

**WYROK**  
**z dnia 12 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Bienias**  
**Członkowie: Renata Tubisz**  
**Anna Wojciechowska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 listopada 2022 r. przez wykonawcę **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze (Turcja) działający przez KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **NDI S.A (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT Spółką Akcyjną z siedzibą w Sopocie (Partner Konsorcjum), „DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş (Spółka Akcyjna) z siedzibą w Stambule (Turcja) – (Partner Konsorcjum),** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Gülermak Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Budimex S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Ankarze (Turcja),** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności w postaci wezwania do wyjaśnień z dnia 10 listopada 2022 r.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
- 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Jawornik - Lutcza dł. ok. 5,25 km”. Znak sprawy: Nr ref: O.RZ.D-3.2410.5.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 lipca 2022 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 127-360282.

W dniu 21 listopada 2022 r. wykonawca KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Turcji działający przez KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na wezwaniu Wykonawcy dnia 10 listopada 2022 r. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Jawornik - Lutcza dł. ok. 5,25 km”*, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w szczególności będący przejawem szerszych, niezrozumiałych działań Zamawiającego względem Wykonawcy, mogących ograniczać konkurencję, pomimo posiadanej przez Wykonawcę renomy oraz bogatego doświadczenia, poprzez:

A. zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty pomimo wymogu określonego w art. 223 ust. 1 PZP;

B. zażądanie w sposób nieprecyzyjny o *„wyczerpującą i szczegółową informację dotyczącą sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji Zamówienia w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które uważacie Państwo za istotne”*;

C. zażądanie od Wykonawcy w ramach wyjaśnień „*dołączenia pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji*”, które Wykonawca zawarze w odpowiedziach;

D. zażądanie udzielenia odpowiedzi przez Wykonawcę aż na 175 często nadmiernie szczegółowych, dobranych według nieznanego klucza pytań (uwzględniając podpunkty – kilkaset pytań) wraz z żądaniem pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji i wskazanie nieadekwatnie krótkiego 14-dniowego terminu na odpowiedź, wysłanie wezwania dnia 10 listopada 2022 r. na koniec dnia pracy, a więc przed Świętem Niepodległości 11 listopada, a następnie nierozpatrzenie wniosku o przedłużenie terminu do udzielenia wyjaśnień aż do dnia 21 listopada 2021 i przedłużenie terminu w sposób nieadekwatny do zakresu odpowiedzi do dnia 28 listopada 2022 r., a więc zaledwie o 2 dni robocze.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

- 1. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 1, 2, 3, 22, 26, 28, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 56, 62, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 87, 88, 93, 94, 95, 96, 104, 106, 108, 113, 114, 115, 119, 120, 122, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 151, 153, 154, 156, 161, 162, 165, 166, 167, 169, 170, 173** poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ nie dotyczyły treści oferty, a zupełnie innych kwestii, nie znajdujących żadnego odzwierciedlenia w treści oferty i na ogół PFU, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;
- 2. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 4, 5, 6, 7, 8, 910, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 64, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 152, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175** poprzez zadanie

Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wymagały potwierdzenia zgodności treści oferty jedynie z poszczególnymi wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), w szczególności z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU), choć wykonawcy w ofercie składają ogólne oświadczenie w pkt 12 Oferty, że zapoznali się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązują się, w przypadku wyboru ich oferty, do zawarcia umowy zgodnej, z ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

3. **art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP oraz art. 224 ust. 1 do 6 PZP w odniesieniu do pytań nr 14, 5, 6, 7, 21, 29, 68, 26, 93, 104, 105, 112, 115, 119, 124, 143, 162, 175**, poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wymagały potwierdzenia **ujęcia w kosztach oferty** niektórych obowiązków Wykonawcy wynikających z SWZ, w szczególności PFU, podczas gdy wątpliwości w tym zakresie nie sposób wyczytać z treści oferty, poza podaną w niej ceną, co stanowi naruszenie oraz obejście przepisów o badaniu rażąco niskiej ceny (dalej: RNC), co stanowi uregulowaną w art. 224 PZP odmienną procedurę od wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 PZP, a ponadto w pkt 12 oferty Wykonawca oświadczył, że zrealizuje umowę zgodnie z SWZ, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;
4. **art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 2, 63, 71, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 104, 106, 108, 113, 114, 115, 120, 122, 125, 143, 144, 149, 166, 168, 170, 171** poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ dotyczyły szczegółowych informacji technicznych, na które to pytania **nie jest możliwe udzielenie odpowiedzi przed rozpoczęciem, skomplikowanego i długotrwałego procesu projektowego**, rozłożonego na 14 miesięcy (Kamień Milowy nr 1 zgodnie z dokumentem Dane Kontraktowe) a co za tym idzie, Wykonawca na etapie przetargu nie może być zobowiązany do ich udzielenia, względnie pytania te

dotyczą swobody projektowej Wykonawcy w ramach zamówienia typu Zaprojektuj i wybuduj i stanowią próbę nieuzasadnionego ograniczenia tej swobody na etapie przetargu, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

5. **art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 2, 3, 22, 45, 48, 57, 72, 81, 85, 125, 126, 127, 133, 134, 135, 137, 138, 140** poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ dotyczyły fazy realizacji zamówienia publicznego, w szczególności obejmując przyszłe i niepewne zdarzenia, jak również dotyczyły informacji, czy Wykonawca skorzysta ze swoich praw na gruncie umowy (np. w jakiej kwocie przewiduje ubieganie się o zaliczkę), co nie ma żadnego związku z treścią oferty, odpowiedź na takie pytania nie może nawet teoretycznie świadczyć o zgodności lub jej braku oferty wykonawcy z treścią SWZ.
6. **art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 14, 16, 17, 21, 22, 28, 46, 49, 52, 53, 60, 61, 64, 65, 68, 71, 77, 83, 84, 85, 90, 93, 94, 95, 96, 117, 131, 132, 133, 141, 147, 150, 151, 155** poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ były nakierowane na uniknięcie skutków przyszłych roszczeń Wykonawcy na gruncie warunków kontraktowych FIDIC, w szczególności tych wynikających z Nieprzewidywalnych warunków fizycznych (Subklauzula 4.12 Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu – dalej: WSK), Siły wyższej (Klauzula 18 WSK) oraz Zmiany (Subklauzula 13.1 WSK), względnie przerzucenia ryzyk Zamawiającego wynikających z WSK na Wykonawcę, bądź też nałożenia na niego ryzyk, które w ogóle nie zostały ujęte w WSK, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;
7. **art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP, a także przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w odniesieniu do pytań nr 23, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 54, 55, 57, 61, 63, 65, 74,**

85, 86, 91, 93, 95, 117, 120, 126, 126, 128, 133, 139, 142, 144, 154, 156 poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ dotyczyły przedłożenia dodatkowych dokumentów lub opracowań projektowych, do których sporządzenia oraz przedłożenia Wykonawca nie jest zobowiązany na etapie przetargu, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert, a ponadto przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy określają w sposób enumeratywny dokumenty, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców w toku przetargu;

8. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 40, 66, 68, 77, 83, 121 poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ dotyczyły **przypisania kosztów do kosztów Wymagań ogólnych**, podczas gdy to SWZ winna przesądzać, co należy zaliczać do kosztów Wymagań ogólnych celem prawidłowej alokacji kosztów przez wykonawców, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;
9. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 5, 7, 8, 14, 15, 26, 28, 35, 39, 49, 52, 53, 56, 60, 6, 85, 86, 91, 96, 126, 133, 141, 151, 156, 167, 175 **poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ mogą poszerzać zakres oferty, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;**
10. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP poprzez zażądanie w sposób nieprecyzyjny i naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji *„wyczerpującej i szczegółowej informacji dotyczącej sposobu uwzględnienia elementów mających*



wpływ na sposób realizacji Zamówienia w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które uważacie Państwo za istotne”, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do precyzyjnego, jednoznacznego i wyczerpującego sformułowania pytań w ramach żądania wyjaśnień co do treści oferty, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

**11. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP** poprzez zażądanie w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji od Wykonawcy w ramach wyjaśnień „*dołączenia pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji*”, które Wykonawca zawarze w odpowiedziach, podczas gdy Wykonawca w ramach wyjaśnień do treści oferty nie jest zobowiązany na etapie przetargu do przedkładania tego typu dowodów w postaci złożonych opracowań projektowych, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

**12. art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP** poprzez zażądanie w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji od Wykonawcy udzielenia odpowiedzi przez Wykonawcę aż na 175 wysokospecjalistycznych pytań (uwzględniając podpunkty – kilkaset pytań) wraz z żądaniem pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji i wskazanie nieadekwatnie krótkiego 14-dniowego terminu na odpowiedź, wysłanie wezwania dnia 10 listopada 2022 r., a więc przed Świętem Niepodległości 11 listopada, a następnie przewlekłe rozpatrywanie wniosku o przedłużenie terminu do udzielenia wyjaśnień i przedłużenie terminu jedynie o dwa ni robocze, co uniemożliwia złożenie rzetelnych wyjaśnień.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o:

#### **1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:**

1) **unieważnienia** czynności Zamawiającego w postaci wezwania do wyjaśnień z dnia 10 listopada 2022 r. w zakresie:

- a) pytań wskazanych w zarzutach ;
- b) żądania wyczerpującej i szczegółowej informacji dotyczącej sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji Zamówienia w kwestiach wskazanych w pytaniach, podlegających unieważnieniu;
- c) żądania także innych informacji, które Wykonawca uważa za istotne;

d) żądania dołączenia pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji, które Wykonawca ma zawrzeć w odpowiedziach.

2) Pominięcia przy ocenie i badani ofert pytań i odpowiedzi w zakresie, w jakim Izba orzekła o unieważnieniu czynności wezwania do wyjaśnień z dnia 10 listopada 2022 r.

3) Nakazanie Zamawiającemu wyznaczenia dodatkowego, dziesięciodniowego terminu na ewentualne uzupełnienie złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień.

## **2. Orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 557 PZP.**

## **3. Zobowiązanie zamawiającego do złożenia odpowiedzi na odwołanie 3 dni przed terminem rozprawy z uwagi na obszerność zarzutów i konieczność stosownego ustosunkowania się przez Odwołującego do odpowiedzi.**

## **4. O dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:**

1) Informacja z otwarcia ofert z dnia 6 maja 2022 r. dla postępowania pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km”, nr O.RZ.D-3.2410.1.2022;

2) Informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 15 czerwca 2022 r. dla postępowania pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km”, nr O.RZ.D-3.2410.1.2022;

3) Informacja z otwarcia ofert z dnia 23 września 2022 r. dla postępowania pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km”, nr O.RZ.D-3.2410.6.2022;

4) Informacja o unieważnieniu postępowania z dnia 8 listopada 2022 r. dla postępowania pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km”, nr O.RZ.D-3.2410.6.2022;

5) Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 lipca 2022 r. dla postępowania pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Domaradz (bez węzła) do węzła Iskrzynia (bez węzła) dł. ok. 12,5 km”, O.RZ.D-3.2410.2.2022;

6) Informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie z dnia 8 września 2021 r. dla zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Babica (bez węzła) - Jawornik długości około 11,6 km”, nr O.RZ.D-3.2410.2.2021;

7) Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 listopada 2021 r. dla zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Babica (bez węzła) - Jawornik długości około 11,6 km”, nr O.RZ.D-3.2410.2.2021;

- 8) Informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie z dnia 4 lutego 2020 r. dla zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica (z węzłem) dł. ok. 10,3 km” nr O.RZ.D-3.2410.1.2019;
- 9) Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 maja 2020 r. dla zamówienia pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica (z węzłem) dł. ok. 10,3 km” nr O.RZ.D-3.2410.1.2019;
- 10) Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z 22 października 2021 r. nr 2021/S 206-535125 dla zamówienia pn. „Projekt i Budowa drogi S19 na odcinku Malewice – Chlebczyn”;
- 11) Pismo Zamawiającego do Wykonawcy o wezwaniu do wyjaśnienia treści ofert w trybie art. 233 ust. 1 PZP z dnia 10 listopada 2022 r.
- 12) Pismo Zamawiającego do Wykonawcy o przedłużeniu terminu na złożenie wyjaśnień do dnia 28 listopada 2022 r.
- 13) „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica (z węzłem) dł. ok. 10,3 km” nr O.RZ.D-3.2410.1.2019” – **wnoszę o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia pytań w trybie art. 223 ust. 1 PZP, jakie zostały zadane wybranemu wykonawcy w tym przetargu, względnie do złożenia oświadczenia, że pytania nie zostały zadane.**

**na okoliczność:**

stosowania przez komórki organizacyjne Zamawiającego – Skarbu Państwa Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad czynności w przetargach naruszających zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez:

a) zadawanie znacznej liczby wysokospecjalistycznych pytań w zakresie wyjaśnień, które w przeważającej mierze nie dotyczą treści oferty, w szczególności w odniesieniu do uwzględniania w wykazie płatności określonych kosztów, jak też w zakresie specjalistycznych kwestii z zakresu projektowania, które będą znane dopiero na etapie realizacji zamówienia, przy jednoczesnym braku zadawania pytań innym wykonawcom (np. Mostostal Warszawa S.A. dla postępowania pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Domaradz (bez węzła) do węzła Iskrzynia (bez węzła) dł. ok. 12,5 km”, O.RZ.D-3.2410.2.2022) pomimo stosowania tożsamego wzorca treści oferty w każdym przypadku, zbliżonej ceny oraz jednolitego wykazu płatności,

b) dwukrotne unieważnienie przetargów „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km” nr O.RZ.D- 3.2410.1.2022 oraz nr

O.RZ.D-3.2410.6.202, w których Wykonawca dwukrotnie złożył ofertę z najniższą ceną, z uwagi na fakt, iż cena oferty Wykonawcy przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny złożonej oferty, podczas gdy w tego typu przypadkach GDDKiA wielokrotnie znacznie zwiększała kwotę finansowania (np. w przetargach „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Babica (bez węzła) - Jawornik długości około 11,6 km” oraz „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica (z węzłem) dł. ok. 10,3 km”) z uwagi na przyjęcie zasady, iż realizacja danego odcinka drogi jest konieczna w ramach perspektywy unijnej, a z czasem koszty w kolejnych przetargach w razie zwłoki będą coraz wyższe, która to zasada znajduje szczególne zastosowanie w dobie najwyższej od 30 lat inflacji, spowodowanej agresją Rosji na Ukrainę, jednak najwyraźniej powyższe, racjonalne rozumowanie nie dotyczy Wykonawcy, względem którego GDDKiA powyższego rozumowania z nieznanych przyczyn nie stosuje i każdorazowo unieważnia przetarg.

c) utrudnianie Wykonawcy złożenia rzetelnych odpowiedzi na żądanie Zamawiającego.

5. W związku z treścią art. 74 ust. 2 pkt 1) PZP Wykonawca wskazuje, iż skierowane do niego **pisma i odpowiedzi stanowią załączniki do protokołu postępowania** na podstawie art. 73 ust. 1 PZP. W konsekwencji nie podlegają ujawnieniu. W takiej sytuacji **treść odwołania** w całości, (lub części, w której powołuje się ono na treść korespondencji) **nie może podlegać ujawnieniu pozostałym wykonawcom**, którzy złożyli ofertę, niezależnie od braku zastrzeżenia tajemnicy przez Wykonawcę, jako że ich jawność na obecnym etapie wyłącza już sama ustawa.

6. Wobec powyższego **Odwołujący wnosi także o wyłączenie jawności rozprawy**.

Odwołujący wskazał, że:

### **Uzasadnienie ogólne zarzutów**

#### **Dyskryminacja Wykonawcy przez Zamawiającego w przetargach**

Swojej dyskryminacji Wykonawca upatruje w żądaniu wyjaśnień treści oferty w niezrozumiałym i niewynikającym z jej treści zakresie, dwukrotnym unieważnieniu – wbrew wcześniejszej praktyce – przetargu, w którym złożył najkorzystniejszą ofertę oraz w postępowaniu Zamawiającego w związku z wezwaniem do wyjaśnień treści oferty.

Dyskryminacja Wykonawcy polega przede wszystkim na zadawaniu mu znacznej ilości niezwykle skomplikowanych, wysokospecjalistycznych pytań, pomimo iż jego oferta zupełnie niczym się nie różni od ofert innych wykonawców, także w innych przetargach.

Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający opracował jednolity wzór dokumentacji, w tym formularza ofertowego i IDW i posługuje się nim w organizowanych, dużych przetargach infrastrukturalnych. Decyzją samego Zamawiającego wzór ten jest wręcz tak ogólny, jak to tylko możliwe z niezwykle lakonicznym i zwięzłym wykazem płatności. W samej treści oferty znajduje się oświadczenie o zgodności oferty z SWZ (pkt 1) i związaniu SWZ (pkt 2). Wykonawca zwraca uwagę, że przedmiotem oferty jest przy tym zaprojektowanie i wykonanie odcinka drogi ekspresowej, nie zaś przyłącza do tunelu o określonej długości, nie decyzja co do skorzystania z zaliczki, matryca rozkładu ryzyka, zagwarantowanie zakupu materiałów za dwa lata po określonych cenach w dniu dzisiejszym (w ogóle niewykonalne), itd., itp. – Wykonawca przytacza przykładowe „wątpliwości” co do treści oferty.

Występowanie wątpliwości co do treści tego typu w standaryzowanej i uproszczonej ofercie na gruncie art. 223 ust. 1 PZP powinno być absolutnym wyjątkiem, bowiem trudno w ogóle stwierdzić, co miałyby tu wywoływać wątpliwość.

Potwierdza to działanie Zamawiającego w innych przetargach. Przykładowo, w przetargu na *„Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Domaradz (bez węzła) do węzła Iskrzynia (bez węzła) dł. ok. 12,5 km”*, w którym Wykonawca uzyskał II miejsce w ramach oceny ofert, **zwycięzca przetargu Mostostal Warszawa S.A. nie otrzymał od Zamawiającego żadnego pytania**. Jak widać, niezadanie w ogóle pytań względem oferty, która została złożona przy użyciu praktycznie identycznego, wzorcowego formularza jak w niniejszym postępowaniu, nie stanowi przeszkody dla Zamawiającego do udzielenia zamówienia spółce Mostostal Warszawa S.A. Wykonawca nie wie, co sprawia, że oferta Wykonawcy w niniejszym postępowaniu budzi tak szerokie wątpliwości Zamawiającego, a identyczna, poza ceną, oferta Mostostal Warszawa S.A. nie wywołuje ich w ogóle? Izba w niniejszym postępowaniu winna przeprowadzić w tym zakresie test różnic między ofertami. Jest to kwintesencja nierównego traktowania

Wykonawców (być może oparta o położenie siedziby spółki poza granicami Polski – przyczyny nie mają tu znaczenia), gdzie Zamawiający w przetargach obdarza jednego wykonawcę pełnym zaufaniem, nie zadając mu żadnych pytań, a względem drugiego wykazuje się zupełnym brakiem zaufania i zadaje mu rozliczne pytania w żaden sposób nie wynikające z wątpliwości co do treści oferty zgodnie z art. 223 ust. 1 PZP.

Dyskryminujące praktyki Zamawiającego względem Wykonawcy przejawiają się również w dwukrotnym unieważnieniu przetargów pn. Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza – w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km nr O.RZ.D- 3.2410.1.2022 oraz nr O.RZ.D-3.2410.6.202, w których Wykonawca dwukrotnie złożył ofertę z najniższą ceną, z uwagi na fakt, iż cena oferty Wykonawcy przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający rzekomo nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny złożonej oferty. Jednakże w tego typu przypadkach GDDKiA wielokrotnie zwiększała kwotę finansowania z uwagi na przyjęcie zasady, iż realizacja danego odcinka drogi jest konieczna w ramach perspektywy unijnej, a z czasem koszty w kolejnych przetargach w razie zwłoki będą coraz wyższe, która to zasada znajduje szczególne zastosowanie w dobie najwyższej od 30 lat inflacji, spowodowanej agresją Rosji na Ukrainę. Najwyraźniej powyższe, racjonalne rozumowanie nie dotyczy Wykonawcy, względem którego GDDKiA powyższego rozumowania z nieznanych przyczyn nie stosuje i każdorazowo unieważnia przetarg i to pomimo iż Wykonawca złożył dwukrotnie ofertę o najniższej cenie, identycznej w każdym przypadku (co wskazuje, iż niższej ceny w przedmiotowych warunkach wojny na terenie Ukrainy po prostu uzyskać się nie da).

Jakkolwiek unieważnienie przetargu w razie przekroczenia przez cenę najkorzystniejszej oferty kwoty, którą Zamawiający przewidywał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jest uprawnieniem Zamawiającego, z którego skorzystać on nie musi, to są liczne przykłady, iż w innych przypadkach chętnie podnosi tę kwotę i zawiera umowy o zamówienie publiczne. Przykładem są chociażby przetargi pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Rzeszów Południe (bez węzła) do węzła Babica (z węzłem) dł. ok. 10,3 km” nr O.RZ.D-3.2410.1.2019” i „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzeł Babica (bez węzła) - Jawornik długości około 11,6 km” nr O.RZ.D-3.2410.2.2021. W tym pierwszym przypadku Zamawiający przewidywał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.770.513.000,00 zł, a udzielił zamówienia konsorcjum wykonawców Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Construcción S.A. na kwotę 2.230.165.684,48 zł, czyli na różnicę w wysokości aż 459 652 684,48 zł [sic!]. Przetarg ten uwzględnia drażenie tunelu przy użyciu największej w Europie maszyny TBM, przewożonej w ramach największego w historii Polski transportu<sup>3</sup>. W przypadku z kolei drugiego przetargu, Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1.123.321.287,60zł, a udzielił zamówienia Przedsiębiorstwu Usług Technicznych Intercor Sp. z o.o. na kwotę 1.253.370.000,00 zł. Różnica wynosi zatem 130 048 712,40 zł. W przypadku z kolei różnica ceny w przypadku Wykonawcy w ramach ww. dwukrotnego unieważnienia przetargów wynosiła poniżej 10%.. Jednocześnie przy ponownym rozpisaniu przetargu, pomimo unieważnienia pierwotnego

przetargu, GDDKiA nie podniosła kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Sam przetarg został rozpisany a terminie kilku tygodni od unieważnienia pierwszego, z tym samym zakresem i na tych samych warunkach. Wygrał ponownie Wykonawca i Zabawiający ponownie unieważnił postępowanie. A jest to przecież sąsiadujący z przedmiotem zamówienia objętym tym postępowaniem odcinek tej samej drogi.

Całokształt przedstawionych okoliczności pokazuje, iż Wykonawca jest przez Zamawiającego dyskryminowany w przetargach w stosunku do innych wykonawców, bowiem Zamawiający stosuje podwójne standardy w tym zakresie. Działanie takie jest niedopuszczalne, bowiem **zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowią podwaliny całego systemu zamówień publicznych. Zamawiający nie może ani dyskryminować, ani faworyzować określonych wykonawców, a najwyraźniej obydwie te praktyki mają miejsce w przypadku GDDKiA, które traktuje poszczególnych wykonawców w sposób drastycznie zróżnicowany, jednym ułatwiając uzyskanie zamówienia publicznego, a innym utrudniając eliminując tę możliwość.** Jak podkreśla się w literaturze: *„Komentowany artykuł stanowi niejako podstawę każdej czynności zamawiającego związanej zarówno z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia, jak i z jego przeprowadzeniem. Zamawiający o zasadach płynących z tego artykułu powinien myśleć zawsze i podejmować każdą czynność w postępowaniu przez ich pryzmat. Nie sposób nie odnieść wrażenia, że zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji stanowi podstawę systemu zamówień publicznych i bez jej dochowania nie można mówić o skutecznym kontraktowaniu publicznych zakupów, a zdecydowana większość przewidzianych w Prawie zamówień publicznych zasad ma charakter pomocniczy w celu zagwarantowania jej przestrzegania. Zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nakazuje zamawiającemu taki sposób określenia poszczególnych elementów przygotowywanego postępowania, który stanowić będzie złoty środek pomiędzy rzeczywistymi potrzebami zamawiającego a wprowadzanymi ograniczeniami dostępu do zamówienia, ze względu na postawione wymogi odnoszące się zarówno do sposobu wykonania danego zamówienia, jak i niezbędnego poziomu weryfikacji wykonawcy, który da gwarancję jego należytego wykonania. „Oznacza to, że na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jest zobligowany do sprawiedliwego traktowania uczestników postępowania – wykonawcy powinni być traktowani jednakowo, bez stosowania jakichkolwiek przywilejów, a także bez środków dyskryminujących. Zamawiający nie może tworzyć i wprowadzać nieuzasadnionych barier ograniczających prawo oferentów do wzięcia udziału w przetargu, nie może również działać w sposób, który będzie eliminować z udziału w postępowaniu określoną grupę wykonawców albo też stwarzać określonej grupie uprzywilejowaną pozycję”*

(A. Gawrońska-Baran i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX). Jak podkreśla W. Dzierżanowski: „Zasada równego traktowania to przede wszystkim wdrożenie **traktatowej zasady niedyskryminacji**. Oznacza ona **zakaz różnicowania pozycji wykonawców w postępowaniu z jakiegokolwiek powodu – ze względu na kraj pochodzenia, miejsce prowadzenia działalności gospodarczej czy formę organizacyjną prowadzonej działalności**. Bez tej zasady byłoby **niemożliwe respektowanie swobód UE: swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług**. Stosowanie zasady równego traktowania oznacza stosowanie jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji w każdej czynności zamawiającego. Obowiązek równego traktowania dotyczy wykonawców i świadczeń z UE oraz krajów, które podpisały umowy z Unią o równym traktowaniu (...) **Dyskryminacja będzie miała miejsce, gdy zamawiający ograniczy lub utrudni dostęp do zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego wykonania, ze względu na jakąś jego cechę, w sposób nieuzasadniony przepisami prawa.**” (W. Dzierżanowski i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*). Niewątpliwie analiza praktyk GDDKiA względem Wykonawcy oraz innych wykonawców pozwala stwierdzić, iż ewidentnie dochodzi do odmiennego traktowania, które może stanowić dowód dyskryminacji.

