

Sygn. akt: KIO 666/21

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie z udziałem stron w dniu 21 kwietnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez odwołującego: **EKSA sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** (ul. Senatorska 21/22, 93-192 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Nowej Soli** (ul. Chałubińskiego 7, 67-100 Nowa Sól),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **EKSA sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** (ul. Senatorska 21/22, 93-192 Łódź) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawcę: EKSA sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wielospecjalistyczny Szpital Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Nowej Soli w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Przebudowę kotłowni węglowej na kotłownię gazową w ramach zadania pn. „Modernizacja Kotłowni Wielospecjalistycznego Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli”. Numer referencyjny: DZI-280-60/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14.12.2020 r. (ogłoszenie nr 766277-N-2020). Zarzuty odwołania podniesione zostały wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w brzmieniu po zmianie treści SIWZ (zmiany 7- 8) z dnia 23 lutego 2021 r. oraz z dnia 25 lutego 2021 r. (zmiana 9). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) art. 647 Kodeksu Cywilnego zwanym dalej „KC”, art. 654 KC, art. 630 KC, art. 353 (1) 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 „uPZP”, art. 14 ust. 1 uPZP, art. 29 ust. 1-3 uPZP, art. 31 ust. 1 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 wniósł o:

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

Odwołujący podał, że wykonawcy (...) 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”.

W uzasadnieniu zarzutów wykonawca podał, co następuje:

„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 jego ust. 3:

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 XVIII SIWZ - sposób obliczenia ceny. Sporządzanie kosztorysu niezgodnie z wytycznymi¹ 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".

W dniu 23.02.2021 r., Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zmodyfikował zapisy SIWZ – jak opisał w odwołaniu wykonawca - w następujący sposób:

(...)

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.”

Podał ponadto, że, w dniu 25.02.2021 r., Zamawiający także w odpowiedzi na odwołanie oraz mając na uwadze wyjaśnienia treści SIWZ (8) z dnia 19.02.2021 r. - pytanie nr 8 - uzupełnił dokumentację postępowania. Stosownie do pytania i tej odpowiedzi:

„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.”

Wskazał ponadto, że (...) 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”. Także wskazał, że: „Z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, ostateczna jego wysokość będzie ustalona w oparciu o faktycznie zrealizowany zakres robót, zgodnie z § 4 Projektu Umowy”.

Odwołujący stwierdził, że 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. Wykonawca stwierdził, że z powyższego wynika, że uwzględnienie poprzednio wniesionego przez wykonawcę 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 paramentów tych robót tymczasowych. W szczególności nie zostały zaprojektowane rurociągi i przepięcia tymczasowe, nie zostały zaprojektowane również schematy technologii kotłowni w każdym z

etapów pośrednich. Podkreślił, że 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, co obecnie jest wymagane 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_Mapą_-_propozycja_lokalizacji_zastępczego_zródła_zasilania_dla_potrzeb_szpitala, nie podaje sposobu rozwiązania w/w kwestii, a wskazuje jedynie proponowane lokalizacje zastępczych źródeł energii i miejsca wpiąć 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 z uwagi, że 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.

Odwołujący wskazał, że (...) *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 PZP 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 PZP 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 wyceniać i nie uwzględniać 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 PZP 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. Podkreślił, że 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, zdaniem Odwołującego, 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. 353 (1) KC. Zdaniem wykonawcy, pomimo zawartego w 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 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 rękami 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. W argumentacji końcowej podał, że (...) *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*".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 26/03/21) stwierdził, że nie uwzględnia zarzutów i wniósł o: (1) odrzucenie odwołania, z uwagi na brak interesu prawnego odwołującego w zakresie wniesienia środka ochrony prawnej; (2) w zakresie, którym odwołanie dotyczy zapisów projektu umowy z uwagi na wniesienie odwołania po terminie, ewentualnie oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Wniósł ponadto o przeprowadzenie dowodów: (1) ze specyfikacji technicznej kotłowni 1500 kg/h, (2) z oferty dostawy zastępczych źródeł energii załączonych do tej odpowiedzi - na wykazanie na jakich zasadach dostawcy zastępczych źródeł energii cieplnej dostarczają na plac budowy zastępcze źródła energii cieplnej.

Zamawiający uzasadniając wniosek o odrzuceniu odwołania podniósł, że uwzględniając zarzuty podniesione przez odwołującego w odwołaniu o sygn. akt KIO 345/21, dokonał zmian SIWZ, które zostały oznaczone jako zmiana nr 7, 8 i 9.

W ramach zmiany nr 7, która została przez zamawiającego dokonana w dniu 23 lutego 2021 r. zamawiający, w związku z odpowiedzią udzieloną na odwołanie (KIO 345/21) wprowadził zmianę do zapisów SIWZ - rozdział III, poprzez dodanie punktu 7a o treści:

„1. W rozdziale — Opis Przedmiotu Zamówienia- dodaje się punkt 7a:

7a. W przypadku korzystania przez Wykonawcę z zewnętrznego źródła zasilania szpitala w media (parał C.W*U. ca), Wykonawca zobowiązany jest do:

- a) zapewnienia całodobowej obsługi / 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 c.o.),
- d) w przypadku nie usunięcia awarii w do 48 godzin od jej zaistnienia i nie zapewnienia 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.). " Dowód: Zmiana treści SIWZ (7) dokumentacja przetargowa

Zmiana nr 8 z dnia 23 lutego 2021 r. także wiązała się z odwołaniem rozpoznany w postępowaniu o sygn. Akt KIO 345/21 i dotyczyła technologii naprawy i podparcia konstrukcji stropów. Dowód: Zmiana treści SIWZ (8) dokumentacja przetargowa

W ramach zmiany nr 9 z dnia 25 lutego 2021 r. zamawiający kontynuując realizację zmian będących skutkiem odwołania rozpoznanego w postępowaniu o Sygn. akt KIO 345/21, zamieścił mapę z proponowaną lokalizacją zastępczego źródła zasilania oraz przedmiar robót o następującej treści:

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Pasza	Razem
Zastępcze źródło zasilania dla potrzeb szpitala w okresie realizacji zadania					
1	wycena indywidualna	Uruchomienie, obsługa i eksploatacja zastępczego energii cieplnej dla potrzeb szpitala w okresie zadania - kontenerowa kotłownia wodna dla potrzeb C.o. i c.w.u., zasilania olejem opałowym, wydajność: min. 2200 kW dla potrzeb c.o., średnie dobowe zużycie c.w.u. 26,00 m3/d	Doba		
		150	Doba	150.000	

