

Sygn. akt KIO 476/19

**WYROK**  
**z dnia 1 kwietnia 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**  
**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2019 r. przez wykonawcę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o. o. w Wysokiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu przy udziale wykonawców: BUDIMEX S.A. w Warszawie, Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich, MOTA ENG CENTRAL EUROPE S.A. w Krakowie oraz Max Bögl Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłaszających przystąpienia c postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

**orzeka:**

1.1. oddala odwołanie w zakresie nadania charakteru pomocniczego wynikom badań gruntowo - wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów, a tym samym zaniechanie sporządzenia PFU w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty;

1.2. w pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze;

2. kosztami postępowania obciąża STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o. o. w Wysokiej zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o. o. w Wysokiej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1689 ze 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:.....**

Sygn. akt KIO 476/19

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa”, „PZP” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa drogi wojewódzkiej od węzła A4 Bielany Wrocławskie (ul. Karkonoska) do drogi wojewódzkiej nr 395 (rondo Żerniki Wrocławskie) i do granicy Wrocławia (ul. Buforowa) - od skrzyżowania z ul. Grota-Roweckiego do węzła A4 Bielany Wrocławskie (ul. Karkonoska) - w formule zaprojektuj i wybuduj. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 06.03.2019 r. pod numerem 46-104606-2019-PL. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z zamieszczeniem na stronie internetowej przez zamawiającego dokumentacji postępowania wykonawca STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o. o. w Wysokiej wniósł odwołanie 18 marca 2019 r. zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ” oraz jej załączników w zakresie:

„1. Treść „Opisu Przedmiotu Zamówienia” zawartego odrębnym dokumencie zamieszczonym na stronie internetowej zamawiającego, w którym w punkcie „Termin realizacji” wyznaczono termin wykonania Kamienia Milowego nr 1 - 12 miesięcy od daty Rozpoczęcia, obejmujący uzyskanie ostatecznej decyzji ZRID, złożenie Zamawiającemu projektów wykonawczych, szczegółowych specyfikacji technicznych i przedmiarów robót na cały projektowany odcinek, a tym samym wskazanego w tym dokumencie terminu Czasu na Ukończenie wynoszącego 36 miesięcy od Daty Rozpoczęcia. (...) niezgodny z powyższymi postanowieniami pkt 3 SIWZ w zakresie odnoszącym się do wyznaczonego przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia, w którym wskazano, że termin ten rozpocznie się od dnia podpisania umowy do dnia 30.09.2022 r.

2. Treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej jako: „PFU”) w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w części odnoszącej się do rangi dokumentacji obejmującej wyniki badań gruntowo-wodnych, którą Zamawiający określił w pkt 1.2.2. PFU jako część materiałów pomocniczych dla wykonawcy, tj.:

- Dokumentacji geotechnicznej dla projektowanej drogi wojewódzkiej Bielany – Łany - Długołęka (odcinek Bielany Wrocławskie - skrzyżowanie z drogą wojewódzką nr 395 Wrocław - Strzelin” wykonaną przez Geotest - Wrocław, w lipcu 2003;
- „Opinia Geotechniczna dla podwariantu P1 dla zadania „Budowa drogi wojewódzkiej od węzła A4 Bielany Wrocławskie (ul. Karkonoska) do drogi wojewódzkiej nr 395 (rondo Żerniki Wrocławskie) i do granicy Wrocławia (ul. Buforowa)” wykonana w kwietniu 2017 przez Przedsiębiorstwo MORION SP. Z o.o. dla odcinka od km ok. 1+250 do km ok. 2+280;
- Studium geologiczno-inżynierskie dla zadania pn.: Koncepcja drogi wojewódzkiej wzdłuż A4 łączącej skrzyżowanie DW nr 395 z ul. Karkonoską wraz z opracowaniem środowiskowym: warianty P, W, A - Gliwice, luty 2018.

3. Bezczywność Zamawiającego podlegającą na niedostępnienu wszystkich załączników SIWZ, w tym istotnych dla stron postanowień, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego - Tom II.”

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 36 ust 1 pkt 4 oraz art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353<sup>1</sup> k.c. i art. 387 § 1 k.c. przez wskazanie przez zamawiającego niemożliwego do dotrzymania terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1, a tym samym terminu Czasu na Ukończenie;

2. art. 31 ust. 2 PZP oraz § 15, § 19 pkt 4 lit. b Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (dalej jako: „rozporządzenie”) w zw. z art. 31 ust. 4 PZP przez nadanie charakteru pomocniczego informacjom wymagany i koniecznym do sporządzenia oferty w zakresie wyników badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów, a tym samym zaniechanie sporządzenia PFU w sposób umożliwiający ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych oraz przygotowanie oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty;

3. art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 42 ust. 1 PZP przez zaniechanie wskazania istotnych postanowień umowy, a w konsekwencji naruszenie art. 38 ust. 1 PZP przez skrócenie terminu na złożenie wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ oraz, w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1-3,

