

**Sygn. akt: KIO/KU 13/24**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 01 lipca 2024 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 03 czerwca 2024 r. wniesionych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy w Krakowie dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 27 maja 2024 r., (znak: KU/11/24/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec — Sucha Beskidzka” realizowanego w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec — Sucha Beskidzka” (Nr referencyjny postępowania z Platformy Zakupowej: 9090/1REZA3/02597/01189/23/P)

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak  
Małgorzata Rakowska  
Bartosz Stankiewicz

Wyraża opinię, że:

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

## Uzasadnienie

### I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany „Prezesem UZP”, „Kontrolującym”) wszczął kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec Sucha Beskidzka” realizowanego w ramach projektu pn.: „Modernizacja linii kolejowej nr 97 na odcinku Żywiec Sucha Beskidzka” prowadzonego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Południowy w Krakowie (zwane dalej „Zamawiającym”).

W dniu 27 maja 2024 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, iż po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego postępowania na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp” lub „Pzp”) stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie prac dotyczących odwodnienia dla zakresu prawa Opcji nr 5 w sposób nieprecyzyjny, w tym nierozgraniczenie w sposób jednoznaczny do każdego z zakresów poszczególnych prac przewidzianych w ramach remontu/odtworzenia istniejącego odwodnienia w zakresie podstawowym, jak również w ramach budowy nowego systemu odwodnienia określonego w prawie Opcji nr 5 na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego od km 47,184 do km 81,162 (do styku przedgiglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec).

Kontrolujący w toku kontroli ustalił, że zgodnie z pkt 2.1 Tomu I SWZ Instrukcji dla Wykonawców (dalej zwana: „IDW”) „Przedmiotem Zakresu podstawowego jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót dla jednotorowej linii kolejowej nr 97 Skawina - Żywiec na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec od km 45,855 do km 81,162 wraz z odbudową mijanki w Hucisku w zakresie układu torowego wraz z rozjazdami oraz odwodnieniem, podtorza kolejowego, geologii, geotechniki, obiektów inżynierskich, przejazdów kolejowo-drogowych i przejść, dróg kołowych, obiektów obsługi podróży i małej architektury, obiektów i budynków służących prowadzeniu ruchu kolejowego, urządzeń sterowania ruchem kolejowym, elektroenergetyki trakcyjnej, elektroenergetyki do 1 kV, elektroenergetyki LPN, telekomunikacji, ochrony środowiska, usuwania kolizji z sieciami zewnętrznymi i wewnętrznymi, rozbiórki i likwidacji infrastruktury, wycinki drzew i krzewów. (...) Przedmiotem Prawa Opcji nr 5 jest zaprojektowanie oraz wykonanie robót w zakresie budowy nowego systemu odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka

Żywiec: od km 47,184 do km 81,162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec) z wyłączeniem: stacji Lachowice, mijanki Hucisko, stacji Jeleśnia oraz stacji Żywiec Sporysz.”

Zgodnie z pismem z dnia 04 lipca 2023 r. zawierającym wyjaśnienia treści SWZ nr 10, tj. „Pytanie nr 577: Branża sanitarna. Prosimy o wyjaśnienie. Podczas wizji lokalnej na przedmiotowej linii kolejowej zauważono, że przy linii kolejowej znajdują się rowy torowe umocnione korytkami krakowskimi. Ze względu na brak informacji w PFU prosimy o informację jakie prace należy wycenić dla takich rowów w zakresie podstawowym, a jakie w opcji 5. Brak jednoznacznych zapisów w PFU może spowodować do złożenia całkowicie nieporównywalnych ofert różnych oferentów, gdzie ktoś może nie wyceniać żadnych prac na tych rowach, a drugi wyceni rozbiórkę, utylizację i wywóz gruzu oraz odbudowę rowu ziemnego i w ten sposób może przegrać postępowanie przetargowe nie ze swojej winy”. Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż należy dokonać rozbiórki i likwidacji głębokich korytek betonowych, żelbetowych wraz z odbudową rowu zgodnie z wymaganiami uzyskanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Wszelkie prace związane z rozbiórką i likwidacją ww. korytek wraz z odbudową rowu należy ująć w Zakresie podstawowym.

Następnie zgodnie z pkt 3.7.2.1 Tomu III SWZ Programu Funkcjonalno - Użytkowego (zwanego dalej: „PFU”), przekazany przy piśmie z dnia 04 lipca 2023 r. informującym o zmianie treści SWZ nr 10, Zamawiający wskazał, iż „W ramach Prawa Opcji nr 5 wykonawca zaprojektuje i wykona od podstaw nowy system odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego:

- od km 47,184 do km 81,162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec);
- z wyłączeniem stacji Lachowice, mijanki Hucisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz.

W ramach zakresu podstawowego Wykonawca wykona:

- a) budowę odwodnienia w stacji Lachowice, mijance Hucisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz zgodnie z Regulacjami Zamawiającego;
- b) roboty w zakresie odwodnienia od km 47,184 do km 81,162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec) zgodnie z poniższym opisem robót.

Zakres obowiązków Wykonawcy obejmuje wykonanie prawidłowego systemu odwodnienia, tj. prace w tym zakresie pozwolić mają na zapewnienie spływu wody do systemu odwodnienia. Tam gdzie brak jest rowów odwadniających, bądź gdy istniejące rowy muszą zostać zlikwidowane (np. w wyniku poszerzenia torowiska), Wykonawca w ramach prac wykona nowe rowy odwodnieniowe odpowiednio połączone z systemem odwodnienia lub drenaż. Przekrój

rowów odwadniających musi odpowiadać parametrom podanym w zał. nr 1 do Id -1 – Przekroje poprzeczne nawierzchni i podtorza.

W ramach systemu odwodnienia należy wykonać udrożnienie przepustów przy przejazdach kolejowo-drogowych oraz pod drogami publicznymi znajdującymi się na terenie kolejowym. Odwodnienie obiektu inżynierskiego powinno być tak zaprojektowane, aby zapewniało odpowiednią wydajność w okresach deszczowych. Wylot do odpowiedniego systemu odwadniającego ma zostać zaprojektowany tak, aby zapewnić, że:

- 1) woda nie zbiera się w systemie odwadniającym;
- 2) system odwadniający usuwa wodę na tyle szybko, aby zapewnić stabilność budowli ziemnym.

Zakres robót będzie polegał na dostosowaniu odwodnienia do infrastruktury kolejowej i wymagań ochrony środowiska. Przebudowa istniejących rowów kolejowych będzie polegać na:  
- udrożnieniu przepływu, wyprofilowaniu rowów, umocnieniu skarp i dna w niezbędnych miejscach zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego, budowie nowego odwodnienia na stacjach i mijankach, budowie nowego odwodnienia dla nowej mijanki w Hucisku. (...)"

W dalszej kolejności Kontrolujący ustalił, iż zgodnie z pkt 3.7.2.1 Tomu III SWZ PFU, przekazany przy piśmie z dnia 18 lipca 2023 r. informującym o zmianie treści SWZ nr 12, Zamawiający dokonał następujących zmian, tj. „W ramach Prawa Opcji nr 5 Wykonawca zaprojektuje i wykona budowę nowego, ciągłego i kompleksowego od podstaw nowego systemu odwodnienia odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego:

- od km 47, 184 do km 81,162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec);
- z wyłączeniem stacji Lachowice, mijanki Hucisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz.

W ramach Zakresu podstawowego zamówienia Wykonawca zaprojektuje i wykona:

- a) budowę nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia w stacji Lachowice, mijance Hucisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz zgodnie z Regulacjami Zamawiającego;
- b) roboty w zakresie polegające na remoncie/odtworzeniu istniejącego odwodnienia wraz z dostosowaniem go do przebudowywanej infrastruktury kolejowej od km 47,184 do km 81, 162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec, z wyłączeniem wyżej wymienionych odcinków budowy nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia), zgodnie z poniższym opisem robót (...).

Tam gdzie ~~brak jest rowów odwadniających, bądź gdy~~ istniejące rowy muszą zostać zlikwidowane (np. w wyniku poszerzenia torowiska, korekty układu torowego), Wykonawca w ramach prac wykona nowe rowy odwodnienieowo odpowiednio połączone z systemem odtworzonego / przebudowanego odwodnienia lub drenażu. ~~Przekrój rowów odwadniających musi odpowiadać parametrom podanym w zał. Nr 1 do Id-1 – Przekroje poprzeczne nawierzchni i podtorza.~~

~~W ramach systemu odwodnienia~~ Należy wykonać udrożnienie przepustów przy przejazdach kolejowo-drogowych oraz pod drogami publicznymi znajdującymi się na terenie kolejowym.

