Sygn. akt: KIO 18/23
KIO 19/23
KIO 20/23

WYROK
z dnia 20 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka
Członkowie: Luiza Łamejko
Izabela Niedziałek - Bujak
Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2023 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 stycznia 2023 r. przez Odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa (ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi:

- **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (Aleja Warszawska 89, 10-083 Olsztyn)** (odwołania o sygn. akt KIO 18/23, 19/23)

- **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów)** (odwołanie o sygn. akt KIO 20/23)

przy udziale:

A. Wykonawcy **NDI S.A. (ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 18/23 i KIO 19/23 po stronie Odwołującego

B. Wykonawcy **PORR S.A. (ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 18/23 i KIO 19/23 po stronie Odwołującego

C. Wykonawcy **TPF Sp. z o.o. (ul. Postępu 14B, 02-676 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 20/23 po stronie Odwołującego

D. Wykonawcy **Związek Ogólnopolski Projektantów i Inżynierów (ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 20/23 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie:

   - zarzutu dotyczącego braku zamieszczenia w PFU analizy oraz prognozy ruchu drogowego i wskazania w treści pkt. 1.2 PFU, iż analiza i prognoza ruchu zostanie przekazana przez Zamawiającego nie później niż po podpisaniu umowy w sprawie określenia zamówienia publicznego (opisanego w odwołaniach o sygn. akt KIO 18/23, 19/23),

   - zarzutu dotyczącego braku jednoznacznego określenia zakresu remontu nawierzchni istniejących dróg, przy jednoczesnym wskazaniu, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania w ramach tego remontu warstwy wiążącej oraz wyrównawczej dla odcinków dróg istniejących niewskazanych wprost w PFU (opisanego w odwołaniu o sygn. akt KIO 18/23),

2. uwzględnia wszystkie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego postanowienia zawartego w punkcie 1.2 PFU i nakazuje Zamawiającemu usunięcie postanowienia pkt 1.2 PFU w brzmieniu:„Odpowiedzialność Zamawiającego za ww. wyniki badań będzie ograniczona do głębokości przeprowadzonych badań oraz pomiarów z uwzględnieniem ich charakteru. Jeżeli Wykonawca, w swojej dokumentacji projektowej dokona zmian niwelety w stosunku do niwelety, dla której wykonano rozpoznanie w ww. dokumentach przekazywanych przez Zamawiającego wraz z PFU i jeżeli w wyniku takiej zmiany niwelety zajdzie konieczność wykonania robót związanych ze wzmocnieniem podłoża, posadowieniem obiektów lub innych, których Wykonawca nie musiałby wykonywać, gdyby nie wprowadzano zmian niwelety, to koszty i ryzyka wynikające wykonania tych robót będą po stronie Wykonawcy. Wykonawca uwzględni wszelkie koszty związane z wykonaniem badań oraz realizacją robót wg własnego rozwiązania projektowego w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie."

3. oddala wszystkie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego wskazania zakresu zmiany powierzchni ekranów akustycznych w punkcie 1.1.3.6 PFU (tj. dotyczącego adnotacji, że„Zmiany ilości zabezpieczeń akustycznych podanych w Tabeli nr 1.3 kolumna 3, tj. powierzchni albo objętości całkowitej poszczególnych rodzajów zabezpieczenia do ±20% zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej")

4. kosztami postępowania obciąża:

- Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (Aleja Warszawska**

89, 10-083 Olsztyn) - w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 18/23 w wysokości 1/2, w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 19/23 w wysokości 1/2,

- Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów)** w zakresie odwołania o sygn. akt KIO 20/23 w wysokości 1/2,

- Odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa (ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa)** w wysokości ½ w zakresie każdego z odwołań (sygn. akt KIO 18/23, 19/23, 20/23) i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa (ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa)** tytułem łącznej wartości wpisów od trzech odwołań o sygnaturach akt KIO 18/23, 19/23, 20/23,

- kwotę **10 800 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy osiemset złotych zero groszy) tytułem łącznej wartości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa (ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa)** w ramach odwołań o sygnaturach akt KIO 18/23, 19/23, 20/23,

- kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów)** w ramach odwołania o sygnaturze akt KIO 20/23,

4.2. zasądza od Zamawiającego - **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie (Aleja Warszawska 89, 10-083 Olsztyn)** na rzecz Odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa (ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa)** łączną kwotę **23600 zł 00 gr** (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych), w tym: kwotę **10000 zł 00 gr** (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego w postaci ½ wysokości wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 18/23, oraz kwotę **10000 zł 00 gr** (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego w postaci ½ wysokości wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 19/23, kwotę **1800 zł 00 gr** (tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem ½ wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 18/23, kwotę **1800 zł 00 gr** (tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem ½ wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 19/23,

4.3. zasądza od Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów)** na rzecz Odwołującego **Polski Związek Pracodawców Budownictwa (ul. Kaliska 23 lok. U4, 02-316 Warszawa)** łączną kwotę **11800 00 gr** (jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy), w tym kwotę **10000 zł 00 gr** (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego w postaci ½ wysokości wpisu od odwołania o sygnaturze akt KIO 20/23, kwotę **1800 zł 00 gr** (tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem ½ wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 20/23,

4.4. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego **Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad** w imieniu i na rzecz którego postępowanie prowadzi **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów)** kwotę **1800 zł 00 gr** (tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu ½ wysokości kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt KIO 20/23.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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 18/23
KIO 19/23
KIO 20/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) - Ełk*

(S61) odcinek Olsztyn - Biskupiec (budowa drugiej jezdni) odcinek Barczewo - Biskupiec".
Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 2022 r. pod numerem 2022/S 246-712680.
Odwołujący: Polski Związek Pracodawców Budownictwa wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 103 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w postaci programu funkcjonalno-użytkowego w sposób niejednoznaczny, niepełny i nieuwzględniający wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i realizację przedmiotu zamówienia, w szczególności poprzez:
- niezamieszczenie w PFU analizy oraz prognozy ruchu drogowego i wskazania w treści pkt 1.2 PFU, iż analiza i prognoza ruchu zostanie przekazana przez Zamawiającego nie później niż po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy wskazane dokumenty są niezbędne do przygotowania wyceny oferty przez wykonawców, a ich brak w dokumentacji zamówienia stanowi jednocześnie naruszenie § 15, § 18 ust. 2 pkt 2-3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego,
- brak jednoznacznego określenia zakresu remontu nawierzchni istniejących dróg, przy jednoczesnym wskazaniu, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania w ramach tego remontu warstwy wiążące oraz wyrównawcze dla odcinków dróg istniejących niewskazanych wprost w PFU;
- brak jednoznacznego wskazania zakresu zmiany powierzchni lub objętości zabezpieczeń akustycznych, przy jednoczesnym wskazaniu, iż zmiany te mogą wynieść -+20%, a wartość dokonanej na etapie realizacyjnej umowy zmiany wykonawca winien uwzględnić w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej, co prowadzi do sytuacji przyjęcia przez wykonawców odmiennych założeń kalkulacyjnych i uniemożliwienia przyjęcia prawidłowej i tożsamej przez wszystkich wyceny za zakres zmiany powierzchni zabezpieczeń;
co skutkuje naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, brakiem możliwości prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej i ryzykiem złożenia ofert nieporównywalnych;

