sygn. akt: KIO 1764/22

WYROK

z dnia 18 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2022 r. przez wykonawcę Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Opolska 110; 31-323 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu, ul. Krakowska 28; 50-425 Wrocław,

przy udziale wykonawców:

a) Eurovia Polska S.A., Bielany Wrocławskie, ul. Irysowa 1; 55-040 Kobierzyce,
b) PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Opolska 110; 31-323 Kraków i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Opolska 110; 31-323 Kraków, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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: .....

sygn. akt: KIO 1764/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa obwodnicy m. Boguszów - Gorce, numer referencyjny zamówienia: NI.2720.63.2022”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 2022 r., pod nr 2022/S 119-334156.

Dnia 4 lipca 2022 roku, wykonawca Mota-Engil Central Europe S.A. (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentów zamówienia i treści ogłoszenia o zamówieniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 Pzp, art. 353^1 Kc i § 19 ust. 4 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentacji), wskutek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz niewyczerpujący, bez uwzględnienia podstawowych wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie ofert, jak również poprzez ukształtowanie treści przyszłej umowy w sposób naruszający właściwość (naturę) stosunku zobowiązaniowego i przerzucenie na wykonawcę w całości ryzyka napotkania niekorzystnych warunków geotechnicznych, a to poprzez określenie (punkt 1.2.3.1 PFU), że dokumentacja geologiczno-inżynierska przekazana w SWZ ma charakter niewiążący.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany treści SWZ poprzez wykreślenie z postanowienia 1.2.3.1 PFU frazy: „Geotechniczne warunki posadowienia obwodnicy Boguszowa w ramach inwestycji p.n.: „Poprawa bezpieczeństwa i przepustowości ruchu w ciągu Trasy Sudeckiej" poprzez budowę obwodnicy Boguszowa w Gminie Boguszów-Gorce" i przeniesienie jej do postanowienia 1.2.3.2 PFU.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zamierza ubiegać się o udzielnie zamówienia pn. „Budowa obwodnicy m. Boguszów-Gorce". Z uwagi na naruszenie przez zamawiającego przepisów prawa, skutkujące nieprawidłową konstrukcją SWZ i ogłoszenia o zamówieniu, odwołujący nie może określić potencjalnych ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia i oszacować ceny swojej oferty, a przez to faktycznie traci możliwość ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Ponadto, udzielenie zamówienia na podstawie obecnej treści SWZ i innych dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia doprowadzi do sytuacji, w której taka umowa będzie nieważna, jako naruszająca przepisy prawa i naturę (istotę) stosunku zobowiązaniowego umowy o roboty budowalne (art. 353^1 Kc a contrario w związku z art. 647 Kc), a która polega na tym, że wykonawca musi znać zakres swojego przyszłego świadczenia, bądź przynajmniej posiadać świadomość istnienia czynników mogących w przyszłości wytyczać zakres tego świadczenia. Naruszenie przez zamawiającego ww. przepisów prawa prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci utrudnienia mu, a faktycznie wykluczenia, dostępu do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Zatem interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku.

Odwołujący wskazał, iż obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie dokumentacji projektowej, a następnie wykonanie robót budowlanych, w oparciu o załączone do SWZ „Geotechniczne warunki posadowienia obwodnicy Boguszowa w ramach inwestycji p.n.: „Poprawa bezpieczeństwa i przepustowości ruchu w ciągu Trasy Sudeckiej" poprzez budowę obwodnicy Boguszowa w Gminie Boguszów-Gorce".

Zamawiający, w postanowieniu 1.2.3.1 PFU wskazuje, że ww. warunki geotechniczne mają charakter niewiążący, poglądowy, jedynie pomocny do określenia zakresu dokumentacji projektowej i robót. Oznacza to nic innego niż to, iż zamawiający nie przekazuje wykonawcom żadnych danych w tym zakresie. Narusza to w sposób oczywisty nakaz dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący z uwzględnieniem podstawowych wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie ofert (art. 99 ust. 1 Pzp). To co wynika bowiem z opisu warunków geofizycznych będzie miało istotny wpływ na kształt, rozmiar, charakter projektowanych, a następnie budowanych przez wykonawcę obiektów budowlanych. Treść tych informacji ma zatem niebagatelne znaczenie na poziom kosztów związanych z wykonaniem zamówienia; poziom, który będzie prawdopodobnie stanowił istotną część budżetu przyszłego kontraktu.