~~Odwodnienie obiektu inżynierskiego powinno być tak zaprojektowane, aby zapewniło odpowiednią wydajność w okresach deszczowych. Wylot do odpowiedniego systemu odwadniającego ma zostać zaprojektowany tak, aby zapewnić, że:~~

- ~~1) woda nie zbiera się w systemie odwadniającym,~~
- ~~2) system odwadniający usuwa wodę na tyle szybko, aby zapewnić stabilność budowłom.~~

Zakres robót będzie polegał na dostosowaniu odwodnienia do infrastruktury kolejowej i wymagań ochrony środowiska. ~~Przebudowa istniejących rowów kolejowych.~~ Realizacja robót w zakresie podstawowym będzie polegać również na:

- udrożnieniu przepływu,
- wyprofilowaniu rowów,
- umocnieniu skarp i dna w niezbędnych miejscach zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego,
- budowie nowego odwodnienia na stacjach i mijankach,
- budowie nowego odwodnienie dla nowej mijanki w Hucisku. (...)"

W dalszej części uzasadnienia Kontrolujący wskazał, na treść pisma z dnia 20 lipca 2023 r. zawierającym wyjaśnienia treści SWZ nr 16.

„Pytanie nr 697: Odnośnie odpowiedzi nr 692 z dn. 18.07.2023 r. oraz wprowadzonych zmian, które istotnie ingerują w zakres prac odwodnienia prosimy o przekazanie inwentaryzacji istniejącego odwodnienia. Obecna degradacja odwodnienia uniemożliwia ocenę, które odcinki mają podlegać remoncie, a które odtworzeniu.

Odpowiedź: Odpowiedź jak na pytanie nr 701.

Pytanie nr 698: W odpowiedzi nr 692 oraz w wprowadzonych zmianach w PFU z dnia 18.07.2023r. Zamawiający w sposób niejednoznaczny opisał przedmiot zamówienia dotyczący

-  
-  
robót odwodnieniowych dla zakresu podstawowego. W punkcie b) roboty polegające na remoncie/odtworzeniu istniejącego odwodnienia wraz z dostosowaniem go do przebudowywanej infrastruktury kolejowej od km 47,184 do km 81,162. Pisząc o remoncie/odtworzeniu istniejącego odwodnienia wraz z dostosowaniem go do przebudowywanej infrastruktury kolejowej, a poniżej pisząc także o dostosowaniu do wymagań ochrony środowiska, dodatkowo poprzez wprowadzenia słowa „również” Zamawiający rozszerza możliwy zakres w stosunku do punktu b) z PFU. Odpowiedź: Zamawiający wyjaśnia, że zakres robót polegający na:

- dostosowaniu odwodnienia do infrastruktury kolejowej i wymagań ochrony środowiska;
- udrożnieniu przepływu;
- wyprofilowaniu rowów; \_ umocnieniu skarp i dna w niezbędnych miejscach zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego;
- budowie nowego odwodnienia na stacjach i mijankach;
- budowie nowego odwodnienia dla nowej mijanki w Hucisku; dotyczy Zakresu podstawowego, na co wskazuje treść w lit. b) w pkt 3.7.2.1 PFU: „(...) zgodnie z poniższym opisem robót”. Zatem zmiany w PFU, o których mowa w pytaniu, nie stanowią rozszerzenia Zakresu podstawowego zamówienia. Wykonawca jest zobligowany do przestrzegania zapisów w wydanej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, w tym również w kwestii realizacji robót w zakresie odwodnienia.

Pytanie nr 699: Dotyczy odpowiedzi na pytanie nr 692. Zamawiający pisze „informujemy, że w ramach Prawa Opcji nr 5 należy wycenić koszty zaprojektowania i wykonania od podstaw nowego systemu odwodnienia na wszystkich szlakach na odcinku Sucha Beskidzka- Żywiec, pomniejszone o koszty wykonania robót w zakresie podstawowym.”. Zgodnie z nowymi zapisami zakres podstawowy i zakres opcji nr 5 nie są zakresami uzupełniającymi się co uniemożliwi fakturowanie pozycji dotyczących tego samego odcinka w podstawie i opcji nr 5. Jaką Zamawiający przewidują ścieżkę zafakturowania niezrealizowanych robót z podstawy (np. oczyszczenie rowów, gdy zgodnie z opcją nie będzie to oczyszczenie tylko budowa np. drenokolektora). Zgodnie z zapisem wprowadzonym odpowiedzią cena odwodnienia Wykonawcy na danym odcinku jest sumą ceny z podstawy i ceny z opcji nr 5 pomniejszonej o podstawę.

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje odpowiedź na pytanie nr 692 i wyjaśnia, że uruchomienie Prawa Opcji nr 5 nie spowoduje obniżenia wynagrodzenia za realizację Zakresu podstawowego zamówienia (...).”.

Kontrolujący następnie podniósł, iż pismem z dnia 23 sierpnia 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień (w terminie do dnia 29 sierpnia 2023 r.) w zakresie powodów braku wyceny pozycji Lp. 1. Badania dla prawa Opcji nr 5 w RCO w części: roboty przygotowawcze, ogólne i pozostałe. Wykonawca w piśmie z dnia 29 sierpnia 2023 r. udzielił wyjaśnień, wskazując m.in. „(...) zakres prac dotyczący odwodnienia dla zakresu podstawowego i opcji nr 5 został opisany w ramach PFU w sposób nieprecyzyjny, zwłaszcza w tym znaczeniu, że prace przypisane do każdego z zakresów nie były w sposób jednoznaczny rozgraniczone, wzajemnie się przenikając. Potwierdzeniem wzajemnego zazębienia się prac związanych z realizacją zamówienia podstawowego i opcji nr 5 jest chociażby udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 692 do SWZ, w ramach którego wskazano, że: „w ramach opcji nr 5 należy wycenić koszty zaprojektowania i wykonania od podstaw nowego systemu odwodnienia (...) pomniejszone o koszty wykonania robót w Zakresie podstawowym”. (...) Uwzględniając powyższe, wskazujemy, że zdefiniowane w ramach dokumentacji postępowania badania, które mogłyby mieć znaczenie w kontekście realizacji Opcji nr 5 i tak będą musiały być przeprowadzone w ramach zamówienia podstawowego. Co za tym idzie, brak przypisania w ramach RCO dla Opcji nr 5 wartości związanej z pozycją „badania”, wynikał z braku możliwości i zasadności dublowania kosztów, które objęte są już zakresem zamówienia podstawowego”.

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 07 maja 2024 r. Zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień w zakresie prawa Opcji nr 5. Następnie Zamawiający w piśmie z dnia 13 maja 2024 roku przekazał obszernie wyjaśnienia Kontrolującemu.

Mając na uwadze powyższe, Kontrolujący przywołując art. 441 ust. 1 ustawy Pzp podniósł, że z treści art. 441 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że Zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Za opcję zatem uznaje się uprawnienie Zamawiającego do rozszerzenia lub zmniejszenia zamówienia o wskazany w dokumentach zamówienia zakres. Opcja służy Zamawiającemu jako zastrzeżenie jednostronnego uprawnienia do zmiany zakresu świadczenia, które zostało przewidziane w dokumentach zamówienia, w sposób wynikający z warunków zamówienia. Skorzystanie z opcji nie stanowi więc zmiany umowy czy też zawarcia dodatkowej umowy. Modyfikuje jedynie warunki wykonania umowy już zawartej. Scharakteryzowanie opcji w dokumentach zamówienia powinno być na tyle precyzyjne i dokładne, aby umożliwić wykonawcom sporządzenie oferty. Ustawa PZP nie definiuje sposobu opisanego zakresu opcji w dokumentach zamówienia. Tym samym warunki ustanowienia opcji, jej przedmiot i zakres leżą w gestii Zamawiającego.

Ustawodawca pozostawia Zamawiającemu wybór sposobu skonstruowania opcji i opisanie tego w umowie na zasadach: zwiększenia lub zmniejszenia. Zawsze jednak opcja powinna zostać opisana w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny, tak żeby wykonawca był w stanie przygotować ofertę. Mając na względzie powyższe należy zaznaczyć, że przepis art. 441 ust. 1 ustawy PZP wskazuje, że Zamawiający zobowiązany jest do określenia rodzaju i maksymalnej wartości opcji oraz okoliczności skorzystania z opcji, zaś granicą swobody Zamawiającego w tym zakresie będzie obowiązek dotyczący zakazu modyfikacji ogólnego charakteru umowy.