- art. 433 pkt 3 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. w zw. z art. 647 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z § 18 ust. 2 pkt 13 Rozporządzenia *poprzez nieuprawnione przerzucanie na wykonawcę* odpowiedzialności za okoliczności leżące wyłącznie po stronie Zamawiającego, a związane z niejednoznacznym, niewyczerpującym, naruszającym reguły uczciwej konkurencji opisem przedmiotu zamówienia, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1.2 PFU w nałożonym na wykonawcę obowiązku uwzględnienia w ramach wynagrodzenia umownego oraz terminu realizacji przedmiotu zamówienia kosztów i ryzyk wynikających z wykonania robót związanych z wprowadzeniem zmian niwelety i konieczności wykonania robót związanych ze wzmocnieniem podłoża, posadowieniem obiektów i innych prac, które wykonawca będzie zobowiązany wykonać w tym zakresie, podczas gdy zbadanie i szczegółowe określenie parametrów gruntu stanowi obowiązek Zamawiającego, a którego przerzucenie na wykonawcę wykracza poza zasadę swobody kontraktowania;

- art. 647 k.c., z art. 353^1 k.c., art. 355 § 1 i § 2 k.c., art. 387 § 1 k.c., art. 472 k.c., art. 473 § 1 k.c., w. zw. art. 56 k.c. art. 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp_poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób (1) naruszający zasadę swobody umów tj. umowy o roboty budowlane zawieranej w reżimie zamówień publicznych, (2) sprzeczny z ustawą i mający na celu jej obejście (tj. w szczególności art. 99 ust. 1 Pzp), (3) uniemożliwiający wykonawcy działającemu z należytą starannością sporządzenie oferty i realizację przedmiotu zamówienia w warunkach adekwatnych do tych, które wykonawca mógł przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności, w szczególności poprzez:
- wynikającą z pkt 1.2 PFU bezzasadną próbę ograniczenia odpowiedzialności Zamawiającego za wyniki badań podłoża gruntowego, a w konsekwencji również bezzasadną próbę przerzucenia na wykonawcę zamówienia kosztów i ryzyk związanych z wykonanymi przez Zamawiającego badaniami gruntu;
- niezamieszczenie w PFU analizy oraz prognozy ruchu drogowego i wskazanie w treści pkt 1.2 PFU, iż analiza prognozy ruchu zostanie przekazana przez Zamawiającego nie później niż po podpisaniu umowy sprawie zamówienia publicznego (a więc po przygotowaniu i złożeniu przez wykonawcę oferty), podczas gdy wskazane dokumenty są niezbędne do przygotowania wyceny oferty przez wykonawców;
- brak jednoznacznego wskazania w pkt 1.1.3.2 PFU wraz z tabelą na str. 15-21 PFU zakresu remontu nawierzchni istniejących dróg, przy jednoczesnej bezzasadnej próbie przerzucenia na wykonawcę obowiązku wykonania remontów dróg dla odcinków dróg istniejących niewskazanych wprost w PFU;

-brak jednoznacznego wskazania w pkt 1.1.3.6 PFU powierzchni albo objętości całkowitej poszczególnych rodzajów zabezpieczeń akustycznych przy jednoczesnej bezzasadnej próbie przerzucenia na wykonawcę ryzyka zmiany szacunkowych powierzchni lub objętości zabezpieczeń akustycznych o +/- 20%;
- a w konsekwencji powyższych art. 16 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień SWZ poprzez nakazanie Zamawiającemu:
1)dokonanie zmiany PFU polegającej na wprowadzeniu w pkt 1.2 PFU, jako wiążących dla opisu przedmiotu zamówienia danych dotyczących prognozy ruchu;
2)usunięcie z treści pkt 1.2 PFU zastrzeżenia ograniczającego odpowiedzialność Zamawiającego za wyniki badań gruntowo-wodnych, tj. postanowienia w brzmieniu:

