Sygn. akt: KIO 1332/15

WYROK
z dnia 6 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lipca 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 czerwca 2015 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum Firm: 1) Max Bögl Polska Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) Max Bögl Stiftung &Co. KG (Partner Konsorcjum) z adresem dla pełnomocnika Konsorcjum: ul.** Światowida **6, 71-726 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole**

przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01 - 040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu przedłużenie terminu składnia ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach - nie krótszy niż 10 dni, licząc od dnia następnego po dniu, w którym Zamawiający udzieli dodatkowych nakazanych niniejszym orzeczeniem odpowiedzi na pytania nr 210 i 359, 267, 342, 460 oraz 469 zadane przez Odwołujące w piśmie z 18.06.2015 r. i ponownie**

---

w odwołaniu. Izba nakazuje w ich ramach Zamawiającemu uwzględnienie kluczowej argumentacji z odpowiedzi na odwołanie oraz rozprawy, tak aby usunąć istniejące niejednoznaczności i przedstawić opis przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący, z zastrzeżeniem, że **w zakresie odpowiedzi na pytanie 210 oraz 359 Izba nakazuje uzgodnienia przez dokonanie stosownego Zamawiającego i przedstawienia go wszystkim Wykonawcom. Pozostałe** żądania **Odwołującego, Izba uznała za niezasadne.**

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Konsorcjum Firm: 1) Max Bögl Polska Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) Max Bögl Stiftung &Co. KG (Partner Konsorcjum) z adresem dla pełnomocnika Konsorcjum: ul.** Światowida **6, 71-726 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole** na rzecz **Konsorcjum Firm: 1) Max Bögl Polska Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) Max Bögl Stiftung &Co. KG (Partner Konsorcjum) z adresem dla pełnomocnika Konsorcjum: ul.** Światowida **6, 71-726 Szczecin** kwotę w wysokości **25 079 zł 56 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy siedemdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Opolu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 1332/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: *„Budowa obwodnicy miejscowości Kępno w ciągu drogi ekspresowej S 11 - odcinek I ",* zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 212-374678 z 04.11.2014 r., przez Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, Oddział w Opolu, ul. Niedziałkowskiego 6, 45-085 Opole zwane dalej: *„Zamawiającym".*
W dniu 04.05.2015 r. Zamawiający zaprosił do II etapu postępowania oraz przekazał postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: *„SIWZ".*
Wyznaczono termin składnia ofert na 09.06.2015 r.

W dniu 12.06.2015 r. Zamawiający przekazał odpowiedzi na pytania od nr 1 do 531 oraz zmiany postanowień SIWZ od 1 do 13. W dniu 16.06.2015 r. poinformował o przesunięciu terminu składnia ofert na dzień 24.06.2015 r. zmieniając wcześniejszy termin – tj. 19.06.2015 r. (termin ustalony zmianą z 02.06.2015 r.).

W dniu 22.06.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum Firm: 1) Max Bögl Polska Sp. z o.o. (Pełnomocnik Konsorcjum); 2) Max Bögl Stiftung &Co. KG (Partner Konsorcjum) z adresem dla pełnomocnika Konsorcjum: Światowida 6, 71-726 Szczecin zwane dalej: *„Konsorcjum Max Bögl"* albo *„Odwołującym"* wniosło odwołanie na czynność z 12.06.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 22.06.2015 r. (e-mailem).
Wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dokonanych w przedmiotowym postępowaniu, polegających na:
- przedłużeniu terminu składania ofert - w następstwie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ",* nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu - w sposób niezgodny z przepisami Pzp
- udzieleniu, w toku wyjaśnień zapisów SIWZ, odpowiedzi pozostających w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa co powoduje, że przedmiotem zamówienia staje się żądanie świadczenia niemożliwego do spełnienia
- nieudzielaniu odpowiedzi na istotne dla postępowania kwestie podniesione przez Odwołującego w zadanych pytaniach co powoduje, że opis przedmiotu zamówienia nie jest ani kompletny, ani wyczerpujący. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego

zarzucił naruszenie:
- art. 38 ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: *„Pzp"* w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przedłużenie terminu składania ofert bez uwzględnienia dodatkowego czasu niezbędnego do wprowadzenia tychże zmian w ofercie, co prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji oraz nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.
- art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez udzielenie niejednoznacznych, niewyczerpujących oraz odpowiedzi nakazujących Wykonawcy przyjęcie rozwiązań bądź działań sprzecznych z obowiązującymi przepisami na pytania oferentów zadanych w toku postępowania co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz do nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.
W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu:
- przedłużenia terminu składania ofert z uwzględnieniem dodatkowego czasu do wprowadzenia zmian w ofercie, tj. do dnia 10.07.2015
- udzielenia odpowiedzi na zadane pytania w sposób jednoznaczny, wyczerpujący oraz pozwalający Wykonawcy na przyjęcie rozwiązań bądź działań zgodnych z obowiązującymi przepisami lub w przypadku gdy wolą Zamawiającego będzie, żeby Wykonawcy uzyskali

zgodę właściwego organu na odstępstwo od przepisów techniczno budowlanych o zmianę w opisie przedmiotu zamówienia odnośnie kamienia milowego nr 1, gdyż w przeciwnym wypadku w ocenie Wykonawcy zawarcie umowy w/s zamówienia stanie się niemożliwe z uwagi na powstanie po stronie Zamawiającego żądania świadczenia niemożliwego do spełnienia. Żądanie udzielenia odpowiedzi w powyższym zakresie dotyczy:

1. Odpowiedź nr 210 Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 210 Zamawiający nakłada wymóg realizacji obiektu nad istniejącą linią kolejową nr 272 Poznań - Kluczbork zgodnie z warunkami Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 26 lutego 1996 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi i ich usytuowanie (Dz. U. nr 33, poz. 144 z późn. zm.) oraz uzgodnienia tego z administratorem PKP, które nakazują likwidację przejazdów znajdujących się w odległości do 3km z każdej strony wybudowanego skrzyżowania dwupoziomowego lub zaniechanie tych likwidacji jedynie za zgodą zarządu kolei. Jednocześnie Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 210 przekazuje protokół z dnia 4/08/2010 z PKP dotyczący kwestii likwidacji przejazdów, w którym przedstawiciel zarządu kolei podtrzymuje obowiązek likwidacji przejazdów w odległości 3km z każdej strony wybudowanego skrzyżowania dwupoziomowego. W związku z powyższym prosimy Zamawiającego o jednoznaczne określenie czy należy likwidować przejazdy kolejowe w odległości 3km z każdej strony wybudowanego skrzyżowania oraz budowę nowych połączeń drogowych czy też nie należy ich likwidować. Brak jednoznacznej odpowiedzi będziemy rozumieć jako brak obowiązku

---

likwidacji przejazdów kolejowych zgodnie z w odległości do 3 km z każdej strony wybudowanego skrzyżowania dwupoziomowego. Likwidacja przejazdów pociągnie za sobą konieczność wybudowania dróg umożliwiających skomunikowanie nieruchomości pozbawionych dojazdu z powodu likwidacji przejazdów, co pociągnie w dalszej kolejności za sobą konieczność wykupu gruntów i może wymagać ponownej oceny oddziaływania na środowisko lub też spowoduje, że odcinki dróg na których obecnie znajdują się przejazdy staną się odcinkami „ślepymi", a więc brak jednoznacznej odpowiedzi doprowadzić może do znacznych rozbieżności w wycenie poszczególnych ofert

2. Odpowiedź nr 267 Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 267 Zamawiający podtrzymuje wymóg PFU o zaprojektowaniu i wybudowaniu ronda średniego. Jest to niezgodne z zapisami §75 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, gdzie określono, że na drogach klasy S można stosować jedynie ronda typu dużego. Prosił o korektę zapisów i doprowadzenie ich do zgodności z przepisami technicznymi. Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie jest niezgodne z przepisami techniczno budowlanymi.

3. Odpowiedź nr 342 i zmiany nr 5 SIWZ dotyczące WWiORB D-07.05.01.

Wprowadzona przez Zamawiającego zmiana w WWiORB D-07.05.01 określająca podstawy prawne projektowania i montażu barier ochronnych wprowadza obowiązek stosowania normy PN EN 1317 oraz Zarządzenia nr 31 GDDKiA z dnia 23.04.2010 roku. PFU w punkcie 2.1.14.1.3 Drogowe bariery ochronne nakazuje Wykonawcy dostosowanie rozwiązań w zakresie barier ochronnych do ww. dokumentów oraz do projektu opracowania "Wytycznych stosowania barier ochronnych na drogach krajowych" ze stycznia 2014 roku. Prosił o podanie informacji, czy projekt Wytycznych ze stycznia 2014 roku pozostaje dokumentem obowiązującym Wykonawcę, a jeśli tak, prosimy o podanie podstawy prawnej jego stosowania oraz zakresu obowiązywania projektu Wytycznych ze stycznia 2014 r., który w wielu punktach pozostaje sprzeczny z Wytycznymi stosowania barier z kwietnia 2010 r. Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie jest niezgodne z przepisami techniczno budowlanymi.

4. Odpowiedź nr 359 Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 359 Zamawiający przekazuje protokół z dnia 4/08/2010 - uzgodnienie z PKP dotyczący kwestii likwidacji przejazdów w odległości 3km z każdej strony wybudowanego skrzyżowania. Prosimy o potwierdzenie, że przekazany materiał zawiera całą treść protokołu, Ponadto prosimy o potwierdzenie, że jest to protokół rozbieżności. W związku z powyższym prosił Zamawiającego o jednoznaczne określenie czy należy likwidować przejazdy kolejowe w odległości 3 km z każdej strony wybudowanego skrzyżowania oraz budowę nowych połączeń drogowych czy też nie należy ich likwidować. Patrz ad. 210

5. Odpowiedź nr 460 Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 460 Zamawiający prostuje omyłkę pisarską i stawia tym samym wymóg wykonania wjazdów awaryjnych zgodnie z pkt. 2.1.9 PFU. Wykonanie wjazdów we wskazanej zgodnie z PFU lokalizacji tj. "Lokalizacja wjazdów na drogę ekspresową powinna być skoordynowana z przejazdami awaryjnymi" oraz zgodnie z zapisami § 159 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (wjazdy awaryjne winny być wyznaczone w rejonie przejazdów drogowych) jest niemożliwe, W rejonie przejazdu awaryjnego zlokalizowanych jest sześć przepustów z czego cztery są przepustami będącymi przejściami dla zwierząt zgodnie z DŚU. W związku z powyższym nie ma możliwości wykonania dojazdów do wjazdów awaryjnych, gdyż przecinały by one szlaki migracji zwierząt. Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie Jest niezgodne z jego własnymi założeniami.

6. Odpowiedź nr 469 W odpowiedzi na pytanie nr 469 Zamawiający nakłada wymóg zaprojektowania dróg zgodnie z wytycznymi ustawowymi i szczegółowymi w zakresie parametrów technicznych dróg klasy D, L lub Z. Zgodnie z zapisami rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne 1 ich usytuowanie minimalny łuk w planie dla dróg publicznych wynosi 30m. W związku z powyższym oś drogi gminnej DG nr 859632P oraz DG 859731P zarówno z Koncepcji programowej jak i PB i PW nie spełnia zapisów warunków technicznych. Doprowadzenie do zgodności powoduje zmianę linii rozgraniczających decyzji DŚU. Przyjęte przez Zamawiającego rozwiązanie jest niezgodne z jego własnymi założeniami.

