Sygn. akt: KIO 3418/21

WYROK

z dnia 6 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2021 r. przez wykonawcę

Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą

w Warszawie,

przy udziale wykonawców:

1) Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,

2) Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie,

3) ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 625 zł 75 gr (słownie: sześćset dwadzieścia pięć złotych siedemdziesiąt pięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót 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. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 listopada 2021 r. pod nr 2021/S 218-575179.

W dniu 22 listopada 2021 r. wykonawca Budimex S.A. wniósł odwołanie wobec treści Specyfikacji Warunków Zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 5 i 353(1) Kc w zw. z art. 647 i 651 KC w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za wykonanie wzmocnienia podtorza na odcinku długości ok. 12 km przy rozliczaniu tej pozycji na podstawie obmiaru, podczas gdy na tym odcinku Zamawiający nie wykonał badań geotechnicznych, w związku z czym przedmiot zamówienia w tym zakresie nie został opisany w sposób jednoznaczny, przejrzysty i wyczerpujący, co skutkuje brakiem możliwości wyceny tego elementu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji brakiem możliwości porównania złożonych ofert - co zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw wykonawcy.

Odwołujący podkreślił znaczenie SWZ i konieczność jej precyzyjnego sformułowania oraz wskazał na art. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, w świetle którego koniecznego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, aby pozwoliło każdemu z potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem wykonawców, na przygotowanie i złożenie ważnej oferty, w tym umożliwiało precyzyjne obliczenie ceny za jego realizację. Odwołujący zaznaczył, że formułując opis przedmiotu zamówienia Zamawiający powinien posługiwać się dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi określeniami oraz uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, mając na uwadze to, że perspektywą decydująca dla oceny czy wytyczne te zostały zachowane jest perspektywa wykonawcy. Również treść przyszłego stosunku zobowiązaniowego kreowanego przez Zamawiającego powinna być tak ukształtowana, aby realizacja zamówienia była możliwa, przy czym nieprawidłowe jest przerzucanie całego ryzyka gospodarczego na wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem Rozdziału 3: „Zakres robót" Tomu III dokumentacji Postępowania, tj. Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU") (strona 26 PFU) Zamawiający przewidział dwie formy rozliczania robót budowlanych:

1) pozycje ryczałtowe rozliczane w oparciu o Rozbicie Ceny Ofertowej (dalej: „RCO") i PFU oznaczone (R) w RCO jako komplet,

2) pozycje obmiarowe rozliczane w oparciu o RCO i PFU rozliczane na podstawie rzeczywistych obmiarów z podanymi jednostkami miar, na podstawie cen ofertowych, oznaczone w RCO jako (O).

Odwołujący podał, że postępowanie jest prowadzone w formule „projektuj i buduj", w związku z czym Zamawiający nie przekazał wykonawcom żadnej koncepcji czy projektu budowlanego, a jedynie PFU wraz z dodatkowym dokumentem, stanowiącym Załącznik nr 2 do PFU, tj. „Raportem z badań geotechnicznych dotyczących wstępnej oceny warunków gruntowo-wodnych toru nr 1 wykonanego na potrzeby realizacji zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 283 na odcinku od km 60+500 do km 104+000 (Zebrzydowa - Żagań)" (dalej: „Raport z badań geotechnicznych"). Jednocześnie, w ramach RCO, pozycja 2: Roboty budowlano-montażowe, podpozycja 2.1 W: Roboty podtorzowe, wiersz 2.1 W.1 (pozycja w PFU: 3.6.2), Zamawiający przewidział, że w ramach przedmiotu zamówienia należy wykonać wzmocnienie podtorza oraz ławy torowiska na odcinku 51,799 kmt, a pozycja ta będzie rozliczana obmiarowo. Raport z badań geotechnicznych zawiera wyniki badań podtorza i podłoża gruntowego, które zostały wykonane przez Zamawiającego, a w ramach Tabeli nr 2 - Charakterystyka podtorza odcinka będącego przedmiotem badań (strona 17 załącznika). Zamawiający przekazał ponadto informacje dotyczące występowania warstwy ochronnej i jej rodzaju, jak również proponowane zastosowanie warstwy ochronnej na

określonym rodzaju podtorza. Proponowane zastosowanie warstwy ochronnej zostało określone dla konkretnych odcinków podtorza - km linii kolejowej, jednak bez podawania szczegółowego rozwiązania, przykładowo grubości warstwy ochronnej. Podane przez Zamawiającego dane służą umożliwieniu wykonawcom potencjalnie zainteresowanym złożeniem oferty w Postępowaniu zaprojektowanie własnej propozycji wzmocnienia podtorza i oszacowanie jego kosztu.