„Odpowiedzialność Zamawiającego za ww. wyniki badań będzie ograniczona do głębokości przeprowadzonych badań oraz pomiarów z uwzględnieniem ich charakteru. Jeżeli Wykonawca, w swojej dokumentacji projektowej dokona zmian niwelety w stosunku do niwelety, dla której wykonano rozpoznanie w ww. dokumentach przekazywanych przez Zamawiającego wraz z PFU, i jeżeli w wyniku takiej zmiany niwelety zajdzie konieczność wykonania robót związanych ze wzmocnieniem podłoża, posadowieniem obiektów lub innych, których Wykonawca nie musiałby wykonywać, gdyby nie wprowadzano zmian niwelety, to koszty i ryzyka wynikające wykonania tych robót będą po stronie Wykonawcy. Wykonawca uwzględni wszelkie koszty związane z wykonaniem badań oraz realizacją robót wg własnego rozwiązania projektowego w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie";
3)wskazanie w treści tabeli w pkt 1.1.3.2 PFU (str.15-19) dokładnego zakresu dróg, w ramach których wykonawca zobowiązany będzie wykonać warstwę wyrównawczą i wiążącą;
4)wykreślenie z pkt 1.1.3.6 PFU adnotacji, iż zmiany ilości zabezpieczeń akustycznych podanych w Tabeli nr 1.3 kolumna 3, tj. powierzchni albo objętości całkowitej poszczególnych rodzajów zabezpieczenia do ±20% zawarte mają być w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej lub zmniejszenie do +/- 10% zmian ilości zabezpieczeń akustycznych zawartych w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej.
W treści PFU, w każdym z postępowań Zamawiający w pkt 1.2 zawarł aktualne uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia, wskazując, że wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia (a tym samym przygotować ofertę) w oparciu o dokumenty przedstawione (i wymienione w tym punkcie PFU) przez Zamawiającego. W pkt 1.2 PFU, w zakresie prognoz ruchu Zamawiający wskazał, że analiza i prognoza ruchu przekazana zostanie przez Zamawiającego nie później niż po podpisaniu umowy.
W dalszej części tego samego pkt PFU dotyczącym wyników badań gruntowo- wodnych, Zamawiający wskazał, iż ogranicza swoją odpowiedzialność wyłącznie do głębokości przeprowadzonych badań i pomiarów, zaznaczając przy tym, iż jeśli wykonawca dokona w dokumentacji projektowej zmian niwelety w stosunku do niwelety, dla której wykonano rozpoznanie w dokumentach przedłożonych przez Zamawiającego wraz z PFU i w wyniku takiej zmiany niwelety zajdzie konieczność wykonania robót związanych ze wzmocnieniem podłoża, posadowieniem obiektów lub innych, wówczas koszty i ryzyka wynikające z wykonania takich robót, z uwzględnieniem nowych niwelet, będą leżeć po stronie wykonawcy. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, iż wszystkie koszty związane z wykonaniem badań oraz realizacją tych robót mają zostać uwzględnione przez wykonawcę w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie.
W pkt 1.1.3.2 PFU Zamawiający opisał charakterystykę węzłów, łącznic, przejazdów, innych dróg oraz dodatkowych jezdni obsługujących przyległy teren. Treść wskazanego punktu PFU oprócz opisowej części zawiera również tabele (od str. 15 PFU), w treści której w pkt 4-7, 11-13, 15, i 17 (oznaczone jako 1), w odniesieniu do poszczególnych odcinków wskazał zakres robót o następującej treści (treść nieznacznie różni się między poszczególnymi punktami tabeli, Odwołujący dla przykładu przedstawia treść z pkt 4): *„Remont (w tym remont nawierzchni na istniejących obiektach inżynierskich nad trasą główną): naprawa spękań, wymiana w-wy ścieralnej (jeśli zajdzie potrzeba również w-wa wyrównawcza i wiążąca), dostosowanie wysokościowe zjazdów i odwodnienia, uzupełnienie i wyprofilowanie poboczy, zabezpieczenie skarp przed osuwaniem się".* Jak wskazał Odwołujący, z treści tabeli nie wynika, czy na danych odcinkach realnie wystąpi konieczność wykonania warstwy wyrównawczej i wiążącej, ani też jaki może być zakres tych prac.
W pkt 1.1.3.6 PFU opisane zostały zabezpieczenia akustyczne. W treści wskazanego punktu PFU Zamawiający przedstawił dane dotyczące zabezpieczeń akustycznych na podstawie DŚU, wskazując jednocześnie, iż opisane dane (rodzaj zabezpieczenia oraz ilość powierzchni/ objętości zabezpieczenia) podane są na potrzeby wyceny oferty przez

wykonawców. Tuż pod tabelą z danymi poszczególnych zabezpieczeń, Zamawiający zamieścił następującą adnotację: „Zmiany ilości zabezpieczeń akustycznych podanych w Tabeli nr 1.3 kolumna 3, tj. powierzchni albo objętości całkowitej poszczególnych rodzajów zabezpieczenia do ±20% zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej".

Zdaniem Odwołującego, przedstawione postanowienia PFU są niejednoznaczne i niepełne, a tym samym przygotowany przez Zamawiającego Opis Przedmiotu Zamówienia pozostaje niezgodny z przepisami ustawy Pzp i innymi powszechnie obowiązującymi przepisami prawa powszechnego, co skutkuje brakiem możliwości prawidłowego skalkulowania oferty oraz ryzykiem złożenia ofert nieporównywalnych. Zamawiający usiłuje również przenieść na wykonawców ryzyka, które w pełni obciążać powinny inwestora.

Zamawiający nieprawidłowo opisał przedmiot zamówienia oraz przekroczył zakres przysługującej mu autonomii w odniesieniu do kształtowania w SWZ rozkładu obowiązków stron umowy o roboty budowlane.
W treści pkt 1.2 PFU dotyczącym wyników badań gruntowo-wodnych Zamawiający wskazał, że:
„Odpowiedzialność Zamawiającego za ww. wyniki badań będzie ograniczona do głębokości przeprowadzonych badań oraz pomiarów z uwzględnieniem ich charakteru. Jeżeli Wykonawca, w swojej dokumentacji projektowej dokona zmian niwelety w stosunku do niwelety, dla której wykonano rozpoznanie w ww. dokumentach przekazywanych przez Zamawiającego wraz z PFU, i jeżeli w wyniku takiej zmiany niwelety zajdzie konieczność wykonania robót związanych ze wzmocnieniem podłoża, posadowieniem obiektów lub innych, których Wykonawca nie musiałby wykonywać, gdyby nie wprowadzano zmian niwelety, to koszty i ryzyka wynikające wykonania tych robót będą po stronie Wykonawcy. Wykonawca uwzględni wszelkie koszty związane z wykonaniem badań oraz realizacją robót wg własnego rozwiązania projektowego w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie."

Odwołujący wskazał, że postanowieniem PFU Zamawiający przerzuca na wykonawcę ryzyka związane z rozpoznaniem podłoża gruntowego, podczas gdy zbadanie obszaru (gruntu) na którym realizowany ma być przedmiot zamówienia oraz szczegółowe określenie parametrów gruntu należy do obowiązków Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego wskazane postanowienie PFU stanowi klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zakazuje się przenoszenia na wykonawcę odpowiedzialności za skutki niewykonania lub nienależytego wykonania przez zamawiającego obowiązków ustawowych ciążących na nim na etapie udzielania lub wykonywania zamówienia publicznego. Jednym z takich obowiązków jest przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami przedstawionymi w art. 99 ust. 1 Pzp, tj. w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