- udzielenia odpowiedzi na poniższe pytania Odwołującego z uwagi na to, że mają one charakter istotny dla prawidłowego udzielenia zamówienia:

1. W pkt. 1.4.1.3.2. PFU (str. 14) Zamawiający określił minimalną szerokość pobocza gruntowego dla drogi krajowej DK11 na 1,5 m. Natomiast w pkt. 2.1.8. PFU (str. 84) minimalną szerokość pobocza gruntowego określa się na 0,75 m. Prosił o wyjaśnienie rozbieżności,
2. Prosił o potwierdzenie, że przy drodze krajowej 11, która w koncepcji określona jest jako droga klasy GP, ścieżki rowerowe należy usytuować zgodnie z § 43 ust. 1 pkt.2 tj. w odległości 5m od jezdni, a pas pomiędzy jezdnią a ścieżką rowerową zagospodarować jako pas zieleni.
3. W pkt. 1.4.1.3.2. PFU (str. 15) Zamawiający określił parametry dróg publicznych, wewnętrznych bez/z mijankami jako dojazdy do nieruchomości pozbawionych dostępu do drogi publicznej przez budowę drogi ekspresowej. Ponadto w pkt. 2.1.4. zapisał wymóg: "Należy również wybudować zjazdy, jeśli nieruchomości zostały odcięte od drogi publicznej, która została przebudowana (zlikwidowana na danym odcinku), ponieważ

kolidowała z drogą ekspresową. Powyższe dotyczy tylko likwidowanych zjazdów legalnych czyli znajdujących się w ewidencji zarządcy drogi lub na mapach do celów projektowych". Prosimy o przekazanie spisu decyzji na lokalizację zjazdu dla przewidzianych do likwidacji zjazdów. Ponadto ze względu na wymóg "Konstrukcję *zjazdów należy uzależnić w każdym indywidualnym przypadku od struktury rodzajowej ruchu (samochody ciężarowe, autobusy)"* prosił o udostępnienie pomiarów struktury rodzajowej ruchu na przedmiotowych zjazdach w ramach przekazywanych przez Zamawiającego pomiarów ruchu.
4. W pkt. 1.4.1.3.2. PFU (str. 14) Zamawiający określił dla drogi krajowej DK11 kategorię ruchu KR6, natomiast w pkt. 2.1.2.1. określono że "droga krajowa nr 11 przebudowywana w ramach węzła „KĘPNO-PÓŁNOC" wraz z drogami dojazdowymi do ronda" ma posiadać konstrukcję nawierzchni jak dla drogi ekspresowej S 11 tj. KR7 zgodnie z zapisami pkt. 1.4.1.3.1. Prosił o wyjaśnienie rozbieżności.
5. W pkt. 1.4.1.4. PFU tab. 1.1. podano wykaz obiektów inżynierskich wraz z ich oznaczeniem oraz kilometrażem. W przekazanej przez Zamawiającego Koncepcji nie występują obiekty o podanych w PFU oznaczeniach oraz kilometrażach. Prosił o wyjaśnienie rozbieżności.

6. W pkt. 1.4.1.4. PFU (str. 17) określono wymagania dla przejść dolnych dla zwierząt "w planowanej lokalizacji i o min. parametrach oraz współczynniku względnej ciasnoty, określonych w decyzji środowiskowej, w zależności od rodzaju przejścia". Współczynnik względnej ciasnoty określa się dla przejść dla zwierząt dużych zgodnie z § 67 ust. 1 pkt.3 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie. W załączonej Koncepcji na odcinku drogi ekspresowej będącym przedmiotem zamówienia nie występuje przejście dla zwierząt dużych. Prosił o wyjaśnienie rozbieżności.
7. W pkt. 1.4.1.7. PFU Zamawiający określił wymóg lokalizacji poza pasem drogowym infrastruktury technicznej liniowej niezwiązanej z drogą poza pasem drogowym. Prosił o przekazanie wykazu infrastruktury niezwiązanej z drogą, które należy wybudować w ramach kontraktu. Ponadto prosimy o informację czy Zamawiający pozyskał zgody wszystkich właścicieli nieruchomości, na których ma być zlokalizowana infrastruktura niezwiązana z drogą. 8. W pkt. 1.5.1.2. PFU tab. 1.10. przedstawiono dane dla ekranów akustycznych niezgodne z zapisami decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (DŚU) Decyzja nr RDOŚ-30-OO.II-66191~81/Q9/js z dnia 22 marca 2010r. Prosił o wyjaśnienie rozbieżności.
9. W pkt. 1.5.1.2. PFU Zamawiający określił, że przy ekranach w miejscach, gdzie występują

wjazdy dla pojazdów służbowych, zaleca się wykonanie ekranów akustycznych w postaci bram. Prosił o podanie lokalizacji wjazdów dla pojazdów służbowych.
10. W pkt. 2.1.10. PFU Zamawiający określił, że preferuje "stosowanie wałów ziemnych i ekranów ziemnych (konstrukcja ekranu wypełniona gruntem), chyba, że nie jest to uzasadnione warunkami techniczno-ekonomicznymi". Natomiast w raporcie o oddziaływaniu na środowisko przedsięwzięcia polegającego na budowle obwodnicy Kępna w ciągu drogi ekspresowej S-11 dla potrzeb ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko w pkt. 2.4.1. lit. D zapisano, że "Ostatecznie w projekcie zastosowano dwa rodzaje ekranów akustycznych: ekrany panelowe pochłaniające wykonane z elementów aluminiowych perforowanych i ekrany pochłaniające wykonane z elementów typu „zielona ściana"". Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności.
11. W przypadku zastosowania rozwiązania z PFU znacznej zmianie ulegnie linia rozgraniczające teren inwestycji a tym samym linia oddziaływania na środowisko. Czy powyższe spowoduje konieczność uzyskania nowej DŚU?
12. W pkt. 1.4.1.3.2. PFU (str. 15) Zamawiający wymienia drogi gminne o numerach DG859632P oraz DG859731P, które nie są ujęte w Koncepcji Programowej. Natomiast w Koncepcji Programowej ujęto drogę o numerze DG859626P, która nie jest wymieniona w PFU. Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności.
13. W pkt. 1.4.1.1. PFU (str. 11) Zamawiający określa wymóg "wykonanie sprawdzenia warunków ruchu wraz ze sporządzeniem analizy przepustowości ...". Jakich elementów drogi ma dotyczyć analiza?
14. PFU 1.4.1.7.6.3 Urządzenia srk - Czy na etapie koncepcji wystąpiono do zarządców infrastruktury kolejowej w sprawie usuwania kolizji? Czy otrzymano jakieś wytyczne bądź warunki usuwania kolizji?
15. Załączone do SIWZ Plany sytuacyjne są z 2010 roku, mogą pojawić się kolizje z sieciami wybudowanymi w międzyczasie. Czy Zamawiający posiada informacje na temat ww. sieci?
16. Zgodnie z PFU i załączoną koncepcją do rowu G1 i G odprowadzane są znaczne ilości podczyszczonych wód opadowych z drogi S11 (sumarycznie około 1000 l/s). Około 50m poniżej wylotów kanałów 1 rowów drogowych do powyższych rowów melioracyjnych znajduje się opisany w PFU staw hodowlany. Czy na etapie opracowywania PFU lub na wcześniejszym etapie (KPP, Raportu itp.) uzyskano zgodę właściciela rowów G i G1 oraz stawu hodowlanego na odprowadzenie wód opadowych do tych odbiorników. Zgodnie z ustawą Prawo wodne zabrania się wprowadzania ścieków do wód stojących i jezior oraz ich dopływów, choć jest możliwe za zgodą organu wydającego pozwolenie wodnoprawne dopuszczenie takiego rozwiązania. Jeśli okaże się na etapie późniejszym, że nie będzie zgody właściciela odbiornika lub organu wydającego pozwolenie wodnoprawne,

konieczne będzie zastosowanie innego sposobu zagospodarowania wód opadowych w rejonie km 1+000. Z uwagi na wysoki poziom wód gruntowych rozwiązanie ze zbiornikami infiltracyjnymi może okazać się niemożliwe i jedynym sposobem będzie wykonanie zbiorników odparowujących, wymagających znacznie większego terenu do zajęcia. Czy Zamawiający dopuszcza takie rozwiązanie w przypadku braku zgody na odprowadzenie wód do rowów G i G1.

17. Zgodnie z PFU str. 77 w przypadku braku możliwości grawitacyjnego odprowadzenia wód opadowych dopuszcza się zastosowanie przepompowni wód deszczowych ze zbiornika Z-l, Czy w przypadku braku możliwości grawitacyjnego odprowadzenia wód opadowych z innych miejsc np. ze zbiornika Z2, Zamawiający dopuszcza zaprojektowanie i wybudowanie dodatkowych, nie wymienionych w PFU pompowni wód opadowych wraz z ich zasilaniem.
18. Prosimy o potwierdzenie, iż zgodnie z punktem 2.1.14.1.2 PFU wszystkie tablice drogowskazowe i przeddrogowskazowe w ciągu drogi S3, należy umieszczać nad jezdnią na konstrukcjach wsporczych (bramowych) oraz, iż wszystkie tablice drogowskazowe i przeddrogowskazowe oraz znaki drogowe umieszczone w poboczu drogi i nie chronione barierami muszą spełniać standardy konstrukcji biernych tj. normy PN-EN 12 767,
19. W zapisach PFU materiałem wiążącym jest dla Wykonawcy Koncepcja Programowa w wymienionym przez Zamawiającego zakresie. Wobec powyższego jaki status ma udostępniona przez Zamawiającego dokumentacja: Projekt Budowlany oraz Projekt Wykonawczy?

W dniu 4.05.2015r. Odwołującemu, wobec spełniania warunków udziału w postępowaniu, zostało przekazane kompletne zaproszenie do złożenia oferty. Termin złożenia ofert został pierwotnie wyznaczony na dzień 9.06.2015r. W dniu 12.06.2015 r. (piątek) o godz. 18.40 mailem Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo, na które składały się „Treść *zapytań wraz z wyjaśnieniami od nr 1 do nr 531"* oraz *„Zmiany do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia od nr 1 do nr 13",* To obszerne, pismo, zawiera 531 pytań l wyjaśnień oraz 13 zmian treści SIWZ . Pomimo kształtu powyższego pisma, w dniu 16.06.2015r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o zmianie terminu składania ofert na dzień 24.06.2015r., godz. 12:00, podczas gdy ostatnim wiążącym terminem był dzień 19.06.2015r. Oznacza to, że pomimo tak wielu wyjaśnień do PFU 1 zmian treści SIWZ, Zamawiający przedłużył termin składania ofert o niecałe 5 dni, w tym sobotę i niedzielę, kiedy dostęp do osób przygotowujących ofertę jest utrudniony. Wprawdzie przepis art. 38 ust. 6 Pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku przedłużenia ofert o pewien konkretny czas, to wynika z niego, że ma to być czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach. Wymaga przy tym podkreślenia, że w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, przedłużając termin składania ofert, nie uwzględnił dodatkowego czasu niezbędnego nie tylko