Dalej Odwołujący wskazał, że w Rozdziale 3: „Zakres robót" PFU, 3.2.4: „Badania geotechniczne" (strona 29 PFU) Zamawiający podał: „Zamawiający udostępnia w załączeniu do PFU własne wyniki badań geotechnicznych. W celu prawidłowego zaprojektowania i wykonania drogi kolejowej Wykonawca uszczegółowi rozpoznanie podłoża gruntowego, a na odcinku ok. 12 km, na których Zamawiający nie wykonał badań w całości przeprowadzi je Wykonawca." W ramach doprecyzowania powyższego, Zamawiający w części 6: „zakres wykonanych prac" Raportu z badań geotechnicznych, pkt 6.1: „Raporty geotechniczne" (strona 9 Raportu) podał, że: „Wykonanie odwiertów na odcinkach: od km 77+700 do 84+400 oraz od 91+900 do 96+000 nie było możliwe ze względu na gęstą roślinność rosnącą na torze i w jego sąsiedztwie, brak możliwości dojazdu do linii kolejowej sprzętem wiertniczym, brak szyn, po których porusza się wiertnica mechaniczna. Na brakujących odcinkach należy wykonać odwierty w celu uzupełnienia rozpoznania terenowego i właściwego zaprojektowania podtorza." Ponadto, Zamawiający w części 8: „Wnioski" Raportu z badań geotechnicznych, pkt 13 (strona 16 Raportu) podał, że: „Na odcinkach od km 77+600 do km 84+400 oraz od km 91+900 do km 96+000 badania nie zostały wykonane ze względu na trudne warunki terenowe. Na tych odcinkach należy wykonać otwory badawcze w celu zagęszczenia siatki odwiertów i przeprowadzenia rozpoznania geologicznego, tak by możliwe było właściwe zaprojektowanie podtorza na przedmiotowym odcinku." Na podanych odcinkach, tj. od 77 do 84 km oraz od 91 do 96 km (łącznie ok. 12 km) nie zostały więc wykonane badania. Odcinek ten stanowi aż 23% całego odcinka, na którym należy wykonać wzmocnienie podtorza (a więc odcinka o długości 51,799 kmt).

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z postanowieniem Rozdziału 3: „Zakres robót"

PFU, 3.2.6: „Podtorze" (strona 50 PFU) Zamawiający opisał zakres robót w podtorzu

w następujący sposób: „Należy przewidzieć wykonanie robót w podtorzu zgodnie z wynikami badań podtorza i podłoża gruntowego wykonanymi przez Zamawiającego i uszczegółowionymi przez Wykonawcę. Na odcinku ok. 12 km, na których Zamawiający nie wykonał badań należy przewidzieć wzmocnienie podtorza na całej tej długości."

Podsumowując powyższe Odwołujący wskazał, że:

- w ramach przedmiotu zamówienia znajduje się wykonanie wzmocnienia podtorza oraz ławy torowiska na odcinku 51,799 kmt, a pozycja ta będzie rozliczana obmiarowo,

- w ramach dokumentacji Postępowania Zamawiający uwzględnił wyniki badań podtorza i podłoża gruntowego, z wyjątkiem 12-kilometrowego odcinka, na którym badania były niemożliwe do przeprowadzenia z uwagi na trudne warunki terenowe,

- wykonanie badań na tym odcinku nie jest w tej chwili w dalszym ciągu możliwe,

- odcinek ten stanowi 23% całego odcinka, na którym należy wzmocnić podtorze,

- badania na omawianym odcinku ma w całości przeprowadzić wykonawca,

- na 12-kilometrowym odcinku należy wykonać wzmocnienie podtorza na całej długości.

