

Warszawa, dnia 1.02.2020 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający: **Wielospecjalistyczny Szpital
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki
Zdrowotnej w Nowej Soli**
ul. Chałubińskiego 7
67-100 Nowa Sól
Tel. + 48 /68/ 388 2111, 68 388 2285
Fax: + 48 /68/ 387 12 81
e-mail: a.flis@szpital-nowasol.pl

Odwołujący: **EKSA Sp. z o.o.**
ul. Senatorska 21/22
93-192 Łódź
biuro@eksa.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Przebudowa kotłowni węglowej na kotłownię gazową w ramach zadania pn. „Modernizacja Kotłowni Wielospecjalistycznego Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli”*. **Numer sprawy: DZP – 280 – 60/2020.**

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 w zw. z art. 505 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.) zwanej dalej „Nowa uPZP”, w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1086), Wykonawca EKSA Sp. z o.o. (zwany dalej „Odwołującym”) wnosi odwołanie wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie Projektu umowy (zał. nr 8 do SIWZ) w brzmieniu po zmianie treści SIWZ (4) z dnia 25 stycznia 2021 r. oraz wobec SIWZ w brzmieniu po zmianie treści SIWZ (5) z dnia 27 stycznia 2021 r., dokonanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Przebudowa kotłowni węglowej na kotłownię gazową w ramach zadania pn. „Modernizacja Kotłowni Wielospecjalistycznego Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli”*. Numer sprawy: DZP – 280 – 60/2020.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14.12.2020 r. (ogłoszenie nr 766277-N-2020). SIWZ została umieszczona na stronie Zamawiającego:

https://bip1.szpital-nowasol.pl/zamowienia_publiczne/11/298/22Przebudowa_kotlowni_weglowej_na_kotlownie_gazowa_w_ramach_zadania_pn_2C_2C_Modernizacja_Kotlowni_Wielospecjalistycznego_Szpitala_Samodzielnego_Publicznego_Zakladu_Opieki_Zdrowotnej_w_Nowej_Soli_E2_80_9D-DZP-280-60_2F2020/.

Zamawiającemu zarzucamy naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 647 Kodeksu Cywilnego zwanym dalej „KC”, art. 654 KC, art. 630 KC, art. 353¹ KC i art. 58 § 3 KC, art. 5 KC w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej „Stara uPZP”, art. 14 ust. 1 Starej uPZP, art. 29 ust. 1-3 Starej uPZP, art. 31 ust. 1 Starej uPZP, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 Starej uPZP, poprzez ukształtowanie warunków SIWZ oraz umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współzycia społecznego, przepisami kodeksu cywilnego, a tym samym w sposób naruszający naczelną zasadę prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, polegające na:
 - zobowiązaniu wykonawcy do wykonania w ramach wynagrodzenia usług i robót nie objętych dokumentacją przetargową, czyli wykonania usług i robót pozostających poza opisem przedmiotu zamówienia, objętych niezidentyfikowanym ryzykiem, co stanowi naruszenie zasady proporcjonalności, przejrzystości, równomiernego rozłożenia ryzyka, uczciwego kontraktowania i słuszności kontraktowej oraz naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

względnie

- 2) art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7) Starej uPZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na brak wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia, co doprowadzi do złożenia nieporównywalnych cenowo ofert z przyczyn niezawinionych przez Wykonawców, przez co postępowanie dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą.

W związku z powyższym wnosimy o:

- 1) przywrócenie zapisów POSTANOWIEŃ UMOWY Projektu umowy lit. A-H w brzmieniu z dnia 14.12.2020 r. (usunięcie wprowadzonej lit. I) tj. dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub wprowadzenie w § 6 Projektu umowy obowiązku zapłaty

wynagrodzenia za wprowadzony, dodatkowy zakres zamówienia – nowa lit. I POSTANOWIENÍ UMOWY.

