sygn. akt: KIO 1374/22

WYROK

z dnia 21 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący

Członkowie:

Emil Kuriata

Aleksandra Kot

Anna Kurowska

Protokolant:

Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 r. przez wykonawcę PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa,

przy udziale wykonawców:

1) Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa,

2) Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A; 02-673 Warszawa,

3) MOTA-ENGIL CENTRAL EUROPE S.A., ul. Opolska 110; 31-323 Kraków,

4) Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12; 00-124 Warszawa,

5) Trakcja S.A., Al. Jerozolimskie 100 II p.; 00-807 Warszawa,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

PORR
ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy PORR S.A., ul. Hołubcowa 123; 02-854 Warszawa naS.A.

rzecz zamawiającego Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i

Autostrad, ul. Wronia 53; 00-874 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione
z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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: .....

sygn. akt: KIO 1374/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację zadania pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla odcinka drogi ekspresowej S74 Przełom/Mniów - Kielce odc. Kielce (S7 węzeł Kielce Zachód) - Kielce (DK73)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 9 marca 2022 r., pod nr 2022/S 048-123527.

Zamawiający dnia 13 maja 2022 r., przekazał odpowiedzi na pytania wykonawców, które zawierają trzy formalne (zdaniem odwołującego) zmiany SWZ (tj. zmiany SWZ nr 26-29) oraz odpowiedzi na pytania nr 1474, nr 1478 i nr 1479, które de facto stanowią również zmianę (zdaniem odwołującego) treści SWZ.

Dnia 23 maja 2022 roku, wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1) udzielenie dnia 13.05.2022 r. niejednoznacznych oraz sprzecznych odpowiedzi na

pytania wykonawców, które doprowadziły do faktycznej zmiany treści SWZ w sposób umożliwiający dowolną interpretację postanowień SWZ oraz wykluczający złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert;

2) opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń wskutek udzielenia dnia 13.05.2022 r. niejednoznacznych, niewyczerpujących oraz sprzecznych z pozostałymi postanowieniami SWZ odpowiedzi na pytania wykonawców;

3) zaniechanie zmiany postanowień SWZ (PFU) w celu dostosowania ich treści do faktycznych zmian SWZ wprowadzonych za pomocą odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 13.05.2022 r.;

4) prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości, tj. opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń wskutek udzielenia dnia 13.05.2022 r. odpowiedzi na pytania wykonawców nr 1474, nr 1478 i nr 1479.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i art. 135 ust. 1 i art. 16 Pzp w zw. z § 19 pkt 4 lit. a), lit. g) i lit. h) rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.2021.2454) poprzez udzielenie w dniu 13.05.2022r. niejednoznacznych, niewyczerpujących oraz sprzecznych z pozostałymi postanowieniami SWZ odpowiedzi na pytania nr 1474, nr 1478 i nr 1479 dotyczące materiałów źródłowych stanowiących podstawę identyfikacji sieci naziemnych i podziemnych oraz kolizji tych sieci, co powoduje że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób wyczerpujący oraz jednoznaczny, a więc w oparciu o postanowienia PFU nie jest możliwa prawidłowa kalkulacja i złożenie porównywalnych ofert, co stanowi naruszenie zasady przejrzystości i zasady uczciwej konkurencji,

2. - art. 137 ust. 1, art. 16 Pzp i art. 135 ust. 1 zw. z § 19 pkt 4 lit. a), lit. g) i lit. h) rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.2021.2454) poprzez zmianę postanowień SWZ z pominięciem trybu określonego w art. 137 ust. 1 Pzp (tj. za pomocą odpowiedzi na nr 1474, nr 1478 i nr 1479 z dnia 13.05.2022r.) w sposób umożliwiający dowolną interpretację postanowień SWZ, co wyklucza złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp w zw. z art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i lit. b) Pzp, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności udzielenia odpowiedzi na pytania nr 1474, nr 1478 i nr 1479;

2) powtórzenia czynności udzielenia odpowiedzi na pytania nr 1474, nr 1478 i nr 1479 i nakazanie przekazania wykazu wszystkich aktualnych kolizji branżowych z podaniem ich parametrów i orientacyjnych długości,

3) nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w treści SWZ, które spowodują usunięcie naruszeń przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu, tj. zmiany w postanowień PFU (w szczególności pkt 1.1.3.10 PFU);

4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa drogowego i zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. Jednak wskutek działań i zaniechań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty. Zamawiający dnia 13.05.2022 r. udzielił bowiem wyjaśnień na pytania przedłożone przez wykonawców, które zmieniły zakres niniejszego zamówienia oraz katalog dokumentów mających stanowić podstawę wyceny kolizji sieci nadziemnych i podziemnych. Zamawiający nie dokonał formalnej zmiany postanowień SWZ (PFU) w zakresie odpowiedzi na pytania nr 1474, nr 1478 oraz nr 1479. Ponadto w ich następstwie opis przedmiotu zamówienia jest nieostry i niejednoznaczny, co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty. Wskazane działania i zaniechania zamawiającego w istotny sposób ograniczają dostęp do niniejszego zamówienia. Wskutek bowiem udzielenia niejasnych i niejednoznacznych odpowiedzi na pytania wykonawców, odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż planowana inwestycja zlokalizowana jest w województwie świętokrzyskim w mieście Kielce. Cały odcinek drogi przebiega przez teren zabudowany i pokrywa się ze śladem ulic: Łódzkiej (od skrzyżowania z ulicą Zakładową), Jesionową, Świętokrzyską (do węzła drogowego z DK nr 73-aleją Solidarności) w Kielcach. Początek projektowanej drogi ekspresowej S74 znajduje się w km. ok. 77+939 (km opracowania 0+000) w rejonie skrzyżowania z ulicą Zakładową w Kielcach, a koniec w km ok. 82+949 istniejącej DK74 (km opracowania 5+010), na skrzyżowaniu z al. Solidarności w Kielcach. Natomiast

w myśl pkt 6.1 ppkt 9) IDW, w zakres rzeczowy niniejszego zadania wchodzi przebudowa kolidujących sieci: gazowych niskiego i średniego ciśnienia, cieplnych, wodno-kanalizacyjnych, kanalizacji deszczowej, elektroenergetycznych, telekomunikacyjnych.

Wykonawca zobowiązany został w pkt 1.2 PFU (Aktualne uwarunkowania wykonania

przedmiotu zamówienia) do zrealizowania przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentów wskazanych w tym punkcie, przekazanych przez zamawiającego, w tym informacji

o aktualnych uwarunkowaniach wynikających z posiadanych uzgodnień, opinii, porozumień zawartych w tabeli 1.6 (ppkt 8 w pkt 1.2. PFU), którą uzupełnia załącznik 1.2 (Uzgodnienia, opinie porozumienia i warunki techniczne). Uzgodnienia z gestorami sieci udostępnione przez zamawiającego są nieaktualne, ponieważ zostały przeprowadzone w większości w latach 2010 r.-2011 r. Równie nieaktualna, niepełna i nieczytelna jest mapa terenu przekazana przez zamawiającego w ramach niewiążących materiałów przetargowych (Tom V SWZ. Koncepcja programowa). Dodatkowo zamawiający w pkt 1.1.3.10 PFU zawarł wymagania dotyczące usunięcia kolizji w zakresie ww. sieci. Zamawiający zastrzegł, że wszystkie warunki usunięcia kolizji, uzgodnienia, opinie, itp. wydane przez właścicieli i gestorów sieci oraz podmioty zarządzające kolidującą infrastrukturą, które zostały udostępnione w materiałach przetargowych przez zamawiającego w ramach procedury przetargowej podlegają pełnej weryfikacji oraz aktualizacji przez wykonawcę. Ponadto zamawiający wskazał, że „pełna identyfikacja i rozpoznanie oraz wykonanie usunięcia wszystkich kolizji z istniejącą infrastrukturą techniczną sieci uzbrojenia terenu należy do zadań Wykonawcy".

Powyższy sposób opisu przedmiotu zamówienia w zakresie istniejących naziemnych i podziemnych sieci oraz usuwania ich kolizji był przedmiotem licznych pytań wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 851 (z dnia 19.04.2022 r.) w zw. z odpowiedzią na pytanie nr 4 (z dnia 25.03.2022 r.) odmówił udostępnienia aktualnej mapy zasadniczej, z uwagi na fakt, że jest ona niewiążącym materiałem przetargowym. Następnie zamawiający dnia 24.04.2022 r. udzielił odpowiedzi na pytania nr 147 i nr 241. W odpowiedzi na pytania nr 147 i nr 241, zamawiający potwierdził zatem aktualność i wiążący charakter przekazanych uzgodnień z gestorami sieci (załączniki 1.2 do PFU) oraz informacji o kolizjach. Jednocześnie jednak w odpowiedzi na pytanie nr 241 zmienił pierwotną treść pkt 1.1.3.10 PFU. Zgodnie bowiem z pierwotnym brzmieniem pkt 1.1.3.10 PFU, wykonawca był zobowiązany do weryfikacji i aktualizacji uzgodnień i informacji o przebiegu sieci oraz kolizjach, które zostały udostępnione w materiałach przetargowych przez zamawiającego w ramach procedury przetargowej. Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 241 zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek pełnej identyfikacji i rozpoznania wszystkich kolizji, a nie tylko tych kolizji, które mogą zostać ustalone na podstawie dokumentów przekazanych przez zamawiającego. Zamawiający rozszerzył w ten sposób opis przedmiotu zamówienia, co spowodowało,

że w zakresie wyceny kosztów usunięcia kolizji sieci występujących na terenie inwestycji, opis ten powoduje niemożność złożenia porównywalnych ofert.

Następnie zamawiający dnia 13.05.2022 r. odpowiadając na kolejne pytania wykonawców odmówił doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, tj. odpowiedzi na pytania nr 1474, nr 1478, nr 1479. Odpowiedzi zamawiającego wprowadziły jedynie jeszcze większy chaos informacyjny oraz kolejne rozszerzenie zakresu zamówienia. W odpowiedzi na pytanie nr 1474 (nawiązując do odpowiedzi nr 851) zamawiający wprost odesłał wykonawców na stronę internetową Miasta Kielce „Geoportal Kielce", zakładka „Profil „Inwestora". Jednocześnie w odpowiedzi na pytania nr 1478 i nr 1479, odmówił potwierdzenia, że podstawą kalkulacji ceny ofertowej są materiały przekazane przez zamawiającego (w tym załącznik 1.2 do tabeli 1.6). Zaprzeczył zatem mocy wiążącej materiałów przekazanych w ramach PFU (warunków technicznych, uzgodnień, pozwoleń, decyzji). Natomiast w odpowiedziach na pytania nr 1478 i nr 1479 zaprzeczył aktualności i zakwestionował wiążący charakter przekazanych uzgodnień z gestorami sieci (załączniki 1.2 do PFU) oraz informacji o kolizjach.

