

Sygn. akt: KIO 1011/15

WYROK
z dnia 1 czerwca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 maja 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **15 maja 2015 r.** przez **SKANSKA S.A.** z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa adres do korespondencji: **SKANSKA S.A, Oddział Budownictwa Inżynieryjnego we Wrocławiu, Plac Grunwaldzki 23, 50-365 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Dolnośląskie - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01 - 040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu (jeśli jest to konieczne) oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w następujący sposób:

a) w zakresie zarzutu 2 – wykreślenie we wzorze umowy Klauzula 4.1 w pkt iv zdanie: *„Jeżeli Zamawiający uzyskał na realizację przedmiotu zamówienia dofinansowanie, celem nadrzędnym działań Wykonawcy ma być osiągnięcie rezultatu wskazanego w umowie o dofinansowanie.”*; dodanie we wzorze umowy Klauzula 14.4 nowego zdania w ostatnim akapicie: *„Powyższe nie będzie skutkowało jednorazową płatnością w oderwaniu od comiesięcznych okresów płatności”*, oraz dodanie we wzorze umowy Klauzula 14.4 nowego akapitu po ostatnim: *„W razie nie otrzymania dofinansowania Zamawiający zobowiązuje się do finansowania inwestycji ze środków własnych”*.

b) w zakresie zarzutu 3:

- w zakresie zarzutu z pkt 3.1 – oddała zarzut – odnośnie konieczności unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp;

- w zakresie zarzutu 3.2:

- zarzut z pkt 3.2.1 – nakazuje opublikowanie na stronie internetowej uzgodnień ze wszystkimi gestorami wymienionymi w odpowiedzi na odwołanie;

- zarzut z pkt 3.2.2 – nakazuje opublikowanie na stronie internetowej pisma właściciela obiektu liniowego, tj. wiaduktu kolejowego PKP, w którym zobowiązał się udostępnić inwentaryzacje obiektu wybranemu Wykonawcy;

- zarzut z pkt 3.2.3 – nakazuje zaktualizowanie mapy zasadniczej pokrywającej cały przebieg inwestycji – w zakresie brakujących „rządnych”;

- zarzut z pkt 3.2.4 – oddała zarzut;

- zarzut z pkt 3.2.5 – nakazuje co najmniej opublikowanie, za ich zgodą, listy właścicieli nieruchomości co do których przewidywany jest przebieg przedmiotowej inwestycji;

- zarzut z pkt 3.2.6 – nakazuje jednoznacznie określenie, co do wiążącego określenia ilości przewidywanych przejść dla zwierząt i określenia w zakresie kwestii przejść dla zwierząt gradacji ważności dokumentów załączonych do postępowania oraz wskazania jakie informacje w szczególności winne być wzięte pod uwagę z Decyzji Środowiskowej z 2011 r.;

- zarzut z pkt 3.2.7 - nakazuje jednoznaczne określenie przez Zamawiającego, że kwestia korekty przebiegu cieków w pasie drogowym oraz udroźnienia rowów, jest konieczna tylko wtedy gdy jest to możliwe i pozwalają na to warunki graniczne

- w zakresie zarzutu z pkt 3.3 – dotyczy pkt 7 SIWZ – powyższa jednostka redakcyjna otrzymuje brzmienie: „7. Termin wykonania zamówienia:

- *Czas na Wykonanie - przedmiot zamówienia należy zrealizować w terminie max. 32 miesiące od dnia podpisania umowy, w tym:*

- *czas na projektowanie łącznie z uzyskaniem wszystkich niezbędnych uzgodnień i decyzji (w tym zmiana decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz uzyskanie Decyzji o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III) - do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy.*

Zamawiający przekaże Raport oddziaływania na środowisko do dnia 15.10.2015 r.

- *zakończenie robót budowlanych do 20 m-cy, w tym 17 m-cy na prace budowlane i 3 m-ce na czynności odbiorowe.*

Jednocześnie w razie konieczności wydania nowej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz uzyskania Decyzji o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III dotyczących nie tylko odcinka południowego, ale jego całości - czas na wykonanie umowy ulega przedłużeniu o czas konieczny na projektowanie nie dłuższy niż 4 m-cę”.

c) W zakresie zarzutu 4:

- uwzględnia zarzuty z pkt 4.1 w zakresie zbieżnym z zarzutami z całego pkt 3.2, jednocześnie nakazując Zamawiającemu ujednoczenie postanowień SIWZ we wszystkich częściach (tomach), tak aby nie budziło wątpliwości, że podstawą realizacji przedmiotu zamówienia po podpisaniu umowy są dalej ważne:

c-1) Decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z 2013 r. oraz

c-2) Decyzja o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III z 2011 r. Zaś nowe decyzje: Decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz Decyzja o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III dotyczyć będą tylko odcinka południowego;

- zarzutu z pkt 4.2, tj. od pkt 4.2.1 do pkt 4.2.15 – oddala.

d) w zakresie zarzutu 5 – zamieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego umowy Nr IZ/3530/181/10 zawartej z Biprogeo Projekt-Sp. z o.o. z jednoznacznym wskazaniem zakresu dysponowania przez Zamawiającego

prawami autorskim (w szczególności prawem do zmiany dokumentacji projektowej, prawem do wykonania, korzystania i rozporządzania prawami zależnymi) do będącego efektem tej umowy projektu budowlanego załączonego do dokumentacji przetargowej, ujednolicenie postanowień tomu I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, tomu II – Wzoru umowy oraz tomu III Opisu Przedmiotu Zamówienia (PFU), co do możliwości nie tylko dostosowania istniejącego projektu, czyli zmiany istniejącej dokumentacji projektowej, ale także możliwości przygotowania nowej dokumentacji projektowej, jednoznaczne wskazanie we wszystkich częściach (tomach) SIWZ, iż to na Wykonawcy wybranym będzie spoczywał obowiązek uzyskania zgodę autora projektu będącego efektem umowy Nr IZ/3530/181/10 w zakresie koniecznych zmian.

- e) w zakresie zarzutu 6 – nadanie we wzorze umowy Klauzuli 5.1 akapit 3 nowego brzmienia: *„Wykonawca niezwłocznie od wykrycia błędów, wad lub usterek powiadomi Zamawiającego o błędach wadach i usterek w Wymaganiach Zamawiającego.”*

2. kosztami postępowania obciąża **Województwo Dolnośląskie - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen, Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** adres do korespondencji: **SKANSKA S.A, Oddział Budownictwa Inżynieryjnego we Wrocławiu, Plac Grunwaldzki 23, 50-365 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od **Województwa Dolnośląskiego - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław** na rzecz **SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen, Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** adres do korespondencji: **SKANSKA S.A, Oddział Budownictwa Inżynieryjnego we Wrocławiu, Plac Grunwaldzki 23, 50-365 Wrocław** kwotę w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Skomunikowanie mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr 94 i drogą wojewódzką nr 340 odcinek od drogi powiatowej nr 2060D w m. Zabór Wielki do włączenia do drogi powiatowej nr 2059D*”, Nr referencyjny: NI.2720.35.2015 zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 086-154416 z 05.05.2015 r., przez Województwo Dolnośląskie - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28, 50-425 Wrocław zwane dalej: „*Zamawiającym*”. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 15.05.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa adres do korespondencji: SKANSKA S.A, Oddział Budownictwa Inżynieryjnego we Wrocławiu, Plac Grunwaldzki 23, 50-365 Wrocław zwana dalej: „*SKANSKA S.A.*” albo „*Odwołującym*” wniosło odwołanie na postanowienia SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu, które nie są adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia tj. poprzez żądanie wykazania się:

a) posiadaniem wiedzy i doświadczenia w zakresie co najmniej jednej inwestycji zrealizowanej w formule „*zaprojektuj i wybuduj*” polegającej na budowie bądź rozbudowie drogi klasy co najmniej G, o wartości robót minimum 40 000 000 PLN brutto, w tym obejmującą budowę wiaduktu nad torami PKP o długości całkowitej obiektu minimum 45,00m. (ogłoszenie i SIWZ: pkt. 8.1.a.)

b) dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia z doświadczeniem obejmującym budowę wiaduktu nad torami PKP (ogłoszenie i SIWZ: I 8.1.c. c. w zakresie Eksperta nr 3 - Kierownika robót mostowych),

2) art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie sposobu płatności, który może ulec nieprzewidywalnej zmianie w na mocy treści klauzuli 14.4 projektu umowy, tj. w przypadku otrzymania dofinansowania, wszystkie rozliczenia (i dodatkowe materiały) muszą być zgodne z obowiązującymi wytycznymi instytucji dofinansującej oraz Wykonawca opracowując Plan Płatności zobowiązany jest uwzględniać wymagania Zamawiającego w tym dotyczące przepływu środków wynikających z uzyskanego dofinansowania oraz miesięcznych możliwości Zamawiającego.

3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 387 § 1 KC w zw. z art. 11a ust. 3, art. 11d ust. 2 i 5, art. 11g ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych („ustawa ZRID”) w zw. z art. art. 35 § 5 KPA oraz art. 49 KPA poprzez wyznaczenie Wykonawcy terminów realizacji przedmiotu Umowy obiektywnie niemożliwych do zrealizowania nawet przez Wykonawcę będącego profesjonalistą działającym z należytą starannością i przy użyciu wszelkich możliwych środków, zważywszy na zasady przekazania Wykonawcy decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz wymagany w SIWZ termin wykonania etapu, pod rygorem wysokich kar umownych, polegającego na projektowaniu wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji, tj. termin do 8 miesięcy a robót budowlanych w terminie 28 (22) miesięcy) od podpisania umowy (pkt. 7 SIWZ).

4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 Pzp w zw. z § 15, § 18 i § 19 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 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie:

i. w jakim zamawiający nie określił w PFU (i nie załączył do SIWZ) danych i dokumentów niezbędnych do ustalenia zakresu planowanych prac projektowych i robót budowlanych a co za tym idzie również kosztów z tym związanych i, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych, tj. nie zostały przedstawione w SIWZ:

- a) charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych,
- b) aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia;
- c) szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe wyrażone we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych ustalone zgodnie z Polską Normą PN-ISO 9836:1997 „*Właściwości użytkowe w budownictwie. Określenie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych*”, jeśli wymaga tego specyfika obiektu budowlanego, w szczególności:

- wskaźniki powierzchniowo-kubaturowe, w tym wskaźnik określający udział powierzchni ruchu w powierzchni netto,
 - inne powierzchnie, jeśli nie są pochodną powierzchni użytkowej opisanych wcześniej wskaźników,
 - określenie wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów powierzchni i kubatur lub wskaźników,
- d) cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych;
- e) dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów;
- f) oświadczenie zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane oraz dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych;

W szczególności w PFU nie zostały m.in. wskazane lub dołączone:

- a) parametry drogowych obiektów Inżynierskich, np. dla przejść dla zwierząt nie podano ich funkcjonalności (dla jakich zwierząt przejścia te mają zostać dostosowane: małych, dużych czy średnich), nie wskazano wysokości tych przejść lub współczynników ciasnoty, które stanowią dane niezbędne do projektowania, których nie ustala samodzielnie projektant,
- b) charakterystyczne parametry określające długości odcinków obiektów liniowych kolidujących z drogą, które to na tej długości powinny podlegać przebudowie w ramach usunięcia kolizji, W szczególności nie została podana długość przebudowywanego odcinka: (i) kabla miedzianego (kabel na tej długości powinien zostać wymieniony), (ii) gazociągu wysokiego ciśnienia, (iii) linii wysokiego napięcia (110 kV), (iv) sieci trakcyjnej w związku z budową wiaduktu kolejowego, (v) długość odcinka i typ światłowodów PKP PLK S.A., (vi) długość odcinka i typ światłowodów PKP Utrzymanie sp. z o.o., (vii) długości odcinka i przekroju linii LPN do przebudowy w związku z budową wiaduktu kolejowego itp.
- c) długości odcinków istniejących rowów, na których ma zostać wykonane udrożnienie w tym usunięcie na mułu z dna, usunięcie kolidujących pni, korzeni, oraz krzewów poniżej wylotu (str. 13 PFU), Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż ma to mieć miejsce na odcinku 50 m i więcej poniżej wylotu (str. 13 PFU).
- d) mapa zasadnicza dla nowego przebiegu drogi: Wykonawca w terminie składania ofert nie ma możliwości zapoznania się z taką mapą, bowiem teren budowy dla odcinka, który nie jest objęty projektem budowlanym nie został pokryty mapą zasadniczą. Tereny te stanowią w istocie tereny bagniste, gdzie nie jest możliwe w terminie składania ofert dokonanie wizji lokalnej i sporządzenie takiej mapy. Wykonanie mapy zasadniczej w tym przypadku zajmuje średnio ok. 1,5 miesiąca. Dlatego też taka mapa jest w tym wypadku niezbędna do ustalenia aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia i sporządzenia oferty w tym

oszacowania kosztów realizacji inwestycji.

e) oświadczenie zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane Zamawiający wskazuje na str. 14 PFU, iż *„Wszelkie czynności związane z przebudową infrastruktury, w tym m.in. związane z uzyskiwaniem prawa do dysponowania nieruchomością na potrzeby przebudowy w/w infrastruktury oraz ustanowieniem służebności przesyłu leżą po stronie Wykonawcy Robót,”* oraz Wykonawca ma wymóg uzyskania *„Dokumentacji formalno-prawnej dla nabycia praw do korzystania z nieruchomości znajdujących się poza projektowanymi liniami rozgraniczającymi drogę, a niezbędna do zrealizowania niniejszej inwestycji”* (str. 27 PFU).

ii. w jakim zamawiający nie określił w PFU żadnych parametrów, zarówno co do lokalizacji, ilości jak i wielkości (w tym powierzchni, długości, szerokości, wysokości, grubości i innych parametrów) jakichkolwiek ciągów ekologicznych, warunków przebudowy kolizji lub zbiorników wodnych, cieków wodnych, przepustami lub innych obiektów wchodzących w skład drogi lub innych obiektów, których wybudowanie jest przedmiotem zamówienia;

iii. w jakim Zamawiający opisuje w PFU przedmiot zamówienia postanowieniami, które są nieprecyzyjne, a nawet wzajemnie sprzeczne i wykluczające się, w związku z czym Wykonawca nie jest w stanie stwierdzić co w istocie stanowi przedmiot Umowy. Niejasne i naruszające art. 29 Pzp są zapisy:

- na str. 9 w pkt 3 PFU: *„Wymagania Zamawiającego co do materiałów, które mają być zastosowane oraz sposoby wykonania robót, o ile nie wskazano inaczej w Koncepcji, określono poprzez dokumentację projektową (PB, PW, STWiORB).”* (dotyczy to zarówno odcinka trasy objętego projektem budowlany, jak i nieobjętego nim).