				RAZEM	150.000
2		Uruchomienie, obsługa i eksploatacja zastępczego Źródła energii cieplnej dla potrzeb szpitala w okresie realizacji zadania kontenerowa kotłownia parowa zasilana olejem opałowym, wydajność min. 1200 kg paty /h	Doba		
		150	Doba	150.000	
				RAZEM	150.000
3	wycena indywidualna	Uruchomieniem, obsługą i eksploatacją zewnętrznego zasilania kontenerowy' paliw dla kontenerowej kotłowni wodnej i parowej			
		150			
				RAZEM	150.000
4	wycena Indywidualna	Kontenerowa kotłownia wodna - montaż i demontaż tymczasowych przyłączy	kpl,		
		1		1,000	
				RAZEM	1.000
5	wycena indywidualna	Kontenerowa kotłownia parowa - montaż i demontaż tymczasowych przyłączy	kpl.		
		1		1.000	
				RAZEM	1.000
6	wycena indywidualna	Kontenerowy magazyn paliw - montaż i demontaż tymczasowych przyłączy	kpt.		
		1		1.000	
				RAZEM	1.000
	KNR 7-i3 0304-01 analogia	Koszty związane z załadowaniem i wyładowaniem ładunków ciężkich o masie do 30 t (kontenerowa kotłownia wodna, parowa i kontenerowy magazyn paliw)	szt.		
		3		3.000	
				RAZEM	3.000

Zmiany w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający poprzedził dokonaniem w dniu 23 lutego 2021 r. stosownych zmian w załączniku nr 8 do SIWZ czyli w projekcie umowy. Zamawiając zmienił projekt umowy w zakresie:

- o § 4 pkt 11 i pkt 12 zgodnie z którymi:

„Wykonawca w ramach oferowanego wynagrodzenia przyjmuje do kompleksowej realizacji Zadanie inwestycyjne i zapewnia w szczególności:

11) stałe dostawy, w okresie od dnia 01.10 do dnia 30.04 (w okresie grzewczym) pary. C.W.U. i c.o., a w okresie od dnia 01.05 do dnia 30.09 (poza okresem grzewczym) pary, c.w.u. Wykonawca jest zobowiązany do utrzymania sprawności kotłowni Zamawiającego w okresie prowadzonych robót w zakresie umożliwiającym zasilanie szpitala Zamawiającego w parę, c.w.u. i c.o. stosownie do okresu (okres okresem grzewczym) w którym będą realizowane toboły budowlane. Na wniosek Wykonawcy, który zostanie pozytywnie zaopiniowany przez 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.

12) 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 nocnych i weekendowych),

c) w przypadku awarii trwającej ponad 48b zobowiązany jest zapewnić dodatkowe, 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 postanowieniami ppkt c) Wykonawca pokryje koszty usług zleczonych przez Zamawiającego na w celu utrzymania bieżącego funkcjonowania szpitala (sterylizacja narzędzi, pranie pościeli, przygotowanie posiłków. itp)."

o § 5 ust. 1 pkt, a) tiret pierwszy i drugi oraz ust. 9 zgodnie z którymi:

„1. Strony ustalają następujące terminy realizacji poszczególnych „etapów Zadania inwestycyjnego:

a) zakończenie całości prac nastąpi w terminie do 12 miesięcy od daty przekazania placu w tym:

i. wykonanie technologii kotłowni nastąpi w terminie 5 miesięcy, które mogą przypadać zarówno na miesiące w okresie grzewczym tj. od 01.10 do 30.04* jaki poza okresem grzewczym tj. od 01.05.2021 r. do 30.09.2021 r., pod warunkiem zapewnienia przez Generalnego Wykonawcę stałej dostawy mediów (pary, c.w.u. i c.o.) zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 11 Umowy,

ii. uruchomienie instalacji chłodu w terminie do dnia 30.11.2021 r.”

9. W związku z tym, iż realizacja Zadania odbywa się w warunkach konieczności zapewnienia ciągłości działania szpitala prowadzonego przez Zamawiającego, w każdym z wymienionych w ust.3-8 oraz § 30 Umowy przypadków zmiany terminów, wprowadzenie zmiany terminu, poprzez podpisanie stosowanego aneksu do Umowy, wymaga 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."

o § 6 ust. 2 zdanie ostatnie zgodnie z którym:

„Wynagrodzenie określone w ust.1 obejmuje także koszty zapewnienia przez Wykonawcę zewnętrznego źródła zasilania szpitala Zamawiającego w media (para, c.v.u. i c.o.). paliwa do zewnętrznego źródła zasilania oraz całodobowego nadzoru nad nim."

o § 12 1 pkt. a) ppkt b, oraz pkt b) zgodnie z którymi:

„1. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy przez Wykonawcę Zamawiającemu przysługuje prawo naliczenia kar umownych w

a) 0,1% kwoty, o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt. c Umowy, za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy, w terminie określonym:

a. w § 5 ust 1 Umowy,

b. w § 5 ust. 1 pkt a) ppkt. i) -ii) Umowy;

ale nie więcej niż 20 % kwoty, o której mowa w § 6 ust. 1 pkt c Umowy;

b) kwoty, o którym mowa w § 6 ust.1 pkt c Umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki w wykonaniu zobowiązania do usunięcia awarii w terminie do 48 godzin od jej zaistnienia i zapewnienia przez Wykonawcę, w okresie usuwania awarii przekraczającym 48 godzin, dodatkowego, zastępczego źródła zasilania, zgodnie z postanowieniami o których mowa w 5 4 pkt. 12) ppkt c, ale nie więcej niż 20 % kwoty, o której w § 6 ust. 1 c Umowy;"

o § 25 ust. 6, zgodnie z którym:

„Generalny Wykonawca ustanawia:

Kierownika budowy — będącego także koordynatorem robót budowlanych i instalacyjnych -

Kierownika robót budowlanych -

Kierownika robót elektrycznych – (..)”

Dowód: Projekt umowy - zmiana projektu umowy z dnia 23.02.2021 r. – dokumentacja przetargowa

Zamawiający podał, że (...) uwzględniając odwołanie rozpoznane w postępowaniu o Sygn. akt KIO 345/21 zamawiający dokonał kompleksowej zmiany opisu przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy. Objął nowym brzmieniem SIWZ ryzyka, których wcześniej, przed zmianą nie dostrzegali. Zamawiający poprzez nowe zapisy opisu przedmiotu zamówienia oraz projektu umowy w sposób jednoznaczny wskazał nowe obowiązki wykonawców oraz przyjął na siebie zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia za ich wykonanie przez wykonawców”.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania w zakresie, w którym dotyczy § 4 pkt 11 projektu umowy o treści: „Na wniosek, który zostanie pozytywnie zaopiniowany przez 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.” W tej części (zdaniem zamawiającego) odwołanie zostało wniesione po upływie ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) nPzp. Publikacja zmiany projektu umowy w zakresie ww. zapisu nastąpiła w dniu 23 lutego 2021 r., a odwołanie wpłynęło w dniu 1 marca 2021 r., a więc po upływie terminu na wniesienie środka ochrony prawnej. Stąd wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania.

