

Warszawa, dnia 19.08.2021r.

**Zamawiający:**  
Stołeczny Zarząd Infrastruktury  
Al. Jerozolimskie 97  
00-909 Warszawa  
e-mail kancelarii: [szp.szi@ron.mil.pl](mailto:szp.szi@ron.mil.pl)  
e-mail SZP: [szp.szi@ron.mil.pl](mailto:szp.szi@ron.mil.pl)

tel.: +48 261849377  
faks: +48 261849168  
platforma do komunikacji:  
<https://platformazakupowa.pl/pn/szi>

**Odwołujący (konsorcjum w składzie):**

- 1) **AMW SINEVIA Spółka z o.o. - Lider Konsorcjum**  
(KRS: 0000392868)  
ul. Paderewskiego 6  
05-100 Nowy Dwór Mazowiecki  
tel.: +48 22 101 21 00 wew. 150  
e-mail: [biuro@amwsinevia.pl](mailto:biuro@amwsinevia.pl)
- 2) **PORR S.A. - Partner Konsorcjum**  
(KRS: 0000026184)  
ul. Hołubcowa 123  
02-854 Warszawa  
tel.: +48 22 266 99 00  
e-mail: [centrala@porr.pl](mailto:centrala@porr.pl)

reprezentowane przez:  
AMW SINEVIA Spółka z o.o. - Lidera Konsorcjum  
Maciej Więckowski - Prezes Zarządu  
Marek Jassak - Wiceprezes Zarządu

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

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej i wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania: Budowa budynków koszarowo-biurowych w Sochaczewie”  
(numer postępowania - sprawa 16/2021)

#### ODWOŁANIE

1. Wniosek o wyłączenie jawności postępowania. Działając w imieniu konsorcjum w składzie: (i) AMW SINEVIA Spółka z o.o. oraz PORR S.A. („Odwołujący”), na podstawie art. 546 ust. 1 i art. 547 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj.Dz.U.2021.1129 ze zm.: „Pzp”), wnoszę o rozpoznanie niniejszego odwołania z wyłączeniem jawności, w tym wyłączenie w całości jawności rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą z uwagi na fakt, że przedmiotem niniejszego odwołania są m.in. zarzuty dotyczące treści dokumentów niejawnych udostępnionych wykonawcom zaproszonym do złożenia ofert w niniejszym postępowaniu, w

tym Odwołującemu, na podstawie art. 419 pkt 2 Pzp, tj. Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU), Minimalnych Wojskowych Wymagań Organizacyjno-Użytkowych (MWWO-U), Programu Inwestycji (PI) oraz dokumentacji powtarzalnej.

## **2. Zakres zaskarżenia.**

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 Pzp, wnoszę odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) udzielenie niejednoznacznych, niewyczerpujących oraz sprzecznych z pozostałymi postanowieniami SWZ odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r., które doprowadziły do faktycznej zmiany treści SWZ w sposób umożliwiający dowolną interpretację jej postanowień oraz wykluczający złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert;
- 2) opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń wskutek udzielenia dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. niejednoznacznych, niewyczerpujących oraz sprzecznych z pozostałymi postanowieniami SWZ odpowiedzi na pytania wykonawców;
- 3) zaniechanie zmiany postanowień SWZ (OPZ, PFU, PI) w celu dostosowania ich treści do faktycznych zmian SWZ wprowadzonych za pomocą odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r.;
- 4) zmianę postanowień SWZ za pomocą odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r.;
- 5) wyznaczenie terminu składania i otwarcia ofert na dzień 20.08.2021r., tj. terminu, w którym nie jest możliwe rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert z uwagi na dokonanie w dniu 11.08.2021r. i dniu 13.08.2021r. faktycznych zmian treści SWZ w formie odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczących: (i) zakresu zamówienia, (ii) zakresu zamówienia podstawowego i (iii) sposobu kalkulacji wynagrodzenia, podczas gdy skala oraz ciężar gatunkowy dokonanych zmian SWZ uzasadniają przedłużenie ww. terminu w celu umożliwienia wykonawcom przygotowania ofert zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i prawidłowego skalkulowania ich ceny, oraz zaniechanie wyznaczenia przez Zamawiającego dodatkowego, niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, tj. zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o ten dodatkowy i niezbędny okres;
- 6) zaniechanie sporządzenia i udostępnienia wykonawcom spisu dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia oraz zaniechanie wskazania limitów finansowych w poszczególnych latach realizacji inwestycji;
- 7) prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz z naruszeniem zasad proporcjonalności i przejrzystości, tj. (i) opis przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz za pomocą niedokładnych i niezrozumiałych określeń wskutek udzielenia dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. odpowiedzi na pytania wykonawców oraz (ii) zaniechanie wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert, który umożliwiłaby wykonawcom sprawdzenie i zapoznanie się z dokumentami i informacjami koniecznymi do przygotowania oferty i niezbędnymi do realizacji zamówienia,
- 8) zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji, gdy zmiany treści SWZ dokonane w dnia 11.08.2021 r. i w dnia 13.08.2021 r. doprowadziły do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu do pierwotnie określonym, tj. (i) zmiany zakresu zamówienia podstawowego wskutek nałożenia na wykonawców obowiązku wykonania w ramach zamówienia podstawowego parkingu o pojemności do 600 miejsc postojowych przy jednoczesnym utrzymaniu dotychczasowej proporcji wartości zamówienia podstawowego i opcji, tj. maksymalnej różnicy wartości w wysokości 5% oraz (ii) zmiany pojemności budynków koszarowo-biurowych i funkcji ostatniego piętra budynków;

