

Łódź, dnia 1.03.2021 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 zmian postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w brzmieniu po zmianie treści SIWZ (7-8) z dnia 23 lutego 2021 r. oraz wobec SIWZ w brzmieniu po zmianie treści SIWZ (9) z dnia 25 lutego 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_Szpi](https://bip1.szpital-nowasol.pl/zamowienia_publiczne/11/298/22Przebudowa_kotlowni_weglowej_na_kotlownie_gazowa_w_ramach_zadania_pn_2C_2C_Modernizacja_Kotlowni_Wielospecjalistycznego_Szpi)

tala Samodzielnego Publicznego Zakładu 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.

W związku z powyższym wnosimy o:

- 1) uzupełnienie dokumentacji przetargowej o właściwe przedmiary, projekty rurociągów i przepięć tymczasowych, rysunki, schematy technologiczne kotłowni dla poszczególnych faz robót.

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 nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

Termin do wniesienia odwołania

Informacja o zmianie SIWZ została umieszczona na stronie Zamawiającego: [https://bip1.szpital-nawasol.pl/zamowienia_publiczne/12/298/22Przebudowa kotlowni weglowej na kotlownie ga zowa w ramach zadania pn 2C 2C Modernizacja Kotlowni Wielospecialistycznego Szpi tala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli E2 80 9D-DZP-280-60 2F2020/](https://bip1.szpital-nawasol.pl/zamowienia_publiczne/12/298/22Przebudowa_kotlowni_weglowej_na_kotlownie_ga_zowa_w_ramach_zadania_pn_2C_2C_Modernizacja_Kotlowni_Wielospecialistycznego_Szpi_tala_Samodzielnego_Publicznego_Zakladu_Opieki_Zdrowotnej_w_Nowej_Soli_E2_80_9D-DZP-280-60_2F2020/) w dniu 23.02.2021 r. oraz 25.02.2021 r., w związku z czym niniejsze odwołanie zostało wniesione drogą elektroniczną w dniu 01.03.2021 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 23.02.2021 r. na stronie Zamawiającego opublikowano Informację o zmianie treści SIWZ (7) oraz o zmianie treści SIWZ (8). W dniu 25.02.2021 r. dokonano zmiany treści SIWZ (zmiana treści SIWZ 9). Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 19.03.2021 r.

I. Zmiany treści SIWZ z dnia 23 i 25 lutego 2021 roku.

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 stropu 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 w dniu 23.02.2021 r., w odpowiedzi na odwołanie zmodyfikował zapisy SIWZ:

1. W rozdziale III – Opis Przedmiotu Zamówienia- dodaje się punkt 7a:

7a. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z zewnętrznego źródła zasilania szpitala w media (para, c.w.u. i c.o.), Wykonawca zobowiązany jest do

- a) zapewnienia całodobowej obsługi i dozoru zastosowanego przez niego źródła zasilania i poniesienia wszelkich związanych z tym kosztów,
- b) w przypadku zaistnienia awarii, niezwłocznego powiadomienia Zamawiającego o awarii telefonicznie, na numery wskazane w umowie (także w godzinach nocnych i weekendowych),
- c) w przypadku awarii trwającej ponad 48h Wykonawca zobowiązany jest zapewnić zastępcze źródło zasilania szpitala w media (para, c.w.u. i c.o.),
- d) w przypadku nie usunięcia awarii w terminie do 48 godzin od jej zaistnienia i nie zapewnia przez Wykonawcę dodatkowego zastępczego źródła zasilania zgodnie z punktem c) Wykonawca pokryje koszty usług zleczanych przez Zamawiającego na zewnątrz, w celu utrzymania bieżącego funkcjonowania szpitala (sterylizacja narzędzi, pranie pościeli, przygotowanie posiłków, itp).