- na str. 10 PFU: *„Podczas projektowania należy, uwzględniać optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi wojewódzkiej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji W przypadku zastosowania rozwiązań innowacyjnych, przed zatwierdzeniem Projektu Budowlanego (lub/i Projektu Wykonawczego), należy przedstawić instrukcję utrzymania i przewidywane koszty eksploatacji danego elementu.”*

- Na str. 14 PFU: *„Trasa projektowanej drogi biegnie w okolicy istniejących sieci uzbrojenia m.in.: 'lista gazociągów, linii wysokiego napięcia i Unii kolejowych) co powoduje konieczność przebudowy, bądź likwidacji przytoczonej infrastruktury technicznej”*

- Klauzula 1.1.1.5, projektu Umowy: Definicja Wymagań Zamawiającego i klauzula 1.1.1.11 Definicja PFU

W związku z powyższym na etapie projektowania powstaje pytanie odnośnie w/w zapisów, czy wymogiem Zamawiającego jest zastosowanie materiałów jak w dokumentacji projektowej czy materiałów Innych bardziej optymalnych, tańszych w eksploatacji nawet jeśli

nie wynikają z tej dokumentacji, czy wymogiem jest przebudowa czy likwidacja. Postaje pytanie, jakie materiały lub rozwiązania techniczne zamawiający zaakceptuje. Czy będą to te z dokumentacji projektowej czy tańsze w eksploatacji. Jakie rozwiązania należy już uznać za „minimalizujące koszty eksploatacji”. Jaki jest punkt odniesienia (tzn. jaka wysokość kosztu) od którego przyjmujemy iż ma miejsce minimalizacja kosztów eksploatacji. Co jest poziomem odniesienia dla minimalizowania kosztów, dokumentacja budowlana, koncepcja, inne punkty odniesienia jak stanowisko zamawiającego w dacie zatwierdzania projektów, nieznanie projektantów! na etapie projektowania? Kiedy możemy uznać, iż koszt został zminimalizowany. O jaki koszt należy zminimalizować aby poziom minimalizacji był wystarczając dla Zamawiającego.

- Klauzula 1.1.1.5. projektu Umowy: Definicja Wymagań Zamawiającego i klauzula 1.1.1.11 Definicja PFU
- na str. 6 PFU: *„Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie (zoptymalizowanie dokumentacji projektowej) i wybudowanie drogi wojewódzkiej”,*
- na str.7 PFU: *„Dostosowanie istniejącej dokumentacji projektowej do założeń zawartych w opracowaniu pod nazwą: Wielokryterialna analiza techniczno-ekonomiczna dla zadania pn. "Skomunikowanie mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr 94 i drogą wojewódzką nr 340 - odcinek od drogi powiatowej nr 2060D do drogi powiatowej nr2059D” dla wariantu nr III”*
- na str. 19 PFU: *„Szczegółowy zakres dotyczący projektowania i wykonania Robót, w ramach Kontraktu określają Koncepcja, Projekt Budowlany i Wykonawczy oraz Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót, które stanowią Integralną część Programu Funkcjonalno - Użytkowego ”*
- na str. 19 PFU: *„Dokumentacja Projektowa, Specyfikacje Techniczne oraz dodatkowe dokumenty przekazane Wykonawcy stanowią całość Kontraktu, a wymagania wyszczególnione w choćby jednym z nich są obowiązujące dla Wykonawcy tak jakby zawarte były w całej dokumentacji.”*
- na str. 9 PFU: *„Jeżeli zmiana odcinka trasy głównej drogi nie wyklucza wykorzystania istniejącej dokumentacji Wykonawca może korzystać z PB, PW, Specyfikacji technicznych wykonania I odbioru robót budowlanych (STWIORB), uzgodnień, opinii i decyzji dla pierwotnego przebiegu trasy”*
- na str. 10 PFU: *„Podczas projektowania należy, uwzględnić optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi wojewódzkiej”.*
- na str. 15 PFU: wymagane jest aby wszystkie budowane i przebudowywane sieci zaprojektować i wykonać w sposób: *„Zapewniający bezpieczne użytkowanie oraz minimalizujący*

akty wandalizmu i kradzieży, a także możliwość wykorzystania do innych celów niż do tych, do których są przewidziane". Zamawiający nie wskazał tych celów, projektant nie będzie miał możliwości ustalenia tych celów.

- na str. 18 PFU: *„Podane ilości i dane liczbowe w dokumentacji stanowiącej element Przetargu należy traktować orientacyjnie i nie służą one do rozliczeń budowy.”*
- na str. 32 PFU: *„Wykonawca może realizować Roboty zgodnie z Projektem Budowlanym pierwotnym, dla którego Zamawiający posiada decyzję ZRID na odcinkach, gdzie przebieg jest spójny z Koncepcją”.*

Powstaje pytanie czy Wykonawca powinien realizować roboty zgodnie z Projektem Budowlanym obejmującym stary przebieg drogi, gdyż wymagania tam wskazane „są obowiązujące” czy może stosować te rozwiązania ale sam powinien je zaprojektować czy też powinien je zoptymalizować a może dostosować a może zminimalizować? Wykonawca niestety nie wie na podstawie tych zapisów w jakim zakresie ma przenieść całe fragmenty Projektu Budowlanego do projektowanego przez niego Projektu a w jakiej ma je zmienić oraz czy ma obowiązek to zrobić czy też opcję. Wykonawca nie może ustalić zakresu swoich obowiązków.

- na str. 40 PFU wskazuje wymagany przez niego sposób sporządzenia oferty *„Wykonawca przygotowując ofertę powinien wycenić Roboty, spełniając założenia z decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych WOOŚA210.13.2011.KZ z dnia 10.01.2011 r., która została wydana dla wariantu pierwotnego, zgodnie z założeniami Koncepcji - np. bez wykonania ekranów akustycznych”*

Już dziś można stwierdzić, iż błędem będzie szacowanie oferty na podstawie decyzji WOOŚ.4210.13.2011.KZ. bowiem decyzja ta jest sprzeczna z postanowieniami str. 8 PFU, gdzie Zamawiający wymaga od Wykonawcy wykonania *„regulacji istniejących cieków i oczyszczania zamulonych rowów”*. Zapis ten stoi w sprzeczności z postanowieniami tej decyzji WOOŚ.4210.13.2011.KZ czytamy w pkt. 4.11 *„przeprawy przez cieki wodne zaprojektować w sposób nie powodujący zawężania ich koryt.”*, w pkt. 4.15 *„w miejscach lokalizacji przepraw przez cieki naturalne nie wykonywać prac polegających na regulacji ich koryt”*, w Innych pkt. decyzji należy *„zapewnić swobodne przepływy wód wezbraniowych”* itp. Zatem już aktualnie Wykonawca nie może ustalić Jaki jest zakres wymaganych przez niego prac.

- na str. 40 PFU: *„Dla robót wykraczających poza zakres rzeczowych posiadanych przez Zamawiającego Projektu Budowlanego i Wykonawczego, a wynikających z Koncepcji, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać standardy materiałów nie gorszych niż w przytoczonej dokumentacji”*

Powstaje pytanie co oznacza *„nie gorszych”*. Dany materiał może być w jednym przypadku (np. danych warunkach pogodowych) lepszy a jednocześnie w innych warunkach gorszy. Taki zapis nie wyjaśnia żadnych wątpliwości.

5) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych poprzez zlecenie wykonania zmian w projekcie budowlanym, projektów wykonawczych, pełnienie nadzoru autorskiego przez „*autora projektu*” bez jednoznacznego wskazania, czy Zamawiający dysponuje prawami zależnymi do projektu budowlanego i w jakim zakresie,

6) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 k.c. i w zw. z art. 651 k.c. poprzez wprowadzenie w projekcie umowy w klauzuli 5.1. akapit 3 obowiązku powiadomienia Zamawiającego „*w terminie 30 dni od zawarcia umowy o nieprzewidywalnych błędach, wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego*”, co oznacza obowiązek zweryfikowania dostarczonych przez Zamawiającego dokumentów wyjściowych do projektowania, założeń przyjętych do obliczeń konstrukcji, w tym dotyczących obciążeń, sprawdzenie zapotrzebowania na media, badań gruntu, wykonania niwelacji terenu przed złożeniem oferty, tj, niezgodne z przepisami prawa zobowiązanie Wykonawcy do zweryfikowania - przed złożeniem oferty lub w terminie 30 dni od zawarcia umowy - prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej lub PFU i pozostałej dokumentacji przetargowej.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący składając niniejsze odwołanie wnosił o jego uwzględnienie, a w konsekwencji o:

Ad 1:

a) Wnosił o zmianę warunku udziału w postępowaniu zawartego w Ogłoszeniu o zamówieniu w pkt. III.2.1) 8.1.a oraz w SIWZ w pkt. 8.1.a. i 8.1.c. poprzez zastąpienie sformułowania „*torami PKP*” sformułowaniem „*torami kolejowymi*”.

Ad. 2:

2. Wnosił o uzupełnienie SIWZ o informację czy Zamawiający uzyskał dofinansowanie na realizację inwestycji wraz z załączeniem umowy o dofinansowanie (oraz wszystkimi warunkami dofinansowania w tym płatności) albo wnosząc o wykreślenie z klauzuli 4.1. projektu umowy zdania „*Jeśli zamawiający uzyskał dofinansowanie, celem nadrzędnym działań Wykonawcy ma być osiągnięcie rezultatu wskazanego w umowie o dofinansowanie*” oraz wszelkich innych odnośników do dofinansowania oraz obowiązków wykonawcy w związku z dofinansowaniem, w tym wykreślenie ostatniego akapitu w klauzuli 14.4 projektu umowy.

Ad. 3

3. Wnosił o:

3.1 unieważnienie postępowania, w oparciu o przesłankę art. 93 ust. 1 pkt. 7 (w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp).

3.2 w przypadku nieuwzględnienia żądania w pkt 3.1., jako żądanie ewentualne, wnosząc o wnosząc o jednoznaczne opisanie wszystkich parametrów charakterystycznych niezbędnych do zaprojektowania wszelkich obiektów, które mają zostać zaprojektowane i wykonane w ramach przedmiotu zamówienia zgodnie z § 15, § 18 i § 17

Rozporządzenia w szczególności zmianę postanowień SIWZ poprzez załączenie do Programu Funkcjonalno - Użytkowego:

- 3.2.1. wszystkich aktualnych decyzji umożliwiających rozpoczęcie projektowania, w tym aktualnej i ostatecznej decyzji środowiskowej, która pokrywa swoim zakresem aktualnie wymagany przez Zamawiającego przebieg skomunikowania mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr 94 i drogą wojewódzką nr 340 odcinek od drogi powiatowej nr 2060D w m. Zabór Wielki do włączenia do drogi powiatowej nr 2059D opisany w PFU,
 - 3.2.2. warunków technicznych przebudowy kolizji dla obiektów liniowych z którymi będzie miała miejsce kolizja oraz warunków przejścia nad ciekami wodnymi, charakterystycznych parametrów określających długości odcinków obiektów liniowych kolidujących z drogą, które to na tej długości powinny podlegać przebudowie w ramach usunięcia kolizji.
 - 3.2.3. aktualnej mapy zasadniczej pokrywającej cały przebieg inwestycji,
 - 3.2.4. wytycznych zarządców odbiorników opadów oraz cieków wodnych,
 - 3.2.5. oświadczenia zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane,
 - 3.2.6. wskazania współczynników ciasnoty dla przejść dla zwierząt
 - 3.2.7. wskazania długości odcinków istniejących rowów, na których ma zostać wykonane udroźnienie w tym usunięcie namotu z dna, usunięcie kolidujących pnł, korzeni, oraz krzewów poniżej wylotu oraz informacji, współczynników ciasnoty przejść dla zwierząt oraz potwierdzenia iż w związku z podanymi współczynnikami ciasnoty nie zmieni się niweleta drogi podana w PFU
- 3.3. ponadto przypadku nieuwzględnienia żądania w pkt. 3.1. jako żądanie ewentualne, wnoszę o zmianę postanowień SIWZ poprzez zmianę terminów realizacji przedmiotu umowy w pkt 7 SIWZ w sposób następujący:

zamiast: „miesiące od dnia podpisania umów”

powinno być: „miesiące od dnia doręczenia Wykonawcy przez Zamawiającego aktualnej i ostatecznej decyzji o środowiskowej obejmującej aktualny przebieg inwestycji zgodnie w Wymaganiami Zamawiającego”

zamiast: „od dnia podpisania umowy przy założeniu że zamawiający dostarczy decyzję środowiskową o, której mowa w pkt. 3.3. IDW do dnia 15.12.2015”

powinno być: „od dnia doręczenia Wykonawcy przez Zamawiającego aktualnej i ostatecznej decyzji o środowiskowej obejmującej aktualny przebieg inwestycji zgodnie w Wymaganiami Zamawiającego”

Ad. 4

4. Wnosił o:

- 4.1. opisanie wszystkich parametrów technicznych wymaganych § 15 i § 18-19 Rozporządzenia oraz których braki zostały wskazane w zarzucie nr 4) odwołania.