W kontekście przywołanych zmian SIWZ dokonanych na skutek odwołania rozpoznanego w postępowaniu o sygn. akt KIO 345/21, odnosząc się do poszczególnych zarzutów sformułowanych w odwołaniu, Zamawiający oświadczył, (...) że nie może zgodzić się z twierdzeniem odwołującego że: „...uwzględnienie poprzednio wniesionego odwołania tylko pozorne z uwagi na fakt, sporządzenie prawidłowej wyceny zakresu przedmiotu zamówienia nie jest nadal możliwe”. Podał, że (...) Wbrew twierdzeniu, uwzględniając odwołanie o Sygn. akt KIO 345/21 wprowadził szereg opisanych wyżej zmian, które jednoznacznie wskazują na obowiązki stron umowy oraz umożliwiają wykonawcom wycenę zewnętrznego źródła zasilania szpitala w media. Odwołujący potwierdza dokonanie tych zmian. Odwołujący i zamawiający różnią się jednak w ocenie skutków wprowadzenia tych zmian. Zdaniem zamawiającego, szczegółowa analiza uzupełnionego w dniu 25 lutego 2021r. robót dotyczącego zastępczego źródła zasilania, załączonej mapy, dokumentacji projektowej oraz pkt. 7a opisu przedmiotu zamówienia, który został dodany w dniu 23 lutego 2021r., pozwala jednoznacznie stwierdzić, że zmiana SIWZ jest wystarczająca do przygotowania oferty przez wykonawców. W przywołanym przedmiarze, w pozycjach od 1 — 7 zamawiający szczegółowo wskazał możliwe koszty związane z zastosowaniem trzech kontenerów dla potrzeb centralnego ogrzewania (c.o.) i ciepłej wody użytkowej (c.w.u) – pkt 1, pary - pkt 2 oraz magazynu paliwa na olej opałowy - pkt. 3. W pozycjach tych, zgodnie z zapisami załączonego przedmiaru, wykonawcy mają wskazać koszty związane z „Uruchomieniem, obsługą i eksploatacją zastępczego Źródła energii cieplnej.” Wbrew podnoszonym przez odwołującego twierdzeniom, załączony przedmiar umożliwia wykonawcom także wycenę kosztów związanych z montażem i demontażem tymczasowych przyłączy - pkt 4 — 6 przedmiaru, a także wycenę kosztów transportu pkt. 7. W ocenie zamawiającego, wymienione w przedmiarze pozycje wyczerpują koszty związane z zastosowaniem zastępczych źródeł energii cieplnej. Zapisy SIWZ w zakresie kwestionowanym przez odwołującego są jednoznaczne, wyczerpujące i dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców. Zamawiający kwestionuje także twierdzenia odwołującego o rzekomym naruszeniu zasad udzielania zamówień publicznych, o czym ma według odwołującego przesądzać, iż: „W przedmiarze nie zostały jednak przedstawione ilości robót, a jedynie zostały określone ilości czasu z zapewnieniem dostaw pary, c.w.u. oraz co, z tymczasowego źródła niezbędnego na czas robót modernizacyjnych kotłowni”. Odwołujący poprzez powyższe stwierdzenia uzurpuje sobie uprawnienie do rozstrzygania w jakich jednostkach ma być opisywana jego praca podlegająca wycenie. Zapisy przedmiaru opisując wszystkie koszty związane z zastosowaniem zastępczego źródła energii cieplnej, a więc koszty jego uruchomienia, obsługi i eksploatacji, koszty montażu i demontażu tymczasowych przyłączy oraz koszty transportu są jednoznaczne. Zdaniem Zamawiającego, z mapy dołączonej do SIWZ w dniu 25 lutego 2021 r. wynika, że zamawiający wskazał 4 miejsca

wpięcia zastępczych źródeł energii cieplnej do zamawiającego (instalacji elektrycznej, wodnej, ciepłej wody użytkowej, pary oraz istniejącej centralnego ogrzewania). Zalecane przez zamawiającego, ale nie jedyne, usytuowanie kontenerów znajduje się w bliskim sąsiedztwie istniejącej kotłowni. Wbrew twierdzeniom podnoszonym przez odwołującego, z załączonej zaś dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia wynikają średnice miejsc wpięcia zastępczych źródeł energii cieplnej do istniejących sieci. Tym samym stwierdzić należy, iż zamawiający wskazał odwołującemu wszystkie parametry do wyceny zastosowania zewnętrznego źródła zasilania. Implikuje to stwierdzenie, że zarzuty odwołującego o niewskazaniu przez zamawiającego elementów podlegających wycenie są nieprawdziwe. Kolejnym argumentem przeciwko podniesionemu przez odwołującego zarzutowi dotyczącemu niewskazania ilości wymaganych przez zamawiającego robót, jest także wskazany przez zamawiającego w przedmiarze sposób wyceny. Zamawiający wyjaśnia, iż wykonawcy wskazując cenę w pozycjach 1 — 6 przedmiaru są zobowiązani sporządzić kalkulację indywidualną, zawierającą niezbędne koszty przewidziane wprowadzonymi zmianami do SIWZ, w tym min.: dzierżawę kontenerów, oleju montaż i demontaż przyłączy całodobową obsługę, dozór, serwis — zgodnie ze zmianą nr 7 do SIWZ z dnia 23 lutego 2021 r. Zamawiający celowo nie wskazał w pkt 1 — 6 przedmiaru, jako podstawy np. katalogów KNR. Według zamawiającego, który powołuje się w tym zakresie na poglądy doktryny, metoda indywidualnej kalkulacji nakładów rzeczowych niejednokrotnie jest jedyną na podstawie, której można wycenić roboty budowlane, dla których brak jednostkowych cen rynkowych lub brak nakładów rzeczowych w istniejących katalogach, które umożliwiłyby wycenę robót metodą szczegółową”.

Wskazując na poglądy doktryny Zamawiający stwierdził, że (...) kosztorysantów nie obowiązują katalogi do wyceny robót. Metodę indywidualnej kalkulacji nakładów rzeczowych należy stosować w przypadku braku określonych nakładów w braku możliwości ich ustalenia metodą analogii, interpolacji lub ekstrapolacji oraz w przypadku, kiedy zachodzi konieczność indywidualnego ustalenia norm nakładów rzeczowych np. przy zastosowaniu nowych technologii, dla których brak katalogów z nakładami rzeczowymi. Indywidualna kalkulacja nakładów rzeczowych polega na ustalaniu nakładów rzeczowych na wykonanie określonego zadania jest wynikiem analizy czasu pracy i składu zespołu skierowanego do wykonania zadania oraz wiadomych wykonawcy potrzeb materiałowych i sprzętowych. W ocenie zamawiającego przyjęta metoda kalkulacji indywidualnej pozwala doświadczonemu wykonawcy wycenić koszt zastosowania zastępczego źródła energii cieplnej”.