W konsekwencji ww. działań zamawiającego brak obecnie w PFU wiążących informacji, na podstawie których wykonawcy mogliby ustalić przebieg sieci oraz oszacować koszty usunięcia kolizji. Wykonawcy zobowiązani zostali bowiem do poszukiwania informacji na stronie internetowej Urzędu Miasta Kielce. Natomiast ww. portal zawiera zastrzeżenie, zgodnie

z którym „zawarte w Geoportalu Powiatu Kieleckiego informacje oraz generowane z niego wydruki nie stanowią dokumentów w postępowaniach administracyjnych i innych. Mają one wyłącznie charakter poglądowy i mogą być wykorzystywane jedynie w zakresie przybliżonej identyfikacji i lokalizacji przestrzennej obiektów ewidencji gruntów i budynków oraz obiektów pozostałych baz danych. Kopiowanie i publikowanie danych bez zgody jest zabronione. Starosta Kielecki nie ponosi odpowiedzialności za jakiekolwiek szkody i straty powstałe w wyniku korzystania lub braku możliwości korzystania z tego serwisu".

Natomiast powyższe dane są konieczne do prawidłowego wykonania inwestycji oraz obliczenia wynagrodzenia wykonawcy. W zależności od uwarunkowań terenu mogą

wygenerować różnicę w cenie oferty w wysokości od kilku do kilkudziesięciu milionów złotych. Koszty te stanowią zatem istotną część oferty, w szczególności gdy tak jak w niniejszym przypadku, teren przyszłej inwestycji stanowi zurbanizowany obszar miejski, na którym występują liczne sieci infrastruktury miejskiej.

Zdaniem odwołującego, zamawiający dnia 13.05.2022 r. za pomocą odpowiedzi na pytania nr 1474, nr 1478 i nr 1479 dokonał faktycznej zmiany treści SWZ w niniejszym postępowaniu. Są to przy tym zmiany istotne, które dotyczą elementów mających wpływ na kalkulację ceny oferty oraz sposób realizacji inwestycji. Nieprawidłowa identyfikacja infrastruktury podziemnej i nadziemnej w przypadku inwestycji realizowanych na obszarach silnie zurbanizowanych może stanowić przyczynę niedoszacowania oferty oraz jednocześnie uniemożliwić terminowe wykonanie zamówienia w przypadku ujawnienia się licznych niezidentyfikowanych kolizji.

Odpowiedzi na pytania wykonawców stanowią integralną część SWZ. W pkt 15.8 IDW, zamawiający zastrzegł, że „w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SWZ a treścią udzielonych wyjaśnień lub zmian SWZ, jako obowiązującą należy przyjąć treść

późniejszego oświadczenia Zamawiającego". „(...) Częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany, natomiast nie mogą być

wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ" (wyrok KIO z 22.12.2014 r., sygn. akt: KIO

2593/14). W wyroku z dnia 28.01.2015 r. (sygn. akt: KIO 110/15) KIO wskazała, że udzielane

„wyjaśnienia mają służyć wyeliminowaniu wątpliwości co do brzmienia SIWZ. Mogą one także prowadzić do zmiany SIWZ, jeśli tylko Zamawiający - w związku z dokonaną zmianą - zapewnia odpowiedni czas na składanie lub dostosowanie ofert. To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania i w jego gestii jest kształtowanie przedmiotu zamówienia - czy to w formule ukształtowania SIWZ w momencie wszczęcia postępowania, czy też następczo -

w toku postępowania, przy okazji udzielanych wyjaśnień do SIWZ. Nie jest także przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ fakt, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SIWZ". Zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu".

W niniejszym postępowaniu doszło zatem do faktycznej modyfikacji SWZ. Jednak opis nowych wymagań zamawiającego jest niekompletny i niejednoznaczny, co powoduje, że wykonawcy nie są w stanie ustalić aktualnego zakresu zamówienia oraz dokonać jego wyceny. Zamawiający nie przekazał bowiem koniecznych danych. Ograniczył się do zakomunikowania zamian oraz odesłania do bliżej niezidentyfikowanych danych, tj. zawartych na stronie internetowej Urzędu Miasta Kielce. Zamawiający pominął, że powyższa strona internetowa zawiera zastrzeżenie jednoznacznie wskazujące, że „zawarte w Geoportalu Powiatu Kieleckiego informacje oraz generowane z niego wydruki nie stanowią dokumentów w postępowaniach administracyjnych i innych oraz mają wyłącznie charakter poglądowy".

Zamawiający wymaga zatem od wykonawców samodzielnego doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, a w zasadzie stworzenia we własnym zakresie opisu części zamówienia objętego odpowiedziami udzielonymi dnia 13.05.2022 r. (pytania nr 1474, nr 1478 i nr 1479). Zamawiający oczekuje bowiem od wykonawców samodzielnego ustalenia

przebiegu sieci nadziemnych i podziemnych oraz liczby i rodzaju kolizji.

Powyższy sposób opisu przedmiotu zamówienia jest nieprawidłowy. Zgodnie bowiem z art. 99 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego dokonywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest sporządzenie opisu w sposób, który zapewni, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i uwzględnić w ofercie wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników na nią wpływających (por. wyrok KIO z dnia 27.03.2015 r., sygn. akt: KIO 496/15). „Wykonawcy nie mają obowiązku domyślać się jak należy przygotować ofertę, bowiem to na Zamawiającym ciąży obowiązek

przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednakże, w przypadku niejasnych lub budzących wątpliwości zapisów SIWZ, wykonawcy wyposażeni zostali przez ustawodawcę, w narzędzie wskazane w art. 38 p.z.p., w postaci możliwości zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. W przypadku złożenia takiego zapytania w sposób określony w art. 38 ust. 1 p.z.p., Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnienia

w zakresie treści SIWZ, a udzielone wyjaśnienia stają się wiążące dla wykonawców" (wyrok KIO z dnia 8.02.2019 r.; sygn. akt: KIO 144/19).

Należy przy tym wskazać, że zgodnie z § 19 pkt 4 lit. a), lit. g) i lit. h) rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych

i programu funkcjonalno-użytkowego, część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności: kopię mapy zasadniczej (lit. a), inwentaryzację lub dokumentację obiektów budowlanych, jeżeli podlegają one przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, rozbiórkom lub remontom w zakresie architektury, konstrukcji, instalacji i urządzeń technologicznych, a także wskazania zamawiającego dotyczące urządzeń naziemnych i podziemnych przewidzianych do zachowania oraz obiektów przewidzianych do rozbiórki i ewentualne uwarunkowania rozbiórek (lit. b), porozumienia, zgody lub pozwolenia oraz warunki techniczne i realizacyjne związane z przyłączeniem obiektu do istniejących sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych, energetycznych i teletechnicznych oraz dróg publicznych, kolejowych lub wodnych (lit.h).

Zamawiający zobowiązany jest zatem do przekazania wykonawcom ww. dokumentów, a także dokonania ich uprzedniej weryfikacji przed włączeniem do katalogu dokumentów postępowania, z uwagi na fakt że składają się one na opis przedmiotu zamówienia oraz stanowią jedną z podstaw szacowania jego wartości, zarówno przez wykonawców, jak i zamawiającego (art. 43 ust. 1 pkt 2 Pzp).

W niniejszym postępowaniu wykonawca zobowiązany jest do obliczenia ceny ryczałtowej oferty na podstawie: 1) IDW, 2) PFU wraz z załącznikami; 3) wyjaśnień do SWZ. Jednak chaos informacyjny wywołany odpowiedziami udzielonymi przez zamawiającego dnia 13.05.2022 r., które ingerują w treść PFU oraz braki przekazanej dokumentacji postępowania, uniemożliwia kompletną wycenę zamówienia oraz ryzyk związanych z jego wykonaniem.

W myśl z art. 137 ust.1 Pzp, wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia. „Wyjaśnienia treści SIWZ, o których mowa w art. 38 ust 2 p.z.p., stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego
w SIWZ w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniami. Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust 2 p.z.p." (wyrok KIO z 6.05.2011 r., sygn. akt: KIO 836/11). Odpowiedzi zamawiającego kwestionowane w niniejszym odwołaniu dotyczą bardzo istotnych spraw dla prawidłowego skonstruowania i kalkulacji oferty, tj. przebiegu sieci oraz liczby i rodzajów ich kolizji. Zamawiający w trybie odpowiedzi na pytania wykonawców narzucił obowiązek uwzględnienia w wynagrodzeniu ryczałtowym elementów znajdujących się poza opisem przedmiotu zamówienia, niemożliwych do identyfikacji w oparciu o materiały przetargowe przekazane przez zamawiającego. Zamawiający wymaga

bowiem identyfikacji

i wyceny kolizji sieci w oparciu o niewiążące informacje zawarte na stronie internetowej Urzędu Miasta Kielce. Takie działania zamawiającego naruszają art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 137 ust. 1 Pzp. W trybie art. 137 ust. 1 Pzp nie można bowiem wyjaśnić treści czegoś, co wcześniej

w SWZ nie było zawarte. „Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej

możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień" (wyrok KIO z 28.03.2011 r., sygn. akt: KIO 545/11). W niniejszym przypadku wyjaśnienia zamawiającego niewątpliwie zmieniły treść SWZ. Jednocześnie z pozwalają zarówno zamawiającemu, jak i potencjalnym oferentom, na dowolną interpretację SWZ. W konsekwencji nie jest możliwe złożenie porównywalnych ofert. Pozostawienie zatem treści