Wnoszę także o sprecyzowanie konkretnego zakresu zmiany dokumentacji projektowej, oraz

4.2. Wykreślenie z PFU:

4.2.1. na str. 6 PFU: *„zoptymalizowanie dokumentacji projektowej”, „Optymalizacja Projektu Budowlanego musi być wykonana zgodnie”*

4.2.2. na str. 6 PFU: *„Zmiany ilości lub parametrów, zawarte w Opisie Ogólnym Przedmiotu Zamówienia, Jakie mogą mieć miejsce w trakcie opracowywania przez Wykonawcę Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu; nie będą powodowały zmiany Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”.*

4.2.3. na str.7 PFU: *„Dostosowanie istniejącej dokumentacji projektowej do założeń zawartych w opracowaniu pod nazwą: Wielokryterialna analiza techniczno-ekonomiczna dla zadania pn. „Skomunikowanie mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr 94 i drogą wojewódzką nr 340 - odcinek od drogi powiatowej nr 2060D do drogi powiatowej nr 2059D” dla wariantu nr III”*

4.2.4. na str. 9 PFU: *„Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu zamiennej dokumentacji, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”.*

4.2.5. na str. 10 PFU *„uwzględniać optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi wojewódzkiej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji”.*

4.2.6. na str. 12 PFU: *„Ostateczne ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych obiektów inżynierskich będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków wodnych, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz uzgodnień z gestorami dróg.”*

4.2.7. na str. 12 PFU: *„W pasie objętym realizacją inwestycji, należy wziąć pod uwagę konieczność budowy obiektów, które zapewnią uzyskanie drożności szlaku migracji zwierząt (o parametrach określonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przejścia głównego) w celu bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza pas drogowy ”,*

- 4.2.8. na str. 12 w PFU *„Ostateczna ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków wodnych, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej ”*
- 4.2.9. na str. 13 PFU: *„W przyjętych rozwiązaniach dotyczących zbiorników oraz gospodarki wodno-ściekowej, należy uwzględnić konieczność zachowania wymagań określonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach ”*
- 4.2.10. na str. 14 (pkt. 3.4) PFU *„Trasa projektowanej drogi biegnie w okolicy istniejących sieci uzbrojenia m.in.: „lista gazociągów, Unii wysokiego napięcia i Unii kolejowych} co powoduje konieczność przebudowy, bądź likwidacji przytoczonej infrastruktury technicznej.”*
- 4.2.11. na str. 14 PFU: *„Wszelkie czynności związane z przebudową Infrastruktury; w tym m.in. związane z uzyskiwaniem prawa do dysponowania nieruchomością na potrzeby przebudowy w/w infrastruktury oraz ustanowieniem służebności przesyłu leżą po stronie Wykonawcy Robót”*
- 4.2.12. na str. 15 PFU *„oraz minimalizujący akty wandalizmu i kradzieży, a także możliwość wykorzystania do innych celów niż do tych, do których są przewidziane.”*
- 4.2.13. na str. 18 PFU: *„Podane ilości i dane liczbowe w dokumentacji stanowiącej element Przetargu należy traktować orientacyjnie i nie służą one do rozliczeń budowy.”.*
- 4.2.14. na str. 27 PFU: *„Wykonawca ma wymóg uzyskania «Dokumentacji formalno-prawnej dla nabycia praw do korzystania z nieruchomości znajdujących się poza projektowanymi liniami rozgraniczającymi drogę, a niezbędna do zrealizowania niniejszej Inwestycji”*
- 4.2.15. na str. 40 PFU: *„Dla robót wykraczających poza zakres rzeczowych posiadanego przez Zamawiającego Projektu Budowlanego i Wykonawczego, a wynikających z Koncepcji, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać standardy materiałów nie gorszych niż w przytoczonej dokumentacji”*

Ad. 5

5. Wnosił o podanie informacji o zakresie posiadanych przez Zamawiającego praw autorskich (w tym prawa do zmiany dokumentacji projektowej oraz czy zamawiający posiada prawo do wykonania i korzystania i rozporządzenia prawami zależnymi), w tym czy Zamawiający jest upoważniony przez autora projektu do wykonania zmiany (wyrażania zgody na zmianę) oraz do realizacji Inwestycji na podstawie tak zmienionej dokumentacji projektowej oraz czy taka zmiana oraz realizacja inwestycji nie narusza praw autorskich autora dokumentacji projektowej w SIWZ.

Ad. 6

6. Wnosił o:

6.1 wykreślenie w Klauzuli 5.1. zdania: „Wykonawca w terminie 30 dni od zawarcia umowy powiadomi Zamawiającego o nieprzewidywalnych błędach, wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego,”

6.2 Wnoszę o przypadku nieuwzględnienia żądania w pkt. 6.1., jako żądanie ewentualne, wnoszę o wykreślenie ze zdania w Klauzuli 5.1.: słów: „w terminie 30 dni od zawarcia umowy” i zmianę na tekst „w możliwie racjonalnym terminie lub niezwłocznie od wykrycia błędów, wad lub usterek” oraz bezwzględne wykreślenie słowa „nieprzewidywalnych”.

Ad. 7

7. Wnosił o wykreślenie w III TOMIE SIWZ (str. 26) zdania: „Jednocześnie Wykonawca zwalnia Zamawiającego z odpowiedzialności za niedostatki czy błędy i pozostaje odpowiedzialnym, zgodnie z Klauzulą 5 Warunków kontraktu, za weryfikację projektu i/lub zmiany w projekcie, które uzna za konieczne, aby dopasować go do opracowywanej Dokumentacji Projektowej, a następnie ubiegać się o jego zatwierdzenie przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami kontraktu.”.

Ad. 1)

Zamawiający wskazuje, w zacytowanych w zarzucie warunkach, iż o zamówienie ubiegać mogą się wyłącznie wykonawcy którzy wykażą się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania zadania polegającego na budowie wiaduktu nad torami PKP (SIWZ pkt. 8.1.a. i 8.1.c. w zakresie Eksperta nr 3 - Kierownika robót mostowych}. Sam opis wymagań jest nieprecyzyjny. Można tylko wysuwać daleko Idące domniemanie, iż chodzi o wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu robót nad torami zarządzanymi przez spółkę PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Oznacza to pozbawienie możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców dysponujących doświadczeniem w wykonaniu wiaduktów nad torami zarządzanymi np. przez Réseau Ferré de France lub Trafikverket lub innych zarządów Infrastruktury kolejowej w Unii Europejskiej. Wymóg taki powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 22 ust. 4 Pzp). Otóż, nie jest proporcjonalny wymóg, aby były to wyłącznie tory spółki PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Przez taki wymóg nierówno traktuje się wykonawców którzy wykonali roboty dotyczące torów kolejowych jednak zarządzanych przez innych europejskich zarządców infrastruktury kolejowej, co ogranicza konkurencją, zwłaszcza w sytuacji, iż normy i wymagania odnośnie certyfikacji są zharmonizowane na poziomie Unii Europejskiej.

Ad. 2)

Klauzula 14.4 projektu umowy wskazuje, iż w przypadku otrzymania dofinansowania przez Zamawiającego, wszystkie rozliczenia (i dodatkowe materiały) muszą być zgodne z obowiązującymi wytycznymi instytucji dofinansującej oraz Wykonawca opracowując Plan

Płatności zobowiązany jest uwzględniać wymagania Zamawiającego w tym dotyczące przepływu środków wynikających z uzyskanego dofinansowania oraz miesięcznych możliwości Zamawiającego. Oznacza, to iż sposób dokonywania płatności opisany w umowie - tj. płatności na podstawie co miesięcznych rozliczeń - klauzula 14.3-14.4 projektu umowy, w tym terminy płatności, sposób wystawiania faktur może ulec zmianie w zależności od tego jakie warunki płatności Zamawiający wynegocjuje z instytucją dofinansowującą. W SIWZ nie zostały zawarte żadne warunki dofinansowania, w tym zakres miesięcznych możliwości Zamawiającego związany z dofinansowaniem, zatem Wykonawca nie może wiedzieć jakie miały zastosowanie w przyszłości sposoby płatności. Nie można wykluczyć, iż będzie to jedna płatności po wykonaniu całego przedmiotu Umowy. Dużą niepewnością zatem będą stanowiły przepływy pieniężne, koszt pieniądza w czasie. Istotne zatem okoliczności i warunki umowy mogą się zmienić w sposób nieprzewidywalny dla Wykonawcy. Dlatego też, tak nieprecyzyjny opis sposobu płatności i dopuszczalnych zmian w tym zakresie nie pozwala na oszacowanie ryzyka związanego z przyszłym rozliczeniem Inwestycji, co godzi w zasadę opisaną przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i jako taki jest sprzeczny z Ustawą,

Ad. 3)

Zgodnie z treścią pkt. 3.3 SIWZ, Zamawiający zlecił firmie przez LEMITOR Ochrona Środowiska sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wykonanie zamówienie pn. *„Uzyskania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla południowego odcinka drogi dojazdowej do mostu w Brzegu Dolnym dla zadania: Skomunikowanie mostu na Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr 94 I drogą wojewódzką nr 340”*. Termin realizacji zamówienia został określony na dzień 30.11.2015 r. Natomiast na podstawie pkt. 7 SIWZ Wykonawca ma termin na projektowanie łącznie z uzyskaniem wszystkich niezbędnych uzgodnień i decyzji (w tym zmianę decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej) - do 8 miesięcy od dnia podpisania umowy, przy założeniu, iż Zamawiający dostarczy decyzję Środowiskową, o której mowa w pkt 3.3 SIWZ do dnia 15.12.2015 r.

Jest to jedyne sformułowanie w SIWZ, które wskazuje na termin, w którym Zamawiający ma obowiązek dostarczyć decyzję środowiskową dla inwestycji. Nie wynika z niego żaden obowiązek dostarczenia tej decyzji w konkretnym terminie. Wykonawca pozostaje związany Umową, jednak nie zna terminu rozpoczęcia realizacji przedmiotu Umowy ani jego zakończenia. Wynika to z faktu, iż właśnie w decyzji środowiskowej zawarte są informacje, w jaki sposób należy projektować aby zniwelować czynniki związane z Ingerencją w środowisko naturalne, np. ile/gdzie i jakie ekrany akustyczne należy rozmieścić, jakie parametry mają mieć przejścia dla zwierząt (Strona 12 PPU: *„W pasie objętym realizacją inwestycji, należy wziąć pod uwagę konieczność budowy obiektów, które zapewnią*

uzyskanie drożności szlaku migracji zwierząt (o parametrach określonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla przejścia głównego) w celu bezpiecznego wyprowadzenia zwierząt poza pas drogowy. (...) Ostateczna ilość zbiorników, ich rodzaj, powierzchnia, typ konstrukcji, usytuowanie, głębokość oraz pozostałe parametry geometryczne będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców cieków wodnych, opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji środowiskowej. (...) W przyjętych rozwiązaniach dotyczących zbiorników oraz gospodarki wodno-ściekowej, należy uwzględnić konieczność zachowania wymagań określonych w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach.), ile, jakiego typu, dla jakich zwierząt i gdzie mają być rozmieszczone.

Oczywistym jest, iż bez tej decyzji nie można rozpocząć etapu projektowania, gdyż założenia do projektowania wyznacza właśnie decyzja środowiskowa. Tymczasem, nie tylko na Zamawiającego nie został nałożony żaden terminowy obowiązek jej dostarczenia ale Wykonawca ma obowiązek zakończenia etapu projektowania i uzyskania zmiany lub wydania nowej decyzji ZRID dla inwestycji w terminie 8 miesięcy od zawarcia umowy.

Oznacza, to iż zakładając iż decyzję środowiskową Wykonawca otrzyma 15.12.2015, to 8 miesięcy upłynie ok. 28 lutego. Realnie więc, Wykonawca będzie dysponował tylko ok. 2,5 miesiąca na zaprojektowanie, uzgodnienie i otrzymanie ostatecznej decyzji ZRID. Terminy wskazane tylko na wydanie decyzji ZRID wynoszą 90 dni (art. 11a ust. 3 Ustawy ZRID), co powinno być poprzedzone uzgodnieniami ok. 30 dni (art. 11d ust. 2 ustawy o ZRID), przy czym w terminy te nie są wliczane terminy na doręczenia pocztowe ani na wyjaśnienie bardziej skomplikowanych kwestii.

Podkreślić należy, iż Wykonawca powinien również przewidzieć ewentualne uzyskanie zgody na odstępstwa od warunków technicznych, co z pewnością przedłuży postępowanie. Do tego należy także doliczyć terminy na uzyskanie przymiotu ostateczności (art. 129 KPA i 49 KPA). Decyzja ZRID doręczana jest na piśmie jedynie inwestorowi. Pozostałym stronom decyzja ta nie jest doręczana indywidualnie, lecz w drodze publicznego ogłoszenia o jej wydaniu, poprzez obwieszczenia w urzędach wojewódzkich lub w starostwie powiatowym (zależnie od tego, który organ wydał decyzję pierwszej instancji) oraz w urzędach gmin właściwych ze względu na przebieg drogi, na stronach internetowych tych gmin, a także w prasie lokalnej. W ten sposób dochodzi do publicznego ogłoszenia o treści decyzji, z którym ustawodawca łączy w art. 49 KPA skutek dowiedzenia się o niej (a więc o jej treści i Jej skutkach prawnych) przez wszystkie strony, który to skutek stanowi zarazem w ujęciu procesowym doręczenie decyzji tym stronom, Publiczne ogłoszenie, w myśl art. 49 KPA, oznacza skuteczność jej doręczenia stronom po upływie 14 dni od dnia publicznego ogłoszenia. Termin 14 dni do złożenia odwołania od tak publicznie doręczonej decyzji liczony

jest zatem od pierwszego dnia następującego po upływie 14 dni od dnia publicznego ogłoszenia o decyzji. W istocie więc decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej staje się ostateczna dopiero po upływie 28 dni od dnia publicznego ogłoszenia o jej wydaniu, jeżeli oczywiście nie zostało w tym terminie złożone odwołanie.

Oznacza, to iż wykonanie przedmiotu umowy w zakresie projektowania wraz z uzyskaniem decyzji, nie jest realny w terminie 8 miesięcy od podpisania umowy.

Opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z treścią 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, gdyż nie zawiera m.in. charakterystycznych parametrów określających wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych, aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż Wykonawca nie posiada założeń do projektowania oraz nie ma pewności ani roszczenia o co do terminu ich wydania pozostając związanym postanowieniami Umowy. W konsekwencji powyższego Wykonawca nie może oszacować oferty, gdyż opis przedmiotu zamówienia ma wady istotne.

Ponadto, w PFU (str. 9) Zamawiający wyraźnie zastrzegł, iż *„Zmiany danych ilościowych i lokalizacyjnych, jakie mogą mieć miejsce po wykonaniu zamiennej dokumentacji, z uwzględnieniem postanowień zawartych w Ogólnych i Szczególnych Warunkach Kontraktu, nie będą powodowały zwiększenia Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej oraz przedłużenia Czasu na Ukończenie”*. Oznacza, iż pomimo nieznanymi wymaganiami przyszłej decyzji środowiskowej, Wykonawcy nie będą przysługiwało żadne dodatkowe wynagrodzenie, co potwierdzają postanowienia pkt. 24.2 i 24.4 I Tomu SIWZ, iż cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia nieujęte w dokumentacji przetargowej.