---

do wprowadzenia zmian treści SIWZ w ofercie, ale także do samego zapoznania się z owymi zmianami. W konsekwencji nie ulega wątpliwości, że wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert jest nieadekwatny do dokonanych w treści SIWZ zmian i nie wystarcza do przygotowania oferty zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W ślad za ugruntowaną linią orzeczniczą Izby należy w tym miejscu przypomnieć, że przepis art. 38 ust. 6 Pzp: *„co prawda nie określa, jaki powinien być ten dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach - zależy on w dużej mierze od chwili i zakresu zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m.in. jak dużo czasu pozostało do upływu terminu składania ofert,* Niewątpliwie powinien być to czas „odpowiedni", pozwalający na przeanalizowanie zmian specyfikacji i nową analizę rynku pod względem produktów, które mogą być zaoferowane w związku z nowymi wymaganiami. *Skoro więc zamawiający potrzebował trzech tygodni na analizę samych zmian w specyfikacji Istotnych warunków zamówienia, powinien wziąć pod uwagę, iż wykonawcy potrzebują podobnego czasu, gdyż muszą przeanalizować nie tylko nową specyfikacją, ale i wybrać odpowiedni produkt, zastanowić się nad zmianami, które będą musieli w nim wprowadzić"* (zob. wyrok z 18.12.2013r., sygn.. akt: KIO 2781/13, KIO 2783/13). Izba podkreśla jednocześnie, że: *„Modyfikacja specyfikacji dopuszczalna jest jedynie przed upływem terminu składania ofert. W przypadku dokonania modyfikacji, która nie wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu, ale pomimo to powstaje konieczność wprowadzenia zmian do treści ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z modyfikacji treści SIWZ. Termin ten ustala zamawiający samodzielnie, oceniając zakres*

zmian w specyfikacji i ich wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa pozostawia względną swobodę zamawiającemu co do określenia okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert. Należy zatem uznać, że okres ten zamawiający powinien wyznaczyć z uwzględnieniem ilości dokonywanych modyfikacji i ich znaczenia dla przygotowania ofert" (zob. uchwała KIO z 20.02.2014r., sygn.. akt: KIO/KD 6/14). Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku sygn. akt: KIO 496/15 z 27.03.2015 r.: „Za niezasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego Iż przy zaistnieniu sytuacji z art. 38 ust.6 Pzp Zamawiający ma pełną swobodę co do woli przedłużenia terminu na składanie ofert. Przepis ten stanowi bowiem, iż jeśli w wyniku zmiany SIWZ niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert. Czas, o jaki zamawiający musi przedłużyć wyznaczony termin, ma realnie umożliwić wykonawcom wprowadzenie zmian w ofertach. Zauważenia wymaga również fakt, że ustawodawca np. art. 43 i 49 Pzp określa terminy dotyczące składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Te terminy, to terminy minimalne. Zamawiający nie może z powodu chęci wprowadzenia zmiany do SIWZ - konieczność takiej zmiany w tym postępowaniu nie została wykazana, skracać tych terminów np. do jednego dnia. Te terminy muszą być wyznaczane z uwzględnieniem

---

czasu niezbędnego na sporządzenie dokumentów ofertowych w tym również szczególnie tych, które wynikły ze zmiany postanowień SIWZ. Niewątpliwym jest, ze przestrzeganie terminów ustawowych ma wpływ na realizację zasady uczciwej konkurencji I równego traktowania wykonawców. W zakresie wydłużenia terminu składania ofert, natęży mieć na względzie zapewnienie wykonawcom możliwości dostosowania treści ofert do zmieniających się wymagań Zamawiającego. Uwzględniając charakter dokonanej zmiany SIWZ jak również moment w jakim została ona dokonana, nie może budzić wątpliwości fakt, że wykonawcom był potrzebny dodatkowy czas na przygotowanie oferty. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że brak było podstaw do przedłużenia terminu składania ofert, gdyż wykonawca składając ofertę nie składał umowy o najem lokalu, zdaniem Izby nie ma znaczenia w sprawie, gdyż wynajęcie odpowiedniego lokalu decydowało niewątpliwie o cenie oferty.”.

Postępowanie prowadzone w formule *„projektuj i buduj"* wymaga od wykonawców zaangażowania znacznie większej Ilości zasobów niż w przypadku postępowania prowadzonego w trybie *„buduj".* Już bowiem na etapie analizy SIWZ i zapisów jej elementów takich jak PFU wykonawca musi wykonać prace projektowe, które posłużą mu za bazę założeń do złożenia oferty. Etap analizowania zapisów PFU zwykle finalizuje się w postawieniu Zamawiającemu szeregu pytań odnośnie wątpliwych zapisów w nim umieszczonych. Dopiero w momencie udzielenia wyjaśnień przez Zamawiającego wykonawca może kontynuować prace przy sporządzeniu oferty. Prace te wymagają zaangażowania zespołów projektowych I roboczych do analizy dokumentów i wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego, analizy i wdrożenia rozwiązań dopasowanych do konkretnego wyjaśnienia. Zamawiającemu doskonałe znany jest ten tryb realizacji robót i rządzące nim zasady, mimo tego zaniechał obowiązku przedłużenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu realnego i niezbędnego dla oferentów na wprowadzenie zmian w ofertach. Przekazanie 12.06.2015 w piątek o 18:40 wykonawcom 531 odpowiedzi na pytania, podczas gdy termin składania ofert w postępowaniu mijał w dniu 19.06.2015 wskazuje na to, że Zamawiający uznał 4 dni robocze za wystarczające dla Wykonawcy, w postępowaniu typu *„projektuj i buduj",* na zapoznanie się z 531 odpowiedziami na pytania i włącznie w opracowanie dokumentacji do przetargu, czyli analizy projektantów, podwykonawców. Zadaniem Odwołującego jest to znaczne nadużycie ze strony Zmawiającego. Odwołujący podkreślił, że pierwotnym terminem złożenia ofert w przetargu był 9.06.2015, Zmawiający w dniu 2.06.2015 na skutek zmiany nie wymagającej żadnych szczególnych zmian w przygotowywanych ofertach przedłużył termin składania ofert o 10 dni w stosunku do terminu pierwotnego I aż o 17 dni w stosunku do dnia w którym przekazał informację wykonawcom o zmianie. Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że Zamawiającemu nie zależy na rzetelnej wycenie ofert przez wykonawców, sam zaś nasuwa się wniosek, że

---

wyznaczając tak krótki termin na wprowadzenie zmian w treści ofert. Takie działanie Zamawiającego w sposób oczywisty prowadzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców. W dniach 15 i 18.06.2015 r. Odwołujący złożył na ręce Zamawiającego pisma:
1. w dniu 15.06.2015 nr MB/WR/ET/2074/2015 z prośbą o przesunięcie terminu składania ofert z uwagi na obszerność udzielonych wyjaśnień
2. w dniu 15.06,2015 nr MB/WR/ET/2074/2015 z prośbą o ponowne przesłanie częściowo ukrytych treści odpowiedzi na pytania przekazane wykonawcom w dniu 12.06.2015,
3. w dniu 18.06.215 nr MB/WR/ET/2076/2015 z prośbą o udzielenie wyjaśnień do wyjaśnień oraz o odpowiedź na pytania zadane przez odwołującego na 14 dni przed upływem pierwotnego terminu składania ofert.

W dniu 16.06.2015 Odwołujący w odpowiedzi na drugie pismo otrzymał mailem edytowalną wersję udzielonych wyjaśnień, które pozwoliło na zapoznanie się z pełną treścią kilku wcześniej nieczytelnych pytań i wyjaśnień.

W dniu 16.06.2015 Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo zawierające zmiany w stosunku do udzielonych wcześniej (12.06.2015 r.) wyjaśnień wraz z przesunięciem terminu składania ofert na dzień 24.06.2015 r., a więc Zamawiający uznał, że w przypadku korekty odpowiedzi na 10 pytań Wykonawcom należą się 4 dni czasu na wprowadzenie zmian, Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że zgodnie z dyspozycją art. 38 ust. 1 Pzp Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, a nie dokładnie w terminach określonych w punktach 1-3 ww. artykułu. Trudo uznać za niezwłoczne udzielenie jednorazowo 531 odpowiedzi na pytania na 6 dni kalendarzowych przed upływem terminu składania ofert. Tym bardziej, że o ile Wykonawcy wiadomo Zmawiający udzielał odpowiedzi na pytania zadane w terminie, czyli przed upływem połowy terminu na złożenie ofert (tj. 22.05.2015). Przetarg na ww. zadanie prowadzony jest w formule *„projektuj i buduj"* a więc w takiej, która zarówno po stronie Wykonawcy w zakresie jego umiejętności projektowych i wykonawczych jak i po stronie Zmawiającego w zakresie jego umiejętności precyzyjnego określenia swoich oczekiwań w PFU stawia konkretne jasno określone wymagania, Instytucja udzielania wyjaśnień na zapytania wykonawców przewidziana przez ustawodawcę w art. 38 Pzp służy zarówno wykonawcom jak 1 Zamawiającemu do ostatecznego uzgodnienia kształtu przyszłego świadczenia. Często bowiem skutkiem analizy SIWZ przez wykonawców jest szereg pytań, w efekcie których Zamawiający doprecyzowuje opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, żeby wyczerpać całkowicie obowiązek jaki nakładają na niego zarówno Pzp jak i ustawa o finansach publicznych. Powtarzając za wyrokiem KIO 897/15 z dnia 18.05.2015 r. pragnę w tym miejscu podkreślić, że: „art. *29 ust 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny / wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie*

wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków *w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu zamówienia, nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z przedmiotem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ".*

Zgodnie z przepisami Pzp art. 38 ust. 1 Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień treści SIWZ pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie wpłynął do Zamawiającego nie później niż do końca dnia w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Zgodnie z dyspozycją ust. 1a ww. przepisu, jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął po upływie tego terminu lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania. Prawdą jest, że Odwołujący swoje wątpliwości donośnie zapisów SIWZ przekazał Zamawiającemu w dniu 26.05.2015 r., a więc na 14 dni przed terminem składania ofert i tylko 4 dni po upływie terminu określonego w ustawie. Pragnę jednak zwrócić uwagę, że przepis art. 38 w żaden sposób nie zwalnia Zamawiającego z podstawowego obowiązku, jakim jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zatem w interesie publicznym a tym samym

Zamawiającego jest udzielenie odpowiedzi na wszystkie Istotne pytania Wykonawców, tym bardziej w przypadku postępowania realizowanego w formule projektu i buduj. Instytucja pytań do treści SIWZ służy bowiem między innymi temu, żeby pomóc Zamawiającemu w dokładnym opisaniu przedmiotu Zamówienia. Zamawiający jako dysponent środków publicznych związany dyscypliną finansów publicznych powinien być zainteresowany, aby do wyczerpania wszelkich możliwości, spełnić obowiązki nałożone na niego w Pzp. Odpowiedź godząca w obowiązujące przepisy prawa, odpowiedź lakoniczna lub jej brak stanowi w ocenie Wykonawcy wyraźne naruszenie dyspozycji Pzp w tym w szczególności art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Uprzedzając w tym miejscu ewentualne zarzuty odnośnie upływu terminu na zgłaszanie zastrzeżeń do opisu przedmiotu zamówienia, pragnę podkreślić, że Odwołujący podobnie jak większość oferentów zakłada racjonalność Zamawiającego i wierzy, że wątpliwości w zakresie poszczególnych wymagań lub założeń Zamawiającego rozstrzygnięte zostaną w trybie wyjaśnień do SIWZ, bo przecież temu właśnie miała służyć te instytucja.

13

Zamawiający w dniu 24.06.2015 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25.06.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01 - 040 Warszawa zwany dalej: *„BUDIMEX S.A."* albo *„Przystępującym"* zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Nieobecny na posiedzeniu i rozprawie. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 30.06.2015 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu.

Odnośnie pierwszej kwestii. W dniu 30.10.2014 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w Suplemencie Do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej które zostało opublikowane w dniu 4 listopada pod numerem 2014/S 212 374678-2014-PL

Kalendarium:

28.04.2015 r. - zaproszenie do złożenia oferty w II etapie przetargu dla 20 oferentów zakwalifikowanych w I etapie

21.05.2015 r. - termin graniczny określający czas dla oferentów na zadawanie pytań. Do tego dnia oferenci złożyli do Zamawiającego 531 pytań.

26.05.2015 r. - Konsorcjum Max Bögl złożyło pytania dot. przetargu w ilości 103 szt.

2.06.2015 r. - Zamawiający przekazał wykonawcom zmienioną treść SIWZ w zakresie udziału podmiotów trzecich oraz dokonał zmiany terminu składania ofert na dzień

19.06.2015 r.

