciągu drogi S – 3,
  - 5 wiaduktów nad drogą ekspresową,
  - 3 przejazdów gospodarczych,
  - przepustów.
8. Budowę systemu odwodnienia korpusu drogowego drogi ekspresowej i pozostałych dróg.
9. Przebudowę sieci melioracyjnych.
10. Budowę urządzeń ochrony środowiska.
11. Budowę infrastruktury na potrzeb drogi.
12. Przebudowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej.
13. Realizację Systemów Bezpieczeństwa Tuneli i Systemów Zarządzania Tunelami wraz z infrastrukturą im towarzyszącą.
14. Stałą organizację ruchu oraz organizację ruchu na czas wykonywania robót.
15. Prace przygotowawcze i wykończeniowe, w tym m.in.: rozbiórki, zieleni, ogrodzenia drogi.
16. Opracowanie dokumentacji powykonawczej.
17. Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Zgodnie z treścią SIWZ (Wrocław, maj 2017) Tom II Warunki kontraktu Rozdział 4 warunki ogólne kontraktu stanowią „Warunki Kontraktu na urządzenie i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko – polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils).

Zamawiający pismem z dnia 10.08.2017 r. ustalił ostateczny termin składania ofert na dzień 26.09.2017 r. na godzinę 11.30.

W pierwotnej treści Tomu III SIWZ - Program Funkcjonalno - Użytkowy (PFU) w odniesieniu do Parametrów przewidywanych obiektów inżynierskich Zamawiający zamieścił Wykaz tychże obiektów inżynierskich wraz ze wskazaniem, iż:

(...)

Zmiana sposobu pokonania przeszkody, liczby i parametrów obiektów inżynierskich, podanych w tabeli nr 1.1:

- są dopuszczalne wyłącznie na podstawie Procedury Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu,

- wymagają uzasadnienia w Raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko w stosunku do decyzji środowiskowej.

Następnie pismem z dnia 18.08.2017 r. (Pytania wraz z wyjaśnieniami – znak O.WR.D-3.2410.86.2017.5.md) Zamawiający dokonał m.in. zmiany dotyczącej treści SIWZ Tomu III odnoszącej się do Opisu Przedmiotu Zamówienia (Program Funkcjonalno - Użytkowy), zmieniając pkt. 1.1.4.2. zatytułowany „Parametry przewidywanych obiektów inżynierskich” przez zastąpienie istniejącego postanowienia ( w pkt 2 – str. 4 wyjaśnień):

*„Zmiana sposobu pokonania przeszkody, liczby i parametrów obiektów Inżynierskich, podanych w tabeli nr 1.1:*

- są dopuszczalne wyłącznie na podstawie Procedury Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu,
- wymagają uzasadnienia w Raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko w stosunku do decyzji środowiskowej.

następującym - nowym postanowieniem:

*„W przypadku przejść dolnych dla zwierząt, dla których określono w decyzji środowiskowej współczynnik względnej ciasnoty [(szerokość x wysokość) / długość] należy pamiętać, że długość przejść dolnych stanowi szerokość drogi (tj. szerokość obiektu inżynierskiego, a nie jego długość). Zmiana sposobu pokonania przeszkody, lub ilości, lub parametrów obiektów Inżynierskich, podanych w Tabeli nr 1.1.:*

- są dopuszczalne wyłącznie na podstawie Procedury Zmiany zgodnie z Warunkami Kontraktu,
- wymagają uzasadnienia w Raporcie wykonanym w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko - w stosunku do decyzji środowiskowej,

*Procedury Zmiany jak wyżej nie stosuje się do zmiany parametrów obiektów Inżynierskich wskazanych w Tabeli nr 1.1. w przypadku gdy przedmiotem zmiany jest:*

- zmiana długości całkowitej do  $\pm 25\%$  wartości podanych w Tabeli nr 1.1 kolumna 4, lub
- zmiana szerokości całkowitej przęsła do  $\pm 10\%$  wartości podanych w Tabeli nr 1.1. kolumna 5.

