Sygn. akt KIO 2323/14 Sygn. akt KIO 2338/14

WYROK

z dnia 20 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej **- Barbara Bettman**
Protokolant: Paweł Puchalski
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 listopada 2014 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu **7 listopada 2014 r.** przez wykonawcę **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02- 342 Warszawa (sygn. akt: KIO 2338/14),**
2. w dniu **6 listopada 2014 r. przez** wykonawcę **Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa (sygn. akt: KIO 2323/14),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,** przy udziale wykonawców:

- **A.** konsorcjum firm w składzie: **Salini Polska Sp. z o.o. (lider), ul. Marszałkowska 72, 00-545 Warszawa; Salini Impregilo S.p.A; Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A.; Todini Costruzioni Generali S.p.A.** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących w sprawach **sygn. akt: KIO 2323/14 oraz KIO 2338/14),**
- **B.** konsorcjum firm w składzie: **Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation EVRASCON, ul.** św. **Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących w sprawach **sygn. akt: KIO 2323/14 oraz KIO 2338/14),**
- **C.** konsorcjum firm w składzie: **Gűlermag Ağir Sanayi Inŝaat ve Taahhűt A.Ş. S.A. Odział w Polsce, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa** oraz **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2338/14** po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy Warbud S.A. (sygn. akt: KIO 2338/14) i nakazuje zamawiającemu:

1.1. uzupełnienie odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ w zakresie pytania1,2,3 zestawu 1 z dnia 30 października 2014 r. poprzez zapowiedź, iż zarówno w przypadku złożenia ofert na tę samą część zamówienia, jak i odrębne części tego zamówienia objęte przedmiotowym postępowaniem przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, podda ich oferty weryfikacji pod względem tego, czy istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

1.2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,** i:

1.2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02- 342 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

1.2.2. zasądza od zamawiającego: **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz **Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02- 342 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania,

2. Oddala odwołanie wykonawcy **Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa (sygn. akt: KIO 2323/14),**

2.1. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa i:**

2.1.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50a, 02-672 Warszawa** tytułem

wpisu od odwołania.

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 Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2323/14
Sygn. akt: KIO 2338/14

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na *„Projekt i budowę drogi ekspresowej S2 - Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska" do węzła „Lubelska" z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A" od węzła Puławska (bez węzła) do węzła Przyczółkowa (bez węzła) o długości ok. 4,6 km; Zadanie „B" od węzła Przyczółkowa (z węzłem) do węzła Wał Miedzeszyński (z węzłem) o długości ok. 6,5 km; Zadanie „C" od węzła Wał Miedzeszyński (bez węzła) do węzła Lubelska (bez węzła) o długości ok. 7,5 km”,* (ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich numer 2013/S 247-429953 z dnia 20.12.2013 r.), zostały wniesione następujące pisemne odwołania:

A. dniu 7.11.2014 r. przez Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2338/14);
B. w dniu 6.11.2014 r. przez Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 2323/14);

- w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym, w sposób umożliwiający zapoznanie się z ich treścią, zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp.

Podstawą wniesienia odwołań było udzielenie przez zamawiającego odpowiedzi na zapytania wykonawców do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) z dnia 30 października 2014 r.

Odwołujący, wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą, zarzucili zamawiającemu Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), dalej zwaną „ustawą Pzp.”

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia wniesionych odwołań w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, co nie dotyczyło oznaczonych zarzutów przedstawionych w tych odwołaniach.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 7 listopada 2014 r. pisemne przystąpienia do postępowań odwoławczych po stronie odwołujących, w kopii przesłane stronom w dniu 10 listopada 2014 r. zgłosili następujący wykonawcy:

A. konsorcjum firm w składzie: Salini Polska Sp. z o.o. (lider), ul. Marszałkowska 72, 00-545 Warszawa; Salini Impregilo S.p.A; Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A.; Todini Costruzjoni Generali S.p.A. w sprawie sygn. akt: KIO 2323/14 i KIO 2338/14),
B. konsorcjum firm w składzie: Energopol-Szczecin S.A., OJSC Euro Asian Construction Corporation EVRASCON, ul. św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin w sprawie o sygn. akt: KIO 2323/14 i KIO 2338/14),
C. konsorcjum firm w składzie: Gűlermag Ağir Sanayi Inŝaat ve Taahhűt A.Ş. S.A. Odział w Polsce, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Mińsku Mazowieckim, w sprawie o sygn. akt: KIO 2338/14,

Przystępujący powoływali się na posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołujących wykonawców.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców, wymienionych jak wyżej litery od A do C, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących sygn. akt: KIO 2323/14 oraz KIO 2338/14 do udziału w postępowaniach odwoławczych, zgodnie z przystąpieniem - uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane, w zakresie w jakim wymienieni wykonawcy posiadają interes w popieraniu stanowiska strony, do której przystąpili oraz w odniesieniu do oznaczonej części zamówienia A - w przypadku odwołania o sygn. akt KIO 2323/14. W wyniku oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostali oni zakwalifikowani na listę wykonawców zaproszonych do złożenia oferty na jedną z części (zadanie A;B;C), którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Sygn. akt: KIO 2338/14

Odwołujący Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności podjętych przez zamawiającego polegających w jego ocenie na dokonaniu zmiany (modyfikacji) SIWZ w odpowiedzi na pytania 1,2 i 3 zestawu 1.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób prowadzący do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodny z art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp poprzez dopuszczenie do złożenia ofert na więcej niż jedno zadanie przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej,

---

2. art. 38 ust. 4b Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ, która prowadzi do konieczności zmiany ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia czynności odpowiedzi na pytania stanowiącej modyfikację treści SIWZ z dnia 30 października 2014 r. w zakresie pytania 1,2,3 zestawu 1,
2. udzielenia wyjaśnień treści SIWZ potwierdzających brak możliwości złożenia przez wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej odrębnych ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w dniu 30 października 2014 r. przekazał wykonawcom odpowiedzi na pytania w sprawie wyjaśnienia treści SIWZ. Poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 1, 2 i 3 (zestaw 1), zdaniem odwołującego zamawiający dokonał faktycznej modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wykonawca, uznał odwołanie wobec czynności, o której został poinformowany w dniu 30 października 2014 r. za wniesione w terminie ustawowym.

Odwołujący powoływał się na posiadanie interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, gdyż został zakwalifikowany do kolejnego etapu postępowania i zaproszony do złożenia oferty w zadaniu A albo C. W ocenie odwołującego wprowadzona przez zamawiającego modyfikacja treści SIWZ - dopuszczająca złożenie więcej niż jednej oferty przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej na poszczególne części zamówienia prowadzi do naruszenia jego interesu poprzez uchybienie zasadom uczciwej konkurencji, a tym samym utrudnia odwołującemu wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej i uzyskanie zamówienia na wybrane Zadanie. Odwołujący przekonywał, że został pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, które gdyby nie dokonana zmiana SIWZ - byłoby prowadzone z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Utrzymanie niezgodnych z przepisami Pzp postanowień SIWZ, według relacji odwołującego - grozi mu poniesieniem szkody polegającej na nie uzyskaniu zamówienia.

Dalej odwołujący wyjaśniał, że zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu ograniczonego. Zostało ono podzielone na trzy Zadania (części). W ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w dniu 20 grudnia 2013 r., zamawiający określił, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dowolną liczbę Zadań (Części), natomiast ofertę można złożyć tylko na jedno Zadanie (sekcja VI.3. Ogłoszenia o zamówieniu). Pkt 1.1. wykonawca może

złożyć wniosek na dowolną ilość zadań(Części), natomiast ofertę może złożyć tylko na jedno zadanie (Część). Pkt 1.1a wykonawca może złożyć tylko jeden wniosek na dane zadanie (część). Wykonawca zobowiązany jest określić, na które Zadanie/a (część) składa wniosek.

Ograniczanie to zostało podtrzymane w przesłanej wykonawcom dopuszczonym do udziału w postępowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Punkt 7.2. SIWZ stanowi, że *Wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedno zadanie (część). Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę."*

Odwołujący przekonywał, że w przesłanych wykonawcom wyjaśnieniach treści SIWZ, zamawiający dokonał faktycznej modyfikacji postanowień SIWZ, dopuszczając rozwiązanie sprzeczne z wyżej postawionym ograniczeniem oraz naruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający dopuścił, bowiem aby w przypadku, gdy różni wykonawcy należący do jednej grupy kapitałowej złożyli odrębne wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, mogli oni złożyć ważne oferty na więcej niż jedno Zadanie w ramach przedmiotowego postępowania.

W ocenie odwołującego dopuszczenie przez zamawiającego do złożenia ofert na różne Zadania przez członków tej samej grupy kapitałowej prowadzi do obejścia postawionego już w Ogłoszeniu o zamówieniu ograniczenia, co do obowiązku wyboru przez wykonawcę wyłącznie jednego Zadania, na które złoży on ofertę.

Dalej odwołujący wywodził, że dopuszczone przez zamawiającego rozwiązanie preferuje w sposób nieuzasadniony wykonawców, którzy stanowiąc grupę kapitałową złożyli wnioski na różne Zadania w ramach tego postępowania. O ile zamawiający wprost dopuścił możliwość złożenia wniosku na więcej niż jedno Zadanie, to w sposób wyraźny możliwość złożenia oferty została ograniczona tylko do jednego z Zadań, nawet gdyby ten sam wykonawca zakwalifikował się do dalszego udziału w postępowaniu w ramach każdego z trzech Zadań.

Odwołujący podtrzymał zarzut, iż konsekwencją dokonanej modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia (poprzez udzielone odpowiedzi na pytania wykonawców) podmiotów należących do jest uprzywilejowanie takich wykonawców, którzy korzystając z jednej grupy kapitałowej, złożyli wnioski na różne Zadania i nie są, tak jak wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia - jako jedyny ze swojej grupy, lub nienależący do grupy kapitałowej, zobowiązani do wyboru tylko jednego Zadania, ale mogą złożyć ważne oferty na każde z trzech Zadań.

Powyższe przywiodło odwołującego do wniosków, że zamawiający dopuścił tym samym, możliwość obejścia wprost postanowionego przez siebie ograniczenia, bowiem tacy wykonawcy mogą formalnie odrębnie ubiegać się o udzielenie zamówienia na każde z trzech

Zadań, składając każdy własną ofertę, podczas gdy faktycznie działać będą (dzięki istniejącym między nimi powiązaniom kapitałowym lub osobowym w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) jak jeden wykonawca, kierując się wspólnym interesem w uzyskaniu zamówienia na realizację całego Postępowania. Dopuszczenie, w szczególności na obecnym etapie postępowania, możliwości złożenia ofert przez wykonawców powiązanych ze sobą na więcej niż jedno zadanie poczytał odwołujący za prowadzące do nierównego traktowania wykonawców, jak również niezapewniające, wbrew ciążącym na zamawiającym obowiązkom, że postępowanie prowadzone jest z poszanowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Odwołujący zaznaczał, że zamawiający nieprzypadkowo wprowadził ograniczenie uniemożliwiające wykonawcom złożenie oferty na więcej niż jedno Zadanie. Przedmiotem postępowania jest budowa Południowej Obwodnicy Warszawy - zadanie, którego realizacja ma charakter priorytetowy, a poza tym, bardzo złożone i wymagające znacznych nakładów i zaangażowania potencjału. Ochrona interesu zamawiającego (zbieżnego z interesem publicznym) i zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia wymagało podziału Postępowania na części, z których każda miała zostać powierzona innemu wykonawcy, tak aby nie koncentrować realizacji całego przedsięwzięcia „w jednych rękach". Dopuszczenie do złożenia ofert na różne Zadania przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej, niweczy przedmiotowy cel i prowadzi do obejścia ograniczenia postawionego przez samego

zamawiającego.

