

WYROK
z dnia 2 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Aneta Młacka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 2 lipca 2020 r. odwołań o sygn. akt KIO 1336/20 i o sygn. akt KIO 1337/20 wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 r. przez odwołującego: **KOLIN INŞAAT, TURİZM SANA YI VE TICARET ANONİM ŞİRKETİ** (ul. Horasan Sokak 14 Ankara) w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** (ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa) **Oddział w Białymstoku**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 1336/20 i odwołanie o sygn. akt KIO 1337/20;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **KOLIN INŞAAT, TURİZM SANA YI VE TICARET ANONİM ŞİRKETİ** (ul. Horasan Sokak 14 Ankara) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołań o sygn. akt: KIO 1336/20 i sygn. akt KIO 1337/20.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione przez wykonawcę: **KOLIN INŞAAT, TURİZM SANA YI VE TICARET ANONİM ŞİRKETİ** z Ankary (Turcja) w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez Zamawiającego: **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie** w przedmiocie zamówienia publicznego na:

1. „Projekt i budowę drogi S19 na odcinku od węzła Białystok Księżyno (bez węzła) do węzła Białystok Południe (z węzłem) oraz drogi krajowej nr 65 na odcinku od węzła Białystok Południe do m. Grabówka”; Nr ref. O.BI.D-3.2410.4.2020. (sygn. akt: KIO 1336/20)
2. „Projekt i budowę drogi S19 na odcinku od węzła Białystok Zachód (bez węzła) do węzła Białystok Księżyno (z węzłem)”. Nr ref. O.BI.D-3.2410.3.2020. (sygn. akt: KIO 1337/20)

Sygn. akt: KIO 1336/20

Odwołujący w niniejszym odwołaniu wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w związku:

- 1) z czynnością polegającą na poinformowaniu w dniu 5 czerwca 2020 r., na platformie zakupowej Zamawiającego pod adresem: (...) w dokumencie pn. „Zestaw pytań i wyjaśnień nr 2”, dotyczącym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Postępowaniu („SIWZ”), że termin składania ofert w Postępowaniu ulega przedłużeniu jedynie do dnia 29 czerwca 2020 r. do godziny 10:50 (a otwarcie ofert nastąpi tego samego dnia o godzinie 11:00);
- 2) z czynnością polegającą na opublikowaniu w Dz. Urz. UE. w dniu 9 czerwca 2020 r. sprostowania ogłoszenia o zamówienia będącego przedmiotem Postępowania i wprowadzenie zmiany w pkt VII. 1.2) przedmiotowego sprostowania w zakresie przedłużenia terminu składania i otwarcia ofert jedynie do dnia 29 czerwca 2020 r.;
- 3) z zaniechaniem polegającym na braku przedłużenia, w ramach czynności wskazanych w pkt 1 oraz 2 powyżej, terminu składania

ofert (w konsekwencji również terminu otwarcia ofert) o czas niezbędny do ich przygotowania przez wykonawców, uwzględniający daleko idące ograniczenia w przemieszczaniu się wynikające z przepisów prawa i wprowadzone w związku z pandemią wirusa COVID-19 oraz ilość i charakter zmian i wyjaśnień do SIWZ ogłoszonych przez Zamawiającego, tj. co najmniej do dnia 31 lipca 2020 roku;

4)z zaniechaniem polegającym na braku odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 28 maja 2020 r. o przedłużenie terminu składania ofert w Postępowaniu do dnia 31 lipca 2020 r.

Zaskarżone powyżej czynności oraz zaniechanie Zamawiającego naruszają zdaniem wykonawcy następujące przepisy Pzp:

1)art. 9a ust. 2 Pzp poprzez przedłużenie terminu składania ofert, wyznaczonego początkowo na dzień 22 czerwca 2020 roku, jedynie do dnia 29 czerwca 2020 r., czyli o 7 dni, a jednocześnie brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny do okoliczności związanych z obowiązującymi obostrzeniami i ograniczeniami dotyczącymi przemieszczania się (np. wstrzymanie ruchu granicznego, wstrzymanie lotów międzynarodowych, obowiązkowa kwarantanna), czyli do 31 lipca 2020 r., co należy uznać za zmianę niedostateczną, niedającą zwłaszcza personelowi wykonawców mających siedzibę za granicą (co dotyczy też Odwołującego) możliwości przyjazdu do Polski celem odbycia wizji lokalnej terenu realizacji zamówienia; w rezultacie zmiana ta nie odpowiada wymogom obowiązującym Zamawiającego przy ustalaniu przez Zamawiającego terminów składania ofert;

2)art. 38 ust. 6 Pzp w związku z art. 9a ust. 1 Pzp poprzez przedłużenie terminu składania ofert, wyznaczonego początkowo na dzień 22 czerwca 2020 roku jedynie do dnia 29 czerwca 2020 r., czyli o 7 dni, a jednocześnie brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny z uwagi na złożoność zamówienia w kontekście ilości i charakteru wyjaśnień składanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców oraz z uwagi na ilość i rodzaj zmian w dokumentacji Postępowania wprowadzonych przez Zamawiającego, czyli do 31 lipca 2020 roku; w rezultacie dokonana zmiana jest niedostateczna i nie odpowiada wymogom ustalania przez Zamawiającego terminów składania ofert;

3)art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez istotne utrudnienie Odwołującemu oraz innym wykonawcom, zwłaszcza zagranicznym, w wyniku nieprawidłowego przedłużenia terminu składania ofert, przygotowania i złożenia najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, co narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości;

4)art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez brak ustosunkowania się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego z dnia 28 maja 2020 r. o zmianę terminu składania ofert w Postępowaniu i jego przesunięcie do dnia 31 lipca 2020 r., pomimo iż wniosek Odwołującego został złożony z zachowaniem terminu wynikającego z art. 38 ust. 1 Pzp, w związku z czym Zamawiający powinien był ustosunkować się do niego niezwłocznie;

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania i o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenia o Zamówieniu w zakresie terminu składania ofert i terminu otwarcia ofert w Postępowaniu i wyznaczenie go na dzień 31 lipca 2020 roku lub ewentualnie na inny termin umożliwiający wszystkim wykonawcom rzetelne przygotowanie konkurencyjnych ofert uwzględniających wszystkie wyjaśnienia i zmiany SIWZ

ogłoszone przez Zamawiającego, a także umożliwiający Odwołującemu oraz innym wykonawcom spoza terytorium RP należyte przeprowadzenie oględzin terenu, na którym ma być realizowana inwestycja;

2) ewentualnie - w przypadku, gdy Zamawiający nie przesunie terminu składania ofert do czasu rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego i w dacie rozstrzygnięcia oferty zostaną już otwarte i/lub wybrana zostanie oferta najkorzystniejsza - wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i - w miejsce żądań określonych powyżej - o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

Ponadto, wniósł o:

a)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadka: Pana A. A., członka personelu Odwołującego, zajmującego stanowisko Business Development Manager (adres do doręczeń jak dla Odwołującego), świadek nie włada językiem polskim, lecz Odwołujący zapewni obecność na rozprawie tłumacza przysięgłego - na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania lub wynikające z uzasadnienia, w tym w szczególności celem uzasadnienia konieczności dokonania przez przedstawicieli Odwołującego wizji lokalnej miejsca inwestycji oraz konieczności przedłużenia terminu na składanie ofert w Postępowaniu;

b)dopuszczenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w tym z dokumentów powołanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu lub wynikające z uzasadnienia;

c)obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów niniejszego postępowania.

Odwołujący stwierdził, że (...) ma niewątpliwie interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp - ma interes w uzyskaniu zamówienia w Postępowaniu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Odwołujący jest przedsiębiorstwem budowlanym, jednym z trzech największych w Turcji, które powstało w 1977 roku i przez kolejne 43 lata zyskało bardzo dobrą reputację jako wykonawca dużych publicznych i prywatnych projektów deweloperskich. Odwołujący zrealizował 126 projektów w Turcji i za granicą, ma ogromne doświadczenie w prowadzeniu dużych inwestycji, w tym drogowych. Ma dobrą zdolność kredytową i wysoką wiarygodność wśród krajowych i międzynarodowych organizacji finansujących. Obecnie chciałby on rozszerzyć swoją działalność na terytorium Polski i czyni w tym celu zaawansowane przygotowania. Zamówienie będące przedmiotem Postępowania, tj. Projekt i budowa drogi SI9 na odcinku od węzła Białystok Księżyno (bez węzła) do węzła Białystok Południe (z węzłem) oraz drogi krajowej nr 65 na odcinku od węzła Białystok Południe do m. Grabówka, pozostaje w zakresie przedmiotu działalności gospodarczej Odwołującego i

Odwołujący ma interes w jego uzyskaniu. Utrzymanie obecnego terminu składania ofert może mu jednak uniemożliwić lub istotnie utrudnić złożenie dobrze przygotowanej i konkurencyjnej oferty, której opracowanie wymaga czasu poświęconego na szczegółowe analizy dokumentacji Postępowania wraz z dodatkowymi, bardzo licznymi wyjaśnieniami Zamawiającego i zmianami SIWZ oraz dokładnych oględzin miejsca prowadzenia inwestycji. Brak tego czasu spowodować musi zakładanie przez Odwołującego wyższych ryzyk i - co jest tego konsekwencją - zaproponowanie wyższej ceny ofertowej. Naraża to Odwołującego na szkodę w postaci niemożności uzyskania zamówienia w wyniku zaproponowania niekonkurencyjnej ceny ofertowej, mimo że mógłby on je wykonać w sposób w pełni satysfakcjonujący Zamawiającego, a jednocześnie za najkorzystniejszą cenę. Z tych względów Odwołujący złożył wniosek o zmianę terminu składania ofert na taki, który umożliwi mu należyte przygotowanie konkurencyjnej oferty. Wobec nieuwzględnienia ww. wniosku i wobec zmiany terminu składania ofert tylko o siedem dni, dla obrony interesu Odwołującego w Postępowaniu konieczne stało się zatem wniesienie niniejszego odwołania."

Wykonawca dalej podał, że „Pierwotny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 22 czerwca 2020 roku. W dniu 28 maja 2020 roku, a zatem przed końcem dnia, w którym upływała połowa wyznaczonego terminu składania ofert, Odwołujący złożył umotywowany wniosek o zmianę terminu składania ofert w Postępowaniu i jego przesunięcie do dnia 31 lipca 2020 roku. Wniosek Odwołującego został zatem złożony z zachowaniem terminu wynikającego z art. 38 ust. 1 Pzp, w związku z czym odpowiedź Zamawiającego powinna zostać opublikowana niezwłocznie, jednak nie później na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Co prawda ta data jeszcze nie nadeszła, jednak biorąc pod uwagę, iż Zamawiający publikuje wyjaśnienia opatrzone numeracją wynikającą z kolejności wpływu wniosków dotyczących SIWZ i do dnia 9 czerwca 2020 roku opublikował już odpowiedzi na pozostałe wnioski Odwołującego o zmianę i interpretację SIWZ, zasadne wydaje się twierdzenie, że Zamawiający dopuścił się zaniechania w udzieleniu wyjaśnień w odpowiedzi na złożony przez niego wniosek (poprzez jego uwzględnienie lub odmowę uwzględnienia) w terminie wskazanym przepisem art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. niezwłocznie. Wobec tego, najwcześniej od dnia 9 czerwca 2020 roku płynie dla Odwołującego termin wniesienia odwołania na zaniechanie Zamawiającego, na mocy art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Termin ten został zatem zachowany, wobec wniesienia przez Odwołującego niniejszego odwołania w dniu 15 czerwca 2020 roku". W dniu 5 czerwca 2020 roku Zamawiający opublikował „Zestaw pytań i wyjaśnień nr 2" w Postępowaniu, dalej: „Wyjaśnienia nr 2", w którym wskazał: „Zamawiający informuje, iż termin składania ofert określony w pkt 17.1 Instrukcji dla Wykonawców ulega przedłużeniu do dnia 29.06.2020 r. do godziny 10:50. Otwarcie ofert nastąpi tego samego dnia o godzinie 11:00 za pośrednictwem Platformy. Zamawiający informuje, że przekazał w dniu 05.06.2020 r. Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej „Sprostowanie — Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji". Treść opublikowanego ww. ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego (Platforma zakupowa) nastąpi w dniu publikacji Sprostowania - ogłoszenia zmian w Dz. U. U. E. Zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia tej zmiany ani jej podstawy prawnej. Z faktu opublikowania informacji o tej zmianie w piśmie zawierającym już drugi zestaw wyjaśnień do SIWZ, których w sumie jest ponad tysiąc, i z których niektóre doczekały się już ponownych wyjaśnień, a ponadto z faktu opublikowania tej informacji już po trzeciej zmianie postanowień SIWZ, można jednak domniemywać, że zmiana ta nie stanowi odpowiedzi na wniosek Odwołującego (do którego zresztą w żaden sposób Zamawiający się nie odwołuje), lecz jest od niego niezależna i jej podstawy należy upatrywać w przepisie art. 38 ust. 6 Pzp. Wobec tego, termin na wniesienie odwołania od tej zmiany należy liczyć, na mocy przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Wnosząc zatem odwołanie w dniu 15 czerwca 2020 roku, Odwołujący zachował powyższy termin. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że opisana w punkcie poprzedzającym zmiana, o której Zamawiający poinformował w Wyjaśnieniach nr 2, była pierwszym dokonaniem przez Zamawiającego przedłużeniem terminu do składania ofert. W konsekwencji, nawet gdyby Zamawiający twierdził, że zmiana ta stanowi de facto odpowiedź na wniosek Odwołującego z dnia 28 maja 2020 roku, to i tak po raz pierwszy dopiero z dniem 5 czerwca 2020 roku można by ewentualnie twierdzić, że Odwołujący dowiedział się,

