



Pruszków, dnia 29.04.2024 r.

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

Zamawiający: **MAZOWIECKIE CENTRUM REHABILITACJI
„STOCER” Sp. z o.o.**
ul. Wierzejewskiego 12
05-510 Konstancin-Jeziorna
NIP 123-11-94-950
tel. +48 22 711 90 48
e-mail: kancelaria@stocer.pl

Odwołujący: **STRABAG Sp. z o.o.**
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
KRS 0000054588, NIP 521-04-21-928
tel. +48 (22) 71-44-369
e-mail: pl_office.strabag@strabag.com
reprezentowany przez:
r.pr. Magdalenę Marciniak

adres do doręczeń:
CML Construction Services Sp. z o.o.
ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków
tel. kom. +48 788 957 521
e-mail: magdalena.marciniak@bauholding.com

Dotyczy: prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Rozbudowa, przebudowa i modernizacja budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie*”.

Numer ogłoszenia: 2049-2024, ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: S 1/2024 w dniu 02.01.2024 r. Pierwotne ogłoszenie uległo zmianom, które były publikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod następującymi numerami: **(1)** 34672-2024 w Dz.U. S 13/2024 dnia 18.01.2024 r.; **(2)** 60964-2024 w Dz.U. S 21/2024 dnia 30.01.2024 r.; **(3)** 117891-2024 w Dz.U. S 40/2024 dnia 26.02.2024

r.; **(4)** 179174-2024 w Dz. U. S 61/2024 dnia 26.03.2024 r.; **(5)** 245678-2024 w Dz.U. S 82/2024 dnia 25.04.2024 r.

Numer referencyjny Zamawiającego: PN 95/2023.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu STRABAG Sp. z o.o., zwanej dalej „Odwołującym”, na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, które przedkładam w załączeniu wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy PZP czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „**Rozbudowa, przebudowa i modernizacja budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie**”, zwanym dalej „Postępowaniem”, polegającą na:

- istotnej zmianie treści SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, dokonanej przez Zamawiającego w dniach 19.04.2024 r., 24.04.2024 r. oraz 25.04.2024 r. poprzez publikację na stronie Postępowania dokumentacji wprowadzającej szereg międzybranżowych zmian, która to czynność spowodowała, że opis przedmiotu zamówienia stał się wewnątrznie sprzeczny, niejednoznaczny i niewyczerpujący, sformułowany w sposób utrudniający (choćby potencjalnie) uczciwą konkurencją oraz prowadzący do stanu nieporównywalności ofert;
- przedłużeniu terminu składania ofert w Postępowaniu o czas, który wobec zakresu i istotnego charakteru zmian treści SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia jest nieproporcjonalny i niewystarczający na zapoznanie się ze zmianami SWZ, a także przygotowanie oferty.

I. Zarzuty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- I.1. **naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP i art. 103 ust. 1 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) oraz art. 16 pkt 1) i 2) ustawy PZP** poprzez zmianę dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia w sposób, który doprowadził do jej wewnętrznej sprzeczności a opis przedmiotu zamówienia stał się niejednoznaczny, niewyczerpujący, uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także złożenie prawidłowych i porównywalnych ofert. W zakresie tego zarzutu Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zmodyfikował dokumentację projektową wyłącznie w zakresie wybranych przez siebie projektów i opracowań, pomimo że wprowadzone zmiany wpływają w sposób istotny na pozostałe składowe dokumentacji projektowej i są z nimi niespójne. Zmiany wprowadzone w projekcie wykonawczym pozostają w sprzeczności z projektem budowlanym, a projekt wykonawczy jest obciążony wewnętrzną niespójnością międzybranżową. Wybiórcza modyfikacja dokumentacji projektowej doprowadziła do tego, że opis przedmiotu zamówienia stał się niejednoznaczny i nie pozwala na identyfikację wymagań Zamawiającego co do przedmiotu przyszłego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a

także narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

- I.2. **naruszenie art. 137 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) oraz art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP** poprzez przedłużenie terminu składania ofert o czas, który jest nieproporcjonalny do zakresu oraz charakteru zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia, a także jest niewystarczający na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty.