2. Termin składania ofert i wnoszenia wadium we wszystkich miejscach, gdzie został wskazany:

JEST: 12.03.2021 r. godz. 10:00

WINNO BYĆ: 19.03.2021 r. godz. 10.00

3. Termin otwarcia ofert we wszystkich miejscach, gdzie został wskazany:

JEST: 12.03.2021 r. godz. 10:30

WINNO BYĆ: 19.03.2021 r. godz. 10.30

4. W załączeniu Projekt Umowy uzupełniony o zapisy wynikające z odpowiedzi na odwołanie i wprowadzonych zmian. Zmiany zostały oznaczone kolorem niebieskim.

5. Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian.

Jednocześnie Zamawiający dniu 25.02.2021 r., w odpowiedzi na odwołanie oraz mając na uwadze wyjaśnienia treści SIWZ (8) z dnia 19.02.2021 r. – pytanie nr 8:

8. Zamawiający zgodnie z zapisami SIWZ wymaga, aby roboty technologii kotłowni, do czasu uruchomienia instalacji gazowej, były tak realizowane, by nie została przerwana dostawa pary i c.w.u. do budynków szpitala z istniejących urządzeń kotłowni węglowej. W celu weryfikacji możliwości spełnienia tego wymogu konieczna jest analiza zastosowanych rozwiązań projektowych – prowadzenie tras rurociągów, miejsca lokalizacji urządzeń itp. w aspekcie pracującej i zainstalowanej obecnie technologii kotłowni. Czy Zamawiający przeprowadził taką analizę i potwierdza, że jest możliwe prowadzenie i wykonanie wszystkich prac na obiekcie praktycznie czynnym przez cały okres realizacji robót budowlanych z utrzymaniem funkcjonalności kotłowni dla pozostałych części szpitala? Udostępniona dokumentacja projektowa nie zwiera niezbędnej analizy co do możliwości zapewnienia ciągłości dostaw ciepła i pary i nie został zaprojektowany sposób realizacji robót w zakresie ich etapowania, przełączeń itp. elementów robót, prosimy o uzupełnienie dokumentacji.

Odp. Zamawiający nie posiada przedmiotowej analizy. Zgodnie z odpowiedzią na odwołanie z dnia 11.02.2021 r., Zamawiający uzupełni przedmiot zamówienia o przedmiar

robót zawierający pozycje pozwalające na dokonanie wyceny czynności związanych z zapewnieniem stałych dostaw pary, c.w.u i c.o.

Zamawiający zastrzega jednak, iż obowiązkiem wybranego w postępowaniu przetargowym wykonawcy będzie utrzymywanie sprawności kotłowni Zamawiającego w okresie prowadzonych robót tak, by umożliwić zasilanie szpitala w media (c.o., c.w.u. parę) z wykorzystaniem istniejącej kotłowni Zamawiającego, według potrzeb stosownych do okresu (okres grzewczy/poza okresem grzewczym), w którym będą realizowane roboty. W sytuacji wykonania przez wykonawcę koniecznych przełączeń, Zamawiający dopuszcza, na wniosek wykonawcy, pozytywnie zaopiniowany przez nadzór autorski oraz inżyniera kontraktu, możliwość wyrażenia zgody na zapewnienie zasilania szpitala w odpowiednie media z wykorzystaniem źródła zewnętrznego.

uzupełnił dokumentację postępowania:

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) Zamawiający, zgodnie z udzieloną odpowiedzią na odwołanie, zamieszcza mapę z proponowaną lokalizacją zastępczego źródła zasilania oraz przedmiar robót, z zastrzeżeniem, iż Zamawiający dopuszcza zastosowanie zastępczego źródła zasilania, zgodnie z zapisami Projektu umowy - § 4 pkt. 11) „na wniosek Wykonawcy, który zostanie pozytywnie zaopiniowany nadzór autorski oraz Inżyniera Kontraktu Zamawiający może wyrazić zgodę na zapewnienie przez Wykonawcę zasilania szpitala w stosowne media (parę, c.w.u. lub c.o.) z wykorzystaniem źródła zewnętrznego”.

