

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, reprezentowany przez pełnomocnika - **Cezarego Soja**, działającego na mocy pełnomocnictwa z dnia 18.12.2019 roku

e-mail: oferty@budimex.pl

Zamawiający: Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, adres:15-620 Białystok, ul. Elewatorska 6, e-mail: przetargi@pzdw.wrotapodlasia.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Zaprojektuj i wybuduj: „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 689 na odcinku Bielsk Podlaski-Hajnówka”*

Ogłoszenie o zamówieniu: zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 067-158431.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – **BUDIMEX S.A.** (dalej jako: „**Odwołujący**”), na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2019.1843 t.j. z dnia 2019.09.27, dalej jako: „**Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu w wyżej wymienionym postępowaniu:

- **nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, tj. opisu dokonanego w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty,**

tj. od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego **zarzucam:**

- **naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i przyjęcie, że termin na projektowanie, w którym wykonawcy winni dodatkowo uzyskać decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji zamówienia, a kolejno - po wykonaniu projektów budowlanych – decyzję ZRID, wynosi **maksymalnie 12 miesięcy**, gdy

tymczasem, uwzględniając czas niezbędny na wykonanie projektów budowlanych oraz realne terminy na uzyskanie wskazanych decyzji administracyjnych, termin ten jest nierealny, z góry niemożliwy do dochowania.

- **naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i przyjęcie, że termin na wykonanie robót budowlanych i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie wynosi **maksymalnie 20 miesięcy** od dnia przekazania terenu budowy, gdy tymczasem uwzględniając czas niezbędny na wykonanie robót budowlanych oraz realne terminy na uzyskanie wskazanej decyzji administracyjnej, termin ten jest nierealny, z góry niemożliwy do dochowania.

Jednocześnie określenie w taki sposób terminów wykonania zamówienia skutkuje przerzuceniem na wykonawcę całego ryzyka związanego z wydłużeniem się czasu niezbędnego do przeprowadzenia wymaganych przez Zamawiającego procedur administracyjnych, prowadząc do powstania po stronie wykonawcy odpowiedzialności za okoliczności, które nie są od niego zależne.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzut **wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

- dokonanie modyfikacji treści SIWZ (w szczególności pkt. IV ppkt 3 SIWZ) poprzez wydłużenie terminu wykonania dokumentacji projektowej - rozumiane jako uzyskanie ZRID - do 16 miesięcy od dnia podpisania umowy, a w sytuacji konieczności sporządzenia w ramach postępowania zmierzającego do uzyskania decyzji środowiskowej raportu oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko – odpowiednio do 27 miesięcy od dnia podpisania umowy;
- dokonanie modyfikacji treści SIWZ (w szczególności pkt. IV ppkt 7) poprzez wydłużenie terminu zakończenia realizacji zamówienia: do 24 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy, tj. poprzez zagwarantowanie, że wykonawca będzie mógł wykonywać roboty budowlane co najmniej przez dwa pełne okresy letnie.

Termin

Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej treść SIWZ w dniu 3 kwietnia 2020 r., wobec czego termin określony w art. 182 Pzp został zachowany.

Interes

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...)”¹.

¹ Wyrok KIO z dnia 23.08.2012 r., sygn. akt KIO 1691/12; KIO 1704/12;

Wobec powyższego, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanego przepisu Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia utrudnia Odwołującemu możliwość złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, w tym w szczególności utrudnia mu prawidłową wycenę ryzyk związanych z realizacją zamówienia.

UZASADNIENIE

Zgodnie z zapisami SIWZ:

IV. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA (...)

3. *Termin wykonania dokumentacji projektowej: do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy – rozumiane jako uzyskanie ZRID. (...)*
6. *Termin zakończenia realizacji robót – do 2 miesięcy przed terminem zakończenia realizacji zamówienia, z wyłączeniem okresów zimowych (15.12 – 15.03)*
7. *Termin zakończenia realizacji zamówienia: do 20 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy.*

III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (...).

2. PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

Przedmiotem zamówienia jest: w formule zaprojektuj i wybuduj „Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 689 na odcinku Bielsk Podlaski-Hajnówka”.

Zamówienie obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej (droga wraz z niezbędną infrastrukturą) oraz wykonanie robót budowlanych na podstawie wykonanej dokumentacji projektowej. Na odcinku drogi wojewódzkiej DW 689 od km rob. 0+028,00 do km 23+460

oraz

Uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie drogi wojewódzkiej DW 689 oraz oddanie do użytkowania.

Droga wojewódzka nr 689 jest trasą łączącą Bielsk Podlaski z Hajnówką.