SWZ w brzmieniu obowiązującym w dniu wnoszenia niniejszego odwołania (pierwotna treść SWZ zmodyfikowana wyjaśnieniami z dnia 13.05.2022 r.) spowoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Poszczególni uczestnicy postępowania przetargowego mogą bowiem zinterpretować odpowiedzi z dnia 13.05.2022 r. w sposób dowolny, co przełoży się na nieporównywalność ofert i wpłynie na wynik niniejszego postępowania. Natomiast wyjaśnienie rozbieżności powstałych wskutek udzielenia przez zamawiającego odpowiedzi z dnia 13.05.2022 r. leży w interesie zamawiającego i odwołującego, ponieważ mają one kluczowe znaczenie przy konstruowaniu treści oferty i ustalaniu ceny niniejszego zamówienia z uwagi na fakt, że inwestycja będzie realizowana w terenie silnie zurbanizowanym.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Dokonując szczegółowej analizy stawianych przez odwołującego zarzutów, należy stwierdzić, że odwołujący żąda do zamawiającego uzupełnienia SWZ o „aktualną mapę do celów projektowych", jako dokumentu „Zamawiającego", wiążącego wykonawców dla złożenia oferty. W sprawie istotnym jest dokonanie ustalenia, „kto" taką mapę do celów projektowych sporządza (zamawiający, czy wykonawca). Rozstrzygającym w tym zakresie stają się postanowienia pkt 2.2.1 PFU „Dokumenty Wykonawcy", zgodnie z którymi „w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zgodnie z Klauzulą 5 Warunków Kontraktu [Projektowanie] należy opracować wszelkie opracowania jakie mogą okazać się niezbędne dla zaprojektowania, budowy i użytkowania obiektów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, a w szczególności mapę do celów projektowania dróg". Przy takich postanowieniach SWZ, to nie zamawiający, lecz odwołujący, zobowiązany jest opracować mapę do celów projektowych, a nie żądać jej zapewnienia przez zamawiającego, gdyż za jej sporządzenie otrzyma część wynagrodzenia kontraktowego. Stąd żądanie przedłożenia takiej mapy było niezasadne, a zamawiający był uprawniony do odmowy jej załączenia „jako dokumentu Zamawiającego", skoro zgodnie z kontraktem, dokument ten miał być sporządzony jako „dokument wykonawcy" i to w ramach umownego wynagrodzenia (ceny ofertowej).

Zważywszy na powyższe, zamawiający w odpowiedzi na zadane pytania udzielił wykonawcom informacji, pozwalającej na uzyskanie najbardziej aktualnej wiedzy o istniejącej w terenie sieci uzbrojenia terenu, poprzez wskazania źródła takiej informacji, aktualizowanej codziennie, znajdującej się w powszechnie dostępnej urzędowej bazie danych „Geoportal Kielce". Podsumowując merytoryczne uzasadnienie udzielonej odpowiedzi na „pytanie 1474", w której zamawiający odesłał wykonawców do powszechnie i nieodpłatnie dostępnej oraz na bieżąco aktualizowanej „urzędowej bazy danej - Geoportal", w której treści znajdują się wszelkie dane w zakresie sieci uzbrojenia terenu (i to na bieżąco aktualizowane), wypełnił swe obowiązki zawarte w art. 99 p.z.p., poprzez „opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty", gdyż jak wyżej wskazano, w powszechnie dostępnej „urzędowej" bazie danych zawarte były wszystkie konieczne do sporządzenia oferty i to najbardziej aktualne informacje".

Nie sposób też nie zauważyć, że w tezie (pytanie 1474), odwołujący domaga się rozszerzenia SWZ o „aktualną kopię mapy do celów projektowych" (a nie mapy zasadniczej), powołując się na przy tym na przepis § 19 pkt 4 lit. a rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, dalej zwanego „s.z.d.p.", zgodnie z którym; „część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje: inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności kopię mapy zasadniczej.

Nie może ujść uwadze, że mapa do celów projektowych, której domagał się odwołujący, nie została w ogóle wymieniona w treści § 19 tego rozporządzenia, a biorąc pod uwagę fakt, że zgodnie z pkt 2.2.1 PFU „Dokumenty Wykonawcy", to wykonawca a nie zamawiający taką mapę ma wykonać (na etapie realizacji zamówienia), to żądanie odwołującego jest całkowicie bezpodstawne. Dla sporządzenia oferty konieczne są jednak informacje (których domagał się pytający wykonawca), które są zawarte zarówno w mapie zasadniczej, a także w bazie danych Powiatowego Ośrodka Geodezyjnej i Kartograficznej, zwanego dalej PODGiK, która to baza jest podstawą do tworzenia ww. map. Tożsame informacje, dotyczące rodzaju i lokalizacji sieci uzbrojenia terenu, oparte na tych samych bazach danych, udostępniane są

w ogólnodostępnym „urzędowym" systemie „Geoportal Kielce", do którego w treści udzielonej odpowiedzi zamawiający odesłał wykonawców, a które to dane są najbardziej aktualne (aktualizowane codziennie) i szczegółowo określają lokalizację i rodzaje i sieci uzbrojenia terenu, a takich w istocie domagał się wykonawca, żądając podania tych danych w celu dokonania kalkulacji ceny ofertowej.

W zadanym uprzednio (i nieskarżonym) pytaniu nr 147, w którym wykonawca prosi o potwierdzenie, że określone w nich warunki/wymagania określone w dokumentach z 2010 i 2011 roku, pozostają w mocy na dzień ogłoszenia przetargu, zamawiający poinformował, że są obowiązujące dla wykonawców na dzień ogłoszenia przetargu, z zastrzeżeniem odpowiedzi na pytanie nr 241. Z kolei wykonawca zadając pytanie nr 241 twierdzi, że Koncepcja programowa udostępniona przez zamawiającego oraz Warunki techniczne ujęte w PFU nie zawierają informacji dotyczących zakresu przebudowy kolizji sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych oraz ciepłowniczych, prosząc o udostępnienie tych warunków.

W odpowiedzi na zadane pytanie zamawiający wskazuje, w których to dokumentach (załączonych do SWZ) zawarte są stanowiska gestorów sieci, odwołując się przy tym do odpowiedzi na pytanie 147. Zamawiający wskazuje też, że (we wskazanych w odpowiedzi dokumentach) znajdują się informacje o kolizjach z istniejącymi sieciami. Zgodnie zaś z zapisami PFU - pkt 1.1 - w ramach zamówienia należało w konać wszystkie niezbędne opracowania projektowe, uzyskać w imieniu i na rzecz Zamawiającego konieczne opinie i warunki techniczne, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla w konania Kontraktu a zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego i Warunkami Kontraktu a zgodnie z zapisami punktu 1.1.3.10 PFU pełna identyfikacja i rozpoznanie wszystkich kolizji należy do zadań Wykonawcy.

Dokonując analizy dokonanych wyjaśnień, co do których zaskarżona została jedynie odpowiedź na pytanie 1478, (a pozostałe odpowiedzi na pytania 147 i 241 zaskarżone być już nie mogą), zamawiający zajął stanowisko, iż w pkt. 1.1.3.10 PFU, zastrzeżono obowiązek wykonawcy do usunięcia, przy realizacji inwestycji wszystkich występujących kolizji z istniejącymi sieciami, ale zamawiający nie potwierdza, że wyceny ofert należy dokonać przy uwzględnieniu warunków technicznych, uzgodnień, pozwoleń (wydanych w latach 2010-2011). Zamawiający wyraźnie jednak wskazał (odp. na pytanie 147), że wymagania określone w dokumentach z 2010 i 2011 roku, pozostają nadal w obowiązujące na dzień ogłoszenia przetargu (gdyż nowszych zamawiający nie posiada), z zastrzeżeniem odpowiedzi na pytanie 241. W odpowiedzi na pytanie 241 zamawiający zastrzegł, że w ramach zamówienia należy wykonać wszystkie niezbędne opracowania projektowe, uzyskać w imieniu i na rzecz zamawiającego konieczne opinie i warunki techniczne, wszelkie uzgodnienia, pozwolenia. zezwolenia, decyzje i zgody niezbędne dla wykonania Kontraktu zgodnie z wymaganiami zamawiającego i Warunkami Kontraktu, a zgodnie z zapisami punktu 1.1.3.10 PFU pełna identyfikacja i rozpoznanie wszystkich kolizji należy do zadań wykonawcy.

Reasumując tę część analizy merytorycznej, wykonawca, zadając pytanie 1474, domagał się przekazania przez zamawiającego mapy do celów projektowych. W odpowiedzi zamawiający poinformował wykonawców, że wszelkie informacje tożsame z treścią zawartą na mapie do celów projektowych dostępne są na ogólnodostępnym portalu „Geopotral Kielce".

Zamawiający zaś nie miał obowiązku przekazywania takiej mapy, gdyż zgodnie z postanowieniami pkt 2.2.1 PFU „Dokumenty Wykonawcy", wszelkie opracowania konieczne do zaprojektowania, wykonania oraz oddania do użytkowania inwestycji, a w szczególności mapa do celów projektowania dróg, będzie realizowana przez wykonawcę. Takie postanowienia umowy są standardem przy realizacji kontaktu w systemie zaprojektuj i wybuduj. Zamawiający wskazał też wykonawcy informacje (urzędowa baza danych „Geoportal Kielce"), o lokalizacji istniejących sieci, a te informacje były dla wykonawców kompletne, aktualne i wystarczające do oceny swych zamierzeń projektowych, identyfikacji kolizji z sieciami, wiec także co do wyceny realizacji usunięcia tak zidentyfikowanych kolizji.

Wykonawca zadając pytania 1478 i 1479, domagał się uzyskania potwierdzenia czy wyceny należy dokonać w oparciu o przekazane na etapie przetargu warunki techniczne, uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i inne dokumenty. Zamawiający wyjaśnił, że wszelkie uzgodnienia i warunki zawarte w SWZ, pozostają nadał obowiązujące na dzień ogłoszenia przetargu (gdyż nowszych nie posiada), jednak to wykonawca zgodnie z zapisami punktu 1.1.3.10 PFU, jako projektant i wykonawca robót budowlanych winien dokonać pełnej identyfikacji i rozpoznania wszystkich kolizji, co należy do zadań wykonawcy oraz uzyskać wszelkich w tym zakresie uzgodnień (jeżeli taka potrzeba zajdzie, z uwagi na posiadane, choć dokonane w latach 2000 poprzednie uzgodnienia). Takie postanowienia nie powinny zaskakiwać wykonawców, gdyż ilość i rodzaj kolizji będzie zależna od każdego z wykonawców, w zależności od zastosowanych przez nich rozwiązań projektowych, gdyż

załączone przez zamawiającego koncepcje projektowe, były jedynie nieobowiązującymi, wyłącznie pomocniczymi/poglądowymi materiałami, z których wykonawcy nie muszą w ogóle korzystać. Każdy z wykonawców musi samodzielnie, zgodnie z wymaganiami PFU, zaprojektować inwestycję, uzyskać wszelkie decyzje, uzgodnienia oraz opracowania geodezyjne (mapa do celów projektowych). Zamawiający wskazał też najaktualniejsze źródło danych w zakresie lokalizacji istniejących sieci uzbrojenia terenu („Geoportal Kielce"), a to wystarcza (zdaniem zamawiającego), do dokonania kalkulacji oferty.