Z jednej strony w klauzuli 4.10 Zamawiający oświadcza, iż przed Datą Odniesienia przekazał Wykonawcy wszystkie dane dotyczące aspektu wpływu na środowisko a Wykonawca ma w tej klauzuli oświadczyć, iż otrzymał te warunki i są wystarczające, Jest to jednak niezgodne z prawdą, bowiem na stronie 12 PFU Zamawiający podaje: *„Ostateczne ustalenie danych dotyczących dokładnej lokalizacji oraz parametrów geometrycznych obiektów inżynierskich będą wynikać z obowiązujących przepisów techniczno-budowlanych (w tym decyzji o pozwoleniu wodnoprawnym), warunków technicznych wydanych przez właścicieli lub zarządców deków wodnych> opracowanej dokumentacji hydrologicznej oraz przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań wynikających z decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz uzgodnień z gestorami dróg ”*

Ad 4)

Przedmiotem zamówienia jest skomunikowanie *„Skomunikowanie mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr 941 drogą wojewódzką nr 340 odcinek od drogi*

powiatowej nr 2060D w m. Zabór Wielki do włączenia do drogi powiatowej nr 2059D". Oznacza to, że Wykonawca ma wykonać drogę/drogi. Zgodnie z ustawą o drogach publicznych za drogę uważa się „budowlę wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi, urządzeniami oraz instalacjami, stanowiącą całość techniczno-użytkową, przeznaczoną do prowadzenia ruchu drogowego, zlokalizowaną w pasie drogowym". Natomiast „drogowym obiektem inżynierskim jest „obiekt mostowy, tunel, przepust i konstrukcję oporową". W ustawie została zawarta także definicja „obektu mostowego" którym jest zgodnie z ustawą „budowla przeznaczona do przeprowadzenia drogi, samodzielnego ciągu pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrówek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji nad przeszkodą terenową, w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę".

Oznacza, to iż PFU powinno zawierać parametry charakterystyczne dla drogi, w tym dla obiektów mostowych, w tym dla budowli przeznaczonych dla zwierząt dziko żyjących, które są niezbędne do projektowania. W trakcie projektowania należy uwzględnić wymogi Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie - w tym rozporządzeniu określa się jak należy projektować m.in. przejścia dla zwierząt; Rozporządzenie wskazuje na konkretne wymogi dla danego typu przejścia dla zwierząt w zależności od tego dla jakiego rodzaju zwierząt jest przeznaczone (małych, średnich lub dużych).

Dla przejścia przeznaczonego dla małych zwierząt rozporządzenie przyporządkowuje konkretny współczynnik ciasnoty (jest to współczynnik wyrażający wzajemne relacje między wysokością, szerokością i długością przejścia przewidzianego jako otwór w korpusie drogi), który jest inny dla przejścia dla średnich zwierząt a inny dla dużych zwierząt. Mając szerokość i długość przejścia oraz współczynnik ciasnoty można określić wysokość przejścia dla zwierząt. W zależności od tego współczynnika, określa się najważniejsze parametry. W PFU podano tylko długość i szerokość przejścia dla zwierząt; nie ma w PFU ani współczynnika ciasnoty ani nie określa się dla jakich zwierząt jest dane przejście; w związku z powyższym nie można ustalić jaką wysokość powinno mieć dane przejście dla zwierząt.

Ponadto, przejścia dla zwierząt nie mogą być sytuowane poniżej poziomu gruntu ponieważ zwierzęta nie schodzą do takich miejsc (dziur) zatem to drogi podnosi się aby wykonać przejście dla zwierząt. W PFU podano tylko niweletę drogi, natomiast nie ma kopii mapy zasadniczej. Dlatego też, wykonawca nie może nawet w przybliżeniu ustalić zakresu robót, zakresu podnoszenia drogi, wysokości nasypów, żelbetonu itp. Wykonawca nie może takiej mapy także uzyskać przed złożeniem ofert, gdyż mapa taka nie istnieje się w zasobach geodezyjnych dla tego przebiegu nowej trasy. Wykonawca nie ma także możliwości wykonania samodzielnie takiej mapy, gdyż przed złożeniem oferty należałoby uprzednio przeprowadzić niwelację terenu (bagna, torfowiska), wymaga to zachowania skomplikowanej

procedury oraz czasu na przeprowadzenie niwelacji w trudnym terenie. Czas na złożenie oferty nie jest wystarczający aby Wykonawca mógł przeprowadzić te czynności.

Brak danych o odległościach odcinków obiektów liniowych oraz informacja w PFU, iż wykonawca ma je likwidować lub przebudować oraz brak danych o długości odcinków istniejących rowów, na których ma zostać wykonane udroźnienie w tym usunięcie namułu z dna, usunięcie kolidujących pni, korzeni, oraz krzewów poniżej wylotu nie pozwala na ustalenie co jest przedmiotem zamówienia.

Wykonawca ma wykonać przedmiot Umowy zgodnie z „Wymagania Zamawiającego”. Klauzula 1.1.1.5 projektu umowy definiuje „Wymagania Zamawiającego” wskazując, iż Wymagania Zamawiającego oznaczają PFU jak również „Inne wymagania opisane w dokumentacji przetargowej”. Częścią dokumentacji przetargowej jest także dokumentacja projektowa, która Wykonawca ma zmienić, dostosować lub zoptymalizować (str.6 PFU) dostosowując do «Wymagań Zamawiającego.” Jest to zatem typowa definicja *Ignotum per Ignotum*.

Zamawiający zdaje sobie jednocześnie z tego sprawę i Zamawiający z jednej strony nakazuje Wykonawcy dokładne „zrozumienie” prawdziwej intencji zamawiającego. W Klauzuli 4.1. projektu umowy wskazuje bowiem, iż Wykonawca zapewni wszystko co niezbędne do odpowiedniego wykonania prac projektowych i robót „zgodnie z prawdziwą intencją i znaczeniem wymagań zawartych w Wymaganiach Zamawiającego”.

Ponadto w tej klauzuli Wykonawca ma wziąć odpowiedzialność za projekt budowlany, projekt wykonawczy. Z drugiej natomiast strony w klauzuli 5.1. akapit 3 projektu umowy nakłada się na Wykonawcę obowiązek powiadomienia Zamawiającego „w terminie 30 dni od zawarcia umowy o nieprzewidywalnych błędach wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego.” Także w III TOMIE SIWZ (str. 26) zapisano iż „Jednocześnie Wykonawca zwalnia Zamawiającego z odpowiedzialności za niedostatki czy błędy i pozostaje odpowiedzialnym, zgodnie z Klauzulą 5 Warunków kontraktu, za weryfikację projektu i/lub zmiany w projekcie, które uzna za konieczne, aby dopasować go do opracowywanej Dokumentacji Projektowej, a następnie ubiegać się o jego zatwierdzenie przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami kontraktu”.

Zauważa się tu dysonans w postanowieniach Zamawiającego, z jednej strony należy poznać prawdziwą intencję Zamawiającego, pomimo, iż z drugiej strony jego intencja jest wadliwa, wadliwa w sposób nieprzewidywalny. Wykonawca powinien odkryć, to co jest nieprzewidywalnie wadliwe w terminie 30 dni od zawarcia umowy, co z założenia jest niemożliwe. Oznacza to, iż Zamawiający nakłada na Wykonawcę zweryfikowanie danych wyjściowych do projektowania, zapewnienie ich sobie (wszelkie uzgodnienia z gestorami sieci itp). Skoro na etapie, gdy jest już projekt i pozwolenie na budowę Zamawiający nie tylko chce weryfikować ten projekt, ale takie swoje własne wytyczne do projektowania zawarte

w PFU. to powstaje pytanie co właściwie ma być przedmiotem zamówienia, skoro są w nim same niewiadome. Powyższy zapis jednoznacznie dowodzi, iż Zamawiający nie zrealizował swojego obowiązku w zakresie należytego przygotowania inwestycji i to zarówno w rozumieniu obowiązków nałożonych na niego art. 647 k.c., jak i wymagań Prawa zamówień publicznych wraz z rozporządzeniami regulującymi opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający naruszył także § 18 i § 19 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 poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w systemie zaprojektuj i wybuduj poza programem funkcjonalno-użytkowym przez projekt budowlany wraz z pozwoleniem na budowę przy jednoczesnym nałożeniu na Wykonawcę obowiązków w PFU tj. np. uzyskania wszelkich wymaganych prawem pozwoleń i decyzji, uzyskania z upoważnienia Zamawiającego pozwolenia na budowę zamiennego, pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie trwania budowy. Naruszenie to trzeba rozpatrywać w kontekście art. 29 ust. 1 Pzp. Zamawiający nieprawidłowo opisał przedmiot zamówienia w wyniku braku precyzyjności i jednoznaczności wymagań. PFU z założenia ma stanowić kompletne wytyczne do projektowania. W przedmiotowym przypadku wytyczne do projektowania i gotowy projekt stały się jednym zlepkiem dokumentów. Nie wiadomo jednak, który ma prymat i jak traktować wytyczne w sytuacji, gdy projekt już jest i tylko na Jego podstawie należałoby sporządzić projekt wykonawczy.

Ad 5)

Naruszenie przywołanych w tym zarzucie przepisów prawa wiąże się z faktem, iż konieczne jest wskazanie zakresu posiadanych przez zamawiającego praw autorskich, gdyż tylko posiadanie takich praw upoważnia do dokonywania zmian w projektach i wykonywaniu opracowań utworów (projektu budowlanego), Zamawiający wskazał, iż Wykonawca może korzystać z takiego projektu budowlanego jednak nie wskazał w jakim zakresie z uwagi na ograniczenia w zakresie praw autorskich można z taki projekt zmieniać i opracowywać. Brak takich zapewnień co do uprawnień na gruncie prawa do utworu w rozumieniu prawa autorskiego, *de facto* może prowadzić do niemożliwości świadczenia w zakresie nanoszenia zmian do istniejącej dokumentacji lub narazić Wykonawcę na nieprzewidywalne konsekwencje prawne.

Ad. 6) i Ad. 7)

Wprowadzenie w projekcie umowy w klauzuli 5.1. akapit 3 obowiązku powiadomienia Zamawiającego „w terminie 30 dni od zawarcia umowy o nieprzewidywalnych błędach wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego”, oznacza w istocie obowiązek szczegółowego zweryfikowania dostarczonych przez Zamawiającego dokumentów wyjściowych do projektowania, w tym założeń przyjętych do obliczeń konstrukcji, dotyczących obciążeń,

sprawdzenie zapotrzebowania na media, badań gruntu, wykonania niwelacji terenu przed złożeniem oferty lub w terminie 30 dni od zawarcia umowy. Z zakresu tych działań wynika, iż w terminie wymaganym przez Zamawiającego jest to niemożliwe i nierealne. Jednocześnie Zamawiający wymaga od Wykonawcy zwolnienia Zamawiającego z odpowiedzialności za niedostatki czy błędy i pozostaje odpowiedzialnym, zgodnie z Klauzulą 5 Warunków kontraktu, za weryfikację projektu i/lub zmiany w projekcie, które uzna za konieczne, aby dopasować go do opracowywanej Dokumentacji Projektowej a następnie ubiegać się o jego zatwierdzenie przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami kontraktu". W całokształcie tych postanowień Zamawiający próbuje nałożyć na Wykonawcę zobowiązanie, którego wykonanie jest z gruntu świadczeniem niemożliwym w określonym terminie. W tym miejscu należy odwołać się do racjonalności przepisów kodeksu cywilnego (art. 651 k.c.), w którym oczekuje się powiadomienia inwestora o błędach, wadach lub usterkach niezwłocznie ale od momentu ich wykrycia. W takim zakresie żądanie Zamawiającego byłoby racjonalne i służyło właściwemu rozłożeniu ryzyka po obydwu stronach umowy.

Reasumując, zasadność powyższego stanowiska Odwołującego znajduje też potwierdzenie w orzecznictwie, które należy odpowiednio odnieść do formuły „projektu i zbuduj” w ramach niniejszego postępowania. Mianowicie w wyroku KIO z 06.03.2013 r., sygn. akt: KIO 411/13, w którym Izba stwierdziła m.in., że:

„Izba podziela powszechnie aprobowane poglądy dotyczące sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek takiego opracowania dokumentacji przetargowej, aby wykonawca nie był obciążany konsekwencjami lejnienależytego sporządzenia. 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 iak i rozmiar uzależnione są od rezultatu podjętych przez wykonawcę czynności już na etapie realizacji. (...).

Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 P.z.p. wymagają, aby wszystkie informacje niezbędne do złożenia prawidłowej, zgodnej z wymogami zamawiającego i konkurencyjnej oferty były dostępne wykonawcom na równych prawach. Zakres robot - możliwość ich wystąpienia, rozmiar, ilość, konieczność ich wykonania - nie może być pozostawiona domyślności wykonawcy, gdyż taka sytuacja prowadzi do składania ofert nieporównywalnych co do rozmiarów świadczeń i ich wyceny.

Postępowanie o zamówienie publiczne ma doprowadzić do wybrania najkorzystniejszej oferty i podpisania umowy z wykonawcą gwarantującym jej należyte wykonanie przy uwzględnieniu zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy P.z.p., a także

w zgodności z przepisami tej ustawy. Stąd 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, o 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 Działania zamawiającego winny mieć charakter prokonkurencyjny, jak stanowi art. 29 ust. 2 ustawy P.z.p. Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, w tym także na umożliwienie oszacowania ceny oferty, w stosunku do oznaczonego przedmiotu zamówienia. Sposób i zakres opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane wyznacza art. 31 ust. 1 ustawy P.z.p., który bez żadnych niedomówień stanowi, iż zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robot budowlanych. Zakres i formę dokumentacji projektowej wyznacza rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robot budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.). (...).