II. **Żądania.**

Mając na uwadze powyższe zarzuty naruszenia przepisów, Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonanie następujących czynności:

- II.1. w zakresie zarzutu pkt I.1 – Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący poprzez udostępnienie pełnej i spójnej dokumentacji projektowej, uwzględniającej zmiany wprowadzone przez Zamawiającego w dniach 19.04.2024 r., 24.04.2024 r. oraz 25.04.2024 r. poprzez między innymi:
- 1) udostępnienie projektu budowlanego (załącznika nr 2 do OPZ), który będzie uwzględniał zmiany wprowadzone w projektach wykonawczych branż instalacji sanitarnych i elektrycznych, projektu zagospodarowania terenu oraz branży architektonicznej, w tym zmiany wynikające z zamiennej Ekspertyzy pożarowej,
 - 2) udostępnienie projektu wykonawczego (załącznika nr 3 do OPZ) w zakresie branży konstrukcyjnej, który będzie uwzględniał zmiany wprowadzone w projektach wykonawczych w zakresie branż instalacji sanitarnych i elektrycznych oraz branży architektonicznej, w tym zmiany wynikające z zamiennej Ekspertyzy pożarowej.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien zapewnić spójność pomiędzy projektem budowlanym i projektem wykonawczym, a w obrębie projektu wykonawczego wykonać koordynację międzybranżową. Zmiany wprowadzone w obrębie danej branży powinny zostać uwidocznione w opracowaniach, które odnoszą się do innych branż robót budowlanych;

- II.2. w zakresie zarzutu pkt I.2 – Odwołujący wnioskuje o nakazanie Zamawiającemu przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze wszystkimi zmianami SWZ i przygotowanie pełnej oraz rzetelnej oferty. Odwołujący wskazuje, że z uwagi na istotność i obszerność zmian a także wciąż pojawiające się kolejne modyfikacje OPZ, **czas niezbędny na zapoznanie się ze wszystkimi zmianami SWZ i przygotowanie ważnej oferty winien wynosić co najmniej 35 dni, licząc od udostępnienia przez Zamawiającego pełnej i spójnej dokumentacji projektowej.** Podkreślamy, iż zmiany wprowadzone w opisie przedmiotu zamówienia sprowadzają się do udostępnienia nowej dokumentacji projektowej, która implikuje konieczność przygotowania oferty od nowa. Sytuacja jest zatem porównywalna do ogłoszenia postępowania od nowa co uzasadnia

przedłużenie terminu składania ofert o minimalny czas wynikający z art. 138 ust 1 ustawy PZP.

III. Interes prawny.

- III.1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest podmiotem profesjonalnie działającym na rynku budowlanym, w tym sektorze inwestycji realizowanych w trybie ustawy PZP. W toku Postępowania Zamawiający podjął działania w sposób naruszający przepisy PZP. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ, która powoduje, że opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny oraz niewyczerpujący. Nie pozwala to na jednoznaczną identyfikację oczekiwań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia oraz rzetelne przygotowanie oferty. Modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia prowadzi również do tego, że opis ten utrudnia, a co najmniej może utrudniać uczciwą konkurencję, a ponadto narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- III.2. W kwestii interesu prawnego Odwołujący wskazuje, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej – *„środki ochrony prawnej określone w dziale VI P.z.p. przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i siwz przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu. Sformułowanie ww. przepisu w żaden sposób nie nakazuje badania sytuacji podmiotowej wykonawcy w celu ustalenia, jakiego typu warunki udziału w postępowaniu spełnia oraz w jaki sposób o dane zamówienie zamierza się ubiegać (samodzielnie, np. korzystając z doświadczenia innych podmiotów, w konsorcjum (...)). Również pojęcie szkody w takiej sytuacji nie może być badane w sposób równie ścisły jak w wypadku korzystania ze środków ochrony prawnej odnośnie złożonych ofert. Na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca w trakcie dalszego biegu postępowania o udzielenie zamówienia może ponieść. Wystarczające jest tu wskazanie na naruszenie obowiązujących przepisów **prowadzące do powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudniania dostępu do zamówienia lub spowodowania konieczności ubiegania się o udzielenie zamówienia niezgodnie z prawem (np. przez perspektywę zawarcia niezgodnej z przepisami prawa umowy w sprawie zamówienia)**. Przyjęcie założeń przeciwnych prowadzić by mogło do nadmiernego ograniczenia w korzystaniu ze środków ochrony prawnej dotyczących treści ogłoszenia i siwz”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 04.10.2010 r., sygn. KIO 2036/10).
- III.3. Dla uznania interesu danego wykonawcy wystarczająca jest jedynie deklaracja, że jest on zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia oraz tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest

interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30.08.2017 r., sygn. KIO 1718/17).

- III.4. Wyżej przytoczone stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej zachowują aktualność na gruncie obecnie obowiązującej ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze, nie powinno ulegać wątpliwości, że Odwołujący uprawniony jest do wniesienia niniejszego odwołania.