że termin składania ofert nie zostanie uwzględniony zgodnie z jego wnioskiem. Wcześniej Odwołujący nie miał podstaw do sformułowania takiego wniosku. Wobec tego nie powinno budzić wątpliwości, że również i w takim przypadku składając odwołanie w dniu 15 czerwca 2020 roku Odwołujący zachował ustawowy termin do jego wniesienia”.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności prawne i faktyczne:

Naruszenie art. 9a ust. 2 Pzp - przedłużenie terminu składania ofert, wyznaczonego początkowego na dzień 22 czerwca 2020 r., jedynie do dnia 29 czerwca 2020 r., czyli o 7 dni, a jednocześnie brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny do okoliczności związanych z obowiązującymi obostrzeniami i ograniczeniami dotyczącymi przemieszczania się (np. wstrzymanie ruchu granicznego, wstrzymanie lotów międzynarodowych, obowiązkowa kwarantanna), czyli do 31 lipca 2020 r., co należy uznać za zmianę niedostateczną, niedającą zwłaszcza personelowi wykonawców mających siedzibę za granicą (co dotyczy też Odwołującego) możliwości przyjazdu do Polski celem odbycia wizji lokalnej terenu realizacji zamówienia; w rezultacie zmiana ta nie odpowiada wymogom obowiązującym przy ustalaniu terminów składania ofert.

1. Wobec obostrzeń i ograniczeń dotyczących przemieszczania się pomiędzy państwami (np. wstrzymanie ruchu granicznego, wstrzymanie lotów międzynarodowych, obowiązkowa kwarantanna), spowodowanych epidemią COVID-19, obowiązujących zarówno w dacie wszczęcia Postępowania, jak i w dacie ogłoszenia przez Zamawiającego informacji o przedłużeniu terminu składania ofert o 7 dni, wykonawcy spoza Polski (w tym Odwołujący) znajdują się w Postępowaniu w zdecydowanie gorszej pozycji niż wykonawcy polscy, gdyż nie mają możliwości osobistego dokonania oględzin terenu, gdzie ma być realizowane zamówienie stanowiące przedmiot Postępowania. dowód: okoliczność niewymagająca dowodu, fakt powszechnie znany i wynikający z obowiązujących regulacji prawnych.

Nie mogą również osobiście przeprowadzić lokalnych wywiadów i spotkań z potencjalnymi dostawcami, usługodawcami i podwykonawcami. Będąc zainteresowanymi w uzyskaniu zamówienia zmuszeni są więc albo do zrezygnowania z ubiegania się o to zamówienie, albo też do korzystania z pomocy lokalnych (polskich) pomocników, czego nie można jednak uznać za równoważne z osobistym uczestnictwem przedstawicieli wykonawcy w ustaleniu wszystkich okoliczności mających znaczenie dla właściwego przygotowania oferty przez tego wykonawcę. Sytuacja ta wkrótce powinna ulec zmianie, bowiem w dniu 10 czerwca 2020 r. (czyli już po kwestionowanej zmianie terminu dokonanej przez Zamawiającego) możliwość wjazdu na teren Polski od 13 czerwca 2020 r. uzyskali wykonawcy z terenu UE. Dla wykonawców spoza Unii taka możliwość nadal nie jest dostępna, natomiast te podmioty prawdopodobnie będą mogły skorzystać z lotów międzynarodowych, które jednak - zgodnie z ostatnimi decyzjami rządu RP - będą mogły zostać podjęte od 16 czerwca 2020 roku. Nie wiadomo przy tym jeszcze kiedy rejsy samolotowe zostaną faktycznie przywrócone przez linie lotnicze. Podsumowując - w dacie podjęcia przez Zamawiającego kwestionowanej decyzji nie uwzględniała ona (i nadal nie uwzględnia) bardzo istotnych ograniczeń w możliwości przemieszczania się wykonawców niemających siedziby na terytorium Polski, a w konsekwencji również możliwości przeprowadzenia przez nich oględzin miejsca planowanej inwestycji.

2. Dokonanie przedmiotowych oględzin jest o tyle istotne, że dotyczą one obowiązków kontraktowych wykonawcy wynikających z SIWZ, które mają wpływ na przygotowanie oferty i kalkulację ceny ofertowej. Złożony charakter zamówienia oraz fakt, iż części informacji istotnych dla prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej Zamawiający nie podaje, lecz należy je samodzielnie ustalić na podstawie wizji lokalnej terenu inwestycji, powodują, że ceny tej nie da się prawidłowo obliczyć bez przeprowadzenia takiej wizji. Wobec tego oczywistym jest, że czas ustalony przez Zamawiającego jako właściwy na przygotowanie i złożenie ofert musi tę okoliczność uwzględniać. Wynika to wprost przepisu art. 9a ust. 2 Pzp, zgodnie którym, w przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej albo po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie. W świetle tego przepisu oczywiste jest zatem, że nie można uznać za prawidłowe postępowanie Zamawiającego, który wszczyna Postępowanie w czasie stanu epidemii o zasięgu międzynarodowym, która wiąże się z bardzo poważnymi ograniczeniami w przemieszczaniu się (zwłaszcza między państwami), i który następnie, otrzymując umotywowany wniosek od co najmniej jednego wykonawcy zagranicznego zainteresowanego udziałem w Postępowaniu o przedłużenie terminu składania ofert tak, aby możliwe było zapoznanie się z terenem inwestycji również przez wykonawców zagranicznych, ignoruje ten wniosek i nie wprowadza wnioskowanej zmiany w adekwatnym do okoliczności wymiarze.

3. Odwołujący chciałby dodatkowo wyjaśnić, dlaczego tak istotne dla prawidłowego przygotowania przez niego konkurencyjnej oferty

jest przeprowadzenie wizji terenu inwestycji przez przedstawicieli Odwołującego z Turcji, niezależnie od dokonania takich oględzin przez polskich współpracowników Odwołującego. Otóż z racji tego, iż inwestycje w każdym kraju mają pewną swoją specyfikę, a jednocześnie polscy współpracownicy Odwołującego z oczywistych względów nie mają pełnej wiedzy na temat szczegółowych możliwości mobilizacji sprzętu i personelu Odwołującego z Turcji oraz szczególnych zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa Odwołującego i jego 43-letniego know-how w zakresie prowadzenia dużych projektów budowlanych, te dwa zespoły powinny pracować łącznie. Muszą one wymieniać się swoją wiedzą, aby móc właściwie ustalić dostępne i najbardziej ekonomicznie korzystne sposoby mobilizacji zasobów Odwołującego i metody realizacji zamówienia oraz związane z tym nakład pracy i koszty zamówienia, a także wspólnie zdiagnozować i wycenić potencjalne ryzyka i nieprzewidziane wydatki. Dopiero wówczas możliwe jest ustalenie marży, którą należy dodać do ceny oferty. Jeżeli jednak taka współpraca dwóch zespołów nie jest możliwa, ponieważ doświadczeni pracownicy Odwołującego nie mogą wspólnie z polskimi współpracownikami ocenić miejsca inwestycji, wówczas zakres ryzyk i rezerw, które Odwołujący musi wziąć pod uwagę przy kalkulacji ceny, jest wyższy, co może skutkować podwyższeniem ceny, i w rezultacie prowadzić do niekonkurencyjnej oferty. Bezpośrednia współpraca pracowników Odwołującego z Turcji z partnerem projektowym w Polsce wydaje się również niezbędna, aby jak najlepiej zoptymalizować wstępny projekt i przedmiar robót i aby odpowiednio obniżyć całkowity koszt, prowadząc do osiągnięcia konkurencyjnego charakteru oferty. Należy również podkreślić, że należyte przygotowanie przez Odwołującego jak najbardziej konkurencyjnej oferty jest działaniem wyłącznie na korzyść Zamawiającego, jak i Skarbu Państwa jako takiego. Wybór najkorzystniejszej oferty jest przecież celem Postępowania. Oczwistym jest przy tym, że nie chodzi wyłącznie o mechaniczną czynność wyboru spośród ofert dowolnie przygotowanych przez wykonawców, ale o czynne stworzenie przez Zamawiającego takich warunków w Postępowaniu, aby złożone oferty były prawidłowo przygotowane, a jednocześnie obiektywnie jak najbardziej korzystne finansowo dla Zamawiającego.

4. Podkreślił, że omawiana nieprawidłowa zmiana terminu składania ofert stanowi podstawę do wniesienia odwołania niezależnie od tego, czy możliwe i celowe było zaskarżenie również pierwotnej treści SIWZ. Dopiero bowiem z dniem złożenia przez Odwołującego wniosku z dnia 28 maja 2020 r. można mieć pewność, że Zamawiający miał wiedzę, że co najmniej jeden wykonawca zagraniczny zamierza wziąć udział w Postępowaniu, jednak z uwagi na obiektywne i nieprzewidywalne okoliczności wskazane we wniosku przygotowanie przez niego konkurencyjnej oferty jest znacząco utrudnione w wyznaczonym terminie. Od tej daty Zamawiający niewątpliwie miał świadomość, że czas niezbędny do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania ofert powinien być znacznie dłuższy. Zamawiający powinien był tę okoliczność uwzględnić, aby wypełnić dyspozycję przepisu art. 9a ust. 2 Pzp, a jednocześnie zapewnić wszystkim wykonawcom (nie tylko krajowym, ale i zagranicznym) równą możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Naruszenia art. 38 ust. 6 Pzp w związku z art. 9a ust. 1 Pzp - przedłużenie terminu składania ofert, wyznaczonego początkowego na dzień 22 czerwca 2020 r., jedynie do dnia 29 czerwca 2020 r., czyli o 7 dni, a jednocześnie brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny z uwagi na złożoność zamówienia w kontekście ilości i charakteru wyjaśnień składanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców oraz z uwagi na ilość i rodzaj zmian w dokumentacji wprowadzonych, czyli do 31 lipca 2020 r.; w rezultacie dokonana zmiana jest niedostateczna i nie odpowiada wymogom ustalania przez Zamawiającego terminów składania ofert.

1. Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 6 Pzp, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert. Na mocy natomiast art. 9a ust. 1 Pzp, wyznaczając terminy składania ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz czas potrzebny na sporządzenie ofert.

2. W niniejszej sprawie Zamawiający pierwotnie ustanowił 48-dniowy termin na składanie ofert. Następnie, po dokonaniu trzykrotnej zmiany SIWZ oraz udzieleniu odpowiedzi na ponad 1000 wątpliwości zgłoszonych przez wykonawców, z czego jedynie ok. 15% to pytania w mniejszym lub większym stopniu powtarzające się, przedłużył termin składania ofert o 7 dni. Dodatkowo, już po tej zmianie opublikował kolejne (na dzień złożenia odwołania - dwa) zestawy wyjaśnień, przy czym są to już również zmiany do wyjaśnień udzielonych uprzednio lub odpowiedzi na wątpliwości wykonawców wynikające z poprzednich wyjaśnień Zamawiającego. Zmiany i wyjaśnienia opublikowane dotychczas mają objętość ponad 350 stron i dotyczą bardzo szczegółowych kwestii technicznych - nie wystarczy je tylko przeczytać, lecz konieczna jest bardzo szczegółowa i uważna ich analiza, gdyż często oznaczają konieczność zmiany pewnych pierwotnych założeń wykonawców odnośnie planowanego zamówienia, w szczególności gdy wykluczają zastosowanie pewnych technologii lub nakazują interpretację wymagań odmienną niż sposób, w jaki pierwotnie rozumieł je

poszczególni wykonawcy. Ponadto, część odpowiedzi oznacza de facto brak odpowiedzi i pozostawienie rozwiązania wątpliwości samym wykonawcom, co wymaga dodatkowego namysłu. Część natomiast polega na poinformowaniu wykonawców, że całość dokumentacji i informacji, które posiada Zamawiający, została już wykonawcom przekazana i nie mogą oni otrzymać dodatkowych dokumentów lub informacji. To zaś oznaczać może również konieczność powtórzenia szeregu czynności wykonawcy, łącznie z ponownymi oględzinami miejsca inwestycji, celem ponownej oceny danych okoliczności już ze świadomością, że więcej informacji Zamawiający nie przekaze. Sam fakt zadania Zamawiającemu ponad 1000 pytań jest znamieny i pokazuje skalę wątpliwości, z którymi wykonawcy muszą się uporać przygotowując swoje oferty.