w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej i wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem

zainstalowanych urządzeń oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania: Budowa budynków koszarowo-biurowych w Sochaczewie” (numer postępowania - sprawa 16/2021).

**3. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:**

- **art. 99 ust. 1 Pzp w zw. art. 411 ust. 2 pkt 2 Pzp i art. 400 ust. 7 pkt 13 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i art. 135 ust. 1 i art. 16 Pzp** poprzez udzielenie w dniu 11.08.2021r. i dniu 13.08.2021r. niejednoznacznych, niewyczerpujących oraz sprzecznych z pozostałymi postanowieniami SWZ odpowiedzi na pytania oferentów zadane w toku postępowania dotyczące pojemności budynków, funkcji najwyższego piętra budynków, zakresu zamówienia podstawowego (tj. pojemność i wykonanie parkingu) oraz nieudostępnienie wykonawcom spisu dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia, co powoduje, że przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób wyczerpujący oraz jednoznaczny i w konsekwencji wyłącza możliwość złożenia przez oferentów porównywalnych ofert oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji, co uniemożliwia złożenie prawidłowo skalkulowanej i zgodnej z wymaganiami SWZ oferty;
- **art. 411 ust. 2 pkt 2 i ust. 6 Pzp w zw. z art. 137 ust. 1 i art. 16 Pzp i art. 135 ust. 1** poprzez zmianę postanowień SWZ z pominięciem trybu określonego w art. 137 ust. 1 Pzp (tj. za pomocą wyjaśnień SWZ z dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r.) w sposób umożliwiający dowolną interpretację jej postanowień, co wyklucza złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert;
- **art. 137 ust. 1 Pzp i art. 400 ust. 7 pkt 13 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp** poprzez zaniechanie dostosowania OPZ, PHU i PI do zmiany postanowień SWZ dokonanej za pomocą odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r., co uniemożliwia wykonawcom złożenie prawidłowych i zgodnych z treścią SWZ ofert;
- **art. 16, art. 411 ust. 6 i ust. 13 w zw. z art. 135 ust. 1-2 i art. 137 ust. 1-6 Pzp** poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz wbrew zasadzie przejrzystości wskutek zaniechania wyznaczenia terminu składania i otwarcia ofert, który umożliwiałby rzetelne przygotowanie i skalkulowanie ofert, w szczególności nie wyznaczenie dodatkowego i niezbędnego czasu na sprawdzenie i zapoznanie się ze zmianami SWZ dokonanymi w formie odpowiedzi na pytania dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r., co utrudnia potencjalnym wykonawcom (w tym Odwołującemu) dostęp do niniejszego zamówienia i ogranicza krąg potencjalnych oferentów;
- **art. 99 ust. 1 Pzp w zw. art. 411 ust. 2 pkt 2 Pzp i art. 400 ust. 7 pkt 13 Pzp w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 i art. 16 Pzp** poprzez zaniechanie określenia wysokości limitów finansowych w poszczególnych latach realizacji inwestycji, co uniemożliwia wykonawcom złożenie prawidłowych i zgodnych z treścią SWZ ofert;

ewentualnie:

