Sygn. akt KIO 508/23

WYROK

z dnia 10 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Członkowie: Katarzyna Odrzywolska

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2023 r. przez Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym

przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski

przy udziale wykonawcy Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy Fonon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów związanych z żądaniami oznaczonymi w pkt IV ppkt 1, 3, 4, 5, 6, 7 i 11 odwołania.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) 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: …….

Członkowie: …….

Sygn. akt KIO 508/23

U z a s a d n i e n i e

PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna, w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn. „Zwiększenie zdolności przepustowej linii kolejowej nr 140 na odc. Katowice Ligota-Orzesze Jaśkowice Poprzez Budowę Drugiego Toru I Dodatkowych Przystanków Osobowych” realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 lutego 2023 r. pod numerem 2023/S 032-092969.

W dniu 24 lutego 2023 r. Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp oraz art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5 i art. 353^1 Kodeksu cywilnego przez zaniechanie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie kompletnej i ważnej oferty spełniającej w całości oczekiwania i wymagania Zamawiającego oraz narzucenie na wykonawcę obowiązków sprzecznych z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;

2. art. 353^1 w zw. z art. 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp przez wykorzystanie pozycji dominującej Zamawiającego jako organizatora przetargu i wbrew obowiązkom ustawowym oraz wbrew zasadom współżycia społecznego, w sposób stanowiący co najmniej nadużycie prawa, ukształtowanie postanowień warunków realizacji zamówienia w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy, a także nieprecyzyjny i niejednoznaczny oraz nadmiernie obciążający wykonawcę w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Odwołującego: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Fonon Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

Zamawiający pismem z dnia 7 marca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, uwzględniając odwołanie w części, w zakresie zarzutów związanych z żądaniami wskazanymi w pkt IV ppkt 1, 3, 4, 6 oraz 7 w części odwołania oraz wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego w części dotyczącej uwzględnionych żądań, a także wnosząc o oddalenie zarzutów odwołania w pozostałym zakresie.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż cofa zarzuty związane z żądaniami wskazanymi w pkt IV ppkt 5, 7 w pozostałej części oraz 11 odwołania.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 marca 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutów związanych z żądaniami wskazanymi w pkt IV ppkt 1, 3, 4, 6 oraz 7 w części odwołania podlega umorzeniu, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego wyżej wskazanych zarzutów.

Następnie, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutów związanych z żądaniami wskazanymi w pkt IV ppkt 5, 7 w pozostałej części oraz 11 odwołania podlega umorzeniu, wobec wycofania na posiedzeniu przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie zasługiwało na oddalenie.

W ocenie Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zasadnym jest przedstawienie uwag natury ogólnej. Należy wskazać, że rolą środków ochrony prawnej nie jest minimalizowanie wszelkich ryzyk istniejących po stronie wykonawców czy doprowadzenie do udogodnienia, czy ułatwienia im realizacji zamówienia. Odwołanie służy konwalidacji sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom podczas ubiegania się o zamówienie publiczne. Zgodnie bowiem z art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej,

dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Ponadto, Izba wskazuje na niezasadność przywoływania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jako podstawy prawnej art. 5 kodeksu cywilnego. Izba podziela pogląd prezentowany w wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 935/21, gdzie wskazano, że Niespornym zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie w zakresie prawa cywilnego jest fakt, że przepis ten w gałęzi prawa cywilnego jest przepisem wyjątkowym i szczególnym, a tym samym winien być przywoływany przez strony tylko w wyjątkowych okolicznościach. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jawi

się jaka okoliczność szczególna, gdzie przepis art. 5 kc powinien znaleźć zastosowanie. Na poparcie tego stanowiska Izby zasadnym jest przywołanie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt II CSK 236/16 w którym Sąd wskazał, że norma zawarta w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu wyjątkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłoby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współżycia społecznego. Zasady współżycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współżycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współżycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zdaniem Izby taki charakter klauzul generalnych zawartych w rozważanym przepisie nakazuje ostrożne korzystanie z instytucji nadużycia prawa podmiotowego, a w szczególności jako podstawy prawnej dla uwzględnienia odwołania.