Dalej, Zamawiający podniósł, że (...) według jego ustaleń poczynionych na etapie przygotowania przedmiaru każde z dostępnych na rynku urządzeń spełniających parametry wskazane przez zamawiającego, które wykonawcy realizujący zadanie będą mogli, w

oparciu o taki lub inny tytuł prawny, zastosować wyposażone w króćce przyłączeniowe o odpowiedniej średnicy. Z informacji uzyskanych przez zamawiającego w firmach specjalizujących się w wynajmie zastępczych źródeł energii cieplnej wynika, iż dostarczane przez te firmy na plac budowy kontenery wyposażone są w całą niezbędną armaturę, a na dodatkowe zlecenie, firmy te dokonują wizji lokalnej placu budowy i wykonują odpowiednie przyłącze tymczasowe. Wobec powyższego, zamawiający stwierdza, wbrew twierdzeniom odwołującego, który zarzuca zamawiającemu pozorność dokonywanych przez niego czynności, iż to podnoszony przez odwołującego problem, znaczenia braku określenia przez zamawiającego „ilości robót” ma w istocie znaczenie pozorne. Analiza ofert firm specjalizujących się w dostarczaniu zastępczych źródeł energii cieplnej wskazuje na wiele zalet wynikających z zastosowania zastępczego źródła energii cieplnej dla powodzenia robót budowlanych. Wśród najczęściej wymienianych są: możliwość natychmiastowego podania ciepła w miejscu przeznaczenia, łatwość transportu i przemieszczania, brak dedykowanego pomieszczenia, fundamentów, wyposażenie w niezbędne elementy kotłowni, wyposażenie w instalację grzewczą, gotową dla bezpośredniego systemu ogrzewania. Wiele firm umożliwia dostawę/wypożyczenie również zewnętrznego zbiornika olejowego, przewodów do podłączenia z już istniejącą instalacją, Polecane są również usługi w zakresie rozruchu/obsługi/transportu/podłączenia. Mobilne instalacje energetyczne dostarczane są w systemie Plug & Play", czyli podłącz i korzystaj. Dzięki temu rozwiązaniu instalacja jest od razu gotowa do podłączenia i pracy co pozwala na zminimalizowanie okresu przestoju i kontynuowanie produkcji energii." Dowód: Przykładowe karty techniczne. Wskazał ponadto, że „Przykładowe karty techniczne dostawców zastępczych źródeł energii cieplnej dla kontenerowej 1500 kg/h (kotłownia parowa) oraz kotłowni 2 500 kW (kotłownia wodna), zdaniem zamawiającego (załączone do odpowiedzi) wskazują, że dostawcy rozwiązań oferują: możliwość zakupu, wypożyczenia lub leasingu; szybką dostawę; pełną elastyczność Instalacji; wysoką jakość; moc 250-5000 kW; instalację w kontenerze lub zabudowie modułowej; dowolny dobór paliwa - gaz lub biomasa. Dostawcy umożliwiają dostawę/wypożyczenie zewnętrznego zbiornika olejowego, przewodów do podłączenia z już istniejącą instalacją. Polecają również usługi w rozruchu/obsługi/transportu/podłączenia". „W kontenerach znajdują się kompletne instalacje w skład których wchodzi m.in.: palnik, pompy, system podwieszania kotłowego, zbiornik z wodą zasilającą, system utrzymania ciśnienia, instalacja do uzdatniania wody, panel elektryczny oraz dodatkowe wyposażeniem w zależności od wymagań i potrzeb klienta. Wobec powyższego, sformułowany przez odwołującego zarzut, iż nie została przez zamawiającego określona ilość robót należy ocenić jako niezrozumiałą próbę zakłócenia toku postępowania przetargowego, podjętą pomimo tego, iż zamawiający uwzględnił wszystkie zrzuty podniesione w odwołaniu rozpoznany w

postępowaniu o sygn. akt KIO 345/21". Dowód: adres pod którym można znaleźć karty techniczne (...)

W ocenie Zamawiającego niezasadniony jest zarzut, iż zamawiający w sposób nieuprawniony obarczył odwołującego: „*obowiązkiem osiągnięcia deklarowanych przez producenta parametrów urządzeń, których doboru Wykonawca ma dokonać de facto sam*”(str. 7 odwołania akapit 8). Jego zdaniem, (...) w opisie pozycji przedmiarowych szczegółowo określono parametry zastępczego źródła energii cieplnej dla potrzeb szpitala. Dla kontenerowej kotłowni wodnej określono wydajności min. 2200 kW, zaś dla kontenerowej kotłowni parowej min. 1200 kg pary na godzinę. Wskazano także średnie dobowe zużycia c.w.u.26 m³/d. Przywołane parametry pozwalają na dobór odpowiednich urządzeń przez doświadczonych wykonawców. Wybór konkretnego urządzenia, które będzie odpowiadało określonym przez zamawiającego parametrom stanowi obowiązek wykonawcy. Stąd zarzut odwołującego należy uznać za chybiony. W oparciu o przytoczony przez odwołującego art 29 ust. uPzp oczekiwanie odwołującego, iż zamawiający wskaże konkretne urządzenie należy ocenić jako niezgodne z obowiązującymi przepisami”.

Podobnie, zdaniem Zamawiającego, niezasadniony jest zarzut dotyczący uzupełnienia: „...*dokumentacji o właściwe przedmiary, projekty rurociągów I przepięć tymczasowych, rysunki, schematy technologiczne kotłowni dla poszczególnych faz robót*”. Podał, że (...) zgodnie z zapisami SIWZ do niniejszego postępowania, przystąpić mogą wykonawcy o określonym doświadczeniu które zostało określone w warunkach udziału w postępowaniu. Wśród elementów podlegających ocenie zamawiającego wskazane zostało doświadczenie kierownika budowy reprezentującego wykonawcę, którego zadaniem jest organizowanie frontu robót. Zamawiający oczekuje wyłonienia wykonawcy, który w oparciu o dokumentację projektową oraz posiadane doświadczenie, tak zaplanuje kolejność wykonania poszczególnych prace by w warunkach ciągłej pracy szpitala zamawiającego, przy zachowaniu rachunku ekonomicznego, zapewnić terminowe ukończenie przedmiotu zamówienia. Z rozdziału XIX SIWZ wynika, że wykonawca przedkłada przed podpisaniem umowy harmonogram rzeczowo — finansowy, który pozwala ustalić poszczególne etapy prac. Dlatego oczekiwanie, iż zamawiający wyręczy go i zaplanuje poszczególne działania jest niezasadnione, a wręcz niezrozumiałe. Wbrew twierdzeniom odwołującego, taki obowiązek nie obciąża zamawiającego w oparciu o przywołane przez odwołującego przepisy. Zamawiający zmianą nr 6 do SIWZ z dnia 11 lutego 2021 r. określił czas w którym mają być wykonane roboty związane z technologią sanitarną. Zgodnie ze stosownymi zapisami SIWZ roboty związane z technologią sanitarną mają zostać wykonane w terminie 5 miesięcy, a technologia wody lodowej do 30 listopada 2021 r. Ujmując rzecz obrazowo, celem przedmiotowego postępowania przetargowego nie jest dokonanie wyboru hydraulika, który kierowany przez zamawiającego wykona podstawowe czynności wynikające z racji