W argumentacji Odwołujący wskazał, że: do podstawowych elementów opisu przedmiotu zamówienia w inwestycji drogowej należy jednoznaczny i wyczerpujący opis warunków geologiczno- inżynierskich, hydrogeologicznych i geotechnicznych panujących na gruntach, na których będzie posadowiona droga. Prawidłowe wykonanie tego obowiązku jest niezbędne zarówno dla zapewnienia porównywalności i jednolitości składanych ofert, ale również do sprecyzowania zakresu świadczenia wykonawcy.
Jednym z podstawowych elementów dokumentacji, na podstawie której wykonawcy opracowują własne koncepcje dokumentacji projektowych przekazanych przez Zamawiającego jest właśnie dokumentacja geologiczno-inżynierska. Z praktycznego punktu widzenia przygotowanie takiej dokumentacji (zamiennej) przez wykonawcę (nawet przy szczegółowym i precyzyjnym opisie przez zamawiającego) jest czynnością pracochłonną, długotrwałą i kosztowną, a jednocześnie - nawet przy prawidłowym opisie parametrów - nie daje pełnej gwarancji potwierdzenia wszystkich wyników i ewentualnych różnic w faktycznych warunkach gruntowo-wodnych na etapie realizacji prac. Z tych względów jest również czynnością niemożliwą do wykonania przez wykonawcę na etapie przygotowania oferty. Koszty wykonania dokumentacji oscylują w granicach do kilku milionów złotych. Wskazanym postanowieniem PFU Zamawiający podejmuje więc, niezgodną z przepisami prawa, próbę przerzucenia na wykonawcę ryzyka wystąpienia odmiennych warunków gruntowo-wodnych, których wykonawca w żaden sposób nie będzie mógł zrekompensować.
Aktualne brzmienie analizowanego postanowienia wymusi zatem na wykonawcach znaczące zawyżenie cen składanych ofert, które pokryje wszelkie ryzyka związane z dostosowaniem prac i robót do odmiennych warunków gruntowo-wodnych, wadliwie opisanych przez Zamawiającego oraz doprowadzi do zawyżenia cen składanych ofert z powodu braku optymalizacji koncepcji Zamawiającego. W każdym przypadku przerzucenie ryzyka warunków gruntowych może się okazać nieopłacalne dla Zamawiającego, gdyż skutkować będzie znacznym zwiększeniem wartości składanych ofert.
Odwołujący powołał się na art. 433 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym za niedozwolone należy uznać takie postanowienia, które przenoszą na wykonawcę negatywne skutki niewykonania wspomnianego obowiązku przez zamawiającego poprzez stworzenie niepełnego, nieprecyzyjnego lub niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy opisu przedmiotu zamówienia.

W jego ocenie pkt 1.2 PFU stanowi niedozwoloną klauzulę - Zamawiający zastrzega, że poza kwestią głębokości zarówno cała dokumentacja jak i wykonane badania mogą być błędne, nieprawidłowe lub niekompletne i za taki stan rzeczy odpowiedzialność ponosić ma Wykonawca. Przykładem takich klauzul są właśnie postanowienia, które nakładają na wykonawcę obowiązek wykonania na własny koszt prac lub innych świadczeń, które okazały się konieczne, a nie zostały ujęte w ofercie z powodu wadliwego opisu przedmiotu zamówienia oraz postanowienia przenoszące na wykonawcę inne ryzyka wynikające z nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, wskazane postanowienie PFU należy uznać za wadliwe i wymagające usunięcia z treści dokumentacji zamówienia.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie dołączył do dokumentacji zamówienia analizy i prognozy ruchu drogowego

W treści pkt 1.2 ppkt 1) PFU Zamawiający wymieniając dokumenty, na podstawie których wykonawca powinien przygotować ofertę, wskazał, iż uzgodnione przez właściwy Departament GDDKiA analiza i prognozy ruchu przekazane zostaną przez Zamawiającego na późniejszym etapie Postępowania, nie później jednak niż po podpisaniu przez Zamawiającego umowy z wybranym wykonawcą. Oznacza to, że nie został określony poprzedzające złożenie ofert termin, w ciągu którego wykonawca może liczyć na otrzymanie od Zamawiającego analizy i prognozy ruchu. W ocenie Odwołującego sposób ujęcia tego obowiązku Zamawiającego wskazuje na to, żewykonawca nie ma gwarancji, że otrzyma od Zamawiającego analizę i prognozę ruchu w czasie pozwalającym na jej uwzględnienie w ofercie oraz że wykonawca musi liczyć się z tym, że dokument ten może otrzymać już po zawarciu umowy z Zamawiającym. Oznacza to, że wykonawca musi kształtować ofertę w warunkach uniemożliwiających precyzyjne określenie istotnych parametrów przedmiotu zamówienia.

Analiza i prognozy ruchu drogowego to dokumenty będące jednym z podstawowych materiałów mających wpływ na projektowaną konstrukcję drogi. Nie może budzić żadnych wątpliwości, iż brak powyższych dokumentów doprowadzi do sytuacji, w której oferty złożone przez wykonawców będą niekompletne i niedoszacowane, a tym samym nieporównywalne. Nie sposób przy tym pominąć, iż już sama konstrukcji pkt 1.2. ppkt 1) PFU wykluczа*per se* rzetelność przygotowanej dokumentacji przez Zamawiającego. Z jednej bowiem strony Zamawiający wprost formułuje na wstępie tego punktu, iż wykonawca ma obowiązek wykonać przedmiot zamówienia (a tym samym sporządzić i wycenić swoją ofertę) w oparciu o wskazane dokumenty, a z drugiej - już na samym początku wskazuje, iż nie dysponuje analizą i prognozami ruchu i udostępni je nawet po terminie składania ofert.

Powyższa okoliczność oznacza zdaniem Odwołującego, iż Zamawiający przenosi na wykonawcę obowiązek i związane z nim ryzyko określenia istotnych i charakterystycznych parametrów projektowanej drogi, tj. pomiaru ruchu drogowego, jaki będzie obowiązywać w przyszłości oraz wymaga, aby w oparciu o nieznane wykonawcy parametry zaprojektował i wykonał roboty budowlane objęte zamówieniem, zaś na etapie przed złożeniem oferty - wycenił dokładnie wartość wykonania projektu i wykonania robót. Na obecnym więc etapie wykonawcy zmuszeni są do uwzględnienia na dzień złożenia oferty ustaleń z dokumentu „nieistniejącego", którego treści nie znają ani wykonawcy ani (najwyraźniej) sam Zamawiający. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia nie spełnia ustawowych wymogów i uniemożliwia wykonawcom sporządzenia oferty.

W treści pkt 1.1.3.2 PFU Zamawiający opisał charakterystykę węzłów, łącznic, przejazdów, innych dróg oraz dodatkowych jezdni obsługujących przyległy teren. Od strony 15 PFU zawarta została tabela opisująca zakres prac dodatkowych dróg istniejących, gdzie opisany został każdy odcinek dróg wraz z elementami, które wykonawca winien uwzględnić przy projekcie oraz planowanych robotach. Jak wskazał Odwołujący, część punktów tabeli stanowi jasną i klarowną informację, jaki zakres robót wykonawca powinien przewidzieć na poszczególnych odcinkach, o tyle część z nich zawiera jednak nieprecyzyjną (dla ustalenia przez wykonawcę zakresu prac) informację, zgodnie z którą jeśli w toku realizacji prac wykonawca uzna, że zachodzi potrzeba wykonania warstwy wiążącej i wyrównawczej, wówczas takie warstwy będzie zobowiązany wykonać. Taka nieścisłość przewidziana została w pkt 4-7, 9,11-13 oraz 17.