Dalej, Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym zarzuty Odwołującego nie ograniczają uprawnień stron. Skoro zatem każdy z potencjalnych wykonawców, miałby realizować zamówienie w oparciu o znane mu na etapie ogłoszenia o zamówieniu postanowienia, to brak jest podstaw do twierdzenia, że niemożliwe jest rzetelne przygotowanie i wycenienie oferty. Zdaniem Izby, oferty przygotowane przez wykonawców i złożone Zamawiającemu, będą możliwe do porównania, gdyż bazować będą w oparciu o identyczne informacje uzyskane od Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwe prawidłowe przygotowanie i oszacowanie oferty w kontekście postawionych zarzutów.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest - w zakresie podstawowym (Faza I) opracowanie dokumentacji projektowej w ramach projektu pn. Zwiększenie zdolności przepustowej linii kolejowej nr 140 na odc. Katowice Ligota – Orzesze Jaśkowice poprzez budowę drugiego toru i dodatkowych przystanków osobowych; – w zakresie Prawa Opcji (Faza II) pełnienie nadzoru autorskiego w trakcie trwania i odbioru robót budowlanych.

Zgodnie z częścią 4.4.2 Tomu III specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", ZAPISY PKT 4.4.2 MAJĄ ZASTOSOWANIE PO SKORZYSTANIU PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO Z PRAWA OPCJI

Wykonawca zapewni nadzór autorski na czas trwania i odbioru robót budowlanych (od przekazania wykonawcy robót placu budowy do czasu dokonania ostatniego Odbioru końcowego) objętych opracowaną dokumentacją projektową dla przedmiotowego zadania. Przewiduje się, że rozpoczęcie umowy na roboty budowlane nastąpi w 2026 roku a jej zakończenie planowane jest na 2028 roku. Obowiązki te mają być wykonywane zgodnie z Prawem budowlanym oraz w zakresie opisanym w niniejszym OPZ.

Wykonawca na żądanie Zamawiającego w trakcie realizowania w/w zadań inwestycyjnych będzie pełnił nadzór autorski zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz w zakresie (…):

> 6) Opracowania dokumentacji projektowej zamiennej (z wyłączeniem branży srk i teletechniki) w przypadku zaistnienia zmian istotnych w rozumieniu Prawa budowlanego obejmującego, m.in. następujący zakres: uzyskanie aktualnych podkładów geodezyjnych niezbędnych do opracowania dokumentacji projektowej, projekt budowlany opracowany zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r., w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (Dz. U. z 2020, poz. 1609), projekt wykonawczy opracowany zgodnie z Rozporządzeniem 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 (Dz. U. z 2004 r. nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), projekty wszystkich koniecznych branż, przedmiar robót opracowany zgodnie z Rozporządzeniem 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 (Dz. U. z 2004 nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), sporządzenie informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ), kosztorys inwestorski wykonany zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. z podziałem na branże i etapy wynikające z dokumentacji projektowej, uzyskanie wszystkich niezbędnych dokumentów potwierdzających zgodę na realizacje robót zgodnie z Prawem budowlanym tj. pozwolenie na budowę/zgłoszenie robót lub pozwolenia zamiennego, a także wszelkich innych wymaganych przepisami prawa uzgodnień;
>
> 7) Opracowywania dokumentacji zamiennych (rysunek i opis), które nie stanowią istotnego odstępstwa od zatwierdzonego projektu lub innych dodatkowych opracowań niezbędnych dla realizacji Projektu.