3. Wobec powyższego, nie sposób uznać dokonanego przez Zamawiającego przedłużenia terminu na składanie ofert o jedynie 7 dni za czynność prawidłową i spełniającą wymogi art. 38 ust. 6 oraz art. 9a ust. 1 Pzp. Przy takiej skali zmian i wyjaśnień, które w dodatku być może nie są jeszcze ostateczne, przedłużenie to nie może zostać uznane za dostateczne. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 lutego 2018 roku, sygn. KIO 187/18, termin składania ofert, w związku ze zmianą treści siwz, powinien być przedłużony przez zamawiającego o taki czas, który zapewni zachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że okres, o jaki przedłużony zostaje termin składania ofert, powinien zapewniać, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą dysponować wystarczającym czasem na dokonanie analizy zmian siwz, analizy ich wpływu na dotychczas przyjęte w ramach przygotowywanych ofert założenia, analizy zakresu koniecznych zmian w przygotowywanych ofertach, na dokonanie tych zmian oraz na dokonanie ponownej wyceny ofert. Jednocześnie, zgodnie z ww. zasadą, przedłużony termin składania ofert musi być wystarczająco długi, aby nie faworyzować żadnego z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie. Wydaje się przy tym, że powinien on być również wystarczająco długi tak, aby nie dyskryminować żadnego z wykonawców, co dotyczyć powinno zwłaszcza wykonawców zagranicznych, którzy potrzebują zapewnienia im pewnego dodatkowego czasu na tłumaczenie kolejnych, obszernych dokumentów, publikowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu. Potwierdza to Izba w wyroku z dnia 12 listopada 2014 roku, sygn. KIO 2167/2014 gdzie wskazała, że Zamawiający obowiązany jest w warunkach konkretnego postępowania, uwzględniać w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także UM>zględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu, wymaganą art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza również art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE zgodnie z którym (ust. 1) podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Zatem, uwzględniając systematykę art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE oraz ogólny charakter wytycznych zawartych w jego ust. 1 podkreślenia wymaga, że zasadą zarówno na gruncie unijnego jak i polskiego Prawa zamówień publicznych jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie terminów minimalnych lub zbliżonych do minimalnych (wyrok z dnia 27 września 2013 r., sygn. akt KIO 2188/13).

4. Zdaniem Odwołującego, właściwym przedłużonym terminem na składanie ofert jest dzień 31 lipca 2020 r.. Uwzględnia on bowiem ograniczenia w podróżowaniu na terytorium Polski oraz fakt, że prawdopodobnie dopiero pod koniec czerwca lub na początku lipca będzie możliwe odbycie podróży do Polski samolotem. Wtedy dopiero możliwe będzie dokonanie oględzin terenu planowanej inwestycji przez wykonawców zagranicznych. Ponadto, termin ten jest odpowiedni z uwagi na skalę zmian i wyjaśnień w SIWZ dokonanych dotychczas, jak i przy uwzględnieniu kolejnych. Wszyscy wykonawcy analizują bowiem obecnie odpowiedzi Zamawiającego opublikowane w ciągu ostatnich kilkunastu dni i identyfikują kolejne niejasne kwestie, które muszą zostać wyjaśnione aby oferty mogły zostać należycie przygotowane. Tymczasem, zdaniem Odwołującego, pomiędzy zakończeniem procesu udzielania przez Zamawiającego wyjaśnień do SIWZ a terminem składania ofert, powinien upłynąć pewien okres czasu tak, aby wykonawcy nie musieli w ostatnim momencie wprowadzać bez głębszego przemyślenia zmian wynikających z trwającego praktycznie do momentu składania ofert procesu weryfikacji dokumentacji Postępowania zarówno przez wykonawców, jak i Zamawiającego. Data 31 lipca 2020 roku, jako termin składania ofert, wydaje się być odpowiednia dla zapewnienia takiego odpowiedniego okresu na przygotowanie ofert.

Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - istotnie utrudnienie Odwołującemu oraz innym wykonawcom, zwłaszcza zagranicznym, w wyniku nieprawidłowego przedłużenia terminu składania ofert, przygotowania i złożenia najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, co narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości.

1. Uzasadnienie tego zarzutu zostało już de facto przywołane w różnych punktach niniejszego odwołania, w tym miejscu wystarczy

zatem krótkie podsumowanie: Zamawiający,

ustalając okres przedłużenia terminu składania ofert, zupełnie pominął obiektywne różnice w możliwości przygotowania oferty w wyznaczonym czasie pomiędzy wykonawcami krajowymi, jak i zagranicznymi, przez co rażąco naruszył zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia im warunków uczciwej konkurencji - na niekorzyść wykonawców zagranicznych. Należy przy tym podkreślić, że pomimo iż Odwołujący jest podmiotem mającym siedzibę w kraju spoza UE, to okoliczność ta nie ma w tym zakresie istotnego znaczenia, bowiem jego sytuacja w Postępowaniu jest analogiczna jak w przypadku wykonawców z Unii, którzy również nie mogli przyjechać na terytorium RP aby przeprowadzić wizję lokalną oraz potrzebują dodatkowego czasu na tłumaczenie obszernej dokumentacji przedstawianej co kilka dni przez Zamawiającego. Sytuacja wykonawców z UE oraz spoza niej różnicuje się dopiero obecnie, po otwarciu w dniu 13 czerwca 2020 roku granic Polski dla obywateli Unii. W praktyce dotyczyć to może jednak tylko wykonawców z krajów położonych blisko granic Polski, inni bowiem raczej nie podejmą się kilkudniowej podróży samochodem (w dodatku w czasie nadal trwającej epidemii, co wiąże się m.in. z ryzykiem konieczności odbywania po drodze kwarantanny) i będą czekać na przywrócenie ruchu lotniczego.

2. Zasada proporcjonalności została przez Zamawiającego złamana w tym sensie, że poprzez zaniechanie adekwatnego do okoliczności sprawy (zewnętrznych - epidemia COVID- 19 i wewnętrznych - bardzo wiele nieprecyzyjnych zapisów i luk w dokumentacji technicznej Postępowania, zmiany SIWZ) przedłużenia terminu składania ofert, bardzo utrudnił on - jeśli nie uniemożliwił - wykonawcom zagranicznym złożenie konkurencyjnych ofert, czyli ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom zagranicznym, w tym również takim, którzy dają rękojmię należytego jego wykonania. Zasadność takiego również znaczenia zasady proporcjonalności potwierdziła Izba w wyroku z dnia 29 marca 2017 r., sygn. akt KIO 470/17, w którym stwierdziła, że w realiach danej sprawy zbyt krótki termin składania ofert może zostać uznany za naruszający zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy.

3. Jednocześnie Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości, wyrażającą się w postulatcie aby procedura udzielania zamówień publicznych była prowadzona według czytelnych reguł. Dyskryminacja wykonawców zagranicznych w Postępowaniu jest tymczasem zupełnie niezrozumiała, tym bardziej, że prowadzić może do wyboru oferty mniej korzystnej dla Zamawiającego. Ponadto, zasada przejrzystości wymaga, aby ustalając termin przedłużenia składania ofert, Zamawiający nie dokonywał tego „krokowo” (jedynie np. o 7 dni i następnie ewentualnie o kolejne, krótkie okresy), lecz kompleksowo i zdecydowanie (tj. przy pierwszej czynności przedłużenia - o termin niezbędny do prawidłowego przygotowania ofert, czyli w szczególności do dnia 31 lipca 2020 r., zgodnie z wnioskiem Odwołującego), skoro już przy pierwszej czynności przedłużenia Zamawiający miał wiedzę, że przedłużenie jedynie o 7 dni będzie niewystarczające i nieadekwatne do charakteru dokonanych zmian w SIWZ lub udzielonych wyjaśnień, a także - nieodpowiadające aktualnej, jak również dającej się przewidzieć w dacie ogłoszenia Wyjaśnień nr 2 sytuacji epidemiologicznej. W wyniku naruszenia tej zasady przez Zamawiającego wykonawcy pozostają obecnie w stanie niepewności czy Zamawiający ponownie przedłuży termin składania ofert, a jeżeli tak, to o jaki termin, czy też termin wyznaczony obecnie należy rzeczywiście traktować jako ostateczny. Powyższe nie czyni zadość zasadzie przejrzystości.

Naruszenia art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp - brak ustosunkowania się przez Zamawiającego do wniosku z dnia 28 maja 2020 r. o zmianę terminu składania ofert w Postępowaniu i jego przesunięcie do dnia 31 lipca 2020 r., pomimo że wniosek Odwołującego został złożony z zachowaniem terminu wynikającego z art. 38 ust. 1 Pzp, w związku z czym Zamawiającego powinien był ustosunkować się do niego niezwłocznie.

W dniu 28 maja 2020 r. Odwołujący złożył wniosek o przedłużenie terminu składania ofert w Postępowaniu do dnia 31 lipca 2020 r. Wniosek ten wpłynął do Zamawiającego przed końcem dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert, w związku z czym, zgodnie z powszechną praktyką, powinien być zostać rozpoznany w takim trybie, jak wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, czyli niezwłocznie, jednak nie później niż sześć dni przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający do dnia złożenia niniejszego odwołania nie odpowiedział na wniosek Wykonawcy. W dniu 9 czerwca 2020 r. opublikował odpowiedzi (odmowne) na szereg innych wniosków o zmianę SIWZ złożonych w tym samym dniu przez Odwołującego, ten jednak pominął. Wszystkie te odpowiedzi podawane są w formule: cytowany wniosek + odpowiedź i w takiej formule jak dotąd Zamawiający nie ustosunkował się do wniosku Odwołującego, pomimo rozpoznania pozostałych jego wniosków.

Odwołujący nie może wykluczyć, że Zamawiający będzie twierdzić, że odpowiedzią na wniosek Odwołującego jest zmiana terminu dokonana przez Zamawiającego w dniu 5 czerwca 2020 r., w piśmie zatytułowanym „Wyjaśnienia nr 2”. Zamawiający nie podał jednak

żadnego uzasadnienia tej zmiany ani jej podstawy prawnej. Z faktu opublikowania informacji o nowym terminie w piśmie zawierającym już drugi zestaw wyjaśnień do SIWZ oraz po trzeciej już zmianie postanowień SIWZ, można jednak domniemywać, że zmiana ta nie stanowi odpowiedzi na wniosek Odwołującego (do którego zresztą w żaden sposób Zamawiający się nie odwołuje), lecz jest od niego niezależna i jej podstawy należy upatrywać przepisie art. 38 ust. 6 Pzp. Zdaniem Odwołującego, podstawa prawna i faktyczna dokonanej zmiany terminu powinna zostać jednoznacznie oznaczona tak, aby nie pozostawiać po stronie Odwołującego niepewności odnośnie tego, czy jego wniosek został już rozpoznany czy też nie.

Podsumowując niniejsze odwołanie należy stwierdzić, że wskazane w nim naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp mają niewątpliwie wpływ na wynik Postępowania i mogą uniemożliwić Odwołującemu, a także innym wykonawcom, a zwłaszcza tym, których personel przebywa za granicą, skuteczne ubieganie się o udzielenie i realizację przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie szkodę w ich wyniku może ponieść sam Zamawiający, bowiem może być zmuszony do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie byłaby najkorzystniejsza gdyby wszyscy wykonawcy, w tym zagraniczni, mieli możliwość prawidłowego przygotowania ofert.