wykonywanego zawodu. W powyższym ujęciu oczekiwań zamawiającego nie będzie spełniał zespołu instalatorów, których praca nie będzie skoordynowana. Zamiarem zamawiającego jest wyłonienie wyspecjalizowanej firmy, o opisanym w SIWZ doświadczeniu, posiadającym określone zasoby kadrowe oraz know-how. Zamawiający załączając do SIWZ dokumentację projektową precyzyjnie określił swoje oczekiwania w zakresie konkretnych rozwiązań, technologii, w których ma zostać wykonany przedmiot zamówienia. Od początku zamawiający zastrzegł, iż obowiązkiem wykonawcy będzie utrzymywanie sprawności kotłowni zamawiającego w okresie prowadzonych robót tak, by umożliwić zasilanie 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. W kontekście przytoczonego zapisu SIWZ nie jest jednak obowiązkiem zamawiającego, jak twierdzi odwołujący w przedmiotowej sprawie, określenie, w jakiej kolejności poszczególne roboty mają być wykonywane. Według zamawiającego, w oparciu o przytoczone zapisy SIWZ, to obowiązek ciążyący na wykonawcy. Zamawiający oczekuje, iż wykonawca dysponując specjalistyczną wiedzą i doświadczeniem w modernizacji źródeł ciepła (know-how) zaproponuje zamawiającemu rozwiązanie optymalne ze względu na zasoby wykonawcy, charakter powierzonych mu robót oraz cenę przedmiotu zamówienia. Jego zdaniem doświadczony Wykonawca nie może oczekiwać, że zamawiający wyręczy wykonawcę w zakresie planowania poszczególnych czynności, które należy podjąć na placu budowy. Zaplanowanie i przeprowadzenie robót budowlanych w warunkach czynnego obiektu nie może być dla wykonawcy startującego w niniejszym postępowaniu nowością. Jeżeli planowanie i wykonanie pracy w warunkach czynnego obiektu stanowi dla odwołującego problem to w sposób jednoznaczny wskazuje to na brak predyspozycji odwołującego do wykonania przedmiotu zamówienia". Zamawiający podniósł, że (...) porównując treść odwołania z dnia 1 lutego 2021 r. które zostało rozpoznane w postępowaniu o sygn. KIO 345/21 oraz odwołania z dnia 01 marca 2021 r., zauważyć należy, iż patrząc na sprawę z perspektywy odwołania z dnia 1 lutego 2021 r, które zostało już rozpoznane, brak w SIWZ projektu „rurociągów przepięcia tymczasowego oraz schematów technologii kotłowni w każdym z etapów pośrednich” nie stanowiło wtedy dla odwołującego problemu. Zarzut ten nie był podnoszony wcześniej przez odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego, w kontekście podniesionej argumentacji nie sposób zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż zamawiający próbę nałożenia na wykonawców zobowiązania: „...do wykonania w ramach wynagrodzenia usług i robót nie objętych

dokumentacją przetargową”. Zdaniem Zamawiającego, (...) wykazał, iż dokonując zmian w SIWZ na skutek odwołania z dnia 1 lutego 2021 r. (KIO 345/21), uznając za zasadne twierdzenia w istnienia ryzyka zastosowania zastępczego źródła energii cieplnej, dokonał zmian SIWZ uzupełniając opis przedmiotu zamówienia, załączając przedmiar oraz dokonując zmian projektu umowy, które to zmiany SIWZ umożliwiają wykonawcom zidentyfikowanie tego ryzyka i jego wycenę”. Podkreślił, że (...) zarzut odwołana z dnia 1 lutego 2021 r. rozpoznanego w postępowaniu o Sygn. akt KIO 345/21 nie objęcia przez zamawiającego ryzyka zastosowania zastępczego źródła cieplnej dla potrzeb był uzasadniony. Ze względu na zakres robót, które zostaną zlecone wykonawcy przez zamawiającego wykonanie technologii robót tj. wszystkich robót instalacji sanitarnych, koniecznych do zmiany technologii obecnej kotłowni opalanej miałem węglowym na gaz, a także przewidziany przez zamawiającego okres 5 miesięcy, w którym roboty mają zostać wykonane oraz podkreślany przez zamawiającego obowiązek zachowania przez wykonawcę ciągłości dostaw mediów do szpitala ryzyko zastosowania przez wykonawców urządzeń zewnętrznych jawi się jako realne. Zasadny był, postulat umożliwienia wykonawcom wyceny zastosowania kontenerów które wykonawca będzie musiał zastosować. Dlatego też, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w pierwszym odwołaniu z dnia 1 lutego 2021 r., i dokonał w tym zakresie wszystkich koniecznych zmian SIWZ. Obecnie, po SIWZ podnoszenie tego zarzutu jest nieuzasadnione”.

Zamawiający podał, że nie znajduje uzasadnienia podniesiony w odwołaniu z dnia 01.03.2021 r. zarzut, że: (...) 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 na które może lub nie wyrazi zgody...” Wskazał, że: „Treść przedmiaru, o który została uzupełniona SIWZ na skutek odwołana z dnia 1 lutego 2021 r. w jednoznaczny sposób rozstrzyga, co wykonawcy zobowiązani są przyjąć do wyceny. Zgodnie z ogólnymi zasadami oraz zasadami wynikającymi z SIWZ przedmiotowy przedmiar jest podstawą sporządzenia przez wykonawców ofertowych. Każdy z wykonawców ma obowiązek wycenić wykonaną pracę według tych samych kryteriów wynikających z przedmiarów. W ocenie zamawiającego, przyjęta przez zamawiającego konstrukcja zasad udziału w przetargu zapewniał iż złożone oferty będą porównywalne właśnie, aby oferty były na etapie oceny porównywalne i obejmowały cały robót należy je wycenić zgodnie z załączonymi i uzupełnionymi przedmiarami, zgodnie ze sposobem obliczenia ceny, zawartym w rozdziale XVII SIWZ. Na marginesie zamawiający podnosi, iż był to jeden z głównych wniosków odwołania z dnia 1 lutego 2021 r., który został przez zamawiającego uwzględniony. Każdy z wykonawców wyceni koszt zastępczego źródła energii cieplnej dla potrzeb szpitala według zasad,

natomiast od posiadanego przez wykonawców know-how zależy, w jakim zakresie, zgodnie z ułożonym przez wykonawców harmonogramem prac, zastępcze źródła energii cieplnej zostaną w praktyce wykorzystane. Wbrew twierdzeniom odwołującego, który dopatruje się we wprowadzonych do projektu umowy zapisach naruszenia przepisów, wola zamawiającego w tym zakresie jest ograniczona wnioskiem wykonawcy, zawierającym merytoryczne uzasadnienie oparte o wspomniane know-how wykonawcy oraz zasady sztuki budowlanej, a także opinie podmiotów trzecich w postaci nadzoru autorskiego oraz inżyniera kontraktu. W ocenie zamawiającego, który opiera się w tym zakresie o aktualne brzmienie SIWZ, przepisach kodeksu cywilnego, które nakładają na strony stosunku zobowiązaniowego obowiązki współdziałania obiektywne zasady sztuki budowlanej odwołujący nieprawidłowo interpretuje przedmiotowe zapisy, To w istocie zamawiającemu, który odpowiada za funkcjonowanie szpitala najbardziej zależy by w trakcie robót miał stały dostęp do stabilnych źródeł energii cieplnej. W oparciu o posiadane know-how oraz znane wykonawcy zasady sztuki budowlanej, to on wie, w jakim zakresie będzie korzystał z źródła energii cieplnej. W kontekście zmian SIWZ twierdzenia o próbie przerwania na ryzyko wystąpienia okoliczności nieprzewidywalnych w chwili sporządzenia oferty są nieuprawnione”. Podkreślił, że (...) przyjętą formą wynagrodzenia jest wynagrodzenie kosztorysowe. Zapisy SIWZ w zakresie sposobu obliczenia obligują wykonawców do wyceny na podstawie przedmiarów robót, a więc na podstawie jednakowych reguł. Pamiętać należy jednak, czego wydaje się, nie dostrzegać odwołujący, że podana w ofercie cena z tak przyjętą formą wynagrodzenia, traktowana jest jako orientacyjna (szacunkowa), a ostateczne wynagrodzenie zostanie określone na podstawie faktycznie wykonanych ilości po cenach jednostkowych z oferty.”