Wreszcie, wątpliwości Wykonawcy pogłębia sposób wezwania do wyjaśnień. Wezwanie zostało podpisane o godzinie 15.31, 10 listopada. Przeważająca część personelu pochodzi z Polski i nie była - z powodu święta Państwowego już dostępna, z czego Zamawiający świetnie musiał sobie zdawać sprawę. Pytania wysłał tak, by zamiast 10 dni roboczych, Wykonawca miał 9 dni roboczych na przygotowanie odpowiedzi. Wykonawca w dniu 15 listopada, po dwudniowej pracy nad pytaniami zwrócił się z wnioskiem o wydłużenie terminu na złożenie odpowiedzi do dnia 5 grudnia, bowiem w jego ocenie, po analizie pytań, potrzebuje 15 dni roboczych (trzech tygodni) na przygotowanie odpowiedzi. Dopiero po 6(!) dniach Zamawiający odpisał, iż przedłuży termin o dwa dni robocze, czyli łącznie do 11 dni roboczych. Nie jest to termin, w którym można należycie przygotować i sprawdzić tak dużą ilość odpowiedzi do zadanych pytań (w istocie kilkaset), nawet pomimo wymuszonej przez Zamawiającego pracy po godzinach i w weekendy.

Jak wskazała Izba w wyroku z 24 sierpnia 2021 r., KIO 1466/21, celem procedury wyjaśnień treści oferty *jest ustalenie szczegółów przedmiotu oferty. Dodatkowo nie ma też być narzędziem doprowadzenia do eliminacji poprawnej początkowo oferty, co przy zadaniu wykonawcy odpowiedniej liczby odpowiednio skomplikowanych pytań przy odpowiednio skomplikowanym przedmiocie zamówienia jest stosunkowo łatwe do wykonania – łatwo tu bowiem o omyłkę lub błąd, jak też gdy dane pytania następnie odniesie się do innego*



*elementu niż dotyczyło pytanie czy odpowiedź.* Postępowanie Zamawiającego, w którym dodatkowo utrudnia on rzetelne przygotowanie odpowiedzi na fantazyjny (nie oparty na żadnym konkretnym kryterium) zestaw pytań ewidentnie nie służy temu celowi.

### **Instytucja wyjaśnień do treści oferty**

Wszystkie kwestionowane w niniejszym odwołaniu pytania zadane w ramach czynności wezwania do wyjaśnień przez Zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r. nie spełniają przesłanek zasadności ich zadania na podstawie art. 223 ust. 1 PZP. **Podstawą żądania wyjaśnień co do treści oferty jest powzięcie wątpliwości przez Zamawiającego w zakresie tej treści.** Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN: „wyjaśnić — wyjaśniać” oznacza: 1. «uczynić coś zrozumiałym» 2. «podać powody, motywy» wyjaśnić się — wyjaśniać się 1. «stać się zrozumiałym» 2. «stać się jaśniejszym niż poprzednio».

*Jak słusznie wskazała Izba w cytowanym już wyroku KIO 1466/21, „przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w formule „projektuj i buduj”, a w ofercie wykonawcy wypełniali jedynie tabelę „Wykaz płatności”, która obejmowała wyłącznie jedną pozycję dotyczącą wykonania robót budowlanych, zawierającą ich ryczałtową wycenę. Tym samym wykonawcy w ogóle nie opisywali w ofercie zakresu planowanych robót, deklarując jedynie ogólnie ich wykonanie zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”*

W kontekście powyższego **warunkiem sine qua non powstania konieczności „wyjaśnienia” treści oferty jest powzięcie wątpliwości co do sposobu jej rozumienia.** W przedmiotowym zaś przypadku zadane pytania w ogóle nie wynikają z jakichkolwiek wątpliwości względem treści oferty, bowiem treść oferty jest jasna i klarowna, a zadane pytania mają za zadanie spełnić zupełnie inne cele, które bynajmniej nie odnoszą się w jakikolwiek sposób do kwestii wątpliwości co do treści oferty. Poszczególne zarzuty w odniesieniu do grup pytań (grupy te nie są rozłączne) zostały skonstruowane w oparciu o charakter pytania, względnie cel, jaki ma za zadanie spełnić.

Jak podkreśla się w literaturze: *„Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą się więc sprowadzać do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert”* (W. Dzierżanowski, *ibidem*). Warto w tym kontekście wskazać również na treść wyroku KIO z dnia 4 maja 2017 r., KIO 740/17: *„Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie*

treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego - czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1) **wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - tym samym w treści złożonej oferty oświadczenie wykonawcy musiało zostać zawarte.** Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należytą ocenę sytuacji (oferty). Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. **Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty.** Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty, lecz tego zaniechał”. Skoro zaskarżone pytania nie odnoszą się w żadnej mierze do wątpliwości co do treści oferty i nie wymaga ona wyjaśnienia na ich podstawie, to zamawiający nie może ich wykorzystywać w toku oceny ofert. Nie wynika z tych pytań wątpliwość co do prawdziwości złożonych zapewnień (bo nie ma ku temu podstaw, by w wątpliwości mogły zaistnieć). Przedmiotem treści oferty jest wykonanie odcinka drogi expressowej za uzgodnioną cenę, z uwzględnieniem PFU. Wobec charakteru zamówienia - „projektu i buduj” – wykonawca ma obowiązek wykonania zaoferowanego przedmiotu dokładnie takiego, jak opisano w SWZ, albo zmienionego na podstawie warunków kontraktu na etapie projektowania za zgodą zamawiającego i zgodnie z przepisami Prawa Zamówień Publicznych.

**Wszystkie** decyzje co do szczegółów wykonania zapadają na etapie projektowania. Na dzień składania ofert Wykonawca dokonuje przybliżeń i założeń – których finansowe ryzyko ponosi sam. Wykonawca nie wie skąd ma w chwili obecnej wiedzieć, jaka będzie grubość ścianek tunelu – na podstawie swojego (nota bene bogatego) doświadczenia przyjął pewne założenia. Tymczasem w praktyce tego Zamawiającego wyjaśnienia służą potem niejednokrotnie do twierdzenia, że na przykład choć po badaniach geotechnicznych i innych okazało się, że ścianki tunelu są cięższe, to z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że zaoferował grubsze, a Zamawiający nie zgadza się na zmniejszenie tej grubości. Tymczasem w ofercie Wykonawca zobowiązał się do zapewnienia odpowiedniej grubości ścianek tak, by tunel spełniał wymagania SWZ. Pytanie nie dotyczy w istocie treści oferty, odpowiedź na nie jest znana, a dodatkowo w przeszłości będzie użyte do odmowy uznania roszczeń wykonawcy (bo na

przykład zwiększona grubość ścianek tunelu będzie wynikała z błędów dokumentacji, ale będzie się mieścić w wartość podanej w złożonych wyjaśnieniach).

Dla uniknięcie bezzasadnego zarzutu Zamawiającego – Wykonawca nie zaprzecza prawu Zamawiającego do żądania wyjaśnień treści oferty per se. Wykonawca wskazuje, że wyjaśnienia muszą mieć związek ze zdefiniowaną treści oferty, nie treścią założeń do sporządzenia oferty i muszą dotyczyć realnych wątpliwości, nie mogą być zaś elementem realizowania potrzeb poznawczych Zamawiającego. Wykonawca zwraca uwagę, że ten sam Zamawiający, wzywając do wyjaśnień środków dowodowych jednoznacznie określa swoje wątpliwości i nie stanowi to problemu. Brak wskazania tych wątpliwości wynika z uzusu stosowanego przez Zamawiającego, przede wszystkim zaś z faktu, że realnie takich wątpliwości brak.

Wykonawca podkreśla także, że **nie jest celem wyjaśnień mityczna ocena zdolności Wykonawcy do wykonania zamówienia (nazwana „stopniem gotowości”)** – jest to bowiem materia dla określenia warunków udziału, co Zamawiający w swojej historii już kilkakrotnie usiłował ignorować. Jeżeli Wykonawca spełnia warunku udziału to jest gotowy do wykonania zamówienia (nota bene takim pojęciem – słusznie – nie posługuje się PZP) i w tym wezwaniu do wyjaśnień treści oferty nie jest żadnym środkiem do podważania takiego stanu. Wykonawca dodaje także, że jego cen różni się od kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia przez Zamawiającego o około 3,5%, a część pytań dotyczy ustalania ceny, przy czym różnica we przytoczonym już postępowaniu z udziałem Mostostalu przekraczała 20%, zaś Zamawiający wątpliwości nie powziął.

### **Niedozwolona zmiana treści SWZ po terminie składnia ofert**

Zgodnie z art. 137 ust. 1 PZP *„W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ”*. W przedmiotowym przypadku **zadawane przez Zamawiającego pytania nie mają nic wspólnego z treścią oferty, lecz w istocie mają na celu przede wszystkim zapewnienie Zamawiającemu:**

- a) określonego sposobu wykonania zamówienia, wbrew swobodzie projektowej Wykonawcy przyznanej w SWZ, a zwłaszcza w PFU;
- b) przerzucenia na Wykonawcę określonych ryzyk, które nie wynikają z SWZ, w szczególności z warunków kontraktowych;
- c) zabezpieczenia się przed roszczeniami Wykonawcy przysługującymi mu na gruncie warunków kontraktowych;

d) rozszerzenie treści oferty;

e) zabezpieczenia się Zamawiającego przed koniecznością zmiany umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 455 ust. 1 PZP.

Zamawiający zatem **zmienia w istocie poprzez zadanie przedmiotowych pytań treść wiążącej i stanowiącej podstawę wyceny SWZ po terminie składania ofert**. Działanie takie jest prawnie niedopuszczalne i stanowi obejście art. 137 ust. 1 PZP.

W dalszej części odwołania Wykonawca odniesie się do grup pytań. Pełnomocnik wykonawcy wskazuje przy tym, iż w przypadku tego odwołania nie jest możliwe precyzyjne opisanie każdego pytania. Odpowiedzi na pytania przygotowuje dwa tygodnie grupa około dwudziestu osób, co przekłada się na konkretny koszt dla Wykonawcy. Odniesienie się do każdego pytania w kontekście odwołania nie jest fizycznie możliwe w terminie kilku dni bez poniesienia ogromnych kosztów na uzyskanie pomocy kolejnej grupy osób opracowującej konkretne zarzuty, co wymaga współpracy prawników, projektantów, kosztorysantów i konsultantów technicznych. Stąd też Wykonawca podzielił pytania na grupy i zarzuty kieruje do określonych grup, biorąc pod uwagę rodzaj wady konkretnego pytania, na które odpowiedź bynajmniej nie służy wyjaśnieniu treści oferty. W każdym przypadku podaje przykłady takich pytań.

Wykonawca wskazuje też, że w jego przekonaniu prawdopodobnie żadne pytanie nie jest *lege artis* próbą wyjaśnienia przez Zamawiającego jego wątpliwości dotyczących treści oferty.

## **Uzasadnienie poszczególnych zarzutów**

### **Zarzut nr 1**

Pierwszy zarzut dotyczy pytań, które w ogóle nie odnoszą się do treści oferty, a do zupełnie innych kwestii, nie znajdujących żadnego odzwierciedlenia w treści oferty. Ich zadanie nie ma zatem nawet odległego, ani pośredniego związku z treścią oferty, nie mówiąc już o wątpliwościach co do jej treści.

Przykładowo, pytanie nr 3: *„Czy Wykonawca zamierza skorzystać z możliwości uzyskania zaliczki. Jeżeli tak, to w jakim terminie i w jakiej wysokości”* nie znajduje jakiegokolwiek odzwierciedlenia w treści oferty. Zgodnie z art. 442 ust. 1 PZP *„Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia”*. Pytanie to dotyczy zatem uprawnienia wykonawcy na gruncie umowy o zamówienie publiczne, z którego wykonawca może, a nie musi skorzystać. Zamawiający jednak, o ile przewidział taką możliwość, musi być

przygotowany na skorzystanie przez wykonawcę z niej. Pytanie w tym zakresie jednak w ogóle nie dotyczy treści oferty, ani tym bardziej wątpliwości co do tej treści.

Podobnie w żadnej mierze treści oferty nie dotyczą pytania o zasoby sprzętowe i personel oraz specjalności zespołów oddelegowanych do określonych zadań, np.:

*22. Jakimi zasobami sprzętem i personelem będzie dysponował Wykonawca w celu bieżącego i zimowego utrzymania dróg zlokalizowanych w granicach terenu niezbędnego dla realizacji inwestycji w okresie trwania realizacji Kontraktu? Proszę o opisanie planowanych działań przyjętych w Ofercie.*

*41. Ile zespołów projektowych drogowych, mostowych, tunelowych i branżowych, do projektowania Wykonawca zamierza zaangażować?*

*62. Prosimy o wskazanie specjalności członków zespołu nadzoru środowiskowego, którzy będą zatrudnieni przy wykonywaniu opracowań środowiskowych.*

Poza wymogami określonymi w SWZ, Wykonawca w ramach swojej swobody kontraktowej będzie dobierać sprzęt oraz personel w taki sposób, aby należycie wykonać przedmiot umowy. Nie ma to jednak nic wspólnego z treścią jego oferty, która się do tych aspektów w ogóle nie odnosi, a zatem nie mogą z niej wynikać wątpliwości w tym zakresie.

Podobnie kwestia ryzyk branżowych pod uwagę przez Wykonawcę nie dotyczy treści oferty, a metodologii jej sporządzenia:

*45. Czy Wykonawca posiada wiedzę o ryzykach związanych z zakresem umowy planowanym do podzlecenia? Jeśli tak, to prosimy o określenie tych ryzyk wraz z opisaniem metodyki ich identyfikacji i sposobu działań w przypadku ich wystąpienia.*

*126. Prosimy o szczegółowe przedstawienie ryzyk jakie zostały założone w trakcie przygotowania oferty zarówno dla etapu opracowywania dokumentacji projektowej, jak i prowadzonych na ich podstawie robót budowlanych oraz środków zaradczych określonych przez Wykonawcę na podstawie przekazanych przez Zamawiającego danych, własnego doświadczenia Wykonawcy oraz wizji lokalnej w terenie, mających wyeliminować te ryzyka.*

Nie sposób jest wyczytać z treści oferty jakichkolwiek elementów, które mogłyby wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do uwzględnienia ryzyk przez Wykonawcę przy wycenie. Takich treści tam po prostu nie ma. Ocena ryzyk może wpływać na wycenę oferty, ale ta wycena w tym zakresie może budzić wątpliwości wyłącznie w aspekcie rażąco niskiej ceny, co jednak jest przedmiotem zupełnie innej procedury z art. 224 PZP. Nie może być jednak mowy

w przedmiotowym przypadku o rażąco niskiej cenie, skoro zaoferowana cena jest niższa zaledwie o ok 3,5% od kwoty, jaką Zamawiający zamierza

przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (1.849.563.300,00 zł w ofercie vs budżet w wysokości 1.898.013.231,90 zł).

Podobnie całkowicie niezwiązane z treścią oferty są pytania, które dotyczą środków finansowych Wykonawcy, czy linii kredytowej, jak też dysponowania kadrą posiadającą wymagane prawem uprawnienia do wykonywania pracy na terytorium RP:

*48. Jakie ilości środków finansowych Wykonawca zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe? Czy będą to środki własne czy pochodzące z kredytu, jeżeli z kredytu, to czy Wykonawca będzie posiadał uruchomioną linię kredytową lub wstępną umowę kredytową?*

*139. Czy Wykonawca posiada na chwilę obecną wystarczającą kadrę posiadającą wymagane prawem uprawnienia do wykonywania pracy na terytorium RP? Proszę o przekazanie wykazu takich osób.*

Są to pytanie nieodnoszące się do treści oferty, a w istocie rozszerzające warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający usiłuje w ten sposób rozszerzyć warunki udziału w postępowaniu, z naruszeniem zasady proporcjonalności. Warunki udziału w postępowaniu winny być wystarczającą gwarancją należytego wykonania zamówienia w aspekcie posiadanej zdolności finansowej oraz dysponowania personelem. Niezależnie jednak od powyższego, przedmiotowe pytania w żaden sposób nie wynikają z treści oferty, nie sposób więc na jej podstawie powziąć tego typu wątpliwości.

Co więcej, w orzecznictwie Izby wskazano, że wyjaśnienia treści oferty nie mogą dotyczyć warunków udziału, bowiem warunek udziału nie jest treścią oferty – a tego w praktyce usiłuje dokonać Zamawiający. Pytanie dotyczące listy personelu w Polsce w ogóle nie ma najmniejszego znaczenia tak z punktu widzenia spełnienia warunków udziału jak i zgodności treści oferty z SWZ.

Jeśli Zamawiający chciałby sobie zapewnić określony sposób wykonania zamówienia, w aspekcie powyższych pytań, to winien to zawrzeć w SWZ konkretne wymagania w tym zakresie, a nie zadawać pod tym kątem pytań, które nie są w żadnej mierze związane z ofertą. Zamawiający ma jednak świadomość, że nazbyt duże sprecyzowanie niektórych

aspektów (np. sposobu finansowania, czy dysponowania określonym personelem) byłoby po pierwsze, nieproporcjonalne, po drugie, mogłoby ograniczyć konkurencję, po trzecie, mogłoby spowodować istotne trudności realizacyjne z uwagi na brak elastyczności.

Warto w kontekście tego zarzutu zadać sobie pytanie – czy jakkolwiek odpowiedź wykonawcy na pytanie dotyczące personelu, jego planowanej liczby – przed sporządzeniem harmonogramu, czy jakkolwiek odpowiedź na pytanie dotyczące zaliczki i finansowania może doprowadzić do odrzeczenia jego oferty ze względu na niezgodność z treścią SWZ? Otóż nie, choćby pozbawiony rozsądku wykonawca stwierdził, że chce zaliczki na 100% wartości kontraktu lub, że wykona zamówienie przy pomocy 10 osób. Nawet tak bezsensowne odpowiedzi nie mogą doprowadzić do odrzucenia oferty, bowiem nie dotyczą jej treści, a zatem nakaz wyjaśnień w tym zakresie jest niezrozumiały.

## **Zarzut nr 2**

Znaczną liczbę pytań stanowią całkowicie zbędne pytania o potwierdzenie zgodności treści oferty z SWZ, a w szczególności PFU. Pytania te są zbędne, bowiem wykonawcy wedle wzoru oferty składają w tym zakresie w pkt 12 ogólne oświadczenie: *„OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”*. Zamawiający zadaje zatem przedmiotowe pytania o potwierdzenie uwzględnienia w ofercie różnorodnych obowiązków wynikających z SWZ, tak jakby chciał się upewnić, czy „aby na pewno” wykonawca uwzględnił wszystkie te obowiązki w ofercie. Klucz, według którego Zamawiający pyta o niektóre aspekty, a pomija inne, jest nieznan i w opinii Wykonawcy - nieistniejący.

Trudno powiedzieć, co Zamawiający chce przez to osiągnąć, bo do egzekucji tych obowiązków na etapie realizacji zamówienia wystarczyłoby przytoczyć odpowiednie fragmenty SWZ. Podkreślenia jednakże wymaga, że pytania o te różnorodne obowiązki w żadnej mierze nie wynika z wątpliwości co do treści oferty, wobec wskazanego wyżej, ogólnego oświadczenia w ofercie przygotowanej wedle wzorca Zamawiającego.

Co ciekawe, Zamawiający nie pyta o wszystkie obowiązki Wykonawcy wynikające z SWZ, a zwłaszcza te podstawowe, jak realizacja robót budowlanych w zakresie realizacji drogi ekspresowej, ale pyta o liczne, szczegółowe obowiązki towarzyszące realizacji obowiązków głównych.

Poniżej przykłady tego typu pytań:

4. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszty utrzymania placu budowy do czasu przejęcia robót przez Zamawiającego?

5. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt utrzymania ciągłości ruchu publicznego w obszarze robót i ich oddziaływania wraz z kosztami utrzymania (w tym letniego i zimowego utrzymania dróg) oraz koszt utrzymania ciągłości przepływu na ciekach położonych w obrębie prowadzonych robót w okresie trwania realizacji Kontraktu aż do czasu przejęcia przez Zamawiającego?

6. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt zorganizowania przed wjazdami/wyjazdami z placu budowy stanowisk do czyszczenia/mycia samochodów/ opon samochodowych? Jeżeli tak, prosimy o wskazanie ile takich stanowisk Wykonawca uwzględnił w swojej wycenie.

7. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszty instalacji, utrzymania, zapewniania stałych warunków widoczności w dzień i w nocy oraz obsługi tymczasowych organizacji ruchu, urządzeń zabezpieczających?

10. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt zabezpieczenia istniejących drzew nieprzeznaczonych do wycinki znajdujących się w bezpośredniej strefie robót?

11. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt usunięcia i utylizacji odpadów z placu budowy?

24. Prosimy o potwierdzenie, że w cenie Oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego wynikające z dokumentu Gwarancja Jakości (GJ).

27. Czy Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie wykonanie tymczasowych ogrodzeń ochronnych i naprowadzających dla płazów na odcinkach, na których zostanie stwierdzona migracja płazów?

50. Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie konieczność uzyskania w imieniu Zamawiającego wszelkich opinii, warunków technicznych, uzgodnień, pozwoleń, decyzji i zgód, ewentualnych odstępstwa niezbędnych do wykonania Kontraktu.



73. Czy Wykonawca przewidział i wycenił zastosowanie zabezpieczeń przeciw upadkowi osób z wysokości przez prześwit między krawędziami sąsiadujących pomostów. Proszę podać, na których obiektach zastosowane będą powyższe zabezpieczenia.

74. Czy technologia i konstrukcja obiektów, w tym również konstrukcja nawierzchni, przyjęta przez Wykonawcę na potrzeby sporządzenia oferty spełnia wymagania PFU? Proszę o podanie przyjętej konstrukcji.

94. Czy Wykonawca przewidział w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania Systemu wykrywania i sygnalizacji pożarowej? Jeżeli tak, prosimy o wyszczególnienie elementów systemu przyjętych w złożonej Ofercie.

118. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania Systemu Zarządzania Ruchem w Tunelu?

141. Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie fakt, iż parametry techniczne dla projektowania i wykonania przedmiotowej inwestycji określone w PFU i załącznikach do PFU, należy traktować jako minimalne?

148. Czy Wykonawca w ramach Systemu Zarządzania Ruchem skalkulował koszt zakupu i umieszczenia kabla światłowodowego w kanale technologicznym na całym odcinku S19 objętym zamówieniem.

155. Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie, konieczność wykonania analizy akustycznej i koszty związane z zapewnieniem odpowiednich zabezpieczeń przed nadmiernym hałasem?

Na wszystkie tego typu pytania Wykonawca może odpowiedzieć krótko: TAK. Oświadczenie w tym zakresie złożył w ofercie i jest ono jasne oraz klarowne i zostało przygotowane przez samego Zamawiającego. Natomiast zwraca uwagę fakt, iż Zamawiający pyta o często poboczne, niezwykle szczegółowe obowiązki, tak jakby nie był przekonany, czy Wykonawca dość dokładnie przeczytał PFU, przygotowując ofertę. Oferty są jednak przygotowywane przez specjalistyczne biura analityczne, które bardzo dokładnie badają wszelkie obowiązki wynikające z PFU i następnie je wyceniają. Fakt, iż cena oferty Wykonawcy różni się od budżetu Zamawiającego o zaledwie 3,5%, tylko potwierdza, jak rzetelnie zbadano SWZ i wszelkie wymagania Zamawiającego, a następnie dokładnie je wyceniono. Wydaje się, iż jedynym celem Zamawiającego jest uzyskać szczegółowe oświadczenia Wykonawcy co do

poszczególnych kwestii, by móc z nich korzystać na etapie realizacji zamówienia. W tym celu jednakże wystarczy odwołać się do SWZ, chyba że Zamawiający uzna, że przygotował je w sposób niedostatecznie jasny, precyzyjny i wyczerpujący, a więc niezgodnie z art. 99 ust. 1 PZP. Natomiast pytania te w żaden sposób nie dotyczą wątpliwości co do treści oferty i ich zadawanie jest całkowicie zbędne. Ewentualnie służą do wyszukania omyłki i na tej podstawie dokonać odrzucenia oferty.