Sygn. akt: KIO 677/20

Odwołujący w niniejszym odwołaniu wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w związku:

1)z czynnością polegającą na poinformowaniu w dniu 5 czerwca 2020 r., na platformie zakupowej Zamawiającego pod adresem: (...) w dokumencie pn. „Zestaw pytań i wyjaśnień nr 2”, dotyczącym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Postępowaniu („SIWZ”), że termin składania ofert w Postępowaniu ulega przedłużeniu jedynie do dnia 25 czerwca 2020 r. do godziny 10:50 (a otwarcie ofert nastąpi tego samego dnia o godzinie 11:00);

2)z czynnością polegającą na opublikowaniu w Dz. Urz. UE. w dniu 9 czerwca 2020 r. sprostowania ogłoszenia o zamówienia będącego przedmiotem Postępowania i wprowadzenie zmiany w pkt VII. 1.2) przedmiotowego sprostowania w zakresie przedłużenia terminu składania i otwarcia ofert jedynie do dnia 25 czerwca 2020 r.;

3)z zaniechaniem polegającym na braku przedłużenia, w ramach czynności wskazanych w pkt 1 oraz 2 powyżej, terminu składania ofert (w konsekwencji również terminu otwarcia ofert) o czas niezbędny do ich przygotowania przez wykonawców, uwzględniający daleko idące ograniczenia w przemieszczaniu się wynikające z przepisów prawa i wprowadzone w związku z pandemią wirusa COVID-19 oraz ilość i charakter zmian i wyjaśnień do SIWZ ogłoszonych przez Zamawiającego, tj. co najmniej do dnia 31 lipca 2020 roku;

4)z zaniechaniem polegającym na braku odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 27 maja 2020 r. o przedłużenie terminu składania ofert w Postępowaniu do dnia 31 lipca 2020 r. Zaskarżone powyżej czynności oraz zaniechanie Zamawiającego naruszają zdaniem wykonawcy następujące przepisy Pzp:

1)art. 9a ust. 2 Pzp poprzez przedłużenie terminu składania ofert, wyznaczonego początkowo na dzień 19 czerwca 2020 r., jedynie do dnia 25 czerwca 2020 r., czyli o 6 dni, a jednocześnie brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny do okoliczności związanych z obowiązującymi obostrzeniami i ograniczeniami dotyczącymi przemieszczania się (np.

wstrzymanie ruchu granicznego, wstrzymanie lotów międzynarodowych, obowiązkowa kwarantanna), czyli do 31 lipca 2020 r., co należy uznać za zmianę niedostateczną, niedającą zwłaszcza personelowi wykonawców mających siedzibę za granicą (co dotyczy też Odwołującego) możliwości przyjazdu do Polski celem odbycia wizji lokalnej terenu realizacji zamówienia; w rezultacie zmiana ta nie odpowiada wymogom obowiązującym Zamawiającego przy ustalaniu przez Zamawiającego terminów składania ofert;

2)art. 38 ust. 6 Pzp w związku z art. 9a ust. 1 Pzp poprzez przedłużenie terminu składania ofert, wyznaczonego początkowo na dzień 19 czerwca 2020 r. jedynie do dnia 25 czerwca 2020 r., czyli o 6 dni, a jednocześnie brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny z uwagi na złożoność zamówienia w kontekście ilości i charakteru wyjaśnień składanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców oraz z uwagi na ilość i rodzaj zmian w dokumentacji Postępowania wprowadzonych przez Zamawiającego, czyli do 31 lipca 2020 r.; w rezultacie dokonana zmiana jest niedostateczna i nie odpowiada wymogom ustalania przez Zamawiającego terminów składania ofert;

3)art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez istotne utrudnienie Odwołującemu oraz innym wykonawcom, zwłaszcza zagranicznym, w wyniku nieprawidłowego przedłużenia terminu składania ofert, przygotowania i złożenia najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, co narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości;

4)art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez brak ustosunkowania się przez Zamawiającego do wniosku Odwołującego z dnia 27 maja 2020 r. o zmianę terminu składania ofert w Postępowaniu i jego przesunięcie do dnia 31 lipca 2020 r., pomimo iż wniosek Odwołującego został złożony z zachowaniem terminu wynikającego z art. 38 ust. 1 Pzp, w związku z czym Zamawiający powinien był ustosunkować się do

niego niezwłocznie;

W związku z powyższymi zarzutami wniósł o:

- 1)uwzględnienie niniejszego odwołania i o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenia o Zamówieniu w zakresie terminu składania ofert i terminu otwarcia ofert w Postępowaniu i wyznaczenie go na dzień 31 lipca 2020 r. lub ewentualnie na inny termin umożliwiający wszystkim wykonawcom rzetelne przygotowanie konkurencyjnych ofert uwzględniających wszystkie wyjaśnienia i zmiany SIWZ ogłoszone przez Zamawiającego, a także umożliwiający Odwołującemu oraz innym wykonawcom spoza terytorium RP należyte przeprowadzenie oględzin terenu, na którym ma być realizowana inwestycja;
- 2)ewentualnie - w przypadku, gdy Zamawiający nie przesunie terminu składania ofert do czasu rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego i w dacie rozstrzygnięcia oferty zostaną już otwarte i/lub wybrana zostanie oferta najkorzystniejsza - wnosząc o uwzględnienie niniejszego odwołania i - w miejsce żądań określonych powyżej - o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

Ponadto, wniósł o:

- a)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadka: Pana A. A., członka personelu Odwołującego, zajmującego stanowisko Business Development Manager (adres do doręczeń jak dla Odwołującego), świadek nie włada językiem polskim, lecz Odwołujący zapewni obecność na rozprawie tłumacza przysięgłego - na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania lub wynikające z uzasadnienia, w tym w szczególności celem uzasadnienia konieczności dokonania przez przedstawicieli Odwołującego wizji lokalnej miejsca inwestycji oraz konieczności przedłużenia terminu na składanie ofert w Postępowaniu;
- b)dopuszczenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w tym z dokumentów powołanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu lub wynikające z uzasadnienia;
- c)obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów niniejszego postępowania.

Odwołujący stwierdził, że (...) ma niewątpliwie interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp - ma interes w uzyskaniu zamówienia w Postępowaniu oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów przez Zamawiającego. Odwołujący jest przedsiębiorstwem budowlanym, jednym z trzech największych w Turcji, które powstało w 1977 roku i przez kolejne 43 lata zyskało bardzo dobrą reputację jako wykonawca dużych publicznych i prywatnych projektów deweloperskich. Odwołujący zrealizował 126 projektów w Turcji i za granicą, ma ogromne doświadczenie w prowadzeniu dużych inwestycji, w tym drogowych. Ma dobrą zdolność kredytową i wysoką wiarygodność wśród krajowych i międzynarodowych organizacji finansujących. Obecnie chciałby on rozszerzyć swoją działalność na terytorium Polski i czyni w tym celu zaawansowane przygotowania. Zamówienie będące przedmiotem Postępowania, tj. Projekt i budowa drogi SI9 na odcinku od węzła Białystok Księżyno (bez węzła) do węzła Białystok Południe (z węzłem) oraz drogi krajowej nr 65 na odcinku od węzła Białystok Południe do m. Grabówka, pozostaje w zakresie przedmiotu działalności gospodarczej Odwołującego i Odwołujący ma interes w jego uzyskaniu. Utrzymanie obecnego terminu składania ofert może mu jednak uniemożliwić lub istotnie utrudnić złożenie dobrze przygotowanej i konkurencyjnej oferty, której opracowanie wymaga czasu poświęconego na szczegółowe analizy dokumentacji Postępowania wraz z dodatkowymi, bardzo licznymi wyjaśnieniami Zamawiającego i zmianami SIWZ oraz dokładnych oględzin miejsca prowadzenia inwestycji. Brak tego czasu spowodować musi zakładanie przez Odwołującego wyższych ryzyk i - co jest tego konsekwencją - zaproponowanie wyższej ceny ofertowej. Naraża to Odwołującego na szkodę w postaci niemożności uzyskania zamówienia w wyniku zaproponowania niekonkurencyjnej ceny ofertowej, mimo że mógłby on je wykonać w sposób w pełni satysfakcjonujący Zamawiającego, a jednocześnie za najkorzystniejszą cenę. Z tych względów Odwołujący złożył wniosek o zmianę terminu składania ofert na taki, który umożliwi mu należyte przygotowanie konkurencyjnej oferty. Wobec nieuwzględnienia ww wniosku i wobec zmiany terminu składania ofert tylko o siedem dni, dla obrony interesu Odwołującego w Postępowaniu konieczne stało się zatem wniesienie niniejszego odwołania." Wykonawca dalej podał, że „Pierwotny termin składania ofert został wyznaczony na dzień 22 czerwca 2020 roku. W dniu 28 maja 2020 roku, a zatem przed końcem dnia, w którym upływała połowa wyznaczonego terminu składania ofert, Odwołujący złożył umotywowany wniosek o zmianę terminu składania ofert w Postępowaniu i jego przesunięcie do dnia 31 lipca 2020 roku. Wniosek Odwołującego został zatem złożony z zachowaniem terminu wynikającego z art. 38 ust. 1 Pzp, w związku z czym odpowiedź Zamawiającego powinna zostać opublikowana niezwłocznie, jednak nie później na 6 dni przed upływem terminu składania ofert. Co prawda ta data jeszcze nie nadeszła, jednak biorąc pod uwagę, iż Zamawiający publikuje wyjaśnienia opatrzone numeracją wynikającą z kolejności wpływu wniosków dotyczących SIWZ i do dnia 9

czerwca 2020 roku opublikował już odpowiedzi na pozostałe wnioski Odwołującego o zmianę i interpretację SIWZ, zasadne wydaje się twierdzenie, że Zamawiający dopuścił się zaniechania w udzieleniu wyjaśnień w odpowiedzi na złożony przez niego wniosek (poprzez jego uwzględnienie lub odmowę uwzględnienia) w terminie wskazanym przepisem art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. niezwłocznie. Wobec tego, najwcześniej od dnia 9 czerwca 2020 roku płynie dla Odwołującego termin wniesienia odwołania na zaniechanie Zamawiającego, na mocy art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Termin ten został zatem zachowany, wobec wniesienia przez Odwołującego niniejszego odwołania w dniu 15 czerwca 2020 roku". W dniu 5 czerwca 2020 roku Zamawiający opublikował „Zestaw pytań i wyjaśnień nr 2” w Postępowaniu, dalej: „Wyjaśnienia nr 2”, w którym wskazał: „Zamawiający informuje, iż termin składania ofert określony w pkt 17.1 Instrukcji dla Wykonawców ulega przedłużeniu do dnia 29.06.2020 r. do godziny 10:50. Otwarcie ofert nastąpi tego samego dnia o godzinie 11:00 za pośrednictwem Platformy. Zamawiający informuje, że przekazał w dniu 05.06.2020 r. Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej „Sprostowanie — Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji”. Treść opublikowanego w/w ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego (Platforma zakupowa) nastąpi w dniu publikacji Sprostowania - ogłoszenia zmian w Dz. U. U. E. Zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia tej zmiany ani jej podstawy prawnej. Z faktu opublikowania informacji o tej zmianie w piśmie zawierającym już drugi zestaw wyjaśnień do SIWZ, których w sumie jest ponad tysiąc, i z których niektóre doczekały się już ponownych wyjaśnień, a ponadto z faktu opublikowania tej informacji już po trzeciej zmianie postanowień SIWZ, można jednak domniemywać, że zmiana ta nie stanowi odpowiedzi na wniosek Odwołującego (do którego zresztą w żaden sposób Zamawiający się nie odwołuje), lecz jest od niego niezależna i jej podstawy należy upatrywać w przepisie art. 38 ust. 6 Pzp. Wobec tego, termin na wniesienie odwołania od tej zmiany należy liczyć, na mocy przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Wnosząc zatem odwołanie w dniu 15 czerwca 2020 roku. Odwołujący zachował powyższy termin. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że opisana w punkcie poprzedzającym zmiana, o której Zamawiający poinformował w Wyjaśnieniach nr 2, była pierwszym dokonaniem przez Zamawiającego przedłużeniem terminu do składania ofert. W konsekwencji, nawet gdyby Zamawiający twierdził, że zmiana ta stanowi de facto odpowiedź na wniosek Odwołującego z dnia 28 maja 2020 roku, to i tak po raz pierwszy dopiero z dniem 5 czerwca 2020 roku można by ewentualnie twierdzić, że Odwołujący dowiedział się, że termin składania ofert nie zostanie uwzględniony zgodnie z jego wnioskiem. Wcześniej Odwołujący nie miał podstaw do sformułowania takiego wniosku. Wobec tego nie powinno budzić wątpliwości, że również i w takim przypadku składając odwołanie w dniu 15 czerwca 2020 roku Odwołujący zachował ustawowy termin do jego wniesienia”.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności prawne i faktyczne:

Naruszenie art. 9a ust. 2 Pzp - przedłużenie terminu składania ofert, wyznaczonego początkowego na dzień 19 czerwca 2020 r., jedynie do dnia 25 czerwca 2020 r., czyli o 6 dni, a jednocześnie brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny do okoliczności związanych z obowiązującymi obostrzeniami i ograniczeniami dotyczącymi przemieszczania się (np. wstrzymanie ruchu granicznego, wstrzymanie lotów międzynarodowych, obowiązkowa kwarantanna), czyli do 31 lipca 2020 r., co należy uznać za zmianę niedostateczną, niedającą zwłaszcza personelowi wykonawców mających siedzibę za granicą (co dotyczy też Odwołującego) możliwości przyjazdu do Polski celem odbycia wizji lokalnej terenu realizacji zamówienia; w rezultacie zmiana ta nie odpowiada wymogom obowiązującym przy ustalaniu terminów składania ofert.