Zamawiający nie ma faktycznej wiedzy na temat tego, co wchodzić ma dokładnie w zakres wykonanego przedmiotu zamówienia. Nie sposób też na tle tego fragmentu wyprowadzić jednoznacznie wniosek czy wykonawca kalkulując zakres i cenę oferty winien już te elementy wliczać do ceny oferty tj. warstwy wyrównawczej i wiążącej (a przy tym np. zawyżać wartość oferty, jeśli w trakcie prac nad przedmiotem zamówienia okaże się, iż warstwy te nie będą konieczne do wykonania, lub odwrotnie - zaniżyć wartość swojej oferty ryzykując, wychodząc z założenia, iż nie wchodzą one w zakres przedmiotu zamówienia, poniesienie znaczących, wykraczających poza ryczałtowe wynagrodzenie, kosztów wykonania wymienionych warstw).

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że wskazany fragment PFU (w zakresie każdego wymienionego przez Odwołującego punktu tabeli) uznać należy za nieprecyzyjny i naruszający przepisy Pzp.

W punkcie 1.1.3.6 PFU przedstawiono zakres prac w odniesieniu do zabezpieczeń akustycznych (rodzaje i ilość ekranów) na podstawie DŚU, tj.:
Jak wskazał Odwołujący, wskazane w powyższej tabeli nie budziły wątpliwości. Wątpliwości powstały na tle treści kolejnego akapit, gdzie Zamawiający wskazał: „Zmiany ilości zabezpieczeń akustycznych podanych w Tabeli nr 1.3 kolumna 3, tj. powierzchni albo objętości całkowitej poszczególnych rodzajów zabezpieczenia *do ±20% zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej.*"
Zdaniem Odwołującego tak skonstruowane zastrzeżenie w dokumentacji Postępowania czyni opis przedmiotu zamówienia niepełnym i nieprecyzyjnym. Wykonawca nie ma jednoznacznej wiedzy na temat tego, jaka faktyczna ilość zabezpieczeń ma zostać wykonana w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający w tym zakresie posługuje się niejasnymi określeniami (+-20%), na podstawie których wykonawca może się tylko domyślać, jaka ilość zmian zabezpieczeń wystąpi, jednak wartości te w żaden pewny sposób nie mogą zostać uznane za stałe i pewne. W realiach niniejszej sprawy wykonawcy nie mają możliwości precyzyjnego skalkulowania w cenie oferty dokładnej ilość zmian zabezpieczeń, które na podstawie analizowanej adnotacji mają *de facto* charakter całkowicie nieprzewidywalny. Nie istnieją tym samym podstawy ujęcia tych wartości (takich samych przez każdego z wykonawców) w ofercie, chyba że wyłącznie w oparciu o dowolne spekulacje, które dla każdego z wykonawców będą inne, a tym samym nieporównywalne. Nie sposób bowiem nie dostrzec, iż na tle tak mało klarownej informacji, wykonawcy mogą wycenić zakres zmian zarówno na 20%, jak i 15% czy 10%. Niewątpliwym jest więc, iż oferty nie będą jednolite w swojej treści, co z kolei stanowi podstawę do unieważnienia Postępowania. Przekładając te zapisy na wartości można stwierdzić, że w zależności od interpretacji każdego z wykonawców oferty mogą się różnić o ok. 5-10 mln zł, czyli 1,5 - 3% wartości całej oferty.
W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający również w ramach tego postanowienia PFU nie sprostował obowiązkowi sporządzenia precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, który gwarantowałby wykonawcom dokładne informacje niezbędne do oszacowania ceny oferty.
W opinii Odwołującego postanowienia PFU naruszają również k.c. Zamawiający przekroczył granice przysługującej mu autonomii wyznaczone również przez przepisy k.c., zasady współżycia społecznego oraz właściwość (naturę) zobowiązania wynikającego z umowy o roboty budowlane. Sposób ukształtowania PFU powoduje, że przerzuca się obowiązki Zamawiającego na Wykonawcę, których wykonanie przez tego ostatniego nie jest możliwe przy zachowaniu należytej ani nawet najwyższej możliwej staranności w czasie, jakim on dysponuje na przygotowanie oferty.
Dalej zdaniem Odwołującego Zamawiający narusza zasadę *impossibilium nulla obligatio est.* Prowadzi to do wniosku, że Zamawiający wykracza poza przysługujący mu zakres autonomii wyznaczony przez art. 387 § 1 k.c. w związku z art. 355 k.c. oraz art. 472 k.c. i art. 473 § 1 k.c. Z przepisów tych jasno wynika, że nie można wymagać od podmiotów prawa cywilnego rzeczy niemożliwych, nawet jeśli one zgadzają się na przyjęcie niemożliwych do wykonania obowiązków. W opinii Odwołującego sposób ukształtowania PFU budzi również wątpliwości z punktu widzenia zasad współżycia społecznego. Do tak rozumianych zasad współżycia społecznego należy z pewnością zaliczyć zasadę *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* zakazującą czerpania korzyści z własnych bezprawnych zachowań.
Zamawiający prowadzi także postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa drogi S16 Olsztyn (S51) - Ełk (S61) odcinek Olsztyn - Biskupiec (budowa drugiej jezdni) odcinek Olsztyn Wschód – Barczewo."
W ramach tego zamówienia zostały podniesione zarzuty analogiczne jak w odwołaniu o sygnaturze akt KIO 18/23, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego braku jednoznacznego określenia zakresu remontu nawierzchni istniejących dróg, przy jednoczesnym wskazaniu, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania w ramach tego remontu warstwy wiążące oraz wyrównawcze dla odcinków dróg istniejących niewskazanych wprost w PFU, który w tym odwołaniu nie został podniesiony.
Zamawiający Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego postepowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza - w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km."
W ramach tego odwołania zostały podniesione zarzuty analogiczne jak w odwołaniu o sygnaturze akt KIO 18/23, z wyjątkiem zarzutów dotyczących braku zamieszczenia w PFU analizy oraz prognozy ruchu drogowego i wskazania w treści pkt 1.2 PFU, iż analiza i prognoza ruchu zostanie przekazana przez Zamawiającego nie później niż po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz braku jednoznacznego określenia zakresu remontu nawierzchni istniejących dróg, przy jednoczesnym wskazaniu, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania w ramach tego remontu warstwy wiążące oraz wyrównawcze dla odcinków dróg istniejących niewskazanych wprost w PFU, które w tym odwołaniu nie zostały podniesione.