IV. Termin oraz wymagania formalne.

- IV.1. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.
- IV.2. Czynności będące podstawą wniesienia odwołania przez Odwołującego zostały podjęte przez Zamawiającego odpowiednio w dniu 19.04.2024 r., 24.04.2024 r. i 25.04.2024 r.
- 1) W dniu 19.04.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie Postępowania modyfikację SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, która stanowiła zmianę projektu wykonawczego branży sanitarnej, dokumentacji formalnej oraz ekspertyzy przeciwpożarowej.
 - 2) W dniu 24.04.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie Postępowania modyfikację SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, która stanowiła zmianę projektu wykonawczego branży architektonicznej.
 - 3) W dniu 25.04.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie Postępowania modyfikację SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, która stanowiła zmianę projektu wykonawczego branży elektrycznej, teletechnicznej oraz w zakresie budynku A, D oraz E, częściowo ponownie branży sanitarnej. Przekazano również nowe warunki techniczne dla podłączenia przyłączy do obiektów. W tym samym dniu Zamawiający opublikował na stronie Postępowania zmianę SWZ w zakresie terminu składania ofert.
- IV.3. Wnosząc odwołanie w dniu 29.04.2024 r. Odwołujący zachowuje termin określony w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy PZP bowiem wnosi odwołanie w terminie wyznaczonym najdalszą z wyżej wymienionych czynności.
- IV.4. Przed wniesieniem odwołania Odwołujący opłacił wpis od odwołania (w załączeniu dowód uiszczenia wpisu), a także przekazał kopię odwołania Zamawiającemu (w załączeniu dowód przekazania).

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny.

- I.1. Postępowanie zostało ogłoszone przez Zamawiającego w dniu 02.01.2024 r. Ogłoszenie zostało zamieszczone pod numerem 2049-2024 w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: S 1/2024.
- I.2. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a objęte nim jest udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.
- I.3. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na rozbudowie, przebudowie i modernizacji budynku szpitala przy ul. Barskiej 16/20 w Warszawie. Zamawiane roboty budowlane zostały opisane przez Zamawiającego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Załącznik do SWZ stanowił dokument pod nazwą „Opis przedmiotu zamówienia”, który jako dokumenty opisujące przedmiot zamówienia wymieniał:
- decyzję o pozwoleniu na budowę,
 - decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego,
 - projekt budowlany,
 - projekty wykonawcze, który były sporządzone odrębnie dla każdej z branż,
 - specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych,
 - przedmiary robót i spis robót tymczasowych,
 - wykaz wyposażenia dla budynku A i B,
 - plan wykonania BIM wraz z wymaganiami BIM,
 - ekspertyzę techniczną budynku A,
 - ochronę radiologiczną,
 - ekspertyzę stanu ochrony przeciwpożarowej.
- I.4. Opis przedmiotu zamówienia był wielokrotnie przez Zamawiającego zmieniany i uzupełniany już w toku Postępowania. Pierwsza modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia nastąpiła już w dniu 19.01.2024 r. Kolejne modyfikacje następowały w dniach 05.04.2024 r., 10.04.2024 r., 12.04.2024 r., 17.04.2024 r., 19.04.2024 r., 24.04.2024 r. oraz 25.04.2024 r. Wprowadzane modyfikacje miały istotny wpływ na opis przedmiotu zamówienia.
- I.5. Modyfikacją opisu przedmiotu zamówienia z dnia 19.04.2024 r. Zamawiający zmienił projekt wykonawczy branży sanitarnej w zakresie części I budynku A, D, E, planu zagospodarowania terenu, a także przyłącza sieci cieplnej. Zamawiający w ramach tej modyfikacji udostępnił również nowe warunki przyłączeniowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia i nową ekspertyzę stanu ochrony przeciwpożarowej. **Kwestia udostępnienia nowej ekspertyzy stanu ochrony przeciwpożarowej jest w niniejszym postępowaniu kluczowa.** Ekspertyza techniczna stanu ochrony przeciwpożarowej w przypadku przebudowywanych

i rozbudowywanych obiektów, a zatem w odniesieniu do niniejszego zamówienia, stanowi podstawę opracowania wszystkich dalszych opracowań projektowych, w tym projektu budowlanego oraz projektów wykonawczych. Wynika to z faktu, że ekspertyza jest sporządzana w przypadku, gdy niemożliwe jest spełnienie wymagań przepisów dotyczących zabezpieczeń pożarowych z uwagi na obecny kształt oraz rozwiązania techniczne w przebudowywanym, bądź rozbudowywanym budynku. Dlatego też by spełnić warunki bezpieczeństwa osób w budynku po przebudowie, ekspertyza przewiduje rozwiązania zamiennie w stosunku do wymagań przepisów w zakresie ochrony przeciwpożarowej. Następnie ekspertyza stanowi podstawę uzyskania postanowienia Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej (KW PSP) o wyrażeniu zgody na zastosowanie rozwiązań zamiennych względem przepisów. W przypadku wyrażenia zgody przez KW PSP rozwiązania zamiennie można wprowadzić w projekcie budowlanym, a następnie w projektach wykonawczych, które stanowią uszczegółowienie projektu budowlanego.