W dalszej kolejności Kontrolujący wskazał, iż stosownie do treści art. 134 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP, warunki dotyczące sposobu obliczenia ceny zamówienia publicznego powinny stanowić treść SWZ i zostać określone przez Zamawiającego na potrzeby danego postępowania w sposób odpowiadający specyfice przedmiotu zamówienia oraz rodzajowi wynagrodzenia przewidzianego przez Zamawiającego w projektowanych postanowieniach umownych. W każdym przypadku obowiązkiem Zamawiającego jest takie przygotowanie opisu sposobu obliczenia ceny i określenie zasad, na jakich przebiegać będzie ten proces, aby oferty pozwalały w szczególności na ustalenie ceny zamówienia (podstawowego i opcjonalnego), a także by zagwarantowana była ich porównywalność. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien w oparciu o dokumenty zamówienia oraz posiadane doświadczenie, wsparte znajomością warunków rynkowych oraz prowadzoną polityką biznesową, ustalić cenę oferty oraz warunki jej realizacji w sposób realny, odpowiadający okolicznościom istniejącym na rynku określonych świadczeń, uwzględniając koszty i ryzyka związane z wykonaniem zamówienia. W powyższym kontekście należy zauważyć, że zamówienie, w którym przewidziane zostało prawo opcji składa się z zamówienia gwarantowanego, którego realizacja zapewniona jest przez Zamawiającego oraz z zamówienia, będącego niepewnym elementem zobowiązania, które stanowi jednostronne uprawnienie Zamawiającego do kształtowania zakresu zamówienia poprzez możliwość rozszerzenia (lub zawężenia) zamówienia podstawowego o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania lub jej brak może wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Istotą prawa opcji jest uprawnienie do żądania realizacji zamówienia w zakresie opcjonalnym i zobowiązanie zamawiającego do realizacji zamówienia w zakresie podstawowym, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, w zakresie gwarantowanym, jak i opcjonalnym. Wykonawcy nie przysługuje jednak prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie określonym opcją, jeżeli Zamawiający nie skorzysta z tego uprawnienia w toku realizacji umowy. Dlatego też uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno zamawiający w toku formułowania opisu sposobu obliczenia ceny, jak i wykonawcy



przygotowując swoje oferty powinni mieć na uwadze, że zamówienie, w którym przewidziano prawo opcji składa się niejako z dwóch części - części gwarantowanej oraz części opcjonalnej, która może, lecz nie musi zostać zrealizowana. W tych okolicznościach, mając na względzie wskazaną wyżej specyfikę zamówienia z prawem opcji, uzasadnione jest przyjęcie, że kalkulacja ceny oferty przewidującej wykonanie prawa opcji powinna zasadniczo opierać się na ustaleniu przewidywanego wynagrodzenia uwzględniającego ryzyka realizacji zamówienia. Warunki realizacji przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego nie powinny być jednak kształtowane w taki sposób, by Zamawiający ponosił koszty realizacji świadczenia, którego realizacja może nie dojść do skutku, a które nie wynikają z treści dokumentacji zamówienia. Jednocześnie, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wypracowania jasnych i przejrzystych zasad obliczania ceny za zamówienie przewidujące prawo opcji, aby wykonawca mógł w jak najlepszy sposób przygotować swoją ofertę i prawidłowo skalkulować wszelkie koszty związane z jego realizacją.

W świetle powyższego Kontrolujący podkreślił, iż w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w piśmie z dnia 18 lipca 2023 r. informującym o zmianie treści SWZ nr 12 w pkt 3.7.2.1 Tomu III SWZ - PFU, wskazał, iż w ramach prawa Opcji nr 5 wykonawca zaprojektuje i wykona budowę nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego od km 47,184 do km 81,162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec) z wyłączeniem stacji Lachowice, mijanki Hucisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz. Natomiast w ramach zakresu podstawowego wykonawca zaprojektuje i wykona budowę nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia w stacji Lachowice, mijance Hucisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz zgodnie z Regulacjami Zamawiającego oraz roboty polegające na remoncie/odtworzeniu istniejącego odwodnienia wraz z dostosowaniem go do przebudowywanej infrastruktury kolejowej od km 47,184 do km 81,162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec, z wyłączeniem wyżej wymienionych odcinków budowy nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia), zgodnie z poniższym opisem robót. Zamawiający zastrzegł, iż tam gdzie istniejące rowy muszą zostać zlikwidowane (np. w wyniku poszerzenia torowiska, korekty układu torowego), wykonawca w ramach prac wykona nowe odwodnienie odpowiednio połączone z systemem odtworzonego/przebudowanego odwodnienia. Ponadto Zamawiający wskazał, iż zakres robót będzie polegał na dostosowaniu odwodnienia do infrastruktury kolejowej i wymagań ochrony środowiska. Realizacja robót w zakresie podstawowym będzie polegać również na udrożnieniu przepływu, wyprofilowaniu rowów, umocnieniu skarp i dna w niezbędnych miejscach zgodnie z obowiązującymi regulacjami Zamawiającego, budowie

nowego odwodnienia na stacjach i mijankach, budowie nowego odwodnienia dla nowej mijanki w Hucisku.

Zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp zakres prawa opcji powinien zostać opisany w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny. Warunkiem dopuszczalności skorzystania z prawa opcji jest jego precyzyjne wyczerpujące i zupełne opisanie w dokumentacji postępowania oraz uwzględnienie pełnej wartości opcji w szacunkowej wartości zamówienia. Zamawiający określił, iż w ramach zakresu podstawowego wykonawca zaprojektuje i wykona budowę nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia w stacji Lachowice, mijance Hucisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz zgodnie z Regulacjami Zamawiającego oraz roboty polegające na remoncie/odtworzeniu istniejącego odwodnienia wraz z dostosowaniem go do przebudowywanej infrastruktury kolejowej od km 47,184 do km 81,162 (do styku przedglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec, z wyłączeniem wyżej wymienionych odcinków budowy nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia), natomiast w ramach prawa Opcji nr 5 wykonawca zaprojektuje i wykona budowę nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego od km 47,184 do km 81,162 (do styku przedglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec) z wyłączeniem stacji Lachowice, mijanki Hucisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz.

W przedmiotowym postępowaniu zdaniem Kontrolującego, Zamawiający opisując prawo Opcji nr 5 nie określił w dokumentach postępowania jednoznacznie zakresu prac w zakresie zaprojektowania i wykonania budowy nowego systemu odwodnienia przewidzianego w pkt 3.7.2.1 PFU na tych samych odcinkach co dla zakresu podstawowego, w ramach którego wykonawca miał wykonać remont/odtworzenie istniejącego odwodnienia. Zamawiający nie określił w sposób na tyle precyzyjny i dokładny zakresu robót w ramach prawa Opcji nr 5, aby umożliwić wykonawcom sporządzenie oferty w sposób nie budzący wątpliwości w kontekście robót przewidzianych do realizacji w ramach prawa Opcji nr 5. W szczególności nie dokonał precyzyjnego rozgraniczenia zakresu rzeczowego robót pomiędzy zakresem podstawowym, a opcjonalnym.

Kontrolujący zauważał, iż w trakcie przedmiotowego postępowania wykonawcy kilkakrotnie zwracali się do zamawiającego z wnioskami o wyjaśnienie treści zapisów zawartych w pkt 3.7.2.1 PFU, w tym robót które wykonawca był zobowiązany zaprojektować i wykonać w ramach prawa Opcji nr 5 oraz zakresu podstawowego. O niejednoznaczności opisu zawartego w PFU świadczy m.in. wskazanie w piśmie z dnia 18 lipca 2023 r. zawierające wyjaśnienia treści SWZ nr 14, w którym zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 692 wskazał: „Zamawiający wprowadził odpowiednie zmiany w PFU w zakresie robót do wykonania dla Zakresu

podstawowego. Informujemy, że w ramach Prawa Opcji nr 5 należy wycenić koszty zaprojektowania i wykonania od podstaw nowego systemu odwodnienia na wszystkich szlakach na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec, pomniejszone o koszty wykonania robót w Zakresie podstawowym. (...)”. Ponadto, zamawiający w piśmie z dnia 20 lipca 2023 r. zawierającym wyjaśnienia treści SWZ nr 16 w odpowiedzi na pytanie nr 699 wskazał: „Zamawiający podtrzymuje odpowiedź na pytanie nr 692 i wyjaśnia, że uruchomienie Prawa Opcji nr 5 nie spowoduje obniżenia wynagrodzenia za realizację Zakresu podstawowego zamówienia.”.