1. Wobec obostrzeń i ograniczeń dotyczących przemieszczania się pomiędzy państwami (np. wstrzymanie ruchu granicznego, wstrzymanie lotów międzynarodowych, obowiązkowa kwarantanna), spowodowanych epidemią COVID-19, obowiązujących zarówno w dacie wszczęcia Postępowania, jak i w dacie ogłoszenia przez Zamawiającego informacji o przedłużeniu terminu składania ofert o 6 dni, wykonawcy spoza Polski (w tym Odwołujący) znajdują się w Postępowaniu w zdecydowanie gorszej pozycji niż wykonawcy polscy, gdyż nie mają możliwości osobistego dokonania oględzin terenu, gdzie ma być realizowane zamówienie stanowiące przedmiot Postępowania. dowód: okoliczność niewymagająca dowodu, fakt powszechnie znany i wynikający z obowiązujących regulacji prawnych. Nie mogą również osobiście przeprowadzić lokalnych wywiadów i spotkań z potencjalnymi dostawcami, usługodawcami i podwykonawcami. Będąc zainteresowanymi w uzyskaniu zamówienia zmuszeni są więc albo do zrezygnowania z ubiegania się o to zamówienie, albo też do korzystania z pomocy lokalnych (polskich) pomocników, czego nie można jednak uznać za równoważne z osobistym uczestnictwem przedstawicieli wykonawcy w ustaleniu wszystkich okoliczności mających znaczenie dla właściwego przygotowania oferty przez tego wykonawcę. Sytuacja ta wkrótce powinna ulec zmianie, bowiem w dniu 10 czerwca 2020 r. (czyli już po kwestionowanej zmianie terminu dokonanej przez Zamawiającego) możliwość wjazdu na teren Polski od 13 czerwca 2020 r. uzyskali

wykonawcy z terenu UE. Dla wykonawców spoza Unii taka możliwość nadal nie jest dostępna, natomiast te podmioty prawdopodobnie będą mogły skorzystać z lotów międzynarodowych, które jednak - zgodnie z ostatnimi decyzjami rządu RP - będą mogły zostać podjęte od 16 czerwca 2020 roku. Nie wiadomo przy tym jeszcze kiedy rejsy samolotowe zostaną faktycznie przywrócone przez linie lotnicze. Podsumowując - w dacie podjęcia przez Zamawiającego kwestionowanej decyzji nie uwzględniała ona (i nadal nie uwzględnia) bardzo istotnych ograniczeń w możliwości przemieszczania się wykonawców niemających siedziby na terytorium Polski, a w konsekwencji również możliwości przeprowadzenia przez nich oględzin miejsca planowanej inwestycji.

2. Dokonanie przedmiotowych oględzin jest o tyle istotne, że dotyczą one obowiązków kontraktowych wykonawcy wynikających z SIWZ, które mają wpływ na przygotowanie oferty i kalkulację ceny ofertowej. Złożony charakter zamówienia oraz fakt, iż części informacji istotnych dla prawidłowego skalkulowania ceny ofertowej Zamawiający nie podaje, lecz należy je samodzielnie ustalić na podstawie wizji lokalnej terenu inwestycji, powodują, że ceny tej nie da się prawidłowo obliczyć bez przeprowadzenia takiej wizji. Wobec tego oczywistym jest, że czas ustalony przez Zamawiającego jako właściwy na przygotowanie i złożenie ofert musi tę okoliczność uwzględniać. Wynika to wprost przepisu art. 9a ust. 2 Pzp, zgodnie którym, w przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej albo po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie. W świetle tego przepisu oczywiste jest zatem, że nie można uznać za prawidłowe postępowania Zamawiającego, który wszczyna Postępowanie w czasie stanu epidemii o zasięgu międzynarodowym, która wiąże się z bardzo poważnymi ograniczeniami w przemieszczaniu się (zwłaszcza między państwami), i który następnie, otrzymując umotywowany wniosek od co najmniej jednego wykonawcy zagranicznego zainteresowanego udziałem w Postępowaniu o przedłużenie terminu składania ofert tak, aby możliwe było zapoznanie się z terenem inwestycji również przez wykonawców zagranicznych, ignoruje ten wniosek i nie wprowadza wnioskowanej zmiany w adekwatnym do okoliczności wymiarze.

3. Odwołujący dodatkowo wyjaśnił, dlaczego tak istotne dla prawidłowego przygotowania przez niego konkurencyjnej oferty jest przeprowadzenie wizji terenu inwestycji przez przedstawicieli Odwołującego z Turcji, niezależnie od dokonania takich oględzin przez polskich współpracowników Odwołującego. Otóż z racji tego, iż inwestycje w każdym kraju mają pewną swoją specyfikę, a jednocześnie polscy współpracownicy Odwołującego z oczywistych względów nie mają pełnej wiedzy na temat szczegółowych możliwości mobilizacji sprzętu i personelu Odwołującego z Turcji oraz szczególnych zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa Odwołującego i jego 43- letniego know-how w zakresie prowadzenia dużych projektów budowlanych, te dwa zespoły powinny pracować łącznie. Muszą one wymieniać się swoją wiedzą, aby móc właściwie ustalić dostępne i najbardziej ekonomicznie korzystne sposoby mobilizacji zasobów Odwołującego i metody realizacji zamówienia oraz związane z tym nakład pracy i koszty zamówienia, a także wspólnie zdiagnozować i wycenić potencjalne ryzyka i nieprzewidziane wydatki. Dopiero wówczas możliwe jest ustalenie marży, którą należy dodać do ceny oferty. Jeżeli jednak taka współpraca dwóch zespołów nie jest możliwa, ponieważ doświadczeni pracownicy Odwołującego nie mogą wspólnie z polskimi współpracownikami ocenić miejsca inwestycji, wówczas zakres ryzyk i rezerw, które Odwołujący musi wziąć pod uwagę przy kalkulacji ceny, jest wyższy, co może skutkować podwyższeniem ceny, i w rezultacie prowadzić do niekonkurencyjnej oferty. Bezpośrednia współpraca pracowników Odwołującego z Turcji z partnerem projektowym w Polsce wydaje się również niezbędna, aby jak najlepiej zoptymalizować wstępny projekt i przedmiar robót i aby odpowiednio obniżyć całkowity koszt, prowadząc do osiągnięcia konkurencyjnego charakteru oferty. Należy również podkreślić, że należyte przygotowanie przez Odwołującego jak najbardziej konkurencyjnej oferty jest działaniem wyłącznie na korzyść Zamawiającego, jak i Skarbu Państwa jako takiego. Wybór najkorzystniejszej oferty jest przecież celem Postępowania. Oczywistym jest przy tym, że nie chodzi wyłącznie o mechaniczną czynność wyboru spośród ofert dowolnie przygotowanych przez wykonawców, ale o czynne stworzenie przez Zamawiającego takich warunków w Postępowaniu, aby złożone oferty były prawidłowo przygotowane, a jednocześnie obiektywnie jak najbardziej korzystne finansowo dla Zamawiającego.

4. Podkreślił, że omawiana nieprawidłowa zmiana terminu składania ofert stanowi podstawę do wniesienia odwołania niezależnie od tego, czy możliwe i celowe było zaskarżenie również pierwotnej treści SIWZ. Dopiero bowiem z dniem złożenia przez Odwołującego wniosku z dnia 27 maja 2020 r. można mieć pewność, że Zamawiający miał wiedzę, że co najmniej jeden wykonawca zagraniczny zamierza wziąć udział w Postępowaniu, jednak z uwagi na obiektywne i nieprzewidywalne okoliczności wskazane we wniosku przygotowanie przez niego konkurencyjnej oferty jest znacząco utrudnione w wyznaczonym terminie. Od tej daty Zamawiający niewątpliwie miał świadomość, że czas niezbędny do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania ofert powinien być znacznie dłuższy. Zamawiający powinien był tę okoliczność uwzględnić, aby wypełnić dyspozycję przepisu art. 9a

ust. 2 Pzp, a jednocześnie zapewnić wszystkim wykonawcom (nie tylko krajowym, ale i zagranicznym) równą możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Naruszenia art. 38 ust. 6 Pzp w związku z art. 9a ust. 1 Pzp - przedłużenie terminu składania ofert, wyznaczonego początkowo na dzień 22 czerwca 2020 r., jedynie do dnia 29 czerwca 2020 r., czyli o 7 dni, a jednocześnie brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny z uwagi na złożoność zamówienia w kontekście ilości i charakteru wyjaśnień składanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców oraz z uwagi na ilość i rodzaj zmian w dokumentacji wprowadzonych przez Zamawiającego, czyli do 31 lipca 2020 r.; w rezultacie dokonana zmiana jest niedostateczna i nie odpowiada wymogom ustalania terminów składania ofert.

1. Zgodnie z przepisem art. 38 ust. 6 Pzp, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert. Na mocy natomiast art. 9a ust. 1 Pzp, wyznaczając terminy składania ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz czas potrzebny na sporządzenie ofert.

2. W niniejszej sprawie Zamawiający pierwotnie ustanowił 48-dniowy termin na składanie ofert. Następnie, po dokonaniu trzykrotnej zmiany SIWZ oraz udzieleniu odpowiedzi na ponad 1000 wątpliwości zgłoszonych przez wykonawców, z czego jedynie ok 15% to pytania w mniejszym lub większym stopniu powtarzające się, przedłużył termin składania ofert o 6 dni. Dodatkowo, już po tej zmianie opublikował kolejne (na dzień złożenia odwołania - dwa) zestawy wyjaśnień, przy czym są to już również zmiany do wyjaśnień udzielonych uprzednio lub odpowiedzi na wątpliwości wykonawców wynikające z poprzednich wyjaśnień Zamawiającego. Zmiany i wyjaśnienia opublikowane dotychczas mają objętość ponad 350 stron i dotyczą bardzo szczegółowych kwestii technicznych - nie wystarczy je tylko przeczytać, lecz konieczna jest bardzo szczegółowa i uważna ich analiza, gdyż często oznaczają konieczność zmiany pewnych pierwotnych założeń wykonawców odnośnie planowanego zamówienia, w szczególności gdy wykluczają zastosowanie pewnych technologii lub nakazują interpretację wymagań odmienną niż sposób, w jaki pierwotnie rozumieli je poszczególni wykonawcy. Ponadto, część odpowiedzi oznacza de facto brak odpowiedzi i pozostawienie rozwiązania wątpliwości samym wykonawcom, co wymaga dodatkowego namysłu. Część natomiast polega na poinformowaniu wykonawców, że całość dokumentacji i informacji, które posiada Zamawiający, została już wykonawcom przekazana i nie mogą oni otrzymać dodatkowych dokumentów lub informacji. To zaś oznaczać może również konieczność powtórzenia szeregu czynności wykonawcy, łącznie z ponownymi oględzinami miejsca inwestycji, celem ponownej oceny danych okoliczności już ze świadomością, że więcej informacji Zamawiający nie przekaze. Sam fakt zadania Zamawiającemu ponad 1000 pytań jest znamieny i pokazuje skalę wątpliwości, z którymi wykonawcy muszą się uporać przygotowując swoje oferty.

3. Wobec powyższego, nie sposób uznać dokonanego przez Zamawiającego przedłużenia terminu na składanie ofert o jedynie 6 dni za czynność prawidłową i spełniającą wymogi art. 38 ust. 6 oraz art. 9a ust. 1 Pzp. Przy takiej skali zmian i wyjaśnień, które w dodatku być może nie są jeszcze ostateczne, przedłużenie to nie może zostać uznane za dostateczne. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 187/18, termin składania ofert, w związku ze zmianą treści siwz, powinien być przedłużony przez zamawiającego o taki czas, który zapewni zachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że okres, o jaki przedłużony zostaje termin składania ofert, powinien zapewniać, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą dysponować wystarczającym czasem na dokonanie analizy zmian siwz, analizy ich wpływu na dotychczas przyjęte w ramach przygotowywanych ofert założenia, analizy zakresu koniecznych zmian w przygotowywanych ofertach, na dokonanie tych zmian oraz na dokonanie ponownej wyceny ofert. Jednocześnie, zgodnie z ww. zasadą, przedłużony termin składania ofert musi być wystarczająco długi, aby nie faworyzować żadnego z wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie. Wydaje się przy tym, że powinien on być również wystarczająco długi tak, aby nie dyskryminować żadnego z wykonawców, co dotyczyć powinno zwłaszcza wykonawców zagranicznych, którzy potrzebują zapewnienia im pewnego dodatkowego czasu na tłumaczenie kolejnych, obszernych dokumentów, publikowanych przez Zamawiającego w Postępowaniu. Potwierdza to Izba w wyroku z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. KIO 2167/2014 gdzie wskazała, że Zamawiający obowiązany jest w warunkach konkretnego postępowania, uwzględniać w szczególności opis przedmiotu zamówienia i jego złożoność oraz rozmiar, a także uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty przez każdego z wykonawców, zapewniając tym samym realną oraz uczciwą konkurencję w postępowaniu, wymaganą art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza również art. 38 Dyrektywy 2004/18/WE zgodnie z którym (ust. 1) podczas ustalania terminów składania ofert instytucje zamawiające uwzględniają w

szczegółności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych. Zatem, uwzględniając systematykę art. 38 Dyrektywy 2994/18/WE oraz ogólny charakter wytycznych zawartych w jego ust. 1 podkreślenia wymaga, że zasadą zarówno na gruncie unijnego jak i polskiego Prawa zamówień publicznych jest ustalanie terminów składania ofert z uwzględnieniem specyfiki zamówienia, a nie terminów minimalnych lub zbliżonych do minimalnych (wyrok KIO 2188/13).

