Sygn. akt: KIO 856/19

WYROK

z dnia 27 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 24 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2019 r. przez wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą Warszawie

przy udziale wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

2.1. zasądza od wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na

rzecz zamawiającego - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą

Warszawie kwotę 659 zł 75 gr (słownie: sześćset pięćdziesiąt dziewięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu poniesionych kosztów postępowania, na które składają się: 591 zł 75 gr - koszty dojazdu na posiedzenie i 68 zł - koszty opłat skarbowych.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 856/19

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa(jednostka prowadząca postępowanie: PKP PLK S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, Wrocław) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 283 na odcinku Zebrzydowa - Żagań" realizowanego w ramach projektu pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 283 na odcinku Zebrzydowa - Żagań" (nr ref. postępowania IREZA4g-216-06/2019)

Odwołujący: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności Zamawiającego podjętej, a polegającej na dokonaniu niezgodnego z przepisami ustawy pzp opisu przedmiotu zamówienia.

I. Zarzuty.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 14 PZP w zw. z art. 647 kc, art. 7 ust 1, art. 29 ust 1 w zw. z warunkami 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 (Dz.U. Nr 202 poz. 2072 ze zm.) - dalej „Rozporządzenie" oraz art. 31 ust. 2 i 3 PZP, §15, §18 ust. 2 pkt 3 oraz § 19 pkt 4 lit b) i g) Rozporządzenia, przez zaniechanie zamieszczenia w Programie Funkcjonalno - Użytkowym informacji wymaganych i koniecznych do sporządzenia oferty, w szczególności w zakresie:

a. jednoznacznego i wyczerpującego wskazania zakresu robót - w części dotyczącej robót podtorzowych, przy jednoczesnym niedozwolonym przerzuceniu tego obowiązku na wykonawcę poprzez nakazanie wykonawcom przeprowadzenia profesjonalnych badań geotechnicznych,

b. jednoznacznego i wyczerpującego wskazania zakresu robót - w części dotyczącej konieczności usunięcia kolizji i zabezpieczenia kolidujących linii kablowych

2. a w konsekwencji naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2, art. 31 ust. 2 i 3 PZP przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, uniemożliwiający wykonawcom ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie złożenie porównywalnych ofert;

3. 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, w szczególności wobec:

- zaniechania jednoznacznego wyczerpującego opisania przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym,

- pozbawieniu Wykonawcy możliwości dochodzenia roszczeń czasowych i finansowych powstałych w wyniku błędów i uchybień Zamawiającego.

II. W związku z powyższymi zarzutami wnosi o:

- nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ przez

1) przekazanie wiążących badań gruntowo - wodnych albo zastąpienie poz. 2.1.W.1. Rozbicia Ceny Ofertowej - Wzmocnienie podtorza, ławy torowiska pozycjami:

(i) Zabudowa warstwy ochronnej - rozliczonej obmiarowo w m3

(ii) Ulepszenie podłoża gruntowego pod warstwą ochronną spoiwem hydraulicznym - rozliczonej obmiarowo w m2

(iii) Wymiary gruntu - rozliczana obmiarowo w m3

(iv) Ławy torowiska - rozliczonej obmiarowo w kmt

z uwzględnieniem ilości na całym odcinku realizowanych/odbudowywanych torów,

2) przekazanie listy zidentyfikowanych przez Zamawiającego kolizji, których koszt usunięcia Wykonawca uwzględnić ma w cenie oferty.

Odwołujący wskazał na interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż jest podmiotem działającym na rynku, w tym w sektorze kolejowych inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w trybie ustawy pzp. Na skutek zaskarżonej czynności Zamawiającego, Odwołujący nie będzie w stanie przygotować i złożyć prawidłowej i zgodnej z PZP oferty, podczas gdy posiada wymagane kwalifikacje tj. wiedzę, doświadczenie. Działanie Zamawiającego zaskarżone odwołaniem narusza powołane na wstępie przepisy PZP i ogranicza konkurencyjność. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...).(za wyrokiem KIO z 4.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10.

IV. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia zamieszczona została na stronie Zamawiającego 30 kwietnia 2019 r. Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy PZP.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W ocenie odwołującego opis przedmiotu zamówienia nie zawiera podstawowych danych koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia, przez co jest w ocenie Odwołującego niezgodny z wymaganiami PZP. Zgodnie z art. 29 ust 1 PZP, zawierającym generalne wytyczne dotyczące sposobu dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, 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. Na wagę tego obowiązku wskazał SN w wyroku z 11.05.2017r., II CSK 541/16: „Artykuł 29 ust. 1 pzp nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. (...) W orzecznictwie podkreśla się przy tym, że wykonawca nie może być obciążony ryzykiem wad dokumentacji projektowej ani ryzykiem wykonania prac koniecznych do realizacji zamówienia, w dokumentacji tej nieprzewidzianych, a wiążących się ze znacznymi kosztami”.

Dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, oznacza zapewnienie, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane) i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Zamawiający formułując opz powinien posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, iż perspektywą decydującą dla oceny, czy wytyczne te zostały zachowane, jest perspektywa wykonawcy. Takie stanowisko potwierdziło orzecznictwo.