- 2) przywrócenie zapisów rodz. XVII ust. 4 lit. a-k SIWZ w brzmieniu z dnia 14.12.2020 r. (usunięcie wprowadzonej lit. l) tj. dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu lub wprowadzenie w § 6 Projektu umowy obowiązku zapłaty wynagrodzenia za wprowadzony, dodatkowy zakres przedmiotu zamówienia – rodz. XVII ust. 4 lit. l SIWZ po zmianie.

w przypadku niemożliwości wprowadzenie w/w zapisów:

- 3) unieważnienie postępowania jako dotkniętego niemożliwą do usunięcia wadą.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej na podstawie z art. 505 Nowej uPZP, z uwagi na to, iż posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia w/w przepisów ustawy interes Odwołującego może doznać uszczerbku, ponieważ w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego Odwołujący ma większą szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Brak zmiany SIWZ zgodnej z żądaniem Odwołującego spowoduje złożenie nieporównywalnych pod względem ceny ofert. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku niezyskania przedmiotowego zamówienia.

Termin do wniesienia odwołania

Informacja o zmianie SIWZ została umieszczona na stronie Zamawiającego: https://bip1.szpital-nowasol.pl/zamowienia_publiczne/11/298/22Przebudowa_kotlowni_weglowej_na_kotlownie_gazowa_w_ramach_zadania_pn_2C_2C_Modernizacja_Kotlowni_Wielospecjalistycznego_Szpitala_Samodzielnego_Publicznego_Zakladu_Opieki_Zdrowotnej_w_Nowej_Soli_E2_80_9D-DZP-280-60_2F2020/ w dniu 25.01.2021 r. oraz 27.01.2021 r., w związku z czym niniejsze odwołanie zostało wniesione drogą elektroniczną w dniu 01.02.2021 r. tj. w ustawowym terminie przewidzianym w art. 515 ust. 2 pkt 2) Nowej uPZP.

UZASADNIENIE

W dniu 14.12.2020 r. opublikowane zostało ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Przebudowa kotłowni węglowej na kotłownię gazową w ramach zadania pn. „Modernizacja Kotłowni Wielospecjalistycznego Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli”. Numer sprawy: DZP – 280 – 60/2020. W dniu 25.01.2021 r. na stronie Zamawiającego opublikowano Informację o zmianie treści SIWZ (4). W dniu 27.01.2021 r. dokonano zmiany treści SIWZ (zmiana treści SIWZ 5). Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 19.02.2021 r.

I. Zmiana Postanowień Umowy z dnia 25.01.2021 r.

Zakres przedmiotowego zamówienia został określony w rozdz. III SIWZ. Wg ust. 3 tegoż rozdziału:

Na dokumentację projektową - załącznik nr 1, 2 i 3 do SIWZ służącą do opisu przedmiotu zamówienia i złożenia i wyceny oferty składają się:

Załącznik nr 1 do SIWZ:

- 1) Projekt budowlany- przebudowa kotłowni miałowej na gazową.
- 2) Projekt budowlany- remont i ocieplenie elewacji budynku kotłowni.
- 3) Projekt wykonawczy- przebudowa kotłowni miałowej na gazową.
- 4) Projekt wykonawczy- remont i ocieplenie elewacji budynku kotłowni.
- 5) System zarządzania energią w kotłowni- opis.
- 6) Ekspertyza techniczna dotycząca stanu technicznego stropu w budynku kotłowni.

Załącznik nr 2 do SIWZ:

Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (4 egz.)

- a) branża architektoniczna- termomodernizacyjna.
- b) branża architektoniczna- konstrukcyjna.
- c) branża elektryczna.
- d) branża sanitarna.

Załącznik nr 3 do SIWZ

Przedmiary robót (4 egz.):

- a) Remont i ocieplenie elewacji budynku kotłowni.
- b) Remont stopu wg ekspertyzy technicznej.
- c) Przebudowa kotłowni miałowej na gazową.
- d) System zarządzania energią w kotłowni.

Roboty budowlane należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarami robót oraz wymogami sztuki budowlanej oraz normami i przepisami obowiązującymi w polskim prawie (np. przepisy BHP, p/poż. itp.).