Zamawiający Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego postepowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie w odpowiedzi na odwołania o sygnaturze akt KIO 18/23 i 19/23 oświadczył, że:

- uwzględnia oba odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego braku zamieszczenia w PFU analizy oraz prognozy ruchu drogowego i wskazania w treści pkt 1.2 PFU, iż analiza i prognoza ruchu zostanie przekazana przez Zamawiającego nie później niż po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
- uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 18/23w zakresie zarzutu dotyczącego braku jednoznacznego określenia zakresu remontu nawierzchni istniejących dróg, przy jednoczesnym wskazaniu, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania w ramach tego remontu warstwy wiążące oraz wyrównawcze dla odcinków dróg istniejących niewskazanych wprost w PFU;
- wnosi o oddalenie obu odwołań w pozostałym zakresie**.**

Zamawiający Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego postepowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie w odpowiedzi na odwołanie o sygnaturze akt KIO 20/23 wniósł o oddalenie odwołania.

Izba zważyła co następuje:

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu i na rzecz którego postepowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie dwóch zarzutów, tj. zarzutu dotyczącego braku zamieszczenia w PFU analizy oraz prognozy ruchu drogowego i wskazania w treści pkt. 1.2 PFU, iż analiza i prognoza ruchu zostanie przekazana przez Zamawiającego nie później niż po podpisaniu umowy w sprawie określenia zamówienia publicznego (opisanego w odwołaniach o sygn. akt KIO 18/23, 19/23) oraz zarzutu dotyczącego braku jednoznacznego określenia zakresu remontu nawierzchni istniejących dróg, przy jednoczesnym wskazaniu, iż wykonawca będzie zobowiązany do wykonania w ramach tego remontu warstwy wiążącej oraz wyrównawczej dla odcinków dróg istniejących niewskazanych wprost w PFU (opisanego w odwołaniu o sygn. akt KIO 18/23), postępowanie odwoławcze w zakresie tych zarzutów podlegało umorzeniu, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1 sentencji wyroku.

Uwzględnieniu podlegał zarzut podniesiony we wszystkich odwołaniach dotyczący postanowienia zawartego w punkcie 1.2 PFU.

Zamawiający w pkt. 1.2 PFU zamieścił postanowienie, zgodnie z którym:„Odpowiedzialność Zamawiającego za ww. wyniki badań będzie ograniczona do głębokości przeprowadzonych badań oraz pomiarów z uwzględnieniem ich charakteru. Jeżeli Wykonawca, w swojej dokumentacji projektowej dokona zmian niwelety w stosunku do niwelety, dla której wykonano rozpoznanie w ww. dokumentach przekazywanych przez Zamawiającego wraz z PFU, i jeżeli w wyniku takiej zmiany niwelety zajdzie konieczność wykonania robót związanych ze wzmocnieniem podłoża, posadowieniem obiektów lub innych, których Wykonawca nie musiałby wykonywać, gdyby nie wprowadzano zmian niwelety, to koszty i ryzyka wynikające z wykonania tych robót będą po stronie Wykonawcy. Wykonawca uwzględni wszelkie koszty związane z wykonaniem badań oraz realizacją robót wg własnego rozwiązania projektowego w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej oraz w Czasie na Ukończenie."

W ocenie Izby, powyżej przytoczona Klauzula 1.2 PFU stanowi o rozszerzeniu zasad odpowiedzialności kontraktowej, gdyż jako element dokumentacji w postępowaniu nie może zostać pominięta. W konsekwencji, słuszne były obawy Odwołującego co do ustalenia, w jaki sposób będzie ona miała wpływ na przyszłe zobowiązanie wykonawcy przy realizacji kontraktu.

W rozpoznawanej sprawie nie budziły sporu postanowienia tej części klauzuli, które odnosiły się do odpowiedzialności Zamawiającego za przekazane wykonawcom wyniki badań.

Pozostała jednak istotna część związana z ustaleniem odpowiedzialności wykonawcy za zmianę niwelety – nadawała odmienne znaczenie tej klauzuli, niż próbował to przedstawić Zamawiający. Nie było bowiem kwestią zasadniczą to, czy wykonawca odpowiada za ewentualną optymalizację – jak dzieje się to obecnie w kontraktach i często stanowi istotny element treści oferty podlegający wyjaśnieniu, czy też badaniu pod kątem zgodności z parametrami zamówienia i wysokością ceny.

Zamawiający obecnym brzmieniem klauzuli wprowadził odpowiedzialność za wszelkie roboty budowlane wynikające ze zmiany niwelety, co również obejmować może zmiany konieczne, na jakie wykonawca nie miał wpływu składając ofertę i kalkulując cenę. Kwestia badań i potrzeby ich wykonania na koszt wykonawcy ma znaczenie wtórne wobec zasadniczej treści klauzuli, która powoduje, że wykonawca będzie odpowiadał za zmianę niwelety, jaką przedstawił Zamawiający, chociaż ta nie stanowi elementu dokumentacji postępowania również w sytuacji, gdy będzie ona konieczna z uwagi na zmianę niezależnych od wykonawcy wytycznych. Co istotne dla tej sprawy to okoliczność, iż wykonawca nie może mieć

pewności, w jaki sposób klauzula wpłynie na realizację roszczeń o zapłatę za roboty wykonane, wynikające ze zmiany niwelety, gdyż brzmienie klauzuli w żaden sposób nie rozróżnia przyczyn, jakie doprowadziły do zmiany niwelety na etapie realizacji prac.

Samo odwołanie się do klauzul FIDIC i opisanych tam zasad odpowiedzialności nie jest w ocenie składu orzekającego wystarczające dla rozstrzygnięcia tej kwestii, gdyż odpowiedzialność kontraktowa Zamawiającego związana jest ze spoczywającymi na nim obowiązkami – również w zakresie przygotowania dokumentacji postępowania, a elementem tej dokumentacji nie jest niweleta.