Niewątpliwie z uwagi brzmienie art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p., który podaje że opisu przedmiotu zamówienia należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty - pozostawienie w tym zakresie dowolności czy niejednoznaczności stanowi naruszenie wskazań tej normy. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko, co do zakresu robot - wykonawca powinien otrzymać Informacje / dokumenty, pozwalające na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę. Zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy P.z.p. zamawiający ma obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, a zgodnie z art. 29 ust, 2 tej ustawy zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, który powinno się interpretować w ten sposób, że opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich istotnych czynników wpływających na nią. (...).”

Zamawiający w dniu 18.05.2015 r. wezwał (umieszczając na stronie internetowej)

wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.05.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01 - 040 Warszawa zwany dalej: „BUDIMEX S.A.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutów od pkt 2 do 4. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Nie stawił się na posiedzeniu i rozprawie.

W dniu 25.05.2015 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o częściowe uwzględnienie i częściowe oddalenie odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu.

Ad. 1. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu, które nie są adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu Zamówienia tj. poprzez żądanie wykazania się:

a) posiadaniem wiedzy i doświadczenia w zakresie co najmniej jednej inwestycji zrealizowanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającej na budowie bądź rozbudowie drogi klasy co najmniej G, o wartości robót minimum 40 000 000 PLN brutto, w tym obejmującą budowę wiaduktu nad torami PKP o długości całkowitej obiektu minimum 45,00 m (Ogłoszenie i SIWZ: pkt 8.1.a)

b) dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia z doświadczeniem obejmującym budowę wiaduktu nad torami PKP (Ogłoszenie i SIWZ: 8.1.c w zakresie Eksperta nr 3 - Kierownika robót mostowych). Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uwzględnienie powyższego. Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego. W związku z uwzględnieniem zarzutu, Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 4 i 4a Pzp wprowadzi zmianę treści Ogłoszenia i treści SIWZ w poniższy sposób:

Ad a) „8.1.a. posiadania wiedzy i doświadczenia:

W ostatnich pięciu latach przed dniem składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali w należyty sposób, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli roboty budowlane, co najmniej jedną realizowaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegające na budowie bądź rozbudowie drogi klasy co najmniej G, o wartości robót minimum 40 000 000 PLN brutto, w tym obejmującą budowę wiaduktu nad torami kolejowymi o długości całkowitej obiektu minimum 45,00m.”

Ad b) „c. Ekspert nr 3 - Kierownik robót mostowych (min. 1 osoba) - posiadający:

- *wykształcenie wyższe techniczne;*
- *posiadanie kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do*

wykonania zamówienia;

- *co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami mostowymi i/lub w nadzorowaniu robót mostowych, w tym obejmującą budowę wiaduktu nad torami kolejowymi o długości całkowitej obiektu minimum 45,00m*
- *uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów uprawnienia budowlane.”*

Ad. 2. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie sposobu płatności, który może ulec nieprzewidzianej zmianie w na mocy treści klauzuli 14.4 projektu umowy, tj. w przypadku otrzymania dofinansowania, wszystkie rozliczenia (i dodatkowe materiały) muszą być zgodne z obowiązującymi wytycznymi instytucji dofinansującej oraz Wykonawca opracowując Plan Płatności zobowiązany jest uwzględnić wymagania Zamawiającego w tym dotyczące przepływu środków wynikających z uzyskanego dofinansowania oraz miesięcznych możliwości Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił zarzut. W związku z uwzględnieniem zarzutu Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp wprowadził zmianę treści SIWZ w poniższy sposób: Zamawiający we wzorze umowy w Klauzula 4.1 w pkt iv wykreślił zdanie: *„Jeżeli Zamawiający uzyskał na realizację przedmiotu zamówienia dofinansowanie, celem nadrzędnym działań Wykonawcy ma być osiągnięcie rezultatu wskazanego w umowie o dofinansowanie.”*

Ad 3. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kc w zw. z art. 11a ust. 3, art. 11 d ust. 2 i 5, art. 11g ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (ustawa ZRID) w zw. z art. 35 § 5 KPA oraz art. 49 KPA poprzez wyznaczenie Wykonawcy terminów Realizacji przedmiotu umowy obiektywnie niemożliwych do zrealizowania nawet przez Wykonawcę będącego profesjonalistą działający z należytą starannością i przy użyciu wszelkich możliwych środków, zważywszy na zasady przekazania wykonawcy decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz wymagany w SIWZ termin wykonania etapu, pod rygorem wysokich kar umownych, polegającego na projektowaniu wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji, tj. termin do 8 miesięcy a robót budowlanych w terminie 28 (22) miesięcy od podpisania umowy (pkt 7 SIWZ).

Zarzut pkt 3.1 - Nie jest to przesłanka do unieważnienia przetargu.

Zarzut pkt 3.2 Zamawiający nie uwzględnił.

Parametry zostały podane w Załączniku nr 1 do PFU: *„Wielokryterialnej analizie dla wariant nr III” Część rozszerzona,*

pkt. 3.1. Część drogowa

- pkt. 3.1.1. Opis stanu istniejącego
- pkt. 3.1.2. Opis przebiegu planowanej trasy
- pkt. 3.1.3. Profil podłużny trasy głównej
- pkt. 3.1.4. Przekroje konstrukcyjne (droga główna, drogi powiatowe, drogi serwisowe)
- pkt. 3.1.5. Zestawienie ilości nasypów i wykopów
- pkt. 3.2. Część mostowa
 - pkt. 3.2.1. Wykaz obiektów inżynierskich, typ obiektów i schemat statyczny
 - pkt. 3.2.2. Wyposażenie obiektów
 - pkt. 3.2.3. Wykaz parametrów geometrycznych
 - pkt. 3.2.4. Opis podstawowych materiałów budowlanych przewidzianych do użycia
 - pkt. 3.2.5. Sposób posadowienia obiektów
- pkt. 3.3. Część branżowa
 - pkt.3.3.1. Uszczegółowiony opis infrastruktury technicznej podlegającej przebudowie

Zarzut pkt 3.2.1. Zamawiający uwzględnił. Zamawiający wystąpił do gestorów sieci o przedłużenie uprzednio wydanych warunków technicznych lub o wydanie warunków nowych : wystąpienia wystosowano do :

- Telekomunikacja Polska, ul. Purkyniego 2, 50-155 Wrocław
- TAURON Dystrybucja S.A., Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 5, 53-329 Wrocław
- Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., Oddz. we Wrocławiu, ul. Gazowa 3, 50-513 W-w
- Dolnośląski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych we Wrocławiu, Inspektorat w Środzie Śląskiej, ul. Wrocławska 44, 55-300 Środa Śląska
- PKP ENERGETYKA SA, ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław
- TK TELEKOM, ul. Kijowska 10/12A, 03-743 Warszawa
- Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., ul. Willowa 16, 55-330 Miękinia
- PGNiG w Warszawie, Departament Infrastruktury Transportowej, ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 W-wa
- EXATEL S.A., ul. Perkuna 47 , 04-164 Warszawa

Do dn. 25.05.15 Zamawiając otrzymał warunki techniczne/przedłużenie uzgodnień od :

- ORANGE Polska, ul. Purkyniego 2, 50-155 Wrocław
- TAURON Dystrybucja S.A., Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 5, 53-329 Wrocław- 2 szt. uzgodnień
- EXATEL S.A., ul. Perkuna 47 , 04-164 Warszawa

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp zamieści na stronie internetowej posiadane uzgodnienia.

Zarzut pkt 3.2.2 Zamawiający nie uwzględnił. Parametry zostały podane w Załączniku nr 1 do PFU: „Wielokryterialnej analizie dla wariant nr III” Część rozszerzona, pkt. 3.2. Część mostowa - obejmująca min. Lokalizację przepustów, mostów, przepustów zintegrowanych:

pkt. 3.2.1. Wykaz obiektów inżynierskich, typ obiektów i schemat statyczny

pkt. 3.2.2. Wyposażenie obiektów

pkt. 3.2.3. Wykaz parametrów geometrycznych

pkt. 3.2.4. Opis podstawowych materiałów budowlanych przewidzianych do użycia

pkt. 3.2.5. Sposób posadowienia obiektów

Lokalizacja zbiorników wodnych została wskazana na Mapie stanowią załącznik do PFU (zał. nr 1): „Wielokryterialna analiza dla wariant nr III” Część rozszerzona - Rys. D 1 i Rys. D2.

Zarzut pkt 3.2.3 Zamawiający nie uwzględnił. Mapa stanowi załącznik do PFU (zał. nr 1): „Wielokryterialna analiza dla wariant nr III” Część ogólna - Rys. 01 i Rys. 02 oraz w Części rozszerzonej - Rys. D1 i Rys. D2.

Zarzut pkt 3.2.4 Zamawiający nie uwzględnił. Wykonawca ustali to na etapie projektowania po określeniu lokalizacji odprowadzenia wód opadowych.

Zarzut pkt 3.2.5 Zamawiający nie uwzględnił. Oświadczenia Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane nie jest wymagane zgodnie z § 19b ust. 2) Dz. U. 2013 poz. 1129 Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy Dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego..

Zarzut pkt 3.2.6 Zamawiający nie uwzględnił. W załączniku nr 1 do PFU w części rozszerzonej wielokryterialnej analizie rys. M5 przedstawia przekrój przez przejście dla zwierząt wraz ze zestawieniem przejść z km i wszystkimi charakterystycznymi parametrami, na tej podstawie Wykonawca ma wystarczające dane do sporządzenia oferty. Ponadto, informacje o wymaganym współczynniku względnej ciasnoty oraz m.in. o min. wymiarach przejść dla zwierząt są zapisane w Decyzji WOŚ.4210.13.2011.KZ - pkt. 4.16 -i- 4.20.

Zarzut pkt 3.2.7. Zamawiający nie uwzględnił. Długość odcinków rowów będzie zależna od zamiennego projektu, który Wykonawca ma wykonać. Zamawiający podał przekrój przez przejście dla zwierząt i na tej podstawie należy przygotować ofertę.

W przypadku pkt 3.3. Zamawiający zarzut uwzględnił w części. W związku z uwzględnieniem części zarzutu Odwołującego w zakresie Ad. 3 pkt 3.3. Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 i 4a Pzp Zamawiający wprowadzi zmiany w treści SIWZ w poniższy sposób:

W SIWZ pkt 7 otrzyma nowe brzmienie:

„7. Termin wykonania zamówienia

- *Czas na Wykonanie* - przedmiot zamówienia należy zrealizować w terminie max. 32 miesiące od dnia podpisania umowy, w tym:

- *czas na projektowanie łącznie z uzyskaniem wszystkich niezbędnych uzgodnień i decyzji (w tym zmiana decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz uzyskanie Decyzji o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III) - do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy.*

Zamawiający prześle Raport oddziaływania na środowisko do dnia 15.10.2015 r.

- *zakończenie robót budowlanych do 20 m-cy , w tym 17 m-cy na prace budowlane i 3 m-ce na czynności odbiorowe”.*

Ad. 4. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 Pzp w zw. z § 15, § 18 i § 19 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 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także sposób nie sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w zakresie:

i. w jakim zamawiający nie określił w PFU (i nie załączył do SIWZ) danych i dokumentów niezbędnych do ustalenia zakresu planowanych prac projektowych i robót budowlanych a co za tym idzie również kosztów z tym związanych i, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych, tj. nie zostały przedstawione w SIWZ:

a) charakterystyczne parametry określające wielkość obiektu lub zakres robót budowlanych,
b) aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia;
c) szczegółowe właściwości funkcjonalno-użytkowe wyrażone we wskaźnikach powierzchniowo-kubaturowych ustalone zgodnie z Polską Normą PN-ISO 9836:1997 "Właściwości użytkowe w budownictwie. Określenie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych", jeśli wymaga tego specyfika obiektu budowlanego, w szczególności:

wskaźniki powierzchniowo-kubaturowe, w tym wskaźnik określający udział powierzchni ruchu w powierzchni netto,

- inne powierzchnie, jeśli nie są pochodną powierzchni użytkowej opisanych wcześniej wskaźników,

- określenie wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów powierzchni i kubatur lub wskaźników,

d) cechy obiektu dotyczące rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i wskaźników ekonomicznych;

e) dokumenty potwierdzające zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów;

f) oświadczenie zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane oraz dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych;

W szczególności w PFU nie zostały m.in. wskazane lub dołączone:

> parametry drogowych obiektów inżynierskich, np. dla przejść dla zwierząt nie podano ich funkcjonalności (dla jakich zwierząt przejścia te mają zostać dostosowane: małych, dużych czy średnich), nie wskazano wysokości tych przejść lub współczynników ciasnoty, które stanowią dane niezbędne do projektowania, których nie ustala samodzielnie projektant.

> charakterystyczne parametry określające długości odcinków obiektów liniowych kolidujących z drogą, które to na tej długości powinny podlegać przebudowie w ramach usunięcia kolizji. W szczególności nie została podana długość przebudowywanego odcinka: (i) kabla miedzianego (kabel na tej długości powinien zostać wymieniony), (ii) gazociągu wysokiego ciśnienia, (iii) linii wysokiego napięcia (110 kV), (iv) sieci trakcyjnej w związku z budową wiaduktu kolejowego, (v) długość odcinka i typ światłowodów PKP PLK SA, (vi) długość odcinka i typ światłowodów PKP Utrzymanie sp. z o.o., (vii) długości odcinka i przekroju linii LPN do przebudowy w związku z budową wiaduktu kolejowego itp.

> długości odcinków istniejących rowów, na których ma zostać wykonane udroźnienie w tym usunięcie namułu z dna, usunięcie kolidujących pni, korzeni, oraz krzewów poniżej wylotu (str. 13 PFU), Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, iż ma to mieć miejsce na odcinku 50 m i więcej poniżej wylotu (str. 13 PFU).

> mapa zasadnicza dla nowego przebiegu drogi: Wykonawca w terminie składania ofert nie ma możliwości zapoznania się z taką mapą, bowiem teren budowy dla odcinka, który nie jest objęty projektem budowlanym nie został pokryty mapą zasadniczą. Tereny te stanowią w istocie tereny bagniste, gdzie nie jest możliwe w terminie składania ofert dokonanie wizji lokalnej i sporządzenie takiej mapy. Wykonanie mapy zasadniczej w tym przypadku zajmuje średnio ok. 1,5 miesiąca. Dlatego też taka mapa jest w tym wypadku niezbędna do ustalenia aktualnych uwarunkowań wykonania przedmiotu zamówienia i sporządzenia oferty w tym oszacowania kosztów realizacji inwestycji.