Zgodnie zaś z rozdz. VIII ust. 5 każdy z Wykonawców zobowiązany jest do złożenia wraz z ofertą: **Kosztorys ofertowy**. Kosztorys nie podlega uzupełnieniu. Sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego określa rozdział XVII SIWZ – sposób obliczenia ceny. Sporządzanie kosztorysu niezgodnie z wytycznymi, skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Jednocześnie w rozdz. XVII SIWZ określony został sposób obliczenia ceny:

1. Podstawą obliczenia ceny za roboty budowlane jest przekazany Wykonawcy **przedmiar robót**. Podane przez Zamawiającego w przedmiarze podstawy wg KNR do obliczania cen nie są obowiązującymi Wykonawcę, określają jedynie poziom agregacji cen. Przedmiar w nienaruszonej postaci ma stanowić część kalkulacji ofertowej. **Zakazuje się ingerencji w treść przedmiaru (dopisywanie pozycji, zmiany ilości robót, zmiany opisów)**.

2. **Wymaganą metodą wykonania kosztorysu ofertowego za roboty budowlane jest metoda uproszczona. Kosztorys uproszczony winien zawierać ilości robót i cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, zestawienie materiałów (wraz z cenami) oraz tabele elementów scalonych z wyszczególnieniem składników ceny R, Kp, Zysk.**
3. **Przyjmuje się formę wynagrodzenia kosztorysowego**

5. Cena w Formularzu ofertowym musi wynikać bezwzględnie z załączonego przez Wykonawcę kosztorysu ofertowego.

Zakaz ingerencji w treść przedmiaru został potwierdzony przez Zamawiającego w udzielonych odpowiedziach na pytania do SIWZ (odpowiedzi z dnia 21.12.2020 r.):

6. Prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający wyraża zgodę na edycję nazw pozycji w przedmiarach?
Odp. Sposób obliczenia ceny reguluje rozdział XVII Opis sposobu obliczenia ceny. Zakazuje się ingerencji w treść przedmiaru (dopisywanie pozycji, zmiany ilości robót, zmiany opisów) z zastrzeżeniem pkt 7 ppkt 3.

20. W jakim zakresie Zamawiający dopuszcza edytowanie/zmiany opisów poszczególnych pozycji przedmiaru robót?

Odp. Sposób obliczenia ceny reguluje rozdział XVII Opis sposobu obliczenia ceny. Zakazuje się ingerencji w treść przedmiaru (dopisywanie pozycji, zmiany ilości robót, zmiany opisów) z zastrzeżeniem pkt 7 ppkt 3.

Zamawiający dnia 25.01.2021 r. zmodyfikował zapisy SIWZ Projektu umowy:

Działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t.: Dz. U z 2019, poz.1843) w związku z udzielonymi odpowiedziami Zamawiający wprowadza zmianę do zapisów SIWZ Projektu umowy i przesunął termin składania ofert. **Zamawiający wprowadził te zmiany do Projektu Umowy, które nie są wynikiem wniesionych pytań.**

Zmiany zostały oznaczone kolorem czerwonym. Zmieniony Projekt Umowy w załączeniu.

Wedle tychże zmian w Projekcie umowy dokonano zmian w Postanowieniach umowy poprzez dodanie litery I o treści:

- I. ***W związku z tym, iż realizacja Projektu odbywa się w warunkach konieczności zapewnienia ciągłości działania szpitala prowadzonego przez Zamawiającego, wymagane jest zapewnienia przez Wykonawcę, w okresie od 01.10 do 30.04 (w okresie grzewczym) stałych dostaw pary, c.w.u i c.o., a w okresie od 01.05 do 30.09 (poza okresem grzewczym) stałych dostaw pary i c.w.u.***

Jednocześnie nie dokonano żadnych zmian czy też uzupełnień w udostępnionej dokumentacji projektowej, w tym w przedmiarach, które są podstawą ukształtowania ceny w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 starej uPZP, do czynności Zamawiającego podejmowanych w postępowaniu oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu Cywilnego, jeżeli przepisy PZP nie stanowią inaczej. Biorąc zaś pod uwagę

przedmiot niniejszego zamówienia (roboty budowlane) oraz to, że obowiązujące przepisy PZP nie zawierają ani odmiennej, ani autonomicznej definicji umowy o roboty budowlane, treść stosunku prawnego nawiązanego przez publicznego zamawiającego z wybranym wykonawcą, musi odpowiadać postanowieniom umowy o roboty budowlane zdefiniowanej przez ustawodawcę w Kodeksie Cywilnym – art. 647 - 658 KC, która jest umową nazwaną, a jej przedmiotowo istotne elementy określa art. 647 KC.