Warto jeszcze zwrócić uwagę, że pojęcie jednoznaczności doktryna i orzecznictwo każą rozumieć jako nadanie opisowi przedmiotu zamówienia treści, która wyklucza swobodę w jej odbiorze, tj. ma tylko jedno znaczenie (jest jednakowo rozumiana przez wszystkich odbiorców, którzy bez żadnych wątpliwości są w stanie zidentyfikować z jakich elementów składa się zamówienie, co będzie konieczne do jego realizacji oraz mogą skalkulować cenę)- Z kolei „wyczerpujący” charakter opisu przedmiotu zamówienia rozumieć należy w ten sposób, że dokument, za pomocą którego zamawiający dokonał tego opisu stanowi dla wykonawców kompleksowe, rzetelne i wszechstronne źródło wiedzy na temat okoliczności postępowania mogących mieć wpływ na treść oferty: „Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży na zamawiającym. Wykonawcy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty u innych źródeł niż zamawiający” (tak: KIO 2649/11, KIO/UZP 798/08)

Przedmiot zamówienia winien być precyzyjnie "określony[1] i „opisany”. Opis przedmiotu zamówienia nie tylko pozwala na identyfikację tego przedmiotu, ale również pełni funkcję normatywną jako składnik SIWZ (tak SO w Katowicach w wyroku z 17.03.2009r., XIX Ga 72/08, ZPO 2009/4/88).

Szczegółowe wytyczne dotyczące dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w przypadku robót budowlanych, zamieszczone zostały w art. 31 PZP. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający

opisuje przedmiot zamówienia za pomocą PFU. PFU obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne (art. 31 ust 3 PZP.) Szczegółowy zakres i formę PFU określa - wydane na podstawie delegacji zawartej w art. 31 ust 4 PZP, rozporządzenie 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. Zgodnie z § 15 Rozporządzenia PFU służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Zamawiający nie jest uprawniony do poprzestania na określeniu właściwości funkcjonalno-użytkowych, jest zobowiązany określić wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia dotyczące 1) przygotowania terenu budowy, 2) architektury, 3) konstrukcji, 4) instalacji, 5) wykończenia, 6) zagospodarowania terenu. W § 19 pkt 4 wskazano zakres wymaganych informacji i dokumentów niezbędnych dla prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, np. w zakresie braku wymaganych badań gruntowych, danych dotyczących ochrony środowiska, inwentaryzacji obiektów, porozumień, zgód dotyczących sieci.

W ocenie Odwołującego PFU przygotowany w celu opisu przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu nie spełnia wymagań Rozporządzenia, albowiem w zakresie zasadniczych informacji i dokumentów obarcza wykonawców skutkami nienależytego opisu przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadzi do nieporównywalności złożonych ofert.

I tak, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w części odnoszącej się wykonania robót podtorza Zamawiający w ogóle zaniechał przekazania badań, stwierdzając jedynie że: „Należy przewidzieć wzmocnienie podtorza na całej długości rewitalizowanych/odbudowywanych torów wskazanych w poz. 3.6.1.1 PFU.

Zakres robót będzie wynikał każdorazowo z aktualnego stanu technicznego podtorza i podłoża kolejowego. Stan techniczny podtorza i podłoża kolejowego będzie wynikiem przeprowadzonych przez Wykonawcę badań geotechnicznych. Zakres robót będzie wynikał także z konieczności dostosowania podtorza i podłoża do docelowego standardu modernizacji (budowy) linii kolejowej, określonego ogólnymi właściwościami funkcjonalno-użytkowymi, na której eksploatowana jest nawierzchnia konwencjonalna (szyny, podkłady, podsypka). Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wychlapów, Należy dokonać wzmocnienia oraz naprawy bądź budowy nowego odwodnienia (jeszcze przed przystąpieniem do wykonania wzmocnienia). Rodzaj wzmocnienia powinien być określony na podstawie badań geotechnicznych.”

Pomimo jednoznacznego wskazania PFU, że rodzaj wzmocnienia powinien zostać określony dopiero na podstawie badań geotechnicznych które wykona sam wykonawca, Zamawiający każę przewidzieć w cenie oferty wzmocnienie podłoża na całej długości i dokonanie wyceny tej pozycji w składanym wraz z ofertą Rozbiciu Ceny Ofertowej. Konieczność ujęcia w cenie oferty kosztów wzmocnienia podłoża w sytuacji, gdy Zamawiający nie podaje jakichkolwiek danych koniecznych do oszacowania jakie roboty mogą składać się na wykonanie tego wzmocnienia przy jednoczesnym przyjęciu w RCO, że pozycja ta będzie rozliczana za „komplet" w kilometrze toru tj. za wszystkie prace mieszczące się w pojęciu wzmocnienia powoduje, że na etapie przygotowania oferty każdy wykonawca może dowolnie przyjąć jakie roboty wykona w ramach wzmocnienia. Przyjęcie to będzie czysto hipotetyczne, a wręcz spekulacyjne, bo nie mając dostępu do terenu budowy i nie będąc wykonawcą umowy żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia nie może dysponować, na etapie przygotowania ofert, badaniami geotechnicznymi, które dopiero zdefiniują sposób wykonania wzmocnienia.