12.06.2015 r. - Konsorcjum Max Bögl złożył 1 pytanie dot. przetargu

12.06.2015 r. - Zamawiający przekazał wykonawcom treść zapytań wraz z odpowiedziami w ilości 513 szt. oraz treść zmian do SIWZ w ilości 13 szt.

15.06.2015 r. - Konsorcjum Max Bögl pismem nr MB/WR/ET/2075/2015 poinformowało Zamawiającego o częściowo nie czytelnych odpowiedziach na pytania, ponadto pismem nr MB/WR/ET/2074/2015 zwróciło się z prośbą o zmianę terminu składania ofert na dzień 10.07.2015 r.

16.06.2015 r. - Zamawiający zmodyfikował cześć odpowiedzi na pytania (10 szt.) oraz przekazał wykonawcom załącznik z zadanymi pytaniami i udzielonymi odpowiedziami w wersji edytowalnej umożliwiając tym samym wykonawcom pełną możliwość zapoznania się z ich treścią. Jednocześnie przesunięto termin składania i otwarcia ofert na dzień

24.06.2015 r.

14

18.06.2015 r. - Konsorcjum Max Bögl zwróciło się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na kolejne pytania do SIWZ w ilości 61 szt.

22.06.2015 r. - Konsorcjum Max Bogi złożyło odwołanie do KIO w zakresie przedłużenia terminu składania ofert do dnia 10.07.2015 r. oraz udzieleniu odpowiedzi na pytania

(wszystkie „przeterminowane").
24.06.2015 r. Zamawiający powiadomił oferentów o odwołaniu jednego z nich i w związku z tym przedłużył termin składania ofert do dnia 3.07.2015 r.
25.06.2015 r. pismo spółki Budimex SA o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

W związku z wniesionym odwołaniem Zamawiający przedłużył termin składania ofert do dnia 03.07.2015 r. Wykonując powyższe czynności Zamawiający cały czas postępował zgodnie z przepisami Pzp i w żaden sposób nie naruszył zapisów zawartych w art. 38 ust. 6 Pzp. W związku z powyższym zarzut naruszenia przepisów Pzp jest całkowicie bezpodstawny, a termin dodatkowego przedłużenia czasu na składanie ofert wnioskowany przez Odwołującego w ocenie Zamawiającego nie znajdujący uzasadnienia mając na uwadze wprowadzone zmiany treści SIWZ oraz obowiązujące przepisy prawa.

Zamawiający informuje, że na zadane pytania, Zamawiający udzielił wyczerpujących wyjaśnień, które w przeważającej części, co najwyżej doprecyzowują zapisy SIWZ oraz wprowadził zmiany do SIWZ. Wprowadzone przez Zamawiającego zmiany oraz udzielone wyjaśnienia, w jego ocenie nie są na tyle istotne aby wydłużać termin składania ofert o okres proponowany przez Wykonawcę.

Wskazać w tym miejscu z całą mocą należy na ogólnikowy charakter zarzutu. Odwołujący nie wskazuje, choćby w uproszczeniu lub przez egzemplifikację, w jaki sposób wyjaśnienia i modyfikacja SIWZ spowodowały konieczność wprowadzenia zmian w jego ofercie tak znacznych, że nie jest możliwe ich dokonanie przed terminem składania ofert. Zamawiający zwraca uwagę, iż odpowiedział na wszystkie pytania złożone przez pozostałych oferentów w ustawowym terminie. Odnośnie drugiej kwestii, tj. wskazanych przez Wykonawcę pytań Zamawiający wyjaśnia:

1) Pytanie nr 210.

Prosimy o jednoznaczne określenie czy należy zlikwidować wszystkie przejazdy kolejowe w promieniu 3km od projektowanego dwupoziomowego skrzyżowania drogi ekspresowej 511 z linią kolejową. Zapisy PFU są co do tej kwestii niejasne. Przedmiotowe niosłoby ze sobą zdecydowanie większe koszty wykonania i nie jest możliwe ocenienie koniecznych prac do wykonania w tym zakresie (likwidacja przejazdu kolejowego w ciągu drogi krajowej, powiatowej, dwóch w ciągu dróg gminnych i jeden przejazd służący jako dojazd do fabryki i co za tym idzie, konieczność zapewnienia rozwiązań alternatywnych).

Odpowiedź nr 210.

Zamawiający wymaga zaprojektowania i wybudowania obiektu nad istniejącą linią kolejową nr 272 Poznań - Kluczbork zgodnie z warunkami Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 26 lutego 1996 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi i ich usytuowanie (Dz. U. nr 33, poz. 144 z późn. zm.) oraz uzgodnienia tego z administratorem PKP. Zamawiający dołącza do przekazywanych Oferentom materiałów informacyjnych protokół z dnia 4/08/2010 - uzgodnienie z PKP dotyczący przedmiotowej kwestii, wykonany na poprzednich etapach dokumentacji, jednak sprzed obecnego etapu niniejszego zamierzenia budowlanego.

Komentarz Zamawiającego nr 210.

Zamawiający potwierdza swoje wymagania zawarte w PFU.
Są one jednoznaczne i wymagają zaprojektowania i wybudowania **obiektu inżynierskiego w ciągu obwodnicy m. Kępno nad istniejącą linia kolejową nr 272 Poznań - Kluczbork,**
Wykonawca winien zaprojektować obiekt zgodnie z obowiązującymi przepisami tj. również z rozporządzeniem ministra transportu i gospodarki morskiej z 26 lutego 1996 r. sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi i ich usytuowanie, (z Dz. U. nr 33, poz, 144 ze zm.)
Likwidacja przejazdów kolejowych (wynikająca z przepisów) jest uzależniona od uzgodnienia tego faktu z administratorem PKP. Obowiązek uzgodnienia należy do Wykonawcy o czym poinformowano oferentów w odpowiedzi.
Zamawiający informuje również (i załącza protokół z PKP) o fakcie uzgodnienia braku konieczności likwidacji przejazdów na przedmiotowym odcinku podczas realizacji poprzedniej inwestycji w tym samym rejonie tj. drogi ekspresowej S8, krzyżującej się z nią w rejonie przebiegu obwodnicy m. Kępna.
W związku z powyższym zagadnienia likwidacji przejazdów kolejowych, Oferent winien

przewidzieć podczas sporządzania oferty i uwzględnić podczas etapu projektowania.

2) Pytanie 267.

Dotyczy ; Dokumentów wiążących W PFU Zamawiający określa, że dokumentem wiążącym jest Koncepcja programowa między innymi w zakresie przebiegu drogi ekspresowej Sil w pianie. W innym miejscu Zamawiający wymaga aby zmienić układ drogowy węzła Kępno północ na rondo. Wykonawca zwraca się o uściślenie zapisów PFU.

Odpowiedź 267.

Rezygnacja z wiaduktu drogowego w I-szym etapie budowy obwodnicy, w miejscu przewidywanego węzła drogowego, jest m.in.. Istotą niniejszego kontraktu, w ramach którego zaprojektowane wcześniej rozwiązania podlegają aktualizacji i optymalizacji. Zamawiający zatem wymaga, aby zachować oś trasy w planie wg. koncepcji programowej, a w miejscu przewidywanego węzła drogowego zaprojektować i wybudować rondo średnie.

Komentarz Zamawiającego 267.

Zamawiający wymaga zaprojektowania i wybudowania ronda średniego zgodnie z zapisami rozporządzenia ministra transportu i gospodarki morskiej z 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. nr 43, poz. 430 ze zm.)

- W związku z powyższym w uzasadnionych przypadkach na drogach jednojezdniowych klasy Gp i G poza terenem zabudowy jest możliwe zaprojektowanie ronda średniego.
- Dodatkowo Zamawiający informuje (zarówno w PFU jak i odpowiedziach na pozostałe pytania), iż z uwagi na etapowanie inwestycji rondo jest rozwiązaniem przejściowym. W kolejnych etapach (poza niniejszym opracowaniem) Zamawiający przewiduje rozbudowę węzła KĘPNO-PÓŁNOC do parametrów węzła dwupoziomowego,

Traktując powyższe jako przypadki uzasadnione Zamawiający potwierdza wymóg zaprojektowania ronda średniego i traktuje jako zgodny z przepisami.

3) Pytanie 342

Zgodnie z WWiORB 07.05.01 Wykonawca powinien zamontować bariery ochronne stalowe typu; SP-01; SP-04; SP-05; Sp-09; SP-10} z odcinkami początkowymi i końcowymi; o rozstawie słupków i lokalizacji zgodnie z Dokumentacją Projektową. Prosimy o podanie dla powyższych barier: - poziomu powstrzymywania, - poziomu intensywności zderzenia, - odkształcenia wyrażonego szerokością pracującą. Odpowiedź nr 342, Zamawiający zmienia zapis na „Wykonawca winien zamontować bariery ochronne zgodne z normą PN-EN-1317, w oparciu o Zarządzenie Nr 31 GDDKiA z dnia 23.04.2010r. w sprawie wytycznych stosowania barier ochronnych na. drogach krajowych," Parametry barier winien dobrać projektant w ramach projektu stałej organizacji ruchu ***Zapis w PFU:*** *Drogowe bariery ochronne na drodze ekspresowej, węzłach i sieci dróg powiązanych z drogą ekspresową należy zaprojektować i wykonać zgodnie z obowiązującymi przepisami. Bariery powinny posiadać parametry określone w normie PN-EN 1317, Załączniku do Zarządzenia Nr 31 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dn. 23. kwietnia 2010 r. - „Wytyczne stosowania drogowych barier ochronnych na drogach krajowych" oraz* ***z uwzględnieniem projektu opracowania „Wytyczne stosowania drogowych barier ochronnych na drogach krajowych" ze stycznia 2014r.***

Komentarz Zamawiającego 342

Zamawiający w PFU i WWiORB określił wytyczne projektowania oraz zakres dokumentów regulujących zaprojektowanie i wykonanie barier drogowych. Należy zwrócić uwagę, iż opracowanie szczegółów oraz przyjęcie odpowiednich parametrów barier należą do Wykonawcy w ramach przedmiotowego projektu. Zapis **(...)** ***„z uwzględnieniem projektu opracowania „Wytyczne stosowania drogowych barier***

---

ochronnych na drogach krajowych" ze stycznia 2014r. należy traktować jako informacyjny pod warunkiem wejścia w życie nowelizacji wytycznych.

4) Pytanie 359.

W związku z potrzebą likwidacji przejazdów kolejowych znajdujących się w odległości 3 km z każdej strony wybudowanego skrzyżowania dwupoziomowego z Unią kolejową nr 272 Poznań - Kluczbork o czym mowa w PFU w pkt 1.4.1.1. (str. 10) oferent powinien uwzględnić

w kosztach likwidację 5-ciu istniejących przejazdów kolejowych wraz z wszelkimi kosztami przebudowy niniejszych dróg. Prosimy o jasne sprecyzowanie czy należy uwzględnić likwidację tych przejazdów w związku z przewidzianą budową dwupoziomowego skrzyżowania projektowanej drogi ekspresowej z linią kolejową w km 3+593,79 (obiekt WS-3.5)?

Odpowiedź 359.

Zamawiający wymaga zaprojektowania i wybudowania obiektu nad istniejącą linią kolejową nr 272 Poznań - Kluczbork zgodnie z warunkami Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 26 lutego 1996 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi i ich usytuowanie (Dz. U. nr 33, poz. 144 z późn. zm.) oraz uzgodnienia tego z administratorem PKP. Zamawiający dołącza do przekazywanych Oferentom materiałów informacyjnych protokół z dnia 4/08/2010 - uzgodnienie z PKP dotyczący przedmiotowej kwestii wykonany na poprzednich etapach dokumentacji, jednak sprzed obecnego etapu niniejszego zamierzenia budowlanego.

Komentarz Zamawiającego (jak dla pytania 210).

Zamawiający potwierdza swoje wymagania zawarte w PFU.