Dodatkowo obowiązkiem Zamawiającego jest odpowiednie przygotowanie zamówienia i sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Spełnienie tych wymagań umożliwi wykonawcom prawidłowe przygotowanie ofert i tym samym zapewni zachowanie uczciwej konkurencji.

W zmienionych POSTANOWIENIACH UMOWY Projektu umowy lit. I Zamawiający próbuje przerzucić na wykonawcę ryzyko wystąpienia okoliczności nieprzewidywalnych w chwili sporządzenia oferty. W efekcie powyższego Wykonawca nie wie, jaki zakres przedmiotu umowy będzie musiał zrealizować, jak również nie ma podstawy do wyceny tego zakresu – brak dokumentacji projektowej dotyczącej zmienionego zakresu jak również przedmiaru, będącego podstawą określenia ceny kosztorysowej oferty, zgodnie z wymogami SIWZ.

Dodatkowo we wskazanym powyżej zapisie umowy Zamawiający obciąża Wykonawcę obowiązkiem realizacji robót w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, które nie zostały opisane w Dokumentacji projektowej, w tym w przedmiarach. Jak wskazano powyżej w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie określone zostało jako kosztorysowe, a postawą jego obliczenia ceny oferty są tylko i wyłącznie udostępnione przedmiary. Tym samym wprowadzona zmiana wskazuje na okoliczności nieprzewidywalne zarówno co do zakresu jak i ich wartości.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 Starej uPZP opis przedmiotu zamówienia powinien uwzględniać wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. W oparciu o opis przedmiotu zamówienia wykonawca powinien sporządzić ofertę. Jednocześnie z art. 29 ust. 2 Starej uPZP wynika, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Z uwagi na wprowadzoną treść lit. I w POSTANOWIENIACH UMOWY Projektu umowy Zamawiający oczekuje realizacji takich elementów w ramach przedmiotu zamówienia. Nałożenie na wykonawców obowiązku wykonania nieprzewidywalnych/nieopisanych robót, które nie są możliwe do ustalenia na etapie oferty oznacza, że części wykonawców sporządzając ofertę może w efekcie zapisu lit. I Projektu umowy w ofercie uwzględnić ryzyko wystąpienia tych okoliczności i je odpowiednio wycenić – choć nie wiadomo jak i w oparciu o jaką część dokumentacji projektowej jak również na podstawie którego przedmiaru – *de facto* dokumenty te nie stanowią dokumentacji postępowania i nie zostały udostępnione wraz z wprowadzanymi zmianami. Pozostała część wykonawców zaś może podjąć ryzyko i nieopisanego zakresu nie wyceniać i nie uwzględniać w ofercie. W efekcie powyższego złożone oferty będą nieporównywalne cenowo, gdyż każdy z wykonawców może zakładać/uwzględnić inny zakres przedmiotu zamówienia do zrealizowania.

W świetle art. 29 ust. 1 i 2 Starej uPZP wykonawcy nie powinni ponosić odpowiedzialności za okoliczności nieprzewidywalne w chwili złożenia oferty. Wykonawca ma obowiązek zapoznać się z SIWZ i załączonym do SIWZ projektem i w pierwszej kolejności zidentyfikować wszelkie kwestie, które mogą mieć wpływ na realizację zamówienia, które Wykonawca dostrzeże przy

zachowaniu należytej staranności, a następnie uwzględnić je w składanej ofercie. W związku z tym, że Zamawiający próbuje rozszerzyć obowiązki Wykonawcy poprzez zmianę treści POSTANOWIENÍ UMOWY Projektu umowy (lit. I) poprzez zobowiązanie do wykonania nieprzewidywalnego/nieopisanego zakresu w przedmiocie zamówienia bez prawa do zmiany wynagrodzenia, to odbywa się to w sprzeczności wyżej wskazanym przepisom i jako takie działanie Zamawiającego uznać należy jako niedopuszczalne.