*Zmiany parametrów podanych w Tabeli nr 1.1., tj. długości całkowitej do  $\pm 25\%$  oraz szerokości całkowitej przęsła do  $\pm 10\%$  zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej. Zmiany wykraczające poza powyższe będą rozpatrywane zgodnie z Warunkami Kontraktu.*

*W przypadku obiektów z funkcją ekologiczną, w celu uzyskania drożności szlaku migracji zwierząt w pasie objętym realizacją Inwestycji, należy uwzględnić konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej. W uzasadnionych przypadkach należy uwzględnić konieczność budowy również dodatkowych obiektów na szlaku migracji (o parametrach określonych w decyzji 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, natężeniu ruchu dla możliwości bezpiecznego jej pokonania, wysoki i stromy nasyp, linia kolejowa itp.).”*

Na powyższą czynności Odwołujący wniósł w dniu 28.08.2017 r. odwołanie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż w ramach niniejszego postępowania Zamawiający zastosował do realizacji przedmiotu zamówienia formułę „zaprojektuj i wybuduj” opierając realizację zamierzenia inwestycyjnego na standardowych warunkach kontraktowych (SIWZ Tom II Warunki kontraktu Rozdział 4) wskazując, że warunki ogólne kontraktu stanowią „Warunki Kontraktu na urządzenie i budowę z projektowaniem dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz dla robót budowlanych i inżynierskich projektowanych przez Wykonawcę” COSMOPOLI CONSULTANTS, wydanie angielsko – polskie 2000. Tłumaczenie pierwszego wydania FIDIC 1999 (Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils).

Powyższe ma istotny wpływ zarówno na sposób przygotowania oferty, jak również na sam proces ofertowania, w tym identyfikację przedmiotu zamówienia oraz jego wycenę. Wszakże Zamawiający nie przekazuje wykonawcom w ramach opisu przedmiotu zamówienia szczegółowej dokumentacji projektowej, lecz jedynie program funkcjonalno – użytkowy (PFU)

zawierający jedynie ogólne wytyczne funkcjonalne związane z planowanym zamierzeniem inwestycyjnym. PFU zgodnie z regulacjami *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* winien zawierać (w zakresie merytorycznym) opis ogólny przedmiotu zamówienia, opisy wymagań zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych, aktualne uwarunkowania wykonywania przedmiotu zamówienia, ogólne i szczególne właściwości funkcjonalno-użytkowe, wymagania dotyczące przygotowania terenu, architektury, konstrukcji, instalacji, wykończenia i zagospodarowania terenu (§ 18 ust. 1 – 3 ww. Rozporządzenia). W ust. 4 ww. paragrafu wskazano, że opis wymagań z ust. 3 obejmuje cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych, warunki wykonania i odbioru robót budowlanych odpowiadających zawartości specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, o których mowa w rozdziale 3.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący w zakresie merytorycznym nie wykazał braków przekazanego wykonawcom przez Zamawiającego PFU. W ocenie Izby dołączony do SIWZ dokument umożliwia sporządzenie oferty i wycenę przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że jest on jedynym dokumentem, na podstawie którego wykonawcy winni przygotować ofertę.

Wykonawcy zaś, w takim wypadku z jakim mamy do czynienia (formuła prowadzonego postępowania), już na etapie przygotowania oferty celem poprawnej i kompleksowej identyfikacji zakresu przedmiotowego winni dokonać przynajmniej wizji lokalnej terenu inwestycji, analizy innych powiązanych inwestycji oraz obiektów, w tym dokumentacji projektowej i powykonawczej dotyczącej otoczenia inwestycyjnego, jak również nierzadko wykonać projekt koncepcyjny celem dokonania wstępnego ustalenia zakresu przedmiotowego zamówienia. Wszakże, pomimo braku szczegółowego projektu, w tego typu formule realizacji inwestycji, winni oni nie tylko wycenić prace projektowe, nadzór autorski ale również i przede wszystkim dokonać wyceny wszystkich robót budowlanych i dostaw związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

Działania te, mające swoje źródło w samej formule realizacji inwestycji, będą w konsekwencji oddziaływały na cały proces ofertowania, i w konsekwencji proces realizacji przedmiotu zamówienia.