4. art. 29 ust. 1 i ust. 2 PZP przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia porównywalnych ofert;

5. art. 7 ust. 1 i 3 PZP przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem robót.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. zmiany terminu wykonania zamówienia w zakresie:

- terminu wykonania Kamienia Milowego nr 1 przez jego przedłużenie o 3 miesiące, a w konsekwencji zmiany terminu Czasu na Ukończenie przez jego przedłużenie o 3 miesiące, tj. terminów realizacji wskazanych z „Opisie przedmiotu zamówienia”

- terminu wykonania zamówienia wskazanego w pkt 3 SIWZ przez określenie ilości miesięcy od Daty Rozpoczęcia, zgodnie z żądaniem powyższego tiretu, tj. 39 miesięcy od Daty Rozpoczęcia;

2. zmiany charakteru dokumentacji dotyczącej wyników badań gruntowo-wodnych wskazanych w pkt 2 zarzutów odwołania poprzez nadanie im rangi obowiązującej dla wykonawcy;

3. udostępnienia istotnych dla stron postanowień umowy, zgodnie z zobowiązaniem pkt 20 SIWZ.

Wykonawcy BUDIMEX S.A. w Warszawie, Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich, MOTA ENGINEERING CENTRAL EUROPE S.A. w Krakowie oraz Max Bögl Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 29 marca 2019 r. uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu 1 i 3 (numeracja zgodna z przedstawionym wyżej katalogiem kwestionowanych elementów dokumentacji postępowania) i wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 2.

Wobec braku zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego oraz ustalenia, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba stosownie do art. 186 ust. 4a Pzp rozpoznała na rozprawie zarzut 2. Strony i BUDIMEX S.A. podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

W zakresie zarzutu 1 i 3 postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący, jako wykonawca zainteresowany danym zamówieniem, jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Okoliczności faktyczne w postaci brzmienia postanowienia pkt 1.2.2. PFU stanowiącego część dokumentacji postępowania zostały zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy przywołane w odwołaniu i nie są sporne między stronami. Istotą sporu jest, czy obowiązujące przepisy prawa pozwalają zamawiającemu na nadanie pomocniczego, a nie wiążącego charakteru:

- Dokumentacji geotechnicznej dla projektowanej drogi wojewódzkiej Bielany – Łany - Długołęka (odcinek Bielany Wrocławskie - skrzyżowanie z drogą wojewódzką nr 395 Wrocław - Strzelin” wykonaną przez Geotest - Wrocław, w lipcu 2003;
- „Opinia Geotechniczna dla podwariantu P1 dla zadania „Budowa drogi wojewódzkiej od węzła A4 Bielany Wrocławskie (ul. Karkonoska) do drogi wojewódzkiej nr 395 (rondo Żerniki Wrocławskie) i do granicy Wrocławia (ul. Buforowa)” wykonana w kwietniu 2017 przez Przedsiębiorstwo MORION SP. Z o.o. dla odcinka od km ok. 1+250 do km ok. 2+280;
- Studium geologiczno-inżynierskiego dla zadania pn.: Koncepcja drogi wojewódzkiej wzdłuż A4 łączącej skrzyżowanie DW nr 395 z ul. Karkonoską wraz z opracowaniem środowiskowym: warianty P, W, A - Gliwice, luty 2018.

Zdaniem odwołującego stanowi to naruszenie przepisów ustawy i rozporządzenia.

Ze stanowiskiem takim w okolicznościach sporu nie sposób się zgodzić.

Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie naruszył art. 29 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ze stanowiska odwołującego i przystępującego nie wynika, aby zamawiający nie spełnił którejkolwiek z przesłanek zawartych w tym przepisie. Ustalenie, że część dokumentów, dołączonych przez zamawiającego do dokumentacji postępowania, ma charakter pomocniczy, nie powoduje braku jednoznaczności, ani zrozumiałości treści tych dokumentów. Ze stanowiska odwołującego i przystępującego po jego stronie należy natomiast wysnuć wniosek, że wykonawcy ponoszą ryzyko związane z tym, że stan geotechniczny istniejący na placu budowy będzie różnić się od opisanego w tej części dokumentacji. Istota sporu nie dotyczy zatem opisu przedmiotu zamówienia, lecz ryzyka związanego z wykonaniem umowy i oszacowanie jego rozmiarów dla potrzeb wyceny oferty oraz, co wskazali sami wykonawcy, ustalenie punktu odniesienia dla ewentualnych roszczeń w stosunku do zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego sam zamiar ograniczenia ryzyka kontraktowego w sytuacji, gdy sam opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny i obejmuje cały zakres zamawianego świadczenia, nie mieści się w granicach określonych art. 29 ust. 1 Pzp. Celem tego przepisu jest zapewnienie jasności, zrozumiałości i kompletności przedmiotu zamówienia, czemu pomocniczy charakter dokumentacji geotechnicznej, opinii geotechnicznej oraz studium geologiczno-inżynierskiego nie stoi na przeszkodzie. Za chybione w okolicznościach sporu należy uznać argument dotyczący, że pomocniczy charakter wskazanych dokumentów prowadzi do braku możliwości porównania złożonych ofert. Dostrzec trzeba, że, po pierwsze, postępowanie prowadzone jest w formule zaprojektuj i wybuduj, więc oferty różnić się będą przede wszystkim przyjętym rozwiązaniem projektowym i idącą za nim ceną, które mogą być różne. Po drugie, punktem odniesienia dla wyboru rozwiązania i jego wyceny powinna być raczej treść tych dokumentów, a nie ich wiążący lub poglądowy charakter, który przecież na ową treść nie wpływa, choć ma znaczenie dla szacowania ryzyka kontraktowego. Po trzecie, dla racjonalnej oceny ryzyka kontraktowego mają znaczenie przede wszystkim: umiejętność wykorzystania i zweryfikowania otrzymanych informacji na podstawie dostępnych źródeł, w tym – jak wskazał zamawiający na rozprawie - mapy geologicznej Polski, decyzji organów powiatowych, a ponadto wiedza i doświadczenie