> oświadczenie zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane Zamawiający wskazuje na str. 14 PFU, iż *„Wszelkie czynności związane z przebudową infrastruktury, w tym m.in. związane z uzyskiwaniem prawa do dysponowania nieruchomością na potrzeby przebudowy w/w infrastruktury oraz ustanowieniem służebności przesyłu leżą po stronie Wykonawcy Robót.”* oraz Wykonawca ma wymóg uzyskania *„Dokumentacji formalno-prawnej dla nabycia praw do korzystania z nieruchomości*

znajdujących się poza projektowanymi liniami rozgraniczającymi drogę, a niezbędna do zrealizowania niniejszej inwestycji, " (str. 27 PFU).

ii. w jakim zamawiający nie określił w PFU żadnych parametrów, zarówno co do lokalizacji, ilości jak i wielkości (w tym powierzchni, długości, szerokości, wysokości, grubości i innych parametrów) jakichkolwiek ciągów ekologicznych, warunków przebudowy kolizji lub zbiorników wodnych, cieków wodnych, przepustami lub innych obiektów wchodzących w skład drogi lub innych obiektów, których wybudowanie jest przedmiotem zamówienia;

iii. w jakim Zamawiający opisuje w PFU przedmiot zamówienia postanowieniami, które są nieprecyzyjne, a nawet wzajemnie sprzeczne i wykluczające się, w związku z czym Wykonawca nie jest w stanie stwierdzić co w istocie stanowi przedmiot Umowy. Niejasne i naruszające art. 29 Ustawy są zapisy:

- na str. 9 w pkt. 3 PFU: *„Wymagania Zamawiającego co do materiałów, które mają być zastosowane oraz sposoby wykonania robót, o ile nie wskazano inaczej w Koncepcji, określono poprzez dokumentację projektową (PB, PW, STWiORB).”* (dotyczy to zarówno odcinka trasy objętego projektem budowlany, jak i nieobjętego nim).
- na str. 10 PFU: *„Podczas projektowania należy, uwzględniać optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi wojewódzkiej. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawienia i uzyskania zatwierdzenia przez Zamawiającego rozwiązań technicznych minimalizujących koszty eksploatacji. W przypadku zastosowania rozwiązań innowacyjnych, przed zatwierdzeniem Projektu Budowlanego (lub/i Projektu Wykonawczego), należy przedstawić instrukcję utrzymania i przewidywane koszty eksploatacji danego elementu.”*
- na str. 14 PFU: *„Trasa projektowanej drogi biegnie w okolicy istniejących sieci uzbrojenia m.in: [lista gazociągów, linii wysokiego napięcia i linii kolejowych] co powoduje konieczność przebudowy, bądź likwidacji przytoczonej infrastruktury technicznej.”*
- Klauzula 1.1.1.5. projektu Umowy: Definicja Wymagań Zamawiającego i klauzula 1.1.1.11 Definicja PFU

W związku z powyższym na etapie projektowania powstaje pytanie odnośnie w/w zapisów, czy wymogiem Zamawiającego jest zastosowanie materiałów jak w dokumentacji projektowej czy materiałów innych bardziej optymalnych, tańszych w eksploatacji nawet jeśli nie wynikają z tej dokumentacji, czy wymogiem jest przebudowa czy likwidacja. Postaje pytanie, jakie materiały lub rozwiązania techniczne zamawiający zaakceptuje. Czy będą to te z dokumentacji projektowej czy tańsze w eksploatacji. Jakie rozwiązania należy już uznać za *„minimalizujące koszty eksploatacji”*. Jaki jest punkt odniesienia (tzn. jaka wysokość kosztu) od którego przyjmujemy iż ma miejsce minimalizacja kosztów eksploatacji. Co jest poziomem odniesienia dla minimalizowania kosztów, dokumentacja budowlana, koncepcja, inne punkty odniesienia jak stanowisko zamawiającego w dacie zatwierdzenia

projektów, nieznane projektantowi na etapie projektowania? Kiedy możemy uznać, iż koszt został zminimalizowany. O jaki koszt należy zminimalizować aby poziom minimalizacji był wystarczając dla Zamawiającego.

- Klauzula 1.1.1.5. projektu Umowy: Definicja Wymagań Zamawiającego i klauzula 1.1.1.11 Definicja PFU
- na str. 6 PFU: „Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie (zoptymalizowanie dokumentacji projektowej) i wybudowanie drogi wojewódzkiej”,
- na str.7 PFU: „Dostosowanie istniejącej dokumentacji projektowej do założeń zawartych w opracowaniu pod nazwą: Wielokryterialna analiza techniczno-ekonomiczna dla zadania pn. "Skomunikowanie mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr 94 i drogą wojewódzką nr 340 - odcinek od drogi powiatowej nr 2060D do drogi powiatowej nr 2059D" dla wariantu nr III"
- na str. 19 PFU: „Szczegółowy zakres dotyczący projektowania i wykonania Robót, w ramach Kontraktu określają Koncepcja, Projekt Budowlany i Wykonawczy oraz Specyfikacje Techniczne wykonania i odbioru robót, które stanowią integralną część Programu Funkcjonalno -Użytkowego."
- na str. 19 PFU: „Dokumentacja Projektowa, Specyfikacje Techniczne oraz dodatkowe dokumenty przekazane Wykonawcy stanowią całość Kontraktu, a wymagania wyszczególnione w choćby jednym z nich są obowiązujące dla Wykonawcy tak jakby zawarte były w całej dokumentacji."
- na str. 9 PFU: „Jeżeli zmiana odcinka trasy głównej drogi nie wyklucza wykorzystania istniejącej dokumentacji, Wykonawca może korzystać z PB, PW, Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWIORB), uzgodnień, opinii i decyzji dla pierwotnego przebiegu trasy."
- na str. 10 PFU: „Podczas projektowania należy, uwzględniać optymalizację rozwiązań technicznych i kosztów późniejszego utrzymania w przewidywanym okresie eksploatacji drogi wojewódzkiej”.
- na str. 15 PFU: wymagane jest aby wszystkie budowane i przebudowywane sieci zaprojektować i wykonać w sposób: „Zapewniający bezpieczne użytkowanie oraz minimalizujący akty wandalizmu i kradzieży, a także możliwość wykorzystania do innych celów niż do tych, do których są przewidziane." Zamawiający nie wskazał tych celów, projektant nie będzie miał możliwości ustalenia tych celów.
- na str. 18 PFU: „Podane ilości i dane liczbowe w dokumentacji stanowiącej element Przetargu należy traktować orientacyjnie i nie służą one do rozliczeń budowy."

- na str. 32 PFU: *„Wykonawca może realizować Roboty zgodnie z Projektem Budowlanym pierwotnym, dla którego Zamawiający posiada decyzję ZRID na odcinkach, gdzie przebieg jest spójny z Koncepcją.”*

Powstaje pytanie czy Wykonawca powinien realizować roboty zgodnie z Projektem Budowlanym obejmującym stary przebieg drogi, gdyż wymagania tam wskazane „są obowiązujące” czy może stosować te rozwiązania ale sam powinien je zaprojektować czy też powinien je zoptymalizować a może dostosować a może zminimalizować? Wykonawca niestety nie wie na podstawie tych zapisów w jakim zakresie ma przenieść całe fragmenty Projektu Budowlanego do projektowanego przez niego Projektu a w jakiej ma je zmienić oraz czy ma obowiązek to zrobić czy też opcję. Wykonawca nie może ustalić zakresu swoich obowiązków, na str. 40 PFU wskazuje wymagany przez niego sposób sporządzenia oferty „Wykonawca przygotowując ofertę powinien wycenić Roboty, spełniając założenia z decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych WOOŚ.4210.13.2011.KZ z dnia 10.01.2011 r., która została wydana dla wariantu pierwotnego, zgodnie z założeniami Koncepcji - np. bez wykonania ekranów akustycznych.”

Już dziś można stwierdzić, iż błędem będzie szacowanie oferty na podstawie decyzji WOOŚ.4210.13.2011.KZ. bowiem decyzja ta jest sprzeczna z postanowieniami str. 8 PFU, gdzie Zamawiający wymaga od Wykonawcy wykonania „regulacji istniejących cieków i oczyszczania zamulonych rowów”. Zapis ten stoi w sprzeczności z postanowieniami tej decyzji WOOŚ.4210.13.2011.KZ czytamy w pkt. 4.11 „przeprawy przez ciek wodne zaprojektować w sposób nie powodujący zawężania ich koryt”, w pkt. 4.15 „w miejscach lokalizacji przepraw przez ciek naturalne nie wykonywać prac polegających na regulacji ich koryt”, w innych pkt. decyzji należy „zapewnić swobodne przepływy wód wezbraniowych” itp. Zatem już aktualnie Wykonawca nie może ustalić jaki jest zakres wymaganych przez niego prac.

- na str. 40 PFU: *„Dla robót wykraczających poza zakres rzeczowych posiadanych przez Zamawiającego Projektu Budowlanego i Wykonawczego, a wynikających z Koncepcji, Wykonawca zobowiązany jest utrzymać standardy materiałów nie gorszych niż w przytoczonej dokumentacji.”*

Powstaje pytanie co oznacza „nie gorszych”. Dany materiał może być w jednym przypadku (np. danych warunkach pogodowych) lepszy a jednocześnie w innych warunkach gorszy. Taki zapis nie wyjaśnia żadnych wątpliwości.

1) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych poprzez zlecenie wykonania zmian w projekcie budowlanym, projektów wykonawczych, pełnienie nadzoru autorskiego przez „autora projektu” bez jednoznacznego wskazania, czy Zamawiający dysponuje prawami zależnymi do projektu budowlanego i w jakim zakresie,

2) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 k.c. i w zw. z art. 651 k.c. poprzez wprowadzenie w projekcie umowy w klauzuli 5.1. akapit 3 obowiązku powiadomienia Zamawiającego „w terminie 30 dni od zawarcia umowy o nieprzewidywalnych błędach, wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego”, co oznacza obowiązek zweryfikowania dostarczonych przez Zamawiającego dokumentów wyjściowych do projektowania, założeń przyjętych do obliczeń konstrukcji, w tym dotyczących obciążeń, sprawdzenie zapotrzebowania na media, badań gruntu, wykonania niwelacji terenu przed złożeniem oferty, tj. niezgodne z przepisami prawa zobowiązanie Wykonawcy do zweryfikowania - przed złożeniem oferty lub w terminie 30 dni od zawarcia umowy - prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej lub PFU i pozostałej dokumentacji przetargowej.

Zarzut Ad 4 Zamawiający uznaje w części. Zgodnie z § 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 (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.), zwanego dalej „rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.”, program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Program funkcjonalno-użytkowy, z definicji ustawowej, zawiera więc ogólne wytyczne i zakładane funkcjonalności obiektu, jakie zamawiający chciałby uzyskać w wyniku realizacji robót. Szczegółowe rozwiązania techniczno-materiałowe, w zgodności z odrębnymi przepisami i normami, co do zasady powinny pozostać w gestii wykonawcy. Ponieważ program funkcjonalno-użytkowy nie jest projektem budowlanym, a jedynie wstępem do jego opracowania, dopiero przygotowanie projektu budowlanego przez wykonawcę w sposób ostateczny i wiążący dookreśla wszystkie parametry techniczne obiektu budowlanego weryfikując niekiedy poprawność założeń przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym, stąd może powstać potrzeba korekty parametrów przyjętych w programie funkcjonalno-użytkowym. Wykonawca kalkuluje cenę ofertową biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony programem funkcjonalno-użytkowym. Właściwe ustalenie ilości robót, jak również przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji cenowej stanowią ryzyko wykonawcy. Ryzyko wynikające z braku możliwości dokonania szacunku ofertowego przez wykonawcę jest uwzględniane w cenie ryczałtowej. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie odnosi się bowiem do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową.

Zarzut 4.1. Zamawiający uwzględnił. Parametry są podane w treści PFU oraz w załącznikach do PFU. Zamawiający załączy warunki od Gestorów na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp.

Zarzut pkt 4.2.1 do pkt 4.2.6 Zamawiający nie uwzględnił. Treść PFU w opinii DSDiK jest zrozumiała i nie ma powodu zmiany w treści - uzasadnienie ad. 4.

Zarzut pkt 4.2.7 do pkt 4.2.15 Zamawiający nie uwzględnił. Treść PFU w opinii DSDiK jest zrozumiała i nie ma powodu zmiany w treści.

Ad 5. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994r o prawie autorskim i prawach pokrewnych poprzez zlecenie wykonania zmian w projekcie budowlanym, projektów wykonawczych, pełnienie nadzoru autorskiego przez „*autora projektu*” bez jednoznacznego wskazania, czy zamawiający dysponuje prawami zależnymi do projektu budowlanego i w jakim zakresie, Zamawiający zarzut nie uwzględnił. Prawa autorskie są opisane w § 10 umowy Nr IZ/3530/181/10 zawartej z Biprogeo Projekt- Spółka z o.o.,

„§ 11. 1. Dokumentacja projektowa, jak również jej części stanowiące przedmiot odbioru, jako wytwór myśli projektantów podlegają ochronie zgodnie z przepisami ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

2. W ramach ustalonego w umowie wynagrodzenia, Wykonawca łącznie z przekazaną na rzecz Zamawiającego dokumentacją przekazuje prawa autorskie, majątkowe bez dodatkowego wynagrodzenia. Osobiste prawa autorskie, jako niezbywalne, pozostają własnością projektantów - autorów dokumentacji.

3. Projektantów podpisanych na składowych częściach dokumentacji projektowej uznaje się za autorów tej dokumentacji: zachowują oni prawa do niej zastrzeżone na mocy ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych.

4. Na podstawie niniejszej umowy, Zamawiającemu wolno będzie sporządzać kopie rysunków, opisów, specyfikacji i innych dokumentów, włącznie z kopiami odtwarzalnymi lub innymi nośnikami informacji - do celów informacji i posługiwania się nimi w czasie wykonywania projektu budowlanego i wykonawczego, budowy i podczas eksploatacji inwestycji, a także przekazać dokumentację innej jednostce finansującej inwestycję.

5. Wykonawca oświadcza, że jego prawa do dokumentacji nie są w niczym i przez nikogo ograniczone.” Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 PZP zamieści na stronie internetowej umowę Nr IZ/3530/181/10.