Powyższe zaniechanie zamawiającego należytego opisu przedmiotu zamówienia, w sposób umożliwiający wycenę oferty, narusza także art. 16 pkt 1 Pzp nakazujący prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W oparciu bowiem o opis przedmiotu zamówienia w aktualnym brzmieniu, z dużą dozą prawdopodobieństwa przewidzieć można, że poszczególni wykonawcy poczynią różne założenia co do tego jakie koszty wygenerują poszczególne rozwiązania dotyczące wzmocnień gruntu. Zatem zakres robót jaki mogą

w wyniku obecnego stanowiska zamawiającego zakładać oferenci może być znacząco różny. Złożone zostaną zatem oferty nieporównywalne. Brak zawarcia przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia danych, z których można by wywnioskować jakiego rodzaju rozwiązania projektowe należy zastosować, przy jednoczesnym przerzucenia ryzyka ich ponoszenia w całości na wykonawców, narusza też właściwość (naturę) umowy cywilnoprawnej (art. 353^1 Kc). Wykonawca nie może bowiem, sporządzając ofertę, określić jaki będzie przyszły zakres jego praw i obowiązków. Będzie to zależało jedynie od warunków jakie wykonawca napotka na placu budowy, a których przewidzieć obecnie nie może. Odwołujący po analizie charakteru terenu przyszłej inwestycji wskazuje na istotne ryzyko napotkania osuwisk i innych niespodziewanych elementów, a których istnienia jednak nie można zakładać bazując li tylko na udostępnionej dokumentacji. W tym kontekście kluczowe jest to, że zamawiający stara się wyłączyć swą odpowiedzialność za skutki dokumentacji, którą udostępnił. Skoro bowiem dokumentacja geotechniczna jest niewiążąca - czyli de facto nie istnieje dla potrzeb opisu przedmiotu zamówienia - zatem utrudnionym będzie wysuwanie do zamawiającego roszczenia wynikającego z istotnych rozbieżności między danymi wynikającymi z zawartego w niej opisu, a warunkami które w trakcie wykonywania zamówienia wykonawca napotka na placu budowy. Zamawiający, czyniąc treść opisu przedmiotu zamówienia wewnętrznie sprzeczną, wyłącza zastosowanie klauzuli 4.12 wzoru umowy, a która pozwala rozłożyć ryzyko związane z „Nieprzewidywalnymi warunkami fizycznymi" i zachować równowagę kontraktową.

Oprócz naruszenia przywołanych wyżej przepisów Pzp, zaniechanie zamawiającego łamie również § 19 ust. 4 lit. b rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Przepis ten nakazuje, dołączenie przez zamawiającego do programu funkcjonalno-użytkowego wyników badań geotechnicznych. Istnienie takiego obowiązku po stronie zamawiającego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17 grudnia 2017 r. (KIO 2547/17), stwierdzając, że: „Izba w niniejszym składzie nie zgadza się z prezentowanym przez Zamawiającego 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. Takie stanowisko jest 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".

Do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego - przystąpienia zgłosili

wykonawcy: Eurovia Polska S.A. oraz PORR S.A.

Przystępujący Eurovia złożył pismo procesowe, w którym popierając stanowisko odwołującego wskazał, iż zarzuty podniesione w niniejsze sprawie należy rozważyć przede wszystkim w kontekście czysto formalnego podejścia do dokumentacji postępowania. Zgodnie z art. 103 ust. 2 pzp, przedmiot zamówienia na realizację robót budowlanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj", opisuje się za pomocą Programu Funkcjonalno-Użytkowego. Szczegółowy zakres PFU został określony w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, wydanego w oparciu o art. 103 ust. 4 pzp (dalej jako: „rozporządzenie"). Wymagania co do treści PFU, ustawodawca określił w paragrafach od 16 do 19, przy czym dla niniejszej sprawy kluczowa jest wykładnia § 19 rozporządzenia.