### **Zarzut nr 3**

Zarzut nr 3 dotyczy podobnej grupy pytań, co zarzut nr 2, przy czym koncentruje się na aspekcie ujęcia w kosztach oferty niektórych tylko obowiązków Wykonawcy wynikających z SWZ, w szczególności PFU, podczas gdy wątpliwości w tym zakresie nie sposób wyczytać z treści oferty, poza podaną w niej ceną, co stanowi naruszenie oraz obejście przepisów o badaniu rażąco niskiej ceny (dalej: RNC), co stanowi uregulowaną w art. 224 PZP odmienną procedurę od wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 PZP. Jak już podkreślono uprzednio, abstrahując od podstawowego faktu, że pytania te nie wyrastają z wątpliwości co do treści oferty, zadawanie tego typu pytań nie jest uzasadnione w sytuacji, w której cena oferty wynosi zaledwie 3,5% mniej niż budżet Zamawiającego dla tego zamówienia. Skoro budżet tak niewiele się różni, to jaki jest sens szczegółowego badania, co Wykonawca ujął w kosztach w ofercie, skoro nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną (przy czym złożył on w pkt 12 oferty wyraźne oświadczenie, że za cenę oferty zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z SWZ). Na tym właśnie polega istota zamówień publicznych, że dzięki konkurencyjnemu przetargowi Zamawiający uzyska cenę nieco niższą od tej, którą jest gotów przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie cena taka nie jest nierealistyczna, w szczególności nie jest rażąco niska.

Tego typu pytania stanowią znakomitą większość wszystkich zadanych pytań. Poniżej niektóre przykłady:

*4. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszty utrzymania placu budowy do czasu przejęcia robót przez Zamawiającego?*

*5. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt utrzymania ciągłości ruchu publicznego w obszarze robót i ich oddziaływania wraz z kosztami utrzymania (w tym letniego i zimowego utrzymania dróg) oraz koszt utrzymania ciągłości przepływu na ciekach położonych w obrębie prowadzonych robót w okresie trwania realizacji Kontraktu aż do czasu przejęcia przez Zamawiającego?*

6. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt zorganizowania przed wjazdami/wyjazdami z placu budowy stanowisk do czyszczenia/mycia samochodów/opon samochodowych? Jeżeli tak, prosimy o wskazanie ile takich stanowisk Wykonawca uwzględnił w swojej wycenie.

7. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszty instalacji, utrzymania, zapewniania stałych warunków widoczności w dzień i w nocy oraz obsługi tymczasowych organizacji ruchu, urządzeń zabezpieczających?

21. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt budowy tymczasowych dróg technologicznych, dojazdów do placu budowy, koszt zapewnienia dojazdu do wszystkich działek sąsiadujących z projektowanym pasem drogowym przez cały czas trwania budowy? Proszę o opisanie planowanych działań przyjętych w Ofercie.

29. Czy Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie koszty wykonania zabezpieczenia budynków przed negatywnymi skutkami oddziaływań dynamicznych generowanych w trakcie prowadzonych robót budowlanych?

68. Prosimy o wskazanie, czy Wykonawca uwzględnił w Cenie Ofertowej ryzyka związane z koniecznością uzyskania (przed złożeniem wniosku o ZRID) i przekazania do Zamawiającego, wszelkich uzgodnień i pozytywnych opinii dotyczących Dokumentacji Bezpieczeństwa Tunelu wymaganych w świetle obowiązujących przepisów i zapisów Programu Funkcjonalno-Użytkowego (m.in. ze strony służb ratunkowych takich jak policja, pogotowie ratunkowe i straż pożarna; lotnicze pogotowie ratunkowe, Wojewoda Podkarpacki, inżynier kontraktu, ITD., inspektor ppoż).

93. Czy Wykonawca przewidział w cenie ofertowej system ANPR do rozpoznawania tablic rejestracyjnych w obrębie tunelu? Jeżeli tak, prosimy o informacje czy system ANPR będzie posiadał możliwość rozpoznawania tablic ADR, a tym samym identyfikowania pojazdów przewożących niebezpieczne materiały, oraz wyszczególnienie elementów systemu.

94. Czy Wykonawca przewidział w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania Systemu wykrywania i sygnalizacji pożarowej? Jeżeli tak, prosimy o wyszczególnienie elementów systemu przyjętych w złożonej Ofercie.

104. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania indywidualnej sieć wodociągowej i przepompowni wody, zasilającej tunel w wodę? Proszę o podanie długości oraz lokalizacji planowanego przyłącza wraz z podaniem właściwego gestora od którego zostanie dostarczana woda.

105. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zapewnienia zasilania sieć wodociągowej przeciwpożarowej z przepompowni przeciwpożarowej zapewniającej wymaganą wydajność i ciśnienie w hydrantach zewnętrznych, nawet tych niekorzystnie ulokowanych, przez co najmniej 2 godziny?

112. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania systemu monitoringu CCTV oraz wideodetekcji?

115. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania przejazdu poprzecznego między nawami tunelu? Jeżeli tak, prosimy o informacje dotyczące przyjętych w cenie ofertowej wymiarów przejazdu, lokalizacji (km) , parametrów technicznych drzwi/bramy zamykającej, a także informację czy Wykonawca uwzględnił w Cenie ofertowej konieczność zapewnienia przejezdności pojazdów ratowniczo-gaśniczych przez przejazd poprzeczny między nawami tunelu?

119. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania dodatkowej ochrony konstrukcji tunelu, poprzez zastosowanie dedykowanych do tuneli materiałów ogniochronnych, w celu zagwarantowania zachowania wymogów użytkowych na wymagany przepisami okres trwałości tunelu, uwzględniając przyjętą jak wymóg przez Zamawiającego w tunelu kategorię A (według ADR) i moc pożaru 100 MW? Jeżeli tak, prosimy o podanie ich rodzaju i grubości, jaką Wykonawca przyjął w Cenie Ofertowej.

124. Czy Wykonawca w Cenie Ofertowej przewidział założenie i prowadzenie systemu monitoringu w tunelu?

143. Czy i w jaki sposób Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił koszt wykonania dodatkowych badań geologicznych i/lub geotechnicznych w celu uszczegółowienia budowy podłoża? Czy planowane są dodatkowe badania geologiczne i geotechniczne (odwierty, badania laboratoryjne, badania geofizyczne) wykonywane z powierzchni terenu dla potrzeb rozpoznania warunków geologicznych lub geotechnicznych. Jaki jest przewidywany zakres tych badań?

*162. Czy Wykonawca zapewnił w Cenie Ofertowej dojazd do zbiorników i urządzeń oczyszczających – prosimy o podanie ilości zbiorników ich lokalizacji, rodzaju (otwarty/zamknięty) , powierzchni lub objętości, wskazanie odbiorników do których będą odprowadzane wody.*

*175. Czy Wykonawca w Ofercie uwzględnił konieczność zapewnienia sprawnego działania systemów i urządzeń, w tym zapewnienie okresowych przeglądów gwarancyjnych, konserwacji oraz serwisu zgodnie ze wskazaniami i udzieloną gwarancją producenta jak i poniesie wszelkie koszty związane z prowadzeniem tych czynności w okresie trwania gwarancji?*

Podobnie jak w przypadku zarzutu 2, i w tym przypadku, co zdumiewające, Zamawiający żąda potwierdzenia uwzględnienia w kosztach oferty tylko niektórych, bardzo szczegółowych i specyficznych wymagań PFU, tak jakby miał wątpliwość, czy Wykonawca, składając ofertę, na pewno uwzględnił te aspekty. Skoro jednak oferta różni się o zaledwie 3,5% od budżetu zamówienia, to znaczy, że oferta musiała zostać wyceniona przez Wykonawcę niezwykle starannie, precyzyjnie i wyczerpująco, tak, jakby to sam Zamawiający uczynił (przy czym oczywiste jest, że nie zawsze dwóch kosztorysantów, nawet stosując te same metody, uzyska identyczne wyniki).

**„Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Jawornik -  
Lutcza dł. ok. 5,25 km”**

(nazwa Wykonawcy/ Wykonawców)		<b>WYKAZ PŁATNOŚCI</b>	
Lp.	Wyszczególnienie elementów zryczałtowanych Nazwa (opis)	Forma rozliczenia za kompletnie wykonany element /Maksymalna wartość zobowiązania względem całości kontraktu [%]	Wartość [PLN NETTO]
1	2	3	4
<b>I WYMAGANIA OGÓLNE</b>			
I.1	Koszty Wymagań Ogólnych	ryczałt	
<b>Razem:</b>		<b>ryczałt/ do 6%</b>	
<b>II DOKUMENTY WYKONAWCY</b>			
II.1	Dokumenty Wykonawcy	ryczałt	
II.2	Prawa autorskie	ryczałt	
<b>Razem:</b>		<b>ryczałt / do 5%</b>	
<b>III ROBOTY</b>			
III.1	Roboty	ryczałt	
<b>Razem:</b>		<b>ryczałt</b>	
			<b>OGÓŁEM netto:</b>
			<b>podatek VAT (23%):</b>
			<b>OGÓŁEM brutto:</b>
Ceny podawać z dokładnością do 0,01 zł			

**Formularz wykazu płatności**

Podkreślenia z całą stanowczością wymaga, że jedyną treścią oferty, na podstawie której można wnioskować jakkolwiek o kosztach, jest wykaz płatności załączony do oferty. Wskazać jednak należy, iż dokument ten jest niezwykle lakoniczny i odnosi się do podziału na koszty Wymagań ogólnych, Dokumentów Wykonawcy oraz Robót. Zakres poszczególnych pojęć został dokładnie określony w PFU, a jeśli nie został określony (np. w odniesieniu do Robót), to objęty jest swobodą projektową Wykonawcy w ramach kontraktu typu Zaprojektuj i wybuduj. PFU stanowi bowiem jedynie pewne ramy w postaci wymagań zamawiającego do uszczegółowienia rozwiązań projektowych (o czym szerzej w dalszych zarzutach).

Co więcej, o ile Zamawiający pyta o uwzględnienie pewnych pozycji w kosztach ogólnych, o tyle w formularzu posługuje się pozycją „koszty wymagań ogólnych” – stanowi to dwie, zupełnie różne kwestie, przy czym nie wiadomo, co w opinii Zamawiającego mieści się w kosztach wymagań ogólnych.

Zadając pytania o uwzględnienie przez Wykonawcę w ofercie niektórych kosztów, Zamawiający przejawia postawę, jakby nie był pewny precyzji sporządzonego przez siebie SWZ, w tym w szczególności PFU. Zgodnie z art. 103 ust. 2 PZP „Jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego”. Jeśli tak, to można zadać pytanie, czy Zamawiający sporządził PFU, stanowiące opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP, a więc w sposób „w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Wydaje się, że tak, ale pytania Zamawiającego w istocie mają na celu spełnić zupełnie inne zadanie, o czym szerzej dalej. **Pytania Zamawiającego mają w istocie na celu ograniczenie przyznanej Wykonawcy na gruncie PFU jako wymagań zamawiającego w ramach kontraktu Zaprojektuj i wybuduj swobody projektowej. Ponadto, w dobie trwającej wojny na Ukrainie i rosnącej inflacji, Zamawiający pytając na etapie przetargu o konkretne rozwiązania projektowe, co do których PFU przyznaje Wykonawcy swobodę, w istocie najwyraźniej chce sobie zagwarantować na przyszłość określone rozwiązania projektowe, które były przyjęte do wyceny, a które z czasem mogą się okazać nieopłacalne wobec rosnących cen i będą wymagać albo waloryzacji kontraktu, albo optymalizacji w ramach swobody projektowej.** Zamawiający chce się zabezpieczyć w sposób całkowicie niezgodny z prawem przed tego typu konsekwencjami. Optymalizacja kosztów rozwiązań projektowych przez Wykonawcę (np. w zakresie niwelety drogi) jest jego prawem. Jeśli Zamawiający chce otrzymać przedmiot zamówienia określony w bardzo konkretny sposób, musi te wymogi wskazać wprost w PFU, ale wtedy musi się liczyć np. z tym, że oferty zostaną wycenione na znacznie wyższym poziomie, właśnie z uwagi na brak możliwości kosztowej optymalizacji.

#### **Zarzut nr 4**

Z zarzutem nr 3 powiązany jest ściśle zarzut nr 4. Większość pytań o uwzględnienie przez Wykonawcę określonych kosztów, jest następnie doszczegółowiona pytaniami o szczegółowe, specjalistyczne rozwiązania projektowe, na które to pytania nie jest możliwe udzielenie odpowiedzi przed przeprowadzeniem całego, skomplikowanego i długotrwałego procesu projektowego. Co za tym idzie, Wykonawca na etapie przetargu nie może być zobowiązany do ich udzielenia, względnie pytania te dotyczą swobody projektowej Wykonawcy w ramach zamówienia typu Zaprojektuj i wybuduj i stanowią próbę

nieuzasadnionego ograniczenia tej swobody na etapie przetargu. Jak podkreślono w wyroku KIO z dnia 27 maja 2013 r., KIO 1075/13: „*W przypadku gdy przedmiot zamówienia realizowany w systemie zaprojektuj i buduj, wszelkie elementy oferty odnoszące się do finalnego efektu, jaki zamierza osiągnąć zamawiający leżą po stronie wykonawcy, który na etapie szczegółowego projektowania oferowanego rozwiązania, w uzgodnieniu z zamawiającym będzie zobowiązany do przedstawienia takiego sposobu realizacji zamówienia, który będzie odpowiadał wszystkim wymaganiom zamawiającego i w końcowym efekcie wydane zostanie pozwolenie na budowę*”. W ramach zatem kontraktu typu Zaprojektuj i wybuduj jest rzeczą Wykonawcy, w jaki sposób zamierza on osiągnąć efekt w postaci należytego wykonania umowy.

Zamawiający nie może najpierw udzielać Wykonawcy swobody projektowej na podstawie SWZ, w tym zwłaszcza PFU, która to swoboda zapewnia możliwość optymalizacji kosztowej, a następnie sprzecznie z SWZ, w tym PFU ograniczać tę swobodę w drodze pytań do treści oferty. Działanie takie jest bezprawne, bowiem prowadzi do rozszerzenia warunków zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia o elementy, których on nie zawierał do wyceny. Wykonawca kalkuluje również swoje ryzyka kontraktowe także w oparciu o stopień swobody projektowej, jaką Zamawiający przyznaje mu w ramach PFU. Zamawiający już po złożeniu oferty nie może zmieniać reguł gry poprzez pytania o szczegółowe rozwiązania projektowe, istotnie modyfikując (zwiększając) ryzyko kontraktowe Wykonawcy.

Poniżej przykłady tego typu pytań:

83. *Podać jaką grubość obudowy wstępnej i ostatecznej przewiduje Wykonawca w dostosowaniu do wybranej metody drążenia i opisać technologię i materiały, z których zostaną wykonane.*

84. *Prosimy o wskazanie składowych wyposażenia tunelu drogowego, w rozbiu na poszczególne Systemy techniczne, bezpieczeństwa i sterowania tunelem odpowiadające wyposażeniu tunelu.*

85. *Czy Wykonawca przewidział w cenie ofertowej zapewnienie redundantnego zasilania tunelu. Prosimy o podanie z ilu Głównych Punktów Zasilających Wykonawca przewidział zasilanie tunelu w złożonej Ofercie ? Z którego GPZ Wykonawca przewiduje zasilanie dla tunelu, czy będzie to linia napowietrzna czy kablowa?, Prosimy o schematyczne*



*przedstawienie zapewnienia energetycznego zasilania podstawowego, rezerwowego dla tunelu drogowego.*

*86. Jakie zapotrzebowanie na energię elektryczną Wykonawca przewidział dla zasilania podstawowego, oraz dla rezerwowego dla tunelu drogowego? Czy uwzględnione zapotrzebowania (moc przyłączeniowa) w pełni pokryje potrzeby eksploatacyjne tunelu drogowego?*

*87. Czy Wykonawca przewidział w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania w tunelu zasilania rezerwowego z agregatów prądotwórczych o mocy wystarczającej do zasilenia całego wyposażenia i wszystkich urządzeń w tunelu i jego obrębie (również wentylacji) przez okres minimum 8 godzin? Jeżeli tak, prosimy o podanie mocy urządzeń i podstawowych parametrów technicznych.*

*88. Czy Wykonawca przewidział w cenie ofertowej zaprojektowanie i wykonanie zasilania UPS pozwalającego na prace systemów automatyki i bezpieczeństwa w tunelu przez minimum 60 minut? Jeżeli tak, prosimy o podanie podstawowych parametrów technicznych urządzeń.*

*90. Jaki wymiar znaków zmiennej treści Wykonawca przewidział w cenie ofertowej. Prosimy o określenie ilości znaków zmiennej treści przewidzianej nad każdym pasem ruchu, w jakich odległościach względem siebie będą lokalizowane znaki zmiennej treści w tunelu*

*91. Prosimy o przedłożenie analizy, potwierdzającej, że przyjęty przez Wykonawcę przekrój tunelu jest wystarczający do zamontowania znaków świetlnych z zachowaniem wymaganej skrajni i wymaganiami SWZ.(!!!)*

*92. Jaki wymiar Sygnalizatorów S-4/S-7 Wykonawca przewidział w cenie ofertowej? Prosimy o przedłożenie w jakich odległościach względem siebie będą lokalizowane sygnalizatory.*

*95. Jaki system wentylacji został przyjęty w cenie ofertowej? Prosimy o opis techniczny wycenionych rozwiązań przyjętych w złożonej Ofercie.*

*96. Prosimy o przedstawienie ilości, lokalizacji wentylatorów strumieniowych, oddzielnie dla każdej z dwóch naw tunelu drogowego.(!!!) – PFU w punkcie 2.1.16.7.13 stanowi, że w ramach wyposażenia tunelu Wykonawca min. zaprojektuje i wykona wymagania dla wentylatorów.*

104. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania indywidualnej sieć wodociągowej i przepompowni wody, zasilającej tunel w wodę? Proszę o podanie długości oraz lokalizacji planowanego przyłącza wraz z podaniem właściwego gestora od którego zostanie dostarczana woda.

108. Czy Wykonawca przewidział w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania Systemu odwodnienia tunelu? Jeżeli tak, prosimy o wyszczególnienie elementów systemu (rodzaj odwodnienia, długość odwodnienia, klasa odporności ogniowej).

114. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania przejść poprzecznych pomiędzy nawami tunelu? Jeżeli tak, prosimy o poniższe informacje przyjętych w cenie ofertowej przejść poprzecznych w tunelu, dotyczące:

\* ilości przejść poprzecznych,

\* założonych odległości między przejściami poprzecznymi,

\* parametrów przejść poprzecznych (szerokość i wysokość),

\* parametrów technicznych drzwi zamykających przejścia.

120. Proszę o wskazanie rodzaju hydroizolacji (membrany przeciwwodnej) jaką Wykonawca zastosował w tunelu i uzasadnienie, że przyjęte do oferty rozwiązanie i technologie zapewniają pełną szczelność konstrukcji tunelu przy uwzględnieniu ciśnienia słupa wody panującego w górotworze.

170. Czy Wykonawca przewiduje wykonanie oczyszczenie, udrożnienie i umocnienie rowów w terenie wykraczającym poza linie rozgraniczające zakres inwestycji. W celu zapewnienia skuteczności systemu odwodnienia drogi, proszę o wskazanie zakresu tych robót.

W kontekście treści powyższych pytań należy podkreślić z całą stanowczością, iż **w żaden sposób nie odnoszą się do treści oferty, która jest niezwykle lakonicznym, wystandaryzowanym dokumentem, co wynika również z faktu, iż kontrakt ma charakter ryczałtowy (korzystny dla Zamawiającego, a bardzo ryzykowny dla Wykonawcy).** Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż tego typu pytania są dla Wykonawcy **szczególnie niebezpieczne, bowiem odnoszą się do skomplikowanego (trwającego rok) procesu projektowania, którego z oczywistych względów Wykonawca nie może skrócić do 14 dni odpowiedzi na pytania poprzedzonego niedługim czasem na przygotowanie oferty.** Wykonawca zatem z łatwością może popełnić błąd, który może się stać pretekstem dla Zamawiającego do bezprawnego odrzucenia prawidłowej oferty Wykonawcy z uwagi na rzekomą niezgodność z SWZ. Biorąc pod uwagę fakt, iż w świetle całokształtu okoliczności i

nierównego sposobu traktowania Wykonawcy przez Zamawiającego w przetargach względem innych wykonawców, ww. scenariusz jest wysoce prawdopodobny. Takie działania Zamawiającego winny się spotkać ze szczególnie stanowczym sprzeciwem Izby, jako działania ewidentnie dyskryminacyjne, nacelowane na eliminację niepreferowanych przez Zamawiającego wykonawców.

#### **Zarzut nr 5**

Przedmiotowy zarzut, podobnie jak zarzut nr 1, dotyczy pytań, które nie są związane w jakikolwiek sposób z treścią oferty, dotycząc fazy realizacji zamówienia publicznego, w szczególności obejmując przyszłe i niepewne zdarzenia, informacji, czy Wykonawca skorzysta ze swoich praw na gruncie umowy (np. w jakiej kwocie przewiduje ubieganie się o zaliczkę). Powyższe nie ma najmniejszego znaczenia z punktu widzenia wyjaśnień co do treści oferty i dotyczy w istocie upewnienia się Zamawiającego, w jaki sposób Wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne. **Podobnie jednak jak w przypadku zarzutu nr 4 i ograniczania swobody projektowej Wykonawcy, Zamawiający nie może na obecnym etapie żądać od Wykonawcy, aby ten już teraz zapewnił, w jaki sposób będzie wykonywał umowę oraz korzystał ze swoich uprawnień. Wszystko to w znacznej mierze zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a Wykonawca nie może przewidzieć ich zaistnienia.**

Do wskazanej kategorii pytań należą przykładowo poniższe:

*2. Prosimy o szczegółowe wskazanie, w jaki sposób Wykonawca zamierza zapewnić zaplecze budowy Wykonawcy na czas wykonywania robót budowlanych wraz z udzieleniem wyjaśnień, jakie zaplecze Wykonawca będzie posiadał oraz na jaki okres zostało przewidziane przez Wykonawcę?*

*3. Czy Wykonawca zamierza skorzystać z możliwości uzyskania zaliczki. Jeżeli tak, to w jakim terminie i w jakiej wysokości.*

*45. Czy Wykonawca posiada wiedzę o ryzykach związanych z zakresem umowy planowanym do podzlecenia? Jeśli tak, to prosimy o określenie tych ryzyk wraz z opisaniem metodyki ich identyfikacji i sposobu działań w przypadku ich wystąpienia.*

*48. Jakie ilości środków finansowych Wykonawca zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe? Czy będą to środki własne czy*

*pochodzące z kredytu, jeżeli z kredytu, to czy Wykonawca będzie posiadał uruchomioną linię kredytową lub wstępną umowę kredytową?*

*126. Prosimy o szczegółowe przedstawienie ryzyk jakie zostały założone w trakcie przygotowania oferty zarówno dla etapu opracowywania dokumentacji projektowej, jak i prowadzonych na ich podstawie robót budowlanych oraz środków zaradczych określonych przez Wykonawcę na podstawie przekazanych przez Zamawiającego danych, własnego doświadczenia Wykonawcy oraz wizji lokalnej w terenie, mających wyeliminować te ryzyka.*

Powyższe pytania w żadnej mierze nie są powiązane z treścią oferty, a tym bardziej wątpliwości względem niej. Oczywiście ryzyka mają znaczenie dla wyceny oferty, ale nie znajdują odzwierciedlenia wprost w treści oferty. Ponadto, Zamawiający nie może żądać od Wykonawcy przedstawienia wyczerpującej listy ryzyk, które Wykonawca w ocenie Zamawiającego powinien był wycenić. Trudno jest w ogóle stwierdzić, co na celu mają przedmiotowe pytania Zamawiającego. Ponadto, część z nich dotyczy tego, jak Wykonawca będzie w przyszłości wykonywał umowę, co przecież nie jest jeszcze na tym etapie znane, np. Wykonawca nie musi mieć przecież upatrzonej działki pod zaplecze budowy, ani przesądzać sposobu jej pozyskania (najem, dzierżawa etc.).

#### **Zarzut nr 6**

Bardzo istotnym zarzutem jest ten dotyczący pytań mających na celu uniknięcie przez Zamawiającego roszczeń Wykonawcy przysługujących mu na gruncie Warunków Kontraktowych. Niestety, GDDKiA bardzo często stosuje tego typu pytania, aby kwestionować bezzasadnie roszczenia wykonawców na etapie realizacji zamówienia, co jest niezgodne z konstrukcją warunków kontraktowych FIDIC, które GDDKiA stosuje. Dotyczy to w szczególności przyszłych roszczeń Wykonawcy na gruncie warunków kontraktowych FIDIC, w szczególności tych wynikających z Nieprzewidywalnych warunków fizycznych (Subklauzula 4.12 WSK), Siły wyższej (Klauzula 18 WSK) oraz Zmiany (Subklauzula 13.1 WSK), względnie przerzucenia ryzyk Zamawiającego wynikających z WSK na Wykonawcę, bądź też nałożenia na niego ryzyk, które w ogóle nie zostały ujęte w WSK. **Jest niezwykle istotne, by ta niebezpieczna dla wykonawców praktyka Zamawiającego została przez Izbę ukrócona. Wynika to z faktu, że wykonawcy dokonają wyceny swoich ofert w oparciu o treść PFU oraz roszczeń przyznanych im w ramach WSK, a także o rozkład ryzyk. Zamawiający nie może zatem zmieniać reguł gry (podobnie jak w przypadku ograniczania swobody projektowej) po złożeniu przez wykonawców oferty w drodze zadawania pytań niezwiązanych z treścią oferty, a nakierowanych na minimalizację ryzyka dochodzenia**

**roszczeń.** Przedmiotowe roszczenia tak czy tak przysługują Wykonawcy i żadna odpowiedź nie dotycząca treści oferty nie może tego zmienić, bowiem oznaczałoby to zmianę SWZ, w tym warunków kontraktowych i PFU.