Dla zobrazowania różnicy w cenie oferty wynikającej z przyjęcia w kalkulacji różnych dopuszczalnych i istniejących metod wykonywania wzmocnień odwołujący przedstawia wycenę możliwych wariantów wykonania wzmocnień. Zgodnie z ID-3 nie należy stosować warstw ochronnych z materiałów jak niesort kamienny, kliniec czy grys cieńszych od 0,15 m. Szacunkowy koszt 1 km takiego rozwiązania dla linii jednotorowej wynosi 215.000 PLN. W przypadku, kiedy to rozwiązanie nie pozwoli osiągnąć wymaganych modułów odkształceń podtorza, może być niezbędna zabudowa grubszej warstwy ochronnej, a w przypadku grubości powyżej 0,40 m optymalnym rozwiązaniem może być zbrojenie tej warstwy geosiatkami. W takim przypadku koszt 1 km wzmocnienia wynosi szacunkowo 625.000 PLN. Inną możliwością osiągnięcia wymaganych modułów może być zastosowanie ulepszenia podłoża gruntowego pod warstwę ochronną spoiwem hydraulicznym oraz zabudowa warstwy ochronnej. Koszt wzmocnienia uzależniony jest od gruntów, który determinuje potrzebne do użycia spoiwo oraz jego zawartość jak i grubość warstwy ulepszenia. Koszt 1 km ulepszenia podłoża może wahać się od 150.000 PLN do 300.000 PLN. Do tego należy dodać koszt warstwy ochronnej, także całkowite koszty tego rozwiązania mogą wynosić od 365.000 do 725.000 PLN. W przypadku, kiedy żadne z wyżej wymienionych rozwiązań nie zagwarantuje

wymaganej nośności podtorza, niezbędnym może okazać się wymiana gruntów. Koszt wymiany uzależniony jest od głębokości wymiany oraz lokalnych warunków wodnych. Szacunkowy koszt wymiany do 1m głębokości wynosi dla odcinka 1 km ok. 700.000 PLN.

Do tego należy przewidzieć dodatkowo wzmocnienie podtorza, które wg. Pkt 3.6.2 PFU wymagane jest na całej długości rewitalizowanych torów.

Ten brak w opisie przedmiotu zamówienia oceniać należy łącznie z postanowieniami projektu umowy, zgodnie z którym:

„6. Ceny podane w poszczególnych pozycjach wypełnionego przez Wykonawcę RCO nie zawierają podatku od towarów i usług (VAT), który jest ujęty w cenie za przedmiot Umowy określonej w ust 2. Ceny wymienione w poszczególnych pozycjach w RCO są niezmienne w całym okresie realizacji Umowy" (§ 31 ust. 6 projektu umowy)

„7. Brak dokładności lub niewłaściwe oszacowanie zakresu prac i robót budowlanych w PFU lub RCO nie będzie miało żadnego wpływu na ważność Umowy oraz nie zwolni Wykonawcy z wykonania przedmiotu Umowy; jak również nie będzie stanowiło podstawy do roszczeń ze strony Wykonawcy, a także pozycji w RCO oznaczonych symbolem „O", które będą rozliczane zgodnie z obmiarem". (§ 31 ust. 7 projektu umowy)

„Zmiana postanowień Umowy w stosunku do treści Oferty Wykonawcy możliwa jest w przypadku zaistnienia jednej z następujących okoliczności w zakresie i na warunkach określonych poniżej: 1) Zmiany technologiczne spowodowane następującymi okolicznościami: (...) 3) odmienne od przyjętych w PFU warunki geologiczne skutkujące niemożliwością zrealizowania przedmiotu Umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych. 2. W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 1 powyżej możliwa jest zmiana sposobu wykonania, terminu wykonania Umowy, Ceny, zmiana materiałów i technologii wykonania przedmiotu Umowy i konstrukcji obiektów budowlanych (...) (§ 31 ust. 1 pkt 3 i § 31 ust 2 Umowy)"

Wobec nie podania w PFU wyników badań gruntowych (geologicznych) nie będzie możliwe ustalenie, uzasadniających zmianę umowy, odmiennych od przyjętych w PFU warunków geologicznych, a tym samym Wykonawca nie będzie mógł żądać zmiany zaoferowanej na etapie przetargu ceny ryczałtowej za wykonanie wzmocnienia, która ma być jedynie rozliczana obmiarowo. Oznacza to przeniesienie na wykonawcę całości ryzyka wynikającego z zaniechania opisania przedmiotu zamówienia w sposób wymagany przez przepisy.

W zakresie zarzutu dotyczącego brakujących informacji nt. kolizji PFU w pkt 3.6.10.2. mówi o tym, że „Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania niezbędnych informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury takiej jak dreny, linie i słupy telefoniczne oraz elektryczne, ujęcia wodne, gazociągi, a także obiekty budownictwa lądowego, itp., przed wykonaniem, jakiegokolwiek wykopu i rozpoczęciem innych robót mogących naruszyć to urządzenie lub instalacji oraz do usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia. W przypadku wystąpienia kolizji Wykonawca wykona usunięcie kolizji w ramach Ceny i Terminu wykonania Umowy". Jednocześnie dokument RCO w poz. 2.1.E.19 Usunięcie kolizji oraz zabezpieczenie kolidujących linii kablowych - ryczał - kpi 1, wymaga wyceny ryczałtowej bliżej nie określonego zakresu robót związanego z usuwaniem kolizji, a dodatkowo RCO w ogóle nie zawiera pozycji której należałoby wycenić kolizje inne niż energetyczne. Podczas gdy przepisy Rozporządzenia wymagają zamieszczenia w PFU inwentaryzacji lub dokumentacji obiektów budowlanych podlegających przebudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych (...).