Są one jednoznaczna i wymagają zaprojektowania i wybudowania **obiektu inżynierskiego w ciągu obwodnicy m. Kępno nad istniejącą linia kolejową nr 272 Poznań - Kluczbork.**

Wykonawca winien zaprojektować obiekt zgodnie z obowiązującymi przepisami tj. również z rozporządzeniem ministra transportu i gospodarki morskiej z 26 lutego 1996 r. sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi i ich usytuowanie, (z Dz. U. nr 33, poz. 144 ze zm.). Likwidacja przejazdów kolejowych jest uzależniona od uzgodnienia tego faktu z administratorem PKP. Obowiązek uczynienia tego należy do Wykonawcy o czym poinformowano oferentów w odpowiedzi.

Zamawiający informuje również (i załącza protokół z PKP) o fakcie uzgodnienia braku konieczności likwidacji przejazdów na przedmiotowym odcinku podczas realizacji poprzedniej inwestycji w tym samym rejonie tj. drogi ekspresowej S8, krzyżującej się z nią w rejonie przebiegu obwodnicy m. Kępna. Przekazany materiał zawiera całą treść protokołu jakim dysponuje Zamawiający.

W związku z powyższym zagadnienie likwidacji przejazdów kolejowych, Oferent winien przewidzieć podczas sporządzania oferty i uwzględnić podczas etapu projektowania.

5) Pytanie 460.

Na stronie 85 pkt. 2.1.9 PFU wskazuje się konieczność wykonania wjazdów awaryjnych, a jednocześnie na str. 16 pkt. 1,4.1.3.2 jest zapis "nie dotyczy I etapu obwodnicy". Czy należy wykonać wjazdy awaryjne ?

Odpowiedź 460,

Omyłka pisarska w pkt. 1.4.1.3.2. Węzły i łącznice, przejazdy i drogi dojazdowe. Wjazdy awaryjne należy wykonać zgodnie z pkt 2.1.9 PFU - Wjazdy awaryjne.

Komentarz Zamawiającego 460.

Zamawiający wprowadził zapis dot. omyłki pisarskiej z uwagi na sprzeczność poprzednich zapisów. Poprawiony zapis określa dokumenty na podstawie których należy zaprojektować wjazdy i w jaki sposób je zlokalizować.

Sposób zaprojektowania i wykonania a także określenie ilości i lokalizacji wjazdów natężą do obowiązków Wykonawcy.

6) Pytanie 469.

Zgodnie z wprowadzonymi w dniu 10 marca 2015 r. zmianami do Dz.U.43 par.8a.1. Obsługa ruchu z terenów przyległych do pasa drogowego drogi publicznej (...), może być realizowana przez: 2)dodatkowe jezdnie, odpowiadające parametrom technicznym dróg klasy D, L lub Z - zlokalizowane w jej pasie drogowym. W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie, że dla dróg wewnętrznych należy skorygować np. pochylenia poprzeczne (znacznie je zwiększyć) w stosunku do przyjętych w KP.

Odpowiedź 469.

W związku z aktualizacją i optymalizacją przedstawionych w poprzedniej dokumentacji projektowej rozwiązań (Projekt Budowlany dołączony przez Zamawiającego jako materiał informacyjny), w ponownych rozwiązaniach należy dążyć do zaprojektowania wszystkich elementów w sposób zgodny z zapisami PFU, wytycznych ustawowych i szczegółowych

w tym zakresie.

Komentarz Zamawiającego 469.

Przyjęcie szczegółów rozwiązania projektowego należy do Wykonawcy. Zamawiający wymaga od Wykonawcy zoptymalizowania rozwiązania projektowego przedstawionego w PB i PW jako poglądowe. Zarówno w PFU jak i w odpowiedziach na pytania Zamawiający określił zasady w jaki sposób należy wykonać optymalizację. Odnośnie kwestii trzeciej. Podkreślenia wymaga przyznany przez Odwołującego fakt, że **pytania Odwołującego zadane przez Konsorcjum Max Bögl (przytoczone obecnie w odwołaniu) wpłynęły po terminie wyznaczonym do składania pytań,** W związku z powyższym Zamawiający podjął decyzję o pozostawieniu bez rozpoznania pytań złożonych

---

po terminie. Niemniej należy zwrócić uwagę na fakt, iż **zagadnienia poruszone w pytaniach dotyczyły kwestii podnoszonych już przez pozostałych oferentów.** Na pytania te zostały zatem udzielone już odpowiedzi przez Zamawiającego. Odwołujący się jako profesjonalista powinien prześledzić odpowiedzi zamawiającego na stawiane mu przez innych Wykonawców pytania, co umożliwiłoby wyjaśnienie wszelkich wątpliwości.

W związku z powyższym jednoznacznie stwierdzić należy, że wykonując powyższe czynności Zamawiający cały czas postępował zgodnie z przepisami Pzp i w żaden sposób nie naruszył zapisów zawartych w art. 38 ust. 6 Pzp. w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp ani też w art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Uwzględniając argumentację przedstawioną w niniejszej odpowiedzi na odwołanie, bezspornym jest iż zarzuty stawiane Zamawiającemu przez Odwołującego się nie znajdują odzwierciedlenia w rzeczywistości.

W dniu 30.06.2015 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Odwołujący wniósł pismo procesowe stanowiące replikę na odpowiedź na odwołanie.

Szczególne znaczenie dla możliwości konkurencyjnego przygotowania przez Wykonawców ofert w toku niniejszej procedury przetargowej ma uzyskanie od Zamawiającego **odpowiedzi na pytania nr 210 oraz nr 359,** które w istocie odnoszą się do tożsamej kwestii. Tylko w sytuacji, kiedy Zamawiający udzieli odpowiedzi na owe pytania będzie można twierdzić, że w tej części wykonał obowiązek opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Za odpowiedź Zamawiającego nie może być uznane stwierdzenie zamieszczone w odpowiedzi na odwołanie, gdzie stwierdza się, że: *„zagadnienie likwidacji przejazdów kolejowych, Oferent winien przewidzieć podczas sporządzania oferty i uwzględnić podczas etapu projektowania"* (vide: str. 5 i str. 8 odpowiedzi na odwołanie). Wynika to z faktu, iż takie stwierdzenie Zamawiającego powoduje, że w istocie Wykonawca kształtujący swoją ofertę, a nade wszystko kalkulujący jej cenę, byłby zmuszony do jej wariantowego określenia, biorąc pod uwagę opcję zgody PKP na likwidację przejazdów kolejowych, jak i zakładając jej brak. Innymi słowy Wykonawca musiałby podać dwie możliwe ceny, biorąc pod uwagę dwie ww. możliwości. To zaś - co oczywiste - jest to nie dopuszczalne.

Wszak od odpowiedzi na te pytania zależy kardynalny kształt przedmiotu zamówienia. Jeżeli bowiem administrator PKP udzieliłby zgody na pozostawienie obecnie istniejących przejazdów kolejowych, wówczas kształt i koszt oferty musiałby być diametralnie mniejszy aniżeli w sytuacji odwrotnej. Brak zgody PKP na pozostawienie przejazdów kolejowych (czyli nakaz ich likwidacji) spowoduje bowiem obowiązek wykonania przez Wykonawcę drogowych

---

połączeń komunikacyjnych dla podmiotów/obszarów, gdzie zostaną one przerwane wskutek wykonania obwodnicy Kępna. To z kolei będzie wiązało się z koniecznością zaprojektowania i wybudowania szeregu dróg lub wiaduktów nad torami kolejowymi, a co za tym idzie: uzyskania tytułów prawnych do dysponowania nieruchomościami dla tego zamierzenia, uzyskania nowych/kolejnych DŚU, obliczenie stosownego dłuższego terminu dla tych operacji, wyliczenia kosztów tych operacji.

W takim stanie rzeczy Zamawiający nie może - poprzez zaniechanie odpowiedzi na te pytania - przerzucać na Wykonawców nie tyle konieczności dalece hipotetycznego

identyfikowania zakresu przedmiotowego zamówienia, co wręcz „hazardowego" zgadywania jak zachowa się administrator PKP w kwestii likwidacji przejazdów kolejowych. Tym bardziej, że - przeciwnie do stanowiska Zamawiającego - zawartego w punkcie 2 pisma (protokołu) PKP z 04.08.2010 r., wynika wręcz konieczność likwidacji przejazdów kolejowych, stosownie do § 6 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 26 lutego 1996 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać skrzyżowania linii kolejowych z drogami publicznymi i ich usytuowanie (Dz. U. nr 33, poz. 144 z późn. zm.).

Stanowisko Odwołującego w tej mierze znajduje pełne oparcie w orzecznictwie KIO, gdzie podkreśla się, że *„Stosownie do dyspozycji art. 29 ust. 1 p.z.p. podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. (...) Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zwrotów opisujących sposób realizacji zamówienia"* (wyrok KIO z dnia 27.03.2015 r., sygn. akt: KIO 496/15).

Tymczasem próba przerzucenia na Wykonawcę konieczności zgadywania tego jak zachowa się administrator PKP - poprzez brak odpowiedzi Zamawiającego na przedmiotowe pytania - powoduje, że Zamawiający nakłada na Wykonawców obowiązek sporządzenia ofert nie tyle w warunkach rażąco godzących w normę art. 7 Pzp, co wręcz gospodarczo niemożliwych. W doktrynie wskazuje się bowiem, że *„jeżeli mianowicie wykonanie* świadczenia [w niniejszej sprawie wykonanie czynności w postaci złożenia rzetelnej oferty - przyp. pełnom. Odwołującego] *jest wprawdzie możliwe, ale pociągałoby takie koszty, nakłady i starania, jakich w konkretnej sytuacji nie można od dłużnika wymagać, uzasadni to zakwalifikowanie* świadczenia *jako niemożliwego (niemożliwość gospodarcza)"* (vide: Gerard Bieniek [red.], Helena Ciepła, Stanisław Dmowski, Jacek Gudowski, Krzysztof Kołakowski,

---

Marek Sychowicz, Tadeusz Wiśniewski, Czesław Żuławski. *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia zobowiązania. Tom 1. Wydanie 3 zmienione.* Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2001, s. 148).

Na kwestię tą zwraca uwagę również KIO w najnowszym orzecznictwie, gdzie podkreśla się, *„że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. (...) Zamawiający w swoim działaniu nie może korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciążących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą. Zasady uczciwego postępowania i słuszności kontraktowej wyrażają się w tym, że podział ryzyka związanego z ewentualnym zawieszeniem prac budowlanych winien być skorelowany ze źródłem zawieszenia. O ile zasadnym może być przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności za zawieszenie robót spowodowane działaniem lub zaniechaniem samego wykonawcy lub osób trzecich, to w kontekście umowy o realizację zamówienia obarczenie wykonawcy skutkami działań i zaniechań Zamawiającego nie może się ostać"* (wyrok KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15). Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy podnieść, że nie było i nie ma najmniejszym przeszkód po temu, ażeby Zamawiający na obecnym etapie przeprowadzania procedury zamówienia publicznego ! uzyskał wiążące stanowisko administratora PKP co do tego czy w sytuacji budowy wiaduktu nad przejazdem kolejowym w toku wykonania przedmiotowego zadania publicznego zezwoli na likwidację przejazdów kolejowych, czy też nie. Tym samym w niniejszej sprawie to wyłącznie zaniechanie Zamawiającego - polegające na nieudzieleniu Wykonawcom odpowiedzi na pytania nr 210 i nr 359 - jest jedynym źródłem powstania bardzo daleko posuniętego ryzyka ofertowego, a co za tym idzie następnie i kontraktowego, które to ryzyko Zamawiający stara się, z naruszeniem art. 29 ust 1 Pzp, bezzasadnie przerzucić na Wykonawców.