**Przedmiotowe pytania są oparte o przeszłe doświadczenia GDDKiA w zakresie ryzyk Zamawiającego oraz roszczeń wykonawców.** Przykładowo, pytanie nr 15 dotyczy przypadku obniżenia lustra wód podziemnych w wyniku budowy tunelu w Naprawie na drodze ekspresowej S7 i wydrenowania wody z 80 studni (co potwierdziła ekspertyza AGH)<sup>5</sup>: *Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt inwentaryzacji wszystkich ujęć wód podziemnych (studnie, źródła itp.) co najmniej zinventaryzowanych i wskazanych w SWZ, oraz prowadzenia monitoringu tych ujęć wód? Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt zaspokojenia ewentualnych roszczeń wynikających z obniżenia zwierciadła wody w studniach w gospodarstwach domowych zlokalizowanych w okolicy projektowanej trasy S19 (w szczególności Tunelu T-2), ewentualnie całkowitego zaniku wody w studniach lub koszt ubezpieczenia? Czy Wykonawca uwzględnił w takich przypadkach w kosztach ogólnych koszt zapewnienia doraźnej dostawy wody pitnej do gospodarstw, a docelowo zapewnienia gospodarstwu stałego źródła wody poprzez podłączenie gospodarstw domowych do sieci wodociągowej lub wykonanie studni o parametrach i ilości wody nie gorszych niż dotychczas.*

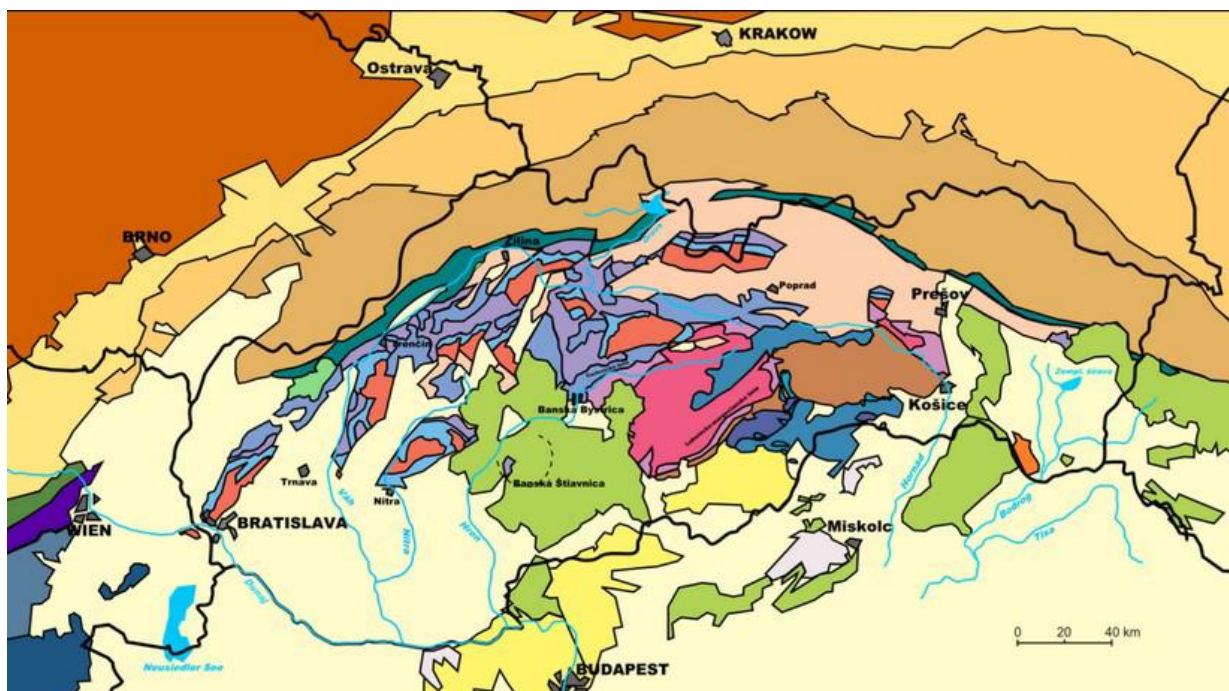
**Tego typu zdarzenie objęte winno być roszczeniem na podstawie Subklauzuli 4.12 jeżeli nie da się go przewidzieć na podstawie wiążącej dokumentacji projektowej. Nieprzewidywalne warunki fizyczne, bowiem obniżenie lustra wód podziemnych i wydrenowanie wody z 80 studni było efektem drążenia tunelu w nieprzewidywalnym fliszu karpackim, pomimo zastosowania dokładniejszej metody drążenia (ADECO RS - Analysis of Controlled Deformation in Rocks and Soils, zamiast austriackiej metody NATM6 ).** I to nie uchroniło wykonawcy przed skutkami drążenia w niepewnym terenie. Wykonawca podkreśla przy tym, że znane mu jest PFU, w szczególności punkt 1.1.1 pkt 56) oraz pozostałe, wiążące dokumenty zamówienia. Postanowienie PFU i pytanie Zamawiającego nie są jednak tożsame, Zamawiający próbuje narzucić na Wykonawcę dodatkowe i nieokreślone obowiązki kontraktowe. O tym, iż jest to problem, świadczy pytanie nr 664 zadane Zamawiającemu i odpowiedź na nie:

<p>Zgodnie z PFU pkt. 2.1.16.7.13.7.3 zapewnienia zaopatrzenia poszkodowanych gospodarstw w wodę w związku z budową drogą ekspresową S19, w tym drążeniem tunelu. Prosimy o określenie wymagań dla zapewnienia wody. Określenie kosztów zaopatrzenia poszkodowanych gospodarstw w wodę jest niemożliwe do skalkulowania.</p>	<p>Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z PFU, przypadku pozbawienia wody mieszkańców lub pogorszenia możliwości pozyskania wody z istniejących studni, w czasie trwania kontraktu i w okresie gwarancji, w gospodarstwach domowych zlokalizowanych w okolicy projektowanej trasy S19, w rejonie tunelu, w rejonie portali, Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia mieszkańcom tymczasowej - doraźnej (beczkowóz) i docelowo stałej dostawy wody pitnej, np. poprzez podłączenie gospodarstw domowych do sieci wodociągowej lub wykonanie studni o parametrach i ilości wody nie gorszych niż dotychczas. Woda ma spełniać wymagania dotyczące jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi określone w szczególności w Rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2017 r. w sprawie jakości wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi.</p>
--	---

Jak podkreśliła rzeczniczka GDDKiA, „teren, na którym budowana jest nowa Zakopianka jest skomplikowany geologicznie. Problemem jest tu nie tylko woda, ale i uskoki skalne czy osuwające się grunty”. Jak podkreślają z kolei wybitni specjaliści AGH: **A. Tajduś i K. Tajduś w opracowaniu Aktualne problemy budownictwa tunelowego (Bezpieczeństwo Pracy i Ochrona Środowiska w Górnictwie 2015, nr 3, s. 3—9): „Z analizy geologiczno-górnictwej wynika, że w Polsce tunele zalegające na małej głębokości (tzw. płytkie) i metra wykonywane są głównie w słabych gruntach często zawodnionych, niespoistych. Natomiast tunele na większej głębokości, w górach (w Karpatach) wykonywane będą we fliszu karpackim. Zarówno drążenie w słabych gruntach jak również we fliszu karpackim wymaga odpowiedniego zaprojektowania, starannego wyboru metody drążenia, dobrego nadzoru nad prowadzonymi pracami, bowiem prowadzenie prac tunelowych w tych warunkach geologiczno-górnictwych należy do niezwykle trudnych. Dla przykładu flisz karpacki jest masywem skalnym o niezwykle zróżnicowanej budowie geologicznej. Cechuje się regularnymi spękaniemami tworzącymi m. in. uwarstwienie ośrodka, zmienną litologią, oraz anizotropowym zachowaniem względem nie-których właściwości. Wszystkie te cechy powodują, że wykonywanie budowli podziemnych we fliszu karpackim jest dużym wyzwaniem. Także ze względu na małą ilość wykonanych budowli podziemnych niedostateczna jest ciągle ilość badań geologicznych, geofizycznych masywu fliszowego, fizykomechanicznych”.** W kontekście powyższego, ewidentnie przedmiotowe pytanie Zamawiającego, choć nie ma nic wspólnego z treścią oferty, ma go zabezpieczyć na przyszłość przez roszczeniem Wykonawcy na podstawie Subklauzuli 4.12

**Nieprzewidywalne warunki fizyczne. Warunki kontraktowe FIDIC uznają zasadę, że nigdy nie jest możliwe tak szczegółowe rozpoznanie, tym bardziej na etapie przygotowania SWZ, by wykonawca nie natrafił na nieprzewidywalne warunki fizyczne. Dotyczy to w szczególności tak nieprzewidywalnych utworów skalnych jak flisz karpacki.**

Flisz karpacki ciągnie się szerokim pasem przez Polskę południowo-wschodnią również w rejonie przedmiotowego odcinka S19 Jawornik - Lutcza7 (kolory pomarańczowe poniżej). Ewidentnie zatem Zamawiający przewiduje powstanie podobnych ryzyk związanych z fliszem karpackim, jak też problemów, które wystąpiły w czasie drażenia tunelu w Naprawie.



### **Mapa geologiczna Karpat Zachodnich**

Podobnie pytanie nr 8. *Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt utrzymania placu budowy w stanie bez wody stojącej?* może dotyczyć uchronienia się przez Zamawiającego przed roszczeniami wynikającymi np. z Klauzuli 18 Siła Wyższa w postaci powodzi. Kazusem może być przypadek firmy Budimex S.A. oraz Gminy Miejskiej Kraków, gdzie na budowie Trasy Łagiewnickiej doszło wylania rzeki Wilgi w toku jej przekładania i do zalania budowanego tunelu tuż przed jego ukończeniu. Wykonawca musiał dokonać kosztownego usuwania szlamu powodziowego z niemal ukończonej trasy.

Roszczenia związane z nawałnymi deszczami były też zgłaszane na innych budowach, w tym S52 – Północnej Obwodnicy Krakowa, realizowanej na rzecz GDDKiA przez konsorcjum

Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. oraz Mosty Łódź S.A. Jak wskazano w mediach: „W zakresie robót drogowych doszło do rozmycia nawierzchni z kruszywa na drogach technologicznych na odcinku około 300 m. Około 90 proc. dróg technologicznych jest przejezdnych. Pozostałe, które nie miały nawierzchni z kruszywa i wykonanej stabilizacji podłoża, nie są przejezdne z uwagi na zawilgocenie gruntu. „Wierzchnie warstwy nasypu S7 wymagają osuszenia, rozmyte są również skarpy. Trwa odpompowywanie wody, suszenie, czyszczenie” - relacjonowała przedstawicielka GDDKiA. Na budowie Północnej Obwodnicy Krakowa (POK) w ciągu drogi S52 zalane zostały wykopy, zamulone rowy i w dużej części systemy odprowadzające wodę z placu budowy”. Wykonawca nie może kalkulować w ofercie kosztów tego typu nadzwyczajnych ryzyk, a warunki kontraktowe w zakresie roszczeń z tytułu Siły Wyższej go do tego nie obligują.



**Trasa Łagiewnicka w stanie po wystąpieniu powodziowym wód rzeki Wilgi**

**Podkreślenia również z całą stanowczością wymaga, iż Wykonawca jest w stanie precyzyjnie wycenić ofertę tylko względem opisanego w PFU przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP, w szczególności w odniesieniu do kwestii związanych z**



**kolizjami z siecią infrastruktury technicznej.** Zamawiający zawsze dokonuje inwentaryzacji w tym zakresie w stopniu możliwym na etapie przygotowania koncepcji programowej, stanowiącej podstawę przygotowania PFU (koncepcja jest następnie zasadniczo niewiążąca). Zapytania o warunki techniczne do gestorów sieci uzbrojenia terenu na etapie koncepcji i warunki techniczne są immanentną częścią SWZ i stanowią podstawę do wyceny oferty (bez warunków technicznych byłoby to w ogóle niemożliwe). **Na etapie realizacji zamówienia Wykonawca będzie musiał jednak wystąpić na nowo o warunki techniczne oraz przeprowadzić tzw. wywiad branżowy, celem zidentyfikowania kolizji niezidentyfikowanych na etapie koncepcji programowej.** Jednakże jeśli warunki techniczne dla uprzednio rozpoznanych kolizji się zmieniają lub w ramach wywiadu branżowego zostaną rozpoznane nowe kolizje, **to Wykonawcy będzie przysługiwać roszczenie w ramach Subklauzuli 13.1 Prawo do Zmiany. Inżynier będzie musiał wydać Polecenie Zmiany i będzie należało zawrzeć aneks do umowy o zamówienie publiczne na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP.** Stąd wskazane niżej pytania należy odczytywać jako mające na celu pozbawienie Wykonawcy roszczeń kosztowych i terminowych z tytułu wprowadzenia Zmiany w związku z nieprzewidzianymi modyfikacjami w zakresie warunków technicznych sieci uzbrojenia terenu, sprzecznie z art. 99 ust. 1 PZP (kwestia ta odpowiada za ok. 80-90% wszystkich roszczeń wykonawców na gruncie warunków kontraktowych):

*28. Czy Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie rezerwę czasową dla wszelkiego rodzaju Robót, które mają być wykonane w zakresie przełożenia instalacji i urządzeń podziemnych?*

*49. Jak Wykonawca zamierza realizować kontrakt w przypadku znacznego przekroczenia kosztów rozwiązań lub zakresów wynikających z uzgodnień z gestorami sieci lub zarządcami dróg?*

*52. Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie konieczność identyfikacji, rozpoznania i zaprojektowania przebudowy wszystkich kolizji z istniejącymi sieciami uzbrojenia terenu?*

*53. Czy Wykonawca ujął w ofercie opracowanie geodezyjnej dokumentacji powykonawczej uwzględniającej wszelkie istniejące w terenie i wykonane na podstawie dokumentacji projektowej sieci uzbrojenia terenu i obiekty wraz z naniesieniem zmian na mapę zasadniczą i uzyskaniem potwierdzenia właściwego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej?*

Co godne podkreślenia, na gruncie art. 99 ust. 1 PZP przedmiotu zamówienia musi być opisany „**w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ**

na sporządzenie oferty”. Uznanie, że Wykonawca odpowiada w ramach kwoty ryczałtowej wynagrodzenia za **wszystkie nieprzewidziane zmiany warunków technicznych, jak też za usunięcie nowo wykrytych kolizji z sieciami uzbrojenia terenu jest w sposób elementarny sprzeczne z określonością przedmiotu zamówienia na podstawie art. 99 ust. 1 PZP**. Takiej oferty w istocie nie da się precyzyjnie wycenić, chyba że założono by ogromne, wielomilionowe kwoty na ograniczenie tego ryzyka.

Niezależnie od powyższego, na wypadek wzrostu kosztów przebudowy sieci uzbrojenia terenu bez zmiany ich zakresu w warunkach kontraktu **przewidziano klauzulę waloryzacyjną (Subklauzula 13.7 Korekty wynikające ze zmian w Koszcie)**. Zamawiający poprzez zadanie pytania nie może, po dokonaniu wyceny oferty, **pozbawić Wykonawcy poprzez zadanie pytania prawa do waloryzacji**.

Podobnie, w zakresie poniższych pytań, **Zamawiający usiłuje przenieść na Wykonawcę nieprzewidywalne koszty wynikające z zawieranych z gestorami sieci uzbrojenia terenu porozumień cywilnoprawnych w zakresie przebudowy kolizji**. W porozumieniach tych gestorzy bardzo często **zabezpieczają się uprawnieniami odszkodowawczymi z tytułu strat w zakresie przerw w przesyle mediów w czasie przebudowy kolizji**. Kolejnym, **nieprzewidywalnym i niezwykle wysokim kosztem są koszty niezbędnego nadzoru gestorów w zakresie przebudowy, w szczególności gdy sieci pozostają na gwarancji**. Na podstawie art. 99 ust. 1 PZP opis przedmiotu zamówienia publicznego nie może zawierać takich niepewnych i niedających się wycenić zobowiązań, wobec czego Zamawiający usiłuje przenieść te ryzyka i koszty na Wykonawcę poprzez zadanie pytania w tym zakresie.

*60. Czy Wykonawca ujął w ofercie koszty opłat na uzgodnienia branżowe na etapie opracowywania Projektu Budowlanego i Projektu Wykonawczego? Czy Wykonawca ujął w ofercie koszty czasowych wyłączeń na sieciach gestorów sieci?*

*61. Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie konieczność uzgodnień z gestorami sieci w zakresie wyłączeń sieci i czasowych przerw w dostawie mediów oraz wpływ terminów wyłączeń na czas realizacji Kontraktu?*

**W kontekście powyższego stwierdzić należy, iż tego typu pytania są szczególnie niebezpieczne dla Wykonawcy i rażąco sprzeczne z art. 99 ust. 1 PZP oraz warunkami kontraktowymi, bazującymi na FIDIC**. Ich jedynym celem jest pozbawienie Wykonawcy roszczeń, które mu przysługują na podstawie wiążących warunków SWZ, będących podstawą wyceny oferty.

## Zarzut nr 7

Wykonawca przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne na etapie udzielania wyjaśnień **nie powinien być zobowiązany do przedłożenia jakichkolwiek dodatkowych dokumentów lub opracowań projektowych**. Wszelkie opracowania i dokumenty tego typu mogą być sporządzane dopiero na etapie realizacji zamówienia, za wynagrodzeniem. W szczególności poprzez tego typu dodatkowe opracowania Wykonawca nie jest zobowiązany udowadniać – w każdym razie w ramach wyjaśnień treści oferty - Zamawiającemu sposobu ujęcia kosztów w ofercie, ani założeń przyjętych do wyceny. Ponadto, przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy określają w sposób enumeratywny zakres dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców w toku przetargu.

Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 24 lutego 2022 r. sygn.. KIO 331/22 *jeżeli Zamawiający w SWZ nie wymagał przedłożenia jakichkolwiek innych dokumentów, rysunków technicznych, poza opisem w formularzu ofertowym, to na obecnym [oceny ofert] etapie postępowania Zamawiający nie jest uprawniony do żądania takich elementów od wykonawców, którzy złożyli oferty wariantowe*. Obowiązek Wykonawcy do złożenia ofert dotyczyć może wyjaśnień sposobu obliczenia ceny, gdzie na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania – udowodnienia – iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jest to jedna z podstawowych różnic pomiędzy art. 233 ust. 1 a art. 234 PZP. Złożenie dokumentów jest **uprawnieniem** Wykonawcy przy wyjaśnieniach na gruncie art. 233 ust. 1, którego **wyjaśnienia mogą dotyczyć dokumentów złożonych wraz z ofertą**.

Poniżej przykłady tego typu pytań:

*42. Jakie procedury zapewni Wykonawca w celu weryfikacji i poprawności rozwiązań projektowych?*

*43. Jakie procedury zapewni Wykonawca dla zapewnienia ciągłości i jednorodności rozwiązań w przypadku podziału projektu między poszczególne zespoły projektowe?*

*44. W przypadku zatrudnienia Podwykonawców do opracowania dokumentacji projektowej, prosimy o wskazanie w jaki sposób Wykonawca będzie nadzorował i kontrolował prace projektowe realizowane przez podwykonawców - w jakiej formie, z jaką częstotliwością, jakie działania będą podejmowane w przypadku opóźnień po stronie podwykonawcy?*

45. Czy Wykonawca posiada wiedzę o ryzykach związanych z zakresem umowy planowanym do podzlecenia? Jeśli tak, to prosimy o określenie tych ryzyk wraz z opisaniem metodyki ich identyfikacji i sposobu działań w przypadku ich wystąpienia.

46. Czy Wykonawca przeanalizował tryby i procedury działania organów administracji, gestorów sieci i zarządów dróg w celu ustalenia ścieżki krytycznej dla realizacji Kontraktu w części projektowej? Jakie działania zaradcze zamierza podjąć Wykonawca w przypadku przekroczenia terminów wynikających ze ścieżki krytycznej?

47. W jaki sposób, tzn. jaki zakres czynności zamierza wykonać Wykonawca w terenie przy aktualizacji mapy zasadniczej, które są niezbędne do sporządzenia mapy do celów projektowych?

63. Czy wykonawca zamierza zmienić lub modyfikować sposób pokonania przeszkody w stosunku do tych jakie zostały określone w PFU.

65. Czy Wykonawca przewiduje uzyskanie ewentualnej dodatkowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub ewentualnej zmiany posiadanej decyzji wraz ze sporządzeniem stosownego wniosku do organu decyzyjnego, tj. RDOŚ.

Warto w tym zakresie wskazać na treść wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2021, 1820/21: „Jeżeli zamawiający dopuścił jedynie możliwość wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zatem **bez możliwości jakichkolwiek uzupełnień złożonych dokumentów, to tym samym wyjaśniane mogły być tylko dokumenty złożone wraz z ofertą**. Skoro odwołujący nie wykazał podstaw do złożenia oświadczenia zamiast referencji lub innych dokumentów, a z ofertą złożył wyłącznie to oświadczenie, **to w konsekwencji zamawiający nie miał podstaw wzywać odwołującego do wyjaśnień - wyjaśnienia służyć mają rozwianiu ewentualnych wątpliwości zamawiającego bądź wytłumaczenia zamawiającemu określonych okoliczności**”.

Wykonawca nie tylko **nie może być zobowiązany do przygotowywania tego typu opracowań projektowych, w zakresie matryc ryzyk itd. na etapie przetargu, ale i przewidziany termin 14 dni jest oczywiście zbyt krótki**. Nie ma to jednak znaczenia o tyle, że żądanie tego typu dodatkowych opracowań w żaden sposób nie wynika z wątpliwości co do treści oferty i jest niedopuszczalne. Niemożność udzielenia odpowiedzi na tego typu pytania przez Wykonawcę w tak krótkim czasie może być jednak pretekstem dla

Zamawiającego do bezzasadnego odrzucenia prawidłowej i niebudzącej wątpliwości oferty Wykonawcy.

## Zarzut nr 8

Znaczna liczba pytań dotyczy alokacji przez Wykonawcę kosztów oferty do kosztów Wymagań Ogólnych. Koszty zamówienia zgodnie z wykazem płatności dzieli się na: I WYMAGANIA OGÓLNE, II DOKUMENTY WYKONAWCY, III ROBOTY. Jeśli chodzi o Koszty Wymagań Ogólnych, to Zamawiający przewidział, że mogą one obejmować ryczałt w wysokości maksimum 6% wartości całości kontaktu.

Lp.	Wyszczególnienie elementów zryczałtowanych Nazwa (opis)	Forma rozliczenia za kompletnie wykonany element /Maksymalna wartość zobowiązania względem całości kontraktu [%]	Wartość [PLN NETTO]
1	2	3	4
<b>I</b>	<b>WYMAGANIA OGÓLNE</b>		
I.1	Koszty Wymagań Ogólnych	ryczałt	
	<b>Razem:</b>	<b>ryczałt/ do 6%</b>	

## Formularz wykazu płatności

Zamawiający, zadając pytanie o uwzględnienie w kosztach ogólnych określonych obowiązków wynikających z PFU, zapewne próbuje zweryfikować, czy Wykonawca nie alokował jakichś kosztów Wymagań ogólnych w innych kosztach, tj. kosztach Dokumentów Wykonawcy, czy Robót. Jak już jednak wskazano uprzednio, Wymagania Ogólne winny być precyzyjnie określone w PFU zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP, a Wykonawca w pkt 12 oferty składa oświadczenie, że wykona zamówienie publiczne zgodnie z SWZ, w tym PFU. Dodać należy ponownie, że czym innym są koszty ogólne, czym innym zaś koszty wymagań ogólnych.