Podkreślenia wymaga, iż wprowadzona zmiana dotyczy przede wszystkim kosztów podłączenia/przełączenia obiektów Zamawiającego do przebudowanej kotłowni. Z opinii specjalistów wynika, iż może to potrwać do kilku miesięcy. W związku z czym w tym okresie wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia stałych dostaw pary, c.w.u i c.o. z urządzeń zewnętrznych, które będzie musiał zapewnić (wynająć, zakupić, itp.). Koszt zakupu czy najmu, jak również obsługi i pracy takich urządzeń, w okresie kilku miesięcznym, stanowi znaczące ryzyko, którego uwzględnienie w konsekwencji oznacza realizację zamówienia powyżej kosztów jego wykonania oraz bez zakładanego zysku. Z powyższego wynika, iż wprowadzona zmiana stanowi nadmierne ryzyko, które Zamawiający próbuje przerzucić na wykonawców po ponad miesiącu od ogłoszenia o zamówieniu. Podkreślenia przy tym wymaga, iż w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie nie zostało określone jak ryczałtowe, a kosztorysowe, które należy wycenić na podstawie udostępnionych w dniu ogłoszenia postępowania przedmiarów (bez możliwości jakiegokolwiek ingerencji i dokonywania zmian tychże). Oznacza to, iż na trzy tygodnie przed składaniem ofert, wykonawcy dowiadują się o nowych zakresach, których koszty zobowiązani są uwzględnić w składanych ofertach, przy jednoczesnym braku możliwości ich wyceny w opracowywanych kosztorysach ofertowych na podstawie udostępnionych przedmiarów – dla rozszerzonego zakresu przedmiotu zamówienia, jak wskazano wyżej, nie udostępniono bowiem nowej dokumentacji projektowej, w tym przedmiaru, w oparciu o który nowych zakres prac miałby zostać wyceniony. Powyższe stanowi jawne naruszenie podstawowych zasad przygotowania postępowania, w tym zasady przejrzystości i proporcjonalności, równomiernego rozłożenia ryzyka, uczciwego kontraktowania i słuszności kontraktowej oraz naruszenie zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Zarówno oferta wykonawcy jak i zawarta w wyniku wyboru tej oferty umowa powinny dotyczyć całego zakresu robót możliwego do ustalenia na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, a nie robót, które w dowolnym momencie i dowolnym zakresie mogą zostać zmienione w wyniku nieprzewidywalnych w chwili składania oferty okoliczności. Wprowadzenie takiego zapisu wykracza poza swobodę umów, gdyż jedna ze stron umowy nie powinna mieć prawa wymagać od drugiej strony realizacji przedmiotu umowy ze zmianami, które są wynikiem niezależnych od stron okoliczności. Zapis taki daje w istocie Zamawiającemu prawo do dowolnego kształtowania przedmiotu umowy tj. dowolnego jego zmieniania w razie zajścia niezależnych od stron okoliczności i przerzucania na wykonawcę kosztów realizacji tych zmian bez zmiany wynagrodzenia. Pozostawienie Zamawiającemu prawa do zmiany sposobu realizacji przedmiotu umowy bez możliwości jego wyceny, a zarazem zmiany wynagrodzenia narusza prawa Wykonawcy, który składając ofertę zakłada, że będzie realizował przedmiot umowy w zakresie zawartym w opisie przedmiotu zamówienia i na tej podstawie – w opracowanym kosztorysie ofertowym, kalkuluje koszty realizacji przedmiotu umowy obejmujące między innymi koszty ogólne budowy, koszty personelu, zaplecza, zabezpieczeń, ubezpieczeń, zagospodarowania placu budowy, ochrony itp. W przypadku zmiany sposobu realizacji przedmiotu umowy, co może obejmować zarówno zakres jak i terminy, wykonawca dalej będzie ponosił nie tylko koszty realizacji zmian, ale w przypadku wydłużenia terminu dodatkowe w/w koszty ogólne – jak przy

realizacji przedmiotu umowy w pierwotnym terminie, a pomimo tego wykonawca nie otrzyma wynagrodzenia za tak zwiększone koszty realizacji, co oznacza, że oczekiwanie Zamawiającego do zmiany sposobu realizacji przedmiotu umowy będzie działaniem na koszt i szkodę wykonawcy, co jednocześnie stanowi jawne naruszenie art. 353¹ KC.