- I.6. W ramach Postępowania w pierwotnej dokumentacji projektowej Zamawiający udostępnił treść ekspertyzy technicznej datowanej na wrzesień 2005 r. Na jej podstawie powstał pierwotny opis przedmiotu zamówienia obejmujący między innymi:
- 1) załącznik nr 1 do OPZ - Decyzje: PnB, DULICP,
 - 2) załącznik nr 2 do OPZ - Projekt budowlany,
 - 3) załącznik nr 3 do OPZ - Projekty wykonawcze,
 - 4) załącznik nr 4 do OPZ – Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych.
- I.7. Oferenci w trakcie Postępowania poprzez wnioski o wyjaśnienie treści SWZ zwracali uwagę na nieprawidłowości w treści ekspertyzy technicznej stanu ochrony przeciwpożarowej, które to wskazywały na niespójność rozwiązań pomiędzy treścią tej ekspertyzy, projektem budowlanym i projektem wykonawczym, a zatem pozostałymi składnikami dokumentacji projektowej.
- I.8. Zamawiający w ramach wyjaśnień do treści SWZ dnia 19.04.2024 r. Zamawiający poinformował, że przekazuje nową Ekspertyzę Techniczną z zakresu ochrony przeciwpożarowej, a następnie udostępniac będzie kolejne rewizje projektów wykonawczych **(we wszystkich branżach)**, które to rewizje będą dopiero uwzględniały zalecenia nowej ekspertyzy:

"6. Pytanie

Prosimy o potwierdzenie, że wszystkie zalecenia, wytyczne, rozwiązania zastępcze, itp. Wskazane w ekspertyzie stanu ochrony ppoż. Z 2005 r. zostały uwzględnione w odpowiednich projektach wykonawczych (we wszystkich branżach).

Odpowiedź:

Zamawiający udostępnia aktualną Ekspertyzę Techniczną z zakresu ochrony przeciwpożarowej (kwiecień 2024) jako ZAŁ. 17 OPZ-Ekspertyza PPOŻ (2024).

Udostępniane rewizje projektów wykonawczych (we wszystkich branżach), będą uwzględniały zalecenia nowej ekspertyzy. Zamawiający informuje, że jest w trakcie uzyskiwania Postanowienia MKW PSP.”

I.9. W ramach pierwszej istotnej zmiany opisu przedmiotu zmian z dnia 19.04.2024 r. Zamawiający udostępnił także nową treść projektu wykonawczego w zakresie:

- 1) branży instalacji sanitarnych,
- 2) projektu zagospodarowania terenu (PZT).

Zamawiający nie dokonał jednocześnie zmiany projektu budowlanego w branży instalacji sanitarnych oraz projektu Zagospodarowania Terenu, co prowadzi do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia z uwagi na rozbieżności treści poszczególnych części dokumentacji projektowej. Jak wskazano wyżej, Zamawiający poinformował, że dokona zmian we wszystkich branżach.

I.10. Modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia z dnia 24.04.2024 r. wprowadziła zmianę projektu wykonawczego branży architektonicznej w zakresie części I budynku A, D oraz E. Zamawiający przekazał nowe rysunki:

- 1) niemal **wszystkich** rzutów kondygnacji dla wszystkich budynków (A, D, E),
- 2) licznych rysunków wykończeniowych budynków, w tym rzutów sufitów, posadzek, zestawień stolarki itd.

W zaistniałej sytuacji prowadzi to do konieczności ponownej kalkulacji całego przedmiotu zamówienia. Rzuty kondygnacji w branży architektonicznej stanowią podstawę wykonania prac budowlanych. Określają one ilości podstawowych materiałów budowlanych, w tym ilości ścian, tynków, posadzek, okien, drzwi, elementów wyposażenia itd. Z uwagi na wydanie nowych rysunków, bez oznaczenia zmian na ich treści, **Odwolujący nie jest w stanie wykryć zmian w sposób porównawczy pomiędzy pierwotną treścią dokumentacji projektowej a treścią zaktualizowaną, co skutkuje koniecznością ponownia kalkulacji ofertowej.** Ponadto Zamawiający nie wprowadził w/w zmian do treści projektu budowlanego, który pozostaje rozbieżny co do rozwiązań z treścią projektu wykonawczego w branży architektonicznej.

I.11. Kolejna modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia z dnia 25.04.2024 r. wprowadziła zmianę projektu wykonawczego branży elektrycznej, teletechnicznej oraz w zakresie budynku A, D oraz E, częściowo ponownie branży sanitarnej oraz przekazano nowe warunki techniczne dla podłączenia przyłączy do obiektów. Ponownie Zamawiający przekazał nowe rysunki projektu wykonawczego branży elektrycznej i teletechnicznej wydając całkowicie nowe rysunki:

- 1) schematów zasilania obiektów,
- 2) schematów rozdzielnic elektrycznych,
- 3) tras kablowych na każdej kondygnacji w każdym budynku,
- 4) rzutów gniazd zasilających oraz oświetlenia podstawowego i awaryjnego.