**Niezależnie od powyższego, wątpliwość co do alokacji konkretnych kosztów Wymagań Ogólnych pod tę pozycję w ofercie w żadnej mierze nie wynika z treści oferty. Wykonawca mógłby co najwyżej złożyć ofertę niezgodną z SWZ, w której koszty Wymagań Ogólnych przekroczyłyby dopuszczalny ryczałt 6%, ale nie jest to ten przypadek. Skoro Zamawiający uznał, że 6% ceny jest kwotą wystarczającą na koszty wymagań ogólnych, a zatem i ta kwota różni się od przeznaczonej przez**

**Zamawiającego o 3.5%, to trudno zrozumieć, dlaczego Zamawiający dopytuje się o kwoty, które mogą finalnie prowadzić do różnicy 0,21% of całości ceny kontraktowej.**

Poniżej przykłady tego typu pytań:

1. *Prosimy o szczegółowe wyjaśnienie, jakie elementy oferty Wykonawca uwzględnił w Wykazie płatności dział I Wymagania ogólne. Prosimy o przedłożenie założeń, na podstawie których ustalona została wartość Kosztów ogólnych Wykonawcy.*

4. *Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszty utrzymania placu budowy do czasu przejścia robót przez Zamawiającego?*

5. *Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt utrzymania ciągłości ruchu publicznego w obszarze robót i ich oddziaływania wraz z kosztami utrzymania (w tym letniego i zimowego utrzymania dróg) oraz koszt utrzymania ciągłości przepływu na ciekach położonych w obrębie prowadzonych robót w okresie trwania realizacji Kontraktu aż do czasu przejścia przez Zamawiającego?*

6. *Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt zorganizowania przed wjazdami/wyjazdami z placu budowy stanowisk do czyszczenia/mycia samochodów/opon samochodowych? Jeżeli tak, prosimy o wskazanie ile takich stanowisk Wykonawca uwzględnił w swojej wycenie.*

7. *Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszty instalacji, utrzymania, zapewniania stałych warunków widoczności w dzień i w nocy oraz obsługi tymczasowych organizacji ruchu, urządzeń zabezpieczających?*

21. *Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt budowy tymczasowych dróg technologicznych, dojazdów do placu budowy, koszt zapewnienia dojazdu do wszystkich działek sąsiadujących z projektowanym pasem drogowym przez cały czas trwania budowy? Proszę o opisanie planowanych działań przyjętych w Ofercie.*

Niezależnie od powyższego, podkreślić należy wadliwość pytania nr 1: „*Prosimy o szczegółowe wyjaśnienie, jakie elementy oferty Wykonawca uwzględnił w Wykazie płatności dział I Wymagania ogólne. Prosimy o przedłożenie założeń, na podstawie których ustalona została wartość Kosztów ogólnych Wykonawcy*”. **Po pierwsze, to PFU winno określić wyczerpująco zakres Wymagań ogólnych. Po drugie, Zamawiający myli koszty Wymagań ogólnych z kosztami ogólnymi Wykonawcy.** Koszty Wymagań ogólnych to

pojęcie znacznie inne i obejmuje szereg różnorodnych obowiązków, które nie stanowią kosztów Dokumentów Wykonawcy, ani Robót, ale nie są też typowymi kosztami ogólnymi, jak koszty pracownicze, zaplecza budowy etc. Podkreślenia jednakże raz jeszcze wymaga, iż **oferta nie rodzi wątpliwości w tym zakresie. Ponadto, nigdy nie da się stworzyć zamkniętej listy kosztów Wymagań ogólnych, w szczególności kosztów ogólnych, zatem i pod tym względem pytanie to jest pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia, a rzetelna odpowiedź niemożliwa do udzielenia.**

#### **Zarzut nr 9**

Podobnie niedopuszczalne są wszelkie pytania implikujące rozszerzenie zakresu oferty. Wynika to ze stanowczego zakazu w art. 223 ust. 1 PZP, zgodnie z którym „*Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści*”. **W niektórych przypadkach poprzez zadawane pytania Zamawiający chce uzyskać zapewnienie Wykonawcy, że przyjmie on na siebie obowiązki i ryzyka, które w żadnej mierze, *explicite*, zgodnie z art. 99 ust. 1 PZP nie wynikają z SWZ.**

Typowym przykładem takiego pytania jest pytanie nr 26 *Czy Wykonawca ujął w ofercie koszt czynnego udziału Wykonawcy w przypadku konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości?* Otóż wszystkie inwestycje realizowane są na podstawie decyzji ZRID z nadanym rygorem natychmiastowej wykonalności. Decyzje takie często są jednak zaskarżane w drodze odwołania i zdarza się, że niektórzy mieszkańcy lub firmy nie chcą się wyprowadzić z zajmowanych nieruchomości dobrowolnie, przed uzyskaniem ostateczności przez decyzję ZRID. **Co jest bowiem istotne, rygor natychmiastowej wykonalności decyzji ZRID w szczególności nie daje inwestorowi prawa rozbiórki obiektów budowlanych pozostających w kolizji (wymagana jest zgodnie z art. 30b ust. 3 pkt 1 Prawa budowlanego zgoda właściciela, a tym Skarb Państwa staje się dopiero z chwilą skutku wywłaszczeniowego ostatecznej decyzji ZRID.** Z tego względu wiele podmiotów nie chce się wyprowadzić z zajmowanych nieruchomości do tego czasu. Zgodnie z art. 16. ust. 3 oraz 17 ust. 5 z dnia 10 kwietnia 2003 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych (specustawa drogowa) do egzekucji obowiązków wynikających z decyzji ZRID stosuje się przepisy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. **Egzekucję obowiązku wynikającego z tej decyzji przeprowadza się w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku właściwego zarządcy drogi.** Jednakże w przypadku przekazania terenu budowy, stosuje się często fikcję, polegającą na domniemaniu, że z chwilą wydania decyzji ZRID z rygorem natychmiastowej

**wykonalności Zamawiający obejmuje w posiadanie cały teren budowy.** Biorąc pod uwagę opisane wyżej sytuacje, wcale nie musi to być prawdą. Jeśli Zamawiający nie nabędzie posiadania terenu budowy, to nie może go przenieść na Wykonawcę (stosowana w drodze analogii zasada *nemo plus iuris*). **Jak nietrudno zauważyć, zaskarżenie decyzji ZRID w drodze odwołania i brak możliwości przejęcia dobrowolnie posiadania całego terenu budowy może doprowadzić do wielomiesięcznych opóźnień. To z kolei może prowadzić do roszczeń terminowych i finansowych Wykonawcy na podstawie Subklauzuli 8.6 Opóźnienie spowodowane przez organy administracji. Zadanie przedmiotowego pytania ma zatem uchronić Zamawiającego, wbrew treści SWZ, przed skutkami konieczności prowadzenia egzekucji administracyjnej, skoro Wykonawca przejmuje na siebie ten obowiązek, a więc zatem i ryzyko.** Przedmiotowe pytanie nie ma żadnego związku z treścią złożonej oferty, a jedynie ma na celu jej niedopuszczalne rozszerzenie po jej złożeniu, niezgodnie z SWZ. Gdyby Zamawiający ten element ujął w SWZ, mógłby się spodziewać wyższych wycen oraz innej oceny czasu realizacji kontraktu.

Inne przykłady tego typu pytań to:

*49. Jak Wykonawca zamierza realizować kontrakt w przypadku znacznego przekroczenia kosztów rozwiązań lub zakresów wynikających z uzgodnień z gestorami sieci lub zarządcami dróg?*

*53. Czy Wykonawca ujął w ofercie opracowanie geodezyjnej dokumentacji powykonawczej uwzględniającej wszelkie istniejące w terenie i wykonane na podstawie dokumentacji projektowej sieci uzbrojenia terenu i obiekty wraz z naniesieniem zmian na mapę zasadniczą i uzyskaniem potwierdzenia właściwego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej?*

*126. Prosimy o szczegółowe przedstawienie ryzyk jakie zostały założone w trakcie przygotowania oferty zarówno dla etapu opracowywania dokumentacji projektowej, jak i prowadzonych na ich podstawie robót budowlanych oraz środków zaradczych określonych przez Wykonawcę na podstawie przekazanych przez Zamawiającego danych, własnego doświadczenia Wykonawcy oraz wizji lokalnej w terenie, mających wyeliminować te ryzyka.*

Powyższe przykłady są również powiązane z roszczeniami Wykonawcy, które wymagają wprowadzenia Zmiany w trybie Subklauzuli 13.1 Prawo do Zmiany oraz zawarcia aneksu zmieniającego umowę o zamówienie publiczne na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 PZP. Zamawiający ma nadzieję, że poprzez udzielenie odpowiedzi na te pytania Wykonawca nie



będzie składał roszczeń, które ewidentnie mu by przysługiwały na gruncie warunków kontraktowych.

### **Zarzut nr 10, 11, i 12**

Przedmiotowe zarzuty odnoszą się do dodatkowych zobowiązań ogólnych zawartych w wezwaniu oraz do wyznaczonego terminu, daty doręczenia wezwania oraz sposobu procedowania przez Zamawiającego przedłużenia terminu odpowiedzi. **Całokształt tych okoliczności pozwala uznać, że Zamawiający traktuje Wykonawcę w sposób szczególnie dyskryminujący i nielejalny.**

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, iż Zamawiający w odniesieniu do odpowiedzi na pytania zażądał „*wyczerpującej i szczegółowej informacji dotyczącej sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji Zamówienia w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które uważacie Państwo za istotne*”. Lektura pytań pozwala na stwierdzenie, iż częstokroć wymagają one sporządzenia skomplikowanych, rozległych odpowiedzi, a pytania te (np. o uwzględnione ryzyka) w istocie mają charakter pytań otwartych i nigdy nie można udzielić na nie wyczerpującej odpowiedzi. Ponadto, to Zamawiający ma obowiązek zadać pytania w zakresie wyjaśnień do treści oferty w sposób wyczerpujący i precyzyjny, stąd nie może żądać podania „*także innych [informacji], które uważacie Państwo za istotne*”. Wezwanie do wyjaśnień ma zawierać zamknięty katalog pytań odnoszących się do precyzyjnie określonych wątpliwości co do treści oferty.

Niezależnie od powyższego, instytucja wyjaśnień do treści oferty nie może dawać Zamawiającemu asumptu do żądania od Wykonawcy jakichkolwiek „*pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji*”. **Zamawiający żąda takich dowodów, bowiem domaga się od Wykonawcy opracowań w żadnej mierze nie dotyczących treści oferty, jak np. matryc uwzględnionych przy wycenie ryzyk, czy też opracowań projektowych.** Żadne treści zawarte w ofercie nie mogą dawać Zamawiającemu podstaw do wyjaśniania „wątpliwości” na podstawie tego typu opracowań. Treść oferty żadnych tego typu wątpliwości nie rodzi.

Na koniec podkreślić należy, że przejawem dyskryminacji Wykonawcy jest wyznaczenie przez Zamawiającego rażąco krótkiego terminu na odpowiedź, tj. 9 dni roboczych na kilkaset pytań. **Jakkolwiek przytłaczająca większość pytań jest całkowicie niezasadna (np. w innym przetargu Zamawiający takich pytań w ogóle nie zadawał Mostostalowi, a i tak udzielił zamówienia), to również uznać należy, iż udzielenie prawidłowej i wyczerpującej**

odpowiedzi na 175 (a w istocie kilkuset) wysoce specjalistycznych, często otwartych i wymagających przygotowania dodatkowych opracowań pytań jest po prostu fizycznie niemożliwe.

Ponadto, dopiero w dniu złożenia odwołania, Zamawiający odpowiedział na wniosek Wykonawcy o przedłużenie terminu odpowiedzi na pytania, przy czym przedłużył go o dwa dni robocze. Biorąc pod uwagę powyższe, Wykonawca jest zmuszony wnieść niniejsze odwołanie, bowiem zadane mu pytania nie tylko są całkowicie niezasadne i niezgodne z art. 223 ust. 1 PZP, ale też niemożliwe jest udzielenie na nie wyczerpującej odpowiedzi we wskazanym terminie. Biorąc pod uwagę przepisy Prawa Zamówień Publicznych złożenie odwołania nie wstrzymuje biegu terminu na złożenie wyjaśnień, stąd też Wykonawca zmuszony jest je złożyć w wyznaczonym – zbyt krótkim terminie.

Powyższe pozwala sądzić, że Zamawiający pozostaje w nadziei, że Wykonawca nie zdąży lub popełni błędy i będzie mógł jego ofertę odrzucić tłumacząc niewyjawione Wykonawcy wątpliwości na jego niekorzyść, pomimo tego, że oferta nie budzi żadnych wątpliwości co do treści (podobnie jak w innym przetargu nie budziła żadnych wątpliwości oferta Mostostalu, która była złożona na tożsamym formularzu GDDKiA).

Co istotne również, Zamawiający doręczył odwołanie 10 listopada 2022 r., mając świadomość, iż następnego dnia przypada Święto Niepodległości, a zespół przetargowy Wykonawcy działa w Polsce. Podkreślenia wymaga, iż w wyroku z dnia 15 kwietnia 2014 r., KIO 691/14 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „**Odpowiedni termin to (...) termin, który jest realny do dochowania w danej sytuacji. Niewątpliwie termin do uzupełnienia dokumentów doręczony w piątek po południu, a upływający w poniedziałek, jest terminem krótkim. Choć formalnie trzydniowy, w praktyce skraca się do jednego dnia. (...)**”. Również i ten sposób doręczenia pokazuje na celowe, niełojalne działanie Zamawiającego wobec Wykonawcy, nakierowane na maksymalne utrudnienie mu odpowiedzi na zadane pytania. Z kolei odpowiedź na prośbę Wykonawcy – jedno pytanie zajęła Zamawiającemu 4 dni robocze... Ocenie Izby Wykonawca pozostawia taki sposób traktowania Wykonawcy i dezorganizację jego pracy wobec niewiedzy o rzeczywistym terminie, do którego Zamawiający oczekuje wyjaśnień.

## **Podsumowanie**

Z przedstawionej powyżej analizy niezbicie wynika, że jakkolwiek zadane pytania **wydają się być na pierwszy rzut oka dowodem profesjonalizmu Zamawiającego, to w istocie w**

żadnej mierze nie dotyczą wątpliwości co do treści oferty i są nakierowane na osiągnięcie zupełnie innych celów. W szczególności tym celem jest ograniczenie swobody projektowej Wykonawcy wynikającej z SWZ i będącej podstawą wyceny oraz oszacowania ryzyk, a także rozszerzenie oferty oraz ustrzeżenie się przed przyszłymi roszczeniami Wykonawcy, które mu przysługują na gruncie warunków kontraktowych.

Należy podkreślić, że w razie ograniczenia swobody projektowej Wykonawcy, przerwania na niego określonych ryzyk, czy pozbawienia go prawa do roszczeń, wycena oferty byłaby znacznie wyższa. **Zamawiający tym samym dopuszcza się niedozwolonej praktyki zmiany SWZ poprzez ograniczenie elastyczności jej postanowień w drodze udzielenia odpowiedzi przez Wykonawcę. Zamawiający w istocie zatem dokonuje obejścia przepisu art. 137 ust. 1 PZP, dokonując zmiany SWZ po terminie składania ofert.**

Przedmiotowa, wieloletnia praktyka Zamawiającego jest zupełnie nieuzasadniona i powinno się położyć jej kres jako całkowicie niezgodnej z przepisami i w żadnej mierze nie wynikającej z wątpliwości co do treści oferty, a przede wszystkim z potrzeby zapewnienia sobie przez Zamawiającego określonego sposobu realizacji zamówienia, pomimo przyznanej wykonawcy na gruncie warunków kontraktowych i PFU swobody projektowej, a także zabezpieczenia się przed przyszłymi roszczeniami Wykonawcy.

Wykonawca zastrzega, że same pytania są przedmiotem dalszej analizy i przygotowywania odpowiedzi, zatem może się zdarzyć, iż wyrażone w chwili obecnej ocena – na przykład co do objęci treści konkretnego zagadnienia tekstem wiążących wymagań SWZ, może ulec zmianie. Jest to spowodowane – jak już zaznaczono – obszernością materii wezwania Zamawiającego i objętością samego odwołania.

Jednocześnie Odwołujący pragnie wskazać, iż z uwagi na obszerność zarzutów, zasadnym jest zobowiązanie do złożenia odpowiedzi na odwołanie 3 dni przed terminem rozprawy, celem umożliwienia Odwołującemu ustosunkowanie się. Odwołujący spotkał się z praktyką Zamawiającego składania kilkudziesięciostronicowej odpowiedzi na odwołanie tuż przed rozprawą, co całkowicie uniemożliwia przygotowanie się do rozprawy. W sprawie KIO 2299/22 dotyczącej zamówienia publicznego pn. *„Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 9. Tomaszów Lubelski (koniec obwodnicy) – Hrebenne (początek obwodnicy), długości ok. 17,3 km”* z uwagi na tego typu działanie Izba była zmuszona odroczyć rozprawę i przyjąć porządek składania pism. Stosowne zobowiązanie do złożenia odpowiedzi na odwołanie w terminie 3 dni przed terminem rozprawy pozwoli na skuteczne uniknięcie konieczności odroczenia rozprawy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 listopada 2022 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

### **I. Brak interesu prawnego we wniesieniu Odwołania.**

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący w dniu 28 listopada 2022 r. udzielił odpowiedzi na pytania objęte przedmiotem niniejszego Odwołania. Zgodnie natomiast z przepisem art. 505 ust. 1 ustawy Pzp: „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 1 października 2022 r., sygn. akt KIO 2638/21: „Również nie każda szkoda, jaką może ponieść wykonawca, uprawdopodobnia istnienie przesłanki dopuszczalności odwołania, a jedynie taka która jest ściśle powiązana z interesem w uzyskaniu zamówienia. (...) Wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia.”.

Jako oczywiste jawi się natomiast, że jeżeli Odwołujący w dniu 28 listopada 2022 r. odpowiedział na pytania Zamawiającego, to nie istnieje chociażby potencjalna szkoda, iż nieuchylenie zaskarżonej czynności wezwania do złożenia wyjaśnień mogłoby uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21 marca 2022 r., sygn. akt KIO 543/22: *„Zamawiający może zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać co w ofercie wykonawcy nie jest zgodne z warunkami zamówienia i w jaki sposób ta niezgodność występuje - w konfrontacji z klarownie wskazanymi wymaganiami SWZ.”.*

W chwili obecnej tym samym Zamawiający nie byłby uprawniony do odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SWZ, bowiem złożył on wyjaśnienia, które będą dopiero oceniane/badane pod względem zgodności z SWZ przez Zamawiającego.

Jeżeli natomiast Zamawiający badając treść złożonych wyjaśnień stwierdzi, iż oferta Odwołującego pozostaje niezgodna z SWZ i na tej podstawie odrzuci jego ofertę, to

Odwołującemu będzie przysługiwać uprawnienie do wniesienia środka zaskarżenia od takiej czynności. Nie sposób jednak pozbawiać w chwili obecnej Zamawiającego uprawnienia do zbadania złożonych przez Odwołującego odpowiedzi – jeżeli bowiem zawierają one oświadczenia świadczące o sprzeczności oferty Odwołującego z SWZ, to będzie jedynie potwierdzać, że wątpliwości Zamawiającego dot. zgodności ze stanem faktycznym oświadczenia zawartego w pkt 2 formularza ofertowego oraz wykazie płatności pozostawały słuszne.

W ocenie Zamawiającego, Odwołanie nie winno tym samym zasługiwać na ochronę prawną wobec przesłanek wskazanych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Z daleko idącej jednak ostrożności, Zamawiający poniżej przedstawia stanowisko w zakresie zarzutów zawartych w Odwołaniu.

## **II. Dyskryminacja Wykonawcy przez Zamawiającego w przetargach**

Stosując przyjętą w Odwołaniu klasyfikację uzasadnienia poszczególnych zarzutów, Zamawiający całkowicie zaprzecza jakby podejmowane przez niego działania zarówno w Postępowaniu, jak i w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, miały charakter dyskryminacyjny wobec Odwołującego. Przede wszystkim nie świadczą o dyskryminacji przywołane przez Odwołującego informacje dotyczące rzekomego unieważniania postępowania z uwagi na złożenie przez Odwołującego oferty z najniższą ceną, jak również celowego zadawania pytań jedynie Odwołującemu w prowadzonych przez Zamawiającego postępowaniach.

Przepis art. 255 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej zwanej „ustawą Pzp” co do zasady nakłada na Zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w przypadku, gdy cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jak wskazała m.in. KIO w wyroku z dnia 21 października 2021 r., sygn. akt KIO 2800/21: „Przepis art. 255 p.z.p. wprowadza obowiązek unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w razie zaistnienia jednej z określonych w nim przesłanek. Brzmienie przepisu jednoznacznie wskazuje na to, iż w razie zaistnienia opisanej w nim okoliczności unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest jedynie uprawnieniem zamawiającego, ale jego obowiązkiem, ponieważ wskazany w art. 255 p.z.p. katalog podstaw unieważnienia postępowania ma charakter obligatoryjny.”.

Decyzja zatem o unieważnieniu postępowania w przypadku zaistnienia powyższej przesłanki nie ma charakteru dowolnego, a jedynie okoliczność możliwości zwiększenia przeznaczonej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty, może prowadzić do uchylecia się przez zamawiającego od konieczności unieważnienia prowadzonego postępowania. Nie sposób zatem czynić w tym zakresie Zamawiającemu zarzutów, iż unieważnił on dwukrotnie postępowanie prowadzone pn. „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza- w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km”, jeżeli nie posiadał środków umożliwiających zwiększenie szacowanej kwoty zamówienia.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż Odwołujący, z pominięciem Postępowania, dotychczas brał udział jedynie w następujących postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie, tj.

- 1) „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza- w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km” unieważnionym w dniu 15 czerwca 2022 r.;
- 2) Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza- w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km” unieważnionym w dniu 08 listopada 2022 r.;
- 3) „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku węzła Domaradz (bez węzła) do węzła Iskrzynia (bez węzła) dł. 12,5 km”, w którym jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Mostostal Warszawa S.A.

Mając więc na uwadze, że postępowanie faktycznie w przedmiocie jednego odcinka drogi, w którym wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę, zostało unieważnione, tym bardziej nie sposób wywodzić rzekomo dyskryminacyjnego charakteru działań Zamawiającego wobec Odwołującego.

Wykonawca zdaje się przy tym całkowicie pomijać, iż w innych postępowaniach prowadzonych przez różne Oddziały GDDKiA w Polsce Odwołujący był już wzywany do odpowiedzi na analogiczne pytania w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, tj.

- 1) postępowanie pn. „Projekt i budowa drogi ekspresowej S17 Piaski-Hrebenne, Odcinek nr 7: węzeł „Zamość Południe” bez węzła – węzeł „Tomaszów Lubelski Północ” bez węzła; dł. ok. 18,498 km” wszczęte przez GDDKiA Oddział w Lublinie w dniu 17 grudnia 2021 r., gdzie Odwołujący został wezwany do wyjaśnienia treści oferty, a następnie jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (podpisanie umowy w dniu 28 listopada 2022 r.);

2) postępowanie pn. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku węzeł Bielsk Podlaski Zachód (bez węzła) – węzeł Boćki (z węzłem)”, wszczęte przez GDDKiA Oddział w Białymstoku w dniu 8 maja 2020 r., w którym Odwołujący został wezwany do wyjaśnienia treści oferty, a jego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, a następnie Zamawiający wskutek wyroku KIO unieważnił wybór;

3) postępowanie pn. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku Malewice–Chlebczyn, które zostało wszczęte przez GDDKiA Oddział w Białymstoku w dniu 23 września 2020 r., w ramach którego Odwołujący został wezwany trzykrotnie do złożenia wyjaśnień treści oferty, a następnie jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (zawarcie umowy w dniu 15 października 2021 r.);

4) postępowanie pn. „Projekt i budowa drogi S19 na odcinku Haćki – węzeł Bielsk Podlaski Zachód (z węzłem) z odcinkiem drogi krajowej nr 66 do istniejącej drogi krajowej nr 19”, które zostało wszczęte przez GDDKiA Oddział w Białymstoku w dniu 8 maja 2020 r., w którym Odwołujący został wezwany do wyjaśnienia treści oferty, a jego oferta została odrzucona z uwagi na niezgodność z SIWZ, którą to niezgodność potwierdziła także KIO oddalając odwołanie.

**Należy podkreślić w tym miejscu, że w żadnym z powyższych postępowań Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty, pytania zadawane w ww. postępowaniach pozostawały zbliżone przedmiotowo (uwzględniając oczywiście specyfikę i zakres każdego z postępowań) z zadanymi przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Oczywiście jest zatem, że Odwołujący nie identyfikuje rzeczywiście sprzeczności treści wezwania z dnia 10 listopada 2022 r. z przepisem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a celem niniejszego Odwołania jest jedynie zapobieżenie odrzucenia jego oferty z Postępowania wskutek stwierdzenia niezgodności jego oferty z SWZ na etapie badania i oceny ofert.**

### **III. Instytucja wyjaśnień treści oferty**

Jak słusznie również zauważył Odwołujący, podstawą do wezwania na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jest powzięcie przez zamawiającego wątpliwości w zakresie treści tej oferty. W przypadku, gdy zamawiający poweźmie **jakiegokolwiek wątpliwości co do treści** złożonej oferty, może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia mogą dotyczyć

wszystkich elementów oferty, zarówno jej zawartości merytorycznej, jak i warunków wykonania zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1492/20).

Wezwanie do wyjaśnień treści oferty stanowi więc **uprawnienie zamawiającego**, a zarazem instrument umożliwiający weryfikację prawidłowości złożonej oferty z oczekiwaniami zamawiającego, jeżeli zaistnieją na tym etapie po jego stronie. Należy jednak mieć na względzie, że zamawiający, dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, powinien w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty. Tym samym zaniechanie wezwania do wyjaśnień może stanowić naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych.