Odwołujący ponowił zarzut, że dopuszczone przez zamawiającego rozwiązanie jest również niezgodne z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp pozwala, bowiem na złożenie odrębnych ofert w tym samym postępowaniu przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W okolicznościach niniejszej sprawy, złożenie odrębnych ofert przez członków tej samej grupy kapitałowej w każdej sytuacji prowadzić będzie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, a to ze względu na wprowadzone przez zamawiającego ograniczenie umożliwiające złożenie oferty tylko na jedno Zadanie.

Odwołujący wskazywał, że wykorzystanie konstrukcji grupy kapitałowej umożliwia obejście przedmiotowego ograniczenia i złożenie ofert przez podmioty powiązane (często w istocie przez jeden i ten sam podmiot faktycznie realizujący zamówienie) na więcej niż jedno Zadanie, a tym samym - konkurowanie o uzyskanie zamówienia na więcej niż jedną część postępowania. Odwołujący podnosił, że przy postępowaniu o takiej wadze i wartości przedmiotu zamówienia, nie jest realne, aby wykonawcy działający w ramach jednej grupy kapitałowej, nie ustalali między sobą optymalnej strategii umożliwiającej wybór oferty danego wykonawcy, jako najkorzystniejszej w danym Zadaniu. Jak również zwracał uwagę, iż dla

---

stosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp nie ma znaczenia to, iż postępowanie zostało podzielone na części. Ustawa Prawo zamówień publicznych, w sytuacji, gdy podział postępowania na części ma znaczenie, wskazuje wprost tę okoliczność (tak np. art. 6a, art. 45 ust. 5, art. 93 ust. 2 czy art. 170 ust. 3 Pzp). Brak uwzględnienia w treści art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp sytuacji podziału postępowania na części zgodnie z art. 83 ust. 2 Pzp, oznacza według odwołującego, iż podstawa wykluczenia obowiązuje w sytuacji, gdy złożenie odrębnych ofert nastąpi w jednym postępowaniu, niezależnie od tego, czy zostało ono podzielone na części czy też nie.

Odwołujący powtarzał, że w przedmiotowej sprawie Zadania objęte są jednym postępowaniem, a zamawiający ograniczył możliwość złożenia oferty przez tego samego wykonawcę wyłącznie do jednej części zamówienia. Tym samym, przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp znajduje zastosowanie również w przedmiotowej sprawie, w stosunku do ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, niezależnie od tego czy złożyli oferty na to samo czy na różne Zadania. Powyższe oznacza, iż co do zasady, złożenie odrębnych ofert w postępowaniu przez wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej powinno skutkować ich wykluczeniem, chyba że wykażą iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji. Jednakże, jak wskazywał wyżej, okoliczności, w których dopuszczalne byłoby złożenie odrębnych ofert przez wykonawców z jednej grupy kapitałowej, nie zachodzą w niniejszym postępowaniu, gdyż zamawiający zgodnie z art. 83 ust. 3 Pzp wyraźnie wyłączył możliwość złożenia oferty na więcej niż na jedną część postępowania. Do zachwiania konkurencji w tym postępowaniu dojdzie, zatem w każdym przypadku złożenia odrębnych ofert przez wykonawców z jednej grupy kapitałowej – jak utrzymywał odwołujący.

Ponadto, dokonane przez zamawiającego wyjaśnienie uznał odwołujący za modyfikację prowadzącą również do konieczności zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, która w świetle przepisu art. 38 ust. 4a Pzp jest niedopuszczalna na obecnym etapie postępowania.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania i podnosił, że nie dokonał zmian SIWZ i nie zmienił wymagań oraz zasad postępowania w stosunku do ogłoszenia o zamówieniu. Odpowiedzi na pytania przekazane wykonawcom przy piśmie z dnia 30.10.2014 r. dotyczyły innego aspektu i nie mają związku z zastrzeżeniem składania oferty przez jednego wykonawcę na jedną część zamówienia. Zamawiający prowadzi postępowanie w podziale na 3 części, gdzie na każdą z tych części zostaną złożone odrębne oferty i zostaną zawarte trzy odrębne umowy z trzema różnymi wykonawcami. Tymczasem grupa kapitałowa nie jest wykonawcą. Gdyby nawet wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli oferty na tę samą część to zamawiający nie mógłby uznać tego za naruszenie art. 82 ust. 1 ustawy

---

Pzp, który stanowi, że wykonawca może złożyć jedna ofertę, ponieważ oferty złożyli różni wykonawcy. Zamawiający byłby zobowiązany w takim przypadku jedynie do analizy pod

kątem podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Nie ma natomiast podstaw w przepisach Pzp do automatycznego wykluczenia z postępowania, lub też a priori zakazania wykonawcy przynależącemu do grupy kapitałowej złożenia oferty w postępowaniu, w którym swoją ofertę złożyłby również inny członek danej grupy kapitałowej.

Według stanowiska zamawiającego, podtrzymanego na rozprawie, w przypadku złożenia oferty przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej przez każdego z nich na inne Zadanie nie ma zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Wykonawcy przystępujący po stronie odwołującego poparli argumentację przedstawioną w odwołaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest wykonawcą zaproszonym do złożenia oferty na część A albo C zamówienia. Przy czym kwestionowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy uwzględnieniu ich wykładni dokonanej przez zamawiającego - odnoszą się do wszystkich części zamówienia. Stąd też, nie zachodziła konieczność wskazania konkretnej części zamówienia przez odwołującego, na którą wadliwe w jego ocenie wyjaśnienia rozumienia postanowień SIWZ oraz ogłoszenia - utrudniają/uniemożliwiają złożenie oferty - dla wykazania interesu po stronie wykonawcy do skarżenia czynności zamawiającego.

Okoliczności faktyczne pozostawały bezsporne. Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą złożyć wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dowolną liczbę Zadań (Części), natomiast ofertę można złożyć tylko na jedno Zadanie (sekcja VI.3. Ogłoszenia o zamówieniu). Pkt 1.1. wykonawca może złożyć wniosek na dowolną ilość zadań(Części), natomiast ofertę może złożyć tylko na jedno zadanie (Część). Pkt 1.1a wykonawca może złożyć tylko jeden wniosek na dane zadanie (część). Wykonawca zobowiązany jest określić, na które Zadanie/a (część) składa wniosek. Ograniczanie to zostało podtrzymane w przesłanej wykonawcom dopuszczonym do udziału w postępowaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Punkt 7.2. SIWZ stanowi, że *Wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedno zadanie (część). Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę."*

W odpowiedziach na pytania wykonawców do treści SIWZ z dnia 30 października 2014 r. w zakresie pytania 1,2,3 zestawu 1, zamawiający podał, co następuje.

Treść pytania 1 – czy w sytuacji, w której różne firmy (różni wykonawcy) należące do tej samej grupy kapitałowej, które niezależnie od siebie złożyły wnioski na osobne zadania w postępowaniu i zostały zakwalifikowane do drugiego etapu postępowania, każda w ramach swojego zadania, mogą na etapie składania ofert cenowych złożyć ważne oferty cenowe, każda na swoje zadanie?

Odpowiedź. W sytuacji, w której różne firmy (różni wykonawcy) należące do tej samej grupy kapitałowej, które niezależnie od siebie złożyły wnioski na osobne zadania w postępowaniu i zostały zakwalifikowane do drugiego etapu postępowania, każda w ramach swojego zadania, mogą na etapie składania ofert złożyć oferty cenowe, każda na swoje zadanie.

Treść pytania 2 – czy w sytuacji, w której różne firmy (różni wykonawcy) należące do tej samej grupy kapitałowej, które niezależnie od siebie złożyły wnioski na osobne zadania w postępowaniu i zostały zakwalifikowane do drugiego etapu postępowania, każda w ramach swojego zadania, składając ofertę cenową każda na swoje zadanie na podstawie samej czynności złożenia oferty żadna z firm (żaden z wykonawców) nie zostanie wykluczona z postępowania przetargowego lub/oraz że na tej podstawie oferta żadnej z nich nie zostanie odrzucona?

Odpowiedź. W sytuacji, w której różne firmy (różni wykonawcy) należące do tej samej grupy kapitałowej, które niezależnie od siebie złożyły wnioski na osobne zadania w postępowaniu i zostały zakwalifikowane do drugiego etapu postępowania, każda w ramach swojego zadania, każda na swoje zadanie na podstawie samej czynności złożenia oferty żadna z firm nie zostanie wykluczona z postępowania przetargowego oraz na tej podstawie oferta żadnej z nich nie zostanie odrzucona.

Treść pytania 3 – czy w sytuacji, w której różne firmy (różni wykonawcy) należące do tej samej grupy kapitałowej, które niezależnie od siebie złożyły wnioski na osobne zadania w postępowaniu i zostały zakwalifikowane do drugiego etapu postępowania, każda w ramach

swojego zadania, na etapie złożenia ofert cenowych firmy z grupy kapitałowej (Wykonawcy) aby złożyć ofertę ważną w przedmiotowym postępowaniu muszą zdecydować się na złożenie oferty przez jednego wykonawcę wyłącznie na jedno zadanie, na które złożył on wniosek?
Odpowiedź. W sytuacji, w której różne firmy (różni wykonawcy) należące do tej samej grupy kapitałowej, które niezależnie od siebie złożyły wnioski na osobne zadania w postępowaniu i zostały zakwalifikowane do drugiego etapu postępowania, każda w ramach swojego zadania, na etapie złożenia ofert cenowych firmy z grupy kapitałowej (Wykonawcy) aby złożyć ofertę ważną w przedmiotowym postępowaniu nie muszą zdecydować się na złożenie oferty przez jednego Wykonawcę wyłącznie na jedno zadanie, na które złożył on wniosek.

Modyfikacje (zmiany treści SIWZ) zostały dokonane przez zamawiającego 8 września 2014 r., o czym wykonawcy zaproszeni do składania ofert zostali poinformowani w tym samym terminie.

Zdaniem Izby poprzez udzielenie kwestionowanych odpowiedzi na zapytania jak wyżej, zamawiający nie dokonał żadnej zmiany postanowień SIWZ, zwłaszcza takiej, która wymagałby zmiany ogłoszenia w tym zakresie. Podał jedynie interpretację postawionego warunku, że: „Wykonawca *może złożyć ofertę tylko na jedno zadanie (część). Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę"* – w odniesieniu do wykonawców, którzy zostali zaproszeni do składania ofert, należących do tej samej grupy kapitałowej.

Zgodnie z art. 83 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. W przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną, lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określił maksymalną ilość części, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Dzięki takiej regulacji przyjętej w SIWZ, zamawiający uzyskuje pewność, że jeden i ten sam wykonawca nie będzie wykonywał całości zamówienia. Definicję oferty częściowej zawiera pkt 6 art. 2 ustawy Pzp, według której przez ofertę częściową należy rozumieć ofertę przewidującą zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia publicznego.