4. Zdaniem Odwołującego, właściwym przedłużonym terminem na składanie ofert jest dzień 31 lipca 2020 r.. Uwzględnia on bowiem ograniczenia w podróżowaniu na terytorium Polski oraz fakt, że prawdopodobnie dopiero pod koniec czerwca lub na początku lipca będzie możliwe odbycie podróży do Polski samolotem. Wtedy dopiero możliwe będzie dokonanie oględzin terenu planowanej inwestycji przez wykonawców zagranicznych. Ponadto, termin ten jest odpowiedni z uwagi na skalę zmian i wyjaśnień w SIWZ dokonanych dotychczas, jak i przy uwzględnieniu kolejnych. Wszyscy wykonawcy analizują bowiem obecnie odpowiedzi Zamawiającego opublikowane w ciągu ostatnich kilkunastu dni i identyfikują kolejne niejasne kwestie, które muszą zostać wyjaśnione aby oferty mogły zostać należycie przygotowane. Tymczasem, zdaniem Odwołującego, pomiędzy zakończeniem procesu udzielania przez Zamawiającego wyjaśnień do SIWZ a terminem składania ofert, powinien upłynąć pewien okres czasu tak, aby wykonawcy nie musieli w ostatnim momencie wprowadzać bez głębszego przemyślenia zmian wynikających z trwającego praktycznie do momentu składania ofert procesu weryfikacji dokumentacji Postępowania zarówno przez wykonawców, jak i Zamawiającego. Data 31 lipca 2020 roku, jako termin składania ofert, wydaje się być odpowiednia dla zapewnienia takiego odpowiedniego okresu na przygotowanie ofert.

Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - istotnie utrudnienie Odwołującemu oraz innym wykonawcom, zwłaszcza zagranicznym, w wyniku nieprawidłowego przedłużenia terminu składania ofert, przygotowania i złożenia najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu, co narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości.

2. Uzasadnienie tego zarzutu zostało już de facto przywołane w różnych punktach niniejszego odwołania, w tym miejscu wystarczy zatem krótkie podsumowanie: Zamawiający, ustalając okres przedłużenia terminu składania ofert, zupełnie pominął obiektywne różnice w możliwości przygotowania oferty w wyznaczonym czasie pomiędzy wykonawcami krajowymi, jak i zagranicznymi, przez co rażąco naruszył zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia im warunków uczciwej konkurencji - na niekorzyść wykonawców zagranicznych. Należy przy tym podkreślić, że pomimo iż Odwołujący jest podmiotem mającym siedzibę w kraju spoza UE, to okoliczność ta nie ma w tym zakresie istotnego znaczenia, bowiem jego sytuacja w Postępowaniu jest analogiczna jak w przypadku wykonawców z Unii, którzy również nie mogli przyjechać na terytorium RP aby przeprowadzić wizję lokalną oraz potrzebują dodatkowego czasu na tłumaczenie obszernej dokumentacji przedstawianej co kilka dni przez Zamawiającego. Sytuacja wykonawców z UE oraz spoza niej różnicuje się dopiero obecnie, po otwarciu w dniu 13 czerwca 2020 roku granic Polski dla obywateli Unii. W praktyce dotyczyć to może jednak tylko wykonawców z krajów położonych blisko granic Polski, inni bowiem raczej nie podejmą się kilkudniowej podróży samochodem (w dodatku w czasie nadal trwającej epidemii, co wiąże się m.in. z ryzykiem konieczności odbywania po drodze kwarantanny) i będą czekać na przywrócenie ruchu lotniczego.

2. Zasada proporcjonalności została przez Zamawiającego złamana w tym sensie, że poprzez zaniechanie adekwatnego do okoliczności sprawy (zewnętrznych - epidemia COVID- 19 i wewnętrznych - bardzo wiele nieprecyzyjnych zapisów i luk w dokumentacji technicznej Postępowania, zmiany SWIZ) przedłużenia terminu składania ofert, bardzo utrudnił on - jeśli nie uniemożliwił - wykonawcom zagranicznym złożenie konkurencyjnych ofert, czyli ograniczył dostęp do zamówienia wykonawcom zagranicznym, w tym również takim, którzy dają rękojmię należytego jego wykonania. Zasadność takiego również znaczenia zasady proporcjonalności potwierdziła Izba w wyroku z dnia 29 marca 2017 r., sygn. akt KIO 470/17, w którym stwierdziła, że w realiach danej sprawy zbyt krótki termin składania ofert może zostać uznany za naruszający zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy.

3. Jednocześnie Zamawiający naruszył zasadę przejrzystości, wyrażającą się w postulatcie aby procedura udzielania zamówień publicznych była prowadzona według czytelnych reguł. Dyskryminacja wykonawców zagranicznych w Postępowaniu jest tymczasem zupełnie niezrozumiała, tym bardziej, że prowadzić może do wyboru oferty mniej korzystnej dla Zamawiającego. Ponadto, zasada przejrzystości wymaga, aby ustalając termin przedłużenia składania ofert, Zamawiający nie dokonywał tego „krokowo” (jedynie np. o 7 dni i następnie ewentualnie o kolejne, krótkie okresy), lecz kompleksowo i zdecydowanie (tj. przy pierwszej czynności przedłużenia - o termin niezbędny do prawidłowego przygotowania ofert, czyli w szczególności do dnia 31 lipca 2020 r., zgodnie z wnioskiem Odwołującego), skoro już przy pierwszej czynności przedłużenia Zamawiający miał wiedzę, że przedłużenie jedynie o 6 dni będzie niewystarczające i nieadekwatne do charakteru dokonanych zmian w SIWZ lub udzielonych wyjaśnień, a także - nieodpowiadające aktualnej, jak również dającej się przewidzieć w dacie ogłoszenia Wyjaśnień nr 2 sytuacji epidemiologicznej. W wyniku naruszenia tej

zasady przez Zamawiającego wykonawcy pozostają obecnie w stanie niepewności czy Zamawiający ponownie przedłuży termin składania ofert, a jeżeli tak, to o jaki termin, czy też termin wyznaczony obecnie należy rzeczywiście traktować jako ostateczny. Powyższe nie czyni zadość zasadzie przejrzystości.

Naruszenia art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp - brak ustosunkowania się przez Zamawiającego do wniosku z dnia 28 maja 2020 r. o zmianę terminu składania ofert w Postępowaniu i jego przesunięcie do dnia 31 lipca 2020 r., pomimo że wniosek Odwołującego został złożony z zachowaniem terminu wynikającego z art. 38 ust. 1 Pzp, w związku z czym Zamawiającego powinien był ustosunkować się do niego niezwłocznie.

W dniu 27 maja 2020 r. Odwołujący złożył wniosek o przedłużenie terminu składania ofert w Postępowaniu do dnia 31 lipca 2020 r. Wniosek ten wpłynął do Zamawiającego przed końcem dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert, w związku z czym, zgodnie z powszechną praktyką, powinien być zostać rozpoznany w takim trybie, jak wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, czyli niezwłocznie, jednak nie później na sześć dni przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający do dnia złożenia niniejszego odwołania nie odpowiedział na wniosek Wykonawcy. W dniu 9 czerwca 2020 r. opublikował odpowiedzi (odmowne) na szereg innych wniosków o zmianę SIWZ złożonych w tym samym dniu przez Odwołującego, ten jednak pominął. Wszystkie te odpowiedzi podawane są w formule: cytowany wniosek + odpowiedź i w takiej formule jak dotąd Zamawiający nie ustosunkował się do wniosku Odwołującego, pomimo rozpoznania pozostałych jego wniosków.

Odwołujący nie może wykluczyć, że Zamawiający będzie twierdzić, że odpowiedzią na wniosek Odwołującego jest zmiana terminu dokonana przez Zamawiającego w dniu 5 czerwca 2020 r., w piśmie zatytułowanym „Wyjaśnienia nr 2”. Zamawiający nie podał jednak żadnego uzasadnienia tej zmiany ani jej podstawy prawnej. Z faktu opublikowania informacji o nowym terminie w piśmie zawierającym już drugi zestaw wyjaśnień do SIWZ oraz po trzeciej już zmianie postanowień SIWZ, można jednak domniemywać, że zmiana ta nie stanowi odpowiedzi na wniosek Odwołującego (do którego zresztą w żaden sposób Zamawiający się nie odwołuje), lecz jest od niego niezależna i jej podstawy należy upatrywać przepisie art. 38 ust. 6 Pzp. Zdaniem Odwołującego, podstawa prawna i faktyczna dokonanej zmiany terminu powinna zostać jednoznacznie oznaczona tak, aby nie pozostawiać po stronie Odwołującego niepewności odnośnie tego, czy jego wniosek został już rozpoznany czy też nie.

Podsumowując niniejsze odwołanie należy stwierdzić, że wskazane w nim naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp mają niewątpliwie wpływ na wynik Postępowania i mogą uniemożliwić Odwołującemu, a także innym wykonawcom, a zwłaszcza tym, których personel przebywa za granicą, skuteczne ubieganie się o udzielenie i realizację przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie szkodę w ich wyniku może ponieść sam Zamawiający, bowiem może być zmuszony do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie byłaby najkorzystniejsza gdyby wszyscy wykonawcy, w tym zagraniczni, mieli możliwość prawidłowego przygotowania ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania (pismo z dnia 1 lipca 2020 r.) wniesionych do postępowań o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych w trybach przetargów nieograniczonych pn.:

1. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku od węzła Białystok Zachód (bez węzła) do węzła Białystok Księżyno (z węzłem)”, zwane dalej „Zamówienie nr 1”, (sygn. akt: KIO 1337/20) i
2. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku od węzła Białystok Księżyno (bez węzła) do węzła Białystok Południe do m. Grabówka”, zwane dalej: „Zamówienie nr 2”, (sygn. akt: KIO 1336/20)

- wniósł o oddalenie odwołań w całości.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 9a ust. 2 Pzp oraz art. 38 ust. 6 w zw. z art. 9a ust. 1 ustawy Pzp (brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny do okoliczności związanych z obowiązującymi obostrzeniami i ograniczeniami dotyczącymi przemieszczania się (np. wstrzymanie ruchu granicznego, wstrzymanie lotów międzynarodowych, obowiązkowa kwarantanna) a jednocześnie brak przedłużenia terminu składania ofert o okres adekwatny z uwagi na złożoność zamówienia w kontekście ilości i charakteru wyjaśnień składanych przez zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców oraz z uwagi na ilość i rodzaj zmian w dokumentacji postępowania wprowadzonych przez Zamawiającego, czyli do 31 lipca 2020 r.) - stwierdził, że jest bezzasadny.

Zgodnie z art. 9a ust. 1 ustawy Pzp, wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Jak wynika z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

Stosownie do treści art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano SIWZ, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli SIWZ jest udostępniana na tej stronie. Przepis ust. 4a stosuje się odpowiednio.

W dniu 30 kwietnia 2020 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu nr 1 i zamówieniu nr 2 Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.05.2020 r. pod numerami: 2020/S 087-205810, 2020/S 087-205899.

W przypadku zamówienia nr 1:

Pierwotny termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na dzień 19 czerwca 2020 r. godz. 10 50. Przewidziany przez Zamawiającego termin składania ofert był dłuższy niż 35dniowy termin wymagany ustawą Pzp, bowiem wynosił aż 45 dni.

W dniu 05.06.2020 r. Zamawiający dokonał pierwszego przesunięcia terminu składania ofert na dzień 25.06.2020 r., a następnie dokonując kolejnej zmiany SIWZ w dniu 18.06.2020 r., przesunął termin z 25.06.2020 r. na dzień 06.07.2020 r.

Termin na składanie ofert w niniejszym postępowaniu łącznie (po wydłużeniu) wyniósł 62 dni. W przypadku zamówienia nr 2:

Pierwotny termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na dzień 22 czerwca 2020 r. godz. 10 50 . Przewidziany przez Zamawiającego termin składania ofert był dłuższy niż 35dniowy termin wymagany ustawą Pzp bowiem wynosił aż 48 dni.

W dniu 05.06.2020 r. Zamawiający dokonał pierwszego przesunięcia terminu składania ofert na dzień 29.06.2020 r., a następnie dokonując kolejnej zmiany SIWZ w dniu 19.06.2020 r., przesunął termin z 29.06.2020 r. na dzień 08.07.2020 r.

Termin na składanie ofert w niniejszym postępowaniu łącznie (po wydłużeniu) wyniósł 64 dni. Termin wynoszący 62 dni w zamówieniu nr 1 i 64 dni w zamówieniu nr 2 jest dla wykonawców w pełni wystarczający, aby przygotować i złożyć oferty. Twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający naruszył w tym zakresie ustawę Pzp jest pozbawione podstaw. Termin składania ofert jest zgodny z ustawą Pzp i jest on porównywalny jak w innych prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, na podobne roboty budowlane prowadzone w systemie „projektuj i buduj”.