Odwołujący podnosił, że postanowienia pkt 6 i 7 części 4.4.2 opisu przedmiotu zamówienia, dalej „OPZ", przyznają

Zamawiającemu możliwość dowolnego żądania od projektanta sporządzenia dokumentacji projektowej zamiennej. Zamawiający nałożył,

zdaniem Odwołującego, na autora dokumentacji obowiązki, które nie wynikają z przepisów obowiązującego prawa. W takiej sytuacji postanowienia pkt 6 i 7 części 4.4.2 OPZ w opisanym kontekście nie mogą pozostać w mocy i kształtować obowiązków wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Według Odwołującego, wbrew art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie nie jest jednoznaczny, gdyż wprowadza element niepewności wykonawców co do oczekiwań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia i ich zgodności z przepisami Prawa budowlanego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Tomu III SWZ poprzez wskazanie w pkt 6 i 7 części 4.4.2, że warunkiem dla żądania opracowania dokumentacji projektowej zamiennej przez wykonawcę będzie obiektywna niemożliwość zrealizowania dokumentacji pierwotnej.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba stwierdza, że zarzuty na treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia należy rozpatrywać przez pryzmat sformułowanych żądań. Wykonawca, który kwestionuje w ramach środków ochrony prawnej treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia winien w sposób precyzyjny i staranny określić swoje żądania, bowiem ocena zarzutów podniesionych w ramach odwołania dokonywana jest z uwzględnieniem żądań wykonawcy co do nowych postanowień specyfikacji warunków zamówienia.

Podkreślić należy, że to obowiązkiem wykonawcy, a nie rolą Izby, jest precyzowanie żądań, które uczynią zadość jego interesom w przypadku uwzględnienia odwołania, a jednocześnie prowadzić będą do eliminacji stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Co więcej, podniesione żądania winny być na tyle precyzyjne, aby można było w wyroku - w przypadku uznania ich zasadności nakazać Zamawiającemu dokonanie konkretnej zmiany treści SWZ. W przypadku odwołań wobec treści warunków zamówienia skonkretyzowanie żądań odwołania ma znaczenie zasadnicze, nie mniejsze niż skonkretyzowanie zarzutów odwołania, ocena zasadności zarzutu następuje bowiem przez pryzmat skorelowanych z nim żądań. W przedmiotowym przypadku konkretne żądania nie zostały precyzyjnie sformułowane.

W niniejszym stanie faktycznym, Izba przychyliła się do argumentacji Zamawiającego, że ustalony katalog przesłanek (potrzeb), przy których wystąpieniu wymagane będzie opracowanie dokumentacji zamiennej, ma charakter zamknięty. Natomiast proponowane przez Odwołującego wprowadzenie dodatkowego warunku w postaci „stwierdzenia obiektywnej niemożliwości zrealizowania dokumentacji pierwotnej" prowadziłoby do powstania wątpliwości wobec braku wskazania kto miałby ową „obiektywną niemożliwość" stwierdzać, na jakiej podstawie miałaby ona zostać stwierdzona oraz czy może być to

przeszkoda techniczna lub prawna, polegająca na braku możliwości przeprowadzenia robót. Nadto, Izba uznała, że uwzględnienie żądania Odwołującego doprowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający de facto nigdy nie mógłby zlecić opracowania dokumentacji zamiennej.

Dodatkowo, jak słusznie zauważył Zamawiający, ewentualna wadliwość pierwotnej dokumentacji podlega pod zasady rękojmi, a nie nadzoru autorskiego. Wadliwość dokumentacji, która powoduje niemożność realizacji robót budowlanych w oparciu o tę dokumentację stanowi odpowiedzialność wykonawcy, a sposób postępowania dla takiego przypadku określają postanowienia § 13 „Rękojmia i gwarancja" Warunków Umowy.

W związku z powyższym Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny.

Odwołujący podnosił również, że ustalając obowiązek wykonawcy polegający na konieczności wykonania mapy do celów projektowych Zamawiający nie zawarł w SWZ całości niezbędnych informacji umożliwiających wykonawcy wykonania tych usług, a wcześniej umożliwiających sporządzenia oferty i skalkulowania ceny za wykonanie zamówienia w tym zakresie w sposób gwarantujący porównywalność ofert. Odwołujący zauważał, że Zamawiający nie wskazał szacowanego kosztu mapy, nie dokonał również we własnym zakresie ustalenia powierzchni (w hektarach), która wymaga sporządzenia map sytuacyjno-wysokościowych do celów projektowych. W ocenie Odwołującego zawarcie w SWZ takich informacji jest niezbędne, aby wykonawcy mogli uwzględnić na etapie kalkulacji ceny oferty wszystkie obowiązki związane z wykonania map do celów projektowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Tomu III SWZ - OPZ pkt 4.3.6 poprzez jego uzupełnienie o informacje dotyczące powierzchni (ilości hektarów). które wymagają sporządzenia mapy sytuacyjno-wysokościowej do celów projektowych.