Ustalenie w SIWZ możliwości składania ofert częściowych i ilości ofert, która może zostać złożona przez wykonawcę w postępowaniu podzielonym na części należy do prerogatyw zamawiającego – nie może, więc być uznane za naruszające przepisy ustawy Pzp. W przypadku dopuszczenia ofert częściowych, zamawiający określa odrębnie kwotę wadium dla każdej z części w oparciu o art. 45 ust. 5 ustawy Pzp. Również ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ocena i wybór ofert przeprowadzana jest odrębnie do każdej części zamówienia z zawarciem osobnych umów z wybranymi wykonawcami. Podobnie postępowanie może zostać unieważnione tylko w oznaczonej części na podstawie art. 93 ust. 2 Pzp.

Inną kwestią jest, że wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą zobowiązany jest na podstawie art. 26 ust. 2d ustawy Pzp przedstawić listę podmiotów należących łącznie z nim do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, lub informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Ustawodawca na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zobligował zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba, że wykażą, że

istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nie można pomijać, iż powyższy zakaz nie ma charakteru bezwzględnego, prowadzącego do automatycznego odrzucenia ofert powiązanych kapitałowo podmiotów - złożonych w tym samym postępowaniu, lub na te same części zamówienia, jeżeli postępowanie podzielono na części. Ustawa nakazuje, bowiem nawet w takim przypadku uwzględnienie okoliczności, iż wykonawcy są uprawnieni, aby wykazać, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami w postępowaniu.

Jeżeli uwzględni się przytaczane wyżej uregulowania ustawy Prawo zamówień publicznych - dopuszczenie do złożenia ofert na zarówno na jedno i to samo zadanie, jak i na więcej niż jedno zadanie prowadzonego postępowania przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej - znajduje normatywne wsparcie w art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, który umożliwia wykonawcy złożenie jednej oferty, z zastrzeżeniem wykazania przez ubiegającego się o zamówienie spełnienia przesłanek ustawowych, w tym wykazania, że istniejące powiązania między wykonawcami z tej samej grupy kapitałowej nie prowadzą do naruszenia mechanizmu uczciwej konkurencji.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że do zachwiania konkurencji w tym postępowaniu dojdzie automatycznie - w każdym przypadku złożenia odrębnych ofert przez wykonawców z jednej grupy kapitałowej.

Mniejszym ryzykiem antykonkurencyjnych zachowań wykonawców, zdaniem Izby obarczona jest możliwość złożenia na poszczególne części zamówienia ofert przez podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej, niż w postępowaniu, które nie byłoby podzielone na odrębne części. Mimo powiązania kapitałowego, czy organizacyjnego i osobowego, podmioty wchodzące w skład grupy kapitałowej posiadają odrębną osobowość prawną i na gruncie przepisów ustawy Pzp i nie mogą być traktowane, jako ten sam wykonawca, którego dotyczy nakaz „złożenia *wyłącznie jednej oferty i tylko na jedno zadanie (część).”*

Izba nie podzieliła jednak stanowiska zamawiającego, że w przypadku złożenia przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej oferty przez każdego z nich na inne Zadanie nie ma zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W tym elemencie interpretacja zamawiającego odbiega od literalnego brzmienia tego przepisu, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, ze zm.) złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba, że wykażą, że istniejące

między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należy bowiem podkreślić, iż w przytaczanym przepisie jest mowa jest o „tym samym postępowaniu” bez względu na to na ile części zostanie ono podzielone. Omawiana norma art. 24 ust 2 punkt 5 Pzp odnosi się do postępowania, a nie wyodrębnionych jego części, zatem zamawiający nieprawidłowo stosuje ten przepis jedynie w obrębie poszczególnych części, i założył z góry, że nie może dość do naruszenia konkurencji poprzez złożenie ofert w jednym postępowaniu na różne części zamówienia przez członków tej samej grupy kapitałowej.

Ustawa Prawo zamówień publicznych szczegółowo określa podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania i podstawy do odrzucenia oferty. Przypadek opisany w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp stanowi przepis szczególny i powinien być stosowany z uwzględnieniem wszystkich przesłanek w nim wskazanych, a więc z umożliwieniem zainteresowanym wykonawcom wykazania braku wpływu powiązań kapitałowych na zachowanie konkurencyjności całego prowadzonego postępowania, co może i powinno się odbyć dopiero w trakcie badania i oceny złożonych ofert.

Zdaniem Izby, zamawiający na gruncie przywoływanych przepisów ustawy Pzp powinien jednak dokonać pełniejszej interpretacji w skarżonych wyjaśnieniach do postanowień SIWZ, niż to uczynił w dniu 30 października 2014 r. Należało zauważyć, iż zamawiający, zgodnie z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp przyznał jedynie samą możliwość złożenia odrębnych ofert przez członków tej samej grupy kapitałowej na poszczególne części zamówienia. Nie zwalnia to jednak takich wykonawców, zgodnie z ciężarem nałożonego na nich dowodu - wykazania, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu, a samego zamawiającego nie zwalnia w ramach badania ofert - od oceny takiej sytuacji.

Obecnie trudno przewidzieć, jakie oferty wpłyną na poszczególne części zamówienia, co nie pozbawia odwołującego możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej na wybór oferty w zadaniu, w którym będzie uczestniczył, jeżeli uzna, że z uwagi na powiązania kapitałowe złożenie oznaczonej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp), lub też ujawnią się inne przesłanki do wykluczenia konkurenta w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp – na etapie po złożeniu ofert.

Zdaniem Izby, zamawiający nie dokonał modyfikacji SIWZ, gdyż udzielone

odpowiedzi na pytania wykonawców do treści SIWZ z dnia 30 października 2014 r. w zakresie pytania 1,2,3 zestawu 1 należy traktować jako wykładnię odnośnych postanowień SIWZ, a nie jako ich zmianę, a wykonawcy pozostający w układach związków kapitałowych nawet bez tych wyjaśnień zamawiającego mogliby się ubiegać o zamówienia w zakresie

13

---

ustalonych jego części. W konsekwencji zamawiający nie był zobowiązany dokonywać żadnej zmiany ogłoszenia o zamówieniu, która nie jest dopuszczalna na podstawie art. 38 ust. 4b ustawy Pzp.

Skutki dokonanej wykładni mogą być jednak daleko idące, jeżeli chodzi o udział wykonawców w poszczególnych częściach postępowania i dla wyniku tego postępowania w zakresie wszystkich 3 Zadań. Okoliczność bezsporną stanowiło, że część wykonawców, którzy zostali dopuszczeni do etapu składania ofert przynależy do grup kapitałowych i złożenie przez nich ofert na te same, lub odrębne części przedmiotowego postępowania jest realne. Wykonawcy mogli odczytać udzielone wyjaśnienia z 30 października 2014 r., jako poszerzające faktyczny dostęp do zamówienia dla określonych grup podmiotów. Z tych względów Izba poddała zarzuty odwołania merytorycznemu rozpoznaniu, mimo, że SIWZ została przekazana wykonawcom zaproszonym do składnia ofert już w dniu 13 sierpnia 2014 roku, a jej postanowienia były przedmiotem zaskarżenia i oceny Izby w sprawie sygn. akt KIO 1750/14, KIO 1755/14 i KIO 1756/14.

Izba podzieliła stanowisko przystępujących, że zamawiający poprzez udzielenie omawianych wyżej odpowiedzi, których znaczenie podtrzymał na rozprawie, z góry zdjął z siebie obowiązek jak nakłada na niego art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp badania powiązań pomiędzy podmiotami tej samej grupy w aspekcie - czy złożenie ofert przez takie podmioty w tym samym postępowaniu na różne jego części nie prowadzi do zakłócania mechanizmu uczciwej konkurencji.

Postępowanie dowodowe potwierdziło częściową zasadności stawianych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

1) art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp poprzez udzielenie odpowiedzi na zapytania wykonawców nie pozostające w pełnej zgodności z treścią tego przepisu i pominięcie, że w przypadku złożenia ofert przez podmioty powiązane kapitałowo w tym samym postępowaniu na różne jego części, zobowiązane są one wykazać pod rygorem wykluczenia z postępowania, że powiązania te nie zakłócają mechanizmu uczciwej konkurencji w danym postępowaniu - jako całości,
2) w następstwie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez uchybienie powinności prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia art. 38 ust. 4b Pzp poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ, która prowadzi do konieczności zmiany ogłoszenia o zamówieniu, gdyż wyjaśnienia zamawiającego nie wprowadzały żadnych zmian, ograniczały się jedynie do zabiegów interpretacyjnych.

14

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów wpisu od odwołania na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia.

Sygn. akt: KIO 2323/14

Odwołujący Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od niezgodnych z ustawą Pzp czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu,

polegających w jego ocenie na dokonaniu zmiany (modyfikacji) SIWZ w odpowiedzi na pytania z dnia 30 października 2014 r. Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzucanych mu nieprawidłowych czynności w dniu 30 października 2014r, tj. wraz z przekazaniem drogą e- mailową informacji o udzieleniu wyjaśnień na część z zadanych przez wykonawców pytań.

Odwołujący wskazywał, że zarzutami odwołania objął następujące czynności zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku postępowania, a polegające na:

1. zaniechaniu opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,

2. zaniechaniu opisania przedmiotu zamówienia „zaprojektuj i wybuduj" za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego,

3. opisaniu przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu.

4. zaniechaniu udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie odwołującego przez opisane wyżej czynności i zaniechania zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów prawa:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany rzetelnego opisania przedmiotu zamówienia, lecz uprawniony jest do przedłożenia opisu niekompletnego i niespójnego, choć taki opis nie

pozwala wykonawcom na złożenie porównywalnych ofert, zgodnych z niewyartykułowanymi intencjami zamawiającego, ani na wyliczenie kosztów realizacji zamówienia,

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do załączenia do odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ“) dowolnego dokumentu zatytułowanego Program Funkcjonalno-Użytkowy, dla spełnienia warunku opisania robót projektowo - budowlanych za pomocą dokumentu, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne, pomimo że zakres tak zatytułowanego dokumentu nie zawiera wymaganej ustawą Pzp treści,

3. art. 7 ust. 3 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do rzetelnego opisania przedmiotu zamówienia, lecz uprawniony jest do przedłożenia opisu niekompletnego i niespójnego, choć taki opis może utrudniać i utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż zmusza wykonawców do zakładania, jaki jest przedmiot zamówienia, który, choć niewyartykułowany, będzie probierzem przy badaniu zgodności oferty z treścią SIWZ, co skutkować będzie tym, że część wykonawców trafnie odszyfruje intencje zamawiającego, a pozostała część poczyni nietrafne założenia o potrzebach zamawiającego,

4. art. 7 ust. 1 oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 38 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, ze zamawiający uprawniony jest do formalnego przekazania odpowiedzi wykonawcom w określonym ustawowo terminie, bez konieczności faktycznego, merytorycznego wyjaśniania niespójności swoich żądań, zawartych w SIWZ, uszczegółowiania ogólnikowych warunków oraz uzupełniania brakujących informacji, tj. poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do czynienia ze swojego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, poprzez udzielanie pozornych wyjaśnień w odpowiedzi na realne braki i niespójności treści SIWZ.

W związku z opisanymi wyżej naruszeniami przepisów ustawy Pzp, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający wykonawcom złożenie porównywalnych ofert, zawierających wyliczenia wszystkich kosztów realizacji wyczerpująco opisanego przedmiotu zamówienia,

2. zaprzestanie dalszego obchodzenia prawa, tj. obowiązku zamawiającego udzielania merytorycznie poprawnych, rzetelnych, spójnych i wyczerpujących odpowiedzi na pytania wykonawców,

3. dokonanie zmiany odpowiedzi wskazanych poniżej w uzasadnieniu odwołania, w sposób pozwalający na uzyskanie przez wykonawców merytorycznie poprawnych, rzetelnych, spójnych i wyczerpujących odpowiedzi,

4. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz dalszego czynienia ze swojego prawa do udzielania wyjaśnień SIWZ użytku sprzecznego ze społeczno- gospodarczą rolą wyjaśnień treści SIWZ.