Wskazane we wstępie przepisy, w szczególności § 15 i § 19 pkt 4 lit. b) i g) obligują Zamawiającego do udostępnienia (a tym samym przyjęcia odpowiedzialności) dokumentacji niezbędnej dla oszacowania ceny oferty, w szczególności tak istotnego elementu, jakim są rozwiązania w zakresie posadowienia obiektów.

Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. W wyroku z 17 grudnia 2017 r. (KIO 2547/17) Izba wyjaśniła, że nie zgadza się ze stanowiskiem, że na podmiocie zamawiającym obowiązek przekazania wykonawcom dokumentów w ramach PFU ciąży tylko i wyłącznie wówczas, gdy podmiot zamawiający jest w posiadaniu takich dokumentów. To stanowisko nieuprawnione. „Otóż norma prawna, na podstawie której Zamawiający sformułował taką tezę (§19 pkt 4 ww. rozporządzenia) może zostać odczytana w taki sposób, że część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje inne posiadane informacje, zaś dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych powinny zostać przekazane wykonawcom w całości, z tym, że jako podstawowe powinny zostać przekazane: kopie map zasadniczych, wyniki badań gruntowo-wodnych, porozumienia, zgody; pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do infrastruktury sieciowej, jak również dodatkowe wytyczne inwestorskie i uwarunkowania

związane z budową i jej przeprowadzeniem. Jednakże, co zostanie wskazane przy rozpoznaniu kolejnych zarzutów, zakres koniecznej do przekazania wykonawcom dokumentacji oraz zakres koniecznych do przekazania informacji będzie zawsze determinowany specyficznym dla danego postępowania stanem faktycznym oraz wymaganiami podmiotu zamawiającego".

Stanowisko odwołującego potwierdziła również Izba w wyroku KIO 897/15 w którym stwierdza, że: a) „(...) Art. 29 ust. 1 PZP zobowiązuje Zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji. (....)

b) Nie jest bowiem obowiązkiem Zamawiającego przekazanie wszystkiego, co ma w swojej dokumentacji, ale przygotowanie jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Oczywistym jest, że jeżeli dany dokument nie jest w posiadaniu Zamawiającego, a jest konieczny do pełnego i jednoznacznego opisu (...) to winien on, przed wszczęciem postępowania, samodzielnie przygotować niezbędną dokumentację lub zlecić jej przygotowanie podmiotowi trzeciemu. Uzupełnieniem informacji o stanie technicznym modernizowanych pięter nie może być wizja lokalna ani możliwość kontaktu wykonawców ze wskazanymi przez Zamawiającego przedstawicielami szpitala (...)."

Mając na względzie powyższą argumentację odwołujący wniósł, jak w petitum.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosiły przystąpienie trzy podmioty wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Nie zgadza się ze stanowiskiem odwołania uznając, że pozostaje ono w sprzeczności z przepisami prawa i stanem faktycznym.

Podkreślił, że zamówienie dotyczy zaprojektowania i wykonania robót budowlanych, a formuła „zaprojektuj i buduj" rodzi daleko idące konsekwencje, których odwołujący nie uwzględnił w swoim odwołaniu, a mianowicie faktu, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie projektu budowlanego w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. Zgodnie z art. 34 ust. 3 tej ustawy Projekt budowlany powinien zawierać: 3) w zależności od potrzeb, wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych"

Natomiast „potrzeby" definiuje § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w sprawie geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych, stanowiąc, że „Zakres badań geotechnicznych gruntu ustala się w zależności od kategorii geotechnicznej."

Sposób ustalania kategorii geotechnicznej został zdefiniowany w § 4 ust. 4 rozporządzenia w sprawie geotechnicznych warunków/.../ „Kategorię geotechniczną całego obiektu budowlanego lub jego poszczególnych części określa projektant obiektu budowlanego na podstawie badań geotechnicznych gruntu, których zakres uzgadnia z wykonawcą specjalistycznych robót budowlanych."

Z powyższych przepisów wynika, iż dokumentację geologiczną sporządza się na etapie projektowania, a o jej zakresie decyduje projektant.

W tym stanie rzeczy, gdy przedmiotem zamówienia jest projektowanie, to znaczy, iż zawiera ono w sobie wymagany przepisami obowiązek wykonania badań geotechnicznych. Rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego w całej rozciągłości koresponduje ze wskazanymi wyżej

przepisami, a mianowicie w § 19 pkt 4 b i g, na który powołuje się odwołujący zapisano, że: „Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:

4/ inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności: (...):

b/ wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeby posadowienia obiektów /.../,

g/ inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek."