Izba ustaliła, że zgodnie z częścią 4.3.6 pkt 1 lit a) Tomu III SWZ - OPZ Wykonawca zobowiązany jest do opracowania geodezyjnej dokumentacji do celów projektowych, w tym map sytuacyjno-wysokościowych do celów projektowych. Izba ustaliła też, że obszar projektowanej linii kolejowej (punkt początkowy opracowania i punkt końcowy, a także jej przebieg) został określony w WSPP, tj. w Wyciągu ze Wstępnego Studium Planistyczno-Prognostycznego. Odwołujący nie podnosił natomiast, że parametry projektowanej infrastruktury kolejowej określające np. wymaganą szerokość międzytorza, rozstaw torów, odległości słupów trakcyjnych oraz pozostałej kolejowej infrastruktury towarzyszącej od projektowanego toru nie pozwalają na wskazanie konkretnej powierzchni terenu, który objęty będzie projektowanymi robotami.

Dlatego też Izba uznała, oddalając powyższy zarzut, że zmiana części 4.3.6 OPZ objęta żądaniem Odwołującego nie jest konieczna dla umożliwienia wykonawcy

skalkulowania ceny oferty, a tym bardziej nie jest konieczna dla zapewnienia porównywalności złożonych w

postępowaniu ofert. Ponadto, samo wskazanie, że dane zagadnienie nie zostało przez Zamawiającego opisane w OPZ w aż tak szczegółowym stopniu, w jakim życzyłby sobie tego Odwołujący, nie wykazuje, że opis przedmiotu zamówienia sporządzono w sposób niejednoznaczny czy niewyczerpujący lub bez uwzględnienia wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący podnosił również, że prawidłowe ukształtowanie procesu realizacji prac projektowych w powyższym zakresie powinno zakładać, że po wykonaniu przez wykonawcę programu badań podłoża gruntowego oraz projektu robót geologicznych, o których mowa w części 4.3.9 pkt 2 Tomu III SWZ - OPZ, Zamawiający powinien być zobowiązany do uzyskania zgód osób trzecich na wejście pracowników wykonawcy na teren ich nieruchomości. To na Zamawiającym powinien ciążyć obowiązek przygotowania całego terenu inwestycji do wejścia wykonawcy i umożliwienie mu podjęcia wymaganych czynności. Zdaniem Odwołującego, wykonawca nie powinien ponosić kosztów związanych ze zgodami na wejście na teren należący do osób trzecich, jak również kosztów związanych z pozyskiwaniem zgód na zamknięcia torowe. Nałożenie na wykonawcę powyższych obowiązków i kosztów stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji części 4.3.9 Tomu III SWZ OPZ poprzez dodanie postanowień stanowiących, że po wykonaniu przez wykonawcę programu badań podłoża gruntowego oraz projektu robót geologicznych, o których mowa w części 4.3.9 pkt 2 Tomu III SWZ - OPZ, Zamawiający będzie zobowiązany do uzyskania zgód osób trzecich na wejście pracowników wykonawcy lub podwykonawcy na teren ich nieruchomości, a także postanowień stanowiących, że koszty związane z uzyskaniem powyższych zgód, jak również zgód na zamknięcia torowe będą ponoszone przez Zamawiającego oraz wykreślenie postanowienia stanowiącego, że wykonawca dopełni formalności związanych z uzyskaniem zgody na wejście w teren PKP PLK S.A. (części 4.3.9 pkt 3 Tomu III SWZ - OPZ).