W dalszej kolejności Kontrolujący wskazał, iż w konsekwencji wykonawca Budimex S.A. nie wycenił pozycji Lp. 1. Badania dla prawa Opcji nr 5 w RCO w części: roboty przygotowawcze, ogólne i pozostałe, wskazując w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, iż zakres prac dotyczący odwodnienia dla zakresu podstawowego i Opcji nr 5 został opisany w ramach PFU w sposób nieprecyzyjny, zwłaszcza w tym znaczeniu, że prace przypisane do każdego z zakresów nie były w sposób jednoznaczny rozgraniczone, wzajemnie się przenikając. Potwierdzeniem wzajemnego zazębiania się prac związanych z realizacją zamówienia podstawowego i Opcji nr 5 jest chociażby udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 692 do SWZ, w ramach którego wskazano, że: „w ramach Opcji nr 5 należy wycenić koszty zaprojektowania i wykonania od podstaw nowego systemu odwodnienia (...) pomniejszone o koszty wykonania robót w Zakresie podstawowym”. (...) Uwzględniając powyższe, wskazujemy, że zdefiniowane w ramach dokumentacji postępowania badania, które mogłyby mieć znaczenie w kontekście realizacji Opcji nr 5 i tak będą musiały być przeprowadzone w ramach zamówienia podstawowego. Co za tym idzie, brak przypisania w ramach RCO dla Opcji nr 5 wartości związanej z pozycją „badania”, wynikał z braku możliwości i zasadności dublowania kosztów, które objęte są już zakresem zamówienia podstawowego.”.

Mając na uwadze powyższe, podkreślenia wymagało, iż scharakteryzowanie opcji w dokumentach zamówienia powinno być na tyle zrozumiałe i jednoznaczne, aby umożliwić wykonawcom sporządzenie oferty, natomiast wykonawcy biorący udział w takim postępowaniu powinni zostać zobowiązani do wyceny swojej oferty z uwzględnieniem pełnego jej zakresu, tj. podstawowego oraz opcjonalnego. Zakres robót odnośnie odwodnienia opisany w sposób niejednoznaczny w prawie Opcji nr 5 utrudnił wykonawcom prawidłowe wyliczenie kosztów.

Brak określenia w dokumentach zamówienia jednoznacznych postanowień, w tym opisanie prac dotyczących odwodnienia dla zakresu prawa Opcji nr 5 w sposób nieprecyzyjny, poprzez nierozgraniczenie w sposób jednoznaczny do każdego z zakresów poszczególnych prac przewidzianych w ramach remontu/odtworzenia istniejącego odwodnienia w zakresie

podstawowym, jak również w ramach budowy nowego systemu odwodnienia określonego w prawie opcji nr 5 na odcinku Sucha Beskidzka Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego od km 47,184 do km 81,162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec), stanowi naruszenie art. 441 ust. 1 ustawy Pzp.

W podsumowaniu Kontrolujący wskazał, iż w niniejszym postępowaniu dokumenty zamówienia nie zawierały jednoznacznego opisu robót dotyczącego opcjonalnej części zamówienia w ramach prawa Opcji nr 5, który umożliwiłby wykonawcy składającemu ofertę w postępowaniu dokonanie prawidłowej wyceny swojej oferty, z uwzględnieniem pełnego jej zakresu, tj. zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem Opcji nr 5. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu dokonali wyceny prawa Opcji nr 5 w zakresie od 5 233 087,93 zł brutto do 36 224 512,78 zł brutto w Zbiorczym zestawieniu kosztów w RCO.

W konsekwencji Kontrolujący podkreślił, iż powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązani byli do wyceny w swojej ofercie zakresu podstawowego oraz prawa opcji nr 1-6, natomiast zgodnie z pkt 20.8 w celu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający przyjął kryterium całkowitej ceny brutto - waga: 100%. W pkt 20.8.1 Zamawiający wskazał, iż całkowita cena brutto jest to cena za zakres podstawowy, prawo opcji nr 1, prawo opcji nr 2, prawo opcji nr 3, prawo opcji nr 4, prawo opcji nr 5 oraz prawo opcji nr 6.

## II.

Pismem z dnia 03 czerwca 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 617 ustawy Pzp, zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej.

Zamawiający wskazał, że nie zgadza się z wnioskami Kontrolującego, iż naruszył on art. 441 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, iż czytając tak postawiony zarzut oraz uzasadnienie jego postawienia uznać należy, że Kontrolujący stwierdził, że dokonany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia zawarty w PFU dla Opcji nr 5 jest niedokładny. Tymczasem Kontrolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, a nie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 103 ust. 2 i 3 ustawy PZP w zw. z art. 441 ust. 1, które odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i PFU. Konkludując Zamawiający podkreślił, że w jego ocenie żaden przepis ustawy Pzp nie został przez niego naruszony.

Zamawiający podkreślił, iż szczegółowy opis Opcji nr 5 określono w punkcie 3-7.2.1 PFU, jednocześnie w sposób precyzyjny rozróżnił zakres robót objęty zamówieniem podstawowym

oraz zakres robót objętych prawem opcji, w tym Opcji nr 5 — zestawienie robót. Również w tym zakresie szczegółowe rozróżnienie zakresu podstawowego oraz Opcji nr 5 określono w punkcie 3-7.2.1 PFU.

Następnie Zamawiający wskazał, iż w rozdziale 3 IDW przewidziano okresy realizacji dla zamówienia podstawowego oraz zamówienia opcjonalnego. Szczegółowe warunki dotyczące skorzystania z prawa opcji zostały określone w 4a Umowy. Zamawiający przewidział możliwość skorzystania z prawa opcji już na samym początku realizacji umowy. Zamawiający uwypuklił, iż powyższe jest o tyle istotne, że skorzystanie przez Zamawiającego z Opcji nr 5 będzie miało miejsce na etapie opracowania koncepcji projektowej dla zakresu podstawowego.

Tym samym, tylko koncepcja projektowo przestrzenna ma być wykonana w terminie do momentu skorzystania przez Zamawiającego z prawa Opcji nr 5, przy czym poinformowanie o skorzystaniu z prawa Opcji nr 5 może mieć miejsce nawet w dniu podpisania umowy, a w takim przypadku terminy realizacji koncepcji dla zamówienia podstawowego i dla prawa Opcji nr 5 będzie taki sam.

Co jednak istotne, już sama realizacja robót będzie się odbywać w tym samym czasie zarówno dla zamówienia podstawowego jak i dla opcji. Oznacza to, że skorzystanie z opcji nie oznacza dla wykonawcy i Zamawiającego żadnych robót straconych, które zostałyby wykonane przez wykonawcę przed skorzystaniem z opcji. Zmianie ulegnie jedynie przyjęte w koncepcji założenie dotyczące odwodnienia — zamiast jego remontu będzie konieczne wykonanie nowego odwodnienia.

Powyższe nie pozostaje bez znaczenia dla oceny sposobu opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia na zakres podstawowy i prawa opcji oraz określenie sposobu wyceny prawa opcji.

Ostatnią okolicznością związaną ze skorzystaniem z prawa opcji jest wymaganie, aby postanowienia dotyczące prawa opcji nie modyfikowały ogólnego charakteru Umowy. Zdaniem Zamawiającego i ta przesłanka została spełniona — przedmiot zamówienia podstawowego oraz prawa Opcji nr 5 stanowią roboty budowlane. Zarówno prawo opcji jak i zakres podstawowy obejmują roboty polegające na wykonaniu odwodnienia. Przewidziane w ramach opcji prace do wykonania nie wpływają na charakter umowy.

Reasumując Zamawiający podkreślił, iż wszystkie warunki art. 441 ust. 1 ustawy Pzp okoliczności zostały przez niego wypełnione.

W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający podnosił, iż wątpliwości Kontrolującego budził sposób, w jaki Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie prawa Opcji nr 5 oraz brak wystarczającego rozróżnienia zakresu zamówienia podstawowego oraz prawa Opcji nr 5.

Zamawiający zauważył, iż kwestia ta musi być omówiona łącznie z zasadami wyceny zamówień realizowanych w trybie „projektuj - buduj”, gdzie w tej formule Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą PFU.