Odwołujący powoływał się na posiadanie interesu do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań zamawiającego może ponieść szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp i dokonałby opisu przedmiotu zamówienia w sposób merytorycznie poprawny, rzetelny, spójny, wyczerpujący i niebudzący wątpliwości wykonawców oraz udzieliłby realnych odpowiedzi na pytania wykonawców, które prowadzą do zmiany lub uzupełnienia błędnego lub lakonicznego opisu przedmiotu zamówienia, a więc gdyby zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy Pzp, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości złożenia poprawnej oferty, z należycie wyliczonymi kosztami kompletnie opisanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący ponadto wskazywał, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ma istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż utrudnia uczciwą konkurencję.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane bardzo często jest formułowany w sposób zbyt ogólnikowy, nie pozwalający na stwierdzenie przez wykonawców, jaki jest faktyczny zakres zamówienia, a co za tym idzie - nie pozwalający na należyte wyliczenie kosztów przedsięwzięcia oraz oszacowanie ryzyk. Ustawodawca precyzyjnie uregulował, w jaki sposób zamawiający winien opisywać przedmiot zamówienia, a procedura z art. 38 ustawy Pzp nie powinna służyć do dopisywania brakujących fragmentów opisu przedmiotu zamówienia czy ujednolicania sprzecznych wymagań, lecz na wytłumaczeniu wykonawcom kwestii budzących wątpliwości. Pamiętać, bowiem należy, że to zamawiający są autorami SIWZ, a wykonawcy nie mają obowiązku weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia i jego korygowania. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej zwracało uwagę, że składanie przez wykonawców zapytań do SIWZ nie jest ich obowiązkiem, a niespójności czy luki w opisie przedmiotu zamówienia obciążają zamawiającego.

Odwołujący uznał przekazaną przez zamawiającego SIWZ za tak niedoskonałą, że zmusiło to wykonawców do złożenia (zgodnie z wiedzą odwołującego) ponad 2 000 pytań. Zamawiający dostał, więc szansę, aby niedostateczny opis przedmiotu zamówienia ujednolicić, uzupełnić, uszczegółowić. W ocenie odwołującego zamawiający nie wywiązał się z obowiązku wyjaśnienia treści SIWZ. Dnia 30 października 2014r. przekazał część odpowiedzi na zadane pytania, które według odwołującego jedynie pozornie wypełniają

obowiązek z art. 38 ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że udzielone wyjaśnienia przyczyniają się do dalszego pogłębiania niespójności opisu przedmiotu zamówienia. Ustawodawca nie nałożył, bowiem obowiązku udzielenia „odpowiedzi" na pytanie, lecz udzielenia „wyjaśnień". Zatem, fakt przekazania przez zamawiającego odpowiedzi na zadane pytania nie może być traktowany - jako wypełnienie dyspozycji normy z art. 38 ustawy Pzp.

Poniżej odwołujący podał „przykłady" pytań i odpowiedzi zamawiającego, które uznał za pozorne, gdyż faktycznie zamawiający nie udzielił wyjaśnień niejasnych treści SIWZ.

1. Do pytań, do których zamawiający w żaden sposób się nie ustosunkował, odwołujący zaliczył poniższe:

1a) Zestaw 4. Pytanie 15: Prosimy o potwierdzenie, iż w przypadku niemożności dotrzymania Czasu na Ukończenie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność Zamawiający, koszty przedłużenia Zabezpieczenia Wykonania (subklauzula 4.2) zostaną zwrócone Wykonawcy.

Odpowiedź: Postanowienia Subklauzuli 4.2 Szczególnych Warunków Kontraktu są jednoznacznie określone. Zamawiający nie zmienia treści Subklauzuli 4.2 Szczególnych Warunków Kontraktu.

1.b) Zestaw 10. Pytanie 21: Prosimy o szczegółowe wyjaśnienie, co wchodzi w skład kosztów, o których mowa w z p. 1.5.2.2. PFU odc. A, B i C. Wykonawca nie dopuszcza ponoszenia kosztów wynikających z treści zawartych porozumień/umów, w których nie będzie stroną, takich jak np. rekompensata z tytułu umieszczenia urządzenia obcego na terenie kolejowym.

Odpowiedź: Zapisy SIWZ są jednoznacznie określone. Postanowienia SIWZ pozostają bez zmian.

1.c) Zestaw 12. Pytanie 38: Czy mogliby Państwo wyjaśnić, jaki będzie podział obowiązków i koordynacja prac ziemnych między poszczególnymi odcinkami (Zadania A, B i C), uwzględniając poniższe pytania:

A) Czy do wykonawców każdego z zadań będą należeć wszystkie typy wykopanych i rozebranych materiałów uzyskanych podczas budowy?

B) Jeśli nie, jaki będzie umowny podział obowiązków i procedury dotyczące wykopanych i rozebranych materiałów?

Odpowiedź: Zgodnie z zapisami SIWZ.

2. Dalej, do pytań, do których zamawiający się odniósł, lecz odpowiedź nie wyjaśnia, jaki faktycznie jest zakres zamówienia, odwołujący zaliczył następujące pytania:

2.d) Zestaw 10. Pytanie 86: Zwracamy uwagę, że przedmiot zamówienia nie jest jednoznacznie określony, gdyż w p. 1.4.1.1 PFU Odc. A, B, C, znajdują się wymogi dotyczące zaprojektowania/wykonania w szczególności następujących Robót: w) system odwodnienia terenu i obiektów inżynierskich, w tym urządzenia odwadniające korpus drogowy: rowy drogowe, kanalizację deszczową grawitacyjną i ciśnieniową, pompownie wód opadowych, urządzenia podczyszczające, zbiorniki retencyjne, retencyjno-infiltracyjne, drenaż drogowy podłużny i inne.

Prosimy o wyjaśnienie, jakie inne roboty wykonawca będzie musiał zaprojektować i wykonać.

Odpowiedź: Należy wskazać, że w postanowieniu chodzi o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek ostatecznych rozwiązań technicznych opracowanych przez Wykonawcę na podstawie założeń projektowych w granicach dozwolonych w PFU. Chodzi tu o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek np. zaproponowania przez wykonawcę rozwiązań według jego własnej koncepcji. To od koncepcji i zamysłu wykonawcy będzie zależało, jak zastosowane przez niego rozwiązania przełożą się na zakres niezbędnych do wykonania prac.

2.e) Zestaw 12. [powinno być 10] Pytanie 87: Zwracamy uwagę, że przedmiot zamówienia nie jest jednoznacznie określony, gdyż w p. 1.4.1.1 PFU Odc. A, B, C, znajdują się wymogi dotyczące zaprojektowania i wykonania w szczególności następujących Robót: y) infrastrukturę dla potrzeb obiektów przy drodze ekspresowej S2 zlokalizowanych w ciągu drogi ekspresowej w tym: sieci energetyczne zasilające i oświetleniowe, sieci wodociągowe, sieci i urządzenia oczyszczające ścieki sanitarne, kanalizację deszczową wraz z urządzeniami podczyszczającymi i inne; Prosimy o wyjaśnienie, jakie inne roboty wykonawca będzie musiał zaprojektować i wykonać.

Odpowiedź: Wszelkie roboty wynikające z przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań technicznych w ramach opracowanych Dokumentów Wykonawcy.

2.f) Zestaw 10. Pytanie 88: Zwracamy uwagę, że przedmiot zamówienia nie jest jednoznacznie określony, gdyż w p. 1.4.1.1 PFU Odc. A, B, C, znajdują się wymogi dotyczące zaprojektowania i wykonania w szczególności następujących Robót: z) przebudowę, budowę kolidujących urządzeń i sieci istniejącej infrastruktury pod i nadziemnej: urządzeń teletechnicznych i energetycznych, istniejącego oświetlenia ulic, sieci wodociągowych, kanalizacji deszczowej i sanitarnej, sieci gazowych, urządzeń melioracyjnych i hydrologicznych, urządzeń kolejowych i innych. Prosimy o wyjaśnienie, jakie inne roboty wykonawca będzie musiał zaprojektować i wykonać.

Odpowiedź: Należy wskazać, że w postanowieniu chodzi o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek ostatecznych rozwiązań technicznych opracowanych przez Wykonawcę na podstawie założeń projektowych w granicach dozwolonych w PFU. Chodzi tu o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek np. zaproponowania przez wykonawcę rozwiązań według jego własnej koncepcji. To od koncepcji i zamysłu wykonawcy będzie zależało, jak zastosowane przez niego rozwiązania przełożą się na zakres niezbędnych do wykonania prac.

3. W dalszej części uzasadnienia odwołujący podnosił, że zamawiający zdaje się zupełnie

nie dostrzegać zakresu luk w treści opisu przedmiotu zamówienia, gdyż w części odpowiedzi na pytania wprost wskazuje, że treść SIWZ jest jednoznaczna i wyczerpująca:

3.g) Zestaw 16. Pytanie 9: Siódmy kamień milowy wymaga wykonania 100% Robót, jednak z Subklauzuli 8.14 nie wynika jednoznacznie, czy chodzi o całość Robót, co powoduje, że *de facto* termin realizacji zadania wynosi 35 miesięcy, zaś pozostały czas 6 miesięcy przeznaczony jest wyłącznie na procedury odbiorowe, czy kamień ten dotyczy zakresu części Projektu Budowlanego uszczegółowionego przez Projekt Wykonawczy Systemu Zarządzania Ruchem.

Odpowiedź: Postanowienia w zakresie Kamienia Milowego nr 7 zostały jednoznacznie określone.

Tymczasem, projekt umowy, a w szczególności punkt 8.14. dotyczący Kamienia Milowego nr 7 w ogóle nie precyzuje, jakie prace mają być w 100 % ukończone.

3.h) Zestaw 16. Pytanie 10: W odniesieniu do Subklauzuii 4.6 i konieczności współpracy z Wykonawcami odcinka B i C prosimy o wskazanie procedury postępowania w sytuacji gdy nie uda się uzgodnić stanowisk pomiędzy poszczególnymi Wykonawcami.

Odpowiedź: Postanowienia Subklauzuli 4.6 Szczególnych Warunków Kontraktu są jednoznacznie określone. Zamawiający nie zmienia treści Subklauzuli 4.6 Szczególnych Warunków Kontraktu. Ponadto, Zamawiający wyjaśnia, iż obowiązek współdziałania został również wskazany w PFU.

Tymczasem, Klauzula 4.6. oraz PFU w ogóle nie regulują kwestii braku wspólnego stanowiska pomiędzy wykonawcami poszczególnych odcinków.

4. Za kolejne przykłady udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi, które według odwołującego nie wyjaśniają treści SIWZ uznał on następujące pytania i odpowiedzi:

4.i) Zestaw 16. Pytanie 24: W odniesieniu do Subklauzuli 4.10 prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia i zakres informacji zawarty w Dokumentacji Projektowej i Specyfikacji wyznacza zakres oferty i umowy, zaś

---

sformułowanie dotyczące „pozostałych danych" obejmuje ogólnodostępne dane inne niż zawarte w projekcie i specyfikacji, mogące zostać pozyskane z uwzględnieniem racjonalnych nakładów kosztu i czasu.