Izba ustaliła, że zgodnie z częścią 2.2 pkt 2 Tomu III SWZ- OPZ, głównym rezultatem Zamówienia ma być m.in. uzyskanie projektów budowlanych wraz z dokumentacją geotechniczną i geologiczno-inżynierską. Stosownie do pkt 4.3.7 Tomu III SWZ – OPZ Wykonawca we własnym zakresie przygotuje, uzgodni z Zamawiającym i wystąpi do właściwych instytucji (zewnętrznych) z odpowiednimi wnioskami, w celu zawarcia porozumień, uzyskania zgód, uzgodnień, opinii i decyzji oraz warunków technicznych i realizacyjnych, np. decyzji/zezwoleń na usunięcie drzew i krzewów, zgód wodnoprawnych, decyzji związanych z przyłączeniem obiektów do istniejącej infrastruktury lub przebudowy, a także w związku z przebudową sieci, obiektów, usuwania kolizji, itp. Wszelkie koszty z tym

związane Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w cenie ofertowej. Wykonawca uzyska uzgodnienia, w szczególności z zarządcami dróg, właścicielami działek, gestorami sieci, użytkownikami, zobowiązujące do nieodpłatnego przejęcia w utrzymanie nowopowstałej lub przebudowywanej infrastruktury z wyłączeniem infrastruktury kolejowej.

Jak stanowi część 4.3.9 Tomu III SWZ – OPZ w ramach dokumentacji projektowej wykonawca zobowiązany jest do opracowania dokumentacji badań podłoża gruntowego i geologiczno-inżynierskiej, zgodnie z części 4.3.9 Tomu III SWZ - OPZ. Obowiązkiem wykonawcy jest również przeprowadzenie geologicznych prac badawczych. Zgodnie z OPZ, rozwiązania geotechniczne dla podtorza, wykopów i nasypów oraz wszystkich projektowanych obiektów, w szczególności obiektów inżynieryjnych muszą zostać ustalone na podstawie wyników badań podłoża gruntowego wykonanych w zakresie niezbędnym do prawidłowego zaprojektowania obiektu. Wykonawca zobowiązany jest do przeprowadzenia m. in. wierceń badawczych, sondowań geotechnicznych, wykonania map dokumentacyjnych z zaznaczoną lokalizacją przeprowadzonych, badań laboratoryjnych, przekopów kontrolnych/ odkrywek tłucznia w torze. Wykonawca dopełni formalności związanych z uzyskaniem zgody na wejście w teren PKP PLK S.A. Zgoda jest wymagana również dla osób wykonujących pracę na rzecz Wykonawcy jak również Podwykonawcy realizującego wykonywane prace na podstawie umowy o pracę lub w oparciu o inną formę prawną.

Z ww. postanowień OPZ wynika, że po pierwsze obowiązkiem wykonawcy będzie uzyskanie zgody właścicieli gruntów na wejście na ich teren w celu przeprowadzenia badań. Po drugie, wszelkie koszty z tym związane wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w cenie ofertowej. Po trzecie, na wykonawcę nałożony został obowiązek uzyskiwania zamknięć torowych przez właściwe jednostki PKP oraz to wykonawca dopełni formalności związanych z uzyskaniem zgody na wejście w teren PKP PLK S.A.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie wykazał, że ponoszenie kosztów związanych ze zgodami na wejście na teren należący do osób trzecich, jak i kosztów związanych z pozyskiwaniem zgód na zamknięcia torowe stanowi wyraz wykorzystania pozycji dominującej Zamawiającego i wprowadza niepewność w kwestii opisu przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że skalkulowanie tych kosztów mieści się w granicach ryzyka wykonawcy i nie narusza art. 99 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący nie kwestionuje postanowień OPZ co do zasady, wnosi jedynie o zmianę wysokości ryzyka. Oznacza to, że dla samego

Odwołującego postanowienie tego rodzaju nie jest niezrozumiałe, a zatem nie stanowi naruszenia przepisów ustawy. Całość argumentacji mającej wskazywać na naruszenie przepisów ustawy Pzp sprowadzała się w zasadzie do stwierdzenia, iż postępowanie Zamawiającego stanowi nieuzasadniony formalizm, który wydłuża realizację zamówienia i komplikuje prowadzenie właściwych prac.