Zamawiający podniósł, iż Kontrolujący nie wskazał w jakim zakresie Zamawiający naruszył określone wyżej cytowanym przepisem wytyczne, dotyczące sporządzenia PFU. Postanowienia PFU, zdaniem Zamawiającego w odniesieniu do Opcji nr 5 są jednoznaczne i precyzyjne. Szczegółowe wytyczne w odniesieniu do wykonania odwodnienia zawarte są w Regulacjach Zamawiającego, które stanowią wytyczne i zasady dotyczące różnych etapów realizacji inwestycji, od wykonania badań do odbioru końcowego.

Następnie Zamawiający wskazywał, iż w rozdziale 3.7.2.1. PFU określono jednoznacznie zakres prac objęty poszczególnymi „częściami” zamówienia, tj. zakresem podstawowym i Opcją nr 5. Tak, analizując wskazany punkt PFU, w pierwszej kolejności Zamawiający określił jakie zakresy robót są wyłączone z zamówienia, a następnie Zamawiający jednoznacznie określił, iż zakres ten zostanie zlecony do realizacji odrębnym zamówieniem. Zamawiający określił jakie prace mają być wykonane w ramach Opcji nr 5:

Z opisu wynika, zdaniem Zamawiającego, że w przypadku zlecenia Opcji nr 5, wykonawca zaprojektuje i wykona budowę nowego odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka — Żywiec od km 47,184 do km 81,162 (do styku przedligicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec). Z zakresu tego wyłączono jednak stację Lachowice, mijankę Hucisko, stację Jeleśnia oraz stację Żywiec Sporysz. Wszystkie te prace muszą być wykonane zgodnie z Regulacjami Zamawiającego.

W kolejnym fragmencie PFU wskazano zakres prac do wykonania w ramach zamówienia podstawowego. Tym samym, w ramach zamówienia podstawowego niezbędne będzie wykonanie kompleksowego odwodnienia dla stacji: Lachowice, mijanki Hucisko, stacji Jeleśnia oraz stacji Żywiec Sporysz oraz wykonanie remontu/odtworzenia istniejącego odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka — Żywiec od km 47,184 do km 81,162 (do styku przedligicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec).

Zamawiający argumentował, iż zamiana między wykonaniem prac w ramach zakresu podstawowego, a opcjonalnego polega zatem na zaniechaniu wykonania remontu/odtworzenia istniejącego odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka — Żywiec od km 47,184 do km, 81.162 (do styku przedligicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec) a wykonaniu nowego odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka — Żywiec od km 47,184 do km, 81.162 (do styku przedligicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec). Prawo Opcji nr 5 wyłączy zatem pewien zakres robót w jego miejsce włączając inny. Jednocześnie w celach rozliczeniowych Zamawiający przewidział (na

wypadek skorzystania z Opcji nr 5) opisaną w dalszej części zarzutów zasadę wyceny „różnicy” w cenie wykonania nowego odwodnienia a cenie jego remontu.

Tym samym skorzystanie z prawa opcji nie wpływa na wykonanie kompleksowego odwodnienia dla stacji: Lachowice, mijanki Hucisko, stacji Jeleśnia oraz stacji Żywiec Sporysz - te prace będą wykonywane w ramach zamówienia podstawowego bez względu na to czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji czy też nie.

Zamawiający stoi na stanowisku, iż mając na uwadze powyższe nie można zatem zgodzić się z Kontrolującym, że „w niniejszym postępowaniu dokumenty zamówienia nie zawierały jednoznacznego opisu robót dotyczącego opcjonalnej części zamówienia w ramach Opcji nr 5, które umożliwiłyby wykonawcy składającemu ofertę w postępowaniu dokonanie prawidłowej wyceny swojej oferty, z uwzględnieniem pełnego jej zakresu, tj. zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem Opcji nr 5.”

W dalszej kolejności Zamawiający podkreślił, iż Kontrolujący przytacza wybrane pytania i odpowiedzi do treści SWZ i stawia powyższy zarzut uzasadniając, że niejednoznaczność PFU potwierdza odpowiedź na pytanie nr 692, Zamawiający z takim stanowiskiem się nie zgadza, gdyż Kontrolujący pomija jednak zupełnie znaczenie jakie mają pytania i odpowiedzi do SWZ oraz instytucja modyfikacji treści SWZ. Instytucje te mają zaś kluczowe znaczenie w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a udzielone odpowiedzi na pytania mają tak samo wiążącą moc jak treść SWZ. Oznacza to, że nie można czynić Zamawiającemu zarzutu z tego, że doprecyzował treść SWZ w formie odpowiedzi na pytanie. Z tego względu kontroli prawidłowości dokonania opisu przedmiotu zamówienia nie może podlegać pierwsza wersja SWZ, ale jej ostateczne brzmienie — w przypadku odwodnienia, którego dotyczy opcja nr 5 jest to modyfikacja PFU z dnia 18 lipca 2023 r. — 12 zmiana SWZ, a także odpowiedzi na pytania do SWZ — w tym zakresie kluczowe znaczenie mają pytania i odpowiedzi nr 692 (przytoczone wyżej) oraz 699 „Zamawiający podtrzymuje odpowiedź na pytanie nr 692 i wyjaśnia, że uruchomienie Prawa Opcji nr 5 nie spowoduje obniżenia wynagrodzenia za realizację Zakresu podstawowego zamówienia.”

Zamawiający podkreślił, iż Kontrolujący nie analizuje treści PFU tylko skupia się na wyjaśnieniach wykonawcy Budimex, dokonując ich wybiórczej interpretacji. Kluczowy jest bowiem następujący fragment wyjaśnień Budimex „Uwzględniając powyższe wskazujemy, że zdefiniowane w ramach dokumentacji postępowania badania, które mogłyby mieć znaczenie kontekście realizacji Opcji nr 5 i tak będą musiały być przeprowadzone w ramach zamówienia podstawowego. Co za tym idzie, brak przypisania w ramach RCO dla Opcji nr 5 wartości związanej z pozycją „badania”, wynikał z braku możliwości i zasadności dublowania kosztów,

które objęte są już zakresem zamówienia podstawowego.”. Na podstawie tego stwierdzenia Budimex, Kontrolujący doszedł do wniosku, że zakres odwodnienia w prawie Opcji nr 5 opisano w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny poprzez nierozgraniczenie zakresu zamówienia podstawowego oraz Opcji nr 5. Zamawiający natomiast podkreśla, iż wykonawca ten w wyjaśnieniach wskazał, iż nie zrozumiał zapisu SWZ.

Na koniec uzasadnienia Zamawiający wskazał, iż Kontrolujący podkreślił w treści pisma, że „W konsekwencji, powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązani byli do wyceny w swojej ofercie zakresu podstawowego oraz prawa opcji nr 1-6, natomiast zgodnie z pkt 20.8 w celu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający przyjął kryterium całkowitej ceny brutto — waga: 100%. W pkt 20.8.1 zamawiający wskazał, iż całkowita cena brutto jest to cena za zakres podstawowy, prawo opcji nr 1, prawo opcji nr 2, prawo opcji nr 3, prawo opcji nr 4, prawo opcji nr 5 oraz prawo opcji nr 6.”

Zamawiający jednak z tym stanowiskiem się nie zgadza, ponieważ podkreśla, że takie twierdzenie jest nieuprawnione w świetle dokumentacji postępowania. Sposób opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia był zgodny z przepisami ustawy PZP, a wskazany przez Kontrolującego zapis punktu 20.8.1 IDW zapewniał pełną, prawidłową porównywalność ofert. Przyjęcie pełnej kwoty wynagrodzenia wykonawcy, w tym zakresu podstawowego oraz praw opcji pozwoliło porównać wysokości ofert wykonawców, w tym pozwoliło uniknąć przeliczenia przez wykonawców kosztów opcji do zamówienia podstawowego co jest częstym działaniem na rynku.

### III.

W dniu 13 czerwca 2024 r. Prezes UZP, nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego do informacji o wyniku kontroli.