- **art. 137 ust. 7 Pzp w zw. z art. 256 Pzp** poprzez zmianę treści SWZ, która prowadzi do znacznej zmiany zakresu zamówienia, tj. (i) zmianę zakresu zamówienia podstawowego wskutek nałożenia na wykonawców obowiązku wykonania w ramach zamówienia podstawowego parkingu o pojemności do 600 miejsc postojowych przy jednoczesnym utrzymaniu dotychczasowej proporcji wartości zamówienia podstawowego i opcji, tj. maksymalnej różnicy wartości w wysokości 5% oraz (ii) zmianę pojemności budynków koszarowo-biurowych i funkcji ostatniego piętra budynków, która skutkować powinna unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia.

**4. W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 516 ust. 1 pkt 9 Pzp wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:**

- 1) nakazanie unieważnienia czynności udzielenia odpowiedzi na pytania nr 49, nr 51-53, nr 55, nr 56, nr 58, nr 60, nr 61, nr 75, nr 195, nr 196, nr 197, nr 199, nr 204;

- 2) nakazanie Zamawiającemu, z uwzględnieniem zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz zarzutów przedstawionych w niniejszym odwołaniu, powtórzenia czynności udzielenia odpowiedzi na pytania nr 49, nr 51-53, nr 55, nr 56, nr 58, nr 60, nr 61, nr 75, nr 195, nr 196, nr 197, nr 199, nr 204 poprzez jednoznaczne wskazanie: (i) liczby i funkcji pomieszczeń na poszczególnych kondygnacjach budynku; (ii) określenie rozkładu pomieszczeń na poszczególnych kondygnacjach budynku z podziałem na strefy; (iii) szczegółowego opisu wymagań dotyczących ostatniej kondygnacji budynku o funkcji koszarowej; (iv) opisu/zestawienia wyposażenia ostatniej kondygnacji budynku o funkcji koszarowej; (v) określone pojemności parkingu objętego zamówieniem podstawowym;
  - 3) nakazanie Zamawiającemu sporządzenia i udostępnienia wykonawcom spisu dokumentacji stanowiącej opis przedmiotu zamówienia udostępnianej w siedzibie Zamawiającego;
  - 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści SWZ, które spowodują usunięcie naruszeń przepisów Pzp wskazanych w odwołaniu, tj. zmian w PHU, OPZ oraz PI;
  - 5) nakazanie Zamawiającemu wskazania limitów finansowych w poszczególnych latach realizacji inwestycji;
  - 6) nakazanie Zamawiającemu wyznaczenia dodatkowego, niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, tj. przedłużenie terminu składania ofert o okres nie krótszy niż trzy (3) tygodnie od dnia udzielenia przez Zamawiającego ponownej odpowiedzi na pytania wykonawców nr 49, nr 51-53, nr 55, nr 56, nr 58, nr 60, nr 61, nr 75, nr 195, nr 196, nr 197, nr 199, nr 204, z zastrzeżeniem że nowy termin składania ofert nie może przypadać wcześniej niż na dzień 30.09.2021r.;
- ewentualnie:
- 7) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia niniejszego postępowania na podstawie art. 256 w zw. z art. 137 ust. 7 Pzp;
- oraz
- 8) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

#### **5. Termin na wniesienie odwołania.**

- 1) Zamawiający dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r., przekazał Odwołującemu będącemu wykonawcą zaproszonym do złożenia ofert odpowiedzi na pytania wykonawców, które de facto stanowią zmianę treści SWZ.
- 2) Odwołujący wskazuje, że wartość niniejszego postępowania jest wyższa niż progi unijne, określone w przepisach Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/EU z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014 str. 14, z późn. zm.). Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi zatem 10 dni (art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp).
- 3) W związku z tym z uwagi na ostrożność procesową uwzględniając najwcześniejszą datę, od której możliwe jest rozpoczęcie biegu terminu na wniesienie odwołania, Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania co najmniej do dnia 21.08.2021r. (włącznie), co przy uwzględnieniu treści art. 509 ust. 2 Pzp oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dn. 23.08.2021 r.
- 4) Z uwagi na powyższe termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu został zachowany.