W związku z tym Odwołujący sformułował następujące wnioski:

- wykonanie badań geotechnicznych odcinka w trudnych warunkach terenowych stanowi w całości ryzyko wykonawcy,

- wykonawca nie ma świadomości, na czym w istocie polegają „trudne warunki terenowe",

ale przede wszystkim - jaki może być wynik badań, ponieważ te można wykonać dopiero na etapie realizacji robót budowlanych; tym samym przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób jednoznaczny, przejrzysty i kompletny (wyczerpujący), w związku z tym, że wykonawcy nie mają świadomości, z czego rzeczywiście składa się

omawiany odcinek, każdy z wykonawców może go opisać i oszacować realizację niezbędnych prac w różny sposób, na zasadzie uznaniowej,

- prowadzi to jednocześnie do wniosku, że nie będzie możliwe rzeczywiste porównanie złożonych ofert, ponieważ każda oferta będzie opierać się o inne przypuszczenia i przeszłe doświadczenia wykonawców, które ostatecznie (po wykonaniu badań) mogą okazać się błędne.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wymaga antycypowania przez wykonawców potencjalnych cech 12-kilometrowego odcinka podtorza wymagającego wzmocnienia w ramach przedmiotu zamówienia, w celu oszacowania faktycznej wartości robót, które muszą zostać na tym odcinku wykonane. W ramach tych czynności wykonawca musi również wziąć pod uwagę okoliczności i elementy, na które nie ma wpływu i nie może ich zbadać na etapie przygotowania i kalkulacji oferty, a dopiero na etapie realizacji robót budowlanych. Powyższe determinuje, że Zamawiający przenosi ryzyko związane z nieznanym zakresem koniecznych do wykonania prac i obowiązków na wykonawcę. Zgodnie z doświadczeniami Odwołującego, kwestie związane z wynikami badań geotechnicznych i ich konsekwencjami unaocznią się dopiero w trakcie realizacji, siłą rzeczy wykonawca nie może więc znać na etapie przygotowywania oferty konkretnego zakresu obowiązków wynikających z tychże okoliczności, wystąpienie których jest zresztą od niego całkowicie niezależne.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SWZ w jeden z alternatywnych sposobów:

Wariant 1:

Wykonanie i udostępnienie badań geotechnicznych na odcinku ok. 12 km, na których Zamawiający nie wykonał badań, i na których należy przewidzieć wzmocnienie podtorza na całej tej długości.

Wariant 2:

Modyfikacja treści pozycji 2: Roboty budowlano-montażowe, podpozycji 2.1 W: Roboty podtorzowe, wiersza 2.1 W.1 dokumentu „Rozbicie Ceny Ofertowej", w ten sposób, że zmniejszeniu ulegnie wartość 51,799 kmt dotycząca „wzmocnienia podtorza, ławy torowiska" o ok. 12 km, w stosunku do których nie zostały wykonane badania geotechniczne.

oraz

dodanie w RCO pozycji obmiarowych wraz z podaniem ilości odzwierciedlających tę koncepcję, np.: warstwa ochronna z niesortu - m3, stabilizacja chemiczna podłoża gr 20 cm - m2, wymiana gruntu - m3.

Proponowane rozwiązanie ma na celu umożliwienie wszystkim wykonawcom dokonanie wyceny z uwzględnieniem takich samych parametrów i założeń wyjściowych.

Wariant 3:

Modyfikacja treści pozycji 2: Roboty budowlano-montażowe, podpozycji 2.1 W: Roboty podtorzowe, wiersza 2.1 W.1 dokumentu „Rozbicie Ceny Ofertowej", w ten sposób, że zmniejszeniu ulegnie wartość 51,799 kmt dotycząca „wzmocnienia podtorza, ławy torowiska" o ok. 12 km, w stosunku do których nie zostały wykonane badania geotechniczne,

oraz

dodanie w RCO zryczałtowanej (ryczałt - 1 kpl.) pozycji dot. wzmocnienia podtorza na odcinku 12 km, na których Zamawiający nie wykonał badań, wraz z podaniem wartości dla tej pozycji.

Wartość ta będzie taka sama dla wszystkich oferentów i pozwoli na porównanie wszystkich złożonych ofert, będzie to swojego rodzaju „kwota warunkowa", której rzeczywiste rozliczenie będzie oparte o § 33 ust. 11 Tomu II: Warunki umowy (str. 60): „Kalkulacja Ceny, o której mowa w ust. 10 zostanie dokonana z uwzględnieniem cen czynników produkcji nie wyższych od średnich cen publikowanych w wydawnictwach branżowych (np. SEKOCENBUD, dla

województwa, w którym roboty są wykonywane), aktualnych w miesiącu poprzedzającym miesiąc, w którym kalkulacja jest sporządzana.”

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego skutecznie przystąpili wykonawcy: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Trakcja S.A. z siedzibą w Warszawie, ZUE S.A. z siedzibą w Krakowie. Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót 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” (pkt 2.1 IDW).