2. Istotą sporu w ramach rozpoznawanego odwołania, w ocenie Odwołującego, jest ukształtowanie w zakresie obiektów inżynierskich treści SIWZ w taki sposób, że jest ona

sprzeczna i niejednoznaczna. Odwołujący wskazał, że „(...) z jednej strony wskazuje konsekwentnie, iż katalog przewidywanych obiektów inżynierskich zamieszczony w treści Tabeli 1.1. ma charakter wiążący i zamknięty (...), z drugiej zaś, poprzez treści ostatniego dodanego akapitu, sugeruje otwarcie tego katalogu (konieczność uwzględnienia innych obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej oraz innych potencjalnych obiektów w przypadku gdyby okazało się to uzasadnione).” W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, w ramach tej samej jednostki redakcyjnej Wykonawcy otrzymali dwie sprzeczne ze sobą informacje w zakresie tego co należy wycenić w treści składanej oferty. Jak wskazał Odwołujący w pkt 5 odwołania w związku z tym, w świetle powyższych postanowień niejednoznaczne pozostaje to, czy konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej oraz dodatkowych obiektów na szlaku migracji zidentyfikowanych przez wykonawców, nie wymienionych w Tabeli 1.1. ma zostać wyceniona w ramach składanej oferty, czy też - zgodnie z postanowieniem, które równolegle znajduje się w treści PFU - będzie wiązała się z każdorazowym wprowadzaniem zmian do Kontraktu.

W ocenie zaś Zamawiającego brak jest wątpliwości, co do postanowień SIWZ odnoszących się do identyfikacji i wyceny obiektów inżynierskich przeznaczonych do migracji zwierząt, gdyż w wyniku modyfikacji z dnia 18.08.2017 r. doszło do sprecyzowania jakie dodatkowe obiekty wykonawca winien uwzględnić w swojej ofercie, w tym uwzględnić je w cenie ofertowej, precyzując jednocześnie w jakich okolicznościach obiekty te mają być ujęte w ofercie.

3. W ocenie Izby konieczność ewentualnego przewidzenia i wyceny dodatkowych obiektów inżynierskich jest nie tyle dodatkowym ryzykiem wprowadzonym przez Zamawiającego, lecz nałożeniem na wykonawców dodatkowego obowiązku i zwrócenia uwagi na pewien możliwy do wystąpienia problem. Z trudnym do zidentyfikowania ryzykiem mielibyśmy do czynienia wówczas, gdyby Zamawiający zawarł w treści SIWZ oraz warunkach kontraktowych ogólną klauzulę w ogóle nie precyzując jakie ewentualne obiekty i w jakich okolicznościach należy ująć w założeniach projektowych i w konsekwencji w cenie ofertowej. Zdaniem Izby konieczność ujęcia w ww. założeniach oraz cenie ofertowej dodatkowych obiektów inżynierskich w przypadku, gdy wykonawcy zidentyfikują kolizje na trasach migracji zwierząt, mieści się w dopuszczalnych granicach niedookreśloności przedmiotu zamówienia mających swoje źródło w istocie formuły „zaprojektuj i wybuduj”. Wszakże, jak słusznie wskazywał na rozprawie Zamawiający, to wykonawcy pełnią tutaj funkcję projektanta w wyniku kumulacji dwóch funkcji uczestnictwa w procesie budowlanym – zgodnie z nomenklaturą przepisów ustawy Prawo budowlane. Tym samym ocena podstawy faktycznej zarzutu w kontekście wskazanych dla niej wzorców kontroli w postaci art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z

art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie może nastąpić bez uwzględnienia formuły w jakiej prowadzone jest postępowania i sama inwestycja.