Z literalnej treści wynika, że obowiązek zamawiającego dotyczy dołączenia jedynie posiadanych informacji i dokumentów; jeżeli tych informacji nie posiada, a tak jest w tym przypadku, zamawiający nie ma obowiązku specjalnego przeprowadzania badań geologicznych, gdyż te są elementem projektowania i jako takie pozostają przedmiotem zamówienia w przetargu, co potwierdza treść PFU w pkt 3.2.4.:

„Badania geotechniczne

Wykonawca uszczegółowi rozpoznanie warunków gruntowo-wodnych w celu prawidłowego zaprojektowania i wykonania przedmiotu zamówienia. Badania podłoża gruntowego należy7 przeprowadzić zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego, w tym w szczególności w Wytycznymi badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej lgo-1 i uwzględnieniem sytuacji ruchowej.

Zgodnie z § 4 ust. 3 pkt 3 c rozporządzenia MTBiGW z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie ustalania geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych, obiekty budowlane zaliczane do inwestycji mogących zawsze znacząco oddziaływać na środowisko, określone w rozporządzeniu z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko, zaliczane są do tzw. trzeciej kategorii geotechnicznej. W świetle zapisów § 7 ust. 3 ww rozporządzenia, w przypadku obiektów budowlanych trzeciej kategorii geotechnicznej oraz w złożonych warunkach gruntowych drugiej kategorii wykonuje się dodatkowo dokumentację geologiczno-inżynierską, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. - Prawo geologiczne i górnicze.

W związku z powyższym, w przypadku przedsięwzięć mogących zawsze znacząco oddziaływać na środowisko (tj. takich, dla których sporządzenie raportu o oddziaływaniu na środowisko jest obligatoryjne), Wykonawca zobowiązany jest do opracowania dokumentacji geologiczno-inżynierskiej. Dla takich przedsięwzięć należy opracować również dokumentację badań i podłoża gruntowego i projekt geologiczny."

Reguła ta dotyczy wszystkich postępowań w trybie „projektuj i buduj" tj. w każdym przypadku, jeżeli zamawiający nie dysponuje badaniami gruntu, to zlecając wykonanie projektu tym samym zleca przeprowadzenie badań geologicznych, gdyż tak stanowi prawo budowlane.

Wziąwszy pod uwagę fakt, iż zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu zażądał w pkt 8.2.3. w zw. z 8.61. lDW doświadczenia w budowie lub przebudowie 20 km nawierzchni linii kolejowej w tym stacji /.../ bezsporne, jest iż w postępowaniu mogą wziąć udział tylko doświadczeni wykonawcy.

Zarówno odwołujący jak i przystępujący do takich się zaliczają i wielokrotnie brali udział w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego. W efekcie mają wystarczające doświadczenie i wiedzę, aby oszacować wartość zamówienia w trybie zaprojektuj i wybuduj, zwłaszcza że standardem jest dokonywanie przez wykonawców wizji lokalnej.

Stąd twierdzenia o niezgodności z przepisami i oświadczenie o braku możliwości złożenia porównywalnych ofert nie mają oparcia w stanie faktycznym i prawnym.

Powyższe można także wykazać na gruncie drugiego zarzutu, dotyczącego kolizji. Zamawiający stosuje zestandaryzowaną dokumentację bazową i powtarzalne zapisy siwz w tym zakresie. Wskazano na wyrok KIO 1888/17 wydany w analogicznej sprawie.

Zamawiający przywołał zapisy PFU dotyczące identyfikowania infrastruktury, kolizji, zakresu opracowań w projekcie wykonawczym. Wobec oceny takich zapisów przez KIO zamawiający stwierdził, że nie ma podstaw, by twierdzić, że musi on zdefiniować ilość i rodzaj kolizji, zwłaszcza, że jest to elementem zlecanych prac projektowych.

Odwołujący chciałby ryzyka związane z inwestycją prowadzoną w trybie „projektu i buduj" przerzucić w całości na zmawiającego, pomimo, iż to ostatecznie on będzie miał wpływ na treść dokumentacji projektowej i przyjęte rozwiązania technologiczne, które oczywiście rzutują na koszty. Takie oczekiwanie pozostaje w sprzeczności z zasadami prowadzenia takiej inwestycji.

Założenia zamówienia zakładają, iż wykonawca na podstawie opisanych w PFU oczekiwań co do ostatecznego kształtu i zakresu inwestycji wykona prace projektowe oraz roboty budowlane umożliwiające osiągnięcie zakładanego przez zamawiającego rezultatu. Zdaniem zamawiającego zastosowana przez niego konstrukcja jest właściwa ze względu na rangę i charakter zamówienia. Regulacja 3.6.16 PFU wymusi na wykonawcy dokonanie na etapie przedprojektowym dokładnego zinwentaryzowania terenu tak, aby na etapie realizacyjnym nie generować dodatkowych kosztów związanych z brakiem należytej staranności przy zanalizowaniu terenu robót. W ocenie zamawiającego powyższe jest korzystne dla stron, gdyż minimalizuje ryzyko roszczeń wykonawcy w ww. zakresie.

Zamawiający kwestionuje twierdzenie odwołującego, że ww. regulacja powoduje niemożność oszacowania ceny oferty i otrzymanie nieporównywalnych ofert. Z uwagi na określne przez zamawiającego warunki udziału ogłoszenie kierowane jest do doświadczonych w realizacji podobnych inwestycji wykonawców.