Wymagania wobec PFU nie mogą być oderwane od zapisów § 15 rozporządzenia, który wskazuje na jego faktyczny cel oraz funkcję, tj.: „Program funkcjonalno-użytkowy służy do opisu przedmiotu zamówienia, ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty - szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych".

Oceniając cytowany zapis w kontekście art. 99 pzp, należy podnieść, że zamawiający powinien dochować szczególnej staranności tworząc dokument PFU, stanowiący podstawę dla określenia zakresu zamówienia, którego wykonawca ma zamiar się podjąć i dokonania jego profesjonalnej wyceny. Naruszenie powyższych norm w sposób oczywisty może

doprowadzić do wypaczenia wyniku postępowania, ponieważ wykonawcy nie dysponując potwierdzonymi danymi, mającymi charakter kluczowy dla rozpoczęcia prac projektowych, mogą podejść do oceny ryzyka kontraktowego w sposób znacząco różny, prowadzący do nieporównywalności ofert, jak też do nieprzydatności projektu dla dalszych robót budowlanych.

Przechodząc do szczegółowego omówienia przepisów znajdujących zastosowanie dla niniejszego przypadku, należy skupić się na podanym w podstawie zarzutu § 19 rozporządzenia. Przepis wskazuje wprost na treść części informacyjnej PFU. Ustawodawca posłużył się tam zwrotem: „Część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje: [...]'. Słowo „obejmuje", wskazuje, że elementy wymienione po dwukropku, stanowią obligatoryjną zawartość dokumentu PFU. Jeżeli ustawodawca pozostawiałby zamawiającemu w tym zakresie swobodę wyboru, posłużyłby się zapewne zwrotem „może obejmować", co oczywiście nie ma miejsca. Przyjmując, obowiązkowy charakter elementów wylistowanych w § 19 rozporządzenia, należy przyjąć, że jako do stanowiących element PFU, a tym samym Opisu Przedmiotu Zamówienia, zastosowanie znajdzie dla nich art. 99 pzp, co sprawia, że także treść tych dokumentów powinna być jednoznaczna, wyczerpująca, jak też dostarczać informacji, które będą decydowały o wycenie zamówienia. Przystępujący podnosi, iż badania geologiczne mają zasadnicze znaczenie dla prowadzenia prac projektowych, albowiem to od warunków gruntowych zależne są rozwiązania jakie przyjmie do swojej wyceny wykonawca. W zależności od sytuacji na terenie budowy, może pojawić się konieczność wprowadzenia różnego rodzaju wzmocnień, wykonania stabilizacji, wymiany gruntu, czy też podjęcia działań mających na celu niestandardowe odprowadzenie wód gruntowych. Co nie może ujść uwadze, każde z powyższych działań wymaga uprzedniej zmiany projektu, która w sytuacji spełnienia przesłanek z Ustawy Prawo budowlane, może stanowić zmianę istotną, która obliguje do zmiany decyzji ZRID. Oczywiście każda późniejsza modyfikacja technologii/rozwiązań przyjętych na etapie realizacji, wiąże się ze zwiększeniem kosztu wykonania inwestycji, który to - niemożliwy do skalkulowania - koszt może zostać „przerzucony" na wykonawcę, ponieważ, zgodnie z PFU, to on ponosi ryzyko wystąpienia odmiennych, niż w dokumentacji zamawiającego, warunków geologicznych.

Przystępujący pragnie również podnieść, że badania gruntowe, jako niezbędny element projektu architektoniczno-budowlanego, zostały również wykonane i zaaprobowane przez zamawiającego dla odcinka, dla którego zamawiający zdobył decyzję ZRID. Trudno w takim razie znaleźć uzasadnienie dla decyzji zamawiającego o akceptacji badań geologicznych dla jednego z odcinków realizacyjnych, przy jednoczesnej obawie o ich rzetelność dla kolejnego. Jeżeli badania zostały przeprowadzone zgodnie ze sztuką i powszechnie dostępnymi wytycznymi dla badań tego typu, zamawiający nie powinien unikać odpowiedzialności za ich treść.