Zamawiający wskazał, że (...) zgodnie art. 29 ust. 1 pkt 7 Ustawy - Prawo budowlane budowa tymczasowych obiektów budowlanych, niepołączonych trwale z gruntem i przewidzianych do rozbiórki lub w inne miejsce w określonym w zgłoszeniu, ale nie później niż przed upływem 180 dni od dnia rozpoczęcia budowy określonego w zgłoszeniu (zastępcze źródła energii cieplnej), nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę. W przypadku tego typu obiektów budowlanych wymagane jest jedynie zgłoszenie, o którym mowa w art. 30 Prawa budowlanego. Jak wynika z art. 30 tego typu przedsięwzięcie nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wykonania dokumentacji projektowej opracowanej przez projektanta posiadającego odpowiednie uprawnienia budowlane. Wszelkie czynności administracyjne związane ze zgłoszeniem tymczasowych obiektów budowlanych organowi administracji architektoniczno-budowlanej leżą po stronie zamawiającego i zostaną podjęte w momencie przekazania przez wykonawcę wszelkich niezbędnych informacji i dokumentów dotyczących zastosowanego przez wykonawcę zastępczego źródła ciepła. Obowiązkiem wykonawcy, jako osoby mającej w zakresie obowiązków obsługę zastosowanych przez

niego urządzeń (zastępczego źródła energii cieplnej) jest zgłoszenie urządzeń w Urzędzie Dozoru Technicznego.” Dodatkowo wskazał, że(...) zgodnie z art, 31 uPzp przy wyłanianiu wykonawcy robót budowlanych w ramach systemu zamówień publicznych opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane (w formule „wybuduj”) wykonuje się, co do zasady, za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Aby móc określić, czym są ww. opracowania, należy sięgnąć do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, (...). W przywołanym akcie prawnym w § 3 znajdujemy ogólny zapis, że zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający, biorąc pod uwagę tryb udzielania zamówienia publicznego i wymagania wynikające z ustawy Prawo budowlane. Powyższe stwierdzenie zostaje następnie dookreślone w dalszej części tego aktu prawnego. W § 4 ust. 2 wskazano, że w przypadku, gdy dla zamówienia na roboty budowlane nie jest wymagane pozwolenie na budowę, opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane składa się w szczególności z dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych, ich lokalizacje i inne istotne uwarunkowania. Należy również zamieścić inne opracowania, jeżeli wynikają z przepisów szczególnych. Ponadto w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego muszą być załączone przedmiary. Zwrot „w szczególności” wskazuje na otwarty katalog, dając tym samym dość znaczne pole manewru zamawiającym w tworzeniu wyczerpującego i pełnego opisu przedmiotu. Rozwiązanie to nawiązuje w swej prostocie do instytucji zgłoszenia robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę w art. 30 ust. 2 Prawa budowlanego. Należy to uznać za jak najbardziej uzasadnione rozwiązanie, przekładające się na niższe koszty przygotowania i szybkość procedowania. Niestety ze względu na inne zapisy przedmiotowego rozporządzenia i pzp tego typu rozwiązanie jest ograniczone tylko do robót budowlanych niewymagających uzyskania pozwolenia na budowę”.

W konkluzji stwierdził, że (...) W kontekście przedstawionej przez zamawiającego argumentacji sformułowane przez odwołującego zarzuty naruszenia art. 647 kc art. 654 kc, art. 630 kc, art., 353 (1) kc i art. 58 ust. 3 kc, art. 5 kc w związku z art 7 Pzp i art. 14 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1-3, art 31 ust 1, art. 36 ust. 1 pkt. 16 i art. 139 ust. 1 tej ustawy są nieuzasadnione.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp). Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 1 marca 2021 r. Izba zatem wydając wyrok w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, uzasadnianego brakiem (...) *interesu prawnego odwołującego w zakresie wniesienia środka ochrony prawnej*". Przede wszystkim interes, na który powołuje się Zamawiający stanowi – w myśl art. 505 ust.1 nPzp - przesłankę o charakterze materialnoprawnym, której spełnienie umożliwia merytoryczne rozpoznanie zarzutów odwołania i nie wykazanie tej przesłanki prowadzi do oddalenia odwołania. Odwołujący wykazał, zdaniem Izby, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Tak jak podnosił w wyniku naruszenia wskazanych przez wykonawcę przepisów ustawy jego interes może doznać uszczerbku, albowiem jego zdaniem (...) *brak zmiany SIWZ zgodnej z żądaniem Odwołującego spowoduje złożenie nieporównywalnych pod względem ceny ofert*".

Rozpatrując wnioski Zamawiającego (zawarte też w odpowiedzi na odwołanie) o zarzutach podniesionych po terminie Izba uznała, że są one częściowo zasadne.

Podlega uwzględnieniu wniosek o odrzucenie zarzutu wobec § 4 pkt 11 projektu umowy. Zarzut do tego postanowienia nie został zgłoszony w wymaganym art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) nPzp terminie. Publikacja zmiany z dnia 23 lutego 2021 r. do projektu umowy w tym punkcie: „11. *Na wniosek, który zostanie pozytywnie zaopiniowany przez 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.*” - nastąpiła w tym samym dniu 23 lutego 2021 r., a odwołanie zostało wniesione w dniu 1 marca 2021 r. Wymagany wskazanym przepisem 5.o dniowy termin upływał 26 lutego 2021 r.

Natomiast nie podlega uwzględnieniu drugi z wniosków dotyczący braku w SIWZ „projektu rurociągów przebiegu tymczasowego oraz schematów technologii kotłowni w każdym z etapów pośrednich”. W tym przypadku zarzut braku takich dokumentów był spowodowany zmianą nr 9 dokonaną w dniu 25 lutego 2021 r. w związku ze zmianą nr 7 i nr 8 w wyniku której dla możliwego alternatywnego wykonania zastępczego źródła zasilania Zamawiający zamieścił dokumentację (mapę oraz przedmiar robót) bez żądanych w odwołaniu „projektów rurociągów przebiegu tymczasowego oraz schematów technologii kotłowni w każdym z etapów pośrednich”. Na wcześniejszym etapie wykonawca nie miał podstaw żądać takich projektów.