Zamawiający, analogicznie jak w powyższych przypadkach, nie przekazał zmian do projektu budowlanego, co skutkuje niezgodnością treści pomiędzy projektem budowlanym a projektem wykonawczym w zakresie branży elektrycznej oraz teletechnicznej.

- I.12. W efekcie powyższych działań Zamawiającego doszło w trakcie Postępowania do zmiany i ponownego przekazania całości projektu wykonawczego, stanowiącego część dokumentacji projektowej, w każdej z branż. Pomimo faktu, iż Postępowanie trwa już niemal 4 miesiące, z uwagi na skalę zmian do dokumentacji projektowej, poprzez modyfikacje SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w dniach 19.04.2024 r., 24.04.2024 r. i 25.04.2024 r. **Zamawiający przekazał oferentom nową dokumentację projektową w zakresie projektu wykonawczego.** Jednocześnie Zamawiający nie dokonał zmian w projekcie budowlanym, co skutkuje sprzecznością i niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia.
- I.13. Na marginesie powyższych rozważań, Odwołujący wskazuje, że poprzez modyfikację opisu przedmiotu zamówienia z dnia 12.04.2024 r. Zamawiający przekazał zmianę do projektu wykonawczego w branży konstrukcyjnej. Z uwagi na modyfikacje opisu przedmiotu zamówienia w dniach 19.04.2024 r., 24.04.2024 r. i 25.04.2024 w pozostałych branżach (m.in. branża sanitarna i elektryczna) Odwołujący identyfikuje nowo powstałe niezgodności pomiędzy poszczególnymi branżami projektu wykonawczego. Dla przykładu projekt wykonawczy branży konstrukcyjnej zawiera obecnie niezgodne z projektem wykonawczym branży sanitarnej otworowanie, co prowadzi do braku wzajemnego skoordynowania projektów międzybranżowo. Powyższe wymusza konieczność wykonania przez Zamawiającego kolejnej modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia poprzez zmianę projektu wykonawczego branży konstrukcyjnej oraz analogiczną zmianę projektu budowlanego w tej branży.
- I.14. Zamawiający do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie przekazał ostatecznej, kompletnej i spójnej dokumentacji projektowej w zakresie projektu budowlanego i projektu wykonawczego. Zamawiający w sposób doraźny zmienia dokumentację projektową, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi nr 130 z dnia 05.04.2024 r.:

„130. Pytanie

Czy dokumentacja przetargowa dostępna na serwerach Zamawiającego na dzień 23.02.2024 jest wersją ostateczną i aktualną?

Odpowiedź: W zależności od udzielanych odpowiedzi do pytań dotyczących dokumentacji, będzie ona uaktualniana”.

O działaniach podejmowanych przez Zamawiającego *ad-hoc* świadczą również daty sporządzenia udostępnianych rysunków, które są aktualne. Podkreślić należy, że zmiany SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia dokonane przez Zamawiającego w dniach 19.04.2024 r., 24.04.2024 r. i 25.04.2024 r. wprowadzają istotne modyfikacje w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, co zostało opisane powyżej.

- I.15. W dniu 25.04.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie Postępowania zmianę SWZ w zakresie terminu składania ofert, wydłużając go do dnia 10.05.2024 r.,

tj. zaledwie o 10 dni kalendarzowych względem terminu składania ofert, który został uprzednio zakreślony (30.04.2024 r.) mając na uwadze że po drodze jest długa przerwa tzw majówka. Jednocześnie Zamawiający nie wyeliminował wewnętrznej sprzeczności przekazanej dokumentacji, systematycznie dosyła kolejne istotne modyfikacje przedmiotu zamówienia, stawiając wykonawców przed koniecznością oszacowania i złożenia oferty w tzw „ciemno” bez znajomości całokształtu wymagań.

- I.16. Podkreślić należy, że wyżej opisane modyfikacje opisu przedmiotu zamówienia nie są ostatnimi zmianami SWZ, bowiem Zamawiający sygnalizuje kolejne i w dalszym ciągu uzupełnia dokumentację projektową. Z tego względu niniejsze odwołanie uwzględnia zmiany według stanu na dzień jego wniesienia i stanowi odwołanie od modyfikacji dokonanych odpowiednio w terminie 19.04.2024 r., 24.04.2024 r. i 25.04.2024 r.. Opis przedmiotu zamówienia ulega ciągłej zmianie dlatego też ostateczny kształt żądań niniejszego odwołania będzie zależny od stanu faktycznego ustalonego w toku postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 552 ustawy PZP, co nie wyłącza prawa Odwołującego wniesienia odwołania na kolejne modyfikacje SWZ w terminach ustawowych.