Odnoszą się do kwestii wyceny ryzyka kontraktowego i obciążania pewnymi kwestiami wykonawcy, warto przybliżyć w tym miejscu wyrok Izby z dnia 3 października 2012 r. sygn. akt 2015/12, gdzie wskazano: „W granicach kosztów obciążających wykonawcę w związku z wykonaniem umowy powinny mieścić się koszty od wykonawcy zależne i wynikające z przyczyn od niego zależnych. Nie może natomiast obejmować cena kosztów, które nie mieszczą w granicach opisu przedmiotu zamówienia, a powstały w toku realizacji robót budowlanych i wynikają z konieczności udzielenia zamówień dodatkowych lub uzupełniających".

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi

przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Przyjmując ustalony w sprawie stan faktyczny, zdaniem Izby brak jest podstaw do twierdzenia odwołującego, iż skarżony zakres dokumentacji postępowania uniemożliwia dokonanie prawidłowej wyceny oferty, dalej powodować może nieporównywalność złożonych ofert. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia fakt, iż przedmiotowa inwestycja jest prowadzona w systemie zaprojektuj i wybuduj, co ma rozstrzygające znaczenie dla oceny zarzutów odwołania. Formuła, jaką przyjął zamawiający niejako wymusza na wykonawcach zmobilizowanie maksymalnego zaangażowania w realizację zadania wywołaną koniecznością zdiagnozowania i zidentyfikowania ryzyk, ich zminimalizowania, w celu prawidłowego wykonania zadania inwestycyjnego. Odwołujący jako profesjonalista, posiadający odpowiednie doświadczenie oraz potencjał kadrowy, przy dołożeniu maksymalnej staranności, jest w stanie ustalić wszystkie te elementy, które mają wpływ na wycenę oferty. Dokumentacja geologiczna, którą zamawiający załączył do dokumentacji postępowania, mimo, że niewiążąca to jednak daje wykonawcom pewien zakres wiedzy umożliwiający, czy wręcz ułatwiający zdiagnozowanie możliwych do wystąpienia ryzyk. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, iż projektant przystępujący do wykonania zakresu swoich prac, poza dokumentacją przekazaną przez zamawiającego ma obowiązek zaznajomić się z innymi dokumentami i opracowaniami dotyczącymi danej inwestycji i ustalić w sposób maksymalnie dokładny, jakie prace i przy wykorzystaniu jakiej technologii, będą niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Tożsama sytuacja dotyczy wszystkich wykonawców, którzy zamierzają przystąpić do przedmiotowego zamówienia. Oznacza to, że na obecnym etapie postępowania, każdy z wykonawców posiada taką samą wiedzę o zadaniu i warunkach jego realizowania, ale w oparciu o własne doświadczenie i profesjonalizm jest w stanie wypracować własne rozwiązania ustalone w oparciu o szeroko posiadaną znajomość przedmiotu rzeczy. Okoliczność, iż każdy z wykonawców może zinterpretować niektóre elementy w sposób odmienny wywołany jest właśnie przez formułę realizacji zamówienia, którą przyjął zamawiający, a ceny ofert muszą się różnić właśnie z tego względu.

Zdaniem Izby, z toku prowadzonej rozprawy wynika, że odwołujący potrafi prawidłowo zidentyfikować ryzyka, jakie mogą wystąpić przy realizacji tego zadania, a co za tym idzie potrafi również je prawidłowo wycenić.

Nie bez znaczenia jest również oświadczenie zamawiającego złożone podczas rozprawy, iż w przypadku, gdy wystąpią (na kontrakcie) okoliczności wcześniej nieznane, niezidentyfikowane, to wykonawcy będzie przysługiwało roszczenie o wynagrodzenie za dodatkowe prace, na podstawie subklauzuli 4.12 wzoru umowy. Przyjmując zatem, że profesjonalny wykonawca jest w stanie ustalić wszelkie ryzyka, w oparciu o posiadaną dokumentację (nie tylko tę przekazaną przez zamawiającego), to w przypadku wystąpienia okoliczności niewynikających z tej dokumentacji będzie miał prawo do wystąpienia do zamawiającego w ww. trybie o dodatkowe wynagrodzenie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....