Zamawiający w podsumowaniu wyjaśnia, że w okresie przed realizacyjnym sporządził opracowania koncepcyjne, które załączył do SWZ wyłącznie jako elementy informacyjne i pomocnicze i wyraźnie zastrzegł, że nie mogą one stanowić danych wejściowych do złożenia oferty, co nie wyłącza możliwości z nich skorzystania (na ryzyko wykonawców), z tym jednak zastrzeżeniem, że wykonawcy winni je samodzielnie zweryfikować. Zamawiający załączył do SWZ posiadane uzgodnienia z gestorami sieci co do warunków i zasad usunięcia kolizji, wyraźnie zaznaczając, że są one wydane w latach 2010-2011, ale na dzień ogłoszenia

o zamówieniu nie zostały zmienione. Z uwagi na fakt, że podkłady mapowe, na których były sporządzone opracowania koncepcyjne pochodzą z lat 2000, a zamawiający innych (nowszych) koncepcji ani też map zasadniczych nie zlecał, więc ich nie posiadał, a dla opisu przedmiotu zamówienia nie były one niezbędne ani też obligatoryjne. Zamawiający w swoich wyjaśnieniach przekazał dodatkowo, że informacje zamieszczone na załączonych do SWZ podkładach mapowych mogą być łatwo sprawdzone na podstawie powszechnie dostępnych w „Geoportalu Kielce" danych. Zamawiający nie musiał też dla przeprowadzenia zamówienia takich map specjalnie zamawiać, gdyż nie są one obligatoryjnym elementem PFU, a wykonawcy będą zobowiązani do sporządzenia map do celów projektowych, koniecznych do sporządzenia dokumentacji technicznej.

Wbrew zarzutom odwołującego, udzielona odpowiedź nie mogła wywołać u wykonawców „chaosu informacyjnego", ani wprowadzać ich w błąd, gdyż przekazane przez zamawiającego informacje, w postaci wskazania w bazie „Geoportal Kielce" jako najaktualniejszego źródła informacji o lokalizacji i rodzajach sieci nad i podziemnych,

(opartego na tych samych bazach danych jak mapa zasadnicza), pozwala wszystkim

wykonawcom na dokonanie analizy zainwentaryzowanego uzbrojenia terenu oraz złożenie porównywalnych ofert, opartych na tych samych zaktualizowanych informacjach.

Co do zarzutów o niedokonanie przez zamawiającego weryfikacji przekazywanych w ten sposób informacji, wskazać jedynie należy, że dane te są najbardziej aktualne, gdyż podlegają one weryfikacji „z urzędu" przez organy prowadzące zasób geodezyjny, stąd taki sposób udzielenia informacji wydaje się celowy i zasadny oraz ze wszech miar logiczny.

Uzasadnienie prawne.

W przeciwieństwie do twierdzeń odwołującego, mapa do celów projektowych nie jest obligatoryjnym załącznikiem do PFU, gdyż nie jest w definicji PFU wymieniona choćby przykładowo. W definicji pojęcia PFU wymieniona jest jedynie mapa zasadnicza, lecz nie jako opracowanie obligatoryjne, a jedynie przykładowe. Z daleko zaś posuniętej ostrożności zamawiający wyjaśnia, że z treści § 19 pkt 4 lit. a s.z.d.p., nie można wywieść nawet tezy, że zamawiający miał bezwzględny obowiązek załączenia choćby kopii papierowej mapy zasadniczej (a tym bardziej nie miał obowiązku załączenia mapy do celów projektowych).

Zgodnie bowiem z art. 153 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie zasad techniki prawodawczej, przy definiowaniu poszczególnych pojęć (definicja zakresowa), z użyciem zwrotu „w szczególności", należy przez to rozumieć „wyliczenie jego zakresu, wyraźnie wskazując przykładowy charakter wyliczenia".
W przeciwieństwie więc do twierdzeń odwołującego, zamawiający nie był bezwzględnie zobowiązany do załączenia w PFU, mapy zasadniczej, gdyż z treści przepisu wynika, że może to być jeden z przykładowo wymienionych, a nie w każdym przypadku obligatoryjny element składający się na opis przedmiotu zamówienia. Definicja zakresowa to taka definicja, która określa dane pojęcie poprzez wyliczenie elementów składających się na to pojęcie. Definicja taka powinna być tak sformułowana, by nie pozostawiała wątpliwości co do tego, czy ma ona charakter zupełny. Jeżeli wyliczenie ma mieć charakter przykładowy, a nie zupełny, należy to jednoznacznie wyrazić za pomocą zwrotu "w szczególności". Brak takiego

zwrotu oznacza,

że prawodawca traktował daną definicję zakresową jako zupełną. Tak właśnie interpretują omawiane kwestie sądy (zob. np. uchwała NSA z dnia 20 maja 2002 r., OPS 3/02, ONSA 2003, nr 1, poz. 4; wyroki tego samego sądu: z dnia 2 marca 2006 r., I FSK 736/05,

ONSAiWSA 2006, nr 6, poz. 171; z dnia 30 listopada 2006 r., I FSK 170/06, LEX nr 262119; z dnia 20 czerwca 2007 r., II OSK 914/06, LEX nr 344107). (Vide: G. Wierczyński [w:] Komentarz do rozporządzenia w sprawie "Zasad techniki prawodawczej" [w:] Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz, wyd. II, Warszawa 2016, Załącznik @1 § 153).

W przeciwieństwie do twierdzeń odwołującego, zamawiający ma prawną możliwość przy udzieleniu odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania odesłać wykonawców do powszechnie dostępnych danych zawartych w „urzędowym" rejestrze takim jakim jest „Geoportal Kielce", zawierającym pełną i na bieżąco aktualizowaną lokalizację sieci.

Odwołujący dokonuje błędnej wykładni przepisu § 19 ust. 4 s.z.d.p., poprzez uznanie, że zawarty w nim katalog dokumentów jest katalogiem obligatoryjnym, pomijając znaczenie zawartego w treści przepisu zwrotu „w szczególności". Przy prawidłowej zaś wykładni przepisu § 19 ust. 4 s.z.d.p., zamawiający miał podstawę, przy udzieleniu informacji w zakresie PFU, nie tylko zamieścić w nim dokumenty w formie załączników, lecz także przekazać „inne posiadane informacje", poprzez odesłanie do nich. Dla uzasadnienia zasadności działania zamawiającego, poprzez odesłanie wykonawców do danych z „Geoportalu Kielce", w zakresie aktualnej lokalizacji sieci uzbrojenia terenu, koniecznym jest dokonanie analizy, czym w istocie jest „Geoportal" i czy dane w nim zawarte dają wykonawcom możliwość uzyskania wystarczającej wiedzy, koniecznej do przygotowania ofert. „Geoportal Kielce" stanowi bazę danych (zbiór danych), powszechnie dostępny i prowadzony przez Organy administracji publicznej, na podstawie ustawy z dnia 4 marca 2010 r, o infrastrukturze informacji przestrzennej (Dz.U. z 2021r. poz.214), zwanej dalej u.i.i.p. Zgodnie zaś z art. 51 rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie szczegółowych zasad i trybu założenia i prowadzenia krajowego systemu informacji o terenie, stworzony został krajowy system informacji o terenie, zwany dalej "systemem", zawierający w szczególności dane obligatoryjne dotyczące geodezyjnej ewidencji sieci uzbrojenia terenu. Na podstawie zaś art. 4 ust. 1 oraz art. 9 u.i.i.p., infrastruktura informacji przestrzennej obejmuje zbiory danych przestrzennych tworzone i prowadzone w postaci elektronicznej a następnie utrzymywane i aktualizowane oraz udostępniane przez organ administracji publicznej, w sposób umożliwiający ich wyszukiwanie, wyświetlanie, pobieranie kopii zbiorów lub ich części. Zgodnie z art. 12 u.i.i.p., dostęp do tych elektronicznych danych jest powszechny i nieodpłatny. W takim stanie rzeczy zamawiający (wbrew żądaniom wykonawcy) zamiast przekazania wykonawcom danych o lokalizacji sieci uzbrojenia terenu, zawartych na mapie do celów projektowych, (której zamawiający nie posiadał, a którą sporządzić ma wykonawca w ramach kontraktu), mógł przekazać tożsame informacje, lecz przez wskazanie ich źródła w postaci dostępu do bazy „Geoportal Kielce".

W tym miejscu konieczne jest ustalenie, czym jest mapa do celów projektowych, a czym mapa zasadnicza oraz czy istnieje alternatywny sposób szczegółowego opisania części przedmiotu zamówienia, inny niż przez załączenie żądanych przez odwołującego map.

Zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy z dnia z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz.U. z 2021r. poz. 1990 ze zm.), pod pojęciem „mapy do celów projektowych" rozumie się opracowanie kartograficzne, wykonane z wykorzystaniem wyników pomiarów geodezyjnych i materiałów państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego, zawierające elementy stanowiące treść mapy zasadniczej, a także informacje niezbędne do sporządzenia dokumentacji projektowej oraz klauzulę urzędową, (w której to klauzuli Organ Służby Geodezyjnej i Kartograficznej oświadcza, że dokumenty i materiały są przeznaczone dla podmiotu, na rzecz którego wykonawca prac geodezyjnych wykonał prace geodezyjne), stanowiącą potwierdzenie przyjęcia do państwowego zasobu geodezyjnego i kartograficznego zbiorów danych lub dokumentów (...). Mapa do celów projektowych, sporządzana jest dla celów realizacji konkretnego projektu budowlanego i stanowi uaktualnienie lub weryfikację danego fragmentu mapy zasadniczej, złożona następnie do PODGiG, i tam zarejestrowana, oraz opatrzona wyżej opisaną klauzulą o jej przyjęciu i zarejestrowaniu w ośrodku.