Abstrahując w tym miejscu od kwestii wykonania tak dalece wadliwie opisanego przedmiotu zamówienia (czy wręcz braku jego opisu), należy wskazać, że obraza art. 7 ust. 1

Pzp w takim stanie rzeczy na etapie ofertowania przejawia się w tym, że ci spośród Wykonawców, którzy zdecydują się ponieść ryzyko przyjęcia hipotetycznego założenia (choć należałoby tutaj użyć słowa „zgadywania") zgody PKP na pozostawienie obecnych przejazdów kolejowych w odległości 3 km od mającego być budowanego wiaduktu nad torami kolejowymi, będą mogli złożyć oferty dalece niższe cenowo i z dalece krótszymi terminami wykonania, aniżeli ci Wykonawcy, którzy racjonalnie gospodarczo założą możliwość uzyskania od PKP stanowiska przeciwnego. Tyle tylko, że owa pierwsza grupa Wykonawców/Oferentów będzie obciążona ryzykiem nakazu przez PKP likwidacji przejazdów

kolejowych, co spowoduje konieczność uzyskania tytułów prawnych do dysponowania nieruchomościami dla wykonania połączeń drogowych zastępujących zlikwidowane przejazdy, terminu uzyskania nowych/kolejnych DŚU, niedochowania umówionego wykonania - a wszystko to w ramach wskazanej przez siebie ceny ryczałtowej i zakreślonego ofertowo czasu wykonania. Tak kształtujące się ryzyko może w dalszej kolejności nie tylko pozbawić owego Wykonawcę jakiegokolwiek wynagrodzenia za wykonane prace, a nawet spowodować, że wykonanie przedmiotu zamówienia będzie dla niego deficytowe. W związku z powyższym takie zaniechanie Zamawiającego nie może się ostać jako rażąco sprzeczne z art. 29 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp.

Przechodząc w tym miejscu do stanowiska Zamawiającego odnośnie **odpowiedzi na pytanie nr 267,** również i w tej mierze należy wskazać na całkowitą zasadność odwołania.

W komentarzu do tej części odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że podtrzymuje wymóg kontraktowy w postaci konieczności wybudowania ronda średniego, albowiem *„w uzasadnionych przypadkach na drogach jednojezdniowych klasy GP i G (...) jest możliwe zaprojektowanie ronda* średniego" (vide: str. 6 odpowiedzi na odwołanie), powołując się w tej mierze na § 75 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 r., Nr 43, poz. 430, z późn. zm.). Tyle tylko, że w punkcie 1.4.1.3.1. PFU Zamawiający dla przedmiotu zamówienia przewidział wyraźnie tylko i wyłącznie drogi **dwujezdniowe,** *co* następnie Zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytanie Wykonawców nr 15. Zatem ów wyjątek, na który powołuje się Zamawiający, nie występuje w jego własnym opisie przedmiotu zamówienia.

Odnośnie stanowiska Zamawiającego co do **pytania nr 342** należy podnieść, że projekt Wytycznych GDDKiA ze stycznia 2014 r. prowadzi do zastosowania produktów (barier ochronnych), które muszą posiadać całkowicie inne od dotychczasowych parametry: klasy wtargnięcia i poziomu powstrzymywania. Zatem bardzo niewielu producentów na rynku posiada tego rodzaju właściwe parametrowo certyfikowane produkty, co znacząco utrudnia ich wycenę. Co więcej, należy wskazać, że ów projekt wytycznych jeszcze nie obowiązuje, a tym samym zasadnym jest pytanie o podstawę jego stosowania przy ofertowaniu. Argumentacja dotycząca **pytania nr 460** została szczegółowo i wyczerpująco opisana w odwołaniu. W tym miejscu należy zatrzymać się na stanowisku zajętym przez Zamawiającego wobec **pytania nr 469.**

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie skrzętnie pomija treść pytania zawartego w odwołaniu, gdzie Odwołujący wykazuje niezgodność z prawem wymaganych przez Zamawiającego parametrów DG nr 859632P oraz DG nr 859731P. Zamawiający chce zatem uniknąć odniesienia się do pytania Odwołującego jak Zamawiający zapatruje się na rozwiązania problemu, że oto doprowadzenie parametrów ww, dróg

spowoduje konieczność uzyskania nowej/kolejnej DŚU. Pytanie to ma zatem fundamentalne znaczenie dla kalkulowania oferowanego przez Wykonawców czasu wykonania zamówienia.

Odnośnie zasadności odwołania co do przedłużenia terminu składania ofert do dnia 10.07.2015 r. Podtrzymując wywody odwołania w całej rozciągłości również i w tej mierze należy wskazać co następuje. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że zarzuty odwołania w tej mierze są ogólnikowe, a zmiany wprowadzone przez Zamawiającego nieistotne. Tymczasem stanowisko Zamawiającego jest całkowicie błędne.

Po pierwsze, nie polegać na prawdzie stwierdzenie Zamawiającego, jakoby w dniu 18 czerwca 2015 r. *„Max Bogi zwróciło się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na kolejne pytania"*

(vide: str. 4 odpowiedzi na odwołanie). Wszak pytania Odwołującego z tego dnia nie były „nowymi pytaniami", lecz stały się wynikiem bądź to braku odpowiedzi na niektóre wcześniej (terminowo) zadane pytania, bądź to udzieleniem przez Zamawiającego odpowiedzi niejasnych - o czy dobitnie świadczy odwołanie wniesione w niniejszej sprawie.

Po drugie, już tylko konieczność uzyskania odpowiedzi na pytania objęte odwołaniem o nr 210, 267, 342, 359, 460 oraz 469, sama w sobie statuuje całkowitą zasadność tego wniosku odwołującego. W szczególności należy tutaj wskazać na rozwiniętą powyżej problematyczność i kardynalność pytań nr 210 i nr 359.

Po trzecie, należy zdecydowanie zaoponować stanowisku Zamawiającego, że odpowiedzi na pytania w liczbie aż 531, a dostarczone przez Zamawiającego Wykonawcom w dniu 12 czerwca 2015 r., mają charakter kosmetyczny. Wszak już tylko tak ogromna liczna pytań zadanych przez Wykonawców świadczyć musi o dalece posuniętej niezrozumiałości przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej i o tym, że Wykonawcy nie mogą przystąpić do sporządzania ofert bez odpowiedzi na przedstawione pytania. Jednocześnie nie może ujść uwadze, że bardzo wiele odpowiedzi Zamawiającego na postawione pytania ma fundamentalne znaczenie do kalkulowania ofert przez Wykonawców. Tytułem przykładu można wskazać na odpowiedzi na pytania nr 15, nr 198 oraz nr 237, za pomocą których to w istocie „tylnymi drzwiami" Zamawiający wprowadził kardynalną zmianę przedmiotu zamówienia poprzez wyrugowanie z zakresu robót odcinka drogi o długości ponad 700 metrów, co stanowi ok. 15 % robót drogowych, traktując: *„\W związku z rezygnacją z budowy wiaduktu na węźle drogowym „KĘPNO-PÓŁNOC" w I-szym etapie budowy obwodnicy, drogę ekspresową S11 na odcinku od 0+000 do ok. 0+800 należy wykonać w zakresie korpusu ziemnego "możliwego do wykonania w ramach I etapu obwodnicy, jak również w zakresie niezbędnego dowodnienia przedmiotowego odcinka drogi"* (vide: zdanie 3 odpowiedzi na pytanie nr 15; por. także: odpowiedzi na pytania nr 198 i nr 237). Zamawiający - o dziwo - nie dokonał tej zmiany w trybie zmiany SIWZ, a w trybie udzielenia odpowiedzi na pytania Wykonawców (co samo w sobie jawi się jako niedopuszczalne). Jest przy tym oczywiste, że jest to ogromna - bacząc na cenę

kontraktową - zmiana przedmiotu zamówienia. Nadto odpowiedzi na zadane pytania dotyczą w bardzo wielu przypadkach:

- tego jak należy rozmieć poszczególne zapisy SIWZ ażeby prawidłowo skonstruować ofertę,
- parametrów obiektów, które mają powstać w toku realizacji zamówienia,
- sposobu wykonania robót budowlanych.

Zaś nie sposób przyjąć, że są to kwestie nieistotne dla konstruującego i kalkulującego ofertę Wykonawcy.

Po czwarte, wskazał, że Zamawiającemu' analiza zagadnień zawartych w postawionych przez Wykonawców 531 pytaniach zajęła 3 tygodnie w sytuacji, kiedy Zamawiający miał tylko przeanalizować konkretne zapisy swojej dokumentacji. Jednocześnie Zamawiający, przedstawiając w dniu 12.06.2015 r. odpowiedzi na owe 531 pytań dał Wykonawcom zaledwie 12-dniowy termin na to, ażeby ci: nie tylko przeanalizowali oczekiwania Zamawiającego na gruncie odpowiedzi na pytania, ale również skonstruowali i skalkulowali swoje oferty, dokonując jednocześnie interpretacji odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego i następnie przegotowali dokumentację ofertową. Zatem o rażąco krótkim charakterze terminu zakreślonego (do dnia 24.06.2015 r.) przez Zamawiającego świadczy dobitnie już tylko to, że Zamawiający na o wiele mniejszy zakres czynności sam potrzebował znacznie dłuższego terminu, aniżeli ten, jakiego udzielił Wykonawcom na dalece większy zakres czynności w związku ze zmienionymi przez siebie (wskutek odpowiedzi na pytania i wprowadzenie zmian do SIWZ) warunkami sporządzania ofert. Wszak orzecznictwo KIO wielokrotnie (co wykazano już w treści uzasadnienia odwołania) podkreślało, że *„termin składania ofert w każdym postępowaniu powinien uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Zamawiający jest zobowiązany do uwzględnienia przedmiotu i rodzaju zamówienia, poziomu jego skomplikowania, wszystkich czynności, które należy wykonać, aby złożyć prawidłową ofertę. W przypadku, gdy zamawiający wprowadza do treści SIWZ nowe informacje, termin składania ofert powinien ulec odpowiedniemu przedłużeniu, umożliwiającemu uwzględnienie w ofercie nowych okoliczności"* (vide: Wyrok KIO z 24.03.2015 r., KIO 469/15).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z po oświadczeń, jak przedstawionymi poniżej dowodami, wysłuchaniu i stanowisk stron (Przystępujący nieobecny) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

25

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Należy bowiem wskazać, że: *„Zgodnie z powołanym przepisem* środki *ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w* żaden *sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (…). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie* ścisły *jak w wypadku korzystania ze* środków *ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia). Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze* środków *ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz."* (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt: KIO 2036/10).

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności zaproszenia do składnia ofert z 28.04.2015 r. wysłanego do Odwołującego wraz z SIWZ oraz dokumentacją projektową (płyta DVD-R), zmiany SIWZ z 02.06.2015 r., wniosków o wyjaśnienia treści SIWZ wysłanych w terminie wynikającym z art. 38 ust. 1a Pzp, odpowiedzi na 531 pytań wraz 13 zmianami SIWZ (pismo z 12.06.2015 r.), wniosków czterech Wykonawców (także Odwołującego) o przesuniecie terminu składnia ofert z 15.06.2015 r. i 16.06.2105 r., pytań Eurovia Polska SA do odpowiedzi z 12.06.2015 r., pisma Odwołującego z 15.06.2015 r. o ponowne przesłanie części odpowiedzi na pytania – pisma z 12.06.2015 r., wniosków o wyjaśnienia treści SIWZ wysłanych po terminie

26

wynikającym z art. 38 ust. 1a Pzp (także pisma Odwołującego z 26.05.2015 r. /103 nowe pytania/ oraz 12.06.2015 r. /1 nowe pytanie/), dodatkowych odpowiedzi na 10 pytań, w zakresie których udzielono już odpowiedzi 12.06.2015 r. /pismo z 16.06.2015 r./ oraz pisma Odwołującego z 18.06.2015 r. (6 pytań i 19 nowych ze 103 pierwotnych).