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, iż informacje o Placu Budowy będące w posiadaniu Zamawiającego zawarte zostały w SIWZ. Pozostałe dane Wykonawca pozyska, z zachowaniem zasad należytej staranności, własnym staraniem i na własny koszt. Postanowienia Subklauzuli 4.10 Szczególnych Warunków Kontraktu są jednoznacznie określone. Zamawiający nie zmienia treści Subklauzuli 4.10 Szczególnych Warunków Kontraktu.

4.j) Zestaw 16. Pytanie 137: Zamawiający, jako materiał wiążący Wykonawcę udostępnia model budowy podłoża zawarty w dokumentacji geologiczno- inżynierskiej oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych i jednocześnie wskazuje, że Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za niekorzystne warunki gruntowo- wodne wynikające ze zmiany położenia zwierciadła wód podziemnych wywołane naturalnymi wahaniami sezonowymi i związane z tym ewentualne zmiany w wilgotności i stanie gruntu, o ile ww. czynniki były racjonalnie możliwe do przewidzenia przez doświadczonego Wykonawcę do daty składania oferty. Jest to sprzeczność i prosimy o jej usunięcie.

Odpowiedź: Zamawiający wskazuje, że pytanie jest nie precyzyjne. Zamawiający nie widzi sprzeczności w postanowieniach SIWZ, Zamawiający odsyła do lektury punktu 1.4.1.1 PFU lit. e) jak również do punktu 2.2.1 PFU podpunkt 2-5. Jednocześnie Zamawiający przypomina, że inwestycja realizowana w systemie projektuj i buduj i to obowiązkiem Wykonawcy jest zaprojektowanie ostatecznych rozwiązań zgodnych z postawieniami SIWZ. Zamawiający poprzez wskazane zapisy informuje Wykonawcę, że przeprowadzone rozpoznanie podłoża zgodnie z powszechną praktyką polegało na wykonaniu wyrobisk badawczych (wierceń oraz sondowań) w rozstawie wynikającym z klasy drogi oraz wstępnie określonego stopnia złożoności podłoża.

4.k) Zestaw 19. Pytanie 102: Pkt. 1.4.1.3.2. Ad 13) W celu spełnienia warunku możliwości rzetelnej wyceny i porównywalności ofert prosimy o usunięcie zapisu 1.4.1.3.2. Ad 13) wykonawca zaprojektuje oraz wykona wszelkie elementy ochrony środowiska, które nie zostały przewidziane w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Zgodnie z wymogami prawa zamówień publicznych jak i wymogami Rozporządzenia Ministra

Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego określenia przedmiotu zamówienia i przetargu.

21

Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, że stosowanie katalogów typowych konstrukcji nawierzchni sztywnych i typowych konstrukcji nawierzchni podatnych i półsztywnych wprowadzonych przez Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Zarządzeniem nr 30 i 31 nie jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ w szczególności z pierwszym akapitem punktu 1.4.1.1 który brzmi: "zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zarządzeniami Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad".

4.l) Zestaw 19. Pytanie 119: Pkt: 2.1.11.3 p) Prosimy o podanie jednoznacznej ilości punktów i wymogów dla systemu monitoringu pracy konstrukcji.

Odpowiedź: Zamawiający nie jest w stanie podać ilości punktów i wymogów dla systemu monitoringu pracy konstrukcji. Takie dane będą możliwe do ustalenia na etapie PB.

4.m) Zestaw 19. Pytanie 328: PFU pkt. 1.5.1.2 Ustalenie lokalizacji i parametrów urządzeń ochrony środowiska (strona 91) „Szczegóły dotyczące kolorystyki i faktury ekranów akustycznych powinny zostać uzgodnione z Zamawiającym w ramach opracowania projektu wykonawczego. Kolorystyka i faktura ekranu mają bezpośredni wpływ na wybór materiału do wyceny. Wykonawca prosi o jednoznaczne określenie jak mają wyglądać ekrany akustyczne. Powyższe umożliwi Wykonawcy złożenie rzetelnej oferty.

Odpowiedź: Postanowienia SIWZ pozostają bez zmian.

4.n) Zestaw 16.[powinno być zestaw 19] Pytanie 489: PFU - zapisy o konieczności wykonania betonowej konstrukcji nawierzchni ciągu głównego drogi w technologii o obniżonym poziomie hałasu z wykończeniem nawierzchni w technologii „odkrytego kruszywa" są absolutnie sprzeczne. Technologia „odkrytego kruszywa" nie zapewnia obniżenia hałasu, a wręcz przeciwnie. Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie zapisów podanych w PFU z doprecyzowaniem stwierdzenia dotyczącego „obniżonego poziomu hałasu" (w stosunku do czego?).

Odpowiedź: Zdaniem Zamawiającego, powyższe zapisy nie są sprzeczne. Przy zastosowaniu odpowiedniej technologii wykonania tekstury nawierzchni, można uzyskać efekt obniżenia poziomu hałasu, w stosunku do klasycznej nawierzchni betonowej. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że zadaniem Wykonawcy jest spełnienie wymagań określonych w DŚU i usankcjonowanie ewentualnych zmian w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko.

Odwołujący podnosił, że przekazanie jedynie formalniej odpowiedzi, bez faktycznego wyjaśnienia kwestii niejasnych, luk w specyfikacji czy sprzeczności, stanowi obchodzenie prawa przez zamawiającego, co Krajowa Izba Odwoławcza winna konsekwentnie i stanowczo piętnować. Stanowi to, bowiem uczynienie ze swojego prawa do wyjaśniania własnych oświadczeń, użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem

22

---

tego prawa. Rolą wyjaśnień treści SIWZ jest, bowiem doprecyzowanie niejasnych fragmentów oświadczeń zamawiającego, w taki sposób, aby opis przedmiotu zamówienia (i pozostałe części SIWZ) pozwalały na złożenie rzetelnych i porównywalnych ofert, zawierających należyte wyliczenie wszystkich kosztów oraz ryzyk, leżących po stronie wykonawcy. Udzielenie odpowiedzi, która odsyła wykonawców do niejasnej i niekompletnej treści SIWZ, lub która nie odnosi się merytorycznie do postawionego problemu, stanowi działanie sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa do wyjaśniania własnych oświadczeń zamawiającego, wyartykułowanych w SIWZ.

Odwołujący przytoczył tezy z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, które w jego ocenie potwierdzają zasadność przedstawionej argumentacji:

- wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 540/08, KIO/UZP 541/08 *„Zamawiający nie może przerzucić na wykonawców obowiązku opracowywania czy weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia, szczególnie w zastosowanym trybie przetargu nieograniczonego. W pewnym zakresie takiej weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia dokonali wykonawcy zwracając się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp.*

Zamawiający udzielając takich wyjaśnień powinien dołożyć należytej staranności, aby treść wyjaśnień była wyczerpująca, ale także, aby opracowane i złożone zgodnie z tymi wyjaśnieniami oferty odpowiadały potrzebom zamawiającego (odpowiadały przedmiotowi zamówienia) i by porównywalne."
- wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 676/08 *„[Dokonując modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia posiada możliwość dokonania zmian w zakresie wszelkich zapisów i wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, zgodnie z własnymi uzasadnionymi potrzebami. Zatem, może decydować o zakresie wprowadzanych zmian, tak aby zapewnić uzyskanie, w wyniku zamówienia, przedmiotu zamówienia odpowiadającego jego oczekiwaniom, z uwzględnieniem i zachowaniem zasad określonych w ustawie Pzp, w szczególności w art. 29 i 30 Pzp. Biorąc pod uwagę zakres dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia, Izba uznała, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dołożył wszelkich możliwych starań w celu zmiany opisu przedmiotu zamówienia i wyjaśnienia treści siwz, tak aby zrealizować zamówienie spełniające obiektywne potrzeby Zamawiającego. Niejasności czy niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za błąd możliwy do skorygowania przez Zamawiającego, niestanowiący podstawy do unieważnienia postępowania."*
- wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 676/08 *„Wszelkie niezbędne informacje umożliwiające oszacowanie kosztu wykonania zamówienia powinien dostarczyć Zamawiający, ponieważ to*

On jest podmiotem odpowiadającym za opis przedmiotu zamówienia. Przerzucanie tego obowiązku na wykonawcę rodzić może duże trudności z uwagi na specyfikę rynku (...)."

Odwołujący podkreślał, że skoro treść odpowiedzi zamawiającego staje się integralną częścią opisu przedmiotu zamówienia, to do wyjaśnień treści SIWZ również będą miały zastosowanie przepisy art. 29, 30 i 31 ustawy Pzp. Oznacza to, że odpowiedzi zamawiającego dotyczące opisu przedmiotu zamówienia nie mogą być wymijające czy lakoniczne, lecz muszą być jednoznaczne i wyczerpujące. Odpowiedzi zamawiającego jedynie pozornie wyjaśniają treść specyfikacji, gdyż faktycznie nie przyczyniają się one do doprowadzenia opisu przedmiotu zamówienia do zgodności z dyspozycją normy, zawartej w art. 29 ust 1 i 2 oraz w art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie odwołujący podnosił zarzut, że SIWZ nie precyzuje obowiązków i koordynacji robot ziemnych miedzy wykonawcami odcinków A,B i C.

Stosowny ustęp Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowi jedynie: „Koordynacji wymagają Roboty ziemne. Należy zapewnić możliwość wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów na pozostałych odcinkach projektowanej trasy tj. na Zadaniu B i Zadaniu C - w porozumieniu z Wykonawcami tych Zadań. Należy zapewnić należyte pobieranie i magazynowanie gruntów z wykopów celem umożliwienia ich późniejszego wykorzystania, w szczególności na „zasypkę" tunelu drogowego. Jeśli okaże się konieczne, Wykonawca udostępni tę część Placu Budowy Wykonawcy odcinka sąsiedniego, jaka będzie niezbędna dla wykonania Robot budowlanych objętych zakresem dla danego odcinka" (strona 98 PFU).

Zatem, odwoływanie się do zapisów SIWZ w odpowiedzi, powoduje, że zamiast uzupełnić w ramach wyjaśnień brakujący opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający popełnia błąd logiczny *idem per idem,* gdyż wyjaśnia nieprecyzyjną treść SIWZ poprzez odesłanie do tejże właśnie nieprecyzyjnej treści SIWZ. Tymczasem, kwestia zagospodarowania ogromnej ilości robót ziemnych (ponad 1 min m3) jest kluczowa dla całości przedsięwzięcia. Wskutek jednak odpowiedzi cytowanych powyżej, w dalszym ciągu niejasne pozostają nw. zakresy, które powodują niemożność złożenia rzetelnej oferty:
- nie jest sprecyzowane jak ma wyglądać współpraca miedzy wykonawcami odcinków A,B,C
- czy wykonawca np. odcinka A nadmiar gruntu ma dowieźć do granicy działki, czy ma dowieźć na miejsca wbudowania np. na odcinku B lub C?
- czy wykonawca odcinka B ma sam przyjechać i odebrać grunt z odcinka A?
- co należy zrobić z gruntem, który nie będzie się nadawał do wbudowania? - jak należy postępować, w przypadku, gdy wykonawca np. odcinka A sklasyfikuje grunt, jako

nadający się do wbudowania, a wykonawca innego odcinka nie będzie chciał go przyjąć,

argumentując, że grunt jest niewłaściwy?