Z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, ostateczna jego wysokość będzie ustalona w oparciu o faktycznie zrealizowany zakres robót, zgodnie z § 4 Projektu Umowy.

Zgodnie z powyższym Zamawiający umieścił dodatkowy przedmiar robót dotyczący robót związanych z czynnościami zapewnienia stałych dostaw pary, c.w.u. i c.o.

W przedmiarze nie zostały jednak przedstawione ilości robót, a jedynie zostały określone szacunkowe ilości czasu związanego z zapewnieniem dostaw pary, c.w.u. oraz c.o. z tymczasowego źródła niezbędnego na czas robót modernizacyjnych kotłowni.

Jednocześnie w treści w/w odpowiedzi na pytanie nr 8, Zamawiający przyznał, że nie dysponuje analizą co do możliwości zapewnienia ciągłości dostaw ciepła i pary i nie został zaprojektowany

sposób realizacji robót w zakresie ich etapowania i przełączeń.

Z powyższego wynika, iż uwzględnienie poprzednio wniesionego przez nas odwołania jest tylko pozorne z uwagi na fakt, iż sporządzenie prawidłowej wyceny zakresu przedmiotu zamówienia nie jest nadal możliwe. Zamawiający nie określił ilości robót niezbędnych do wykonania oraz nie określił istotnych parametrów tych robót tymczasowych.

W szczególności nie zostały zaprojektowane rurociągi i przepięcia tymczasowe, nie zostały zaprojektowane również schematy technologii kotłowni w każdym z etapów pośrednich.

Podkreślenia wymaga, iż schematy technologiczne są niezbędne do bezpiecznego eksploataowania kotłowni o mocy niezbędnej do zasilania szpitala w Nowej Soli. Schematy zaprojektowane przez technologów i projektantów są podstawą eksploatacji urządzeń energetycznych stosownie do przepisów BHP i UDT.

Określenie zaś ilości robót w kształcie z przedmiaru załączonego w dniu 25.02.2021 roku wskazuje, że wykonawca ma sam zaprojektować roboty. Natomiast SIWZ, jak wskazano na wstępie, określa wymagania dla robót objętych postępowaniem przetargowym jednoznacznie jako roboty budowlane, które należy wykonać zgodnie z projektem czyli w formule „buduj”, nie zaś jak to wynika z dotychczasowych zmian SIWZ „projektuj i buduj”.

Ponadto nie zostały określone wymagania dotyczące dokumentacji projektowej, która jest niezbędna do realizacji robót, a której obecnie wymaga Zamawiający od Wykonawcy. Nie zostały też określone kwalifikacje personelu niezbędnego do wykonania przedmiotowej dokumentacji, jak również nie określono formatu i zakres dokumentacji.

Udostępniony zaś w dniu 25.02.2021 rysunek:

3306_Mapa_-_propozycja_lokalizacji_zastępczego_zrodla_zasilania_dla_potrzeb_szpitala, nie podaje sposobu rozwiązania w/w kwestii, a wskazuje jedynie proponowane lokalizacje zastępczych źródeł energii i miejsca wpięć bez szczegółowego określenia sposobu wykonania niezbędnych instalacji wraz z doбором właściwych materiałów i urządzeń oraz instalacji elektrycznych w zakresie zasilania i automatyki.

Wedle wprowadzonych do SIWZ zmian, na wniosek Wykonawcy, Zamawiający może się zgodzić, ale nie musi na zaproponowane rozwiązanie. Zatem dalej nie wiadomo co wykonawcy mają przyjąć do wyceny skoro Zamawiający tego jednoznacznie nie określa. Zamawiający oczekuje wyceny robót, na które może lub nie wyrazi zgody.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający uzupełnił dokumentację o przedmiar oraz o jeden rysunek. Wobec tego oraz braku uzupełnienia o dalszą w/w szczegółową dokumentację projektową określającą jak dane prace wykonać, brak jest dalej możliwości prawidłowej wyceny zakresu przedmiotowego zamówienia.