W obecnym brzmieniu klauzula prowadzi do niejednoznaczności opisu przedmiotu - chociaż nie z uwagi na braki w dokumentacji, ale niejasną odpowiedzialność wykonawcy za przedmiot świadczenia w świetle art. 433 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z tym artykułem, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

W trakcie rozprawy z udziałem stron zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący Porr S.A., wskazali na przypadki, które przy utrzymaniu postanowień klauzuli z punktu 1.2 PFU będą powodowały odpowiedzialność wykonawcy również za niezawinione sytuacje.

Wskazywano na sytuację, w której na skutek zmiany w przepisach prawa zmianie ulegała wartość dopuszczalnej prędkości na drodze, co w konsekwencji powoduje konieczność zmiany szerokości w łuku drogi. Zatem już na obecnym etapie opracowanie niwelety, jaką przedstawił przykładowo Zamawiający w dokumentacji, stało się nieaktualne. W tej sytuacji, zgodnie z postanowieniem klauzuli z punktu 1.2 PFU, wszelkie koszty obciążają wykonawcę również w tym zakresie.

Izba wydając orzeczenie miała zatem na uwadze okoliczność, że postanowienia klauzuli 1.2. PFU nie zawierają tego rodzaju ochrony wykonawcy, jak to przedstawiał Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron. Ze spornego postanowienia (klauzuli 1.2 PFU) wynika wręcz, że żadna klauzula nie chroni wykonawcy przed poniesieniem kosztów w sytuacji zmiany niwelety w stosunku do tej, którą przewidział Zamawiający.

Tym samym nawet dokonanie niewielkiej zmiany w zakresie niwelety (nawet wynikające z powodów niezależnych od wykonawcy) będzie dla Zamawiającego oznaczało, że wykonawca zrzekł się możliwości realizacji zamówienia zgodnie z tym, co przewidział Zamawiający, a w konsekwencji wszelkie koszty będą obciążały wykonawcę, w tym także konsekwencje związane z przedłużeniem terminu realizacji zamówienia.

Zamawiający, w celu wyeliminowania niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, ma obowiązek jednoznacznie i wyczerpująco opisać przedmiot zamówienia. Zamawiający nie może przenosić na wykonawców wszelkich ryzyk związanych z prawidłową wyceną przedmiotu zamówienia w ofercie.

Odwołujący wykazał, że nie jest możliwe prawidłowe przygotowanie i oszacowanie oferty.

Trafny jest zatem zarzut Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, utrudniający złożenie oferty oraz uniemożliwiający jej prawidłową kalkulację. W konsekwencji Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W konsekwencji uwzględnienia tego zarzutu, uwzględnieniu w powyższym zakresie podlegał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości.

Oddaleniu podlegał zarzut dotyczący pkt. 1.1.3.6 PFU – odnoszący się do wielkości zmiany ilości zabezpieczeń akustycznych (opisany w każdym z trzech odwołań).

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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.

Zamawiający w pkt. 1.1.3.6 PFU przedstawił zakres prac w odniesieniu do zabezpieczeń akustycznych, przedstawiając ilość powierzchni ekranów pochłaniających i ekranów odbijających. Dodatkowo wskazał, że: „Zmiany ilości zabezpieczeń akustycznych podanych w Tabeli nr 1.3 kolumna 3, tj. powierzchni albo objętości całkowitej poszczególnych rodzajów zabezpieczenia do ±20% zawierają się w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej.”

Odwołujący zakwestionował przedstawione zastrzeżenie, wskazując, że tak skonstruowane zastrzeżenie w dokumentacji postępowania czyni opis przedmiotu zamówienia niepełnym i nieprecyzyjnym.

W ocenie Izby, postanowienia pkt. 1.1.3.6 PFU są kompletne, brak w nich niejednoznaczności, zatem zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Postanowienie jest jednoznaczne, precyzyjne, zatem nie jest zasadny zarzut naruszenia art. 99 ustawy Prawo zamówień publicznych.

*Zdaniem Odwołującego, podany w PFU zakres zmian ilości ekranów akustycznych (+/-20%) powoduje, że*wykonawcy

nie mają możliwości precyzyjnego skalkulowania w cenie oferty dokładnej ilość zmian zabezpieczeń, które mają charakter całkowicie nieprzewidywalny. *Dodatkowo, w ocenie Odwołującego,* wykonawcy mogą wycenić zakres zmian zarówno na 20%, jak i 15%, czy 10%, co może oznaczać, że oferty nie będą jednolite w swojej treści, co z kolei stanowi podstawę do unieważnienia postępowania.

Odwołujący w treści wniosków odwołania oczekiwał wykreślenia z pkt. 1.1.3.6 PFU adnotacji, iż zmiany ilości zabezpieczeń akustycznych podanych w Tabeli nr 1.3 kolumna 3, tj. powierzchni albo objętości całkowitej poszczególnych rodzajów zabezpieczenia do ±20% zawarte mają być w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej lub zmniejszenie do +/- 10% zmian ilości zabezpieczeń akustycznych zawartych w Zaakceptowanej Kwocie Kontraktowej.

Jak trafnie zauważył Zamawiający, argumentacja Odwołującego jest sprzeczna, bowiem z jednej strony Odwołujący twierdzi, że zakres +/-20% będzie skutkował nieporównywalnością ofert, z drugiej strony żąda, aby podaną w PFU wartość korekt zmniejszyć do +/-10%.

Powyższe oznacza, że Odwołujący nie kwestionuje postanowienia PFU 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.

Nie sposób również znaleźć uzasadnienia, dlaczego wartość +/-20% miałoby stanowić nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, ale wartość +/-10% jest już prawidłowa i umożliwi złożenie prawidłowych ofert. Nie wyjaśnił tego również sam Odwołujący.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wyjaśnił, że: „Wykonawcy mają obecnie możliwość dokonywania dosyć szerokich zmian w stosunku do przedstawionej przez Zamawiającego koncepcji programowej i mogą zaprojektować oraz wybudować drogę zgodnie ze swoimi preferencjami i założeniami. Zmiany w warunkach kontraktowych zostały wprowadzone również na skutek dialogu prowadzonego z podmiotami realizującymi kontrakty w Polsce jako efekt uwag i sygnałów przekazywanych przez te podmioty.