Reasumując, odwołujący podnosił, że niedokładanie należytej staranności w prowadzeniu postępowania poprzez brak usuwania zauważonych przez wykonawców nieścisłości i błędów w SIWZ, nie powinien pozostawać bezkarny. Szybkość czy efektywność postępowania nie może być samoistną wartością, usprawiedliwiającą naruszanie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym obowiązku sporządzenia jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia tylko i wyłącznie przez zamawiającego. Odwołujący podtrzymał twierdzenia, że zamawiający dopuścił się zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp polegających na obowiązku wyjaśnienia treści SIWZ, w sposób pozwalający na jednoznaczne i wyczerpujące sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, gdyż jedynie uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty czyni zadość obowiązkowi z art. 38 ustawy Pzp.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, w oparciu o protokół postępowania, specyfikację istotnych warunków zamówienia z załącznikami, wyjaśnienia zamawiającego wraz zapytaniami wykonawców, Izba ustaliła, co następuje.

Zamawiający, dnia 13 sierpnia 2014 r. przekazał wykonawcom zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia obejmującą między innymi program funkcjonalno-użytkowy oraz szczególne warunki kontraktu na poszczególne części zamówienia.

W dniu 8 września 2014 r. zamawiający zmodyfikował, w części treść dokumentów składających się na specyfikację istotnych warunków zamówienia, w tym Tom III Droga ekspresowa S2 – zadanie A,B,C Rozdział I Część opisowa, podrozdział 1.5.2.1. Ogólne warunki projektowe i realizacyjne. W ramach tej modyfikacji w odniesieniu do ustępu Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego „Koordynacji wymagają Roboty ziemne. Należy zapewnić możliwość wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów na pozostałych odcinkach projektowanej trasy tj. na Zadaniu B i Zadaniu C - w porozumieniu z Wykonawcami tych Zadań. Należy zapewnić należyte pobieranie i magazynowanie gruntów z wykopów celem umożliwienia ich późniejszego wykorzystania, w szczególności na „zasypkę" tunelu drogowego. Jeśli okaże się konieczne, Wykonawca udostępni tę część Placu Budowy Wykonawcy odcinka sąsiedniego, jaka będzie niezbędna dla wykonania Robot budowlanych objętych zakresem dla danego odcinka" (strona 98 PFU)

- zamawiający usunął kwestionowany zapis.

Dnia 30 października 2014 r. zamawiający przekazał wykonawcom część odpowiedzi na zadane pytania do SIWZ.

Dnia 25 sierpnia 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PORR S.A., ul. Poleczki 35, 02-822 Warszawa oraz PORR BAU GmbH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności zamawiającego obejmującej sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu w Zadaniu A. Między innymi dotyczące PFU (punkt 1.5.2.1 Ogólne uwarunkowania projektowe i realizacyjne, str. 98), wykonawca zobowiązany jest zapewnić możliwość wykorzystania nadmiaru gruntów z wykopów na pozostałych odcinkach projektowanej trasy tj. na Zadaniu B i Zadaniu C - w porozumieniu z wykonawcami tych zadań, które to zobowiązanie jest nieprecyzyjne i nie dookreśla, na czym w rzeczywistości miałoby polegać świadczenie wykonawcy, co nie pozwala wykonawcy na prawidłową wycenę przedmiotu zamówienia oraz może być sprzeczne z przepisami dotyczącymi ochrony środowiska.

W dniu 25 sierpnia 2014 r. zostały wniesione dalsze odwołania wobec postanowień SIWZ przez:

- wykonawcę ASTALDI S.p.A., Via G.V. Bona 65, 00156 Rzym
- przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" S.A., TEERAG-ASDAG Aktiengesellschaft, ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź.

Zamawiający powiadomił wszystkich wykonawców, którym przekazał SIWZ o wniesionych odwołaniach, którzy uzyskali możliwość zgłoszenia swego przystąpienia do postępowań

odwoławczych i w części z tego uprawnienia skorzystali, stając się uczestnikami wymienionych postępowań.
Wyrokiem z dnia 15 września 2014 r. w sprawie sygn. akt KIO 1750/14; KIO 1755/14 i KIO 1756/14 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wniesione odwołania wobec postanowień SIWZ w tym postępowaniu (dowód został dopuszczony z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp).
Izba w tamtym postępowaniu odwoławczym uwzględniła stan rzeczy na moment zamknięcia rozprawy, tzn. uwzględniła modyfikacje dokonane przez zamawiającego w dniu 8 września 2014 r.
Termin składania ofert wyznaczono na dzień 3 grudnia 2014 r.

26

Został określony ten sam sposób obliczenia ceny we wszystkich trzech zadaniach tzn. ma być podana cena na całość danej części z rozbiciem na część projektową i realizacyjną. W ramach części projektowej jest dalszy podział, w którym trzeba wyszczególnić koszty w zakresie 7 elementów wchodzących w zakres prac projektowych z tymże, że w odniesieniu do części A i B będą realizowane inwestycje wspólne z m.st. Warszawa i w odniesieniu do tej inwestycji wykonawca ma wyodrębnić koszt z rozbiciem dotyczącym dokumentacji w odniesieniu do 5 pozycji na 7. W zakresie części realizacyjnej zamówienia ma być podana jedna pozycja cenowa, z tymże w zakresie zadania A i B z rozbiciem na część Generalnej Dyrekcji i część miasta. Cena ma charakter ryczałtowy.
Izba zważyła, co następuje.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Zarzuty wobec elementów opisu przedmiotu zamówienia, które zamieszczone zostały w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 20.12 2013 r. oraz wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podlegały rozpatrzeniu, jako spóźnione w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest wykonawcą zaproszonym do złożenia oferty na jedną z 3 części zamówienia. Wskazał, że zamierza złożyć ofertę na część A. Przy czym kwestionowane odpowiedzi na pytania do postanowień programu funkcjonalno-użytkowego oraz szczególnych warunków kontraktu w ramach dokumentacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia - odnoszą się w części do wszystkich Zadań objętych postępowaniem przetargowym.

Zarzuty odwołania sprowadzały się do przypisania zamawiającemu:

1. zaniechania opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty,
2. zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia „zaprojektuj i wybuduj" za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego,
3. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu.
4. zaniechaniu udzielenia wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby, zarzuty w przytoczonym wyżej brzmieniu – nie zostały dostatecznie skonkretyzowane, aby mogły podlegać rozpatrzeniu.

27

Zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję w postępowaniu, powinno być objęte odwołaniem wobec postanowień SIWZ udostępnionej wykonawcom 13 sierpnia 2014 r., które mogły zostać zaskarżone w terminie ustawowym określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Zaniechanie opisania przedmiotu zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj" za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego nie miało miejsca, gdyż okolicznością bezsporną pozostawało, że program funkcjonalno-użytkowy został przekazany

wykonawcom, a odwołujący kwestionował niektóre z postanowień tego programu.

Zdaniem Izby zarzuty o treści jak niżej, tj. naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany rzetelnego opisania przedmiotu zamówienia, lecz uprawniony jest do przedłożenia opisu niekompletnego i niespójnego, choć taki opis nie pozwala wykonawcom na złożenie porównywalnych ofert, zgodnych z (niewyartykułowanymi) intencjami zamawiającego, ani na wyliczenie kosztów realizacji zamówienia,

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do załączenia do odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") dowolnego dokumentu zatytułowanego Program Funkcjonalno-Użytkowy, dla spełnienia warunku opisania robót projektowo - budowlanych za pomocą dokumentu, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne, pomimo że zakres tak zatytułowanego dokumentu nie zawiera wymaganej ustawą Pzp treści,

3. art. 7 ust. 3 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do rzetelnego opisania przedmiotu zamówienia, lecz uprawniony jest do przedłożenia opisu niekompletnego i niespójnego, choć taki opis może utrudniać i utrudnia uczciwą konkurencję, gdyż zmusza wykonawców do zakładania, jaki jest przedmiot zamówienia, który, choć niewyartykułowany, będzie probierzem przy badaniu zgodności oferty z treścią SIWZ, co skutkować będzie tym, że część wykonawców trafnie odszyfruje intencje zamawiającego, a pozostała część poczyni nietrafne założenia o potrzebach zamawiającego,

4. art. 7 ust. 1 oraz art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 38 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do formalnego przekazania

---

odpowiedzi wykonawcom w określonym ustawowo terminie, bez konieczności faktycznego, merytorycznego wyjaśniania niespójności swoich żądań, zawartych w SIWZ, uszczegółowiania ogólnikowych warunków oraz uzupełniania brakujących informacji, tj. poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do czynienia ze swojego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa, poprzez udzielanie pozornych wyjaśnień w odpowiedzi na realne braki i niespójności treści SIWZ - stanowią wyraz nieprzewidzianego w przepisach ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. 2014 r. poz. 964) wyrażania zarzutów odwołania, gdyż w istocie stanowią zapytania, na które nie można udzielić odpowiedzi przeczącej, np., *„że zamawiający nie jest zobowiązany do rzetelnego opisania przedmiotu zamówienia."*

Sposób przedstawienia zarzutów, jaki zastosował odwołujący musiał być uznany za niesprecyzowany. Wykonawca wnoszący odwołanie winien szczegółowo podać zarzuty, przytoczyć dla nich podstawy prawne oraz podać okoliczności faktyczne – konkretne czynności i zaniechania zamawiającego, które uzasadniają stawiany zarzut. Bez względu na dosłowną treść przytaczanych zarzutów, Izba dokonała ich oceny – przekładając na język ustawy Pzp.

Zdumienie Izby wywołały żądania odwołującego, (w domyśle), aby w wyroku nakazano zamawiającemu:

1. dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający wykonawcom złożenie porównywalnych ofert, zawierających wyliczenia wszystkich kosztów realizacji wyczerpująco opisanego przedmiotu zamówienia,

2. zaprzestanie dalszego obchodzenia prawa, tj. obowiązku zamawiającego udzielania merytorycznie poprawnych, rzetelnych, spójnych i wyczerpujących odpowiedzi na pytania wykonawców,

3. dokonanie zmiany odpowiedzi wskazanych w uzasadnieniu odwołania, w sposób pozwalający na uzyskanie przez wykonawców merytorycznie poprawnych, rzetelnych, spójnych i wyczerpujących odpowiedzi,

4. zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz dalszego czynienia ze swojego prawa do udzielania wyjaśnień SIWZ użytku sprzecznego ze społeczno- gospodarczą rolą wyjaśnień treści SIWZ.

Odwołujący pominął, że Izba zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp władna jest

nakazać zamawiającemu; unieważnienie czynności, dokonanie czynności; powtórzenie czynności. Nie może zatem nakazywać „zaprzestanie *dalszego obchodzenia prawa," „zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz dalszego czynienia ze swojego prawa do udzielania wyjaśnień SIWZ użytku sprzecznego ze*
29

---

społeczno-gospodarczą rolą wyjaśnień treści SIWZ" i innych tego typu uogólnionych zachowań zamawiającego.

Powyższe zdaniem Izby świadczy o braku dostatecznej znajomości procedury przy rozpoznawaniu odwołań, lub też o tym, że rzeczywistym celem odwołania – jest przedłużenie czasu na złożenie oferty, na co również wskazywał zamawiający.