Prezes UZP wskazał, iż w jego ocenie Zamawiający nie przedstawił wystarczającego uzasadnienia tezy, iż zarzut naruszenia art. 441 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia w przedstawionym stanie faktycznym, ponieważ w ocenie Zamawiającego dokumentacja przetargowa pozwala na jednoznaczne rozróżnienie zakresu zamówienia podstawowego oraz prawa Opcji nr 5, a sposób opisanego przedmiotu zamówienia nie miał wpływu na wynik postępowania.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego w ślad za Informacją o wyniku kontroli uprzedniej, Prezes UZP wskazał na treść art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może skorzystać z prawa opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych



postanowień umownych, które określają rodzaj i maksymalną wartość opcji, okoliczności skorzystania z opcji oraz nie modyfikują ogólnego charakteru umowy. Przepis art. 441 ust. 1 ustawy Pzp formułuje zatem dwie przesłanki pozytywne oraz jedną negatywną, warunkujące dopuszczalność wykorzystania opcji w ramach realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunkami pozytywnymi umożliwiającymi skorzystanie z prawa opcji przez zamawiającego są: zastrzeżenie takiej możliwości na etapie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia oraz określenie w sposób zrozumiały i precyzyjny zasad na jakich prawo to będzie realizowane. Negatywną przesłanką umożliwiającą skorzystanie z tego prawa jest natomiast brak modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Skorzystanie z prawa opcji jest uprawnieniem zamawiającego, co wskazuje, iż realizacja opcji może, ale nie musi nastąpić w zależności od zapotrzebowania zamawiającego i na skutek jego określonych dyspozycji w tym zakresie uprzednio ujawnionych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Prezes UZP podniósł, że w informacji o wyniku kontroli uprzedniej wskazane zostało, iż wykonawcy wielokrotnie zwracali się z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, ponieważ zapis sformułowany w pkt 3.7.2.1 Tomu III SWZ - PFU w ocenie wykonawców pozostawał niejednoznaczny. W konsekwencji Zamawiający dokonał modyfikacji pkt 3.7.2.1 Tomu III SWZ - PFU, w tym modyfikacji przekazanej przy piśmie z dnia 18 lipca 2023 r. informującej o zmianie treści SWZ nr 12.

Prezes UZP przywołał, iż Zamawiający w piśmie zawierającym zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli uprzedniej podkreślił, iż w jego ocenie określono precyzyjnie zakres robót budowlanych, a wszystkie wątpliwości wykonawców w tym zakresie wyjaśniono na etapie pytań i odpowiedzi do SWZ. Zdaniem Zamawiającego w punkcie 3.7.2.1 PFU określono szczegółowy opis Opcji nr 5, jednocześnie w sposób precyzyjny rozróżniono zakres robót objęty zamówieniem podstawowym oraz zakres robót objętych prawem opcji, w tym Opcji nr 5.

Odnosząc się do powyższego Prezes UZP wskazał, że w przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji o uwzględnieniu w zamówieniu prawa opcji, dokumenty zamówienia powinny zawierać wyraźne i precyzyjne uregulowania dotyczące zarówno gwarantowanej jak i opcjonalnej części zamówienia. Zamawiający był zobowiązany do opisanie prac dotyczących odwodnienia dla zakresu prawa Opcji nr 5 w sposób precyzyjny, w tym do rozgraniczenia w sposób jednoznaczny do każdego z zakresów poszczególnych prac przewidzianych w ramach remontu/odtworzenia istniejącego odwodnienia w zakresie podstawowym, jak również w ramach budowy nowego systemu odwodnienia określonego w prawie Opcji nr 5 na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego od km 47,184 do km 81,162

(do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec). W konsekwencji, Zamawiający przygotowując dokumentację postępowania, powinien opisać jednoznacznie zakres prac, tak aby wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu mogli zapoznać się z wyraźnym uregulowaniem okoliczności realizacji robót w zakresie podstawowym oraz prawa opcji nr 5 w celu przygotowania oferty.

Odnosząc się do stwierdzenia, że Zamawiający przewidział możliwość skorzystania z prawa opcji już na samym początku realizacji umowy, podkreślając, że skoro umowa ma być realizowana przez 868 dni to możliwość skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji w ciągu 60 dni po jej podpisaniu nieznacznie wpłynie na przebieg realizacji umowy, Prezes UZP wskazał, iż zamówienie w którym przewidziane zostało prawo opcji składa się z zamówienia gwarantowanego, którego realizacja zapewniona jest przez zamawiającego oraz z zamówienia opcjonalnego, będącego niepewnym elementem zobowiązania, które stanowi jednostronne uprawnienie zamawiającego do kształtowania zakresu zamówienia poprzez możliwość rozszerzenia (lub zawężenia) zamówienia podstawowego o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania lub jej brak może wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Istotą prawa opcji jest uprawnienie zamawiającego do żądania realizacji zamówienia w zakresie opcjonalnym i zobowiązanie do realizacji zamówienia w zakresie podstawowym, natomiast obowiązkiem wykonawcy jest realizacja zamówienia w całości, w zakresie gwarantowanym, jak i opcjonalnym. Wykonawcy nie przysługuje jednak prawo domagania się realizacji zamówienia w zakresie określonym opcją, jeżeli zamawiający nie skorzysta z tego uprawnienia w toku realizacji umowy. Dlatego też uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarówno zamawiający w toku formułowania opisu sposobu obliczenia ceny, jak i wykonawcy - przygotowując swoje oferty powinni mieć na uwadze, że zamówienie, w którym przewidziano prawo opcji składa się niejako z dwóch części - części gwarantowanej oraz części opcjonalnej, która może, lecz nie musi zostać zrealizowana.

Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego wskazujących, że „(...) realizacja robót będzie w tym samym czasie zarówno dla zamówienia podstawowego jak i dla opcji. Oznacza to, że skorzystanie z opcji nie oznacza dla wykonawcy i Zamawiającego żadnych robót straconych, które zostałyby wykonane przez wykonawcę przed skorzystaniem z opcji. Zmianie ulegnie jedynie przyjęte w koncepcji założenie dotyczące odwodnienia - zamiast jego remontu będzie konieczne wykonanie nowego odwodnienia”, podkreślenia wymaga jak, wskazał Prezes UZP, iż prawo opcji stanowi zastrzeżenie umowne przyznające zamawiającemu ograniczone przepisami ustawy Pzp prawo do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia (poprzez jego rozszerzenie lub ograniczenie) w trakcie realizacji umowy, mocą samych jej postanowień

(bez modyfikacji umowy w rozumieniu art. 454 i 455 ustawy PZP oraz bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Prawo opcji oznacza rozszerzenie zawartej umowy z konkretnym wykonawcą wybranym w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia o ściśle określony zakres.

Prezes UZP również nie zgadza się z argumentacją dotyczącą tego, iż kluczowym z punktu widzenia niniejszej sprawy jest to, że przedmiot zamówienia, w tym Opcji nr 5 realizowany będzie w systemie „projektuj - buduj” oraz w ocenie Zamawiającego postanowienia PFU w odniesieniu do Opcji nr 5 są jednoznaczne i precyzyjne, natomiast szczegółowe wytyczne w odniesieniu do wykonania odwodnienia zawarte są w Regulacjach Zamawiającego, które stanowią wytyczne i zasady dotyczące różnych etapów realizacji inwestycji, od wykonania badań do odbioru końcowego. Przedstawił w tym zakresie swoje stanowisko poparte również orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.

Zatem analizując zaprezentowaną argumentację, Prezes UZP wskazywał, iż nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż w rozdziale 3.7.2.1 PFU określono jednoznacznie zakres prac objęty poszczególnymi częściami zamówienia, tj. zakresem podstawowym i prawem Opcji nr 5. Podkreślenia wymaga, że PFU opisujący przedmiot zamówienia stanowi zasadniczy dokument w niniejszym postępowaniu. Nietrafne są również argumenty Zamawiającego odnoszące się do specyfiki zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych (tzw. formuła „projektuj-buduj”), ponieważ w niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia odnośnie prawa Opcji nr 5 w sposób, który nie umożliwiał wykonawcom jednoznaczne określenie zakresu zamówienia i tym samym poprawnego przygotowania i wyceny ofert, czemu dali wyraz w treści sformułowanych pytań. O ile bowiem realizacja zamówienia w przypadku jeśli przedmiot zamówienia został opisany za pomocą PFU może wiązać się z niedoprecyzowaniem kwestii dotyczących szczegółowych rozwiązań technicznomateriałowych w samym PFU, gdyż te pozostają w gestii wykonawcy, o tyle obowiązkiem Zamawiającego przewidującego prawo opcji zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy PZP było określenie w sposób jednoznaczny zakresów poszczególnych prac przewidzianych w ramach remontu/odtworzenia istniejącego odwodnienia w zakresie podstawowym, jak również w ramach budowy nowego systemu odwodnienia określonego w prawie Opcji nr 5 na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego od km 47,184 do km 81,162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec).