Rozstrzygając zarzuty z odwołania z dnia 1 marca 2021 r. sygn. akt: KIO 666/21 Izba miała na uwadze odwołanie z dnia 1 lutego 2021 r. sygn. akt: KIO 345/21 wniesione także przez wykonawcę EKSA sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

Zarzuty w odwołaniu z dnia 1 lutego 2021 r. - jak ustalił skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 345/21 zgodnie z uzasadnieniem Postanowienia z dnia 19.02.2021 r. - dotyczyły (...) postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie Projektu umowy (zał. nr 8 do SIWZ) w brzmieniu po zmianie treści SIWZ z dnia 25 stycznia 2021 r. oraz wobec SIWZ w brzmieniu po zmianie treści SIWZ z dnia 27 stycznia 2021 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 647 Kodeksu Cywilnego zwanym dalej „KC”, art. 654 KC, art. 630 KC, art. 353 (1) KC i art. 58 § 3 KC, art. 5 KC w związku z art. 7 ust. 1 ustawy pzp, art. 14 ust. 1 ustawy pzp, art. 29 ust. 1-3 ustawy pzp, art. 31 ust. 1 ustawy pzp, art. 36 ust. 1 pkt 16, art. 139 ust. 1 ustawy pzp, poprzez ukształtowanie warunków SIWZ oraz umowy o zamówienie publiczne w sposób sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia 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) ustawy pzp, 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 powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1) przywrócenie zapisów POSTANOWIEŃ UMOWY Projektu umowy lit. A-H w brzmieniu z dnia 14 grudnia 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 POSTANOWIEŃ UMOWY.

2) przywrócenie zapisów rodz. XVII ust. 4 lit. a-k SIWZ w brzmieniu z dnia 14 grudnia 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 przedmiotu zamówienia – rodz. XVII ust. 4 lit. I SIWZ po zmianie.

w przypadku niemożliwości wprowadzenie w/w zapisów:

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

Zarzuty odwołania z dnia 1 marca 2021 r. w przedmiotowej sprawie dotyczą z kolei – jak wskazano w odwołaniu – (...) 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.” Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

(...)

2) 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 współżycia 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”.

Wykonawca EKSA wskazując na powyższe wniósł o (...) „uzupełnienie dokumentacji przetargowej o właściwe przedmiary, projekty rurociągów i przepięć tymczasowych, rysunki, schematy technologiczne kotłowni dla poszczególnych faz robót”. W uzasadnieniu, w jego podsumowaniu stwierdził, że 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”

W tym odwołaniu wykonawca potwierdza, że Zamawiający uzupełnił dokumentację postępowania o mapę z proponowaną lokalizacją zastępczego źródła zasilania oraz o dodatkowe przedmiary robót dotyczące robót związanych z czynnościami zapewnienia stałych dostaw pary, c.w.u. i c.o. Jednakże zdaniem Odwołującego (...) „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.” Wskazał ponadto, że 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”. Braki w tym zakresie mają wskazywać, że (...) uwzględnienie poprzednio wniesionego 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 paramentów tych robót tymczasowych”.

Przedmiotem zamówienia zgodnie z jego opisem w SIWZ i załącznikach jest „Przebudowa kotłowni węglowej na kotłownię gazową” w ramach zadania pn. „Modernizacja Kotłowni Wielospecjalistycznego Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli”. Ten przedmiot zamówienia obejmuje (pkt III):

1.1. Wykonanie nowej technologii kotłowni wodnej i parowej, układu kogeneracji

1.2. Termomodernizację 2 kondygnacyjnego budynku kotłowni, ocieplenie ścian zewnętrznych, wymianę stolarki drzwiowej i okiennej, ocieplenie stropodachu, ocieplenie stropu nad przejazdem, Modernizację instalacji c.o. i c.w. (...)

1.3. Wykonanie instalacji systemu zarządzania energią sterującego i regulującego kotły grzewcze i agregaty wody parowej, odczyt liczników gazu, odczyt liczników energii elektrycznej na kogeneracji, odczyt liczników ciepła z kotłów. (...).

Do tego postępowania, jak wskazywał Zamawiający, mogą przystąpić wykonawcy o określonym doświadczeniu, co zostało wyspecyfikowane w warunkach udziału w postępowaniu. Przede wszystkim zgodnie z punktem VI w zakresie doświadczenia (Warunek zdolności technicznej) wymagane jest od wykonawcy wykonanie dwóch robót, w tym: a) minimum jedna robota budowlana polegająca na budowie/przebudowie/ rozbudowie/ remoncie obiektu o kubaturze min. 4 000,00 m³, obejmującej swym zakresem co najmniej: roboty sanitarne, roboty elektryczne, wymianę stolarki okiennej i drzwiowej, wykonanie termomodernizacji budynku; b) minimum jedna robota budowlana polegająca na: 1) budowie kotłowni wodnej o mocy min. 2 MW zasilanej paliwem gazowym lub zmianie źródła zasilania z paliwa stałego na gaz ziemny kotłowni wodnej mocy min. 2 MW oraz 2) budowie kotłowni parowej o wydajności min. 1000 kg pary/h zasilanej paliwem gazowym lub zmianie źródła zasilania z paliwa stałego na gaz ziemny kotłowni parowej o wydajności min. 1000 kg pary, oraz 3) budowie jednostki wytwarzania energii elektrycznej i ciepła wysokosprawnej kogeneracji i/lub trigeneracji. Ten warunek jak zaznaczono (Warunek wiedzy i doświadczenia opisany w pkt 1 lit. a), b) pkt 1, 2 i 3) musi zostać spełniony łącznie. Tak jak również podkreślał Zamawiający, (...) *Wśród elementów podlegających ocenie zamawiającego wskazane zostało doświadczenie kierownika budowy reprezentującego wykonawcę, którego zadaniem jest organizowanie frontu robót. Zamawiający oczekuje wyłonienia wykonawcy, który w oparciu o dokumentację projektową oraz posiadane doświadczenie, tak zaplanuje kolejność wykonania poszczególnych prac by w warunkach ciągłej pracy szpitala zamawiającego, przy zachowaniu rachunku ekonomicznego, zapewnić terminowe ukończenie przedmiotu zamówienia*". Zatem celem tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie wyspecjalizowanej firmy, o opisanym w SIWZ doświadczeniu, posiadającej określone zasoby kadrowe oraz know-how. Zamawiający w dokumentacji projektowej określił oczekiwania w zakresie konkretnych rozwiązań, technologii, w których ma zostać wykonany przedmiot zamówienia, od początku zastrzegając, że obowiązkiem wykonawcy będzie utrzymywanie sprawności kotłowni zamawiającego w okresie prowadzonych robót tak, by umożliwić zasilanie w media (c.o., c.w.u. parę), preferując wykorzystanie istniejącej kotłowni według potrzeb stosownych do okresu (okres grzewczy/poza okresem grzewczym), w którym będą realizowane roboty. Jednocześnie w zmianach z dnia 23.02.2021 r. w pkt. 7a opisu przedmiotu zamówienia przewidział możliwość alternatywnego zasilania w media z zastosowaniem źródła zewnętrznego. Tak jak wskazał w zmianie z 23.02.2021 r.: „*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”. Dla zrealizowania tego rozwiązania uzupełnił dokumentację o mapę z proponowaną lokalizacją zastępczego źródła zasilania oraz przedmiar robót dla tego zakresu. W tym przedmiarze, w pozycjach od 1 — 7 zamawiający wskazał możliwe koszty związane z zastosowaniem trzech kontenerów dla potrzeb centralnego ogrzewania (c.o.) i ciepłej wody użytkowej (c.w.u) – pkt 1, pary - pkt 2 oraz magazynu paliwa na olej opałowy - pkt. 3. W pozycjach tych, zgodnie z zapisami załączonego przedmiaru, wykonawcy mają wskazać koszty związane z „Uruchomieniem, obsługą i eksploatacją zastępczego Źródła energii cieplnej.”