#### **6. Interes w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda Odwołującego w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.**

- 1) Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą działającym na rynku budownictwa kubaturowego i zamierza złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu.

- 2) Odwołujący został zaproszony do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu (pismo z dnia 29.06.2021r.). W przypadku zatem złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego.
- 3) Jednak wskutek działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Nie jest bowiem możliwe prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i złożenie porównywalnych ofert w terminie do dnia 20.08.2021r.
- 4) Zamawiający dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. udzielił wyjaśnień na pytania przedłożone przez wykonawców, które dwukrotnie zmieniły zakres niniejszego zamówienia w zakresie pojemności budynków oraz sposób kalkulacji ceny. Zamawiający nie wydłużył jednak terminu składania ofert wyznaczonego na dzień 20.08.2021r. oraz nie dokonał formalnej zmiany postanowień SWZ (w szczególności PHU). Wskazane działania i zaniechania Zamawiającego w istotny sposób utrudniają wykonawcom dostęp do niniejszego zamówienia.
- 5) Wskutek bowiem udzielenia niejasnych i niejednoznacznych odpowiedzi na pytania wykonawców oraz niewyznaczenia przez Zamawiającego dodatkowego terminu, niezbędnego do wprowadzenia zmian w ofercie będących wynikiem faktycznej modyfikacji SWZ, Odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku możliwości złożenia oferty w tym postępowaniu. Nie jest bowiem możliwe prawidłowe skalkulowanie ceny oferty i złożenie porównywalnych ofert w niniejszym postępowaniu w terminie do dnia 20.08.2020r.
- 6) Konieczne jest bowiem doprecyzowanie ww. wyjaśnień i zmian SWZ, ponieważ powodują one konieczność ponownego przeliczenia całej oferty z uwagi na zmianę parametrów kluczowych zamówienia oraz sposobu rozliczenia ceny. W wielu przypadkach konieczne jest również przeprowadzenie ponownych negocjacji z potencjalnymi podwykonawcami i dostawcami.
- 7) *„Jeżeli na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ modyfikacji ogłoszenia i SIWZ sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny a także nieprzedłużenie terminu składania ofert, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia i godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia, a w konsekwencji taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia to wyczerpuje to dyspozycję art. 179 ust. 1 p.z.p.”* (wyrok KIO z dnia 12.04.2019r., KIO 551/19).
7. **Termin publikacji ogłoszenia.** Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE dnia 4.05.2021r. pod numerem: 2021/S 086 - 223759.

## Uzasadnienie

### I. STAN FAKTYCZNY.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej i wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania: Budowa budynków koszarowo-biurowych w Sochaczewie” (numer postępowania: sprawa 16/2021).
2. Zamówienie zostało podzielone na dwie części, tj.
  - a. zamówienie gwarantowane (podstawowe) - w ramach którego wykonawca dokona adaptacji pełnobrańzowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej, w tym projektu budowlanego typowego dla budowy dwóch budynków koszarowo-biurowych, uzyska pozwolenia na budowę oraz wykona roboty budowlane polegające na budowie pierwszego zaprojektowanego budynku koszarowo-biurowego wraz z infrastrukturą techniczną, placem apelowym i parkingiem;
  - b. zamówienie opcjonalne (prawo opcji) - obejmujące wykonanie robót budowlanych polegających na budowie drugiego zaprojektowanego budynku koszarowo-biurowego wraz z infrastrukturą techniczną.