Zamawiający kolejno uszczegóławiając tak ogólnie określony opis przedmiotu zamówienia w pkt III ppkt. 2.3. SIWZ doprecyzował, że zamówienie obejmuje:

- 1) *Wykonanie Projektu Budowlanego*
- 2) *Wykonanie Projektu Stałej Organizacji Ruchu, Projektu Wykonawczego, Szczegółowych Specyfikacji Technicznych, wykonania i odbioru robót budowlanych, części przedmiarowo – kosztorysowej,*
- 3) ***Opracowanie wszystkich niezbędnych materiałów do uzyskania decyzji, postanowień i koniecznych uzgodnień, opinii itp.***

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

Dalsza analiza zapisów SIWZ, w tym w szczególności Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFU) prowadzi do wniosku, że w otwartym katalogu decyzji administracyjnych koniecznych do uzyskania przez wykonawcę mieści się również decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia oraz pozwolenie na użytkowanie. W pkt 1.3.2.1. PFU czytamy mianowicie:

Należy uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego:

- *wszystkie warunki techniczne przebudów, uzgodnienia i zatwierdzenia wymagane zgodnie z prawem;*
- *decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach oraz pozwolenie wodno-prawne itp.*
- *niezbędne decyzje administracyjne, w szczególności decyzje o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej oraz pozwolenia na użytkowanie.*

Zestawiając ze sobą zakres prac składających się na przedmiot zamówienia, terminy na ich wykonanie oraz obowiązujące przepisy prawa określające procedurę uzyskiwania poszczególnych decyzji administracyjnych nasuwa się oczywisty wniosek, że terminy na wykonanie przedmiotu zamówienia są nierealne, z góry niemożliwe do dochowania. I tak:

a) Termin wykonania dokumentacji projektowej

Termin ten zgodnie z SIWZ wynosi „do 12 miesięcy od dnia podpisania umowy – rozumiane jako uzyskanie ZRID”.

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

Z powyższego względu zakres zadań do wykonania w okresie „wykonania dokumentacji projektowej” będzie w rzeczywistości obejmował: opracowanie wniosku o wydanie decyzji środowiskowej, uzyskanie decyzji środowiskowej, opracowanie dokumentacji projektowej w oparciu o zapisy uzyskanej decyzji środowiskowej oraz uzyskanie decyzji ZRID.

Co przy tym istotne, samo uzyskanie decyzji środowiskowej zająć może do kilkunastu miesięcy. Przedsięwzięcie stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia nie będzie wprawdzie, zgodnie z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko i w oparciu o wstępną analizę zakresu zamówienia, klasyfikowane do przedsięwzięć zawsze znacząco oddziałujących na środowisko, jednakże nie sposób

wykluczyć, że na podstawie art. 63 u.i.o.ś. wydane zostanie postanowienie nakładające na wykonawcę obowiązek przeprowadzenia oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

Podstawowym elementem takiej oceny jest sporządzenie raportu oceny oddziaływania na środowisko, przy czym samo sporządzenie raportu może zająć do kilku miesięcy, zwłaszcza w sytuacji, gdy elementem raportu będzie musiała być inwentaryzacja przyrodnicza (co wydaje się być bardzo prawdopodobne, skoro zgodnie z opisanymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym wymaganiami dotyczącymi ochrony środowiska m. in. konieczne jest wykonanie urządzeń ochrony przed hałasem oraz przejść dla zwierząt – by ocenić, jakie są konieczne przejścia dla zwierząt wpierv konieczne jest ustalenie, jakie zwierzęta i w jakiej ilości żyją na terenie realizacji przedsięwzięcia).

Minimalny okres, niezbędny do wykonania inwentaryzacji przyrodniczej powinien obejmować nw. miesiące, związane z konieczności inwentaryzacji poszczególnych grup zwierząt:

- Marzec – maj: płazy i gady oraz nietoperze – wiosenne migracje oraz miejsca rozrodu.
- Czerwiec-sierpień – rośliny, siedliska, ptaki – miejsca lęgowe
- Wrzesień – październik – jesienne migracje płazów i nietoperzy.
- Listopad – grudzień – zimowe tropienia teriofauny oraz zimowiska nietoperzy.

Łącznie badania terenowe – inwentaryzacja przyrodnicza zajmują ok. 10 miesięcy.

Dopiero po przeprowadzeniu ww. badań terenowych będzie możliwe zakończenie prac nad załącznikami do wniosku o wydanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (raportu), przy czym samo opracowanie raportu dla takiej inwestycji wynosi ok. 2 miesiące.

Zamawiający wymaga także opracowania min. 3 wariantów przebiegu inwestycji oraz przeprowadzenie konsultacji społecznych, co z pewnością wydłuży proces pozyskiwania decyzji środowiskowej.