W rozdz. 3 PFU (Zakres robót) Zamawiający przewidział dwie formy rozliczania robót budowlanych:

1) pozycje ryczałtowe rozliczane w oparciu o RCO i Program Funkcjonalno-Użytkowy oznaczone (R) w RCO jako komplet;

2) pozycje obmiarowe rozliczane w oparciu o RCO i Program Funkcjonalno-Użytkowy rozliczane na podstawie rzeczywistych obmiarów z podanymi jednostkami miar, na podstawie cen ofertowych, oznaczone w RCO jako (O).

Stosownie do punktu 12.5 IDW, wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”).

Zgodnie z RCO (Tom IV SWZ), poz. 2 pkt 2.1., w ramach przedmiotu zamówienia należy wykonać wzmocnienie podtorza oraz ławy torowiska na odcinku 51,799 kmt. Roboty te będą rozliczane obmiarowo.

Zgodnie z punktem 3.2.4 PFU:

Badania geotechniczne należy przeprowadzić zgodnie z regulacją wewnętrzną Zamawiającego Igo-1 Wytyczne badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji linii kolejowej.

1. Zamawiający udostępnia w załączeniu do PFU własne wyniki badań geotechnicznych. W celu prawidłowego zaprojektowania i wykonania drogi kolejowej Wykonawca uszczegółowi rozpoznanie podłoża gruntowego, a na odcinku ok. 12 km, na których Zamawiający nie wykonał badań w całości przeprowadzi je Wykonawca.

2. Dla obiektów inżynieryjnych, przed przystąpieniem do prac projektowych, należy wykonać

badania geotechniczne umożliwiające określenie warstw geotechnicznych i parametrów gruntu z dokładnością odpowiadającą wymaganiom obliczeń nośności i stateczności budowli. Podłoże powinno być rozpoznane do głębokości strefy aktywnej.

W punkcie 3.2.6 PFU (Podtorze) Zamawiający podał: Należy przewidzieć wykonanie robót w podtorzu zgodnie z wynikami badań podtorza i podłoża gruntowego wykonanymi przez Zamawiającego i uszczegółowionymi przez Wykonawcę. Na odcinku ok. 12 km, na których Zamawiający nie wykonał badań należy przewidzieć wzmocnienie podtorza na całej tej długości.

Załącznikiem nr 2 do PFU jest „Raport z badań geotechnicznych dotyczących wstępnej oceny warunków gruntowo-wodnych toru nr 1 wykonanego na potrzeby realizacji zadania pn.: „Rewitalizacja linii kolejowej nr 283 na odcinku od km 60+500 do km 104+000 (Zebrzydowa - Żagań)".

Zgodnie z punktem 6.1 Raportu z badań geotechnicznych: Wykonanie odwiertów na odcinkach: od km 77+700 do 84+400 oraz od 91+900 do 96+000 nie było możliwe ze względu na gęstą roślinność rosnącą na torze i w jego sąsiedztwie, brak możliwości dojazdu do linii kolejowej sprzętem wiertniczym, brak szyn, po których porusza się wiertnica mechaniczna. Na brakujących odcinkach należy wykonać odwierty w celu uzupełnienia rozpoznania terenowego i właściwego zaprojektowania podtorza.

W części 8 pkt 13 ww. Raportu podano: Na odcinkach od km 77+600 do km 84+400 oraz od km 91+900 do km 96+000 badania nie zostały wykonane ze względu na trudne warunki terenowe. Na tych odcinkach należy wykonać otwory badawcze w celu zagęszczenia siatki odwiertów i przeprowadzenia rozpoznania geologicznego, tak by możliwe było właściwe zaprojektowanie podtorza na przedmiotowym odcinku.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy Pzp, w tym interpretowane w związku ze wskazanymi przez Odwołującego przepisami Kodeksu cywilnego (art. 5 i 353^1, art. 647 i 651).