Dodatkowo pomimo zawartego w Starej uPZP obowiązku opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, niewykluczających się, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, Zamawiający zobowiązanie to pominął przy sporządzaniu modyfikacji SIWZ. Wskazane w zarzutach niedokładności, sprzeczności występujące w zmienionym Projekcie umowy, stanowią o naruszeniu art. 29 ust. 1, 2, 3 oraz 31 ust. 1 Starej uPZP. Niedokładności te i braki nie pozwalają na należyte oszacowanie zakresu robót budowlanych, a w konsekwencji ich wyceny.

Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę i proporcję między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można, poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań co do opisu przedmiotu zamówienia, z góry eliminować z udziału w postępowaniu, czy też utrudniać im udział w postępowaniu o zamówienie publiczne. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności będzie również dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie rygorystycznych wymagań, nieuzasadnionych potrzebami zamawiającego.

Przenosząc powyższe na przedmiotowe postępowanie przetargowe Zamawiający w POSTANOWIENIACH UMOWY Projektu umowy (nowa litera I) przerzucił na Wykonawców ryzyka, które w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występują (zmiana zakresu po ponad miesiącu od dnia ogłoszenia postępowania), w szczególności ryzyko przypisania Wykonawcy obowiązku wykonania robót nieobjętych Dokumentacją projektową i nie objętą opisem przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego.

II. Zmiana SIWZ z dnia 27.01.2021 r.

Zgodnie z pierwotnymi zapisami SIWZ Cena oferty musi zawierać wszystkie składowe wskazane w rozdz. XVII ust. 4 tj.:

- a) koszt wykonania robót, w tym min.: materiały, sprzęt, robocizna, koszt gwarancji na roboty budowlane, koszt gwarancji na urządzenia, koszty serwisu w czasie gwarancji i rękojmi,*
- b) koszt wynagrodzenia podwykonawców,*
- c) ubezpieczenia budowy przez Wykonawcę,*
- d) narzuty i dodatki dla Wykonawcy,*
- e) koszt pełnienia funkcji kierowników poszczególnych branż,*
- f) koszt transportu, montażu i dostaw,*
- g) koszt przeprowadzenia szkoleń z obsługi urządzeń w kotłowni dla pracowników,*
- h) koszt robót przygotowawczych, porządkowych, odtworzeniowych, przygotowania placu budowy,*
- i) koszt wywozu i utylizacji gruzu i innych odpadów,*

- j) koszt ewentualnych odbiorów, rozruchu kotłowni, uzyskania decyzji, pozwoleń i uzgodnień, prób, badań, pomiarów, podatek VAT, wykonania dokumentacji powykonawczej.

UWAGA:

Określenie stawki podatku VAT jest obowiązkiem Wykonawcy. Zgodnie z ust.1 Komunikatu Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 24 stycznia 2005r. (Dz. Urz. GUS Nr 1 z 2005r., poz.11) w sprawie trybu wydawania opinii interpretacyjnych – „Zasadą jest, że zainteresowany podmiot sam klasyfikuje prowadzoną działalność, swoje produkty (wyroby i usługi), towary, środki trwałe i obiekty budowlane według zasad określonych w poszczególnych klasyfikacjach i nomenklaturach, wprowadzonych rozporządzeniami Rady Ministrów lub stosowanych bezpośrednio na podstawie przepisów Wspólnoty Europejskiej”.

- k) inne koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Na mocy odpowiedzi z dnia 27.01.2021 r. tj.:

4. Technologia wykonania napraw stropowych konstrukcji żelbetowych wymaga prowadzenia prac przy nieobciążonym stropie. W związku z tym, że jest to czynny obiekt i nie ma możliwości demontażu wszystkich urządzeń należy wykonać projekt podparcia stropu na czas prowadzenia prac naprawczych. W czym zakresie leży przygotowanie projektu niezbędnych podparć? Jeżeli w przypadku Wykonawcy prosimy o uzupełnienie przedmiaru robót, w przeciwnym razie o przekazanie niniejsze opracowania i uzupełnienie przedmiaru robót.

Odp. Projekt podparcia i projekt wykonawczy winien opracować wykonawca, który wie, jakimi możliwościami i osprzętem dysponuje.

5. Proszę o informację w czym zakresie jest projekt wykonawczy prac naprawczych konstrukcji żelbetowych, o którym mowa w ekspertyzie technicznej naprawy stropu.