Jak nadto wskazała KIO w wyroku z dnia 12 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 469/20: *„Za wzorcowe należy uznać postępowanie zamawiającego, który dokonując badania i oceny oferty dąży do wszechstronnego wyjaśnienia wszelkich wątpliwości i niejasności oferty, korzystając z instrumentu opisanego w art. 87 ust. 1 p.z.p.”.*

Należy zaznaczyć, iż inwestycja objęta Postępowaniem ma charakter dalece skomplikowany oraz wyjątkowy wobec innych postępowań prowadzonych przez Oddziały GDDKiA w Polsce.

Obejmuje ona bowiem m.in. bardzo skomplikowane obiekty inżynierskie w ciągu drogi ekspresowej S19 (w szczególności Tunel drogowy dwunawowy T-2 oraz estakada ES- 29), do których dostęp jest ograniczony ze względu na ukształtowanie terenu i układ sieci dróg. Biorąc więc pod uwagę więc skalę i stopień skomplikowania inwestycji, która jest unikatowa nie tylko na poziomie krajowym, ale także europejskim, a zarazem jej szacowaną wartość, Zamawiający podjął działania celem wnikliwego oraz kompleksowego uzyskania wyjaśnień co do treści oferty złożonej przez Odwołującego. Pytania te dotyczyły podstawowych założeń koncepcyjnych, parametrów, technologii przyjętych przez Odwołującego na etapie składania oferty, aby wyjaśnić czy jej treść rzeczywiście pozostaje zgodna z wymogami przede wszystkim Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SWZ”) oraz Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej zwanego: „PFU”).

Zadawanie analogicznych bądź zbliżonych pytań, w zależności od rodzaju zamówienia w ramach instytucji wyjaśnień, stanowi element standardowej procedury przyjmowanej w różnych Oddziałach GDDKiA w Polsce, w przypadku, gdy zamawiający dążą do wyjaśnienia treści oferty w kontekście stawianych wymogów, np.

1) wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 09.01.2018 r. skierowane do wykonawcy Mosty Łódź S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. *„Zaprojektowanie i budowa drogi*



*ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Lasy Janowskie” do węzła „Nisko Południe” z podziałem na trzy zadania: Zadanie „B” od węzła „Zdziary” (bez węzła) do węzła „Rudnik nad Sanem” (bez węzła) o długości około 9 km”;*

2) wezwanie z dnia 09.01.2018 r. skierowane do STRABAG sp. z o. o. i STRABAG Infrastruktura Południe sp. z o. o. w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.:

*„Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Lasy Janowskie” do węzła „Nisko Południe” z podziałem na trzy zadania: Zadanie „C” od węzła „Rudnik nad Sanem” (z węzłem) do węzła „Nisko Południe” (z węzłem) o długości około 6 km”;*

3) wezwanie z dnia 08.01.2018 r. – skierowane do Mostostal Warszawa S.A. i Acciona Construcción S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *„Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła „Nisko Południe” (bez węzła) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) z podziałem na trzy zadania: Zadanie „C” od węzła „Kamień” (z węzłem) do węzła „Sokołów Małopolski Północ” (z węzłem) o długości około 7,9 km”.*

W postępowaniach wskazanych w pkt 2 i 3, po złożeniu wyjaśnień, oferty wezwanych do złożenia wyjaśnień wykonawców, oceniane zostały jako najkorzystniejsze. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego, skierowane do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień treści oferty nie ma charakteru odosobnionego (a tym samym – dyskryminacyjnego wobec Odwołującego), a co więcej, nie jest stosowane celem wyeliminowania wykonawców z danego postępowania.

Podkreślenia wymaga także, iż dotychczas treść tożsamyh przedmiotowo pytań nie była kwestionowana przez wykonawców przystępujących do postępowań organizowanych przez Oddziały GDDKiA w Polsce, a ww. postępowania podlegały kontroli uprzedniej Prezesa UZP, który również nie stwierdził nieprawidłowości wobec zadanych wykonawcom pytań.

Wbrew także twierdzeniom Odwołującego, nie jest tak, że pytania zawarte w wezwaniu z dnia 10 listopada 2022 r. wykraczają poza treść oferty. W pkt 2 formularza ofertowego Odwołujący bowiem oświadczył, iż *zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.* Znaczna większość zadanych Odwołującemu pytań ma natomiast na celu uzyskanie wyjaśnień właśnie co do prawidłowości powyższych oświadczeń ze stanem faktycznym, a także wynikających ze złożenia formularza wykazu płatności, który również jest elementem oferty. Na marginesie należy tylko wskazać, iż Wykonawca podnosząc, że różnica w szacunkowej cenie

zamówienia oraz w cenie oferowanej przez Odwołującego to tylko 3,5 % zdaje się tworzyć mylny obraz jakoby różnica ta pozostawała niewielka, mając jednak na uwadze wartość przedmiotowego okazuje się, że cena zaproponowana przez Odwołującego jest niższa o **48 449 931,90 zł**, a więc prawie 50 milionów złotych, co stanowi daleko idącą różnicę i może budzić wątpliwości co do uwzględnienia przez Odwołującego wszystkich wymagań SWZ, technologii czy założeń oczekiwanych przez Zamawiającego w ramach złożonej oferty.

Wobec powyższego, nie sposób twierdzić, iż żądanie wyjaśnień miało na celu „realizowanie potrzeb poznawczych Zamawiającego”. Tak sformułowane twierdzenia Odwołującego jedynie potwierdzają brak świadomości Odwołującego co do złożoności przedmiotowego zamówienia oraz wynikającej z tego konieczności wyjaśnienia wszystkich wątpliwości co do zapoznania się przez Wykonawcę ze stawianymi wymogami, a zarazem świadczą o prawidłowości działania Zamawiającego polegającego na wezwaniu Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

#### **IV. Niedozwolona zmiana treści SWZ po terminie składania ofert**

Nie jest do końca jasne na jakiej podstawie Wykonawca wywodzi rzekomą próbę modyfikacji przez Zamawiającego treści SWZ wskutek zadania przedmiotowych pytań. Tak jak już wskazywano wyżej, wszystkie pytania wskazane w treści wyjaśnień z dnia 10 listopada 2022 r., są związane z treścią oferty, a ich zakres dotyczy kwestii, które powinny być wzięte pod uwagę przez Odwołującego przed obliczeniem ceny oferty i jej złożeniem.

#### **V. Zarzut nr 1. Zarzut nr 2.**

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że jeżeli Odwołujący złożył konkretną ofertę w przedmiotowym postępowaniu to udzielenie odpowiedzi na pytania Zamawiającego, w tym szczególności objęte Zarzutem nr 1 oraz Zarzutem nr 2, nie powinno stanowić dla Wykonawcy nadmiernego obciążenia, gdyż Wykonawca powinien przed złożeniem oferty dokonać wyceny prac objętych SWZ. Wbrew bowiem twierdzeniom Wykonawcy, odpowiedzi na przywołane m.in. na str. 23 Odwołania pytania nr 22, 41 czy 62 winny być już Odwołującemu znane w chwili składania oferty. Zamawiający zadając powyższe pytania (czy także pozostałe, niewymienione w uzasadnieniu Zarzutu nr 1) nie kwestionuje, jak wskazuje Odwołujący, iż Odwołujący może dobierać sprzęt czy personel w taki sposób, aby należycie wykonać przedmiot umowy, niemniej jednak Zamawiający powziął wątpliwość czy Odwołujący zgodnie z oświadczeniem dotyczącym zgodności jego oferty z SWZ, rzeczywiście wzięł pod uwagę wszystkie elementy konieczne dla złożenia oferty i w tym zakresie zadał również pytania, umożliwiające uzyskanie wyjaśnień.

Zwrócić przy tym trzeba uwagę, że zadane pytania nie mają charakteru przypadkowego, co zdaje się sugerować Odwołujący wskazując, iż potwierdzały zgodność oferty jedynie z poszczególnymi wymogami SWZ (zarzut ten pozostaje też o tyle niezasadny, że art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie ogranicza uprawnień Zamawiającego do wyjaśniania treści oferty w ograniczonym zakresie). Przykładowo, znaczna ilość pytań dotyczyła kwestii związanych z budową tunelu (np. pyt. 9, 15, gdzie Zamawiający zwraca uwagę w szczególności na odniesienie się do Tunelu T-2, a także np. pyt. 32, 66, 69, 71, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 93, 99, 102, 103, 104, 114, 115, 118, 119, 120). Budowa tunelu w przedmiotowym zamówieniu zdaje się natomiast najbardziej znaczącym elementem całej inwestycji, a tym samym wybór technologii, sposób drążenia tunelu, jego zabezpieczenia czy monitoringu, powinien zostać dokonany przez Odwołującego przed złożeniem oferty, co pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący winien również moc odpowiedzieć na wszystkie zadane przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp pytania w tym zakresie.

Zamawiający nie podziela przy tym stanowiska Odwołującego, jakoby pytania potwierdzające zgodność oferty z SWZ pozostawały zbędne wobec składanego w formularzu ofertowym w pkt 2 ogólnego oświadczenia. Co więcej, Odwołujący zdaje się czynić Zamawiającemu zarzut jakoby w zakresie wyjaśniania treści oferty nie było możliwe „upewnienie się” przez Zamawiającego czy Odwołujący rzeczywiście złożył oświadczenie pozostające zgodne ze stanem faktycznym i czy uwzględnił wszystkie elementy konieczne dla prawidłowego złożenia oferty, podczas gdy pojęcie „wyjaśniania” również może dotyczyć niepewności powstałych po stronie Zamawiającego co do treści złożonych w ofercie oraz jej załączników oświadczeń.

Jednocześnie, postępowanie Zamawiającego polegające na sugerowanym przez Odwołującego „egzekwowaniu obowiązków na etapie realizacji zamówienia publicznego”, o którym wspomina Odwołujący na str. 25 Odwołania, pozostawałoby sprzeczne z celem czy sposobem realizacji zadań przez Zamawiającego (jak również generalnie sposobem realizacji zadań finansowych ze środków publicznych). Zamawiający bowiem nie dąży do zawarcia umowy z wykonawcą, którego następnie będzie obciążał np. karami umownymi za niewłaściwością realizację umowy, gdyż właściwe wykonanie dokumentacji projektowej, a następnie na jej podstawie robot budowlanych, ma szczególne znaczenie dla bezpieczeństwa użytkowników dróg administrowanych przez GDDKiA i w sytuacji nieprawidłowego wykonania, nałożenie kar umownych w jakiegokolwiek wysokości, pozostanie niewspółmierne do szkód jakie takie nieprawidłowe wykonanie może spowodować. Twierdzenia Odwołującego nie znajdują zatem odzwierciedlenia wobec warunków i wymiaru inwestycji realizowanej w Postępowaniu i jedynie upewniają Zamawiającego, iż słusznie podjął wątpliwość co do oświadczeń złożonych przez Odwołującego w treści oferty.

## **VI. Zarzut nr 3. Zarzut nr 4.**

W tym miejscu należy podkreślić, iż podnoszona przez Odwołującego kwestia rzekomej próby obejścia przepisów dotyczących złożenia wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny pozostaje sprzeczna z rzeczywistymi uprawnieniami przysługującymi Zamawiającemu na gruncie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Jego treść bowiem w żaden sposób kwotowo czy procentowo nie ogranicza Zamawiającemu możliwości wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pozostawiając Zamawiającemu ocenę czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie i na tej podstawie konstytuuje możliwość wywiedzenia zasadności takiego wezwania. Nie ma zatem żadnych podstaw, dla których Zamawiający musiałby jakkolwiek „obchodzić” przepisy o badaniu rażąco niskiej ceny, aby móc zadać pytania objęte Zarzutem nr 3, w szczególności, iż jak już wyżej wskazano – mimo, że różnica w zaoferowanej przez Odwołującego cenie oraz szacunkowej to jedynie 3,5 %, kwotowo jest to prawie aż 50 milionów złotych. Okoliczność natomiast zadania przez Zamawiającego w ramach zaskarżonego wezwania pytań dotyczących formularza cenowego nie stanowi o przekroczeniu uprawnień Zamawiającego, bowiem on również stanowi element oferty i jego treść może być wyjaśniana w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeżeli natomiast Wykonawca powziął wątpliwość co do zakresu pojęcia „koszty ogólne”, którym Zamawiający posługuje się w treści wezwania z dnia 10 listopada 2022 r. (a które w opinii Zamawiającego pozostawało jasne), to mógł w tym zakresie wnieść o wyjaśnienie treści wezwania, czego nie uczynił. Co więcej, Odwołujący odpowiedział na pytania dotyczące uwzględnienia poszczególnych składników w kosztach ogólnych, a zatem należałoby dojść do wniosku, że w rzeczywistości nie dostrzega wątpliwości pojęciowych.

Pytania Zamawiającego wymienione w ramach Zarzutu nr 3, jak również żadne inne pytania, co zostanie wielokrotnie podkreślone na gruncie niniejszego stanowiska, w żadnym stopniu nie ograniczają swobody kontraktowej Odwołującego – objęte przedmiotem pytań rozwiązania projektowe, elementy kosztorysowe czy technologie powinny być bowiem przez Odwołującego przewidziane już na etapie składania oferty, a jednocześnie Zamawiający w pytaniach tych nie zobowiązał Odwołującego do zastosowania konkretnych metod pracy.

Odpowiedzi złożone przez Odwołującego nie zapewniłyby przy tym Zamawiającemu żadnego zabezpieczenia dla Zamawiającego, bowiem Zamawiający w treści przedmiotowego wezwania nie narzucił Odwołującemu w jaki sposób ma realizować przedmiot zamówienia, a zażądał jedynie dookreślenia informacji, które winny być mu znane, jako profesjonalnemu podmiotowi, w momencie przystąpienia do postępowania i złożenia oświadczenia o zgodności

treści oferty z SWZ. Powyższe dotyczy także pytań objętych Zarzutem nr 4, w zakresie w jakim Odwołujący podnosi, że udzielenie odpowiedzi na tę część pytań przed przeprowadzeniem „całego, skomplikowanego i długotrwałego” procesu projektowego nie jest możliwa. **Jednocześnie twierdzenia te pozostają sprzeczne z faktem, że Odwołujący udzielił odpowiedzi na pytania, co do których na kanwie Odwołania (s. 36) wskazał, iż wymagałoby to skrócenia procesu projektowania do terminu 14 dni wyznaczonego na udzielenie odpowiedzi zgodnie z treścią wezwania.**

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w rzeczywistości nie przedstawił żadnych oświadczeń bądź dokumentów potwierdzających powyższe twierdzenia, w szczególności nie wyjaśnił na czym miałyby polegać konkretnie ograniczenie swobody kontraktowej Odwołującego, przywołując jedynie zadane mu pytania – Zamawiający bowiem dalej pozostawia po stronie Odwołującego możliwość wyboru danego rodzaju technologii, wyposażenia (w zakresie opisanym w SWZ) czy ilości pracowników, a jedynie prosi o wyjaśnienie czy Odwołujący uwzględnił te elementy przygotowując ofertę oraz w jaki sposób tego dokonał, gdyż było to konieczne do złożenia prawidłowej oferty w Postępowaniu i wyceny poszczególnych elementów formularza cenowego, w tym m.in. Wymagań Ogólnych.

## **VII. Zarzut nr 5**

Odwołujący w ramach argumentacji dotyczącej Zarzutu nr 5 potwierdził, że ryzyka kontraktowe są elementem, który należy wziąć pod uwagę przed złożeniem oferty. W związku z powyższym, Zamawiający był uprawniony do żądania wyjaśnień w tym zakresie.

Przykładowo, zgodnie z Subklauzulą 14.2 Szczególnych Warunków Kontraktu (Tom II SWZ Rozdział III), Zamawiający przewidział warunki udzielania zaliczki oraz jej minimalną i maksymalną wartość. Zadane pytanie w tym zakresie w żaden sposób nie pozbawia Wykonawcy możliwości skorzystania z uprawnienia do jej żądania na etapie realizacji umowy, a jedynie dążył do wyjaśnienia czy Odwołujący prawidłowo pojmuje oraz przyjmuje, składając ofertę, wyznaczone Subklauzulą 14.2 warunki.

## **VIII. Zarzut nr 6**

Przechodząc do Zarzutu nr 6, trzeba zauważyć, że Odwołujący zarzutem tym, opierającym się na stwierdzeniu, iż Zamawiający rzekomo podjął próbę przerzucenia ryzyk kontraktowych na Odwołującego, ponownie objął pytania dotyczące kwestii, które należało wziąć pod uwagę

jeszcze przed obliczeniem ceny oferty i które jako takie mogą podlegać wyjaśnieniu przez Zamawiającego. W grupie tej znajdują się m.in. następujące pytania:

*14. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt wykonania inwentaryzacji stanu technicznego wszystkich budynków i budowli zlokalizowanych na terenach przyległych do inwestycji jak również studni i dróg dojazdowych do posesji leżących w strefie wpływu drgań oraz innych negatywnych skutków prowadzenia robót budowlanych? Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt zaspokojenia ewentualnych roszczeń wynikających z pogorszenia stanu technicznego obiektów lub koszt ubezpieczenia?*

*16. Czy przed sporządzeniem oferty została dokonana wizja dróg lokalnych po których będzie się odbywał transport materiałów i ruch sprzętu budowlanego? Czy i w jaki sposób Wykonawca w swojej ofercie uwzględnił wymagania Zamawiającego, zgodnie z którymi Wykonawca przed przystąpieniem do Robót, jest zobowiązany do uzgodnienia z właściwymi Zarządcami dróg gminnych, powiatowych, wojewódzki i krajowych tras dostępu dla transportów wykonywanych na potrzeby budowy. Jaką procentowo kwotę pozycji I.1. Wykazu Płatności Wykonawca przewidział na pokrycie kosztów związanych z korzystaniem z dróg lokalnych w celu realizacji budowy, w tym przywrócenia tych dróg po zakończeniu budowy do stanu uzgodnionego z ich Zarządcami na podstawie porozumień? Proszę o opisanie planowanych działań przyjętych w Ofercie.*

W ocenie Zamawiającego odpowiedź na powyższe pytania w żadnym zakresie nie stanowiłaby podnoszonego przez Odwołującego „zabezpieczenia interesów Zamawiającego” na przyszłość ani nie pozwoliłyby na uniknięcie roszczeń Wykonawcy wobec Zamawiającego.

Skutkiem bowiem złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 listopada 2022 r., nie jest jakkolwiek zmiana warunków kontraktu czy pozbawienie Wykonawcy uprawnienia do dochodzenia roszczeń przysługujących mu na gruncie FIDIC, jak również wzoru umowy, a jedynie wyjaśnienie Zamawiającemu czy rzeczywiście oferta Wykonawcy pozostaje zgodna z SWZ, tj. czy uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego w tym. Nie jest więc jasne skąd Odwołujący wywodzi, iż Zamawiający próbuje pozbawić Odwołującego uprawnienia do waloryzacji wynagrodzenia na warunkach Kontraktu.

Przykładowo pytanie nr 8, wskazane przez Odwołującego na str. 41 Odwołania, jest w szczególności konsekwencją postanowienia zawartego w specyfikacji DM-00-00-00:

*1.5.5. Ochrona środowiska w czasie wykonywania Robót*

*(...)*

Wykonawca ma obowiązek zastosować się również do postanowień wyjaśniających do w/w dokumentów uzyskiwanych w trakcie realizacji zadania. Wykonawca przed rozpoczęciem robót budowlanych sporządzi tzw. raport zerowy opisujący stan środowiska. W okresie realizacji Robót oraz podczas wykonywania robót zaległych i prac naprawczych Wykonawca będzie:

**(a) utrzymywać Plac Budowy i wykopy w stanie bez wody stojącej.”.**

Co więcej, twierdzenia Odwołującego dotyczące braku możliwości przewidzenia okoliczności na etapie składania oferty, co do których Zamawiający zadał wskazane przez Odwołującego w ramach zarzutu nr 6 pytania, tj. pyt. 15, 28, 49, 52, 53 60, 61 pozostają niespójne z faktem, iż Odwołujący na te pytania odpowiedział i będą one podlegały ocenie/weryfikacji przez Zamawiającego.

Zwrócić przy tym trzeba uwagę, że bez znaczenia pozostają w chwili obecnej twierdzenia Odwołującego dotyczące niezgodności opisu przedmiotu zamówienia z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp – Odwołującemu bowiem przysługiwała możliwość wniesienia odwołania w tym zakresie odrębnym odwołaniem, od czego odstąpił.

## **IX. Zarzut nr 7**

W rzeczywistości przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie ogranicza Zamawiającego do „wyjaśniania” treści oferty jedynie poprzez żądanie oświadczeń, z wyłączeniem dokumentów lub opracowań projektowych, a tym samym twierdzenia Odwołującego pozostają chybione, w jakim zdaje się pozbawiać Zamawiającego tegoż uprawnienia. Nadto, trzeba zauważyć, że opracowania, których żądał Zamawiający w ramach pytań objętych Zarzutem nr 7 w rzeczywistości nie stanowiły dodatkowych dokumentów, których to Zamawiający nie wymagał na gruncie SWZ. Przykładowo Odwołujący zaskarżył przedmiotowym zarzutem następujące pytania:

*23. Prosimy o szczegółowe wskazanie i udokumentowanie, w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji ceny związanej z zapewnieniem biura projektowego oraz personelu dla potrzeb etapu projektowania wraz z informacją, czy w cenie ofertowej uwzględnił wykonywanie tego zakresu zamówienia przez podwykonawców.*

*42. Jakie procedury zapewni Wykonawca w celu weryfikacji i poprawności rozwiązań projektowych?*

45. Czy Wykonawca posiada wiedzę o ryzykach związanych z zakresem umowy planowanym do podzlecenia? Jeśli tak, to prosimy o określenie tych ryzyk wraz z opisaniem metodyki ich identyfikacji i sposobu działań w przypadku ich wystąpienia.

54. Czy Wykonawca przewiduje zmianę niwelety w stosunku do tej, która została zaproponowana w Koncepcji Programowej? Jeżeli tak to na jakim odcinku? Prosimy osobno podać informacje dla odcinka w tunelu i dla odcinka S19 poza tunelem.

55. Prosimy o wskazanie czy w cenie Oferty Wykonawca uwzględnił zaprojektowanie i wykonanie utwardzenia terenu na potrzeby utrzymania. Jakie parametry utwardzenia terenu na potrzeby utrzymania, szerokości, pobocza, skrajnie i w jakiej lokalizacji zostały przyjęte w Ofercie.

61. Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie konieczność uzgodnień z gestorami sieci w zakresie wyłączeń sieci i czasowych przerw w dostawie mediów oraz wpływ terminów wyłączeń na czas realizacji Kontraktu?

63. Czy wykonawca zamierza zmienić lub modyfikować sposób pokonania przeszkody w stosunku do tych jakie zostały określone w PFU.

65. Czy Wykonawca przewiduje uzyskanie ewentualnej dodatkowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub ewentualnej zmiany posiadanej decyzji wraz ze sporządzeniem stosownego wniosku do organu decyzyjnego, tj. RDOŚ.

74. Czy technologia i konstrukcja obiektów, w tym również konstrukcja nawierzchni, przyjęta przez Wykonawcę na potrzeby sporządzenia oferty spełnia wymagania PFU? Proszę o podanie przyjętej konstrukcji.

91. Prosimy o przedłożenie analizy, potwierdzającej, że przyjęty przez Wykonawcę przekrój tunelu jest wystarczający do zamontowania znaków świetlnych z zachowaniem wymaganej skrajni i wymaganiami SWZ.

Już chociażby z wyżej przywołanych pytań wynika, iż w części z nich Zamawiający nie wymagał przedkładania żadnych dodatkowych dokumentów, a w części żądał jedynie samodzielnie przygotowanych wyliczeń bądź metodyki, uzupełniających oświadczenia, których celem pozostawało wyjaśnienie treści oferty.



Nie znajdują przy tym zastosowania twierdzenia Odwołującego dotyczące zakresu stosowania przepisów Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), mając na uwadze, że zakres wezwania z dnia 10 listopada 2022 r. nie dotyczył złożenia podmiotowych środków dowodowych.

#### **Zarzut nr 8**

W tym miejscu należy wskazać, że w ramach wyjaśnień treści oferty Zamawiający nie jest pozbawiony uprawnienia do wyjaśnienia oświadczeń w zakresie cen przywołanych w formularzu wykazu płatności, w szczególności jeżeli powziął wątpliwość czy Odwołujący wziął pod uwagę wszystkie elementy, które powinny być ujęte w ramach tej kategorii kosztów, gdyż jak już wyżej wskazano – formularz cenowy również stanowi treść oferty.

W definicji „Kosztów Wymagań Ogólnych”, wbrew twierdzeniom Odwołującego mieszczą się między innymi koszty związane z obowiązkami zdefiniowanymi w wymaganiach specyfikacji D-M-T-A-00.00.00 Wymagania ogólne. Składając zatem ofertę i celem zachowania jej zgodności z treścią SWZ, konieczne było uwzględnienie między innymi w Kosztach Wymagań Ogólnych konkretnych pozycji, których dotyczyły pytania objęte Zarzutem nr 8.