Prace niezbędne do sporządzenia raportu oceny oddziaływania na środowisko zajmą więc co najmniej 12 miesięcy, przy czym po sporządzeniu raportu, a przed wydaniem decyzji środowiskowej, zgodnie z art. 77 u.i.o.ś. i art. 79 u.i.o.ś konieczne będzie zapewnienie udziału społeczeństwa w procedurze uzyskiwania decyzji oraz uzyskanie opinii i uzgodnień organów wskazanych w ustawie. Dopiero po zapewnieniu tych dwóch elementów (i przy założeniu, że organy opiniujące i uzgadniające raport nie będą miały dodatkowych uwag i pytań do raportu) będzie możliwe wydanie decyzji środowiskowej.

Przy założeniu konieczności sporządzenia raportu procedura uzyskiwania decyzji środowiskowej może zająć odpowiednio: ok. 2 miesiące przygotowanie wniosku o uzyskanie decyzji środowiskowej, w tym karty informacyjnej przedsięwzięcia, ok. 2 miesiąca na wydanie postanowienia co do konieczności sporządzenia raportu, ok. 12 miesięcy na sporządzenie raportu oraz ok. 2 miesiące na procedurę opiniowania raportu, rozpatrzenie ewentualnych uwag społeczeństwa i wydanie decyzji. **Łącznie termin na wydanie decyzji środowiskowej może wynieść nawet 18 miesięcy, przy czym doświadczenia wykonawcy z podobnych realizacji wskazują, że i to założenie jest dość optymistyczne.**

Przypomnieć przy tym należy, że wykonawca musi jeszcze wykonać prace projektowe (ok. 6 miesięcy) oraz kolejno uzyskać decyzję ZRID. Termin na wydanie decyzji ZRID to 90 dni od dnia złożenia

wniosku (art. 11a ustawy o szczególnych zasadach...), przy czym z doświadczeń wykonawcy wynika, że zazwyczaj uzyskiwanie takiej decyzji zajmuje ok. 4,5 miesiąca.

Uwzględniając powyższe absolutnie minimalny termin na wykonanie całości prac wchodzących w zakres projektowania to 27 miesięcy. Tymczasem Zamawiający na realizację tego zakresu przewidział 12 miesięcy.

Jednak nawet przy założeniu, że decyzja środowiskowa zostanie wydana bez konieczności przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, termin 12 miesięcy jest niemożliwy do zachowania. Jak wskazano powyżej, ok. 6 miesięcy zajmuje samo projektowanie, kolejne 3-4,5 miesiąca to uzyskiwanie decyzji ZRID. Już tylko te dwie czynności zajmą większą część czasu przewidzianego na projektowanie, gdy tymczasem wykonawca musi jeszcze uzyskać decyzję środowiskową, tj. opracować wniosek o jej wydanie (w tym opracować kartę informacyjną przedsięwzięcia oraz przeprowadzić konsultacje społeczne) oraz przeprowadzić procedurę uzyskiwania decyzji środowiskowej, która z uwagi na wymogi formalne (np. konieczność współdziałania kilku organów przy wydawaniu decyzji), trwa zazwyczaj znacznie dłużej niż wynikające z przepisów k.p.a dwa miesiące na rozpoznanie spraw szczególnie skomplikowanych.

Powyższe terminy nie uwzględniają jeszcze wydania innych decyzji, np. pozwolenia wodnoprawnego, czy wspomnianej w PFU możliwości przeprowadzenia, na etapie uzyskiwania decyzji ZRID, ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

Mając na uwadze powyższe przyjąć należy, że określony przez Zamawiającego termin na wykonanie dokumentacji projektowej jest obiektywnie zbyt krótki (nierealny) i z góry niemożliwy do dochowania.

b) Termin realizacji zamówienia.

Zamawiający termin realizacji zamówienia określił jako do 20 miesięcy od dnia przekazania terenu budowy, przy czym zgodnie z § 3 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy termin przekazania terenu budowy Strony ustalają w ciągu 7 dni po uzyskaniu decyzji o Zezwoleniu na Realizację Inwestycji Drogowej z rygorem natychmiastowej wykonalności.

Faktyczny czas na wykonywanie robót będzie jednak krótszy, bowiem termin zakończenia realizacji robót określony został w IV ppkt 6 SIWZ jako (cyt.) „do 2 miesięcy przed terminem zakończenia realizacji zamówienia, z wyłączeniem okresów zimowych (15.12 – 15.03).”

Ostatnie dwa miesiące z okresu 20 miesięcy na realizację zamówienia, jak można założyć, mają zostać poświęcone na uzyskanie decyzji środowiskowej i procedury odbiorowe.