3. Zamawiający wraz z publikacją ogłoszenia dnia 4.05.2021r. udostępnił SWZ zawierający m.in. Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz wzór umowy. Natomiast dokumenty zawierające szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Minimalne Wojskowe Wymagania Organizacyjno-Użytkowe (MWWO-U), Program Inwestycji (PI), PFU oraz dokumentacja powtarzalna zostały udostępnione do wglądu wykonawcom zaproszonym do złożenia ofert w siedzibie Zamawiającego.
4. Zamawiający dnia 11.06.2021r. dokonał otwarcia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący dnia 29.06.2021r. został zaproszony do złożenia oferty.
5. Zamawiający w trakcie postępowania udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców złożone przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu/ofert (rozdział XIX ust. 4 SWZ). Natomiast pytania i odpowiedzi do SWZ złożone po weryfikacji wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Zamawiający udostępniła wykonawcom zakwalifikowanym.
6. Zamawiający zastrzegł, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SWZ, a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego (rozdział XIX ust. 9 SWZ). Ponadto nałożył na wykonawców obowiązek wyjaśniania wszelkich niejasności i obiekcji dotyczących treści zapisów w SWZ przed terminem składania ofert (rozdział XIX ust. 13 SWZ).
7. Zamawiający przewidział również możliwość przedłużenia terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu/ofert w celu umożliwienia Wykonawcom uwzględnienia we wnioskach/ofertach otrzymanych wyjaśnień albo uzupełnień, dotyczących SWZ, a w uzasadnionych przypadkach przewidział możliwość zmiany treści SWZ.
8. Zamawiający dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. udzielił odpowiedzi na kolejne pytania wykonawców, które w sposób istotny zmieniły kluczowe parametry i funkcje planowanych budynków oraz sposób kalkulacji ceny. Jednocześnie jednak Zamawiający nie dokonał formalnej zmiany postanowień SWZ (OPZ, PHU, PI) oraz nie wydłużył terminu składania ofert. Ponadto, zmiany wprowadzone w trybie odpowiedzi na pytania są nieprecyzyjne i niejednoznaczne. Zamawiający nie określił podstawowych parametrów koniecznych do identyfikacji aktualnego zakresu zamówienia i kalkulacji ceny oferty.
9. Z uwagi na powyższe, uzasadnione i konieczne jest wniesienie niniejszego odwołania.

## II. Uzasadnienie faktyczne zarzutów

### **Pojemność budynków**

1. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie (a właściwie adaptacja dokumentacji powtarzalnej) i budowa dwóch budynków koszarowo-biurowych z infrastrukturą techniczną (drugi budynek w trybie opcji).
2. W pkt 4.2.1 PFU ustalono pojemność budynku koszarowo-biurowego na 600 osób („jednorazowo może przebywać 600 osób”). Jednocześnie w Programie Inwestycji wskazano - „pojemność budynku - 435 osób każdy”.
3. Dnia 11.08.2021r. w odpowiedzi na pytanie 58 Zamawiający rozstrzygnął powyższe rozbieżności jednego z wykonawców wskazując, że „projektowane budynki powinny być przystosowane dla 435 osób każdy. Ilość stałych stanowisk pracy należy zaprojektować zgodnie z udostępnioną do adaptacji dokumentacją”.
4. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 58 wybrał rozwiązanie przewidziane w dokumencie zajmującym niższe miejsce w ustalonej hierarchii dokumentów. W odpowiedzi na pytanie 59, Zamawiający ustalił bowiem następującą nadrzędność dokumentów: (1) PFU, (2) OPZ, (3) dokumentacja powtarzalna, (4) PI oraz (5) MWWO-U.
5. Wyjaśnienia z dnia 11.08.2021r. umożliwiły wykonawcom kalkulację ofert, z uwagi na fakt, że dokumentacja powtarzalna zawiera rozwiązania projektowe dla budynku o pojemności 435 osób.