4. Dokonując wykładni postanowień SIWZ stanowiących źródło niniejszego sporu, w ocenie Izby, już sama analiza dokonanej modyfikacji (pismo z dnia 18.08.2017 r.) prowadzi do takich wniosków, jakie zostały zaprezentowane w toku rozprawy przez Zamawiającego.

O powyższym świadczy utrzymanie dotychczasowego brzmienia w zakresie obiektów inżynierskich ujętych w Tabeli 1.1. oraz dodane postanowienie, które w najistotniejszym fragmencie stanowi, że: „*W przypadku obiektów z funkcją ekologiczną, w celu uzyskania drożności szlaku migracji zwierząt w pasie objętym realizacją Inwestycji, należy uwzględnić konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej. W uzasadnionych przypadkach należy uwzględnić konieczność budowy również dodatkowych obiektów na szlaku migracji (...)*” (podkreślenie Izby).

Wykonawcy mieli zatem obowiązek wycenić i ująć w założeniach projektowych wszystkie obiekty inżynierskie, które zostały ujęte w Tabeli 1.1., jak również wynikające z decyzji środowiskowej. Jednocześnie zgodnie z dokonaną modyfikacją wykonawcy mieli również obowiązek ujęcia w założeniach projektowych obiektów inżynierskich nie wymienionych w ww. opracowaniach (tj. Tabeli 1.1. oraz decyzji środowiskowej) jeżeli konieczność ich wykonania jest konsekwencją zidentyfikowanych kolizji szlaków migracyjnych zwierząt ze sztucznymi przeszkodami (szlakami komunikacyjnymi drogowymi i kolejowymi, węzłami komunikacyjnymi, obiektami inżynierskimi itp.) i w konsekwencji dokonania ich wyceny w toku składania ofert.

Powyższe jest logiczną konsekwencją założenia, że wykonawcy winni wycenić na etapie składania ofert cały zakres przedmiotowy ujęty w, przygotowywanych na potrzeby złożenia oferty, założeniach projektowych (wstępnej koncepcji projektowej), gdyż z istoty procesu ofertowania w ramach formuły „zaprojektuj i wybuduj” wynika, że wycenie i identyfikacji na potrzeby wyceny podlegają zarówno przewidziane do realizacji w przyszłości prace projektowe oraz przewidziane w przyszłości do realizacji i uszczegółowione w tej dokumentacji roboty budowlane. Z tym, że pewien zakres przedmiotowy może być, pod względem jakościowym i ilościowym, narzucony przez podmiot zamawiający, zaś pewna jego części pozostaje w gestii wykonawców, tj. może być pozostawiona do samodzielnej identyfikacji (jak w niniejszym wypadku) lub być wynikiem założeń i decyzji samego wykonawcy (przyjętych rozwiązań technologicznych i organizacyjnych). Wniosek ten prowadzi jednocześnie do założenia, że profesjonalni wykonawcy winni na etapie przygotowania oferty dysponować lub opracować choćby wstępną koncepcją projektową dla

zadania inwestycyjnego – bez względu na to jaką formę ona przyjmie u poszczególnych wykonawców.

Wskazane wyżej reguły stanowią bowiem istotę procesu przygotowania oferty, i tym samym wyceny przedmiotu zamówienia, w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie podmiot zamawiający zastosował formułę „zaprojektuj i wybuduj”, która, co istotne, wynika wprost z definicji legalnej robót budowlanych ujętej w art. 2 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (*Illekcją w ustawie jest mowa o: robotach budowlanych - należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118, z późn. zm.2), a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego*) (podkreślenie Izby).