Ponadto, wszystkie zarzuty wobec postanowień SIWZ, Izba uznała za spóźnione i niepodlegające rozpatrzeniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Bezspornie SIWZ została przekazana wykonawcom w dniu 13 sierpnia 2014 r. i od tej daty należało liczyć 10-dniowy zawity termin odwołania na postanowienia SIWZ, wyznaczony przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Udzielenie odpowiedzi na zapytania do SIWZ, o ile nie wiąże się ze zmianą konkretnych jej postanowień - nie przywraca terminu na skarżenie takich zapisów SIWZ, które zostały przez zamawiającego podtrzymane odpowiedziami w niezmienionym kształcie.

Jeżeli odwołujący uznawał postanowienia SIWZ za nieprawidłowe z punktu widzenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, stanowiącego że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych określeń uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty – i w zasadniczy sposób utrudniające lub uniemożliwiające złożenie oferty, winien wnieść odwołanie na te postanowienia SIWZ, a nie oczekiwać, że wyjaśnieniami zamawiający w późniejszym terminie je skoryguje. Wyjaśnienia w zasadzie powinny odnosić się do doprecyzowania znaczenia zapisów SIWZ. Zmiany natomiast zamawiający może przeprowadzić poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ, co wynika z oceny własnej zamawiającego, nawet jeżeli następuje na skutek wniosków i zapytań wykonawców.

Ustawa Pzp w art. 38 ust. 4 upoważnia zamawiającego w uzasadnionych przypadkach do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - przed upływem terminu składania ofert. Wykonawcy mogą doprowadzić do wprowadzenia zmian w SIWZ w zakreślonym ustawowo terminie - jedynie poprzez odwołanie wobec postanowień SIWZ. Krajowa Izba Odwoławcza może nakazać dokonanie zmian postanowień SIWZ wyrokiem rozstrzygającym zarzuty wobec postanowień SIWZ.

Zasadnicze znaczenie ma wyrok z dnia 15 września 2014 r. w sprawie sygn. akt KIO 1750/14; KIO 1755/14 i KIO 1756/14, w którym Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła wniesione odwołania wobec postanowień SIWZ w tym postępowaniu, uznając, że podnoszone zarzuty, przy uwzględnieniu modyfikacji SIWZ z dnia 8 września 2014 r. – nie zasługują na uwzględnienie. Zarzuty dotyczyły między innymi: opisu przedmiotu zamówienia, rozliczenia

30

---

za etapy realizacji, koordynacji robót ziemnych, obowiązku wykonania „wszelkich innych robót".

Zamawiający powiadomił wszystkich wykonawców, którym przekazał SIWZ o wniesionych odwołaniach, którzy uzyskali możliwość zgłoszenia swego przystąpienia do postępowań odwoławczych. Z mocy 185 ust. 6 ustawy Pzp, odwołujący oraz wykonawca wezwany nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego dokonanych zgodnie z wyrokiem Izby (…).

Izba ograniczyła rozpoznanie zarzutów odwołania do oceny wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego w zakresie jedynie „przykładowo" wskazanych przez odwołującego w treści uzasadnienia odwołania.

Zgodnie z art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, nie później niż 1) na 4 dni przed terminem składania ofert, pod warunkiem, że wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ wpłynął nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający przekazuje wykonawcom,

którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia.
W ocenie Izby nie znalazły potwierdzenia żadne poniższe zarzuty tego odwołania.

Ad. 1. Zarzut, że do wymienionych pytań zamawiający w żaden sposób się nie ustosunkował, tj.:

1a) Zestaw 4. Odpowiedź na pytanie 15 – postanowienia Subklauzuli 4.2 Szczególnych Warunków Kontraktu są jednoznacznie określone. Zamawiający nie zmienia treści Subklauzuli 4.2,

1.b) Zestaw 10. Odpowiedź na pytanie 21 – zapisy SIWZ są jednoznacznie określone. Postanowienia SIWZ pozostają bez zmian,

1.c) Zestaw 12. Odpowiedź na pytanie 38 – zgodnie z zapisami SIWZ, [które regulują jakiego rodzaju materiał rozbiórkowy ma zostać przekazany do dyspozycji zamawiającego].

Zdaniem Izby, zamawiający udzielił odpowiedzi, do jakiej był uprawniony, że zapisy SIWZ zostały jednoznacznie określone, i że nie dokonał żadnych zmian, które mogłyby być podstawą dla wniesienia odwołania. Zamawiający miał prawo odesłać wykonawców w wyjaśnieniach do postanowień SIWZ, które są jasne i czytelne, a tym samym uznać, że wątpliwości wykonawcy nie mają uzasadnionych podstaw, bądź wynikają z niepełnego zapoznania się z całością dokumentacji postępowania.

Ad. 2. Zarzut, że do wskazanych pytań zamawiający się odniósł, lecz odpowiedź nie wyjaśnia, jaki faktycznie jest zakres zamówienia:

2.d) Zestaw 10. Odpowiedź na pytanie 86 - wskazano, że w postanowieniu chodzi o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek ostatecznych rozwiązań technicznych opracowanych przez Wykonawcę na podstawie założeń projektowych w granicach dozwolonych w PFU. Chodzi tu o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek np. zaproponowania przez wykonawcę rozwiązań według jego własnej koncepcji. To od koncepcji i zamysłu wykonawcy będzie zależało, jak zastosowane przez niego rozwiązania przełożą się na zakres niezbędnych do wykonania prac.

Izba uwzględniła argumentację, że dopiero szczegółowe rozwiązania projektowe zastosowane przez wykonawcę zdecydują o konieczności wykonania oznaczonych robót.

2.e) Zestaw 12. [powinno być 10] Odpowiedź na pytanie 87 – wszelkie roboty wynikające z przyjętych przez Wykonawcę rozwiązań technicznych w ramach opracowanych dokumentów wykonawcy.

Izba uwzględniła argumentację zamawiającego, że dopiero szczegółowe rozwiązania projektowe zastosowane przez wykonawcę zdecydują o konieczności wykonania oznaczonych robót.

2.f) Zestaw 10. Odpowiedź na pytanie 88 - wskazano, że w postanowieniu chodzi o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek ostatecznych rozwiązań technicznych opracowanych przez Wykonawcę na podstawie założeń projektowych w granicach dozwolonych w PFU. Chodzi tu o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek np. zaproponowania przez wykonawcę rozwiązań według jego własnej koncepcji. To od koncepcji i zamysłu wykonawcy będzie zależało, jak zastosowane przez niego rozwiązania przełożą się na zakres niezbędnych do wykonania prac.

Izba uwzględniła argumentację zamawiającego, że dopiero szczegółowe rozwiązania projektowe zastosowane przez wykonawcę zdecydują o konieczności wykonania oznaczonych robót.

Bezsporne pozostawało, że odnośnie postanowienia SIWZ, co do niedookreślenia zakresu prac - były przedmiotem zaskarżenia w sprawie sygn. akt KIO 1750/14, KIO 1755/14, KIO 1756/14, w której został wydany wyrok oddalający odwołania.

Nie można było pominąć, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy inwestycji realizowanej w systemie zaprojektuj i zbuduj, co oznacza, iż pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie ogólnie opisane w programie funkcjonalno-użytkowym na tym etapie przez zamawiającego – poprzez cele, które ma spełnić określone

przedsięwzięcie inwestycyjne. Wykonawca, natomiast jest uprawniony do ich zaproponowania i zrealizowania (przy spełnieniu wszystkich wymogów SIWZ- PFU) w ostatecznym zaprojektowanym przez siebie kształcie. Wobec powyższego zachodziły

podstawy do przyjęcia, że postanowienia SIWZ zostały określone przez zamawiającego w sposób najpełniej precyzyjny i równy dla wszystkich wykonawców, jak to jest możliwe dla inwestycji realizowanej w systemie zaprojektuj i zbuduj.

Zamawiający dostatecznie ujął te kwestie w swoich odpowiedziach, że w kwestionowanych postanowieniach chodzi o roboty, które mogą okazać się konieczne do wykonania na skutek ostatecznych rozwiązań technicznych opracowanych przez wykonawcę na podstawie założeń projektowych w granicach dozwolonych w PFU, np. konieczne do wykonania na skutek np. zaproponowania przez wykonawcę rozwiązań według jego własnej koncepcji. Odmienna sytuacja mogłaby zachodzić, gdyby zamówienie miało być zrealizowane w oparciu o dokumentację projektową przekazaną przez zamawiającego, w tym podlegało wycenie według przedmiaru robót udostępnionego przez zamawiającego, w myśl wskazań art. 31 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, co jest logiczne, nie mógł udzielić bardziej sprecyzowanych odpowiedzi w odniesieniu do zakresu zamówienia, skoro nie zna rozwiązań projektowych, jakie założy i przyjmie wykonawca. Wycenie natomiast mają podlegać wszelkie roboty wynikające z przyjętych przez wykonawcę rozwiązań technicznych w ramach opracowanych dokumentów wykonawcy.

Ad. 3. Zarzut, że występują luki w treści opisu przedmiotu zamówienia, mimo udzielonych wyjaśnień:

3.g) Zestaw 16. Odpowiedź na pytanie 9 – postanowienia w zakresie kamienia milowego 7 zostały jednoznacznie określone.

Zdaniem Izby, skoro został wyznaczony termin zakończenia prac związanych z wykonaniem systemu zarządzania ruchem wynoszący 35 miesięcy od daty zawarcia umowy, to zamawiający był uprawniony do udzielenia wyjaśnień, że kwestionowane postanowienia są jednoznaczne.

3.h) Zestaw 16. Odpowiedź na pytanie 10 - postanowienia Subklauzuli 4.6 Szczególnych Warunków Kontraktu są jednoznacznie określone. Zamawiający nie zmienia treści Subklauzuli 4.6 Szczególnych Warunków Kontraktu. Ponadto, Zamawiający wyjaśnia, iż obowiązek współdziałania został również wskazany w PFU.

Izba uwzględniła, że kwestionowane postanowienia Subklauzuli 4.6 odnoszą się do systemu zarządzania ruchem i współpracy w tym zakresie pomiędzy wykonawcami poszczególnych odcinków (Zadań). Wymóg ten został postawiony równo wszystkim

---

wykonawcom, którzy we własnym interesie muszą go spełnić. Skoro infrastruktura, w szczególności sterowania ruchem przebiega przez wszystkie odcinki drogi – to obowiązek współdziałania musiał zostać ustanowiony. Zamawiający poprzez sam fakt akceptacji dokumentacji projektowej będzie miał wpływ na koordynację prowadzonych prac przez wykonawców poszczególnych Zadań. Zamawiający nie jest natomiast w stanie za pomocą udzielonych wyjaśnień do SIWZ zapobiec wszelkim ewentualnym sporom między wykonawcami poszczególnych odcinków.

Zamawiający był uprawniony do odpowiedzi, że uznaje treść SIWZ za jednoznaczną i wyczerpującą. Termin na odwołanie wobec postanowień SIWZ upłynął. SIWZ została ostatecznie ukształtowana, a zapytania do SIWZ nie przywracają terminu zaskarżenia nawet, gdyby wykonawca dostrzegł luki i niejasności w dokumentach SIWZ.

Ad. 4. Zarzut, że kolejne przykłady udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi, nie wyjaśniają treści SIWZ:

4.i) Zestaw 16. Odpowiedź na pytanie 24 - wyjaśniono, iż informacje o Placu Budowy będące w posiadaniu Zamawiającego zawarte zostały w SIWZ. Pozostałe dane Wykonawca pozyska, z zachowaniem zasad należytej staranności, własnym staraniem i na własny koszt. Postanowienia Subklauzuli 4.10 Szczególnych Warunków Kontraktu są jednoznacznie określone. Zamawiający nie zmienia treści Subklauzuli 4.10 Szczególnych Warunków Kontraktu.