Zamawiający zakłada, że wykonawcy ci są stanie, na podstawie doświadczenia oraz dysponując wyspecjalizowaną kadrą, określić zakres raz rodzaj kolizji z istniejącą infrastrukturą na podstawie udostępnionych dokumentów, Nadto, wykonawcom przysługuje uprawnienie do wykonania wizji lokalnej, która zwiększa szanse na powzięcie informacji w powyższym zakresie. Zamawiający stoi na stanowisku, że omawiana okoliczność mieści się w granicach racjonalnego ryzyka biznesowego wykonawcy. Mimo mniejszego lub większego marginesu błędu występującego w procesie budowlanym, wykonawca ma możliwość dokonania kalkulacji ceny. W praktyce większość wykonawców dokonuje wyliczeń na podstawie danych otrzymanych na podstawie analizy wcześniej zrealizowanych inwestycji. Zamawiający wskazuje także, iż wartość prac związanych z usuwaniem kolizji stanowi mniej niż 1% wartości całego zamówienia. W związku z tym odmienne założenia w zakresie oszacowania przez wykonawców ryzyka wystąpienia kolizji nie będzie rzutować znacząco na wysokość oferowanych cen, a zatem nie dojdzie do nieporównywalności ofert.

W tym świetle zamawiający uznał że odwołanie pozostaje w sprzeczności z ideą realizacji w trybie „zaprojektuj i buduj", gdzie z jednej strony są ryzyka związane z koniecznością dokonania ustalenia stanu faktycznego, co do stanu istniejącego na etapie projektowania, ale z drugiej przywilej związane z możliwością wybrania technologii i rozwiązań w projekcie, pozwalających optymalizować koszty.

Strony postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy przedstawiły stanowiska.

Odwołujący przypomniał, że przedmiotem postępowania jest obiekt liniowy o długości około 52 km. Z opisu nie wynika zakres prac w sposób, który umożliwia realną jego wycenę. Zamawiający przyjął wymóg dokonania wyceny w jednostkach KMT (kilometr toru), co nie daje informacji o rzeczywistym zakresie prac na całym odcinku. Odwołujący złożył porównawcze zestawienie 3 postępowań wskazując na różnice cen za jeden kilometr wynikający z różnic rodzajów podłoża, technologii wykonania i użycia określonych materiałów. Wskazał, że we wskazanych postępowaniach jako jednostkę rozliczeniową przyjęto m3.

Stwierdził, że wizja lokalna wskazana w piśmie Zamawiającego nie daje wystarczającej wiedzy o warunkach gruntowych, które wynikać mogą z badań geotechnicznych. Zwrócił uwagę, że w PFU, w cytowanym pkt 3.2.4. wskazano, iż wykonawca „uszczegółowi" rozpoznanie, co oznacza potrzebę uprzedniego dysponowania warunkami, które mają być uszczegółowione. Cytowany w piśmie Odwołującego postanowienie § 19 pkt 4 b i g rozporządzenia, dotyczący części informacyjnej, a zawierający sformułowanie, iż obejmuje on inne posiadane informacje niezbędne do zaprojektowania robót (...), nie może być sprowadzone do absurdu przez przyjęcie, iż brak posiadania określonych niezbędnych dokumentów, zwalnia Zamawiającego z umieszczenia informacji w treści PFU. Potwierdził własne doświadczenie w realizacji inwestycji tego typu, nie oznacza to jednak znajomości warunków gruntowych (gruntowo-wodnych) na wszystkich liniach kolejowych. To doświadczenie potwierdza, iż sposób podbudowy różni się w zależności od istniejących warunków, a na jednej linii warunki mogą być znacząco różne - na każdym kilometrze. Stwierdził, że przy wskazanej na wstępie ilości linii różnica cen uzależniona od warunków ziemnych, terenowych, może oznaczać dziesiątki milionów zł w cenie finalnej, a na długości 1 km może to być od kilkuset do około miliona zł. Podtrzymał stanowisko dotyczące drugiego