Szersza tolerancja w zakresie powierzchni zabezpieczeń akustycznych w stosunku do zapisów wzorcowych stosowanych we wcześniej przeprowadzanych postępowaniach, na które powołuje się Odwołujący wynika z faktu, że wprowadzenie Wytycznych i standardów (WiS) rekomendowanych przez Ministra właściwego ds. transportu większą odpowiedzialność w kształtowaniu geometrycznym drogi powierzają w ręce projektanta, a tym samym sporny zapis odzwierciedla obecny stan prawny. W konsekwencji tego Wykonawca otrzymał większą swobodę projektowania i szersze możliwości optymalizacji w przyjmowanych przez siebie rozwiązaniach. Nowelizacja przepisów dotyczących projektowania dróg złagodziła kwestie wymagań projektowych w kluczowym zakresie związanymi z ekranami. Zwiększenie pochyleń niwelet (z 4 do 5%) bezpośrednio i znacznie przekłada się na zmniejszenie (o 25%) długości (a zatem i powierzchni) ekranów na dojazdach do obiektów inżynierskich.

Dodatkowo Zamawiający w PFU zrezygnował z obciążenia Wykonawcy skutkami niedotrzymania skuteczności ekranów wynikających z analizy porealizacyjnej (1,5 roku od oddania drogi), co skraca zakres odpowiedzialności wykonawcy i obowiązków ewentualnego dostawienia ekranów po zakończeniu robót na kontrakcie".

Zamawiający wyjaśnił także, że: „dopuszczając możliwość w kształtowaniu niwelety, na etapie ogłoszenia przetargu nie ma możliwości precyzyjnego określenia powierzchni zabezpieczeń akustycznych, ponieważ jego docelowa ilość znana będzie dopiero na etapie uzyskiwania decyzji ZRID i wynikać będzie bezpośrednio z przyjętych rozwiązań projektowych przez Wykonawcę z uwzględnieniem stanu zagospodarowania terenu (na dzień wykonania analizy akustycznej). Wykonawca optymalizując przebieg niwelety drogi osiąga z tego tytułu korzyści ekonomiczne. Skutkiem innego, niż zakładane w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji, poprowadzenia wysokościowego drogi może być również potrzeba wykonania dodatkowych zabezpieczeń akustycznych, w szczególności ekranów pochłaniających i odbijających. Korzyść finansowa Wykonawcy wynikająca z odmiennego, niż założonego przez Zamawiającego, profilu trasy nie może skutkować dodatkowymi kosztami, które obciążałby Zamawiającego".

W ocenie Izby, powyżej zaprezentowana argumentacja Zamawiającego stanowi uzasadnienie przyjęcia określonego ryzyka.

Ponadto, wbrew twierdzeniu Odwołującego, tego rodzaju postanowienie było już wielokrotnie stosowane przez Zamawiającego i nie jest niczym nowym dla wykonawców, że konieczne jest założenie pewnego marginesu dla przyjęcia ilości ekranów akustycznych. Jak wyjaśnił Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron, już w latach ubiegłych Zamawiający przewidywał w dokumentacji postępowania konieczność uwzględnienia ryzyka na poziomie +/- 20%. Ryzyko odnosiło się wówczas do powierzchni ekranu (wysokości).

Kwestionowane postanowienie jest tożsame dla wszystkich wykonawców, zatem brak jest uzasadnienia dla zarzutu nieporównywalności ofert. Przyjęcie ryzyka jest uzasadnione w przypadku formuły zaprojektuj i wybuduj, gdy wykonawcy mogą przyjąć różną koncepcję co do realizowanego obiektu. Postanowienie daje wykonawcy większą swobodę w

projektowaniu niwelety przedmiotowego odcinka i jako takie nie jest niejasne lub sprzeczne z przepisami prawa.
Zamawiający obciążył obie strony umowy odpowiedzialnością za zmniejszenie lub zwiększenie do 20% ilości szacowanych zabezpieczeń akustycznych. Zatem zdaniem Izby, podział ryzyk przewidziany postanowieniem jest równomierny i nie narusza równowagi stron umowy.
W konsekwencji oddalenia tego zarzutu, oddaleniu w tym zakresie podlegał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości.
O kosztach postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 18/23 orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) b) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 3 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego (w wysokości 3600 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit b) wskazanego rozporządzenia).
O kosztach postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 19/23 orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) oraz § 5 pkt 2 lit. b), § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 3 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania: uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego (w wysokości 3600 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit b) wskazanego rozporządzenia).
O kosztach postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 20/23 orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 lit. a) oraz § 5 pkt 2 lit. b), § 7 ust. 2 pkt 1), § 7 ust. 3 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania: uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego (w wysokości 3600 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit b) wskazanego rozporządzenia), koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Zamawiającego (w wysokości 3600 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit b) wskazanego rozporządzenia).
Uwzględniając powyższe przepisy, Zamawiającego oraz Odwołującego obciążono kosztami postępowania odwoławczego proporcjonalnie do ilości zarzutów uwzględnionych i oddalonych.
W odwołaniu o sygnaturze akt KIO 18/23 zostały podniesione 4 zarzuty, z których 2 zarzuty zostały uwzględnione przez Zamawiającego, jeden z zarzutów podlegał uwzględnieniu oraz jeden z zarzutów podlegał oddaleniu. Stosownie do powyższego wyniku postępowania odwoławczego, Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 1/2 oraz Odwołującego w wysokości ½.
W konsekwencji od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 10000 zł 00 gr, która stanowi ½ wysokości wpisu od odwołania, kwotę 1800 zł 00 gr, która stanowi 1/2 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.
W odwołaniu o sygnaturze akt KIO 19/23 zostały podniesione 3 zarzuty, z których 1 zarzut został uwzględniony przez Zamawiającego, jeden z zarzutów podlegał uwzględnieniu oraz jeden z zarzutów podlegał oddaleniu. Stosownie do powyższego wyniku postępowania odwoławczego, Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 1/2 oraz Odwołującego w wysokości ½.
W konsekwencji od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 10000 zł 00 gr, która stanowi ½ wysokości wpisu od odwołania, kwotę 1800 zł 00 gr, która stanowi 1/2 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.
W odwołaniu o sygnaturze akt KIO 20/23 zostały podniesione 2 zarzuty. Jeden z zarzutów podlegał uwzględnieniu, jeden z zarzutów podlegał oddaleniu. Stosownie do powyższego wyniku postępowania odwoławczego, Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w wysokości 1/2 oraz Odwołującego w wysokości ½.
W konsekwencji od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzono kwotę 10000 zł 00 gr, która stanowi 1/2 wysokości wpisu od odwołania, kwotę 1800 zł 00 gr, która stanowi 1/2 wartości wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.
Natomiast od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zasądzono kwotę 1800 zł 00 gr, która stanowi ½ wartości wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego.
Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……