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie nie było spójne z treścią odwołania i wykraczało poza sformułowane w odwołaniu podstawy faktyczne zarzutów. Istotą podniesionych w odwołaniu zarzutów było nieprzeprowadzenie przez Zamawiającego badań geotechnicznych na potrzeby wykonania wzmocnienia podtorza dla odcinka 12 km. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu przeniesienie na wykonawcę odpowiedzialności za wykonanie wzmocnienia podtorza na odcinku długości ok. 12 km przy rozliczaniu tej pozycji na podstawie obmiaru, podczas gdy na tym odcinku Zamawiający nie wykonał badań geotechnicznych, w związku z czym przedmiot zamówienia w tym zakresie nie został opisany w sposób jednoznaczny, przejrzysty i wyczerpujący, co skutkuje brakiem możliwości wyceny tego elementu przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji brakiem możliwości porównania złożonych ofert - co zaburza równowagę stron umowy i prowadzi do naruszenia praw Wykonawcy. Również uzasadnienie odwołania odnosi się do braku badań geotechnicznych i związanych z tym braków w opisie przedmiotu zamówienia, powodujących, że opis ten jest niewyczerpujący. W odwołaniu nie został zakwestionowany przyjęty przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny ofertowej i ustalenia wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie wzmocnienia podtorza na ww. odcinku. Mimo że w treści odwołania pojawiają się twierdzenia o obmiarowym charakterze rozliczeń, Odwołujący nie stwierdził, że przyjęty przez Zamawiającego sposób ustalenia wynagrodzenia i będącego jego podstawą zakresu robót kwestionuje oraz nie sprecyzował, jakie ma on wady i na czym one polegają. Z kolei podczas rozprawy Odwołujący twierdził, że problemem w tej sprawie nie jest brak badań geotechnicznych, ale

brak wiedzy wykonawcy, jak ukształtować cenę tak, aby odpowiadała faktycznemu

zakresowi prac, wskazywał również, że ustalenie obmiarowego rozliczenia tej pozycji w takiej formie, że oferowana i rozliczana jest cena za kilometr robót (kmt) nie daje możliwości ich rozliczenia stosownie do rzeczywistego nakładu robót w sytuacji, gdy zakres tych robót nie jest na etapie przygotowania oferty znany. Odwołujący podczas rozprawy nie kwestionował więc samego braku badań geotechnicznych, ale przyjęty przez Zamawiającego sposób rozliczeń w sytuacji niewykonania tych badań.

Dodatkowym potwierdzeniem tego, że istotą zarzutów odwołania był brak badań geotechnicznych, a nie przyjęty sposób rozliczenia robót na odcinków, dla którego tych badań nie wykonano, jest złożona przez Zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający podjął polemikę z twierdzeniami o niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, nie polemizował natomiast z zarzutami dotyczącymi opisanego w SWZ sposobu rozliczenia robót. Na podstawie treści odwołania Zamawiający nie mógł bowiem powziąć wiedzy, że Odwołujący kwestionuje sposób rozliczenia robót, co okazało się dopiero podczas rozprawy.

Oceny, że Odwołujący wykroczył poza zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu nie zmienia fakt, że we wnioskach odwołania (w dwóch z trzech wariantów) Odwołujący zgłosił żądanie zmiany sposobu obliczenia ceny dla spornego odcinka podtorza. Zakres zarzutów odwołania wyznaczają bowiem podane w odwołaniu okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Izba nie jest natomiast uprawniona, aby zakres ten uzupełniać, przez wnioskowanie o zakresie zarzutów z podniesionych przez Odwołującego żądań.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odwołanie zawiera wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Tak wyznaczony zakres odwołania nie może być zmieniany w toku postępowania odwoławczego.

W związku tym należy stwierdzić, że w rozpoznawanej sprawie ocenie Izby mogą podlegać zarzuty w takim zakresie, w jakim zostały sformułowane w odwołaniu, a więc zarzuty dotyczące niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w związku z niewykonaniem badań geotechnicznych i związanego z tym przerzucenia na wykonawcę ryzyka związanego z wykonaniem robót na odcinku, dla którego takich badań nie wykonano.

W ocenie Izby brak jest podstaw, aby zarzuty takie uznać za zasadne. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Zamawiającego przedstawione w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Przede wszystkim wskazać należy, że przedmiotem zamówienia jest nie tylko wykonanie robót budowlanych, ale również ich zaprojektowanie. Zgodnie z art. 34 ust. 3 pkt 3 lit. d ustawy Prawo budowlane projekt budowlany zawiera m.in. projekt techniczny obejmujący w zależności od potrzeb - dokumentację geologiczno-inżynierską lub geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych. Powyższe ma swoje odzwierciedlenie w przepisach wykonawczych. Zgodnie z § 23 pkt 2 i 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego część opisowa projektu technicznego obejmuje co najmniej:

2) w zależności od potrzeb - geotechniczne warunki i sposób posadowienia obiektu budowlanego, w formie dokumentacji badań podłoża gruntowego i projektu geotechnicznego, oraz sposób zabezpieczenia przed wpływami eksploatacji górniczej;

3) w zależności od potrzeb - dokumentację geologiczno-inżynierską. Ponadto, zgodnie z § 19 pkt 4 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, część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności: b) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeby posadowienia obiektów.