Mapa zasadnicza „jest podstawową mapą naszego kraju i jest głównym elementem PZGiK. Jest wykorzystywana w gospodarce narodowej przede wszystkim do zagospodarowania przestrzennego, katastru nieruchomości i powszechnej taksacji. Jest też źródłowym opracowaniem kartograficznym do sporządzania map pochodnych (w tym mapy do celów projektowych). Treść obligatoryjną mapy zasadniczej stanowią: punkty poziomej i wysokościowej osnowy geodezyjnej, elementy ewidencji gruntów i budynków, elementy sieci uzbrojenia terenu. Mapa zasadnicza prowadzona jest przez powiatowe ośrodki dokumentacji geodezyjnej i kartograficznej PODGK". (Vide: I. Kamińska, W. Radzio M. Durzyńska,

A. Gryszczyńska, K. Mączewski, G. Szpor, I. Kamińska, W. Radzio, Prawo geodezyjne i kartograficzne. Komentarz, Warszawa 2013, art. 2.).

Mapa zasadnicza stanowi więc opracowanie kartograficzne, prowadzone przez PODGiK (Powiatowy Ośrodek Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej) i służy jako podstawa do sporządzenia mapy do celów projektowych.

W sprawie istotnym jest dokonanie ustalenia, „kto" taką mapę do celów projektowych sporządza zamawiający, czy wykonawca?

Zgodnie z art. 27a. ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.) w trakcie projektowania i budowy obiektu budowlanego wykonanie czynności geodezyjnych zapewnia co do zasady inwestor - w zakresie opracowania mapy do celów projektowych na potrzeby wykonania projektu budowlanego, lecz nie jest to przepis bezwzględnie obowiązujący. Rozstrzygającym w tym zakresie stają się postanowienia pkt 2.2.1 PFU „Dokumenty Wykonawcy", zgodnie z którymi „w ramach Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej zgodnie z Klauzulą 5 Warunków Kontraktu [Projektowanie] należy opracować wszelkie opracowania jakie mogą okazać się niezbędne dla zaprojektowania, budowy i użytkowania obiektów wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, a w szczególności mapę do celów projektowania dróg".

Stąd żądanie przedłożenia takiej mapy było niezasadne, a zamawiający był uprawniony do odmowy jej załączenia „jako dokumentu Zamawiającego", skoro zgodnie z kontraktem, dokument ten miał być sporządzony jako „dokument wykonawcy" i to w ramach umownego wynagrodzenia (ceny ofertowej).

Uzasadnienie prawne niezasadności stawianych zarzutów.

Zarzut 1. Zgodnie z art. 99 ust. 1 p.z.p. przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Na podstawie art. 134 ust. 1 pkt 4 p.z.p., SWZ zawiera co najmniej opis przedmiotu zamówienia. W myśl zaś art. 135 ust. 1 p.z.p., wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, a na podstawie art. 137 ust. 1 p.z.p., w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Na podstawie art. 16 p.z.p., zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty i proporcjonalny. Z kolei § 19 pkt 4 lit. a), lit. g) i lit h) s.z.d.p., określa przykładowy katalog informacji i dokumentów, które zawierać ma część informacyjna programu funkcjonalnoużytkowego.

Odpowiadając na tak postawiony zarzut, nie sposób doszukać się uchybień zamawiającego w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia (jak twierdzi odwołujący).

1) Odwołujący zastrzegł, że opis przedmiotu zamówienia w niniejszym postepowaniu jest niekompletny i jednoznaczny, a wszyscy wykonawcy nie są w stanie określić aktualnego zakresu zamówienia, co zdaniem odwołującego skutkować ma niemożliwością dokonania jego właściwej wyceny.

Odpowiadając na tak sformułowane zarzuty, nie sposób nie zauważyć, że przedmiot umowy określony w SWZ, nie został zmieniony, żaden z wykonawców nie wniósł odwołania na treść SWZ. W takim stanie stawianie zarzutów w tym zakresie jest już spóźnione. Zamawiający, przez udzielenie odpowiedzi przekazał jedynie informacje, które pomogły pomóc wykonawcom w dokonaniu identyfikacji sieci, a nie stanowiły jakiegokolwiek rozszerzenia przedmiotu zamówienia, gdyż wykonawcy zobowiązani są do wykonania dokładnie tego samego zadania i takich samych robót, co w treści pierwotnej SWZ. Nie można też pominąć, że przedmiotem zamówienia jest „zaprojektowanie i wykonanie" zadania inwestycyjnego, a nie wykonanie go na podstawie przedstawionego przez zamawiającego projektu. W takim stanie rzeczy ilość i rodzaj kolizji z istniejącą siecią oraz innymi elementami uzbrojenia terenu zależy nie od rozwiązań wskazanych przez zamawiającego, lecz od zastosowanych przez wykonawcę rozwiązań projektowych. W takim stanie rzeczy zamawiający nie ma możliwości precyzyjnego wyspecyfikowania wszystkich kolizji, gdyż to jedynie wykonawca (jako przyszły projektant) może to uczynić. Załączone do SWZ opracowania koncepcyjne zamawiającego są wyłącznie materiałem poglądowym i pomocniczym, z którego może skorzystać wykonawca (ale tego czynić nie musi). W takim stanie rzeczy rolą zamawiającego jest wyłącznie wskazanie jakie sieci w terenie występują, tak aby wykonawcy mogli je zidentyfikować oraz wziąć pod uwagę w planowanych rozwiązaniach. Wykonawcy, bazując na tych danych oraz planowanych przez siebie rozwiązaniach projektowych powinni sporządzić wycenę usunięcia kolizji.

Odnosząc się do zarzutów w zakresie przekazania informacji o lokalizacji sieci w bazie „Geoportal Kielce", zamiast załączenia do PFU aktualnej mapy zasadniczej, zamawiający

wskazał, że (jak wyżej wyjaśniono), mapa zasadnicza jest podstawowym opracowaniem

geodezyjnym prowadzonym przez PODGiK, a na jej podstawie sporządzana jest mapa do celów projektowych, po jej aktualizacji i weryfikacji. Aktualizacja ta sporządzana jest w formie operatu geodezyjnego, a dane z operatu służą do aktualizacji mapy zasadniczej (w części, w której sporządzana jest mapa do celów projektowych). Jak widać z powyższego nie istnieje takie opracowanie jak „aktualna mapa zasadnicza", a do uzyskania aktualnych danych służy wyłącznie mapa do celów projektowych, będąca jak już wyjaśniono „zaktualizowaną mapą zasadnicza", przyjętą do zasobu geodezyjnego. Z uwagi jednak, że wykonanie mapy do celów projektowych leżało po stronie wykonawcy (przyszłego projektanta), zamawiający nie ma obowiązku jej przedkładania. Mając jednak na uwadze otwarty katalog § 19 ust. 4 s.z.d.p., zamawiający zamiast informacji o lokalizacji sieci zawartej na mapie zasadniczej, może przekazać tożsame informacje, poprzez odesłanie do ich źródła zawartego w „Geoportalu Kielce", który oparty jest na tych samych bazach danych co treść mapy zasadniczej,

a dodatkowo na bieżąco jest aktualizowany.

W takim stanie rzeczy zamawiający przekazał wykonawcy informację kompletną oraz powszechnie dostępną, a także bardziej aktualną, niż wnosił oto w zadanym pytaniu wykonawca. W przedmiotowym postępowaniu, wbrew zarzutom odwołującego, nie ma żadnego znaczenia, iż uzyskana z „Geoportalu Kielce" informacja opatrzona jest klauzulą, że nie stanowi ona dokumentu urzędowego w postępowaniach administracyjnych oraz ma wyłącznie charakter poglądowy. Odwołujący pomija jednak fakt, że dokładnie taki sam charakter miałaby mapa zasadnicza, dopóki nie zostanie zaktualizowana - jako mapa do celów projektowych, co wyżej wykazano. Wykonawca w stawianych zarzutach twierdzi, że zamawiający zmusza wykonawcę do samodzielnego doprecyzowania przedmiotu zamówienia, a w zasadzie stworzenia własnego OPZ (co do zakresu usunięcia kolizji z sieciami) oraz samodzielnego ustalenia przez wykonawców przebiegu istniejących sieci.

Tak stawiane zarzuty są jednak bezpodstawne. Jak wyżej wykazano zamawiający nie zmusza wykonawców do samodzielnego poszukiwania sieci oraz zlokalizowania ich w terenie, lecz wskazuje ich lokalizację poprzez odwołanie się do powszechnie dostępnych oraz bieżąco aktualizowanych danych zawartych w bazie „Geoportal Kielce", opartej na tożsamych bazach danych jak mapa zasadnicza, a jak wyżej wyjaśniono, mapa zasadnicza nie ma większej „wiarygodności" niż dane z „Geoportalu Kielce", dopóki nie zostanie zaktualizowana jako mapa do celów projektowych. Nie można też pominąć, że przedmiotowe zamówienie realizowane jest w formule Zaprojektuj i Zbuduj, W takim stanie rzeczy, to nie zamawiający sporządza projekt, podając wykonawcy rozwiązania szczegółowe, lecz wykonawca musi takie rozwiązania znaleźć i kolizje zidentyfikować. W takim stanie rzeczy rolą zamawiającego pozostaje zapewnienie wykonawcy danych wyjściowych do

projektowania, w postaci informacji o możliwych do zidentyfikowania i dotyczących każdego z wykonawców przeszkód, w postaci lokalizacji istniejących sieci. Do każdego z wykonawców należeć jednak będzie dobór rozwiązań projektowych. Oferty wykonawców, będą wiec zawierać różne rozwiązania, pod warunkiem osiągnięcia wskazanego w SWZ efektu. Stąd wymaganie od zamawiającego wskazania konkretnych rozwiązań i wyczerpującej identyfikacji związanych z nimi kolizji, byłoby sprzeczne z formułą udzielonego zamówienia. Odwołujący zarzuca zamawiającemu,