II. Uzasadnienie prawne zarzutu nr I.1.

- II.1. Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy PZP, obowiązkiem Zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 99 ust. 1 ustawy PZP jest fundamentalnym obowiązkiem Zamawiającego (np. wyrok KIO z 09.01.2023 r., sygn. KIO 3439/22).
- II.2. Zgodnie z art. 103 ust. 1 ustawy PZP, zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Zakres oraz formę dokumentacji projektowej określa rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20.12.2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 2454 ze zm.) – zwane dalej „**Rozporządzeniem**” – które zostało wydane w oparciu o art. 103 ust. 4 ustawy PZP.
- II.3. Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia, dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których wymagane jest uzyskanie decyzji o pozwoleniu na budowę składa się w szczególności z projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz przedmiarów robót. Zgodnie z § 5 ust. 1 Rozporządzenia, projekt wykonawczy stanowi uzupełnienie, a także uszczegółowienie projektu budowlanego. Z przytoczonych przepisów wynika, że projekt budowlany jest podstawowym projektem, który opisuje przedmiot zamówienia. Projekt wykonawczy jest uszczegółowieniem i uzupełnieniem projektu budowlanego. Dodać należy, że w przypadku zamierzeń budowlanych takich, jak zamówienie objęte Postępowaniem, projekt budowlany podlega zatwierdzeniu przez organ administracji architektoniczno-budowlanej w drodze pozwolenia na budowę. W toku procedury udzielania pozwolenia na użytkowanie obiektu organ nadzoru budowlanego kontroluje, czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie

z projektem budowlanym, który został zatwierdzony decyzją o pozwoleniu na budowę. W tym zakresie, zgodnie z art. 36a ust. 6 ustawy z dnia 07.07.1994 r. – Prawo budowlane, dopuszczalne są wyłącznie nieistotne odstępstwa od projektu budowlanego, które usankcjonowane w formie opisanej w przytoczonym przepisie. W związku z powyższym oczywistym jest więc, że projekt wykonawczy nie może zawierać rozwiązań projektowych sprzecznych z projektem budowlanym, a tym bardziej wprowadzać wobec niego istotnych odstępstw.

- II.4. Spójność projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego posiada istotne znaczenie tak z perspektywy przepisów administracyjnych, jak i ustawy PZP. Brak spójności projektu wykonawczego z projektem budowlanym prowadzi do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny, a więc niezgodny z art. 99 ust. 1 ustawy PZP. Do tożsamyh wniosków prowadzą sprzeczności i brak spójności zachodzące w obrębie samego projektu wykonawczego. Dokumentacja projektowa, która jest wewnętrznie sprzeczna nie daje możliwości jednoznacznego określenia, które czynności objęte są przedmiotem przyszłego zamówienia.
- II.5. Zwrócić należy uwagę, że brak jednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia prowadzi także do naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy PZP, bowiem opis sformułowany w ten sposób utrudnia uczciwą konkurencję między wykonawcami. Zachowanie uczciwej konkurencji możliwe jest wyłącznie w sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny, a wykonawcy udział w postępowaniu oraz swoje oferty opierają o równe i takie same dla każdego z nich warunki zamówienia (opis przedmiotu zamówienia). W przypadku gdy nie ma możliwości jednoznacznej identyfikacji wymagań zamówienia, zasada zachowania uczciwej konkurencji doznaje uszczerbku. Co istotne w świetle art. 99 ust. 4 ustawy PZP, wystarczające jest, aby opis przedmiotu zamówienia był sformułowany w sposób, który choćby potencjalnie może naruszać uczciwą konkurencję.
- II.6. Nakreślone powyżej uwagi znajdują pełne zastosowanie w niniejszej sprawie. Jak wynika ze opisanego wyżej stanu faktycznego, Zamawiający wprowadził zmiany SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzą do tego, że opis ten stał się niejednoznaczny, niewyczerpujący, nie pozwalający na identyfikację wymagań co do przyszłego zamówienia i utrudniający, a co najmniej potencjalnie utrudniający uczciwą konkurencję. Potwierdzeniem tych twierdzeń jest wewnętrzna niespójność dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia. W świetle tego zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy PZP, art. 103 ust. 1 i 4 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1) – 3) ustawy PZP jest oczywisty.

III. Uzasadnienie prawne zarzutu nr I.2.

- III.1. Zgodnie z art. 137 ust. 6 ustawy PZP, w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ oraz przygotowanie oferty.
- III.2. Czas, o który zamawiający wydłuża termin składania ofert w związku z istotną zmianą treści SWZ powinien realnie umożliwiać wykonawcom zapoznanie się ze zmienionymi wymaganiami Zamawiającego, a następnie wprowadzenie zmian w ofertach. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia

27.03.2015 r. (KIO 496/15) na kanwie zmiany dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, a stanowisko to należy uznać za aktualne na gruncie obecnej ustawy PZP. Niewątpliwym jest, że dodatkowy czas na zapoznanie ze zmianą treści SWZ powinien umożliwić wykonawcom zgłoszenie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ. Tym bardziej jeżeli przedmiot zamówienia jest o znaczących rozmiarach i wartości, a zmiany istotnie ingerują w pierwotny opis przedmiotu zamówienia i prowadzą do szeregu zmian międzybranżowych. Podkreślić należy, że rozmiar dodatkowego czasu, który Zamawiający powinien udzielić na zapoznanie się ze zmianami SWZ nie powinien być determinowany wyłącznie przez zakres tych zmian, lecz również przez rozmiar pierwotnie zamawianej usługi, dostaw, czy też robót budowlanych. Inny bowiem będzie zakres i rozmiar czynności, które są konieczne do zapoznania się ze zmianą SWZ i wprowadzeniem zmian w ofercie w przypadku usług i dostaw, a inny w przypadku robót budowlanych. W przypadku tych ostatnich uzasadnione jest twierdzenie, że przy wyznaczaniu dodatkowego czasu zamawiający powinien wykazać się szczególną starannością przy ocenie wpływu wprowadzanej zmiany treści SWZ. Uwzględnienie wyłącznie wszystkich wyżej wymienionych czynników pozwala na ustalenie dodatkowego czasu w sposób proporcjonalny. Prawidłowe postępowanie zamawiającego pozostaje nie tylko w interesie wykonawców, lecz również jego samego, bowiem dodatkowy czas na zapoznanie się ze zmianami SWZ pozwoli na uzyskanie rzetelnie skalkulowanych i porównywalnych ofert oraz zminimalizować ryzyko występowania sporów co do przedmiotu zamówienia na etapie jego realizacji.

- III.3. Podkreślenia wymaga, że czas udzielony przez zamawiającego na zapoznanie się przez wykonawcę z dokumentacją projektową opisującą przedmiot zamówienia jest uwzględniany przy ocenie zakresu obowiązków i odpowiedzialności wykonawcy, a ten kontekst sytuacyjny zawarcia umowy coraz częściej jest uwzględniany przez sądy powszechne przy dokonywaniu takiej oceny. Tytułem przykładu przytoczyć należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 05.07.2018 r., sygn. XXV C 1999/15, w którym stwierdzono, że – *„Zgodzić się należy ze stroną pozwaną, że w punkcie 2.1.4 PFU zamawiający wskazywał, że w celu oszacowania i wyceny zakresu całości robót dla potrzeb sporządzenia oferty należy kierować się wynikami szczegółowych wizji terenowych i inwentaryzacji własnych, wynikami opracowań własnych oraz zapisami programu funkcjonalno-użytkowego, a wykonawca musi liczyć się z sytuacją, że rodzaje i ilości robót programu funkcjonalno-użytkowego mogą ulec zmianie po opracowaniu dokumentacji projektowej, zaś szczegółowe rozwiązania i technologie wpływające na zwiększenie zakresu robót stanowią ryzyko wykonawcy i nie będą traktowane jako roboty dodatkowe (...) Jednakże powyższe zastrzeżenia mogłyby doprowadzić do zwolnienia pozwanego z odpowiedzialności tylko w sytuacji, w której przeprowadzając przetarg zagwarantowałby potencjalnym wykonawcom dostateczny termin na dokonanie wizji lokalnej i zweryfikowanie danych”*.
- III.4. W niniejszej sprawie Zamawiający wprowadził szereg opisanych powyżej zmian opisu przedmiotu zamówienia, które w zasadzie sprowadzają się do udostępnienia zupełnie nowego projektu wykonawczego, który ponadto w wyniku wprowadzonych zmian stał się niespójny wewnątrznie i z projektem budowlanym. Udostępniając nową dokumentację projektową Zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania, w której branży dokonuje zmiany. W konsekwencji konieczne jest sporządzenie

wyceny na nowo, która musi zostać poprzedzona porównaniem każdego nowego rysunku ze starą dokumentacją projektową. Przy tej skali oraz charakterze zmian Zamawiający przedłużył termin składania ofert do dnia 10.05.2024 r., tj. zaledwie o 10 dni kalendarzowych względem terminu, który obowiązywał przed modyfikacją opisu przedmiotu zamówienia. Udzielony przez Zamawiającego dodatkowy czas jest niewystarczający na zapoznanie się z wprowadzonymi zmianami, a następnie przygotowanie ofert. Jak wyżej podkreślono, zmiany opisu przedmiotu zamówienia implikują konieczność przeprowadzenia nowej wyceny, a nie jedynie wprowadzenia zmian w dotychczas sporządzonej ofercie. Zakreślony przez Zamawiającego nowy termin składania ofert uniemożliwia złożenie rzetelnej, uwzględniającej zmienione warunki zamówienia oferty,