z zarzutów i żądania. Zwrócił uwagę, że cena w postępowaniu jest ryczałtowa, ale z przyjętym sposobem rozliczenia obmiarowym, dla niektórych wskazanych pozycji, w tym w zakresie robót podtorzowych. W innych postępowaniach Zamawiający stosuje różne zakresy obowiązków stron, w tym we wskazanym - linia kolejowa Wrocław-Świdnica, gdzie brał udział Odwołujący, Zamawiający udostępniał dokumentację geotechniczną, był to kontrakt zaprojektuj i wybuduj. Stwierdził, że wskazany w PFU przez Zamawiającego pkt 3.2.4. nie opisuje istniejących warunków gruntowych. Wskazał § 33 ust.1 pkt 3 WU, gdzie powoływano się na przyjęte PFU warunki geologiczne. Stwierdził, że dla wykonawcy realne jest oszacowanie zakresu i wartości prac na 1 KMT, jedynie przy znanych warunkach gruntowych. Wskazał, że projektant musi dysponować wiedzą na temat warunków geologicznych, co nie oznacza, że do niego musi należeć rozpoznanie w tym zakresie, a według rozporządzenia o PFU należy to do Zamawiającego. Zwrócił uwagę, że w RCO przyjęto całą długość toru do oszacowania robót w pkt 2.1. W1 przy rzeczywistej nieznanej długości robót, co oznacza ryzyko jedynie po stronie wykonawcy, a nie Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie. Zwócił uwagę, że w zastosowanej formule zaprojektuj i buduj przewiduje się ceny ryczałtowe oferty (13.4. idw., i § 31 WU), wymagane rozbicie w RCO ma charakter pomocniczy. Okazane przez Odwołującego przykłady innych postępowań dotyczą formuły buduj, a zatem bez elementów projektowania, przez co nie są analogią do przedmiotowego postępowania. Zwrócił uwagę, że warunki geotechniczne w obszarze inwestycji nie są znane i wymagają ustalenia, a mogą ulec zmiany także w toku realizacji. Przypomniał zakres prac projektowych regulowanych przepisami prawa budowlanego - art. 34 ustawy. Stwierdził, iż przyjęcie innych jednostek do wyceny, w tym sugerowanej przez Odwołującego m3, nie prowadzi do optymalizacji ceny, jak również optymalizacji przewidywanych wypadków Zamawiającego. Wskazał na pkt 3.2.4. PFU dotyczący badań geotechnicznych, gdzie wskazano kategorię, a badania te stanowią element niezbędnych do sporządzenia projektu (element projektu). Stwierdził, że określając przedmiot zamówienia przyjął, jako cel funkcjonalność toru przez ustalenie wymogu 221 kN (kilo Newton) na oś. W PFU założono potrzebę wzmocnienia podtorza na całej długości z uśrednieniem na każdy kilometr - dotyczyło to oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Rzeczywiste warunki, konieczność i zakres tych prac jest na obecnym etapie nieznana dla całość odcinka. Stwierdził, że w innych postępowaniach w formule projektuj i buduj przyjmuje takie same zestandaryzowane opisy i wymogi w PFU. Podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie dotyczące kolizji z sieciami i ryzyka wskazując na rozstrzygnięcie KIO 1888/17.

Zauważył, że w niejednym wypadku Zamawiający przekazuje wykonawcom dokumentację gruntową i dotyczył 2 wskazanych przez Zamawiającego w korespondencji mailowej, a

Odwołujący brał w nich udział. Wykonawca posiadając takie badania był w stanie przygotować ofertę. Przedstawione wyliczenia w 3 innych postępowaniach służą wykazaniu różnic cen za pracę na docinku 1 km w zależności od istniejących warunków, co przy długości linii 52 km może skutkować różnicami wcześniej sygnalizowanymi i niemożnością przygotowania realnej oferty. Stwierdził, że tylko w 1 we wskazanych postępowaniach udostępniono wykonawcy badania geotechniczne, jako że nimi dysponowano. Przypomniał, iż zarzutem jest naruszenie art. 29 ust. 1. Cena w postępowaniu jest ceną ryczałtową, a przyjęcie rozliczeń obmiarowych, dla niektórych elementów, nie zmienia tego charakteru ceny. Dokonanie uśrednienia obliczeń przy jednostce rozliczeniowej, sugerowanej przez Odwołującego m3, nie jest w odróżnieniu od znanej długości linii, możliwe. Przyjęcie jednostki KMT jest równe dla wszystkich, a wykonawca w ramach ryzyka leżącego po jego stronie, oszacuje przewidywaną wartość robót. Na poparcie stanowiska, co do zakresu obowiązków stron w takiej formule, przywołuje orzeczenie KIO 2258/18 i KIO 2433/18. Wskazał na brak dowodu na przewidywane różnice w cenach robót podtorzowych wskazane przez Odwołującego i podniesioną relację do wartości zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, w tym w szczególności dokumentacji postępowania obejmującej specyfikację istotnych warunków zamówienia, w tym postanowienia Programu Funkcjonalno-Użytkowego, Instrukcję dla Wykonawców i Warunki Umowy, treść wyjaśnień stron, z uwzględnieniem stanowisk przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę

materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Jest oczywiste, że wykonawca jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w wyniku wyboru jego oferty, której przygotowanie jest uzależnione od postanowień siwz, które powinny być sformułowane w zgodzie z przepisami prawa.

W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił skutecznie zasadności podniesionych zarzutów, że kwestionowane treści siwz naruszają przepisy ustawy pzp, przepisu rozporządzenia wykonawczego do ustawy, kodeksu cywilnego, a także zasady określone w art. 7 ustawy pzp.

Podkreślając, że przedmiotem postępowania jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane, przypomnieć należy, że zgodnie z art. 31 ust. 2 i 3, w takiej sytuacji przedmiot zamówienia opisuje się za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, który zawiera (obejmuje) opis zadania budowlanego ze wskazaniem przeznaczenia ukończonych robót budowlanych oraz stawianych im wymagań technicznych, ekonomicznych, architektonicznych, materiałowych i funkcjonalnych. Zakres i forma programu określanego powszechnie jako PFU określona jest w rozporządzeniu przywołanym w stanowiskach stron postępowania.