iż opis przedmiotu zamówienia jako najważniejsza część SWZ, winien pozwolić na przygotowanie oferty (a zdaniem odwołującego tak nie jest). Z takim zarzutem nie można się zgodzić. Na wstępie należy powtórzyć, że odwołujący nie skarżył w terminie treści SWZ, stąd takie zarzuty są obecnie spóźnione. Odwołujący może na obecnym etapie kwestionować jedynie treść odpowiedzi na trzy zaskarżone pytania. Zamawiający w treści skarżonych odpowiedzi dokonał zmiany treści SWZ, poprzez odesłanie do dodatkowych informacji o lokalizacji sieci zawartych w urzędowej bazie Geoportal, która to zawiera bardziej aktualne informacje o przebiegu sieci, niż załączona do opracowań koncepcyjnych mapa zasadnicza (która i tak była jedynie materiałem pomocniczym) a nie przetargowym. W takim stanie rzeczy wykonawca dostał nowe informacje, które rozszerzyły jedynie jego wiedzę o

lokalizacji sieci,
a z innymi materiałami (pomocniczymi) sprzeczne być nie mogły. W opisanej sytuacji, wykonawcy otrzymali dodatkowo pełną i rzetelną oraz aktualną informację o lokalizacji sieci, taką samą jaka zawarta byłaby w treści papierowej mapy zasadniczej, więc posiadają obecnie pełną wiedzę konieczną do przygotowania oferty w tym zakresie. Z ostrożności jednak wskazuję fakt, że warunki kontraktu nie wyłączają możliwości wykonawców ubiegania się

o „roboty dodatkowe", gdyby w terenie napotkali sieć nie ujętą w informacji uzyskanej z Geoportalu. Stąd możliwe jest przygotowanie właściwej oferty, a interes wykonawcy jest odpowiednio zabezpieczony.

Podobnie rzecz się ma z zarzutem, że wykonawca nie ma obowiązku domyślać się jak ma przygotowywać ofertę, a zamawiający powinien wskazać jej zakres w OPZ. Zamawiający nie neguje takich twierdzeń, zwraca jedynie uwagę, że poprzez wskazanie źródła informacji o lokalizacji sieci w ogólnodostępnym i urzędowo prowadzonym „Geoportalu Kielce", zapewnił wszystkim wykonawcom aktualną i rzetelną wiedzę na temat lokalizacji sieci uzbrojenia terenu, tożsamą z tą jaką mogliby uzyskać podczas analizy mapy zasadniczej. W ten sposób zamawiający wywiązał się z obowiązku rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia, a jak opisano wyżej, w formule „zaprojektuj i wybuduj", zamawiający określa efekt oczekiwany,

a sposób jego osiągnięcia pozostawiany jest w znacznej części wykonawcy. W takim stanie rzeczy OPZ, w porównaniu do „klasycznego zamówienia - wykonaj co zaprojektowane", ograniczony jest do wskazania danych wejściowych oraz oczekiwanego efektu, a temu zadaniu zamawiający sprostał z nawiązką.

Odnosząc się do stawianych zarzutów, w zakresie niezałączenia do OPZ kopii mapy zasadniczej, jako elementu obligatoryjnego, jest zarzutem chybionym.

Jak wyżej wykazano, zgodnie z § 19 ust. 4 s.z.d.p., kopia mapa zasadniczej nie jest materiałem obligatoryjnym, lecz fakultatywnym w OPZ. Przy takiej redakcji przepisu, zamawiający ma możliwość opisu przedmiotu zamówienia, także poprzez przekazanie innych tożsamych informacji. Zamawiający tak właśnie postąpił wskazując, iż aktualne uzbrojenie terenu, można odczytać z bazy danych „Geoportal Kielce".

Co do weryfikacji dokumentów źródłowych przez zamawiającego, to trudno wymagać od zamawiającego aby ten weryfikował treść mapy zasadniczej z terenem, gdyż wykonuje to uprawniony geodeta przy sporządzeniu mapy do celów projektowych, albo sprawdzał treść baz geodezyjnych PODGiK, na których bazuje „Geoportal Kielce" . Wystarczającym jest więc działanie zamawiającego, w postaci przekazania wykonawcom informacji o lokalizacji sieci, poprzez odesłanie do bazy urzędowej „Geoportal Kielce", na bieżąco aktualizowanej przez właściwe organy. W takim stanie rzeczy wszelkie zarzuty co do rzekomego chaosu informacyjnego, z uwagi na granice odwołania dotyczące jedynie trzech udzielonych odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania, są oczywiście niezasadne.

Zarzut 2. Odwołujący twierdzi, iż:

1) Zamawiający, dokonał zmiany postanowień SWZ w sposób wadliwy, tj. za pomocą odpowiedzi na zadane pytania (nr 1474, nr 1478 i nr 1479), a nie dokonał formalnej zmiany postanowień SWZ (PFU), w zakresie udzielonych odpowiedzi na pytania 1474, 1478 i 1479,

2) w wyniku ich udzielenia opis przedmiotu zamówienia stał się nieostry, niejednoznaczny, umożliwiający dowolną interpretację postanowień SWZ, a to zdaniem odwołującego uniemożliwia mu prawidłowe skalkulowanie oferty, oraz wyklucza złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert.

W odpowiedzi na tak stawiane zarzuty, zamawiający zwraca uwagę, że wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SWZ ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert. Zamawiający nie musi więc za każdym razem pisać,

że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień, zawartych w odpowiedziach zamawiającego na zadane przez wykonawców pytania. W takim stanie rzeczy, niezależnie od kwalifikacji udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi (będących przedmiotem odwołania), jako dokonanie wyjaśnień treści SWZ, czy też jej modyfikację, trudno dopatrzyć się tu naruszenia przepisu art. 137 p.z.p. Z pewnością udzielone odpowiedzi nie skutkowały zmianą treści opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu ani też nie powodowały zmiany charakteru zamówienia. Zamawiający treść udzielonych wyjaśnień zamieścił na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Zamawiający, niezwłocznie po udzielonych wyjaśnieniach wydłużył też termin składania ofert, co dało wykonawcom czas na zapoznanie się z informacjami z Geoportalu, do którego odesłał zamawiający - w zakresie rodzaju i lokalizacji znajdujących się w terenie sieci uzbrojenia terenu.

Zamawiający, z daleko posuniętej ostrożności wskazuje, iż nawet gdyby uznać, że zamawiający poprzez udzielone odpowiedzi zmodyfikował treść SWZ (poprzez poszerzenie jego zakresu o dodatkowe informacje zawarte w miejskim „Geoportalu Kielce"), to i tak spełnione zostały, wyżej opisane wymogi dokonania zmiany SWZ, zawarte w dyspozycji art. 137 p.z.p. W takim stanie faktycznym i prawnym, zarzut odwołującego o „nieformalnej", a więc wadliwej zmianie treści SWZ jest chybiony. Zamawiający zwraca tu uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane, lecz formalizm postępowania nie jest tu celem samym w sobie.

W drugiej części tego zarzutu, odwołujący powiela wcześniej podnoszone twierdzenia, iż w wyniku udzielenia odpowiedzi opis przedmiotu zamówienia stał się nieostry, niejednoznaczny, umożliwiający dowolną interpretację postanowień SWZ, a to zdaniem odwołującego uniemożliwia mu prawidłowe skalkulowanie oferty oraz wyklucza złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert. Odwołujący nie wyszczególnia jednak tych postanowień, które w wyniku trzech skarżonych odpowiedzi stać się miały aż tak wadliwe, pomimo iż ciężar dowodu obciąża tu odwołującego.

W tym miejscu należy postawić tezę, iż biorąc pod uwagę treść trzech udzielonych odpowiedzi (objęte zarzutami odwołania), z uwagi na ich treść, tak dalekie „zepsucie" treści SWZ byłoby po prostu niemożliwe.

Konkludując treść udzielonych odpowiedzi (na pytanie 1474), zamawiający, na wniosek o udostepnienie „mapy do celów projektowych" poinformował wykonawców, że najbardziej aktualne informacje w zakresie rodzaju i lokalizacji sieci w terenie zawarte będą w powszechnie dostępnej bazie danych „Geoporta Kielce". Zamawiający przekazał więc wykonawcom wnioskowane przez jednego z nich informacje, choć utrwalone w innej formie niż określone w zapytaniu. W ten sposób zamawiający jedynie poszerzył zakres informacji, o takie, jakich SWZ nie zawierał. W takim stanie rzeczy trudno nawet mówić o jakiejkolwiek sprzeczności. Dodatkowo istotnym jest, iż jedyne mapy „zasadnicze" załączone do SWZ, stanowiły „podkłady" dla opracowań koncepcyjnych, które (jak wyraźnie zastrzeżono) były wyłącznie materiałem pomocniczym i nie stanowiły części PFU, więc o jakiejkolwiek sprzeczności nie mogło być mowy. Z kolei w treści pytań 1478 oraz 1479, wykonawca domagał się potwierdzenia, czy ma dokonać wyceny oferty „w oparciu o przekazane na etapie przetargu warunki techniczne, uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje, warunki

techniczne, uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia". Zamawiający zaś, w treści udzielonej odpowiedzi, odesłał wykonawcę do treści punktu 1.1.3.10 PFU, zgodnie z którym „wszystkie warunki usunięcia kolizji, uzgodnienia, opinie, itp. wydane przez właścicieli i gestorów sieci oraz podmioty zarządzające kolidującą infrastrukturą, które zostały udostępnione w materiałach przetargowych przez Zamawiającego w ramach procedury przetargowej podlegają pełnej weryfikacji oraz aktualizacji przez Wykonawcę". W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę,

że odwołując nie „skarżył tej części SWZ, stąd wszelkie zarzuty co do tych postanowień są już spóźnione.

Przechodząc do istoty sprawy, należy uznać, że udzielenie odpowiedzi, która wprost odsyła do treści SWZ, nie może powodować „nowej" w niej sprzeczności, stąd zarzuty stawiane przez odwołującego są oczywiście chybione.