Odwołujący podnosił również, że Tom III SWZ - OPZ w części 4.3.9 przewiduje znaczny zakres obowiązków wiążących

się z opracowaniem dokumentacji badań podłoża gruntowego i geologiczno-inżynierskiej. Z dokumentacji postępowania wynika ryczałtowe, jednorazowe rozliczenie za wykonanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej. Zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo - Finansowym (HRF), stanowiącym załącznik nr 3 do OPZ, odbiór dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej ma nastąpić 250 dni od wykonania etapu 1.2, tj. od odbioru koncepcji programowo-przestrzennej. Wartość wynagrodzenia może stanowić 10% wartości umowy. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien określić rozliczenie za wykonywane prace geologiczne z wykorzystaniem Tabeli Elementów Rozliczeniowych, bowiem przyjęcie rozliczenia za prace geologiczne w postaci wynagrodzenia ryczałtowego stanowi nieuzasadnione uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego, gdyż ustala model rozliczenia korzystny wyłącznie dla Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji Tomu III SWZ - OPZ poprzez dodanie do części 9 „Załączniki", załącznika nr 7 - Tabela Elementów Rozliczeniowych.

Istota powyższego żądania sprowadza się do zastąpienia rozliczenia ryczałtowego za wykonanie dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej rozliczeniem obmiarowym.

Zamawiający podnosił, że ilość badań oraz zakres prac geologicznych i geotechnicznych na etapie dokumentacji projektowej określają „Wytyczne badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1" w „§9. Etap projektu budowlanego modernizacji eksploatacji linii kolejowych lub budowy nowych odcinków linii kolejowych", „§10. Etap projektu wykonawczego modernizacji eksploatowanych linii kolejowych lub budowy nowych odcinków linii kolejowych" oraz „ §16. Projektowanie punktów dokumentacyjnych" w tym tab. 4-2. Zamawiający wyjaśnił, że na ich podstawie wykonawca zobowiązany jest przyjąć szacunkową ilość planowanych badań, uwzględniając przy tym dokumentację archiwalną oraz wiedzę o potencjalnie skomplikowanych warunkach gruntowych na przedmiotowym zadaniu.

Oddalając odwołanie w tej części zarzutów Izba uznała, iż zmiana rozliczenia prac w zakresie dokumentacji projektowej nie miała znaczenia dla ustalenia samego zakresu tych prac, tym bardziej, że wykonawcy dysponują wytycznymi IGO-1. Argumentacja Odwołującego nie potwierdza sprzeczności postanowień SWZ z obowiązującymi przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego czy też rzekomego wykorzystania pozycji dominującej przez Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił konstruktywnego uzasadnienia, dlaczego sposób opisania wymagań zawartych w OPZ czyni złożenie oferty niemożliwym czy obarczonym ryzykiem. Izba podziela w tym zakresie pogląd wyrażony w wyroku z dnia 24 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1097/21, gdzie wskazano, że Propozycja Odwołującego może sprzyjać większej przejrzystości kalkulacji ofert, jednak nie zmienia opisu przedmiotu zamówienia. Ewentualne wątpliwości co do kalkulacji tego elementu prac w ofertach mogą być przedmiotem wyjaśnień w toku badania ofert.

Dodatkowo, Izba zwraca uwagę, że Odwołujący nawet nie zaproponował jakie konkretnie elementy w odniesieniu do wykonania dokumentacji geotechnicznej i geologiczno-inżynierskiej miałyby się znaleźć w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W odwołaniach dotyczących treści SWZ żądania odwołania stanowią dopełnienie zarzutów, bowiem w tych granicach, dopełnionych stawianym żądaniem rozpoznawane są podnoszone zarzuty. Dlatego też skład orzekający uznał powyższy zarzut za niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: …….