#### **X. Zarzut nr 9**

W ocenie Zamawiającego pytania kwestionowane przez Odwołującego w ramach Zarzutu nr 9 w żadnym zakresie nie doprowadziłyby do rozszerzenia zakresu oferty, a jedynie zostały zadane celem uzyskania wyjaśnienia co do kwestii, które również Odwołujący winien wziąć pod uwagę na etapie sporządzania oferty. Odwołujący winien bowiem wziąć pod uwagę m.in. konieczność ewentualnego udziału w czynnościach związanych z egzekucyjnym przejęciem nieruchomości, których to dotyczy przywołane na str. 50 Odwołania pytanie nr 26. **Nie jest więc tak, że Zamawiający chce się „upewnić” czy Wykonawca przyjmie na siebie obowiązki i ryzyka, które nie wynikają z SWZ.** Co więcej, takie twierdzenia Odwołującego jedynie potwierdzają wątpliwości Zamawiającego, bowiem zdają się wskazywać na to, iż Odwołujący nie ma wiedzy o ciężących na nim obowiązkach wynikających z realizacji inwestycji, której dotyczy Postępowanie. Jak wynika z fragmentu specyfikacji D-M-T-A-00.00.00 Wymagania ogólne:

1.5.1. Przekazanie Placu Budowy

*„(...) Wykonawca pisemnie potwierdzi konieczność egzekucyjnego przejęcia nieruchomości i będzie w nim uczestniczył, zapewniając niezbędne zasoby, tj. zasoby umożliwiające wstęp na ogrodzoną nieruchomość i otwarcie budynków (zasoby ludzkie oraz narzędzia, np. szlifierka kątowa, łom), zasoby umożliwiające odłączenie mediów (zasoby ludzkie – personel posiadający stosowne uprawnienia branżowe oraz narzędzia). Potwierdzenie konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości może nastąpić po podjęciu próby rozpoczęcia robót (pierwszych czynności w ramach Robót) na danej działce.*

*W przypadku braku możliwości przeprowadzenia robót Wykonawca sporządzi notatkę umożliwiającą wszczęcie postępowania egzekucyjnego. Notatka winna być sporządzona z udziałem właściciela/użytkownika wieczystego/władającego. Winno z niej wynikać, że Wykonawca zamierzał przeprowadzić roboty na danej działce, jednak właściciel/użytkownik wieczysty/władający uniemożliwił wykonanie tych robót. Notatka winna być opatrzona datą i miejscem sporządzenia oraz podpisami przedstawiciela Wykonawcy i właściciela/użytkownika wieczystego/władającego, względnie adnotacją o odmowie złożenia podpisu. (...).”*

Powyższe twierdzenia dotyczą także przykładowo zaskarżonego pyt. 53, którego treść nie obejmuje żadnych elementów, dokumentacji bądź rozwiązań wykraczających poza obowiązki Odwołującego wynikające z dokumentacji przetargowej, które zostały jasno zdefiniowane w specyfikacji SP.30.40.00 Mapa z pomiaru powykonawczego dróg wraz z odtworzeniem granic pasa drogowego.

## **XI. Zarzut nr 10, 11 i 12**

Przechodząc do kwestii związanej z terminem na złożenie wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 listopada 2022 r., wskazać trzeba, iż Zamawiający uwzględniając podnoszony przez Wykonawcę brak możliwości procedowania nad odpowiedziami do dnia 14 listopada 2022 r., wydłużył uprzednio wyznaczony dwutygodniowy termin na złożenie wyjaśnień do 28 listopada 2022 r., tak aby zapewnić Odwołującemu możliwość odpowiedzi w pierwotnie zakładanym terminie. Jednocześnie, w ocenie Zamawiającego, termin ten jest wystarczający na złożenie przedmiotowych wyjaśnień. Sam bowiem Odwołujący zauważył, iż duża część pytań wymagała jedynie udzielenia odpowiedzi twierdzącej bądź negatywnej przez Odwołującego. Mając natomiast na uwadze, że wszystkie kwestie, o które dopytuje Zamawiający, winny być przewidywane przez Odwołującego już na moment składania oferty, Zamawiający nie dostrzega również konieczności angażowania (w ocenie Zamawiającego - ponownie) zespołu projektantów, kosztorysantów czy konsultantów technicznych, w powoływanym przez Zamawiającego zakresie i wymiarze. **W szczególności, iż Odwołujący**

**ostatecznie złożył odpowiedzi na pytania w dniu 28 listopada 2022 r., zarzuty w tym zakresie pozostają bezzasadne.**

## **XII. Podsumowanie**

Podsumowując stanowisko Zamawiającego, podkreślenia wymaga, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, celem pytań zadanych w ramach wezwania z dnia 10 listopada 2022 r. jest wyłącznie chęć wyjaśnienia oferty Wykonawcy, a zarazem zapewnienia udzielenia zamówienia podmiotowi, którego oferta rzeczywiście pozostaje zgodna z SWZ, wobec złożonych w tym zakresie w ofercie oświadczeń. W szczególności przedmiotowe pytania nie ograniczają w żaden sposób dozwolonej prawnej i dokumentacją przedmiotowego postępowania swobody Wykonawcy ani nie rozszerzają treści oferty. Wszystkie bowiem pytania dotyczą kwestii, w tym także ryzyk, koniecznych do uwzględnienia przed złożeniem oferty, a zarazem nie skutkują narzuceniem metody realizacji poszczególnych etapów zamówienia.

### **Stan faktyczny ustalony przez Izbę:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 lipca 2022 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 127-360282.

W dniu 21 listopada 2022 r. wykonawca KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Turcji działający przez KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegającej na wezwaniu Wykonawcy dnia 10 listopada 2022 r. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Jawornik - Lutcza dł. ok. 5,25 km”, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, w szczególności będący przejawem szerszych, niezrozumiałych działań Zamawiającego względem Wykonawcy, mogących ograniczać konkurencję, pomimo posiadanej przez Wykonawcę renomy oraz bogatego doświadczenia, poprzez:

A. zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty pomimo wymogu określonego w art. 223 ust. 1 PZP;

B. zażądanie w sposób nieprecyzyjny o „wyczerpującą i szczegółową informację dotyczącą sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji Zamówienia w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które uważacie Państwo za istotne”;

C. zażądanie od Wykonawcy w ramach wyjaśnień „dołączenia pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji”, które Wykonawca zawrze w odpowiedziach;

D. zażądanie udzielenia odpowiedzi przez Wykonawcę aż na 175 często nadmiernie szczegółowych, dobranych według nieznanego klucza pytań (uwzględniając podpunkty – kilkaset pytań) wraz z żądaniem pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji i wskazanie nieadekwatnie krótkiego 14-dniowego terminu na odpowiedź, wysłanie wezwania dnia 10 listopada 2022 r. na koniec dnia pracy, a więc przed Świętem Niepodległości 11 listopada, a następnie nierozpatrzenie wniosku o przedłużenie terminu do udzielenia wyjaśnień aż do dnia 21 listopada 2021 i przedłużenie terminu w sposób nieadekwatny do zakresu odpowiedzi do dnia 28 listopada 2022 r., a więc zaledwie o 2 dni robocze.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

- 1. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 1, 2, 3, 22, 26, 28, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 56, 62, 71, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 87, 88, 93, 94, 95, 96, 104, 106, 108, 113, 114, 115, 119, 120, 122, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 151, 153, 154, 156, 161, 162, 165, 166, 167, 169, 170, 173** poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ nie dotyczyły treści oferty, a zupełnie innych kwestii, nie znajdujących żadnego odzwierciedlenia w treści oferty i na ogół PFU, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;
- 2. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 64, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91,**

92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 152, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175 poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wymagały potwierdzenia zgodności treści oferty jedynie z poszczególnymi wymogami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), w szczególności z Programem Funkcjonalno-Użytkowym (dalej: PFU), choć wykonawcy w ofercie składają ogólne oświadczenie w pkt 12 Oferty, że zapoznali się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązują się, w przypadku wyboru ich oferty, do zawarcia umowy zgodne, z ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

3. **art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP oraz art. 224 ust. 1 do 6 PZP w odniesieniu do pytań nr 14, 5, 6, 7, 21, 29, 68, 26, 93, 104, 105, 112, 115, 119, 124, 143, 162, 175**, poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wymagały potwierdzenia **ujęcia w kosztach oferty** niektórych obowiązków Wykonawcy wynikających z SWZ, w szczególności PFU, podczas gdy wątpliwości w tym zakresie nie sposób wyczytać z treści oferty, poza podaną w niej ceną, co stanowi naruszenie oraz obejście przepisów o badaniu rażąco niskiej ceny (dalej: RNC), co stanowi uregulowaną w art. 224 PZP odmienną procedurę od wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 PZP, a ponadto w pkt 12 oferty Wykonawca oświadczył, że zrealizuje umowę zgodnie z SWZ, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;
4. **art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 2, 63, 71, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 95, 96, 104, 106, 108, 113, 114, 115, 120, 122, 125, 143, 144, 149, 166, 168, 170, 171** poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ dotyczyły szczegółowych informacji technicznych, na które to pytania **nie**

**jest możliwe udzielenie odpowiedzi przed rozpoczęciem, skomplikowanego i długotrwałego procesu projektowego**, rozłożonego na 14 miesięcy (Kamień Milowy nr 1 zgodnie z dokumentem Dane Kontraktowe) a co za tym idzie, Wykonawca na etapie przetargu nie może być zobowiązany do ich udzielenia, względnie pytania te dotyczą swobody projektowej Wykonawcy w ramach zamówienia typu Zaprojektuj i wybuduj i stanowią próbę nieuzasadnionego ograniczenia tej swobody na etapie przetargu, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

**5. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 2, 3, 22, 45, 48, 57, 72, 81, 85, 125, 126, 127, 133, 134, 135, 137, 138, 140** poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ dotyczyły fazy realizacji zamówienia publicznego, w szczególności obejmując przyszłe i niepewne zdarzenia, jak również dotyczyły informacji, czy Wykonawca skorzysta ze swoich praw na gruncie umowy (np. w jakiej kwocie przewiduje ubieganie się o zaliczkę), co nie ma żadnego związku z treścią oferty, odpowiedź na takie pytania nie może nawet teoretycznie świadczyć o zgodności lub jej braku oferty wykonawcy z treścią SWZ.

**6. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 14, 16, 17, 21, 22, 28, 46, 49, 52, 53, 60, 61, 64, 65, 68, 71, 77, 83, 84, 85, 90, 93, 94, 95, 96, 117, 131, 132, 133, 141, 147, 150, 151, 155** poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ były nakierowane na uniknięcie skutków przyszłych roszczeń Wykonawcy na gruncie warunków kontraktowych FIDIC, w szczególności tych wynikających z Nieprzewidywalnych warunków fizycznych (Subklauzula 4.12 Warunków Ogólnych i Szczególnych Kontraktu – dalej: WSK), Siły wyższej (Klauzula 18 WSK) oraz Zmiany (Subklauzula 13.1 WSK), względnie przerzucenia ryzyk Zamawiającego wynikających z WSK na Wykonawcę, bądź też nałożenia na niego ryzyk, które w ogóle nie zostały ujęte w WSK, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

**7. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP, a także**

przepisów Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w odniesieniu do pytań nr 23, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 54, 55, 57, 61, 63, 65, 74, 85, 86, 91, 93, 95, 117, 120, 126, 126, 128, 133, 139, 142, 144, 154, 156 poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ dotyczyły przedłożenia dodatkowych dokumentów lub opracowań projektowych, do których sporządzenia oraz przedłożenia Wykonawca nie jest zobowiązany na etapie przetargu, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert, a ponadto przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy określają w sposób enumeratywny dokumenty, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców w toku przetargu;

8. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 40, 66, 68, 77, 83, 121 poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ dotyczyły **przypisania kosztów do kosztów Wymagań ogólnych**, podczas gdy to SWZ winna przesądzać, co należy zaliczać do kosztów Wymagań ogólnych celem prawidłowej alokacji kosztów przez wykonawców, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;
9. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP w odniesieniu do pytań nr 5, 7, 8, 14, 15, 26, 28, 35, 39, 49, 52, 53, 56, 60, 6, 85, 86, 91, 96, 126, 133, 141, 151, 156, 167, 175 poprzez zadanie Wykonawcy pytań, które nie dotyczyły wątpliwości co do treści złożonej oferty zgodnie z wymogiem z art. 223 ust. 1 PZP, w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ mogą poszerzać zakres oferty, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

**10. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP** poprzez zażądanie w sposób nieprecyzyjny i naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji *„wyczerpującej i szczegółowej informacji dotyczącej sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na sposób realizacji Zamówienia w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które uważacie Państwo za istotne”*, podczas gdy Zamawiający jest zobowiązany do precyzyjnego, jednoznacznego i wyczerpującego sformułowania pytań w ramach żądania wyjaśnień co do treści oferty, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

**11. art. 16 pkt 1-3 PZP, art. 137 ust. 1 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP** poprzez zażądanie w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji od Wykonawcy w ramach wyjaśnień *„dołączenia pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji”*, które Wykonawca zawarł w odpowiedziach, podczas gdy Wykonawca w ramach wyjaśnień do treści oferty nie jest zobowiązany na etapie przetargu do przedkładania tego typu dowodów w postaci złożonych opracowań projektowych, co może powodować niedopuszczalną zmianę SWZ po terminie składania ofert;

**12. art. 16 pkt 1-3 PZP oraz art. 223 ust. 1 PZP** poprzez zażądanie w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji od Wykonawcy udzielenia odpowiedzi przez Wykonawcę aż na 175 wysokospecjalistycznych pytań (uwzględniając podpunkty – kilkaset pytań) wraz z żądaniem pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji i wskazanie nieadekwatnie krótkiego 14-dniowego terminu na odpowiedź, wysłanie wezwania dnia 10 listopada 2022 r., a więc przed Świętem Niepodległości 11 listopada, a następnie przewlekłe rozpatrywanie wniosku o przedłużenie terminu do udzielenia wyjaśnień i przedłużenie terminu jedynie o dwa ni robocze, co uniemożliwia złożenie rzetelnych wyjaśnień.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę **KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi z siedzibą w Ankarze (Turcja) działający przez KOLİN İnşaat, Turizm, Sanayi ve Ticaret S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie**, ul. Progi 1 lok.3, 00-634 Warszawa, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba stwierdziła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: **Gülermak Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie**,



**Budimex S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Ankarze (Turcja) oraz Konsorcjum firm: NDI SOPOT Spółką Akcyjną z siedzibą w Sopocie, „DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş (Spółka Akcyjna) z siedzibą w Stambule (Turcja) zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.**

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego **NDI S.A (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT Spółką Akcyjną z siedzibą w Sopocie (Partner Konsorcjum), „DOĞUŞ İNŞAAT VE TİCARET A.Ş (Spółka Akcyjna) z siedzibą w Stambule (Turcja) – Partner Konsorcjum, reprezentowani przez NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.**

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego **Gülermak Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońska 88, 00-992 Warszawa, Budimex S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Ankarze (Turcja), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.**

Przystępujący Konsorcjum firm: **Gülermak Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Budimex S.A. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, Gülermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhüt A.Ş. (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Ankarze (Turcja) pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2022 r. (pismo z dnia 2 grudnia 2022 r.) wnosił o oddalenie odwołania w całości.**

#### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy PZP, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 - 6 ustawy PZP:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w

ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba w pierwszej kolejności odniesie się do braku interesu do wniesienia odwołania po stronie Odwołującego. Izba nie zgadza się z Zamawiającym i Przystępującym, że Odwołujący takiego interesu nie ma i nie może ponieść szkody. Izba zważa, że gdyby Odwołujący nie zaskarżył wezwania Zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r., a Zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień odrzuciłby ofertę Odwołującego jako niezgodną z SWZ, to w takim przypadku Odwołujący nie kwestionując ww. wezwania, poniósłby właśnie szkodę, bo nie uzyskałby zamówienia. Natomiast, gdyby Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, to termin na udzielenie odpowiedzi by minął, co skutkowałoby tym, że Odwołujący straciłby ponownie szanse na uzyskanie zamówienia, bo przecież termin na udzielenie odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie mógłby zostać przywrócony.

Izba zwraca uwagę, że istotą sporu było, czy Zamawiający w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, mógł zadać pytania w ramach wyjaśnień co do złożonej treści oferty przez Odwołującego, która to oferta została sporządzona na formularzu ofertowym sporządzonym przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że Odwołujący w treści oferty oświadczył m.in.:

**„1. SKŁADAMY OFERTĘ** na wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia dla niniejszego postępowania (SWZ).

**2. OŚWIADCZAMY**, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniami i zmianami SWZ przekazanymi przez Zamawiającego i uznajemy się za związanych określonymi w nich postanowieniami i zasadami postępowania.

**3. OFERUJEMY** wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto: **1 849 563 300 ,00 zł (słownie złotych: Miliard osiemset czterdzieści dziewięć milionów pięćset sześćdziesiąt trzy tysiące trzysta złotych 00/100)** zgodnie z załączonym do Oferty Wykazem Płatności.

**12. OŚWIADCZAMY**, że zapoznaliśmy się z Warunkami Kontraktu, określonymi w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Izba zważa, że przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP, jest przepisem, który jest uprawnieniem i jednocześnie obowiązkiem Zamawiającego, ale materializuje się wyłącznie w przypadku powstania wątpliwości, co do treści złożonej oferty, co do sposobu jej rozumienia. Niewątpliwie dyspozycja art. 223 ust. 1 ustawy PZP nie daje Zamawiającemu nieograniczonej swobody w formułowaniu pytań do wykonawcy, jak podnosił Zamawiający na rozprawie. Nie oznacza to przy tym, że przepis ten jest przepisem „martwym” jak akcentował Zamawiający. Zastosowanie art. 223 ust. 1 ustawy PZP materializuje się w wielu stanach faktycznych, szczególnie w postępowaniach, w których Zamawiający wymaga jednoznacznego wyspecyfikowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w ofercie, chociażby poprzez podanie określonych parametrów, a Zamawiający w toku oceny ofert dostrzega wątpliwości co do zgodności wskazanych w ofercie parametrów z opisem przedmiotu zamówienia, które jednak udaje się wyeliminować poprzez uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień.

Można sobie zadać pytanie: W którym miejscu oświadczenie Odwołującego budziło wątpliwości Zamawiającego i jaka jest wada tego oświadczenia woli Odwołującego?

Izba zważa, że Odwołujący potwierdzając zgodność oferty z wymaganiami SWZ, nie spowodował, że treść jego oferty była niejasna, niezrozumiała, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne. Co więcej, treść oferty Odwołującego była tożsama z treścią ofert

innych Wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, którzy nie zostali wezwani do wyjaśnień.

Izba doszła do przekonania, że pytania zadane w ramach wezwania do wyjaśnień przez Zamawiającego z dnia 10 listopada 2022 r. nie spełniają przesłanek zasadności ich zadania na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ treść oferty Odwołującego jest jasna i klarowna, a podstawą wyjaśnień co do treści złożonej oferty jest powzięcie wątpliwości przez Zamawiającego w zakresie jej treści.

Izba dostrzega, że dyspozycja art. 223 ust. 1 ustawy PZP nie zawiera stwierdzenia, że Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienia w przypadku „wątpliwości”, jak w art. 224 ust. 1 ustawy PZP, na co zwracał uwagę Zamawiający i Przystępujący. Niemniej jednak, w ocenie Izby przepis ten referuje w sposób oczywisty do sytuacji, kiedy treść oferty zawiera niejasności, których nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie na skutek złożenia przez wykonawcę wyjaśnień. Inaczej mówiąc, przepis dotyczy stanów faktycznych, w których po stronie Zamawiającego powstają wątpliwości co do znaczenia treści wyrażonej w ofercie. W doktrynie i orzecznictwie akcentuje się, że zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione wyłącznie, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla Zamawiającego. Zamawiający jest zatem uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości, przykładowo co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia. W tym znaczeniu wyjaśnianie treści oferty zmierza do wyeliminowania wewnętrznych sprzeczności. Niedozwolone jest w tym trybie uzupełnianie ofert, czy też negocjowanie ich treści, co w konsekwencji prowadziłoby do zmiany treści oferty: „Procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą się więc sprowadzać do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert” (tak W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

Izba zgadza się z Odwołującym, że w formule zaprojektuj i buduj decyzje co do szczegółów wykonania zamówienia zapadają na etapie projektowania, a na dzień składania ofert Wykonawca dokonuje pewnych przybliżeń i założeń. Tym samym rację ma Odwołujący, że „skąd ma w chwili obecnej wiedzieć, jaka będzie grubość ścianek tunelu”, ponieważ może się okazać po badaniach geotechnicznych i innych, że: „ścianki tunelu są cięższe, a z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że zaoferował grubsze, tym samym Zamawiający może się nie zgodzić na zmniejszenie grubości ścianki tunelu, bo Wykonawca zobowiązał się do zapewnienia

odpowiedniej grubości ścianek tak, by tunel spełniał wymagania SWZ, co będzie implikowało na późniejszą możliwość odmowy roszczeń ze strony Wykonawcy”.

Izba zgadza się również z Odwołującym, który oświadczył na rozprawie, że: „Jeżeli Zamawiający uważa, że niektóre elementy są na tyle istotne, że należy w stosunku do nich dodatkowo dopytywać, mimo jednoznacznego zapewnienia w treści oferty oferowanego przedmiotu zamówienia w SWZ, to niech to wpisze do formularza ofertowego lub PFU w bardziej konkretny sposób”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba doszła do przekonania, że zadawane przez Zamawiającego pytania nie mają nic wspólnego z treścią oferty, lecz w istocie mają na celu przede wszystkim zapewnienie Zamawiającemu m.in. określonego sposobu wykonania zamówienia wbrew swobodzie projektowej Wykonawcy przyznanej w SWZ, a zwłaszcza w PFU; przerzucenia na Wykonawcę określonych ryzyk, które nie wynikają z SWZ, w szczególności z warunków kontraktowych czy zabezpieczenia się przed roszczeniami Wykonawcy przysługującymi mu na gruncie warunków kontraktowych FIDIC.

Izba zwraca uwagę, że przedmiotem oferty jest zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej na S19 na odcinku Jawornik-Lutcza dł. ok. 5,25 km, natomiast nie budowa przyłącza do tunelu o określonej długości, nie decyzja co do skorzystania z zaliczki, matryca rozkładu ryzyka, które mają stanowić jakoby o wątpliwościach Zamawiającego. Jako przykłady Izba wskazuje pytania nr 48, 24, 68:

48. „Jakie ilości środków finansowych Wykonawca zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe? Czy będą to środki własne czy pochodzące z kredytu, jeżeli z kredytu, to czy Wykonawca będzie posiadał uruchomioną linię kredytową lub wstępną umowę kredytową?

24. „Prosimy o potwierdzenie, że w cenie Oferty Wykonawca uwzględnił wszystkie wymagania Zamawiającego wynikające z dokumentu Gwarancja Jaskości (GJ)”.

68. „Prosimy o wskazanie, czy Wykonawca uwzględnił w Cenie Ofertowej ryzyka związane z koniecznością uzyskania (przed złożeniem wniosku o ZRID) i przekazania do Zamawiającego, wszelkich uzgodnień i pozytywnych opinii dotyczących Dokumentacji Bezpieczeństwa Tunelu wymaganych w świetle obowiązujących przepisów i zapisów Programu Funkcjonalno-Użytkowego (m.in. ze strony służb ratunkowych takich jak policja, pogotowie ratunkowe i straż

pożarna; lotnicze pogotowie ratunkowe, Wojewoda Podkarpacki, inżynier kontraktu, ITD., inspektor ppoż).

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 sierpnia 2021 r., sygn. akt. KIO 1466/21, celem procedury wyjaśnień treści oferty: *„jest ustalenie szczegółów przedmiotu oferty. Dodatkowo nie ma też być narzędziem doprowadzenia do eliminacji poprawnej początkowo oferty, co przy zadaniu wykonawcy odpowiedniej liczby odpowiednio skomplikowanych pytań przy odpowiednio skomplikowanym przedmiocie zamówienia jest stosunkowo łatwe do wykonania – łatwo tu bowiem o omyłkę lub błąd, jak też gdy dane pytania następnie odniesie się do innego elementu niż dotyczyło pytanie czy odpowiedź”*.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że w niniejszej sprawie ze względu na formułę projektuj i buduj, każdy z wykonawców ma zaprojektować przedmiot zamówienia zgodny z dokumentami zamówienia, a następnie go wykonać, w przeciwieństwie do dostaw czy usług, gdzie może zaistnieć wątpliwość co do parametrów danego sprzętu, systemu z wymaganiami określonymi w SWZ. To na etapie budowania (wykonywania) mogą się pojawić wątpliwości co do dokumentacji, przedstawionych rozwiązań, które muszą być zgodne z SWZ czy PFU.