Powyższe oznacza, że co do zasady dokumentację geologiczną sporządza się w ramach prac projektowych, a więc prac, które w rozpoznawanej sprawie są elementem

przedmiotu zamówienia i należą do zadań wykonawcy. Zamawiający natomiast ma obowiązek przekazania wykonawcy informacji w tym zakresie, które są w jego posiadaniu, natomiast w sytuacji, gdy nie dysponuje badaniami geotechnicznymi, ma prawo je zlecić wykonawcy jako element prac projektowych.

Przekazanie przez Zamawiającego będącego w jego dyspozycji raportu z badań geotechnicznych oraz zlecenie tych badań w pozostałym zakresie do wykonania w ramach prac projektowych jest więc zgodne z powyższymi przepisami. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 856/19, wydanym w analogicznej sprawie, w którym Izba stwierdziła, że 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 ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby wykonawca legitymujący się odpowiednim doświadczeniem nie był w stanie należycie oszacować kosztów wykonania zamówienia, z uwzględnieniem ryzyka związanego z warunkami gruntowymi na odcinku, dla którego Zamawiający nie wykonał badań geotechnicznych. Złożona przez Odwołującego dokumentacja zdjęciowa może potwierdzać jedynie to, że na etapie składania oferty nie jest możliwe szczegółowe ustalenie warunków geotechnicznych, okolicznością przyznaną przez Odwołującego jest jednak to, że w przypadku uzyskania zamówienia wykonawca będzie w stanie wykonać odwierty i przeprowadzić badania w brakującym zakresie. Odwołujący nie uprawdopodobnił też, aby na spornym odcinku istniało duże ryzyko wystąpienia nadzwyczaj trudnych warunków geologicznych, a przedłożony na rozprawie wyciąg z raportu geotechnicznego, nawet jeśli potwierdza zróżnicowanie terenu, to nie dowodzi, aby warunki na spornym odcinku mogły być szczególnie trudne czy nietypowe. Zauważenia wymaga również, że w punkcie 4 załącznika nr 2 do PFU - Raport z badań geotechnicznych dotyczący wstępnej oceny warunków gruntowo-wodnych toru nr 1 wykonany na potrzeby realizacji zadania pn.: Rewitalizacja linii kolejowej nr 283 na odcinku od km 60+500 do km 104+000 (Zebrzydowa - Żagań), przedstawiony został zarys budowy geologicznej i warunków wodnych w rejonie inwestycji, co może być pomocne w orientacyjnym chociażby określeniu zakresu robót oraz oszacowaniu ryzyka. Dodatkowo Odwołujący nie wykazał, aby informacje dotyczące warunków geologicznych nie mogły być pozyskane z powszechnie dostępnych źródeł, jak chociażby - na co wskazał Zamawiający - dokumentacja archiwalna dostępna na stronie Państwowego Instytutu Geotechnicznego.

Podsumowując należy stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył przepisów prawa nie przekazując wykonawcom wyników badań geotechnicznych dla całej inwestycji i zobowiązując wykonawcę do uzupełnienia tych badań w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, aby nie było możliwe, z wykorzystaniem profesjonalnej wiedzy i doświadczenia, oszacowanie kosztów wykonania prac na spornym odcinku 12 km, z uwzględnieniem ryzyka związanego z warunkami geologicznymi.

Wobec powyższego odwołanie podlega oddaleniu.

W związku z tym, że - jak wyżej wskazano - kwestionowanie sposobu rozliczenia prac stanowiło przekroczenie granic zarzutów określonych w odwołaniu, kwestie z tym związane nie mogą wpłynąć na rozstrzygnięcie Izby. W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał, aby nie było możliwe ustalenie uśrednionej wartości prac za 1 kmt, pozwalającej pokryć ewentualne koszty wynikające z trudności związanych z warunkami geologicznymi na odcinku, dla którego Zamawiający nie wykonał badań geotechnicznych. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że istnieje realne ryzyko, aby zastane na tym odcinku warunki mogły być ponadprzeciętnie trudne, nie wykazał też, w jakim stopniu może to wpłynąć na wartość robót, które będą tam wykonane. Jakkolwiek kalkulacja oferty w sposób wskazany w żądaniach odwołania mogłaby być dla wykonawcy pewnym ułatwienie czy ograniczeniem ryzyka, to nie zostało nawet uprawdopodobnione, że sposób kalkulacji ustalony przez Zamawiającego nie pozwala na należytą wycenę prac.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574

i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: .....