Izba wzięła pod uwagę także odwołanie, przystąpienia oraz odpowiedź na odwołanie.

W celach poglądowych Odwołujący złożył na rozprawie – zrzuty map z Google terenów objętych przedmiotem zamówienia /odpowiedź na pytanie 210 i 359/.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Odwołującego, stanowiska i oświadczenia stron (Przystępujący nieobecny) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Odwołującego oraz rozprawy kwestie, stwierdzając zarazem, że stan faktyczny pomiędzy stronami nie był sporny, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez przedłużenie terminu składania ofert bez uwzględnienia dodatkowego czasu niezbędnego do wprowadzenia tychże zmian w ofercie, co prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji oraz nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje za orzecznictwem, że: *"Wyjaśnienia treści SIWZ, o których mowa w art. 38 ust 2 p.z.p., stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniami. Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust 2 p.z.p."* (za wyrokiem KIO z 06.05.2011 r., sygn. akt: KIO 836/11). Z kolei zgodnie z innym orzeczeniem:

"Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień". (wyrok KIO z 28.03.2011 r., sygn. akt: KIO 545/11). Stwierdza się również w dalszym orzeczeniu, że: *„(…) częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany, natomiast nie mogą być wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ."* (wyrok KIO z 22.12.2014 r., sygn. akt: KIO 2593/14). Konieczne jest także stwierdzenie, za wyrokiem z 28.01.2015 r., sygn. akt: KIO 110/15: *„ (…) podkreślenia wymaga, że rzeczą zamawiającego jest wprowadzenie w postępowaniu jasnych, jednoznacznych i niesprzecznych reguł postępowania, które nie będą dawały jego uczestnikom pola do odgadywania i snucia domysłów co było zamiarem zamawiającego i jaki jest wymagany przedmiot zamówienia. SIWZ opracowana na użytek postępowania winna być dokumentem czytelnym i jednoznacznym. Udzielane zaś wyjaśnienia mają służyć wyeliminowaniu wątpliwości co do brzmienia SIWZ. Mogą one także prowadzić do zmiany SIWZ, jeśli tylko Zamawiający - w związku z dokonaną zmianą - zapewnia odpowiedni czas na składanie lub dostosowanie ofert. To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania i w jego gestii jest kształtowanie przedmiotu zamówienia - czy to w formule ukształtowania SIWZ w momencie wszczęcia postępowania, czy też następczo - w toku postępowania, przy okazji udzielanych wyjaśnień do SIWZ. Nie jest także przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ fakt, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie ich zatytułowanie jako "zmiana SIWZ". Zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu."* . Powyższe orzeczenia zostały przywołane, aby unaocznić Zamawiającemu, że jego argumentacja z rozprawy zgodnie z którą udzielnie odpowiedzi na 531 pytań nie ma żadnego wpływu na termin składnia ofert albowiem tylko zmiana SIWZ statuuje taki wymóg jest z gruntu nieracjonalna i może być szkodliwa w konsekwencji dla dobra postępowania. Izba podkreśla bowiem za przywołanym orzecznictwem, że nazwa takiego, czy innego pisma nie stanowi o zmianie SIWZ, ale jej rzeczywista treść. W ocenie Izby, Odwołujący wykazał, że taki stan rzeczy miał miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym (pismo procesowe Odwołującego z 30.06.2015 r. – str. 6 - de facto zmiana SIWZ odpowiedzią na pytanie 15, 198 oraz 237 z 12.06.2015 r.). Podnosząc że udzielone odpowiedzi zmieniają charakter 700 metrowego odcinka planowanej drogi, czyli 15 % robót drogowych. Zamawiający nie zaprzeczył powyższym okolicznością.

Izba niniejszą okoliczność podnosi dodatkowo, albowiem, same okoliczności faktyczne dają podstawę do uwzględnienia zarzutu i uznania, że Zamawiający niewątpliwie naruszył art. 36 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Przy czym, Izba, mimo dokonanego przez Zamawiającego przesunięcia terminu składnia ofert (w dniu rozprawy do 03.07.2015 r.), uwzględniła zarzut, a nie oddaliła w trybie art. 192 ust. 2 Pzp. W tym zakresie biorąc od uwagę całość okoliczności sprawy oraz nakazane orzeczeniem odpowiedzi na pytania nr 210 i 359, 267, 342, 460 oraz 469 zadane przez Odwołujące w piśmie z 18.06.2015 r. i ponownie w odwołaniu. Izba stoi na stanowisku, że wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego (zaproszono 20 Wykonawców) winni mieć możliwość realnej analizy udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi, taką możliwość miał dotychczas tylko Odwołujący w ramach postępowania odwoławczego. Zwłaszcza w zakresie istniejących wątpliwości prawnych i przekonania Zamawiającego względem kwestii poruszonych w odpowiedzi na pytanie 267 (średnie rondo). Niewątpliwie także kwestia odpowiedzi na pytanie 210 i 359 jest zbyt pochopnie traktowana przez Zamawiającego jako wtórna i spoczywającą w zakresie obowiązków projektanta. Niniejsze uzgodnienia mają zasadnicze znaczenie dla kosztów i zakresu ryzyka kontraktowego spoczywającego na Wykonawcach. Nadto, de facto ich ujecie lub też nie stanowi istotna zmianę postanowień SIWZ. Izba w tym zakresie odniesie się pełniej przy omawianiu kolejnego zarzutu.

Odnośnie, zaś samych okoliczności faktycznych uzasadniających trafność zarzutu, Izba wskazuje, że Zamawiający w dniu 02.06.2015 r. przesunął termin składnia ofert z pierwotnego: 09.06.2015 r. na 19.06.2015 r. czyli o 10 dni (na 17 dni /02.06.2015 r. – 19.06.2015 r./ przed nowym terminem składnia ofert), mimo że jak twierdził na rozprawie zmiana miała charakter nieznaczny i dotyczyła tylko zmiany numeracji gwarancji. Z kolei 12.06.2015 r. odpowiedział na 531 pytań i dokonał 13 zmian SIWZ, mimo to przesuniecie terminu składnia ofert nastąpiło dopiero 15.06.2015 r. /oddzielnym pismem, czyli 3 dnia po odpowiedziach i zmianach SIWZ/, co więcej w ocenie Izby, Zamawiający uczynił to na dopiero skutek wniosków czterech Wykonawców (pisma z 15.06.2015 r. – Eurovia Polska S.A., Mirbud S.A., Berger Bau Polska Sp. z o.o. oraz Odwołującego /ten ostatni 16.06. 2015 r./), a nie z własnej inicjatywy, co jest niezrozumiała skoro dokonał chociażby 13 zmian SIWZ. Brak jest jakichkolwiek podstaw do odmiennej interpretacji zaistniałego stanu faktycznego. Przesunięto termin składnia ofert z 19.06.2015 r. na 24.06.2015 r., czyli o 5 dni (na 9 dni /15.06.2015 r. – 24.06.2015 r./ przed nowym terminem składnia ofert). Powyższe działanie było w ocenie Izby, po pierwsze spóźnione o owe prawie 3 dni, po drugie dokonane pod wpływem Wykonawców, a nie z własnej inicjatywy, po trzecie biorąc pod uwagę skale odpowiedzi na pytania (zawarte tam dalsze zmiany – chociażby w odpowiedziach na pytanie na 15, 198 oraz 237 z 12.06.2015 r.), 13 zmian SIWZ oraz okoliczność której Zamawiający nie przeczył, że sporządzenie odpowiedzi na zadane pytania, czyli wnioski o wyjaśnienie

treści SIWZ, które wpłynęły do Zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert – zajęło prawie 3 tygodnie – naruszyło art. 36 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i nie było wystarczającym czasookresem niezbędnym dodatkowym czasem na wprowadzenie zmian w ofertach. Należy bowiem zauważyć, że z 531 odpowiedziami na pytania udzielonymi równocześnie wiązała się konieczność całościowego przeanalizowania całości materiałów przetargowych otrzymanych od Zamawiającego. Kwestia, że 3 tygodniowy czasookres był wynikiem uwarunkowań organizacyjnych istniejących w ramach instytucji Zamawiającego w żaden sposób go nie usprawiedliwia i raczej winien być podstawą do zmiany tej niekorzystnej praktyki, jako nie przystawiającej do realiów rynku, potrzeb społecznych, posiadanych środków finansowych oraz planów inwestycyjnych lub też podjęcia czynnego działania celem przyspieszenia uzyskania odpowiedzi, tudzież ich zatwierdzenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez udzielenie niejednoznacznych, niewyczerpujących oraz odpowiedzi nakazujących Wykonawcy przyjęcie rozwiązań bądź działań sprzecznych z obowiązującymi przepisami na pytania oferentów zadanych w toku postępowania co prowadzi do naruszenia zasad uczciwej

konkurencji oraz do nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Izba uznała zarzut jedynie w zakresie braku udzielenie przez Zamawiającego wyczerpujących odpowiedzi na 6 pytań zawartych w piśmie Odwołującego z 18.06.2015 r. oraz w odwołaniu, a dotyczących odpowiedzi na pytania w z 12.06.2015 r., także w kontekście art. 38 ust.1 a Pzp, co wynika z uzasadnienia odwołania. Izba nie uznała zarzutu w zakresie nie udzielenie odpowiedzi na 19 pytań także zawartych w piśmie Odwołującego z 18.06.2015 r. oraz w odwołaniu, mimo upływu terminu określonego w art. 38 ust. 1 a Pzp, z uwagi na to,

że ich brak skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 29 ust.1 Pzp, a ściśle naruszeniem art. 38 ust.1 a w zw. z art. 29 ust.1 Pzp, co wynika z uzasadnienia odwołania. W żadnym też wypadku nie można mówić o naruszeniu art. 29 ust. 2 Pzp, w tym zakresie samo przywołanie takiej podstawy na ostatniej stronie uzasadnienia odwołania to zbyt mało, aby uznać skuteczne sformułowanie zarzutu w tym zakresie.

Przedmiotem zarzutu oraz żądań jest - w pierwszej kolejności - udzielenie przez Zamawiającego wyczerpujących odpowiedzi na 6 pytań zawartych w piśmie Odwołującego z 18.06.2015 r. oraz w odwołaniu w związku z udzieleniem w ich zakresie niejednoznacznych, niewyczerpujących odpowiedzi na nie – w piśmie z 12.06.2015 r., czyli naruszeniem przez Zamawiającego art. 29 ust.1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, także w kontekście

art. 38 ust.1 a Pzp. W drugim wypadku, istotą zarzutu oraz żądań jest udzielenie odpowiedzi na 19 pytań także zawartych w piśmie Odwołującego z 18.06.2015 r. oraz w odwołaniu, mimo upływu terminu określonego w art. 38 ust. 1 a Pzp, z uwagi na to, że ich brak skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 29 ust.1 Pzp, a ściśle naruszeniem art. 38 ust.1 a w zw. z art. 29 ust.1 Pzp.