Postępowanie dowodowe potwierdziło, że zamawiający przekazał wykonawcom dokumentację dotyczącą placu budowy, w tym koncepcję programową, rozpoznanie geologiczno – gruntowe, mapy do celów projektowych z zaznaczaniem istniejącej infrastruktury. Podał wyraźnie, które z tych opracowań mają charakter wiążący, a które stanowią materiał dla dowolnego wykorzystania przez wykonawcę. Odwołujący przedstawił zarzut bez dostatecznego zapoznania się z całością dokumentacji.

4.j) Zestaw 16. Odpowiedź na pytanie 137 - wskazano, że pytanie jest nie precyzyjne.

Zamawiający nie widzi sprzeczności w postanowieniach SIWZ, Zamawiający odsyłał do lektury punktu 1.4.1.1 PFU lit. e) jak również do punktu 2.2.1 PFU podpunkt 2-5. Jednocześnie Zamawiający przypominał, że inwestycja realizowana w systemie projektuj i zbuduj, i to obowiązkiem Wykonawcy jest zaprojektowanie ostatecznych rozwiązań zgodnych z postawieniami SIWZ. Zamawiający poprzez wskazane zapisy informował Wykonawcę, że przeprowadzone rozpoznanie podłoża zgodnie z powszechną praktyką polegało na wykonaniu wyrobisk badawczych (wierceń oraz sondowań) w rozstawie wynikającym z klasy drogi oraz wstępnie określonego stopnia złożoności podłoża.

34

Zdaniem Izby udzielona odpowiedź jest pełna. Wykonawca poprzez zadawanie pytań nie może się domagać, aby zamawiający zmienił SIWZ i zdjął z wykonawcy ryzyko prowadzenia prac w warunkach sezonowych wahań poziomu wód gruntowych. Skoro tego rodzaju zjawiska mają miejsce i nie stanowią okoliczności nieprzewidywalnych, np. o charakterze siły wyższej, wykonawca powinien się z nimi liczyć i ująć ryzyka zwiększonych kosztów z tym związanych w cenie oferty. Zamawiający udostępnił wykonawcom model budowy podłoża, dokumentację geologiczno inżynierską, dla trasy i tunelu, opinię geotechniczną. W tych opracowaniach są dane na temat wahania poziomu wód gruntowych w okresach wieloletnich. Na podstawie wymienionych dokumentów był uprawniony, aby przywołać i podtrzymać postanowienia SIWZ w zakresie kwestionowanej odpowiedzi. Postępowanie po raz kolejny wykazało, że odwołujący, albo nie zapoznał się z całością dokumentacji, lub też celowo ją pominął w uzasadnieniu stawianych zarzutów.

4.k) Zestaw 19. Pytanie 102 – w trakcie rozprawy odwołujący oświadczył, że wycofuje ten zarzut.

4.l) Zestaw 19. Odpowiedź na pytanie 119 – Zamawiający oświadczył, że nie jest w stanie podać ilości punktów i wymogów dla systemu monitoringu pracy konstrukcji. Takie dane będą możliwe do ustalenia na etapie PB.

Izba uwzględniła argumentację zamawiającego, że system monitoringu pracy konstrukcji został jedynie przewidziany dla obiektów mostowych o nietypowych rozwiązaniach konstrukcyjnych, co wynika z PFU. W tej sytuacji, czy w ogólności wystąpi konieczność systemu monitoringu pracy konstrukcji, zależy od rozwiązań projektowych przyjętych przez wykonawcę. Nie można zamawiającemu przypisać zaniechania udzielenia informacji odnośnie ilości punktów dla systemu monitoringu pracy konstrukcji, skoro z przyczyn obiektywnych udzielenie takiej odpowiedzi, jakiej oczekiwał odwołujący nie było możliwe.

4.m) Zestaw 19. Odpowiedz na pytanie 328 – postanowienia SIWZ pozostają bez zmian. Udzielona odpowiedź dotyczyła zapisu PFU pkt. 1.5.1.2 Ustalenie lokalizacji i parametrów urządzeń ochrony środowiska (strona 91) „Szczegóły dotyczące kolorystyki i faktury ekranów akustycznych powinny zostać uzgodnione z Zamawiającym w ramach opracowania projektu wykonawczego.

Zapis ten w ocenie Izby jest jednoznaczny i nie wymagał żadnych wyjaśnień. Odwołującemu w istocie chodziło o zmianę tego postanowienia i określenie w nim kolorystyki i faktury ekranu, gdyż materiały te mają znaczący wpływ na wycenę. Odwołujący wnosił o jednoznaczne podanie jak mają wyglądać ekrany akustyczne, gdyż powyższe umożliwi mu złożenie rzetelnej oferty. Skoro odwołujący uznawał, że opis przedmiotu zamówienia jest

35

---

niepełny winien w stosownym terminie wnieść odwołanie wobec postanowień SIWZ. Instytucja wyjaśnień nie służy temu, aby wykonawca mógł domagać się zmian w SIWZ, których przyjęcie sugeruje.

Izba uwzględniła stanowisko zamawiającego, że nawet nie jest konieczne, aby wykonawca zaprojektował i wykonał ekrany akustyczne. Do wytłumienia hałasu może zastosować inne rozwiązania, np. wały ziemne. W praktyce jest stosowane, że uzgodnienia kolorystyki pomiędzy inwestorem a wykonawcą dokonywane są na etapie projektu budowlanego, czy wykonawczego.

4.n) Zestaw 16.[powinno być zestaw 19]. Odpowiedź na pytanie 489 - zdaniem Zamawiającego, powyższe zapisy nie są sprzeczne. Przy zastosowaniu odpowiedniej technologii wykonania tekstury nawierzchni, można uzyskać efekt obniżenia poziomu hałasu,

w stosunku do klasycznej nawierzchni betonowej. Jednocześnie Zamawiający wyjaśniał, że zadaniem Wykonawcy jest spełnienie wymagań określonych w Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach i usankcjonowanie ewentualnych zmian w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, że PFU - zapisy o konieczności wykonania betonowej konstrukcji nawierzchni ciągu głównego drogi w technologii o obniżonym poziomie hałasu z wykończeniem nawierzchni w technologii „odkrytego kruszywa“ są absolutnie sprzeczne. Skoro wyznaczona Technologia „odkrytego kruszywa” nie zapewnia obniżenia hałasu, a wręcz go potęguje, to okoliczności te powinny być podnoszone w odwołaniu wobec postanowień SIWZ. Zamawiający w odpowiedzi podał punkt odniesienia obniżenia poziomu hałasu, w stosunku do standardowo stosowanej nawierzchni betonowej. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że zadaniem Wykonawcy jest spełnienie wymagań określonych w Decyzji o Środowiskowych Uwarunkowaniach i usankcjonowanie ewentualnych zmian w ramach ponownej oceny oddziaływania na środowisko. Wyjaśnienia te były w ocenie Izby dostatecznie jasne i nie wymagające dodatkowych uzupełnień. Dane o poziomach hałasu dróg z nawierzchniami betonowymi są możliwe do uzyskania, gdyż wielkości te podlegały pomiarom.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że w odniesieniu do postanowień dotyczących koordynacji robót ziemnych między wykonawcami wszystkich trzech części zamówienia - zapis ten został usunięty modyfikacjami z dnia 8 września 2014 r. i kwestionowanie tego zapisu przez odwołującego było bezprzedmiotowe.

Przechodząc do podjętego jak wyżej rozstrzygnięcia poszczególnych zarzutów odwołania należało uwzględnić odnośne postanowienia art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Pzp, które stanowią, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący

za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przy tym, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Z kolei przepis art. 31 ust. 1 Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego dokonania opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli przedmiotem zamówienia, jak w tym przypadku - jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego, zgodnie z art. 31 ust. 2 Pzp. Program funkcjonalno-użytkowy obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1129) w § 15 określa, że program funkcjonalno-użytkowy służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Okolicznością bezsporną pozostawało, że zamawiający udostępnił wykonawcom program funkcjonalno-użytkowy. Jeżeli program ten nie zawierał składników opisanych w § 18 i 19 powołanego wyżej rozporządzenia, wykonawcy byli uprawnieni do wniesienia odwołania opartego na przepisie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp - wobec SIWZ, której częścią jest program funkcjonalno-użytkowy.

Przedmiot zamówienia oznaczony, tak w SIWZ, jak i we wzorze umowy, powinien zostać dokładnie opisany. Powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie i wycenę oferty. Skoro jednak przedmiotowe postępowanie dotyczy inwestycji realizowanej w systemie zaprojektuj i zbuduj, to oznacza, że granice koniecznego opisu zakreślają przepisy odnoszące się do zawartości programu funkcjonalno-użytkowego, z uwzględnieniem, iż pewne rozwiązania projektowe, techniczne i technologiczne mogą być jedynie ogólnie opisane w tym dokumencie, na danym etapie prowadzonego postępowania. Wykonawca natomiast jest uprawniony do ich zaproponowania i zrealizowania (przy w spełnieniu wszystkich wymogów SIWZ) ostatecznym ujętym w projekcie budowlanym kształcie. Niewątpliwie taki sposób realizacji

inwestycji wiąże się z większym ryzykiem dla wykonawcy prawidłowego oszacowania ceny oferty, które winien uwzględnić przy kalkulacji kosztów. Jest to, bowiem specyfika tego rodzaju zamówień dopuszczonych przez prawo. Wykonawca w takich okolicznościach nie

---

może się domagać od zamawiającego innych informacji, aniżeli ten posiada i winien je udostępnić wykonawcom w myśl odnośnych przepisów. Zwiększone ryzyko uczestnictwa w tego typu przetargu obciąża wykonawcę. Izba uwzględniła również argumentację zamawiającego, że okoliczności sprawy przemawiają za tym, że zarzuty rozpoznawanego odwołania mogą w istocie zmierzać do kolejnego przedłużenia terminu składania ofert, który uprzednio zmieniany był czterokrotnie. Przemawia za tym fakt, że odwołujący nie był autorem pytań, na które odpowiedzi kwestionuje, mimo że jak wielokrotnie podkreślał, nieprecyzyjne postanowienia SIWZ utrudniają mu złożenie oferty i prawidłowe oszacowanie ceny. Ze względu na wyznaczony termin składnia ofert do 3 grudnia 2014 r. wykonawca poważnie podchodzący do złożenia oferty przetargowej musiał dużo wcześniej przystąpić do jej opracowania, a przede wszystkim do skalkulowania ceny. O treści zadanych pytań i udzielonych odpowiedziach odwołujący natomiast powziął wiadomość w dniu 30 października 2014 r., co potwierdza, że uprzednio nie miał wątpliwości do postanowień SIWZ objętych kwestionowanymi wyjaśnieniami.

Postępowanie dowodowe przeprowadzone przez Izbę nie wykazało podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany rzetelnego opisania przedmiotu zamówienia,

2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest do załączenia do odnośnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ") dowolnego dokumentu zatytułowanego Program Funkcjonalno-Użytkowy,

3. art. 7 ust. 3 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do rzetelnego opisania przedmiotu zamówienia,

4. art. 7 ust. 1 oraz art. 5 kodeksu cywilnego w związku z art. 38 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający uprawniony jest jedynie do formalnego przekazania odpowiedzi wykonawcom.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania uiszczony wpis stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..