Wykonawca dysponuje więc 18 miesiącami na wykonanie robót budowlanych jako takich, przy czym z okresu tego należy wyliczyć okresy zimowe (15.12. – 15.03.). Przy rozpoczęciu robót jesienią jednego roku (np. we wrześniu), wykonawca będzie musiał zakończyć roboty do wczesnej wiosny kolejnego roku (np. do lutego), przy czym nie będzie mógł wykonywać robót przez prawie 5 miesięcy przypadających na okresy zimowe w dwóch kolejnych latach wykonywania umowy. Realny czas wykonywania robót skróci się do ok. 13 miesięcy przypadających głównie na okresy jesienne i wiosenne, w których ryzyko wystąpienia niekorzystnych warunków pogodowych nadal jest istotne. Tak określony termin wykonania zamówienia (robót budowlanych) jest niemożliwy do dochowania, uwzględniając zakres prac składających się na przedmiot zamówienia.

Wykonawca wskazuje, że wykonanie robót składających się na przedmiot zamówienia wymaga co najmniej zagwarantowania wykonawcy możliwości pracy w dwóch kolejnych okresach letnich, co z kolei oznacza konieczność określenia terminu na realizację zamówienia co najmniej jako 24 miesiące od daty przekazania terenu budowy.

W uzupełnieniu powyższego dodać należy, że Zamawiający w § 26 ust. 1 pkt 1 wzoru Umowy wskazał, że *dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian w Umowie w zakresie wynikającym z przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie terminów wykonania przedmiotu Umowy, określonych w § 3 Umowy, jeżeli niedotrzymanie terminu/terminów umownych przez Wykonawcę będzie następstwem:*

- 1) *okoliczności wynikających ze zmiany przepisów prawa istotnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, przedłużenia procedur administracyjnych na etapie wydawania opinii, uzgodnień, postanowień lub decyzji administracyjnych, z powodów niezależnych od Wykonawcy, w przypadku gdy zaistniała konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej w ściśle określonym terminie (zgodnie z wymogami specyficznymi dla poszczególnych gatunków fauny i flory), zaistniała konieczność wykonania badań archeologicznych w ściśle określonym terminie – na etapie opracowywania Dokumentacji.*

Jak wynika z powyższego, Zamawiający liczy się z możliwością przedłużenia terminu na uzyskanie decyzji środowiskowej (wykonanie dokumentacji projektowej) z uwagi na konieczność wykonania inwentaryzacji przyrodniczej, jednakże zmiana taka wymaga zmiany umowy, a więc zawarcia przez strony aneksu do umowy. Wykonawca nie ma jednak roszczenia o zawarcie takiego aneksu – zmianę umowy, a sama procedura zawierania takiego aneksu bywa bardzo czasochłonna. Nadto, wzór umowy nie precyzuje, kiedy mamy do czynienia z przedłużeniem terminów na uzyskanie opinii, uzgodnień, postanowień lub decyzji administracyjnych, a co za tym idzie nie jest wiadome, jakie terminy Zamawiający uznaje za „podstawowe” na wydanie tych opinii, uzgodnień, postanowień lub decyzji administracyjnych – terminy instrukcyjne wynikające z przepisów prawa czy powszechnie znane terminy na wydawanie tego typu decyzji administracyjnych funkcjonujące w praktyce.

Wskazane zapisy rodzą po stronie wykonawcy stan niepewności co do tego, czy wykonawca uzyska i ewentualnie w jakich okolicznościach (i po wykazaniu jakich okoliczności) wydłużenie terminów wykonania zamówienia, gdy tymczasem wzór umowy zakłada w § 27 kary umowne za zwłokę w dochowaniu umownych terminów wykonania zamówienia.

Sytuacja taka nie jest możliwa do zaakceptowania w świetle art. 29 Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich okoliczności istotnych dla sporządzenia oferty – tu: taką okolicznością jest czas trwania postępowania zmierzającego do wydania decyzji środowiskowej oraz czas niezbędny do wykonania robót budowlanych opisanych przedmiotem zamówienia. Zamawiający zdając sobie sprawę z tego, że przyjęte przez niego terminy wykonania zamówienia są zbyt krótkie nie może przerzucać na wykonawcę ryzyka związanego z niedochowaniem tych terminów, w tym ryzyka będącego skutkiem przedłużania się postępowań administracyjnych, w tym postępowania dot. wydania decyzji środowiskowej, jedynie pozostawiając stronom możliwość ewentualnej zmiany umowy. Przepis art. 29 Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek określenia realnego terminu na wykonanie zamówienia, a na zasadach ogólnych (wynikających z podstawowych zasad współżycia społecznego) Zamawiający winien dopuścić

możliwość przedłużenia także tych realnych terminów wykonania zamówienia, jeśli zaistnieją okoliczności od stron niezależne. Dopiero w takiej sytuacji można mówić o dochowaniu wymogu art. 29 Pzp i zarazem uwzględnieniu zasady słuszności kontraktowej.

Mając powyższe na względzie, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości. Wobec tego wnoszę, jak we wstępie.

Załączniki:

- pełnomocnictwo,
- informacja z KRS,
- dowód uiszczenia wpisu,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.