6. Jednak w wyjaśnieniach z dnia 13.08.2021r. (str. 9) Zamawiający zmienił treść odpowiedzi na to pytanie. Wskazał, że „projektowane budynki powinny być przystosowane dla 300 osób każdy. Ilość stałych stanowisk pracy należy zaprojektować zgodnie z udostępnioną do adaptacji dokumentacją. Ponadto ustalił, że „jedno piętro budynku (najwyższe) należy dostosować do funkcji koszarowej i zapewnić niezbędne wyposażenie. Ilość osób, które mają przebywać na piętrze z funkcją koszarową należy określić na podstawie powierzchni piętra w oparciu o obowiązujące przepisy i normy.”.
7. Zamawiający zatem w ciągu 3 dni zmienił dwa kluczowe parametry budynków - pojemność (600/435/300 osób) oraz wprowadził dodatkowe wymaganie w postaci przystosowania najwyższego piętra budynku do funkcji koszarowej.
8. Wymaganie dotyczące funkcji koszarowej najwyższego piętra zostało wprowadzone po raz pierwszy dnia 13.08.2021r. Z dokumentacji udostępnionej wykonawcom do tej daty wynikało, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie dwóch budynków o funkcji koszarowo-biurowej (pkt 2.2. PFU), co następnie Zamawiający doprecyzował w pkt 4.2 PFU określając „funkcję budynków i ich przeznaczenie jako budynek koszarowo-biurowy dla dziennego zakoszarowania wojsk w systemie jednozmianowym”. Ponadto Zamawiający wyodrębnił strefy budynku z uwagi na funkcje: (i) strefa biur - parter, I i II piętro; (ii) strefa zakwaterowania żołnierzy - szatnie, sale metodyczne, zaplecze sanitarno-higieniczne na każdej kondygnacji oraz (iii) strefa magazynowa i techniczna - poziom -1.
9. W Programie Inwestycji doprecyzowano powyższe wymagania wskazując m.in.: (i) liczbę pomieszczeń biurowych na każdej kondygnacji (strefa biur), (ii) sposób usytuowania pomieszczeń na kondygnacjach (strefa zakwaterowania żołnierzy) oraz (iii) liczbę magazynów (strefa magazynowa i techniczna).
10. Jednocześnie w pkt 9 (INFORMACJA NA TEMAT ZATRUDNIONYCH OSÓB - LICZBA PRACOWNIKÓW I CZAS ICH PRACY) opisu Projektu Budowlanego branży architektonicznej „Budowa budynku biurowo - sztabowego w Wesolej” (dokumentacja powtarzalna/projektowa na podstawie, której powinna zostać zrealizowana przedmiotowa inwestycja - odpowiedź Zamawiającego m.in. na pytanie 101) wskazano, że: „Budynek jest przeznaczony dla 435 żołnierzy - 60 kobiet + 375 mężczyzn (po 145 osób/kondygnację, w tym 20 kobiet + 125 mężczyzn ) oraz dla 126 pracowników biur (po 42 osoby/kondygnację). Praca w biurze nie będzie trwała dłużej niż 8h/dzień. Żołnierze nie będą stałymi użytkownikami budynku, ponieważ przeważnie ćwiczenia wykonują w terenie. Projektowany budynek ma służyć im do przebrania się w mundury, a po zakończeniu ćwiczeń do wykąpania się i przebrania z powrotem w strój cywilny. Ćwiczenia teoretyczne będą odbywały się w budynku w salach metodycznych. Obsługa techniczna budynku będzie wymagała ok. 10 osób. W budynku biurowo-sztabowym nie będzie prowadzona praca w systemie zmianowym”.
11. Zmiany wprowadzone w wyjaśnieniach z dnia 13.08.2021r. (str. 9) unieważniają powyższe wytyczne. Jednocześnie Zamawiający nie określił ponownie tych parametrów, co uniemożliwia prawidłowe skalkulowanie oferty. Odstąpienie do obowiązujących przepisów i norm ani dokumentacji powtarzalnej nie ma uzasadnienia w niniejszym przypadku, ponieważ dokumentacja powtarzalna została opracowana dla innych parametrów oraz nie przewiduje piętra o funkcji koszarowej. Analogicznie obowiązujące przepisy i normy nie określają, np. liczy biur czy magazynów na poszczególnych kondygnacjach.
12. Natomiast Zamawiający w odpowiedziach na kolejne pytania wykonawców odmówił doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, np. odpowiedź na pytanie 196 (dot. procentowego podziału osób według płci), pytanie 197 (klimatyzacja), pytanie 199 (windy), pytanie 204 (wyposażenie).
13. Powyższe dane są natomiast konieczne do prawidłowego zaprojektowania budynku, w tym rozkładu pomieszczeń oraz ilości pomieszczeń o określonej funkcji (biuro, magazyn, pomieszczenia higieniczno-sanitarne itp.), a jednocześnie w znacznym stopniu przekładają się na cenę oferty. W zależności od wymagań Zamawiającego mogą wygenerować różnicę w cenie oferty w wysokości od kilku do kilkunastu milionów złotych.