W następnej kolejności Prezes UZP wskazał, iż nie zgadza się z konkluzją Zamawiającego, iż „(...) kontroli prawidłowości dokonania opisu przedmiotu zamówienia nie może podlegać pierwsza wersja SWZ, ale jej ostateczne brzmienie - w przypadku

odwodnienia, którego dotyczy Opcja nr 5 jest to modyfikacja PFU z dnia 18 lipca 2023 r. - 12 zmiana SWZ, a także odpowiedzi na pytania do SWZ - w tym zakresie kluczowe znaczenie mają pytania i odpowiedzi nr 692 (przytoczone wyżej) oraz 699 „Zamawiający podtrzymuje odpowiedź na pytanie nr 692 i wyjaśnia, że uruchomienie Prawa Opcji nr 5 nie spowoduje obniżenia wynagrodzenia za realizację Zakresu podstawowego zamówienia.”. Wskazał, że w informacji o wyniku kontroli zostały przytoczone zarówno zmiany zapisów SWZ oraz wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SWZ, jak i udzielone odpowiedzi przez Zamawiającego w zakresie zapisów przewidzianych w 3.7.2.1 PFU. Ponownie Prezes UZP podkreślił, iż w trakcie przedmiotowego postępowania wykonawcy kilkakrotnie zwracali się do Zamawiającego z wnioskami o wyjaśnienie treści zapisów zawartych w pkt 3.7.2.1 PFU, w tym robót które wykonawca był zobowiązany zaprojektować i wykonać w ramach prawa Opcji nr 5 oraz zakresu podstawowego.

W odniesieniu do przywołanego pisma wykonawcy Budimex S.A., który nie wycenił pozycji Lp. 1. Badania dla prawa Opcji nr 5 w RCO w części: roboty przygotowawcze, ogólne i pozostałe, wskazując w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, iż „(...) zakres prac dotyczący odwodnienia dla zakresu podstawowego i Opcji nr 5 został opisany w ramach PFU w sposób nieprecyzyjny, zwłaszcza w tym znaczeniu, że prace przypisane do każdego z zakresów nie były w sposób jednoznaczny rozgraniczone, wzajemnie się przenikając. Potwierdzeniem wzajemnego zazębiania się prac związanych z realizacją zamówienia podstawowego i opcji nr 5 jest chociażby udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 692 do SWZ (...) Uwzględniając powyższe, wskazujemy, że zdefiniowane w ramach dokumentacji postępowania badania, które mogłyby mieć znaczenie w kontekście realizacji Opcji nr 5 i tak będą musiały być przeprowadzone w ramach zamówienia podstawowego. (...)”, należy wskazać, iż mimo wielokrotnego dokonywania zmian SWZ oraz udzielonych wyjaśnień przez Zamawiającego odnośnie zakresu podstawowego oraz prawa opcji nr 5, w toku postępowania, zapisy SWZ pozostały niejednoznaczne oraz mogły utrudnić wykonawcom prawidłowe wyliczenie kosztów.

W tym miejscu zauważyć należy, iż zarówno zakres podstawowy (remont odwodnienia), jak i opcjonalny w zakresie Opcji nr 5 (wykonanie nowego odwodnienia) obejmuje roboty budowlane, które mają być wykonywane na wyspecyfikowanych w PFU, tych samych odcinkach linii kolejowej. Zatem, w celu uniknięcia niejednoznaczności opisu Opcji nr 5, Zamawiający powinien szczegółowo oraz precyzyjnie odwołać się do konkretnych zakresów robót. W sytuacji stwierdzenia, że dany zakres robót jest wspólny, zarówno dla remontu istniejącego jak i wykonania nowego odwodnienia (np. wskazane w przywołanym piśmie

wykonawcy Budimex S.A. roboty przygotowawcze), powinien zostać zaklasyfikowany jako zakres podstawowy, tj. taki który zostanie na pewno zrealizowany. W kontrolowanym postępowaniu Zamawiający takiego rozróżnienia nie przeprowadził, co stoi w sprzeczności z regułą, iż postanowienia dotyczące prawa opcji powinny zostać opisane w dokumentach zamówienia w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny w celu umożliwienia wykonawcom złożenia ofert na równych zasadach przy zapewnieniu możliwego poziomu konkurencyjności.

W nawiązaniu do argumentacji, iż „(...) przy porównaniu wyceny zakresu odwodnienia nie można brać pod uwagę wyłącznie samego prawa opcji nr 5 lecz, także zakres zamówienia podstawowego w tym aspekcie. O ile najniżej prawo opcji nr 5 wycenił bowiem Torpol S.A. (1 254 543,03 zł bez VAT i wynagrodzenia warunkowego) to jeśli chodzi o wycenę odwodnienia łącznie najniżej wycenił je Strabag Sp. z o.o. (3 745 401,41 zł bez VAT i wynagrodzenia warunkowego). Powyższe stanowi także o tym, że poszczególni wykonawcy przyjęli różne rozwiązania projektowe, które wymagać będą różnych kosztów. Działanie takie, w przypadku zamówień realizowanych w trybie formuły „projektuj - buduj” jest działaniem standardowym.”, Prezes UZP stanął na stanowisku, iż obowiązkiem Zamawiającego jest takie przygotowanie opisu sposobu obliczenia ceny i określenie zasad, na jakich przebiegać będzie ten proces, aby oferty pozwalały w szczególności na ustalenie ceny zamówienia (podstawowego i opcjonalnego), a także by zagwarantowana była ich porównywalność. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien w oparciu o dokumenty zamówienia oraz posiadane doświadczenie, wsparte znajomością warunków rynkowych oraz prowadzoną polityką biznesową, ustalić cenę oferty oraz warunki jej realizacji w sposób realny, odpowiadający okolicznościom istniejącym na rynku określonych świadczeń, uwzględniając koszty i ryzyka związane w wykonaniem zamówienia. Mając na względzie wskazaną wyżej specyfikę zamówienia z prawem opcji, uzasadnione jest przyjęcie, że kalkulacja ceny oferty przewidującej wykonanie prawa opcji powinna zasadniczo opierać się na ustaleniu przewidywanego wynagrodzenia uwzględniającego ryzyka realizacji zamówienia. Jednocześnie, to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wypracowania jasnych i przejrzystych zasad obliczania ceny za zamówienie przewidujące prawo opcji, aby wykonawca mógł w jak najlepszy sposób przygotować swoją ofertę i prawidłowo skalkulować wszelkie koszty związane z jego realizacją.

W konkluzji swego uzasadnienia odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP wskazał, iż w niniejszym postępowaniu dokumenty zamówienia nie zawierały jednoznacznego opisu robót dotyczącego opcjonalnej części zamówienia w ramach prawa Opcji nr 5, który umożliwiłby

wykonawcy składającemu ofertę w postępowaniu dokonanie prawidłowej wyceny swojej oferty, z uwzględnieniem pełnego jej zakresu, tj. zamówienia podstawowego oraz zamówienia objętego prawem Opcji nr 5. W konsekwencji, powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązani byli do wyceny w swojej ofercie zakresu podstawowego oraz prawa opcji nr 1-6, natomiast zgodnie z pkt 20.8 w celu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający przyjął kryterium całkowitej ceny brutto - waga: 100%. W pkt 20.8.1 Zamawiający wskazał, iż całkowita cena brutto jest to cena za zakres podstawowy, prawo opcji nr 1, prawo opcji nr 2, prawo opcji nr 3, prawo opcji nr 4, prawo opcji nr 5 oraz prawo opcji nr 6.

#### IV.

Izba podzieliła argumentację Zamawiającego przedstawioną w zastrzeżeniach do wyniku kontroli.

Izba na wstępie uzupełniająco chce podkreślić, iż prawo opcji można zdefiniować jako jednostronne uprawnienie Zamawiającego do kształtowania zakresu zamówienia, polegające na możliwości rozszerzenia zamówienia podstawowego (nazywanego również głównym) o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania może wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Zamawiający z takiego uprawnienia skorzystał i zdaniem Izby, w zakresie prawa opcji, nie naruszył art. 441 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający sprostował i wypełnił materialnoprawne przesłanki wynikające z poniżej przywołanego przepisu, który wskazuje, iż Zamawiający może skorzystać z prawa opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Prezes UZP stwierdzając naruszenie przez Zamawiającego art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie prac dotyczących odwodnienia dla zakresu prawa Opcji nr 5 w sposób nieprecyzyjny, w tym nierozgraniczenie w sposób jednoznaczny do każdego z zakresów poszczególnych prac przewidzianych w ramach remontu/odtworzenia istniejącego odwodnienia w zakresie podstawowym, jak również w ramach budowy nowego systemu odwodnienia określonego w prawie opcji nr 5 na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego od km 47,184 do km 81,162 (do styku przediglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec) oprócz swojej argumentacji po części na tym, iż wykonawcy wielokrotnie zwracali się z

wnioskiem do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ, ponieważ zapis sformułowany w pkt 3.7.2.1 Tomu III SWZ-PFU w ocenie wykonawców pozostawał niejednoznaczny.