Odnosząc się następnie do argumentacji Odwołującego Izba wskazuje, że w ramach rozpoznania podniesionych zarzutów w kontekście zasad rządzących procesem opisu przedmiotu zamówienia oraz zasad rządzących procesem składania ofert, kwestia ewentualnych korekt wynagrodzenia na etapie realizacji kontraktu i „celowości oraz racjonalności” realizacji poszczególnych obiektów inżynierskich jest kwestią, co do zasady, pozbawioną znaczenia. Dla zagwarantowania porównywalności cenowej ofert wykonawcy winni mieć możliwość zidentyfikowania pełnego zakresu przedmiotowego i tym samym jego wyceny. W tym jednak wypadku, ze względu na przyjętą przez Zamawiającego formułę „zaprojektuj i wybuduj”, ujęty przez poszczególnych wykonawców w ofertach zakres przedmiotowy może się nieznacznie różnić. Wynika to bowiem z istoty samego procesu przygotowania ofert, w tym zależy od poprawności identyfikacji pełnego zakresu rzeczowego, szczegółowości opracowanych założeń projektowych lub wstępnej koncepcji projektowej, i wreszcie, z przyjętych przez poszczególnych wykonawców rozwiązań technologicznych, architektonicznych, konstrukcyjnych lub urbanistycznych. Co do zasady bowiem powodzenie ekonomiczne zamierzenia inwestycyjnego nie jest przedmiotem rozpoznania w ramach środków ochrony prawnej, zaś warunki kontraktowe FIDIC zawierają klauzule przewidujące korekty wynagrodzenia. Tym samym Izba ocenia jedynie, czy dokonany przez podmiot zamawiający opis przedmiotu zamówienia umożliwia wykonawcom sporządzenie ważnych i porównywalnych ofert, w tym należyłą wycenę przedmiotu zamówienia.

5. Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, że brak jest podstaw do przyjęcia, że na skutek modyfikacji przez Zamawiającego treści SIWZ pismem z dnia 18.08.2017 r. doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, jak wskazał

Odwołujący, 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.

W ocenie Izby Zamawiający zasygnalizował wykonawcom konieczność uwzględnienia w ofercie dodatkowych obiektów inżynierskich pozostawiając jednak pewnie zakres dopuszczalnej swobody, która jest cechą immanentną w tego typu postępowaniach. Zdaniem Izby takie postępowania mieści się w dopuszczalnych granicach postępowania, gdyż ocena zarzutów opartych o treść art. 29 i 31 ustawy Pzp winna uwzględniać nie tylko treść opisu przedmiotu zamówienia, ale również profesjonalizację samych wykonawców oraz przyjętą formułę postępowania. Jeżeli bowiem mamy do czynienia z dialogiem konkurencyjnym (vide art. 60b ust. 1 ustawy Pzp odsyłający m.in. do treści art. 55 ust. 1 pkt 6 – 9 ustawy Pzp) lub, tak jak w niniejszym wypadku, przedmiot zamówienia jest realizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj” ocena zarzutów musi uwzględniać te okoliczności.

6. W zakresie pozostałych zarzutów Izba w całości przychyliła się do argumentacji Zamawiającego zaprezentowanej na rozprawie wskazując, iż oddalenie pozostałych zarzutów (jako zarzutów następczych i wynikowych) stanowi konsekwencję oddalenia zarzutów z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy.

W zakresie naruszenia § 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* zarzut ten nie został przez Odwołującego w żaden sposób skonkretyzowany. Nie wskazano bowiem w treści odwołania, których obligatoryjnych elementów nie zawiera PFU. Co istotne w ramach niniejszego postępowania Zamawiający udzielił odpowiedzi na kilkaset pytań wykonawców, które to odpowiedzi stanowią integralną część dokumentacji postępowania. Dokonał licznych modyfikacji SIWZ, w tym w zakresie przedmiotu zamówienia.

W zakresie pozostałych zarzutów, tj. art. 14 ustawy Pzp i art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny przez ukształtowanie treści przyszłego stosunku zobowiązaniowego w zakresie odnoszącym się do przedmiotu zamówienia w sposób naruszający jego właściwość (naturę), bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa oraz równowagę stron i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego Odwołujący nie wykazał w jaki sposób doszło do nadużycia przez Zamawiającego prawa podmiotowego. W ocenie Izby aby mogło dojść do wypełnienia hipotezy normy prawnej ujętej w treści art. 5