Odnosnie podniesionego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego konieczności przeprowadzenia wizji lokalnej, Zamawiający stwierdza, że jest on bezpodstawny, ponieważ dokonanie wizji lokalnej, o której stanowi art. 9a ust. 2 ustawy Pzp nie jest koniecznym warunkiem złożenia ofert w postępowaniu, tym bardziej, że w niniejszym przypadku trasa przebiega po nowym śladzie drogi, a wszelkie informacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zostały zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a z uwagi na to, że Zamawiający nie posiada prawa do własności gruntu, nie ma możliwości wejścia na działki prywatne. Termin składania ofert Zamawiający ustalił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a następnie dodatkowo przedłużył do 62 dni w przypadku zamówienia nr 1 i do 64 dni w przypadku zamówienia nr 2, co przeczy argumentacji Odwołującego zawartej w odwołaniu, że: „dokonana zmiana jest niedostateczna i nie odpowiada wymogom ustalania przez zamawiającego terminów składania ofert”. Zamawiający nie zgadza się z argumentacją Odwołującego o złożoności zamówienia w kontekście ilości i charakteru wyjaśnień składanych przez Zamawiającego, co w istocie nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie faktycznym. Znaczna ilość pytań i wyjaśnień się powtarza, są to takie same pytania lub dotyczące analogicznych zagadnień. Przykładowo:

-pytania dotyczące umieszczania ekranów akustycznych na skarpach: nr 77, 412, 444, 594, 654, 906;

-pytania dot. zarurowania obiektów: nr 525, 641, 643, 667, 668, 864;

-pytania dot. wykonania ekranów zamiast ogrodzenia: nr 140, 280, 588, 650, 865; - pytania dot. określenia, które dokumenty są wiążące: nr 219, 281, 295, 309, 417, 434,

436, 500, 516, 591, 624, 705, 707, 749, 957;

-pytania dot. hierarchii dokumentów: nr 256, 590, 789;

-pytania dot. ostateczności DŚU: nr 303, 304, 585, 748, 693, 695, 696,

-pytania dot. umieszczenia słupów na skarpach: nr 91, 431, 516, 566, 837; pytania dot. potwierdzenia, że wszystkie dokumenty

wymienione w pkt 1.2 PFU są dokumentami wiążącymi: nr 243, 305, 422, 495.

Przedmiotem postępowania jest zadanie inwestycyjne dot. zaprojektowania i budowy drogi na podstawie opracowanego przez Zamawiającego programu funkcjonalno-użytkowego (PFU). W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie muszą przygotowywać obszernych kosztorysów i wyceniać dziesiątki tysięcy pozycji kosztorysowych jak w przypadku przetargów na zadania inwestycyjne prowadzone w systemie „BUDUJ”, w związku z czym w ocenie Zamawiającego przygotowanie oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie jest realnie możliwe. Dowodem na to jest fakt, że żaden z wykonawców nie przyłączył się do postępowania odwoławczego. Odwołujący nie jest jedynym wykonawcą posiadającym siedzibę za granicą, natomiast tylko jako jedyny widzi potrzebę osobistej wizytacji terenu przyszłej inwestycji przez Prezesa firmy celem przygotowania oferty. Zamawiający pragnie nadmienić, że ograniczenia wprowadzone w związku z pandemią Covid-19 nie wyłączają obowiązku Zamawiającego do przeprowadzenia postępowań przetargowych w związku z istotnymi/strategicznymi potrzebami państwa polskiego. Dlatego też nie może mieć miejsca blokowanie prowadzonej procedury przetargowej na kluczowe inwestycje w kraju z powodu jednego wykonawcy, który nie ma możliwości przylotu do Polski na wizję lokalną, która i tak nie jest obowiązkowa. Wykonawcy zainteresowani przetargiem składają swoje oferty na swoje ryzyko i na swój koszt. W Polsce istnieją podmioty, które świadczą usługi konsultingowe i np. zebranie cen składowych od kontrahentów (podwykonawców) nie wymaga osobistej obecności, a raczej dobrego internetowego komunikatora lub innej dowolnej drogi łączności (email, fax, tel.) i tłumacza. Skoro ustawodawca nie zawiesił organizacji żadnych postępowań przetargowych i nie zobowiązał statio fisci do uwzględnienia okresu zagrożenia epidemicznego/stanu pandemii w terminach ustalanych na podstawie ustawy Pzp, tzn. że mogą i powinny się one odbywać mimo czasowego wprowadzenia określonych ograniczeń. Jednocześnie konieczność realizowania strategicznych inwestycji państwowych nie może zostać ograniczona bądź zawieszona na czas pandemii, który nie wiadomo kiedy się skończy. Okres pandemii może trwać przez kolejne miesiące, a może nawet i lata, dlatego też niemożliwym jest przedłużenie postępowań przetargowych o okres nieograniczony. Odwołujący posiada swoją siedzibę w Turcji, która do dnia dzisiejszego nie otworzyła jeszcze swoich granic i nie odwiesiła wszystkich lotów międzynarodowych. Brak jest informacji kiedy sytuacja dotycząca komunikacji z tym krajem się poprawi tzn. wróci do normy. Nawet gdyby Zamawiający przedłużył termin składania ofert o okres wnioskowany przez wykonawcę, nie ma pewności, że sytuacja związana z ograniczeniami COVID-19 w jakikolwiek sposób się zmieni. Równie dobrze mogą ponownie zostać wprowadzone ograniczenia, które ostatnio zostały poluzowane. W związku z powyższym ww. zarzuty traktuje jako bezzasadne.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp Zamawiający informuje, że udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania, które złożone zostały w ustawowym terminie w obu postępowaniach przetargowych tj. w zamówieniu nr 1 i zamówieniu nr 2. Zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert - pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Zamawiający nie zakwalifikował wniosku Odwołującego zawartego w piśmie z dnia 27. 05.2020 r. o przedłużenie terminu składania ofert jako wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ, ponieważ pismo to nie zawierało żadnych pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o czym również świadczył tytuł pisma - „wniosek o przedłużenie terminu składania ofert”. Wykonawca w ww. piśmie nie zwracał się o wyjaśnienie treści SIWZ, lecz wnioskował tylko o przesunięcie terminu składania ofert. Wykonawca w treści swego pisma nie przywołał art. 38 ust. 1, który dotyczy składania zapytań do treści SIWZ a jedynie art. 38 ust. 4, który dotyczy kompetencji zamawiającego do zmiany SIWZ, co potwierdza, że pismo to nie powinno być traktowane jako zapytanie o wyjaśnienie treści SIWZ. Zamawiający do dnia złożenia odwołania nie udzielił odpowiedzi na ww. pismo odwołującego, ponieważ nie był zobligowany żadnym terminem ustawy Pzp, aby w tym okresie dokonać odpowiedzi. Termin składania ofert był jeszcze odległy i Zamawiający miał jeszcze czas na wykonanie tej czynności. Jednocześnie Zamawiający nadmienia, że zarówno Odwołujący jak i wszyscy pozostali wykonawcy zainteresowani udziałem w ww. postępowaniach przetargowych byli informowani na bieżąco o wszystkich zmianach SIWZ, w tym zmianach terminu składania ofert. W związku z powyższym zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający w toku prowadzonych obu postępowań o udzielenie zamówienia działał zgodnie z przepisami prawa, prowadził postępowania w sposób bezstronny i obiektywny, a tym samym nie naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający wszczynając oba postępowania o udzielenie zamówienia określił ich warunki, zgodnie ze swoimi uzasadnionymi potrzebami, uwzględniającymi zarówno charakter zamówienia, jego skalę, termin rozpoczęcia prac - adekwatny do ustalonego

hamonogramu, jak i specyfikę robót. Termin składania ofert Zamawiający zawsze wyznacza w sposób indywidualny dla danego zamówienia z uwzględnieniem jego specyfiki i złożoności, w tym obszerności dokumentacji postępowania. Wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym powinien posiadać odpowiednie zasoby kadrowe, które może oddelegować do przygotowania oferty. W niniejszych postępowaniach przetargowych Zamawiający działał tak samo jak w przypadku innych równolegle prowadzonych postępowaniach. Długość terminu składania ofert oraz praktyka jego przedłużania w miarę udzielania kolejnych odpowiedzi była taka sama we wszystkich postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, a co najważniejsze takie działanie zgodne jest z wskazaniami ustawy Pzp w tym zakresie. Te zamówienia nie odbiegają od innych pod względem stopnia skomplikowania, nie przewidują żadnych szczególnych rozwiązań, które uzasadniałyby dopuszczenie dłuższego niż normalnie terminu składania ofert. Jeżeli termin składania ofert jest wg Odwołującego za krótki, pomimo, iż został on wydłużony w zamówieniu nr 1 o 17 dni i w zamówieniu nr 2 o 16 dni, w takim przypadku Odwołujący może oddelegować większą liczbę pracowników do przygotowania oferty, skorzystać z pomocy firm konsultingowych, jednakże okoliczności te leżą w subiektywnej ocenie i decyzji Odwołującego i nie mogą uzasadniać dostosowania terminów składania ofert do subiektywnych żądań Odwołującego.

Do postępowań odwoławczych w trybie określonym w art. 185 ust.2 ustawy Pzp przystąpienia nie zgłosił żaden z wykonawców.

Prezes KIO zarządzeniem z dnia 19 czerwca 2020 r. na podstawie art. 189 ust. 1 zdanie drugie ustawy - Prawo zamówień publicznych zarządził łączne rozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań o sygn. akt KIO 1336/20 i sygn. akt KIO 1337/20.

Izba rozpoznając zarzuty z odwołań sygn. akt KIO 1336/20 i sygn. akt KIO 1337/20 ustaliła i zważyła, co następuje:

Kluczowe zarzuty podnoszone w odwołaniach dotyczą naruszenia art. 9a ust. 2 Pzp oraz art. 38 ust. 6 w zw. z art. 9a ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na brak przedłużenia terminów składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) „Projekt i budowę drogi S19 na odcinku od węzła Białystok Księżyno (bez węzła) do węzła Białystok Południe (z węzłem) oraz drogi krajowej nr 65 na odcinku od węzła Białystok Południe do m. Grabówka”; Nr ref. O.BI.D-3.2410.4.2020. (sygn. akt: KIO 1336/20)
- 2) „Projekt i budowę drogi S19 na odcinku od węzła Białystok Zachód (bez węzła) do węzła Białystok Księżyno (z węzłem)”. Nr ref. O.BI.D-3.2410.3.2020. (sygn. akt: KIO 1337/20)

- o okres adekwatny do okoliczności związanych:

- a) z obowiązującymi obostrzeniami i ograniczeniami dotyczącymi przemieszczania się (np. wstrzymanie ruchu granicznego, wstrzymanie lotów międzynarodowych, obowiązkowa kwarantanna);
- b) ze złożonością zamówienia w kontekście ilości i charakteru wyjaśnień składanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców oraz z uwagi na ilość i rodzaj zmian w dokumentacji Postępowania wprowadzonych przez Zamawiającego.

Wykonawca za okres adekwatny uznał datę 31 lipca 2020 r. (ewentualnie dłuższą) i taką datę podtrzymał na rozprawie.

Izba stwierdza, że Odwołujący odnośnie pierwszego z zamówień (KIO 1336) uzasadnienie zmiany terminu składania ofert oparł na argumentacji z jego wniosku z dnia 28 maja 2020 r. a odnośnie drugiego (KIO 1337) - na argumentacji z jego wniosku z dnia 27 maja 2020 r., które dotyczyły przedłużenia terminu składania ofert na żądany w odwołaniu termin co najmniej do dnia 31 lipca 2020 r. W uzasadnieniu tych wniosków wykonawca wskazał, że: *„Postępowanie zostało wszczęte po ogłoszeniu w Rzeczypospolitej Polskiej stanu zagrożenia epidemicznego na terenie całego kraju w związku z rozprzestrzenianiem się koronawirusa SARS-CoV-2 oraz wzrostem zachorowań na wywołaną nim chorobę COVID-19. Stan zagrożenia epidemicznego stanowi poważne utrudnienie związane z prawidłowym przygotowaniem przez*

wykonawców oferty w Postępowaniu. Wprowadzone w związku ze stanem zagrożenia epidemiologicznego ograniczenia dotyczące przemieszczania się, utrudnienia w podróżowaniu oraz zakaz zgromadzeń utrudniają w chwili obecnej prawidłowe przygotowanie się wykonawców do kalkulacji oferty”. Zdaniem wykonawcy obowiązek w kalkulowaniu w cenę oferty szeregu dodatkowych kosztów związanych z organizacją prac budowlanych, tak w szczególności zgodnie z klauzulą: 4.13 Prawa przejazdu i urządzenia, 4.14 Unikanie zakłócenia, 4.19 Elektryczność, woda i gaz, wymaga uprzedniej wizji lokalnej terenu(...) rozpoznania terenu inwestycji oraz przeprowadzenia lokalnych wywiadów i spotkań z potencjalnymi dostawcami, usługodawcami i podwykonawcami. Wszystkie wymienione wyżej działania w związku ze stanem zagrożenia epidemią należy wykonywać i wykonuje się bądź zdalnie bądź podróżując w bardzo ograniczonym składzie osobowym. Powyższe wpływa na wydłużenie czasu niezbędnego do przygotowania oferty. Co więcej zgodnie z