Odwołujący wskazując na brak szczegółowej dokumentacji projektowej dla wprowadzonych zmian - niezbędnej jego zdaniem do realizacji robót - a w związku z tym koniecznością jej opracowania przez wykonawcę przez jego personel (dla którego kwalifikacje niezbędne do jej wykonania nie zostały określone) pomija fakt, że to zastępcze źródło zasilania jest tymczasowym obiektem budowlanym, do którego odnosi się ustawa - Prawo budowlane w art. 29 ust.1 pkt 7. Tak jak wskazał Zamawiający (...) Zgodnie z tym przepisem budowa tymczasowych obiektów budowlanych, niepołączonych trwale z gruntem i przewidzianych do rozbiórki lub w inne miejsce w określonym w zgłoszeniu, ale nie później niż przed upływem 180 dni od dnia rozpoczęcia budowy określonego w zgłoszeniu (zastępcze źródła energii cieplnej), nie wymaga decyzji o pozwoleniu na budowę. W przypadku tego typu obiektów budowlanych wymagane jest jedynie zgłoszenie, o którym mowa w art. 30 Prawa budowlanego. Jak wynika z art. 30 tego typu przedsięwzięcie nie nakłada na Zamawiającego obowiązku wykonania dokumentacji projektowej opracowanej przez projektanta posiadającego odpowiednie uprawnienia budowlane. Wszelkie czynności administracyjne związane ze zgłoszeniem tymczasowych obiektów budowlanych organowi administracji architektoniczno-budowlanej leżą po stronie zamawiającego i zostaną podjęte w momencie przekazania przez wykonawcę wszelkich niezbędnych informacji i dokumentów dotyczących zastosowanego przez wykonawcę zastępczego źródła ciepła. Obowiązkiem wykonawcy, jako osoby mającej w zakresie obowiązków obsługę zastosowanych przez niego urządzeń (zastępczego źródła energii cieplnej) jest zgłoszenie urządzeń w Urzędzie Dozoru Technicznego”. Także jak zauważył w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej w § 3 zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający, biorąc pod uwagę tryb udzielania zamówienia publicznego i wymagania wynikające z ustawy Prawo budowlane. Z kolei w myśl § 4 ust. 2 wskazano, że w przypadku, gdy dla zamówienia na roboty budowlane nie jest

wymagane pozwolenie na budowę, opis przedmiotu zamówienia na roboty budowlane składa się w szczególności z dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych, ich lokalizację i inne istotne uwarunkowania. Inne opracowania należy zamieścić, jeżeli wynikają z przepisów szczególnych”.

Niewątpliwie zadaniem wykonawcy jest planowanie poszczególnych czynności, które należy podjąć na placu budowy. Zaplanowanie i przeprowadzenie robót budowlanych w warunkach czynnego obiektu (oczywiście współpracując w niezbędnym zakresie z zamawiającym) dla profesjonalnego wykonawcy nie powinno (oprócz niewątpliwie złożoności prac) stanowić zadania przerastającego obiektywne możliwości takiego wykonawcy. Ponadto zgodnie z ogólnymi zasadami oraz zasadami wynikającymi z SIWZ uzupełniony przedmiar dla wykonania robót zastępczego źródła zasilania jest podstawą sporządzenia przez wykonawców kosztorysów ofertowych według tych samych kryteriów wynikających z przedmiarów. Tak jak wskazywał zamawiający (...) w przedmiarze, w pozycjach od 1 — 7 Zamawiający wskazał możliwe koszty związane z zastosowaniem trzech kontenerów dla potrzeb centralnego ogrzewania (c.o.) i ciepłej wody użytkowej (c.w.u) – pkt 1, pary - pkt 2 oraz magazynu paliwa na olej opałowy - pkt. 3. W tych pozycjach zgodnie z ich opisami wykonawcy mają wskazać koszty związane z „Uruchomieniem, obsługą i eksploatacją zastępczego Źródła energii cieplnej.” Aby zatem oferty były porównywalne i obejmowały cały zakres robót należy je wycenić na podstawie załączonych przedmiarów, zgodnie ze sposobem obliczenia ceny, zawartym w rozdziale XVII SIWZ. Według dokumentacji każdy z wykonawców wyceni koszt zastępczego źródła energii cieplnej dla potrzeb szpitala – o ile takie rozwiązanie zastosuje - według tych samych zasad, natomiast od posiadanego przez wykonawców know-how zależy, w jakim zakresie, zgodnie z ułożonym przez wykonawców harmonogramem prac, zastępcze źródła energii cieplnej zostaną w praktyce wykorzystane. Izba zwraca uwagę, że przyjętą formą wynagrodzenia, co podkreślał sam Odwołujący - jest wynagrodzenie kosztorysowe. Zgodnie ze zmianą w pkt 7a OPZ oraz § 4 Projektu umowy podana w ofercie cena z tak przyjętą formą wynagrodzenia, traktowana jest jako orientacyjna (szacunkowa), a ostateczne wynagrodzenie – jak wskazano w pkt 7a - zostanie określone na podstawie faktycznie wykonanych ilości po cenach jednostkowych z oferty.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wprowadzone zmiany wskazują na obowiązki stron umowy oraz umożliwiają potencjalnym wykonawcom wycenę zewnętrznego źródła zasilania szpitala w media. Odwołujący potwierdza te zmiany, różniąc się z Zamawiającym w ocenie skutków wprowadzenia tych zmian. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, załączony przedmiar umożliwi wykonawcom także wycenę kosztów związanych z montażem i demontażem tymczasowych przyłączy: pkt 4 — 6 przedmiaru, a także wycenę kosztów

transportu - pkt. 7. Tym samym w przedmiarze zostały opisane możliwe koszty związane z zastosowaniem zastępczego źródła energii cieplnej, a mianowicie koszty jego uruchomienia, obsługi i eksploatacji, koszty montażu i demontażu tymczasowych przyłączy oraz koszty transportu, co jest jednoznaczne. Zamawiający także w dołączonej do SIWZ mapy wskazał miejsca wpiąć zastępczych źródeł energii cieplnej do istniejących sieci (instalacji elektrycznej, wodnej, ciepłej wody użytkowej, pary oraz istniejącej centralnego ogrzewania). Z kolei z załączonej dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia wynikają średnice miejsc wpięcia zastępczych źródeł energii cieplnej do tych sieci. Tym samym należało zgodzić się z Zamawiającym, że ten wskazał parametry do wyceny zastosowania zewnętrznego źródła zasilania. Z kolei wskazana w przedmiarze metoda indywidualnej kalkulacji nakładów rzeczowych jest niejednokrotnie jedyną na podstawie, której można wycenić roboty budowlane, dla których brak jednostkowych cen rynkowych lub brak nakładów rzeczowych w istniejących katalogach, które umożliwiałyby wycenę robót metodą szczegółową. Także wskazywana metoda kalkulacji indywidualnej niewątpliwie pozwala doświadczonemu wykonawcy wycenić koszt zastosowanego zastępczego źródła zasilania szpitala w media.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec ustaleń, wskazywane w odwołaniu zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła art. 575 nPzp 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Uwzględniając powyższe orzeczono jak w sentencji.

.....