Ponadto w uwagi, iż kotłownia jest technologicznie niepodzielnym układem szeregu powiązanych i zależnych od siebie struktur instalacji i urządzeń, osiągnięcie wymaganych parametrów jest tylko i wyłącznie wynikiem ich prawidłowego zaprojektowania i doboru. Wobec powyższego nie można wykonawcy obarczać obowiązkiem osiągnięcia deklarowanych przez producenta parametrów urządzeń, których doboru wykonawca ma dokonać *de facto* sam, co wynika z dotychczasowych odpowiedzi na pytania do SIWZ jak również z w/w modyfikacji SIWZ.

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 odmiennie, 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 umożliwia wykonawcom prawidłowe przygotowanie ofert i tym samym zapewnia zachowanie uczciwej konkurencji.

W zmienionych postanowieniach SIWZ i Projektu umowy Zamawiający nadal 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 szczegółowej dokumentacji projektowej dotyczącej zmienionego zakresu jak również właściwych przedmiarów, będących podstawą określenia ceny kosztorysowej oferty, zgodnie z wymogami SIWZ.

Dodatkowo w/w modyfikacje SIWZ nadal obciążają 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 podstawą jego obliczenia ceny oferty są udostępnione przedmiary. Tym samym wprowadzona zmiana wskazuje na okoliczności nieopisane 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.

Nałożenie na wykonawców obowiązku wykonania nieopisanych robót, które nie są możliwe do ustalenia na etapie oferty oznacza, że części wykonawców sporządzając ofertę może, w efekcie w/w modyfikacji SIWZ, 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 właściwie wraz odpowiedzią na odwołanie i wprowadzanymi w/w zmianami. Pozostała część wykonawców zaś może podjąć ryzyko i nieopisanego zakresu nie wycenić i nie uwzględnić w ofercie. W efekcie powyższego złożone oferty będą nieporównywalne cenowo, gdyż każdy z wykonawców może 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 dostrzega przy zachowaniu należytej staranności, a następnie uwzględnić je w składanej ofercie. W związku z tym, że Zamawiający dalej próbuje rozszerzyć obowiązki Wykonawcy przez zmianę treści

SIWZ poprzez zobowiązanie do wykonania nieopisanego lub błędnie opisanego zakresu w przedmiocie zamówienia, bez poparcia w uzupełnieniu SIWZ o szczegółową dokumentację projektową dla wprowadzonych zmian, 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 zapewnienia zastępczego źródła zasilania Szpitala w media. Jednocześnie w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie nie zostało określone jako ryczałtowe, a kosztorysowe, które należy wycenić na podstawie udostępnionych w dniu ogłoszenia postępowania przedmiarów (bez możliwości jakiegokolwiek ingerencji i dokonywania zmian tychże). Wobec w/w wprowadzonych zmian SIWZ brak jest dalej podstaw do wyceny w/w kosztów: brak szczegółowej dokumentacji projektowej, w tym rysunków instalacji tymczasowych, schematów technologicznych faz realizacji budowy itp. 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 w/w zmian 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. W/w modyfikacje dają 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 opisanego 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 SIWZ, 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 zmienionej SIWZ przerzucił na Wykonawców ryzyka, które w prawidłowych i partnerskich relacjach pomiędzy Stronami Umowy nie występują (brak szczegółowej dokumentacji projektowej dla wprowadzonych zmian), w szczególności ryzyko przypisania Wykonawcy obowiązku wykonania robót nieobjętych Dokumentacją projektową i nie objętą opisem przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego.

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.

Paweł Elektronicznie
podpisany
przez Paweł
Adam Adam Trojan
Data:
Trojan 2021.03.01
15:52:51 +01'00'