projektem umowy wykonawca ma obowiązek zaznaczyć się z istniejącą infrastrukturą (por. Klauzula 4.28 Istniejąca infrastruktura), w szczególności z umiejscowieniem wszystkich dróg, rowów odwadniających, kanalizacją, odwodnieniem, linii i słupów telefonicznych, linii i słupów energetycznych, kabli, światłowodów, wodociągów, gazociągów, punktów osnowy geodezyjnej i podobnych, przed rozpoczęciem jakichkolwiek prac i Robót mogących uszkodzić istniejącą infrastrukturę. Ogłoszenie stanu zagrożenia epidemiologicznego ma wpływ na proces przygotowania oferty w Postępowaniu". Co do złożoności zamówienia wskazał na dokonanie trzykrotnej zmiany SIWZ (po udzieleniu odpowiedzi na ponad 1000 wątpliwości zgłoszonych przez wykonawców). Wykonawca stwierdził, że: „Zmiany i wyjaśnienia jego zdaniem dotyczą bardzo szczegółowych kwestii technicznych - nie wystarczy je tylko przeczytać, lecz konieczna jest bardzo szczegółowa i uważna ich analiza, gdyż często oznaczają konieczność zmiany pewnych pierwotnych założeń wykonawców odnośnie planowanego zamówienia, w szczególności gdy wykluczają zastosowanie pewnych technologii lub nakazują interpretację wymagań odmienną niż sposób, w jaki pierwotnie rozumieli je poszczególni wykonawcy. Ponadto, część odpowiedzi oznacza de facto brak odpowiedzi i pozostawienie rozwiązania wątpliwości samym wykonawcom, co wymaga dodatkowego namysłu. Część natomiast polega na poinformowaniu wykonawców, że całość dokumentacji i informacji, które posiada Zamawiający, została już wykonawcom przekazana i nie mogą oni otrzymać dodatkowych dokumentów lub informacji. To zaś oznaczać może również konieczność powtórzenia szeregu czynności wykonawcy, łącznie z ponownymi oględzinami miejsca inwestycji, celem ponownej oceny danych okoliczności już ze świadomością, że więcej informacji Zamawiający nie przekaze. Sam fakt zadania Zamawiającemu ponad 1000 pytań jest znamieny i pokazuje skalę wątpliwości, z którymi wykonawcy muszą się uporać przygotowując swoje oferty”.

Rozpoznając zarzuty we wskazanym zakresie Izba miała na uwadze regułę z art. 191 ust.1 ustawy Pzp stosownie do której: „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania”.

Uwzględniając stan faktyczny tej sprawy z dnia 2 lipca 2020 r. Izba uznała, że nie są zasadne twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający naruszył w zaskarżonym zakresie powołane przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie ze wskazywanym przez Odwołującego art. 9a ust.2 ustawy Pzp:

„2. W przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu przez wykonawcę wizji lokalnej albo po sprawdzeniu przez niego dokumentów niezbędnych do realizacji zamówienia, zamawiający wyznacza terminy składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do zapoznania się przez wykonawców z informacjami koniecznymi do przygotowania oferty, z tym że terminy te muszą być dłuższe od minimalnych terminów składania ofert określonych w ustawie”.

Tak jak podał Zamawiający specyfikacja istotnych warunków zamówienia w tych przetargach nie przewiduje wizji lokalnej, o której mowa w ust. 2 tego artykułu. Wizja lokalna przede wszystkim jest organizowana przez zamawiającego, jeżeli ten uznaje, że jej odbycie jest niezbędne do złożenia oferty. Wtedy jest zobowiązany poinformować o takim wymaganiu wszystkich wykonawców w dokumentacji przetargowej. W tym celu wyznacza termin, w którym wszyscy wykonawcy mają prawo zbadać teren realizacji zamówienia: w tym samym czasie, w takich samych warunkach, w takim samym zakresie. Także przebieg wizji lokalnej musi spełniać postulat równego traktowania wykonawców i niedopuszczalne jest, aby niektórych z nich traktować preferencyjnie, umożliwiając im zbadanie terenu realizacji zamówienia w innym terminie albo zebranie innych danych (wskazywane przez Odwołującego przeprowadzenie lokalnych wywiadów i spotkań z potencjalnymi dostawcami, usługodawcami i podwykonawcami). Taka wizja może być niezbędna przykładowo, gdy przedmiot zamówienia dotyczy przebudowy istniejącego obiektu bądź budowy nowego obiektu, a uwarunkowania terenu budowy są pod pewnymi względami nietypowe lub szczególnie istotne (na przykład ze względu na warunki fizyczne lub organizacyjne). Oczywiście wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o umożliwienie mu odbycia wizji lokalnej i ten oceniając takie żądanie może zorganizować taką wizję, ale w sposób dostępny dla wszystkich zainteresowanych wykonawców. Takie żądanie nie zostało przez wykonawcę skierowane do Zamawiającego. Ponadto Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zwrócił uwagę na okoliczności, które nie uzasadniałyby prowadzenie takiej wizji (a nawet nie pozwoliłyby na jej przeprowadzenie): (...) w niniejszym przypadku trasa przebiega po nowym śladzie drogi, a wszelkie informacje dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zostały zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a z uwagi na to, że Zamawiający nie posiada prawa do własności gruntu, nie ma możliwości wejścia na działka prywatne”.

W myśl art. 9a ust.1 ustawy Pzp: „Wyznaczając terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, zamawiający uwzględnia złożoność zamówienia oraz, w przypadku ofert, czas potrzebny na sporządzenie ofert, z zachowaniem określonych w ustawie minimalnych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert”.

W myśl art. 43 ust. 2 ustawy Pzp: „Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej”.

Z kolei w myśl art. 38 ust.6 ustawy Pzp: 6. „Jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert i informuje o tym wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, oraz zamieszcza informację na stronie internetowej, jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest udostępniana na tej stronie. (...)

W stanie faktycznym sprawy Ogłoszenia o zamówieniu zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.05.2020 r.

W przypadku zamówienia nr 1: Pierwotny termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na dzień 19 czerwca 2020 r. godz. 10 50. Przewidziany przez Zamawiającego termin składania ofert był dłuższy niż 35.0 dniowy termin wymagany ustawą Pzp, bowiem wynosił aż 45 dni. W dniu 05.06.2020 r. Zamawiający dokonał pierwszego przesunięcia terminu składania ofert na dzień 25.06.2020 r., a następnie dokonując kolejnej zmiany SIWZ w dniu 18.06.2020 r., przesunął termin z 25.06.2020 r. na dzień 06.07.2020 r. Termin na składanie ofert w niniejszym postępowaniu łącznie (aktualnie po jego dwukrotnym wydłużeniu) wyniósł 62 dni.

W przypadku zamówienia nr 2: Pierwotny termin składania ofert Zamawiający wyznaczył na dzień 22 czerwca 2020 r. godz. 10 50. Przewidziany przez Zamawiającego termin składania ofert był dłuższy niż 35 dniowy termin wymagany ustawą Pzp bowiem wynosił aż 48 dni. W dniu 05.06.2020 r. Zamawiający dokonał pierwszego przesunięcia terminu składania ofert na dzień 29.06.2020 r., a następnie dokonując kolejnej zmiany SIWZ w dniu 19.06.2020 r., przesunął termin z 29.06.2020 r. na dzień 08.07.2020 r. Termin na składanie ofert w niniejszym postępowaniu łącznie (aktualnie po jego dwukrotnym wydłużeniu) wyniósł 64 dni.

Tym samym Zamawiający ustalając terminy składania ofert (62 dni w zamówieniu nr 1 i 64 dni w zamówieniu nr 2) nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Pzp. Zdaniem Izby, (pomijając argumentację związaną z wizją lokalną nie przewidzianą w tym postępowaniu, co do której braku wykonawca nie podnosił zarzutu) wyznaczone terminy pozwalają wykonawcom przygotować i złożyć oferty. Niewątpliwie znaczna ilość pytań i wyjaśnień się powtarza, są to takie same pytania lub dotyczą analogicznych zagadnień. Ponadto przedmiotem postępowania - jak wskazywał Zamawiający - jest zadanie inwestycyjne na zaprojektowanie i budowę drogi na podstawie programu funkcjonalno-użytkowego (PFU). W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy nie muszą przygotowywać obszernych kosztorysów i wyceniać tysięcy pozycji kosztorysowych, jak w przypadku przetargów na zadania inwestycyjne prowadzone w systemie „BUDUJ”. Niewątpliwie, Odwołujący nie jest jedynym wykonawcą posiadającym siedzibę za granicą, natomiast tylko jako jedyny (wobec innych wniosków) widzi potrzebę osobistej wizytacji terenu przyszłej inwestycji celem przygotowania oferty. Także należy zgodzić się, że ograniczenia wprowadzone w związku z pandemią Covid-19 nie wyłączają obowiązku zamawiającego (także innych) do przeprowadzenia postępowań przetargowych w związku z istotnymi/strategicznymi potrzebami lokalnymi i krajowymi. Wykonawcy zainteresowani przetargiem składają oferty (jak zwykle) na swoje ryzyko i na swój koszt. Niewątpliwie wybór firm podwykonawczych, czy zebranie cen składowych od kontrahentów (podwykonawców) nie wymaga osobistej obecności, a raczej dobrego internetowego komunikatora lub innej dowolnej drogi łączności (email, fax, tel.) i tłumacza. W Polsce istnieją podmioty, świadczące usługi konsultingowe, z których wykonawcy zagraniczni (jak wynika z przetargów sprzed epidemii) chętnie korzystali. Termin składania ofert wyznaczany jest indywidualnie dla danego zamówienia z uwzględnieniem jego specyfiki i złożoności, w tym obszerności dokumentacji postępowania. Okres pandemii może trwać co najmniej przez kolejne miesiące, dlatego też niemożliwym jest przedłużanie terminu składania ofert w postępowaniach przetargowych o okres zgodny z wnioskami jednego wykonawcy - powodowany ograniczeniami w ruchu komunikacyjnym. W przypadku tych przetargów działania Zamawiającego - długość terminu składania ofert oraz ich przedłużanie w miarę udzielania kolejnych odpowiedzi - zgodne są z wskazaniami ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, że te zamówienia odbiegają od innych pod względem stopnia skomplikowania, przewidują szczególne rozwiązania, co wymagałoby (uwzględniając zmiany z 18 i 19 czerwca br - stan na 2 lipca br) wydłużenie terminu składania ofert do dnia 31 lipca 2020 r. Wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym niewątpliwie powinien posiadać odpowiednie zasoby kadrowe, które może - w przypadku gdy są takie potrzeby - oddelegować do przygotowania oferty. Odwołujący może także skorzystać z pomocy firm konsultingowych z zastosowaniem nowoczesnych środków komunikacji, jednakże okoliczności związane z organizacją pracy należą do oceny i decyzji wykonawcy, i nie mogą uzasadniać dostosowania zmiany terminów składania ofert do subiektywnych żądań

wykonawcy związanych z jego standardową organizacją pracy przewidującej uczestnictwo bezpośrednio w terenie (wizji lokalnej) specjalistów z Turcji, które to uczestnictwo jak wykazał Zamawiający dla opracowania oferty i jej złożenia nie jest niezbędne. Izba zauważyła, że Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że korzysta ze wsparcia firmy konsultingowej a także wskazywał, że ma zebrany zespół do pracy na miejscu w Polsce, co również podważa zasadność wniosków o przedłużenie terminu składania ofert, co najmniej do dnia 31 lipca br (lub dłużej) w kontekście argumentacji o braku możliwości przygotowania i złożenia w tych postępowaniach ofert przez zagranicznego wykonawcę.

Wskazywany w odwołaniu przepis art. 38 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi: „1. Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż (...).” W tym przypadku będzie ma zastosowanie pkt 1 (...) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert”. Wnioski z dnia 28 maja 2020 r i z dnia 27 maja 2020 r. nie spełniają wymagań tego przepisu. Wykonawca (wskazując we wnioskach na art. 38 ust.4 Pzp, który dotyczy kompetencji zamawiającego do zmiany SIWZ) nie zwracał się o wyjaśnienie treści SIWZ, lecz wnioskował (zgodnie z ich tytułem i treścią) tylko o przesunięcie terminu składania ofert. Zatem Zamawiający prawidłowo nie zakwalifikował tych wniosków jako wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. Niewątpliwie nie był zobligowany żadnym terminem ustawy Pzp, aby w konkretnym okresie dokonać odpowiedzi. Ponadto Odwołujący (jak pozostali wykonawcy zainteresowani udziałem) byli informowani na bieżąco o wszystkich zmianach SIWZ, w tym zmianach terminu składania ofert. Izba zwraca też uwagę, że Zamawiający swoje stanowisko wyraził w decyzjach z dnia 5.06.2020 r. w odniesieniu zarówno do wniosku z dnia 28 jak i 27 maja wydłużając terminy w sposób nie satysfakcjonujący wykonawcy.

Izba wobec powyższych ustaleń stwierdza, że tym sam nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, albowiem przedłużenie terminu składania ofert nastąpiło zgodnie z powoływanymi przepisami, a zatem te zmiany nie naruszają zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).