Ad 6. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 k.c i w zw. z art. 651 k.c poprzez wprowadzenie w projekcie umowy w klauzuli 5.1. akapit 3 obowiązku powiadomienia Zamawiającego „*w terminie 30 dni od zawarcia umowy o nieprzewidywalnych błędach, wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego*”, co oznacza obowiązek zweryfikowania dostarczonych przez Zamawiającego dokumentów wyjściowych do projektowania, założeń przyjętych do obliczeń konstrukcji, w tym dotyczących obciążeń, sprawdzenie zapotrzebowania na media, badań gruntu, wykonania niwelacji terenu przed złożeniem oferty, tj. niezgodne z przepisami prawa zobowiązanie

Wykonawcy do zweryfikowania - przed złożeniem oferty lub w terminie 30 dni od zawarcia umowy - prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej lub PFU i pozostałej dokumentacji przetargowej. Zarzut Zamawiający uwzględnił. Na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp Zamawiający wprowadzi zmianę treści SIWZ. We wzorze umowy Klauzuli 5.1 akapit 3 otrzymuje nowe brzmienie: *„Wykonawca w terminie 30 dni od zawarcia umowy powiadomi Zamawiającego o błędach wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego.”*

Ad 7. Odwołujący wnosił o wykreślenie w TOMIE III SIWZ PFU (str. 26) zdania: *„Jednocześnie Wykonawca zwalnia Zamawiającego z odpowiedzialności za niedostatki czy błędy i pozostaje odpowiedzialnym, zgodnie z Klauzulą 5 Warunków kontraktu, za weryfikację projektu i/lub zmiany w projekcie, które uzna za konieczne, aby dopasować go do opracowywanej Dokumentacji Projektowej, a następnie ubiegać się o jego zatwierdzenie przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami kontraktu.”* Zarzut Zamawiający uwzględnił. Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 4 Pzp wykreślił zapis – *„Jednocześnie Wykonawca zwalnia Zamawiającego z odpowiedzialności za niedostatki czy błędy i pozostaje odpowiedzialnym, zgodnie z Klauzulą 5 Warunków kontraktu, za weryfikację projektu i/lub zmiany w projekcie, które uzna za konieczne, aby dopasować go do opracowywanej Dokumentacji Projektowej, a następnie ubiegać się o jego zatwierdzenie przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami kontraktu.”*

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem wg. stanu na dzień rozprawy, postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, w tym Cz. I Instrukcja dla Wykonawców, części II Wzór umowy oraz Cz. III Opisu Przedmiotu Zamówienia (PFU) oraz załączników do PFU (Zał. nr 1 – Wielokryterialna analiza techniczno-ekonomiczna dla zadania pn. *„Skomunikowanie mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr*

94 i drogą wojewódzką nr 340 – odcinek od drogi powiatowej nr 2060D do drogi powiatowej nr 2059D”; Zał. nr 2 – Projekt Budowlany; Zał. nr 3 – Projekt Wykonawczy; Zał. nr 4 – Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót; Zał. nr 5 – Operat wodno prawny; Zał. nr 6 – Dokumentacja geologiczna; Zał. nr 7 – Decyzje administracyjne, opinie, uzgodnienia /Decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach WOOŚ.4210.13.2011.KZ z dnia 10.01.2011 r., czy też Decyzję o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z 12.02.2013 r./; Zał. nr 8 – Raport oddziaływania na środowisko).

Izba wzięła pod uwagę także odwołanie, przystąpienia oraz odpowiedź na odwołanie.

W celach poglądowych Odwołujący złożył na rozprawie – Mapy sytuacyjne planowanej inwestycji (arkusz nr 1 i 2) pochodzące ze strony internetowej Zamawiającego.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych odwołań:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania i odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy postanowienia SIWZ (w cz. I, II oraz III/PFU/), stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Odnosząc się do poszczególnych kwestii spornych w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

Zarzut 1. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 w zw. z art. 22 ust. 4 Pzp poprzez postawienie warunków udziału w postępowaniu, które nie są adekwatne i proporcjonalne do przedmiotu Zamówienia tj. poprzez żądanie wykazania się:

a) posiadaniem wiedzy i doświadczenia w zakresie co najmniej jednej inwestycji zrealizowanej w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegającej na budowie bądź rozbudowie drogi klasy co najmniej G, o wartości robót minimum 40 000 000 PLN brutto, w tym obejmującą budowę wiaduktu nad torami PKP o długości całkowitej obiektu minimum 45,00 m (Ogłoszenie i SIWZ: pkt 8.1.a)

b) dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia z doświadczeniem

obejmującym budowę wiaduktu nad torami PKP (Ogłoszenie i SIWZ: 8.1.c w zakresie Eksperta nr 3 - Kierownika robót mostowych). Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uwzględnienie powyższego.

Zamawiający uwzględnił zarzut Odwołującego i zobowiązał się na podstawie art. 38 ust. 4 i 4a Pzp do wprowadzenia zmiany treści ogłoszenia i postanowień SIWZ zgodnie z wnioskiem z odwołania:

Ad a) „8.1.a. posiadania wiedzy i doświadczenia:

W ostatnich pięciu latach przed dniem składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali w należyty sposób, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończyli roboty budowlane, co najmniej jedną realizowaną w formule „zaprojektuj i wybuduj” polegające na budowie bądź rozbudowie drogi klasy co najmniej G, o wartości robót minimum 40 000 000 PLN brutto, w tym obejmującą budowę wiaduktu nad torami kolejowymi o długości całkowitej obiektu minimum 45,00m.”

Ad b) „c. Ekspert nr 3 - Kierownik robót mostowych (min. 1 osoba) - posiadający:

- *wykształcenie wyższe techniczne;*
- *posiadanie kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia;*
- *co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami mostowymi i/lub w nadzorowaniu robót mostowych, w tym obejmującą budowę wiaduktu nad torami kolejowymi o długości całkowitej obiektu minimum 45,00m*
- *uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów uprawnienia budowlane.”*

Zarzut 1 a-b). Został wycofany na rozprawie przez Odwołującego, w związku z jego uwzględnieniem przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut 2. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp poprzez wskazanie sposobu płatności, który może ulec nieprzewidzianej zmianie w na mocy treści klauzuli 14.4 projektu umowy, tj. w przypadku otrzymania dofinansowania, wszystkie rozliczenia (i dodatkowe materiały) muszą być zgodne z obowiązującymi wytycznymi instytucji dofinansującej oraz Wykonawca opracowując Plan Płatności zobowiązany jest uwzględnić wymagania Zamawiającego w tym dotyczące przepływu środków wynikających z uzyskanego dofinansowania oraz miesięcznych możliwości

Zamawiającego. Wnosił o uzupełnienie SIWZ o informację czy Zamawiający uzyskał dofinansowanie na realizację inwestycji wraz z załączeniem umowy o dofinansowanie (oraz wszystkimi warunkami dofinansowania w tym płatności) albo wnosząc o wykreślenie z klauzuli 4.1. projektu umowy zdania „*Jeśli zamawiający uzyskał dofinansowanie, celem nadrzędnym działań Wykonawcy ma być osiągnięcie rezultatu wskazanego w umowie o dofinansowanie*” oraz wszelkich innych odnośników do dofinansowania oraz obowiązków wykonawcy w związku z dofinansowaniem, w tym wykreślenie ostatniego akapitu w klauzuli 14.4 projektu umowy. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zobowiązał się, że: Klauzula 4.1 w pkt iv wykreśli zdanie: „*Jeżeli Zamawiający uzyskał na realizację przedmiotu zamówienia dofinansowanie, celem nadrzędnym działań Wykonawcy ma być osiągnięcie rezultatu wskazanego w umowie o dofinansowanie.*”

Izba uwzględniła w całości zarzut 2 i nakazała stosowne zmiany postanowień SIWZ zgodnie ze wskazaniem wynikającym z sentencji. Powyższe usunie niejednoznaczność aktualnych postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dotyczących wskazanie sposobu płatności, co narusza dyspozycje wynikającą z art. 29 ust.1 Pzp. Należy podkreślić, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie częściowo uczynił zadość wnioskowi Odwołującego. Jednakże dopiero nakazana modyfikacja spowoduje usunięcie wszystkich wątpliwości związanych z dotychczasowym brzmieniem klauzuli 14.4 projektu umowy. Nie bez znaczenia dla stanowiska Izby miała okoliczność tego rodzaju, że Zamawiający podczas rozprawy de facto uznał w pełni zasadność argumentacji Odwołującego. W konsekwencji zaistniała konieczność pełnego odzwierciedlenia dokonanego przez Zamawiającego faktycznego przyznania w trybie art. 190 ust. 5 zdanie drugie Pzp, tym bardziej, że brak pełnego upublicznienia naruszałby art. 7 ust.1 Pzp względem pozostałych uczestników postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzutu 3: Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kc w zw. z art. 11a ust. 3, art. 11 d ust. 2 i 5, art. 11g ustawy z dnia 10 kwietnia 2003 o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (ustawa ZRID) w zw. z art. 35 § 5 KPA oraz art. 49 KPA poprzez wyznaczenie Wykonawcy terminów Realizacji przedmiotu umowy obiektywnie niemożliwych do zrealizowania nawet przez Wykonawcę będącego profesjonalistą działający z należytą starannością i przy użyciu wszelkich możliwych środków, zważywszy na zasady przekazania wykonawcy decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz wymagany w SIWZ termin wykonania etapu, pod rygorem wysokich kar umownych, polegającego na projektowaniu wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych decyzji, tj. termin do 8 miesięcy a robót budowlanych w terminie 28 (22) miesięcy od podpisania umowy (pkt 7 SIWZ).

Izba generalnie uwzględniła zarzut 3 i nakazała stosowne zmiany postanowień SIWZ zgodnie ze wskazaniem wynikającym z sentencji.

- w zakresie zarzutu z pkt 3.1 – Izba oddaliła zarzut, uznając brak konieczności unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Na obecnym etapie postępowania tego rodzaju czynność byłaby przedwczesna. Zamawiający może ewentualnie rozważyć powyższą możliwość – w ramach swoich prerogatyw - w sytuacji, gdy nie będzie w stanie sprostać wszystkim nakazanym w niniejszym orzeczeniu zmianom postanowień SIWZ

- w zakresie zarzutu 3.2:

- zarzut z pkt 3.2.1 – Izba nakazała opublikowanie na stronie internetowej uzgodnień ze wszystkimi gestorami wymienionymi w odpowiedzi na odwołanie. W ocenie Izby, dysponowanie przez Wykonawców wszystkimi wymaganymi uzgodnieniami jest warunkiem sine qua non rozpoczęcia prac projektowych, także wobec konieczności uzyskania nowej Decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz uzyskania Decyzji o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III dotyczących odcinka południowego. W żadnym wypadku ograniczenie się do trzech gestorów (jak podnosił w odpowiedzi na odwołanie i rozprawie Zamawiający) nie jest działaniem wystarczającym ze strony Zamawiającego. Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje bowiem wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w sposób podający wszelkie informacje potrzebne dla sporządzenia oferty, a pozostawienie zakwestionowanego postanowienia SIWZ spowoduje, że zakres świadczenia wykonawcy jest otwarty, niejednoznaczny i bliżej niedookreślony.

- zarzut z pkt 3.2.2 – Izba nakazała opublikowanie na stronie internetowej pisma właściciela obiektu liniowego, tj. wiaduktu kolejowego PKP, w którym zobowiązał się udostępnić inwentaryzacje obiektu wybranemu Wykonawcy. W tym zakresie, Izba przeanalizowała przywołane na rozprawie przez Zamawiającego - pkt 3.2.5 /Załącz. nr 1 do PFU - Część rozszerzona wielokryterialnej analizy techniczno - ekonomicznej dla zadania pn. "Skomunikowanie mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr 94 i drogą wojewódzką nr 340 – odcinek od drogi powiatowej nr 2060D do drogi powiatowej nr 2059D" - Nr dok.: DW-ATE-002/ oraz pkt 2.2 PFU „*spis uzgodnień*”, tabela - pkt 56. Uznając, że ani we wskazanych postanowieniach SIWZ, ani w żadnych innych nie ma przywołanej przez Zamawiającego deklaracji właściciela obiektu liniowego, tj. wiaduktu kolejowego PKP. W konsekwencji zaistniała konieczność pełnego odzwierciedlenia stanu wiedzy Zamawiającego, w tym zakresie, tym bardziej, że brak pełnego upublicznienia naruszałby art. 7 ust.1 Pzp względem pozostałych uczestników postępowania.

- zarzut z pkt 3.2.3 – Izba nakazała zaktualizowanie mapy zasadniczej pokrywającej cały przebieg inwestycji – w zakresie brakujących „rzędnych”. Należy zauważyć, że nawet uwzględniając charakter postępowania w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie zwalnia to Zamawiającego z dostarczenia Wykonawca rzędnych koniecznych do ustalenia wielkości planowanych robót ziemnych. Przerzucenie w tym zakresie powyższego obowiązku na uczestników postępowania poprzez ich ustalenie na bazie mapy topograficznej rodzi poważne niebezpieczeństwo, złożenia nieporównywalnych ofert, każdy bowiem może uzyskać odmienne rzędne w zależności od stopnia wodzi i doświadczenia, czy też umiejętności skalkulowania tego rodzaju wielkości w tego rodzaju inwestycji. Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w sposób podający wszelkie informacje potrzebne dla sporządzenia oferty, a pozostawienie braków w tym zakresie, tzn. tzw. „krzyżyków” powoduje, że zakres świadczenia wykonawcy jest otwarty, niejednoznaczny i bliżej niedookreślony.

- zarzut z pkt 3.2.4 – Izba oddaliła zarzut. W tym zakresie uznając brak konieczności modyfikacji z uwzględnieniem kontekstu pozostałych uznanych zarzutów – chociażby z pkt 3.2.7, czy też z pkt 4.