ustawy Kodeks cywilny Zamawiający musiałby zastosować klauzulę umowną niezgodnie z gospodarczym lub społecznym przeznaczeniem swojego uprawnienia. Taka sytuacja może zatem mieć miejsce jedynie na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, zaś na etapie składania ofert ewentualna podstawa faktyczna tego zarzutu ma charakter czysto hipotetyczny. Co do naruszenia art. 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny w toku postępowania odwoławczego nie doszło do wykazania, że wprowadzony w wyniku modyfikacji przez Zamawiającego sposób kreowania przez wykonawców zakresu przedmiotowego i tym samym ceny ofertowej, jest niezgodny z istotą (naturą) formuły „zaprojektuj i wybuduj” lub z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa. Otóż choć ustawa Pzp nie zawiera odrębnych regulacji w zakresie opisu przedmiotu zamówienia przy tego typu formule prowadzenia inwestycji z istoty jej, jak wskazano we wstępnej części niniejszego uzasadnienia, wynika właśnie taki sposób „dochodzenia” przez wykonawców do identyfikacji całego zakresu przedmiotowego. Jak słusznie wskazał Zamawiający w toku rozprawy funkcję projektanta pełnią w tym wypadku wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne – zatem to na nich ciąży odpowiedzialność pełnego zidentyfikowania, przewidzianego do realizacji w przyszłości, zakresu przedmiotowego.

Co do zarzutu z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że z naruszeniem tego przepisu mamy do czynienia wówczas, gdy dochodzi do zróżnicowania przez podmiot zamawiający działań wobec wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej lub faktycznej. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia nie zawsze dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Taka sytuacja ma bowiem miejsce wówczas, gdy określona konstrukcja tego opisu stawia w uprzywilejowanej sytuacji poszczególnych wykonawców kosztem innych (dyskryminacja podmiotowa - bezpośrednia) lub określone produkty lub rozwiązania technicznej (dyskryminacja przedmiotowa – pośrednia). Jest to konsekwencją tego, że co do zasady art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić samodzielnego zarzutu i winien być on dopełniony treścią innego – szczegółowego przepisu z jednoczesnym wykazaniem zróżnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji podmiotowej. W niniejszym zaś wypadku żaden wykonawca nie został uprzywilejowany działaniami Zamawiającego – zaś, co istotne, wszyscy uczestnicy postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Odwołującego popierając zarzuty odwołania. Odwołujący nie wykazał również na samodzielne naruszenia wyrażonej w tym przepisie zasady proporcjonalności i przejrzystości.

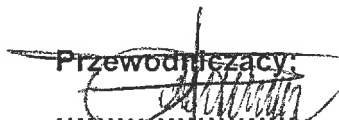
Choć w ocenie Izby postanowienia SIWZ w zakwestionowanym zakresie były jasne i precyzyjne, jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co ich znaczenia, (pomimo upływu terminu w ramach którego Zamawiający był zobligowany do odpowiedzi na pytania wykonawców) mógł,

kierując się wskazywaną przez siebie zapobiegliwością, obok środka ochrony prawnej skierować do Zamawiającego pytania w zakresie ujętym w pkt 5 odwołania. Gdyby zaś Zamawiający udzielił na to pytanie odpowiedzi Odwołujący mógłby cofnąć odwołanie. Wszakże istota wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzała się w zasadzie do odpowiedzi na to czy „(...) w świetle powyższych postanowień niejednoznaczne pozostaje to, czy konieczność budowy obiektów wyszczególnionych w decyzji środowiskowej oraz dodatkowych obiektów na szlaku migracji zidentyfikowanych przez wykonawców, nie wymienionych w Tabeli 1.1. ma zostać wyceniona w ramach składanej oferty, czy też - zgodnie z postanowieniem, które równoległe znajduje się w treści PFU - będzie wiązała się z każdorazowym wprowadzaniem zmian do Kontraktu”. Zamawiający w toku rozprawy udzielił na nie odpowiedzi wskazując „tak”.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:  


Na oryginale właściwe podpisy  
Za zgodność