Poza tym, Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, mógłby wyjaśniać cenę (w kontekście zarzutów nr 3 i 4), bowiem „jego treść w żaden sposób kwotowo czy procentowo nie ogranicza Zamawiającemu możliwości wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny”, a formularz cenowy stanowi „element oferty i jego treść może być wyjaśniana w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP”. Nadto stwierdzenia Zamawiającego, że: „jeżeli natomiast Wykonawca powziął wątpliwość co do zakresu pojęcia „koszty ogólne”, którym Zamawiający posługuje się w treści wezwania z dnia 10 listopada 2022 r. (a które w opinii Zamawiającego pozostawało jasne), to mógł w tym zakresie wnieść o wyjaśnienie treści wezwania, czego nie uczynił”, w ocenie Izby nie można zgodzić się również z takim stanowiskiem, ponieważ to na Zamawiającym spoczywa obowiązek, aby zadane pytanie było konkretne, jasne i zrozumiałe dla wszystkich wykonawców (w tym dla Odwołującego) przy zachowaniu wątpliwości co do złożonej treści oferty.

Zgodnie bowiem z art. 224 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z



odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Tym samym wyłącznie art. 224 ustawy PZP służy wyjaśnieniu czy zawarta w treści oferty cena jest rażąco niska ceny lub budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a nie art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

W tym miejscu, Izba odniesie się do poszczególnych zarzutów zawartych w odwołaniu.

W zakresie zarzutu 1, Izba wskazuje, że pytania te nie odnoszą się do wątpliwości co do treści złożonej oferty. Jako przykład Izba wskazuje na pytanie nr 3:

3. *„Czy Wykonawca zamierza skorzystać z możliwości uzyskania zaliczki. Jeżeli tak, to w jakim terminie i w jakiej wysokości”.*

Zgodnie z art. 442 ust. 1 PZP *„Zamawiający może udzielić zaliczek na poczet wykonania zamówienia, jeżeli możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia”.* Tym samym pytanie to dotyczy uprawnienia wykonawcy na gruncie umowy o zamówienie publiczne, z którego wykonawca może, a nie musi skorzystać. To samo dotyczy pytań o zasoby sprzętowe i personel oraz specjalności zespołów oddelegowanych do określonych zadań czy ryzyk. Izba zwraca uwagę, że ocena ryzyk może wpływać na wycenę oferty, ale ta wycena może budzić wątpliwości wyłącznie w aspekcie rażąco niskiej ceny, na podstawie art. 224 ustawy PZP, a nie art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Izba wskazuje, że rację ma Odwołujący, iż: *„Jeśli Zamawiający chciałby sobie zapewnić określony sposób wykonania zamówienia, w aspekcie powyższych pytań, to winien to zawrzeć w SWZ konkretne wymagania w tym zakresie, a nie zadawać pod tym kątem pytań, które nie są w żadnej mierze związane z ofertą”.*

W zakresie zarzutu 2 i 3, Izba wskazuje, że Zamawiający zadaje pytania o potwierdzenie uwzględnienia w ofercie różnorodnych obowiązków wynikających z SWZ, aspektów ujęcia w kosztach oferty bardzo szczegółowych i specyficznych wymagań PFU i jak słusznie zauważył Odwołujący *„tak jakby chciał się upewnić, czy „aby na pewno” wykonawca uwzględnił wszystkie te obowiązki w ofercie”,* przy czym w ocenie Izby pytania te nie wynikają z wątpliwości co do treści oferty. Jako przykład Izba wskazuje pytania nr 4, 11, 50, 73, 118, 141, 6, 21, 93, 104, 115, 119, 175 :

4. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszty utrzymania placu budowy do czasu przejęcia robót przez Zamawiającego?

11. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt usunięcia i utylizacji odpadów z placu budowy?

50. Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie konieczność uzyskania w imieniu Zamawiającego wszelkich opinii, warunków technicznych, uzgodnień, pozwoleń, decyzji i zgód, ewentualnych odstępstwa niezbędnych do wykonania Kontraktu.

73. Czy Wykonawca przewidział i wycenił zastosowanie zabezpieczeń przeciw upadkowi osób z wysokości przez prześwit między krawędziami sąsiadujących pomostów. Proszę podać, na których obiektach zastosowane będą powyższe zabezpieczenia.

118. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania Systemu Zarządzania Ruchem w Tunelu?

141. Czy Wykonawca uwzględnił w Ofercie fakt, iż parametry techniczne dla projektowania i wykonania przedmiotowej inwestycji określone w PFU i załącznikach do PFU, należy traktować jako minimalne?

6. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt zorganizowania przed wjazdami/wyjazdami z placu budowy stanowisk do czyszczenia/mycia samochodów/opon samochodowych? Jeżeli tak, prosimy o wskazanie ile takich stanowisk Wykonawca uwzględnił w swojej wycenie.

21. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt budowy tymczasowych dróg technologicznych, dojazdów do placu budowy, koszt zapewnienia dojazdu do wszystkich działek sąsiadujących z projektowanym pasem drogowym przez cały czas trwania budowy? Proszę o opisanie planowanych działań przyjętych w Ofercie.

93. Czy Wykonawca przewidział w cenie ofertowej system ANPR do rozpoznawania tablic rejestracyjnych w obrębie tunelu? Jeżeli tak, prosimy o informacje czy system ANPR będzie posiadał możliwość rozpoznawania tablic ADR, a tym samym identyfikowania pojazdów przewożących niebezpieczne materiały, oraz wyszczególnienie elementów systemu.

104. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania indywidualnej sieci wodociągowej i przepompowni wody, zasilającej tunel w wodę? Proszę o podanie długości oraz lokalizacji planowanego przyłącza wraz z podaniem właściwego gestora od którego zostanie dostarczana woda.

115. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania przejazdu poprzecznego między nawami tunelu? Jeżeli tak, prosimy o informacje dotyczące przyjętych w cenie ofertowej wymiarów przejazdu, lokalizacji (km) , parametrów technicznych drzwi/bramy zamykającej, a także informację czy Wykonawca uwzględnił w Cenie ofertowej konieczność zapewnienia przejezdności pojazdów ratowniczo-gaśniczych przez przejazd poprzeczny między nawami tunelu?

119. Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania dodatkowej ochrony konstrukcji tunelu, poprzez zastosowanie dedykowanych do tuneli materiałów ogniochronnych, w celu zagwarantowania zachowania wymogów użytkowych na wymagany przepisami okres trwałości tunelu, uwzględniając przyjętą jak wymóg przez Zamawiającego w tunelu kategorię A (według ADR) i moc pożaru 100 MW? Jeżeli tak, prosimy o podanie ich rodzaju i grubości, jaką Wykonawca przyjął w Cenie Ofertowej.

175. Czy Wykonawca w Ofercie uwzględnił konieczność zapewnienia sprawnego działania systemów i urządzeń, w tym zapewnienie okresowych przeglądów gwarancyjnych, konserwacji oraz serwisu zgodnie ze wskazaniem i udzieloną gwarancją producenta jak i poniesie wszelkie koszty związane z prowadzeniem tych czynności w okresie trwania gwarancji?

Nadto Izba wskazuje, że powyższe przykładowe pytania mogą doprowadzić do ograniczenia przyznanej Wykonawcy na gruncie PFU swobody projektowej w ramach formuły zaprojektuj i wybuduj.

W zakresie zarzutu 4, Izba wskazuje, że są to pytania uszczegóławiające specjalistyczne rozwiązania projektowe, na które to pytania, jak słusznie zauważył Odwołujący „nie jest możliwe udzielenie odpowiedzi przed przeprowadzeniem całego, skomplikowanego i długotrwałego procesu projektowego”, tym bardziej, że każdy z Wykonawców kalkuluje swoje ryzyka kontraktowe właśnie w oparciu o stopień swobody projektowej, jaką Zamawiający przyznaje mu w ramach PFU. Jako przykład Izba wskazuje pytanie nr 83, 87, 91, 96 czy 114:

83. *Podać jaką grubość obudowy wstępnej i ostatecznej przewiduje Wykonawca w dostosowaniu do wybranej metody drążenia i opisać technologię i materiały, z których zostaną wykonane.*

87. *Czy Wykonawca przewidział w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania w tunelu zasilania rezerwowego z agregatów prądotwórczych o mocy wystarczającej do zasilenia całego wyposażenia i wszystkich urządzeń w tunelu i jego obrębie (również wentylacji) przez okres minimum 8 godzin? Jeżeli tak, prosimy o podanie mocy urządzeń i podstawowych parametrów technicznych.*

91. *Prosimy o przedłożenie analizy, potwierdzającej, że przyjęty przez Wykonawcę przekrój tunelu jest wystarczający do zamontowania znaków świetlnych z zachowaniem wymaganej skrajni i wymaganiami SWZ.*

96. *Prosimy o przedstawienie ilości, lokalizacji wentylatorów strumieniowych, oddzielnie dla każdej z dwóch naw tunelu drogowego.*

114. *Czy Wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej konieczność zaprojektowania i wykonania przejść poprzecznych pomiędzy nawami tunelu? Jeżeli tak, prosimy o poniższe informacje przyjętych w cenie ofertowej przejść poprzecznych w tunelu, dotyczące:*

*\* ilości przejść poprzecznych,*

*\* założonych odległości między przejściami poprzecznymi,*

*\* parametrów przejść poprzecznych (szerokość i wysokość),*

*\* parametrów technicznych drzwi zamykających przejścia.*

W zakresie zarzutu 5, Izba wskazuje, że dotyczą one przyszłych i niepewnych zdarzeń, których Wykonawca nie może przewidzieć ich zaistnienia, a tym samym ograniczają swobodę projektową Wykonawcy, która jest mu zagwarantowana w zapisach SWZ, w szczególności PFU. W ocenie Izby, Zamawiający nie może żądać od Wykonawcy przedstawienia wyczerpującej listy ryzyk, które Wykonawca w ocenie Zamawiającego powinien był wycenić. Jako przykład Izba wskazuje pytania nr 3, 45, 48, 126:

3. *Czy Wykonawca zamierza skorzystać z możliwości uzyskania zaliczki. Jeżeli tak, to w jakim terminie i w jakiej wysokości.*

*45. Czy Wykonawca posiada wiedzę o ryzykach związanych z zakresem umowy planowanym do podzlecenia? Jeśli tak, to prosimy o określenie tych ryzyk wraz z opisaniem metodyki ich identyfikacji i sposobu działań w przypadku ich wystąpienia.*

*48. Jakie ilości środków finansowych Wykonawca zamierza zaangażować do chwili wystawienia pierwszej faktury za prace projektowe? Czy będą to środki własne czy pochodzące z kredytu, jeżeli z kredytu, to czy Wykonawca będzie posiadał uruchomioną linię kredytową lub wstępną umowę kredytową?*

*126. Prosimy o szczegółowe przedstawienie ryzyk jakie zostały założone w trakcie przygotowania oferty zarówno dla etapu opracowywania dokumentacji projektowej, jak i prowadzonych na ich podstawie robót budowlanych oraz środków zaradczych określonych przez Wykonawcę na podstawie przekazanych przez Zamawiającego danych, własnego doświadczenia Wykonawcy oraz wizji lokalnej w terenie, mających wyeliminować te ryzyka.*

W zakresie zarzutu 6, Izba wskazuje, że są to pytania, które mogą mieć na celu uniknięcie przez Zamawiającego roszczeń Wykonawcy przysługujących mu na gruncie Warunków Kontraktowych FIDIC, w szczególności tych wynikających z Nieprzewidywalnych warunków fizycznych (Subklauzula 4.12 WSK), Siły wyższej (Klauzula 18 WSK) oraz Zmiany (Subklauzula 13.1 WSK), czy przerwania ryzyk Zamawiającego wynikających z WSK na Wykonawcę, bądź też nałożenia na Wykonawcę ryzyk, które w ogóle nie zostały ujęte w WSK.

Izba stoi na stanowisku, że wykonawcy dokonując wyceny swoich ofert w oparciu o treść PFU oraz roszczeń przyznanych im w ramach WSK, a także w oparciu o rozkład ryzyk, Zamawiający nie może po złożeniu przez Wykonawców ofert zadawać pytania, które są nakierowane na minimalizację ryzyka dochodzenia roszczeń przez Wykonawcę w trybie Subklauzuli 4.12 (Nieprzewidywalne warunki fizyczne) czy Siły wyższej (Klauzula 18 WSK). Powodowałoby to sytuację, w której Wykonawca byłby zmuszony wkalkulować w swojej ofercie koszty nadzwyczajnych ryzyk, gdzie warunki kontraktowe FIDIC w zakresie roszczeń z tytułu Siły Wyższej go do tego nie obligują. Jako przykład Izba wskazuje pytanie nr 8, 15:

*8. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt utrzymania placu budowy w stanie bez wody stojącej?*

*15. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt inwentaryzacji wszystkich ujęć wód podziemnych (studnie, źródła itp.) co najmniej zinwentaryzowanych i wskazanych w*

*SWZ, oraz prowadzenia monitoringu tych ujęć wód? Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt zaspokojenia ewentualnych roszczeń wynikających z obniżenia zwierciadła wody w studniach w gospodarstwach domowych zlokalizowanych w okolicy projektowanej trasy S19 (w szczególności Tunelu T-2), ewentualnie całkowitego zaniku wody w studniach lub koszt ubezpieczenia? Czy Wykonawca uwzględnił w takich przypadkach w kosztach ogólnych koszt zapewnienia doraźnej dostawy wody pitnej do gospodarstw, a docelowo zapewnienia gospodarstwu stałego źródła wody poprzez podłączenie gospodarstw domowych do sieci wodociągowej lub wykonanie studni o parametrach i ilości wody nie gorszych niż dotychczas.*

W zakresie zarzutu 7, Izba wskazuje, że rację ma Odwołujący, iż Wykonawca przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne na etapie udzielania wyjaśnień nie powinien być zobowiązany do przedłożenia jakichkolwiek dodatkowych dokumentów lub opracowań projektowych. Wszelkie opracowania i dokumenty tego typu mogą być sporządzane dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Izba nie zgadza się z Zamawiającym, iż na tym etapie może żądać tego typu dokumentów, albowiem w ocenie Izby Zamawiający jest uprawniony żądać wyłącznie dokumenty stanowiące podmiotowe lub przedmiotowe środki dowodowe, a nie jakiegokolwiek w ramach pytań i to nie w ramach art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

W szczególności poprzez tego typu dodatkowe opracowania Wykonawca nie jest zobowiązany udowadniać Zamawiającemu sposobu ujęcia kosztów w ofercie, ani założeń przyjętych do wyceny. Ponadto, przepisy Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, określają w sposób enumeratywny zakres dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawców w toku postępowania. Dotyczy to także przedmiotowych środków dowodowych, które zostały uregulowane w art. 104-106 ustawy PZP. Podkreślić więc należy, że ustawodawca wskazał katalog dokumentów, jakich Zamawiający jest uprawniony żądać od Wykonawców: podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe. Co więcej, Zamawiający nie może żądać od Wykonawcy złożenia dokumentów ponad te, które w sposób jednoznaczny zostały określone w SWZ. Czasem obowiązek złożenia dodatkowych dokumentów przez wykonawcę wynika wprost z dyspozycji danego przepisu, jak obowiązek wykazania przy rażąco niskiej cenie, czy tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej jednak, przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP takiego obowiązku nie statuuje, co w sposób oczywisty wynika z jego treści

stanowiącej o wezwaniu do wyjaśnień, a nie do wykazania czy też udowodnienia. Jako przykład Izba wskazuje pytania nr 23, 45, 65:

*23. Prosimy o szczegółowe wskazanie i udokumentowanie, w jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji ceny związanej z zapewnieniem biura projektowego oraz personelu dla potrzeb etapu projektowania wraz z informacją, czy w cenie ofertowej uwzględnił wykonywanie tego zakresu zamówienia przez podwykonawców.*

*45. Czy Wykonawca posiada wiedzę o ryzykach związanych z zakresem umowy planowanym do podzlecenia? Jeśli tak, to prosimy o określenie tych ryzyk wraz z opisaniem metodyki ich identyfikacji i sposobu działań w przypadku ich wystąpienia.*

*65. Czy Wykonawca przewiduje uzyskanie ewentualnej dodatkowej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub ewentualnej zmiany posiadanej decyzji wraz ze sporządzeniem stosownego wniosku do organu decyzyjnego, tj. RDOŚ.*

W zakresie zarzutu 8, Izba wskazuje, że pytania dotyczą alokacji przez Wykonawcę kosztów oferty do kosztów Wymagań Ogólnych, gdzie poprzez te pytania Zamawiający próbuje się dowiedzieć czy Wykonawca nie alokował jakichś kosztów Wymagań ogólnych w innych kosztach, tj. kosztach Dokumentów Wykonawcy, czy Robót. Koszty zamówienia zgodnie z Wykazem płatności dzielą się na: I WYMAGANIA OGÓLNE, II DOKUMENTY WYKONAWCY, III ROBOTY. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby wątpliwość co do alokacji konkretnych Kosztów Wymagań Ogólnych pod tę pozycję w ofercie nie wynika z treści złożonej oferty przez Odwołującego, gdzie Koszty Wymagań Ogólnych mieściły się w dopuszczalnym ryczałcie 6%. Jako przykład Izba wskazuje pytanie nr 1, 4, 6, 21:

*1. Prosimy o szczegółowe wyjaśnienie, jakie elementy oferty Wykonawca uwzględnił w Wykazie płatności dział I Wymagania ogólne. Prosimy o przedłożenie założeń, na podstawie których ustalona została wartość Kosztów ogólnych Wykonawcy.*

*4. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszty utrzymania placu budowy do czasu przejęcia robót przez Zamawiającego?*

*6. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt zorganizowania przed wjazdami/wyjazdami z placu budowy stanowisk do czyszczenia/mycia samochodów/opon samochodowych? Jeżeli tak, prosimy o wskazanie ile takich stanowisk Wykonawca uwzględnił w swojej wycenie.*

21. Czy Wykonawca uwzględnił w kosztach ogólnych koszt budowy tymczasowych dróg technologicznych, dojazdów do placu budowy, koszt zapewnienia dojazdu do wszystkich działek sąsiadujących z projektowanym pasem drogowym przez cały czas trwania budowy? Proszę o opisanie planowanych działań przyjętych w Ofercie.

W zakresie zarzutu 9, Izba wskazuje, że są to pytania, które mogą implikować rozszerzenie zakresu oferty, w wyniku których Zamawiający chce uzyskać zapewnienie Wykonawcy, że przyjmie on na siebie obowiązki i ryzyka, które nie wynikają z SWZ. Jako przykład Izba wskazuje pytanie nr 26, 49, 53:

26. Czy Wykonawca ujął w ofercie koszt czynnego udziału Wykonawcy w przypadku konieczności egzekucyjnego przejęcia nieruchomości?

49. Jak Wykonawca zamierza realizować kontrakt w przypadku znacznego przekroczenia kosztów rozwiązań lub zakresów wynikających z uzgodnień z gestorami sieci lub zarządcami dróg?

53. Czy Wykonawca ujął w ofercie opracowanie geodezyjnej dokumentacji powykonawczej uwzględniającej wszelkie istniejące w terenie i wykonane na podstawie dokumentacji projektowej sieci uzbrojenia terenu i obiekty wraz z naniesieniem zmian na mapę zasadniczą i uzyskaniem potwierdzenia właściwego Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej?

W zakresie zarzutów 10 -12, Izba wskazuje, że przedmiotowe zarzuty odnoszą się do dodatkowych zobowiązań ogólnych zawartych w wezwaniu oraz do wyznaczonego terminu, daty doręczenia wezwania oraz sposobu procedowania przez Zamawiającego przedłużenia terminu odpowiedzi. Izba zważa, że to Zamawiający ma obowiązek zadać pytania w zakresie wyjaśnień co do treści oferty w sposób wyczerpujący, a nie żądać podania informacji „*także innych, które uważacie Państwo za istotne*”. Wezwanie do wyjaśnień powinno precyzyjnie określać wątpliwości co do treści złożonej oferty.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby instytucja wyjaśnień treści oferty nie może dawać Zamawiającemu argumentu do żądania od Wykonawcy jakichkolwiek „*pisemnych dowodów – analiz, obliczeń, opisów, rysunków na potwierdzenie informacji*”, bowiem Wykonawca może, ale nie musi złożyć stosowne dokumenty, np. opisy, analizy na wezwanie w ramach wątpliwości co do treści złożonej oferty.



Nadto Izba wskazuje, że ilość pytań w niniejszym postępowaniu, tj. 175 czy w innych postępowaniach, gdzie Przystępujący wskazywał 194 pytania (dowód z dnia 3.12.2020 r.) lub wezwanie z dnia 16 maja 2018 r. (dowód Przystępującego w postaci wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty), to odpowiedź na nie w ciągu 14 dni jest podejściem nieracjonalnym ze strony Zamawiającego (początkowo do 9 dni roboczych), ponieważ są to pytania często bardzo specjalistyczne i wymagające przygotowania dodatkowych opracowań, co jak słusznie zauważył Odwołujący może powodować odrzucenie jego oferty w przypadku niezłożenia w ogóle odpowiedzi lub gdy te odpowiedzi będą zawierały błędy, tj. powodowały niezgodność z SWZ czy PFU.

Konkludując, Izba stoi na stanowisku, że po pierwsze przedmiotowe pytania zawarte w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 10 listopada 2022 r. nie mają żadnego związku z treścią złożonej oferty (treść oferty nie budzi wątpliwości), a po drugie są pytaniami, które w rzeczywistości mogą powodować nie tylko ograniczenie swobody projektowej Wykonawcy wynikającej z SWZ czy PFU będącej podstawą wyceny i oszacowania ryzyk, ale także dążenie Zamawiającego do zabezpieczenia się przed przyszłymi roszczeniami Wykonawcy, które przysługują mu na gruncie warunków kontraktowych FIDIC. Pytania te nie miały na celu dogłębnej analizy treści oferty Odwołującego, jak wskazywał Zamawiający, ponieważ treść oferty Odwołującego była jednoznaczna. Zamawiający dysponuje w świetle ustawy PZP instrumentami, które pozwalają na wybór Wykonawcy rzetelnego, dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. W tym zakresie Zamawiający jest uprawniony stawiać warunki (i tu żądać złożenia wykazu osób) oraz żądać podmiotowych środków dowodowych co do braku podstaw wykluczenia. Uzyskanie zaś przedmiotu zamówienia zgodnego z wymaganiami zapewnia Zamawiającemu rzetelnie przygotowany opis przedmiotu zamówienia i w tym zakresie żądanie przedmiotowych środków dowodowych, czy też postawienie kryteriów jakościowych oceny ofert. Prawdliwość realizacji zamówienia zabezpieczają natomiast odpowiednio sformułowane postanowienia projektu umowy. Nie zasługuje więc na akceptację dążenie Zamawiającego do uzyskania wyjaśnień i dokumentów na etapie po terminie składania ofert, nie wynikających z dokumentacji postępowania ani z treści oferty Wykonawcy, uzasadniane przez Zamawiającego dokładną oceną oferty.

Niezależnie od powyższego, istotne jest również to, że Zamawiający na rozprawie podnosił, że ze względu na procedurę odwróconą oferta odwołującego była ofertą najwyższej ocenioną i z tego też względu zostało do odwołującego skierowane wezwanie do wyjaśnień. Argumentacja Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy PZP.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że procedurę odwróconą reguluje art. 139 ust. 1

ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Natomiast zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Niewątpliwie, przepisy powyższe uprawniają Zamawiającego do żądania podmiotowych środków dowodowych wyłącznie od Wykonawcy najwyżej ocenionego. Niemniej jednak, ocenę ofert, w tym w zakresie zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SWZ, czy badanie rażąco niskiej ceny, Zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić w odniesieniu do wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, tak aby na podstawie rankingu ofert ocenionych i nieodrzuconych wyłonić wykonawcę najwyżej ocenionego.

W kontekście powyższych przepisów, wezwanie do wyjaśnień wyłącznie jednego wykonawcy, w zakresie odnoszącym się do zgodności treści oferty z SWZ i PFU (które Izba uznaje za nieuprawnione z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu), niewątpliwie jest przejawem nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu, co stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy PZP. Izba zważa, że nie będąc związana żądaniami Odwołującego i stwierdzając naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy PZP, uznała, że wezwanie do wyjaśnień z dnia 10 listopada 2022 r. było w całości niezasadne.

Izba nie odnosiła się do dyskryminacji Odwołującego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż przedmiotem rozpoznania przed Izbą są czynności i zaniechania Zamawiającego w danym postępowaniu.

Dlatego też, w ocenie Izby dowody wniesione przez Odwołującego w postaci informacji o unieważnieniu postępowania (O.RZ.D-3.2410.1.2022, O.RZ.D-3.2410.6.2022), informacja z otwarcia ofert z dnia 6 maja 2022 r. oraz 23 września 2022 r., informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 26 lipca 2022 r. oraz 15 maja 2020 r., informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (O.RZ.D-3.2410.1.2019, O.RZ.D-3.2410.2.2021), informacja o wyborze oferty z dnia 8 listopada 2021 r., ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, pismo z dnia 1 grudnia 2022 r., wykaz robót budowlanych, a także na posiedzeniu oferta (O.RZ.D-3.2410.1.2019 wraz z wykazem płatności) oraz dowód nr 3 i wykaz płatności (Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku Lutcza - w. Domaradz (z węzłem) dł. ok. 6,43 km), nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....