Izba analizując dokumentację postępowania stoi na stanowisku, że Zamawiający w należyty sposób opisał zakres prac podstawowych i zakres prac objętych prawem opcji. Zamawiający wskazał, iż w ramach prawa Opcji nr 5 wykonawca zaprojektuje i wykona budowę nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec zgodnie z Regulacjami Zamawiającego od km 47,184 do km 81,162 (do styku przedglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec), z wyłączeniem stacji Lachowice, mijanki Huścisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz. Opis ten zdaniem Izby nie nasuwa wątpliwości czy rozbieżności interpretacyjnych.

Prace z zakresu podstawowego zamawiający wyartykułował, również precyzyjnie wskazując, iż w ramach zakresu podstawowego wykonawca zaprojektuje i wykona:

- a) budowę nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia w stacji Lachowice, mijance Hucisko, stacji Jeleśnia, stacji Żywiec Sporysz zgodnie z Regulacjami Zamawiającego, czyli jest to dokładnie zakres prac wyłączony z zakresu w prawie Opcji 5;
- b) roboty polegające na remoncie/odtworzeniu istniejącego odwodnienia wraz z dostosowaniem go do przebudowywanej infrastruktury kolejowej od km 47, 184 do km 81, 162 (do styku przedglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec, z wyłączeniem wyżej wymienionych odcinków budowy nowego, ciągłego i kompleksowego systemu odwodnienia).

Zamiana między wykonaniem prac w ramach zakresu podstawowego, a opcjonalnego polega zatem na zaniechaniu wykonania remontu/odtworzenia istniejącego odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec od km 47,184 do km, 81.162 (do styku przedglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec), a wykonaniu nowego odwodnienia na odcinku Sucha Beskidzka - Żywiec od km 47,184 do km, 81.162 (do styku przedglicowego rozjazdu nr 5 w stacji Żywiec). Reasumując zmianie ulegnie przyjęte w koncepcji założenie dotyczące odwodnienia, zamiast jego remontu będzie konieczne wykonanie nowego odwodnienia.

Izba wyraża pogląd, iż prawo Opcji nr 5 zostało przewidziane w ten sposób, iż wyłączony określony zakres robót, a w jego miejsce będzie przewidziany inny. Zamawiający, również w przypadku zaistnienia takiej sytuacji przewidział sposób rozliczenia takich prac, który został klarownie wskazany.

Istotnym w całej sytuacji jest fakt, iż skorzystanie z prawa opcji nie wpływa na wykonanie kompleksowego odwodnienia dla stacji: Lachowice, mijanki Hucisko, stacji Jeleśnia oraz stacji

Żywiec Sporysz – prace te będą wykonywane w ramach zamówienia podstawowego bez względu na to czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji czy też nie.

Izba zauważa również, iż z udzielonych odpowiedzi przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania wynika, jaki Zamawiający przewidział zakres prac dla zamówienia podstawowego, a jaki zakres dla prawa Opcji 5. Ponadto dokonując analizy udzielonych odpowiedzi można wyczytać, jakie są zasady wyceny ofert dla wykonawców dotyczące zakresu podstawowego, a jakie dla zakresu dotyczącego Opcji nr 5. Izba również stoi na stanowisku, iż zakresy prac polegające kolejno na remoncie/odtworzeniu istniejącego odwodnienia szlaków bądź budowie nowego, ciągłego i kompleksowego odwodnienia szlaków w pewnym sensie się pokrywają, gdyż dotyczą prac wykonywanych w zakresie infrastruktury służącej do zapewnienia właściwego odprowadzenia opadów atmosferycznych. Jednakże nie można tracić z pola widzenia, że sytuacja w której doszłoby do jednoczesnego wykonywania zarówno remontu istniejącego odwodnienia i budowy zupełnie nowego odwodnienia tego samego odcinka linii kolejowej, byłaby niczym nieuzasadniona. Jest wręcz niemożliwe, aby te dwa zakresy prac mogłyby być wykonywane jednocześnie. W związku z tym wydaje się, że Zamawiający nie mógł inaczej opisać prawa Opcji nr 5 jak tylko poprzez wskazanie jako rozszerzenie/rozbudowanie zakresu prac, przewidzianych do realizacji w ramach zakresu podstawowego. Dlatego też opisanie przez Zamawiającego, iż w zakresie opcjonalnym należy wycenić różnicę między zakresem prac objętym zamówieniem opcjonalnym, a zakresem prac objętych zamówieniem podstawowym, można uznać za zrozumiałe i zasadne. Reasumując Zamawiający dokonał rozgraniczenia zakresu rzeczowego robót pomiędzy zakresem podstawowym, a opcjonalnym.

Uzupełniając Izba zwróciła uwagę, że nie bez znaczenia jest jednak fakt przyjęcia przez Zamawiającego formuły realizacji zamówienia w systemie: „projektuj-buduj”, ponieważ okoliczność ta również ma realny wpływ na kształtowanie postanowień PFU.

W przypadku zamówień, w których roboty budowlane mają zostać zrealizowane w formule „projektuj-buduj” zakres materiałów, jaki otrzymuje wykonawca od Zamawiającego, m.in. w ramach opisu przedmiotu zamówienia, jest w dużej mierze ograniczony w stosunku do występującego w przypadku formuły „wybuduj”, a co za tym idzie założenia koncepcyjne przyszłej inwestycji opracowane są w odmiennych warunkach niż dla formuły „wybuduj”. Oczywiście nie można tracić z pola widzenia, że z uwagi na zastosowaną w postępowaniu formułę wykonania zamówienia, PFU może być w sposób wybiórczy opisany w tym w zakresie jakości i funkcjonalności przedmiotu zamówienia. Warto również mieć na uwadze, że specyfika



tego rodzaju inwestycji sprowadza się do powierzenia wykonawcom opracowania dokumentacji projektowej (co nastąpi dopiero po zawarciu umowy), której jeszcze nie ma na etapie oceny ofert. Analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej skłania do stwierdzenia, że zastosowanie formuły „projektuj-buduj” daje wykonawcom pewną swobodę w zakresie zaprojektowania i wykonania inwestycji, o ile założenia te nie są sprzeczne z jednoznacznymi postanowieniami zawartymi w dokumentach zamówienia, a założenia te mają wpływ już na realizację robót budowlanych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia dotyczący prawa Opcji nr 5 w sposób, który umożliwił - zdaniem Izby - określenie zakresu zamówienia i tym samym poprawne przygotowanie ofert, a następnie dokonanie ich oceny przez Zamawiającego.

Prezes UZP wskazywał, iż potwierdzeniem, tego że Zamawiający nieprecyzyjnie opisał prace dotyczące odwodnienia dla zakresy prawa Opcji nr 5, mogą być liczne pytanie kierowane przez wykonawców do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień SWZ.

Izba zwraca uwagę, że wykonawca może wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień, oczywiście z uwzględnieniem postanowienia Pzp w tym zakresie. *Ratio legis* art. 135 ust. 2 Pzp polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności co do wymagań zawartych w SWZ, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwieniu podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści (zob. wyrok z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 368/11). Dlatego też nie można utożsamiać tego, iż formułowane pytania przez wykonawców kierowane do Zamawiającego odnośnie prawa Opcji nr 5 sugerują, iż zakres ten był niepoprawnie określony. Zamawiający udzielił odpowiedzi i jeśli nawet wątpliwości powstały został one wyjaśnione przez Zamawiającego. Na podstawie wyjaśnienia Budimex S.A. nie można stwierdzić, iż mimo dokonanych modyfikacji SWZ i udzielonych wyjaśnień przez Zamawiającego odnośnie zakresu podstawowego i prawa Opcji nr 5, SWZ w tym zakresie był niewłaściwy i mógł utrudnić wykonawcom prawidłowe wyliczenie ceny oferty.

Reasumując, nie sposób jednoznacznie stwierdzić, iż zakres prawa Opcji nr 5 został przez Zamawiającego w sposób nieprecyzyjny określony, tym samym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 441 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca: .....

.....

.....