Odp. Projekt podparcia i projekt wykonawczy winien opracować wykonawca, który wie, jakimi możliwościami i osprzętem dysponuje.

zmodyfikowano zapisy SIWZ poprzez dodanie do rozdz. XVII ust. 4 lit. l o następującej treści:

1. W rozdziale XVII pkt. 4 Zamawiający dodaje ppkt. l) o następującej treści:

l) Projekt podparcia i projekt wykonawczy napraw stropowych konstrukcji żelbetowych

Zwracamy przy tym uwagę, iż przedmiotowe postępowanie ogłoszone zostało w formule „buduj”, nie zaś „projektuj i buduj”. Przedmiot i zakres postępowania, jak w skazano w części I niniejszego uzasadnienia, został opisany w Dokumentacji projektowej. Formę wynagrodzenia zaś określono jako kosztorysowe – rodz. XVII SIWZ.

Tym samym wprowadzona wyżej zmiana to tak, jak wskazano w części I uzasadnienia, kolejna próba przerzucenia ryzyka wykonania, uwzględnienia w cenie oferty, zakresu zamówienia nie objętego Dokumentacją projektową (brak przedmiaru), a wręcz niezaprojektowanego.

Jednocześnie argumentacja i wskazanie podstaw prawnych oraz naruszonych zasad, jak również przepisów KC i Starej uPZP, jest tożsama i adekwatna jak w części I uzasadnienia.

III. Zaniechanie unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7) Starej uPZP.

Wobec ewentualnego nieuwzględnienia wyżej opisanych zarzutów tj. braku możliwości przywrócenia zapisów SIWZ do brzmienia pierwotnego czy też wprowadzenia istotnych zmian w zakresie wynagrodzenia przysługującego za dodatkowe zakresy robót, z ostrożności procesowej, Odwołujący podnosi naruszenie art. 29 Starej uPzp. Zgodnie z treścią tego przepisu: *Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Mając na uwadze wyżej opisane zmiany SIWZ i Projektu Umowy należy stwierdzić bezsprzecznie (uzasadnienie powyżej), iż opis przedmiotu zamówienia jednoznaczny nie jest, co spowoduje, iż mimo ustalonej formy wynagrodzenia kosztorysowego, ustalonego w oparciu o udostępnione przez Zamawiającego przedmiary, złożone zostaną oferty zawierające różne zakresy, w więc nieporównywalne.

W tym stanie rzeczy naruszenie art. 29 Starej uPZP polega przede wszystkim na niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, które doprowadzi do złożenia, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawców, ofert z różnym zakresem świadczenia, a przez to ofert nieporównywalnych.

Zgodnie z artykułem 93 ust. 1 pkt 7) Starej uPZP, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Brak możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełnienia wymagań SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia i oceny kryterium stanowi wadę w postępowaniu, która uniemożliwia zawarcie umowy. Na etapie badania i oceny ofert, nie jest możliwe poprawienie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, a zatem wada jest niemożliwa do usunięcia. Jedną z zasad udzielenia zamówienia jest konieczność zapewnienia równości wykonawców, która może być zapewniona przez jednoznaczne i przejrzyste, jednakowe dla wszystkich postanowienia SIWZ, w tym opis kryterium. Sytuacja, w której wykonawcy mogą zaoferować różne zamówienia za różną, nieporównywalną cenę, prowadzi do rozbieżności i braku równości wykonawców w postępowaniu (*vide* Sygn. akt: KIO 268/20).

Tym samym, gdyby dotychczasowe zmiany SIWZ nie mogłyby zostać cofnięte, względnie poparte istotnymi zmianami Projektu umowy w zakresie wynagrodzenia przysługującego w ramach realizacji wprowadzonych, dodatkowych zakresów przedmiotu zamówienia czy też uzupełnieniem Dokumentacji projektowej o właściwe projekty, przedmiary itp., Zamawiający zobowiązany jest unieważnić postępowanie, które obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wskazanych w petitum odwołania.

Za Odwołującego,

.....

Załączniki:

- 1. dowód uiszczenia wpisu;**
- 2. Pełnomocnictwo;**
- 3. odpis z KRS Odwołującego (1 szt.);**
- 4. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.**