Z ostrożności zamawiający wskazuje, że wszelkie zarzuty co do treści SWZ, podniesione na tym etapie postępowania, które wykraczają poza analizę zaskarżonych trzech odpowiedzi, są już niedopuszczalne jako spóźnione, gdyż odwołujący miał możliwość ich zaskarżenia

w ustawowo dopuszczalnym terminie, lecz tego nie uczynił. Zarzuty podniesione w odwołaniu, są także niezasadne, mając na względzie poglądy prezentowane, w niżej wskazanym orzecznictwie. Zarzut odwołującego, w zakresie dokonania zmiany treści SWZ, poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie zadane przez wykonawcę, jako praktyki niedopuszczalnej

i niezgodnej z prawem, jest w świetle niżej wskazanego orzecznictwa bezzasadny. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2010 r. KIO/UZP 729/10, „Informacja (o dokonaniu zmiany SIWZ — obecnie SWZ) nie musi być opatrzona stwierdzeniem, iż w powyższym zakresie dokonywana jest zmiana siwz, by stać się wiążącą dla wykonawców. Wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do siwz ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert".

Powyższy pogląd oparty jest na następującym stanie faktycznym. Otóż przy udzieleniu zamówienia na roboty budowlane, w odpowiedzi na pytanie wykonawcy dotyczące nieujętego w przedmiarze robót materiały postaci kabla elektrycznego, zamawiający udzielił odpowiedzi, iż materiał ten należy „doliczyć" i uwzględnić w składanej ofercie. Pomimo tak udzielonej odpowiedzi, zamawiający nie dokonał „formalnej: zmiany treści siwz (nazewnictwo - wg. dawnego stanu prawnego). Okolicznością sporną przy wydaniu komentowanego orzeczenia było ustalenie, czy zamawiający odpowiadając na zadane przez wykonawcę pytanie, iż należy w ofercie uwzględnić dodatkowy materiał, nieprzewidziany uprzednio w przedmiarze robot, dokonał zmiany siwz, czy też nie. Izba przy wydaniu komentowanego orzeczenia podziela
w tym zakresie pogląd, że zamawiający odpowiadając na powyższe pytanie dokonał modyfikacji siwz w zakresie dotyczącym zmiany ilości materiałów, w którym nakazała

wykonawcom uwzględnić w ich ofertach, wcześniej nie wyspecyfikowany w przedmiarach robot materiał. Izba zajęła tu stanowisko, że Informacja ta (zawarta w odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania) nie musiała być, w ocenie Izby, opatrzona stwierdzeniem, iż w powyższym zakresie dokonywana jest zmiana siwz, by stać się wiążącą dla wykonawców, gdyż wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do siwz ze swej istoty uzupełniają jej treść

i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 czerwca 2010 r. KIO/UZP 917/10. Otóż Krajowa Izba odwoławcza, zaprezentowała stanowisko, zgodnie z którym „Zamawiający nie musi za każdym razem pisać, że w danym zakresie modyfikuje postanowienia specyfikacji, gdyż i bez takich formuł wykonawcy i zamawiający muszą się stosować do wyjaśnień". Identyczną zasadę przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, w niże wskazanych wyrokach.

W uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.08.2013 r., KIO 1794/13, skład orzekający uznał, że „w przepisach art. 38 p.z.p. nie sformułowano literalnie granicy dzielącej wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia od zmiany treści (SIWZ) (...) Zmiana SIWZ (art. 38 ust. 4 ustawy) nie wymaga szczególnej formy lub trybu jej dokonania, jednakże w przeciwieństwie do wyjaśnień, powinna polegać na zastąpieniu pewnej informacji inną, wykreśleniu informacji, czy dodaniu informacji, która nie znalazła się w pierwotnej wersji SIWZ". W uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.05.2010 r., KIO/UZP 729/10 skład orzekający uznał, że „(udzielona jako odpowiedź na pytanie Wykonawcy) informacja nie musiała być, w ocenie Izby, opatrzona stwierdzeniem, iż w powyższym zakresie dokonywana jest zmiana siwz, by stać się wiążącą dla wykonawców.

Wszystkie odpowiedzi

i wyjaśnienia do siwz ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert". Także skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w uzasadnieniu wyroku z dnia 8.03.2011 r., KIO 368/11 uznał, że „Każdorazowo, jeżeli

wyjaśnienia treści SIWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją jej treści. Bez znaczenia w tym przypadku jest okoliczność, że zmiana ta została dokonana bez dochowania procedur wskazanych w ustawie p.z.p.". Identyczny pogląd zawarł skład orzekający w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z 22.12.2014 r., KIO 2593/14 zgodnie z którym Izba uznała, że „częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany". Także Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z dnia 28 stycznia 2015 r. KIO 110/15 uznała, że „nie jest przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ fakt, że zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie ich zatytułowanie jako "zmiana SIWZ". Zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu".

Opisana wyżej linia orzecznicza i zawarte w niej poglądy wpisują się w prezentowaną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2017 r. KIO 1549/17 zasadę ogólną, iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest i nie może być celem samym w sobie".

Konkludując opisane wyżej poglądy, nie sposób uznać, że zarzuty odwołującego w przedmiocie „nieformalnej zmiany Specyfikacji", są chybione, gdyż zamawiający przy udzielonej odpowiedzi odesłał wykonawców do nowego (nie uwzględnionego w pierwotnym PFU) źródła danych, a to stanowiło dla wykonawców pewne novum. Udzielona odpowiedź była jasna i klarowna i nie budziła jakichkolwiek wątpliwości, co do wskazanego przez zamawiającego i obowiązującego przy sporządzeniu ofert źródła danych o sieciach uzbrojenia terenu, które wykonawca powinien przewidzieć przy identyfikacji i wycenie kosztów usunięcia kolizji istniejących sieci, z rozwiązaniami projektowymi wykonawcy. Zgodnie z poglądami składów orzekających KIO, dla skuteczności dokonanych modyfikacji, nie miała znaczenia forma jej dokonania „oficjalna" - wprost powołująca się na art. 137 p.z.p, (jak by tego życzył sobie odwołujący), czy też zawarta w odpowiedzi na udzielone pytanie. Przy opisanej wyżej linii orzeczniczej, formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, a udzielone odpowiedzi i tak, po ich opublikowaniu, w trybie art. 138 p.z.p., stają się częścią SWZ.

Kolejnym niezasadnym zarzutem stawianym przez odwołującego, rzekoma obraza § 19 pkt 4 lit. a s.z.d.p., poprzez uznanie iż zgodnie z dyspozycją tego przepisu zamawiający jest

obligatoryjnie zobowiązany do zmieszczenia w części informacyjnej PFU mapy do celów projektowych, pomimo iż przy określeniu katalogu dokumentów stanowiących część informacyjną PFU, ustawodawca posłużył się określeniem „w szczególności” (i tu mowa o mapie zasadniczej), co wskazuje na wyliczenie przykładowe, a nie katalog obligatoryjny.

Problem prawny w zakresie interpretacji pojęcia „w szczególności” stosowanego w technice legislacyjnej, został wyjaśniony w uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie, wydanej w składzie 7 sędziów, z dnia 20 maja 2002 r. OPS 3/02. Skład orzekający Sądu uznał, że „jeżeli w wykazie (zawartym w definicji ustawowej) wskazano przykłady, uczyniono to
w sposób wyraźny. (...) Z kolei, zamierzając ograniczyć zakres pojęciowy choroby zawodowej do ściśle określonych jej postaci, wyraźnie zaznaczono to w definicji (choroby zawodowe wymienione pod pozycją 12 wykazu). Jeżeli wykaz (...) wyraźnie nie wskazuje, że wyliczone stanowi jedynie przykład (...) (brak określeń "na przykład", "w szczególności", "przede wszystkim”), to nie można takiego znaczenia nadawać temu wyliczeniu. Jest to definicja zakresowa, ponieważ określa w nawiasie zakres pojęcia "choroby narządu głosu”, oraz pełna, ponieważ wskazuje, jakie choroby narządu głosu są chorobami zawodowymi. Sposób wskazania tych chorób w nawiasie, bez posłużenia się określeniem "na przykład", "w szczególności, zwłaszcza", "inne choroby", wskazuje, że chodzi wyłącznie o te choroby”.

Przy takim poglądzie zawartym wyżej opisanej zasadzie prawnej, czytanej a contrario, jeżeli zawarta w przepisie § 19 ust. 4 ww. rozporządzenia zdefiniowano, że „część informacyjna programu funkcjonalno-użytkowego obejmuje inne posiadane informacje i dokumenty niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, w szczególności:

a) kopię mapy zasadniczej,

b) wyniki badań gruntowo-wodnych,

c) zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków,

d) inwentaryzację zieleni,:

to zgodnie z zasadą prawną ustanowioną przez Sąd Najwyższy, jest to wyliczenie przykładowe, a nie definicja zakresowa.

W takim stanie rzeczy, zgodnie z wykładnią dokonana przez Sąd Najwyższy, kopia mapy

zasadniczej nie jest obligatoryjnym elementem PFU, lecz elementem fakultatywnym,

możliwym do zastąpienia także „inną informacją”, co uczynił zamawiający odsyłając do tożsamych, lecz na bieżąco aktualizowanych danych zawartych w „Geoportalu Kielce”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi

przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, dodatkowo wskazując, co

następuje.

Odwołujący w treści odwołania, stawiając zarzuty dotyczące treści udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania nr 1474, 1478 i 1479 wskazywał, że odpowiedzi te spowodowały, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób wyczerpujący i jednoznaczny, tym samym nie jest możliwa prawidłowa kalkulacja ceny oferty, co wyklucza porównywalność ofert, oraz że zamawiający poprzez zmianę postanowień SWZ z pominięciem trybu z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, umożliwił dowolną interpretację postanowień SWZ, co wykluczyło złożenie porównywalnych ofert.

1) zadane pytanie nr 1474:

„W nawiązaniu do Wyjaśnienia na pytanie nr 851 prosimy o udostępnienie aktualnej mapy do celów projektowych jako Dokumentu Zamawiającego? Mapa zahaczona do SWZ jest nieaktualna i nie zawiera wielu sieci. Rozwiązania zaprojektowane w Koncepcji w dużej mierze będą musiały być zmienione a ich koszt będzie znacznie wyższy w dostosowaniu do nowej infrastruktury. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Przedmiot Zamówienia musi być opisany w sposób jednoznaczny, umożliwiający właściwą wycenę Robót - w chwili obecnej zdaniem Oferenta nie jest to możliwe. Zgodnie z „Rozporządzeniem MRiT w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego” jako materiał wiążąc i podstawowy dla Opisu Przedmiotu Zamówienia wskazuje się „kopie mapy zasadniczej” - w przypadku przedmiotowego postępowania przetargowego, które w dodatku obejmuje teren zurbanizowany, materiał taki jak mapa zasadnicza powinien być aktualny a pozostałe wymogi SWZ związane z przebudowami sieci dostosowane do tego wiążącego Dokumentu Zamawiającego. W chwili obecnej tak nie jest - może to spowodować znaczne różnice

w wycenie Robót przy kalkulacji poczynionej przez poszczególnych Oferentów”.