### **Wielkość parkingu**

1. Zamówienie gwarantowane, zgodnie z treścią pierwotnie udostępnionej dokumentacji przetargowej, obejmowało wykonanie dwóch dokumentacji projektowo-kosztorysowych (dla zamówienia podstawowego i opcji), uzyskanie dwóch pozwoleń na budowę oraz wykonanie pierwszego budynku (wraz z placem apelowym i parkingiem o pojemności do 300 miejsc postojowych).
2. Zgodnie bowiem z pkt 2 OPZ, dokumentacja projektowo-kosztorysowa dotycząca budowy pierwszego budynku powinna zawierać dodatkowo projekt:
  - placu apelowego o powierzchni ok. 1250 m<sup>2</sup>, o wymiarach ok. 25 m x 50 m (umieszczonego pomiędzy budynkami);
  - parkingu o pojemności do 300 miejsc postojowych (4 miejsca postojowe dla osób niepełnosprawnych, wiata na rowery, motorowery, motocykle - ok. 30 szt.).
3. W myśl pkt 2.5 PFU (rozdział II) w pierwotnym brzmieniu, Zamawiający również wymagał wykonania parkingu o pojemności do 300 miejsc postojowych. Dnia 16.07.2021r. Zamawiający zmieni ten zapis wskazując, iż wymaga wykonana „parkingu o pojemności do 300 miejsc postojowych (dla każdego z budynków) - 4 miejsca postojowe dla osób niepełnosprawnych, wiata na rowery, motorowery, motocykle - ok. 30 szt.)”.
4. W odpowiedziach udzielonych dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. Zamawiający doprecyzował wymagania w tym zakresie poprzez wskazanie w odpowiedzi na pytanie 60, że „dla dwóch budynków należy przewidzieć jeden wspólny plac apelowy i jeden wspólny parking zgodnie z udostępnioną dokumentacją”. Ponadto Zamawiający odwołał się do odpowiedzi udzielonej dnia 16.07.2021r., w której m.in. doprecyzował, że dla każdego z budynków należy przyporządkować parking o pojemności do 300 miejsc postojowych. Analogicznej odpowiedzi Zamawiający udzielił na pytanie 160.
5. Powyższe modyfikacje podwoiły zatem liczbę miejsc parkingowych podlegających wykonaniu w ramach zamówienia podstawowego (z 300 na 600 miejsc postojowych). Zgodnie bowiem z pierwotnie udostępnioną dokumentacją zamówienie gwarantowane obejmowało zaprojektowanie i wykonanie jednego parkingu o pojemności do 300 miejsc postojowych. Powyższe zmiany zaburzyły proporcje wartości pomiędzy zamówieniem gwarantowanym i prawem opcji.
6. Zamawiający w pkt II.2.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w formularzu oferty zastrzegł natomiast, że „wartość zamówienia objętego prawem opcji, tj. wykonanie robót budowlanych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego związanych z budową drugiego budynku, może się różnić maksimum o 5,00% od wartości robót budowlanych z zamówienia gwarantowanego (podstawowego) związanych z budową pierwszego budynku, placu apelowego oraz parkingu wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. Wartość zamówienia objętego prawem opcji tj. wykonanie robót budowlanych związanych z budową drugiego budynku - kompletne wykonanie robót budowlanych oraz pełnienie nadzorów autorskich nie może być mniejsza niż 95,00% wartości zamówienia gwarantowanego (podstawowego) tj. wykonanie robót budowlanych związanych z budową pierwszego budynku, placu apelowego oraz parkingu wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. Wartość zamówienia objętego prawem opcji tj. wykonanie robót budowlanych związanych z budową drugiego budynku - kompletne wykonanie robót budowlanych oraz pełnienie nadzorów autorskich nie może być większa niż 105,00% wartości zamówienia gwarantowanego (podstawowego) tj. wykonanie robót budowlanych związanych z budową pierwszego budynku, placu apelowego oraz parkingu wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego. W przypadku nie uwzględnienia powyższych zapisów dot. wartości zamówienia objętego prawem opcji - oferta zostanie odrzucona”.
7. Zamawiający przykładowo podał, że „w przypadku gdy wartość robót budowlanych z zamówienia gwarantowanego (podstawowego) związana z budową pierwszego budynku, placu apelowego oraz parkingu wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego zostanie wyceniona przez Wykonawcę na kwotę 1 000 000,00 zł brutto - wartość robót budowlanych drugiego budynku wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego zamówienia objętego prawem opcji nie może być mniejsza niż 950 000,00 zł brutto oraz nie może być większa niż 1 050 000,00 zł brutto”.