Zauważyć należy, że formuła „zaprojektuj i buduj" rodzi daleko idące konsekwencje wynikające z szeroko zakreślonego obszaru przedmiotu zamówienia. Zakres prac w takim wypadku wynika wprost, co potwierdza przepis art. 31 ustawy pzp, z przepisów Prawa budowlanego. W konsekwencji ma zastosowanie, m.in. art. 34 ust. 3 ustawy Prawo budowlanego, wg którego projekt budowlany powinien zawierać, w zależności od potrzeb, wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych. Z kolei „potrzeby" definiuje § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej w sprawie geotechnicznych warunków posadowienia obiektów budowlanych, stanowiąc, że „Zakres badań geotechnicznych gruntu ustala się w zależności od kategorii geotechnicznej."

Z powyższych przepisów wynika, iż dokumentację geologiczną sporządza się na etapie projektowania, a ustalenie niezbędnego zakresu należy do projektanta.

W tym stanie rzeczy, gdy przedmiotem zamówienia jest projektowanie, to znaczy także, iż zawiera ono w sobie wymagany przepisami obowiązek wykonania badań geotechnicznych. Ocena powyższa nie pozostaje w sprzeczności z przepisami rozporządzenia w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, na które powołuje się odwołujący, w tym § 19 pkt 4 b i g, gdzie opisano zawartość części informacyjnej PFU tj. zapisano, że:

„Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje:

Al inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności: (...):

b/ wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeby posadowienia obiektów /.../,

g/ inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące zachowania urządzeń naziemnych i podziemnych oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania tych rozbiórek." W ocenie Izby PFU jest dokumentem, który określa, jak wynika wprost z jego definicji ustawowej oraz jego nazwy, cele zamawiającego co do obiektu budowlanego i funkcje /przeznaczenie/, jakie ma obiekt pełnić. Jak wynika z treści § 15 rozporządzenia wykonawczego PFU służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Program zawiera oprócz strony tytułowej część opisową i informacyjną, a ich zawartość wymieniona jest w kolejnych przepisach rozporządzenia. Wskazuje się na elementy opisujące przedmiot zamówienia ze wskazaniem parametrów, uwarunkowań, właściwości oraz wymagań odpowiednio w zależności od specyfiki obiektu budowlanego oraz dokumentacje i unormowania niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego nie narusza przepisów ustawy i rozporządzenia wymóg stawiany przez zamawiającego w treści PFU wykonawcy prac projektowych dokonania badań geologicznych (rozpoznania warunków gruntowo-wodnych) jako opracowania niezbędnego i wchodzącego w skład prac projektowych stanowiących część przedmiotu

zamówienia. Ustalenie, że wykonawca opracowuje dokumentację geologiczno-inżynierską nie narusza przepisów prawa budowlanego co do zakresu zadań projektanta, a reguła taka może być uznana za rutynową w postępowaniach w trybie „projektuj i buduj" tj. w każdym przypadku, gdy zamawiający nie dysponuje badaniami gruntu, to zlecając wykonanie projektu tym samym zleca przeprowadzenie badań geologicznych.

Stąd twierdzenia o niezgodności z przepisami i oświadczenie o braku możliwości złożenia porównywalnych ofert nie mają uzasadnienia, jakkolwiek istotnie wymogi zamawiającego określające zakres prac wykonawcy, zwłaszcza na etapie przedprojektowym i projektowym rodzą znaczącą trudność w oszacowaniu ich wartości i potencjalnych ryzyk. W konsekwencji zarzut zostaje uznany za nieuzasadniony i nie potwierdzający naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa w treści programu funkcjonalno-użytkowego.

Powyższe ustalenie dotyczy również oceny zasadności drugiego zarzutu, dotyczącego kolizji z sieciami zewnętrznymi. Należy przyznać rację zamawiającemu, że w sprawie niniejszej kluczowe znaczenie ma okoliczność, iż inwestycja realizowana będzie w formule projektuj i buduj, a zgodnie z PFU to na wykonawcy będzie ciążyć obowiązek zidentyfikowania na etapie projektowania wszystkich możliwych kolizji z istniejąca infrastrukturą, co jest naturalnym elementem prac projektowych. Wskazuje na to m. in. postanowienia PFU, że do wykonawcy należy do uzyskanie niezbędnych informacji i zidentyfikowania przebiegu kolidującej infrastruktury oraz usunięcia kolizji w przypadku ich wystąpienia. W związku z powyższym żądanie, by to zamawiający opisał i przedstawił wykonawcom wszystkie kolizje nie odpowiada wprost formule „projektuj i buduj". Niezależnie od powyższego można zauważyć, że sam zamawiający nie musi dysponować pełna wiedzą o istniejących na jego terenie sieciach i instalacjach, w tym należących do podmiotów trzecich, a ich udokumentowanie leży we właściwości odpowiednik podmiotów (właściwych jednostek) tworzących i udostępniających dokumentację z zasobu geodezyjno-kartograficznego.

W tym świetle twierdzenie o niemożności poprawnego skalkulowania ceny z omawianych przyczyn jest nieuzasadnione, a ewentualne ryzyka w tym zakresie dotyczyć mogą w takim samym zakresie wszystkich zainteresowanych wykonawców, a tym samym brak jest podstaw do twierdzeń o naruszeniu zasad z art. 7 ustawy pzp, w tym zasady równości.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu, a zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art.

192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: .....