Art. 29 ust. 1 Pzp zobowiązuje Zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, a Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż:

1) na 6 dni przed upływem terminu składania ofert,

2) na 4 dni przed upływem terminu składania ofert - w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia,

3) na 2 dni przed upływem terminu składania ofert - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp

- 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. Na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ nie wpływa przedłużenie terminu składania ofert (art. 38 ust. 1b Pzp). Tylko w przypadku, gdy wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął po upływie terminu składania wniosku, o którym mowa w art. 38 ust. 1 Pzp, lub dotyczy udzielonych wyjaśnień, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania (art. 38 ust.1 a Pzp). Izba podnosi także za orzecznictwem - wyrok KIO z 16.02.2011 r., sygn. akt: KIO 223/11: „(…) ustawodawca zdecydował się na sprecyzowanie pojęcia *„złożenie wniosku z odpowiednim wyprzedzeniem”* w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Obecnie obowiązujące brzmienie tego przepisu zostało ustalone ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591). Zgodnie z przywoływanym przepisem *Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, (…) - pod warunkiem* że *wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął do zamawiającego nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert.*

Przytoczone brzmienie ww. przepisu, oznacza, iż *„złożenie wniosku z odpowiednim wyprzedzeniem”* należy rozumieć na gruncie ustawy Pzp jako doręczenie wniosku Zamawiającemu *„nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego*

terminu składania ofert". Jednocześnie ustawodawca sprecyzował w art. 38 ust. 1a ustawy Pzp, że *Jeżeli wniosek o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wpłynął po upływie terminu składania wniosku, zamawiający może udzielić wyjaśnień albo pozostawić wniosek bez rozpoznania.* Ponadto, *Przedłużenie terminu składania ofert nie wpływa na bieg terminu składania wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ* (art. 38 ust. 1b ustawy Pzp). W uzasadnieniu nowelizacji wskazano na negatywne konsekwencje dotychczas obowiązującego przepisu. Podkreślono, iż liczne pytania zadawane przez wykonawców wpływają do zamawiającego tuż przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwia udzielenie odpowiedzi przed upływem tego terminu. Stąd też zamawiający są niejednokrotnie zmuszeni do przedłużania terminów składania ofert w celu udzielenia odpowiedzi na zadawane pytania. Wywołuje to negatywne skutki w postaci przedłużania się procesu udzielania zamówienia publicznego. Podkreślano, że proponowana zmiana spowoduje przeniesienie terminu wpływu wniosków o wyjaśnienia na wcześniejszą fazę postępowania, co niewątpliwie zapewni zamawiającym więcej czasu na przygotowanie wyjaśnień, a wykonawcom na ich uwzględnienie w ofertach. Jak wynika z uzasadnienia, intencją ustawodawcy nie było ograniczenie prawa wykonawców do zadawania pytań, które co do zasady jest rozwiązaniem korzystnym zarówno dla zamawiających jak i wykonawców, a jedynie spowodowanie, aby pytania te wpływały w pierwszej fazie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (…) art. 38 ust. 1 określając termin na składanie wniosków jako *„połowa wyznaczonego terminu składania ofert"* nakazuje odwołanie się do przepisów ustawy, które regulują kwestię wyznaczania przez zamawiającego terminu składania ofert w poszczególnych trybach udzielania zamówień. (…)".

W innych trybach niż przetarg nieograniczony, w których sporządza się SIWZ, specyfikację przekazuje się: 1) wraz z zaproszeniem do składania ofert - w trybie przetargu ograniczonego (art. 51 ust. 4 Pzp), 2) wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych, a następnie ofert - w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 57 ust. 5, art. 60 ust. 4 Pzp), 3) wraz z zaproszeniem do składania ofert - w trybie dialogu konkurencyjnego (art. 60e ust. 3 Pzp), 4) wraz z zaproszeniem do składania ofert - w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 64 ust. 3 Pzp),

5) wraz z zaproszeniem do składania ofert - w trybie zapytania o cenę (art. 71 ust. 2 Pzp).

Art. 52 ust. 2 Pzp określa w przetargu ograniczonym, że jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składnia ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszeni do składnia ofert.

Względem 6 pytań zawartych w piśmie Odwołującego z 18.06.2015 r. oraz w odwołaniu, dotyczą one odpowiedzi na pytania z 12.06.2015 r. – niewątpliwie więc dotyczą one pytań zadanych - *„nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert"* - okoliczność bezsporna między stronami. Odwołujący zaś, kwestionując jednoznaczny, wyczerpujący charakter odpowiedzi na nie – w piśmie z 12.06.2015 r. wniósł na nie odwołanie w terminie. Nie mają one charakteru spóźnionego. W tym kontekście Izba wskazuje, że po odpowiedziach z 12.06.2015 r., Zamawiający pismem z 16.06.2015 r. zmodyfikował 10 odpowiedzi na pytania z 12.06. 2015 r., czyli dotyczyły one wcześniejszych wyjaśnień, czyli de facto udzielając dodatkowych odpowiedzi/wyjaśnień skorzystał z możliwości danej przez art. 38 ust.1 a Pzp – zgodnie z którym Zamawiający ma fakultatywną możliwość udzielenia wyjaśnień dla wcześniej „udzielonych wyjaśnień". W ocenie Izby, skoro Zamawiający skorzystał z tej fakultatywnej możliwości, aby udzielić odpowiedzi na 10 pytań (pytanie nr 280, 283, 285, 290, 346, 369, 370, 372, 436, 471), na które udzielił już odpowiedzi, to powinien konsekwentnie udzielić odpowiedzi w tym samym trybie względem 6 pytań (pismo z 18.06.2015 r. oraz w odwołaniu) w zakresie których udzielił już odpowiedzi 12.06.2015 r. (pytania nr 210 i 359, 267, 342, 460 oraz 469).

W tym kontekście Izba wskazuje, że istota art. 29 ust.1 Pzp sprowadza się do określenia przez Zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje. Obowiązkiem Zamawiającego jest podjęcie wszelkich możliwych środków w celu wyeliminowania elementu niepewności wykonawców co do przedmiotu

zamówienia poprzez maksymalnie jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Nie może usprawiedliwiać braku wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia stwierdzenie, że wykonawca winien uwzględnić w wycenie zamówienia wszystkie ryzyka. Podkreślić bowiem należy, że wycena ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia może być niemożliwa właśnie ze względu na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem wyliczyć ewentualnego kosztu ryzyka, którego wykonawca nie ma możliwości zidentyfikować z uwagi na brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SIWZ. Innymi słowy nie może wyliczyć rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia. (za wyrokiem KIO z 18.05.2015 r., sygn. akt: KIO 897/15).

Izba, jak wskazywał przy rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu, stoi na stanowisku, że wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego (zaproszono 20 Wykonawców) winni mieć możliwość realnej analizy udzielonych przez Zamawiającego – w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie - odpowiedzi (pytania nr 210 i 359, 267, 342, 460 oraz 469), taką możliwość miał dotychczas tylko Odwołujący w ramach postępowania odwoławczego. Zwłaszcza w zakresie istniejących wątpliwości prawnych i przekonania Zamawiającego

względem kwestii poruszonych w odpowiedzi na pytanie 267 (średnie rondo). Skoro bowiem pewność Zamawiającego co do braku przeszkód przy odbiorze takiego ronda także w kontekście organów nadzoru budowlanego jest tak niezachwiana winien tą pewnością mającą, jak wskazał, swoje oparcie w powszechnie obowiązujących przepisach prawa podzielić się z wszystkimi Wykonawcami. Niewątpliwie także kwestia odpowiedzi na pytanie 210 i 359 jest zbyt pochopnie traktowana przez Zamawiającego jako wtórna i spoczywającą w zakresie obowiązków projektanta, ma bowiem kluczowe znaczenie dla zakresu przedmiotu zamówienia oraz ceny oferty, tudzież porównywalności złożonych ofert, czyli kosztów ryzyka, który winien ponieść Wykonawca. Izba nie widzi żadnych przeciwwskazań, aby stosowne wiążące uzgodnienie uzyskał Zamawiający, tak aby kwestia ta była jednoznaczna dla wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu. Z tej przyczyny zakresem nakazu sentencji jest także objęte dokonanie takiego uzgodnienia przez Zamawiającego i przedstawienia go wszystkim Wykonawcom. Odnośnie odpowiedzi na pytanie 342 z uwagi na istotę dotyczącą barier ochronnych i skutki z tego wynikające, kwestia jakie wytyczne winny zostać zastosowane przez projektanta muszą zostać jednoznacznie ustalone przez Zamawiającego, także jak należy traktować projekt wytycznych z 2014 r. W zakresie odpowiedzi na pytanie 460 oraz 469 rozwiązanie możliwe do przyjęcia, ale nie narzucane – wynikające z załączonego do dokumentacji w celach informacyjnych nieaktualnego projektu, jak wskazał Zamawiający na rozprawie także winno stanowić informacje dostępną wszystkim zainteresowanym złożeniem oferty w postępowaniu. Ma to tym bardziej istotne znaczenie, że w zakresie odpowiedzi na pytanie 460 (wjazdy awaryjne a przepusty dla zwierząt) i 469 (oś dróg dwóch dróg gminnych) Odwołujący uznał, w tym zakresie, oczekiwania Zamawiającego za niezgodne z jego własnymi założeniami. Względem odpowiedzi na pytanie 469, Izba dodatkowo podnosi, że niewątpliwie informacja, iż koncepcja programowa wiąże Wykonawców w ograniczonym zakresie, tj. w zakresie osi głównej przebiegu trasy w planie oraz lokalizacji obiektów inżynieryjnych, zaś pozostałe rozwiązania mają charakter poglądowy jest cenna i korzystna także z punktu widzenia interesu Zamawiającego.

Względem zaniechania przez Zamawiającego udzielenie odpowiedzi na 19 pytań także zawartych w piśmie Odwołującego z 18.06.2015 r. oraz w odwołaniu, jak i w ramach 103 pytań zadanych 26.05.2015 r., czyli po upływu terminu określonego w art. 38 ust. 1 a Pzp, Izba wskazuje, że niewątpliwe Zamawiający nie naruszył art. 38 ust. 1 a Pzp, a ściśle nie miało miejsca naruszenie art. 38 ust.1 a w zw. z art. 29 ust.1 Pzp. Nie można jednak zapominać, że istotą wniosków o wyjaśnienia postanowień SIWZ jest wspólny de facto interes Zamawiającego oraz Odwołującego. Z tej też przyczyny, kwestią wymagającą oceny jest, czy upływ termin z art. 38 ust.1 a Pzp zwalnia Zamawiającego z wymogów wynikających z art. 29 ust.1 Pzp. Z całą pewnością tak nie jest, daje jednakże Zamawiającemu prawo oceny, czy dane pytania – wymagają odpowiedzi dla dobra postępowania. W konsekwencji

wszelkie negatywne konsekwencje tej oceny i wynikającego z niego braku jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia ponosi Zamawiający. Należy także zauważyć, że Wykonawca uczynił zadość wymogowi zachowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy

przez art. 355 § 1 kc (za wyrokiem SN z 05.06.2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13) także w kontekście zamówień publicznych. W rezultacie mimo braku naruszenia art. 38 ust. 1 a Pzp w zw. z art. 29 ust.1 Pzp oraz art. 7 Pzp, poprzez brak udzielenia odpowiedzi na 19 pytań, to Zamawiający będzie ponosił de facto pełną odpowiedzialność, jeśli brak jego troski o dobro postępowania, poprzez pryzmat pytań zadanych po terminie będzie skutkował np. niejasnymi postanowieniami umowy, nie dającymi się usunąć w drodze wykładni, wtedy bowiem to Zamawiający ponosi, jako strona, która zredagowała umowę ryzyko tych wątpliwości (wyrok SN z 17.06.2009 r., IV CSK 90/09).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia) oraz o zasądzenie kosztów dojazdu Odwołującego na rozprawę - koszty dojazdu na rozprawę /1.479, 56 zł - bilety lotnicze/ (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia). W zakresie zwrotu kosztów biletów lotniczych, Izba wskazuje, że mimo rozbieżnych stanowisk wynikających z orzecznictwa sądowego - wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 15. 01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 517/09 (nie uznający takich kosztów), wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 07.08.2013 r., sygn. akt: VIII Ga 243/13 (uznający takie koszty) - Izba uznała koszty z tego tytułu kierując się w tym zakresie postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 20.04.2011 r., sygn. akt: I CZ 22/11 przywołanym przez Sądu Okręgowy w Szczecinie w wyroku wskazanym powyżej.

Przewodniczący:

……