- III.5. Dodatkowego podkreślenia wymaga, że dodatkowy czas, który został udzielony przez Zamawiającego na zapoznanie się ze zmianami SWZ w rzeczywistości wynosi zaledwie sześć (6) dni roboczych, bowiem na dni pierwszego (1.), trzeciego (3.) i piątego (5.) maja przypadają dni ustawowo wolne od pracy, a czwartego (4.) maja przypada sobota. Nadto uwzględniając, że dodatkowy czas przypada na pierwszy tydzień maja, a więc majówkę, która zwyczajowo stanowi okres urlopowy, a więc wiąże się z ograniczeniem działalności przedsiębiorstw, rzeczywisty czas na zapoznanie się ze zmianami opisu przedmiotu zamówienia podlega jeszcze większemu skróceniu, co czyni niemożliwym uwzględnienie zmienionych wymagań Zamawiającego w ofertach przez wykonawców.
- III.6. Zwrócić również należy uwagę, że czas udzielony przez Zamawiającego na zapoznanie się ze zmianami w zakresie opisu przedmiotu zamówienia kontrastuje z jego dotychczasowym postępowaniem. Zamawiający prowadzi Postępowania od dnia 02.01.2024 r., a więc przez blisko cztery (4) miesiące. Zważywszy, że zmiany opisu przedmiotu zamówienia w istocie są udostępnieniem nowej dokumentacji projektowej, racjonalne i uzasadnione jest, aby czas na zapoznanie się ze zmianą opisu przedmiotu zamówienia powinien zostać określony tak, jakby postępowania było prowadzone przez Zamawiającego od nowa. Różnicowanie tych sytuacji nie znajduje uzasadnienia wobec skali i charakteru zmian wprowadzonych w opisie przedmiotu zamówienia.
- III.7. Podstawowy, minimalny termin składania ofert w przetargu nieograniczonym o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości równej lub przewyższającej progi unijne jest przewidziany w art. 138 ust. 1 ustawy PZP i wynosi co najmniej trzydzieści pięć (35) dni od dnia przekazania ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zdarzenie, od którego liczy się ten termin zasadniczo zbiega się z publikacją na stronie postępowania kompletnej dokumentacji zamówienia, w tym opisu przedmiotu zamówienia. Wykonawcy posiadają zatem 35 dni na zapoznanie się z opisem przedmiotu zamówienia. Biorąc to pod uwagę, w realiach niniejszej sprawy czasem niezbędnym na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert w rozumieniu art. 137 ust. 6 ustawy PZP jest podstawowy, minimalny termin składania ofert, o którym mowa w art. 138 ust. 1 ustawy PZP, a czas ten powinien rozpocząć swój bieg od udostępnienia przez Zamawiającego

pełnej oraz spójnej dokumentacji projektowej – tak w zakresie projektu budowlanego, jak i projektu wykonawczego.

- III.8. Na zakończenie – zarówno w odniesieniu do zarzutu nr I.1, jak i zarzutu nr I.2 – podkreślenia wymaga, że sposób, w który Zamawiający prowadzi przedmiotowe Postępowanie pozostaje w sprzeczności z zasadą efektywności, o której mowa w art. 17 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP. Modyfikacje opisu przedmiotu zamówienia doprowadziły do tego, że opis stał się niejednoznaczny oraz utrudnia (choćby potencjalnie) zachowanie uczciwej konkurencji. Ponadto Zamawiający wyznacza zbyt krótki czas na zapoznanie się z wprowadzonymi modyfikacjami. Działania Zamawiającego uniemożliwiają wykonawcom rzetelną analizę wprowadzonych zmian i ewentualne rzetelne poinformowanie Zamawiającego o sprzecznościach i niespójności dokumentacji projektowej. Tym samym Zamawiający również sobie samemu odbiera możliwość poprawienia dokumentacji projektowej w sytuacji, gdy uwagi wykonawców będą uzasadnione. Zamawiający dąży do jak najszybszego rozstrzygnięcia Postępowania, nie bacząc na jakość udostępnionej dokumentacji projektowej, która przecież ma kluczowe znaczenie dla sprawności i prawidłowości realizacji inwestycji budowlanej. W przypadku robót budowlanych przygotowanie do realizacji ma również kluczowe znaczenie, co sam etap realizacji. Zamawiający traci również z pola widzenia, że jego sposób postępowania może przełożyć się na mniejszą liczbę ofert w Postępowaniu. Istnieje bowiem zbyt duże ryzyko złożenia oferty niepełnej lub nieprawidłowej z uwagi na brak możliwości rzetelnego zidentyfikowania i przeanalizowania wszystkich modyfikacji, które zostały wprowadzone w opisie przedmiotu zamówienia. Niska konkurencyjność jest absolutnie sprzeczna z interesem Zamawiającego, bowiem zmniejsza szansę na uzyskanie maksymalnej efektywności realizowanego w przyszłości zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

r.pr. Magdalena Marciniak

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. wydruk odpowiadający pełnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dla Odwołującego (STRABAG Sp. z o.o.),
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.