Udzielona odpowiedź:

„Zamawiający informuję, że najbardziej aktualne dane odnośnie terenu dostępne są na stronie internetowej Urzędu Miasta Kielce Geoportal KIELCE, w tym sieci uzbrojenia terenu w zakładce „sieci uzbrojenia terenu””.

2) zadane pytanie Nr 1478

„W nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie nr 147 i 241 z dnia 25.04.2022 prosimy o potwierdzenie, że wyceny należy dokonać w oparciu o przekazane na etapie przetargu

warunki techniczne, uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i inne dokumenty (co

Zamawiający potwierdza odpowiedzią na pytanie nr 147), natomiast w przypadku pojawienia się nowych wersji w/w dokumentów na etapie realizacji kontraktu (projektowanie, budowa), zastosowanie będzie miała Klauzula 13 Zmiany i korekty”.

Udzielona odpowiedź

„Zamawiający nie potwierdza. Patrz punkt 1.1.3.10 PFU”.

3) zadane pytanie Nr 1479

„W nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie nr 147 i 241 z dnia 25.04.2022 prosimy o potwierdzenie, że wyceny należy dokonać w oparciu o przekazane na etapie przetargu

warunki techniczne, uzgodnienia, pozwolenia, zezwolenia, decyzje i inne dokumenty (co

Zamawiający potwierdza odpowiedzią na pytanie nr 147), a wszelkie rozbieżności będą stanowiły zmianę do Kontraktu”.

Udzielona odpowiedź

„Patrz odpowiedź na pytanie nr 1478”.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko odwołującego nie jest zasadne. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający udzielonymi odpowiedziami jedynie doprecyzował te okoliczności związane z opisem przedmiotu zamówienia, które na dzień składania ofert mogą być najbardziej racjonalne, przedstawiające najpełniejszy obraz zamierzenia budowalnego.

W szczególności podnieść należy, że obowiązkiem zamawiającego jest takie opisanie

przedmiotu zamówienia, które umożliwi wykonawcom prawidłową wycenę oferty. Opis musi odzwierciedlać poziom wiedzy zamawiającego, najbardziej realny i co najważniejsze aktualny. Nie bez znaczenia jest również forma udzielanego zamówienia, która wyznacza zakres dokumentacji postępowania, która jest przekazywana wykonawcom. Przedmiotowe zamówienie realizowane będzie w systemie „zaprojektuj i wybuduj", co oznacza, że zamawiający przekazując posiadaną przez siebie dokumentację, która może być również przykładowa, w maksymalny sposób uwidacznia zamierzenia celu jakie zamawiający zamierza osiągnąć w danym projekcie. Z drugiej strony podmioty zainteresowane uzyskaniem zamówienia, to podmioty profesjonalnie zajmujące się realizacją podobnych inwestycji,

co oznacza, że ich poziom wiedzy jest na takim poziomie, który umożliwia prawidłowe przygotowanie się do zrealizowania przedmiotowego zamówienia publicznego. Umiejętność odczytywania określonych informacji w połączeniu z fachowością zaplecza osobowo-sprzętowego daję podstawę do twierdzenia, że tylko najlepiej przygotowane podmioty, zamierzające współpracować z zamawiającym, dają realną szansę na powodzenie inwestycji. Podmiot taki mierzony miernikiem staranności i profesjonalizmu, którym z pewnością jest odwołujący, potrafią zoptymalizować i wykryć poziomy ryzyka, które mogą wystąpić przy realizacji zamówienia. Aby w maksymalny sposób pomóc tym podmiotom zamawiający m.in. podaje w dokumentacji postępowania wszystkie okoliczności mające wpływ na prawidłową realizację zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu informacją taką (skarżoną przez odwołującego), były odpowiedzi na pytania wykonawców, z tym zastrzeżeniem, że odpowiedzi na pytania 1478 i 1479, nie zmieniały dotychczasowym postanowień SWZ, dlatego też już w tym zakresie Izba stwierdziła bezzasadność odwołania.

Jedynie w zakresie odpowiedzi na pytanie nr 1474 zamawiający - odnosząc się bezpośrednio do treści zadanego pytania - podał, gdzie należy szukać najbardziej aktualnych danych odnośnie terenu, wskazując, że dane takie (aktualizowane codziennie) wykonawcy znajdą na stronie internetowej Urzędu Miasta Kielce - GEOPORTAL KIELCE, w tym dotyczące uzbrojenia terenu.

Wykonawca mający informację, że szczegółowe lokalizacje kolizji są podane w Suplemencie do raportu środowiskowego z dnia 7 maja 2021 roku (odpowiedź na pytanie nr 95), które na ten dzień były aktualne, biorąc pod uwagę mapę zasadniczą wraz z aktualnymi na dzień ich przeglądania danymi z Geoportalu, powinien bez większych wątpliwości umieć ustalić aktualny na dzień składania ofert zakres i poziom trudności wykonywania zleconych prac.

Tym samym, w ocenie Izby, niezasadne są zarzuty odwołania, gdyż wprost przeciwnie do twierdzeń odwołującego zamawiający maksymalnie precyzyjnie ustalił i podał, jakimi wytycznymi powinien kierować się wykonawca, szacując wartość swojej oferty. Skoro bowiem w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi również etap projektowania inwestycji, to przy doświadczeniu własnym wykonawcy, jego potencjale i profesjonalizmie, oraz przyjętych przez niego założeniach (know-how) będzie w stanie w sposób maksymalnie precyzyjny wycenić zakres prac składających się na realizację zamówienia (potwierdzeniem powyższego jest stanowisko odwołujący z pisma procesowego złożonego na rozprawie, z którego wynika okoliczność, iż odwołujący potrafi zidentyfikować kolizje sieci i inne elementy mające znaczenie przy wycenie oferty).

Nie ma również racji odwołujący, że zamawiający nie będzie finansował tych prac, które nie wynikają z prawidłowego przygotowania się wykonawcy do realizacji zamówienia. Jak bowiem wskazał zamawiający, te prace, które nie mogły zostać zidentyfikowane na etapie składania oferty, będą dodatkowo finansowane po wykazaniu przez wykonawcę, że na dzień składania ofert, z powszechnie dostępnych źródeł, zakres tych prac faktycznie był niemożliwy do ustalenia. Stąd obawy odwołującego są niezasadne.

Rekapitulując, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający w toku postępowania nie naruszył żadnego ze wskazanych przez odwołującego przepisów, gdyż zamawiający opisał przedmiot zamówienia zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Opis dokonany został w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a wskazanie przy udzielaniu odpowiedzi na pytania wykonawców źródła informacji w postaci Geoportalu, jedynie poszerzyło wiedzę wykonawców o istniejących w terenie sieciach, co nie było sprzeczne z jakimikolwiek dokumentami załączonymi do SWZ. Nawet gdyby taka sprzeczność nastąpiła, to i tak w treści SWZ zamawiający zastrzegł, iż na taki wypadek, wiążące wykonawców są wyjaśnienia późniejsze.

Z przyczyn wyżej wskazanych, zamawiający nie naruszył też przepisu art. 134 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Nie został też naruszony przepis art. 135 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wykonawca zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, a zamawiający udzielił w tym względzie szeregu wyjaśnień. Zamawiający zastosował się także do dyspozycji przepisu art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, dokonując kilku modyfikacji treści SWZ, przy czym nie ma w sprawie znaczenia, iż zmianę objętą przedmiotowym postępowaniem dokonał w sposób „mniej formalny", niż życzyłby sobie tego odwołujący, co jednak (zgodnie z wyżej powołanym przez zamawiającego orzecznictwem) nie skutkuje nieważnością lub nieskutecznością takiej zmiany.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisu art. 16 ustawy Pzp, gdyż zamawiający prowadzi postępowanie w sposób konkurencyjny, a treść SWZ oraz warunków postępowania jest taka sama dla każdego wykonawcy. Odwołujący pomija również fakt, że w formule „zaprojektuj i buduj", to wykonawcy w części proponują rozwiązania projektowe, co nie zmienia faktu, że przy różnych indywidualnych rozwiązaniach, oferty nie będą konkurencyjne.

W ocenie Izby, zamawiający nie naruszył również przepisów § 19 pkt 4 rozporządzenia

Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalnoużytkowego, przez nie załączenie do PFU kopii mapy zasadniczej, a zamiast niej do odesłania w zakresie tożsamych informacji do Geoportalu, gdyż z uwagi na przykładowy charakter zawartych w tym przepisie dokumentów, zamawiający mógł wskazać inne (aktualniejsze) źródła informacji niż w treści ww. przepisu.

Jak słusznie wskazał zamawiający, dla uzasadnienia, celowości i zasadności dokonanej przez zamawiającego modyfikacji SWZ, poprzez odesłanie do „Geoportalu Kielce", jako najbardziej aktualnej bazy danych o lokalizacji sieci uzbrojenia tereny, zamawiający wskazał, że baza danych „Geoportalu Kielce" zawiera wyszczególnienie wszystkich sieci zlokalizowanych na terenie inwestycji, z ich opisem oraz odzwierciedleniem graficznym, a także możliwością filtrowania, co pozwala na znacznie skuteczniejszą ich lokalizację w terenie, w porównaniu z mapą zasadniczą, baza danych jest na bieżąco aktualizowana (codziennie), dostęp do bazy danych jest powszechny i bezpłatny, baza danych „Geoportalu

Kielce" jest bazą do sporządzania papierowych map zasadniczych (dowody: nota prawna serwisu Geoportal, wydruk lokalizacji sieci na fragmencie inwestycji objętej przedmiotem zamówienia, informacje ogólne w zakresie możliwego zakresu korzystania z Geoportalu).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz.

2437).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....