- zarzut z pkt 3.2.5 – Izba nakazała co najmniej opublikowanie, za ich zgodą, listy właścicieli nieruchomości co do których przewidywany jest przebieg przedmiotowej inwestycji. W toku rozprawy okazało się, że Zamawiający, zgodnie z jego oświadczeniem, podjął określone działania na podstawie których określił krąg potencjalnych właścicieli działek. Nie negując, stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie, należy uznać argumentację Odwołującego za zasadną, odnośnie tzw. regulacji poprzecznych rowów melioracyjnych. Zamawiający powyższej okoliczności nie przeczył. Niewątpliwie skoro Zamawiający, co potwierdził na rozprawie dysponuje stosownymi danymi w tym zakresie, winien je udostępnić uczestnikom postępowania, także w zakresie planowanego rekompensowania właścicielom poniesionych strat w toku inwestycji innymi działkami. Art. 29 ust. 1 Pzp nakazuje wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, w sposób podający wszelkie informacje potrzebne dla sporządzenia oferty.

- zarzut z pkt 3.2.6 – Izba nakazała jednoznacznie określenie, co do wiążącego określenia ilości przewidywanych przejść dla zwierząt i określenia w zakresie kwestii przejść dla zwierząt gradacji ważności dokumentów załączonych do postępowania oraz wskazania jakie informacje w szczególności winne być wzięte pod uwagę z Decyzji Środowiskowej z 2011 r. Z toku rozprawy wynika jednoznacznie, że istnieje konieczność dokonania wiążących ustaleń w tym zakresie. Inna bowiem ilość przewidywanych przejść dla zwierząt wynika z postanowień PFU (7 przejść – str. 7, tudzież pkt 3.2 /str.10-11/), czy też koncepcji, tj. Zał. nr 1 do PFU - Część rozszerzona wielokryterialnej analizy techniczno - ekonomicznej dla

zadania pn. "Skomunikowanie mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny z drogą krajową nr 94 i drogą wojewódzką nr 340 – odcinek od drogi powiatowej nr 2060D do drogi powiatowej nr 2059D" - Nr dok.: DW-ATE-002, a inna z Decyzji Środowiskowej z 2011 r. (3 przejścia – str. 29). Nadto, konieczna jest gradacji ważności dokumentów załączonych do postępowania oraz wskazania jakie informacje w szczególności winne być wzięte pod uwagę z Decyzji Środowiskowej z 2011 r. w kontekście całego przebiegu Wariantu III trasy, wymiarów przejść dla zwierząt, rysunku M 5 (przekrój). Powyższe usunie niejednoznaczność aktualnych postanowień SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, co narusza dyspozycje wynikającą z art. 29 ust.1 Pzp.

- zarzut z pkt 3.2.7 - Izba nakazała określenie przez Zamawiającego, że kwestia korekty przebiegu cieków w pasie drogowym oraz udrożnienia rowów, jest konieczna tylko wtedy gdy jest to możliwe i pozwalają na to warunki graniczne. W tym zakresie, Izba przeanalizowała przywołane na rozprawie przez Zamawiającego - pkt 1 c (str. 7 PFU) oraz pkt 3.3 (str. 13 PFU). Uznając, że ani we wskazanych postanowieniach SIWZ, ani w żadnych innych nie ma w sposób jednoznaczny powyższego - przywołanego przez Zamawiającego uwarunkowania. W konsekwencji zaistniała konieczność pełnego odzwierciedlenia stanu wiedzy Zamawiającego, w tym zakresie, tym bardziej, że brak pełnego upublicznienia naruszałby art. 7 ust.1 Pzp względem pozostałych uczestników postępowania. Obecne postanowienia SIWZ przeczą także zasadzie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia zawartej w art. 29 ust. 1 Pzp.

- w zakresie zarzutu z pkt 3.3 – dotyczy pkt 7 SIWZ – Izba nakazuje zmianę brzmienia jednostki redakcyjnej: „7. Termin wykonania zamówienia:

- *Czas na Wykonanie - przedmiot zamówienia należy zrealizować w terminie max. 32 miesiące od dnia podpisania umowy, w tym:*

- *czas na projektowanie łącznie z uzyskaniem wszystkich niezbędnych uzgodnień i decyzji (w tym zmiana decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz uzyskanie Decyzji o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III) - do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy.*

Zamawiający przekaże Raport oddziaływania na środowisko do dnia 15.10.2015 r.

- *zakończenie robót budowlanych do 20 m-cy, w tym 17 m-cy na prace budowlane i 3 m-ce na czynności odbiorowe.*

Jednocześnie w razie konieczności wydania nowej decyzji o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz uzyskania Decyzji o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III dotyczących nie tylko odcinka południowego, ale jego

całości - czas na wykonanie umowy ulega przedłużeniu o czas konieczny na projektowanie nie dłuższy niż 4 m-cę”.

Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę stanowiska obu stron postępowania odwoławczego, uznając argumentację Odwołującego z rozprawy, co do istnienia dużego prawdopodobieństwa konieczności uzyskania stosownych Decyzji nie tylko w zakresie odcinka południowego, ale całości Przebiegu trasy wg Wariantu nr III (z uwagi na upływ czasu od ich wydania oraz zmianę w 50% przebiegu samej trasy /*odmienny przebieg na odcinku około 2, 4 km z 3, 9 km*/). W konsekwencji zadeklarowaną w odpowiedzi na odwołanie zmianę postanowień SIWZ, Izba poszerzyła na okoliczność zaistnienia sytuacji gdy będzie konieczność uzyskania stosownych Decyzji nie tylko w zakresie odcinka południowego, ale całości Przebiegu trasy wg Wariantu nr III. Jednocześnie, Zamawiający de facto potwierdził, że zadeklarowana w odpowiedzi na dowołanie zmiana skutkuje zmianą zakresu odpowiedzialności, tj. koniecznością uzyskania decyzji środowiskowej przez Wykonawcę, po przekazaniu raportu oddziaływania na środowisko – 2 miesiące wcześniej niż pierwotnie planował przekazanie decyzji środowiskowej. W ocenie Izby, przywołane postanowienie SIWZ przez Zamawiającego w trybie art. 144 Pzp – w pkt 33.1c część (tom) I Instrukcja dla Wykonawców (str. 40), mogą okazać się niewystarczające co do ewentualnych zmian w zakresie decyzji środowiskowej. W konsekwencji powyższego, Izba uznała, że zmiana jest konieczna z uwagi na niebezpieczeństwo zaistnienia sytuacji, gdy pierwotne wyznaczone terminy realizacji przedmiotu umowy staną się obiektywnie niemożliwych do zrealizowania, co będzie skutkowało naruszeniem art. 7 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kc.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut 4: Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 31 Pzp w zw. z § 15, § 18 i § 19 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 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a także w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący.

W zakresie zarzutu 4 - Izba uwzględniła zarzut w zakresie wynikającym z sentencji.

- zarzuty z pkt 4.1 - Izba uwzględniła w zakresie zbieżnym z zarzutami z całego pkt 3.2, jednocześnie nakazując Zamawiającemu ujednoczenie postanowień SIWZ we wszystkich częściach (tomach), tak aby nie budziło wątpliwości, że podstawą realizacji przedmiotu

zamówienia po podpisaniu umowy są dalej ważne: c-1) Decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej z 2013 r. oraz c-2) Decyzja o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III z 2011 r. Zaś nowe decyzje: Decyzja o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz Decyzja o Środowiskowych uwarunkowaniach dla Przebiegu trasy wg Wariantu nr III dotyczyć będą tylko odcinka południowego. Należy zauważyć, że istnieje rozbieżność postanowień SIWZ w tym zakresie pomiędzy pkt 3.3 część (tom) I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, a pkt 2.2 część (tom) III SIWZ opisu Przedmiotu Zamówienia (PFU – str. 21).

- zarzuty z pkt 4.2, tj. od pkt 4.2.1 do pkt 4.2.15 – Izba oddaliła w tym zakresie zarzuty z odwołania, biorąc pod uwagę nakazane modyfikacje postanowień SIWZ oraz brak jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej w tym zakresie przedstawionej na rozprawie i hasłowy charakter argumentacji zawartej w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut 5. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 4 lutego 1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych poprzez zlecenie wykonania zmian w projekcie budowlanym, projektów wykonawczych, pełnienie nadzoru autorskiego przez „*autora projektu*” bez jednoznacznego wskazania, czy Zamawiający dysponuje prawami zależnymi do projektu budowlanego i w jakim zakresie.

W zakresie zarzutu 5 – Izba uwzględniła zarzut i nakazała zamieszczenie na stronie internetowej Zamawiającego umowy Nr IZ/3530/181/10 zawartej z Biprogeo Projekt-Sp. z o.o. z jednoznacznym wskazaniem zakresu dysponowania przez Zamawiającego prawami autorskim (w szczególności prawem do zmiany dokumentacji projektowej, prawem do wykonania, korzystania i rozporządzania prawami zależnymi) do będącego efektem tej umowy projektu budowlanego załączonego do dokumentacji przetargowej, ujednoczenie postanowień tomu I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców, tomu II – Wzoru umowy oraz tomu III Opisu Przedmiotu Zamówienia (PFU), co do możliwości nie tylko dostosowania istniejącego projektu, czyli zmiany istniejącej dokumentacji projektowej, ale także możliwości przygotowania nowej dokumentacji projektowej, jednoznaczne wskazanie we wszystkich częściach (tomach) SIWZ, iż to na Wykonawcy wybranym będzie spoczywał obowiązek uzyskania zgodę autora projektu będącego efektem umowy Nr IZ/3530/181/10 w zakresie koniecznych zmian. W tym zakresie /co do możliwości nie tylko dostosowania istniejącego projektu, czyli zmiany istniejącej dokumentacji projektowej, ale także możliwości przygotowania nowej dokumentacji projektowej/, Izba stwierdziła, że istnieje rozbieżność między pkt 3.1, a pkt 3.5 część (tom I) SIWZ, czy też pkt 3.3 część (tom) III Opis Przedmiotu Zamówienia (PFU), jak i klauzulą 4.1 – warunków kontraktu – ppkt V (część/tom II SIWZ).

Brak jest także – w pierwotnych postanowieniach SIWZ – jakichkolwiek informacji, co do zakresu dysponowania przez Zamawiającego prawami autorskimi w zakresie załączonej do postępowania dokumentacji projektowej w zakresie Wariantu I Przebiegu trasy. W konsekwencji, Izba uznała konieczność pełnego odzwierciedlenia stanu wiedzy Zamawiającego, w tym zakresie, tym bardziej, że brak pełnego upublicznienia naruszałby art. 7 ust.1 Pzp względem pozostałych uczestników postępowania. Obecne postanowienia SIWZ przeczą także zasadzie jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia zawartej w art. 29 ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut 6. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 647 k.c. i w zw. z art. 651 k.c. poprzez wprowadzenie w projekcie umowy w klauzuli 5.1. akapit 3 obowiązku powiadomienia Zamawiającego „w terminie 30 dni od zawarcia umowy o nieprzewidywalnych błędach, wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego”, co oznacza obowiązek zweryfikowania dostarczonych przez Zamawiającego dokumentów wyjściowych do projektowania, założeń przyjętych do obliczeń konstrukcji, w tym dotyczących obciążeń, sprawdzenie zapotrzebowania na media, badań gruntu, wykonania niwelacji terenu przed złożeniem oferty, tj, niezgodne z przepisami prawa zobowiązanie Wykonawcy do zweryfikowania - przed złożeniem oferty lub w terminie 30 dni od zawarcia umowy - prawidłowości i kompletności dokumentacji projektowej lub PFU i pozostałej dokumentacji przetargowej.

W zakresie zarzutu 6 – Izba uwzględniła zarzut i nakazała nadanie we wzorze umowy Klauzuli 5.1 akapit 3 nowego brzmienia: „Wykonawca niezwłocznie od wykrycia błędów, wad lub usterek powiadomi Zamawiającego o błędach wadach i usterkach w Wymaganiach Zamawiającego.”. W ocenie Izby, należy uznać zasadność argumentacji Odwołującego. Nadto, biorąc pod uwagę możliwość zgłaszania w ramach FIDICA „żółtego” wszelkich wad, jakie dostrzegł Wykonawca na późniejszym etapie, na co wskazywał na rozprawie Zamawiający, należy tym bardziej uznać, że nakazana zmiana jest w ocenie Izby, jak najbardziej zasadna i celowa. Zgodnie z art. 647 k.c., w przypadku zawarcia umowy o roboty budowlane, do obowiązków wykonawcy należy oddanie przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Do obowiązków inwestora zaś należy między innymi dostarczenie projektu. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2004 roku (sygn. akt: I CK 71/04) jednym z składników umowy o roboty budowlane jest dostarczenie projektu przez inwestora. Zatem umowa o budowę bez dostarczenia projektu przez inwestora jest zwykłą umową o dzieło i nie mają do niej zastosowania przepisy o umowie o roboty budowlane. Jak wynika z powyższych zapisów to do obowiązków inwestora należy przekazanie projektu. Zgodnie natomiast z art.

651 k.c., jeżeli dostarczona przez inwestora dokumentacja, nie nadaje się do prawidłowego wykonania robót albo zajądą inne okoliczności, które mogą przeszkodzić prawidłowemu wykonaniu robót, wykonawca ma obowiązek niezwłocznie zawiadomić o tym fakcie inwestora. Ustawa nie ogranicza wykonawcy żadnym terminem na zgłoszenie uwag, z zastrzeżeniem że musi to nastąpić niezwłocznie od momentu dowiedzenia się o zaistniałym fakcie. Jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2000 roku (sygn. akt: III CKN 629/98), z brzmienia art. 651 k.c. nie sposób wyprowadzić wniosku, iż wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania; musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut 7. Został sformułowany w kontekście zarzutu 6 i sprowadzał się do wniosku o wykreślenie w III TOMIE SIWZ (str. 26) zdania: „*Jednocześnie Wykonawca zwalnia Zamawiającego z odpowiedzialności za niedostatki czy błędy i pozostaje odpowiedzialnym, zgodnie z Klauzulą 5 Warunków kontraktu, za weryfikację projektu i/lub zmiany w projekcie, które uzna za konieczne, aby dopasować go do opracowywanej Dokumentacji Projektowej, a następnie ubiegać się o jego zatwierdzenie przez Zamawiającego zgodnie z postanowieniami kontraktu.*”. W ramach odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uwzględnił zarzut i zadeklarował zmianę postanowień SIWZ zgodnie z wnioskiem Odwołującego.

Zarzut 7. Został wycofany na rozprawie przez Odwołującego, w związku z jego uwzględnieniem przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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).

Przewodniczący:

.....