wykonawców oraz stosowana przez nich polityka cenowej, w tym związanej z szacowaniem ryzyka. Wymienione czynniki mają wpływ na cenę ofert, stąd argument dotyczący braku porównywalności ofert wynikający z pomocniczego charakteru części dokumentów jest całkowicie chybiony.

W konsekwencji zamawiający nie naruszył również art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż sam niewiążący charakter części dokumentacji postępowania nie utrudnia uczciwej konkurencji, a odwołujący nie wskazał zasady prowadzenia postępowania, którą zamawiający miałby naruszyć.

Zamawiający spełnił wymagania art. 31 ust. 2 Pzp, gdyż przedmiot zamówienia opisał za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Nie doszło również do naruszenia § 15, § 19 pkt 4 lit. b rozporządzenia wydanego na podstawie art. 31 ust. 4 Pzp. Rozporządzenie w § 19 wymienia obligatoryjne elementy części informacyjnej PFU, zatem naruszenie przywołanych przepisów mogłoby mieć miejsce, w sytuacji, gdyby zamawiający te obligatoryjne elementy pominął.

§ 15 rozporządzenia wskazuje na przeznaczenie PFU, w tym w zakresie obliczenia ceny oferty i powinien być czytany łącznie z pozostałymi przepisami tego aktu prawnego. Funkcją obligatoryjnych elementów wchodzących w skład PFU, w tym wyników badań gruntowo-wodnych dla potrzeb posadowienia obiektów, jest umożliwienie wykonawcom przygotowania i wyceny oferty. Brak wiążącego charakteru dokumentacji geotechnicznej, opinii geotechnicznej oraz studium geologiczno-inżynierskiego nie stoi na przeszkodzie wycenie oferty, lecz wiąże się z ryzykiem związanym z weryfikacją tych dokumentów. Rozprawa nie dostarczyła podstaw do uznania, że dla profesjonalnego wykonawcy taka weryfikacja jest niemożliwa do dokonania albo nadmiernie utrudniona.

Fragmenty dokumentacji z innych postępowań prowadzonych przez zamawiających nie dowodzą naruszenia prawa przez zamawiającego, świadczą jedynie o treści dokumentów wskazanych postępowań. Takiego dowodu nie stanowią również dokumenty dotyczące sporu zakończony wyrokiem Sądu Okręgowego w Legnicy, który dotyczył innych warunków gruntowych w wyznaczonym miejscu posadowienia podpór obiektu mostowego. W badanym postępowaniu, które jest prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj, to wykonawca ustali i wyznaczy miejsce posadowienia tych podpór w sporządzonym przez siebie projekcie mostu.

Izba podzieliła pogląd wyrażony przez skład orzekający w sprawie KIO 1607/19 i uznała, że dokumenty wchodzące w opis przedmiotu zamówienia mogą mieć charakter poglądowy. Obowiązkiem zamawiającego jest dołączenie do PFU dokumentów wymaganych rozporządzeniem, natomiast pozostałe dokumenty załączone do SIWZ, a nie wymagane przepisami, w tym dokumentacja geotechniczna, mogą mieć charakter pomocniczy dla profesjonalnego wykonawcy. Dokumentacja taka posiadana i udostępniona przez zamawiającego może być dla wykonawcy pomocna na wstępnym etapie przystąpienia do prac projektowych, nie można jednak zakładać, że warunki geotechniczne nie uległy zmianie po jej wykonaniu. Wykonawca przy realizacji kontraktu w formule „zaprojektuj i wybuduj” jest zobowiązany do określenia zakresu prac projektowych i budowlanych przy wybranym wariantcie i uzyskania wszystkich niezbędnych dokumentów i pozwoleń na realizację zadania. Sam więc wykonawca musi wziąć odpowiedzialność za ten zakres, a zidentyfikowane przez siebie ryzyka uwzględnić w cenie oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:.....**