8. W odpowiedzi na pytanie 204 Zamawiający odmówił zmiany formularza oferty w celu wyodrębnienia wartości robót budowlanych budynku oraz infrastruktury zewnętrznej. Natomiast przyjęta przez Zamawiającego proporcja wartości przedmiotu zamówienia podstawowego i opcji miała uzasadnienie do momentu zmian zakresu zamówienia i parametrów budynków w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. Przyjęta różnica w wysokości 5% była akceptowalna w przypadku porównywalności zakresów zamówienia podstawowego i opcji.
9. Natomiast po ww. zmianach dokonanych przez Zamawiającego, zakres zamówienia podstawowego stanowiącego odniesienie do wartości opcji jest znacznie większy niż opcji, ponieważ obejmuje ono wykonanie: (i) jednego budynku koszarowo-biurowego, (ii) placu apelowego oraz (iii) parkingu dla dwóch budynków o pojemności do 600 miejsc postojowych (2 x 300 miejsc postojowych). Z uwagi na powyższe brak racjonalnych podstaw do przyjęcia, że wykonanie jednego budynku koszarowo-biurowego w ramach prawa opcji będzie nie tańsze niż 95% zamówienia podstawowego.
10. Powyższe zmiany powodują również brak możliwości prawidłowego skalkulowania oferty, a jednocześnie będą przyczyną złożenia nieporównywalnych ofert w zależności od taktyki przyjętej przez poszczególnych wykonawców.
11. Zastrzeżona proporcja wartości zamówienia podstawowego i opcji może bowiem spowodować zaniżenie wartości zamówienia podstawowego w celu wygrania przetargu i założenie „odrobienia” straty w ramach opcji. Natomiast prawidłowa wycena zamówienia podstawowego spowoduje automatyczne zawyżenie wartości opcji.
12. Po zmianach SWZ dokonanych przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania wykonawców dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r., limit w wysokości 5% jest nieadekwatny i niewspółmierny do zakresów robót objętych zamówieniem podstawowym i opcją, ponieważ różnica w wartościach tych robót wyniesie ok. 20% na korzyść zakresu gwarantowanego. Limit wymusza sztuczne i niczym nieuzasadnione przesunięcie (zaburzenie) faktycznych wartości robót do prawa opcji przez co naraża wykonawcę na stratę w przypadku rezygnacji Zamawiającego z prawa opcji.
13. Dysproporcja między wartością zakresu gwarantowanego i wartością zakresu objętego prawem opcji została dodatkowo pogłębiona na skutek udzielonych w dniu 13.08.2021r. odpowiedzi dotyczących ograniczenia pojemności budynku do 300 osób, tj. ok. 50% mniejszego względem wskazanego w PFU oraz ok. 30% mniejszego względem PI oraz referencyjnego budynku biurowo-sztabowego w Wesolej. Powoduje bowiem zmniejszenie wartości budynku koszarowo-biurowego w cenie za wykonanie zamówienia podstawowego.

#### **Brak zestawienia wyposażenia**

1. Przedmiotem zamówienia jest m.in. zapewnienie wyposażenia budynków koszarowo-biurowych.
2. Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 13.08.2021r. (str. 9) wskazał, że „jedno piętro budynku (najwyższe) należy dostosować do funkcji koszarowej i zapewnić niezbędne wyposażenie. Ilość osób, które mają przebywać na piętrze z funkcją koszarową należy określić na podstawie powierzchni piętra w oparciu o obowiązujące przepisy i normy.”.
3. Zamawiający nie przedstawił żadnych wytycznych ani zestawienia wyposażenia piętra o funkcji koszarowej, które jest objęte przedmiotem zamówienia. Brak jakichkolwiek danych dotyczących tej kwestii w pozostałej dokumentacji postępowania. Zmiana funkcji najwyższego piętra budynku nastąpiła bowiem jedynie w ww. wyjaśnieniach. Wszelkie zestawienia wyposażenia dotyczą natomiast budynku biurowo - sztabowego (bez funkcji koszarowej).
4. Wykonawcy nie są zatem w stanie zidentyfikować potrzeb i wymagań Zamawiającego w tym zakresie, a w konsekwencji wycenić tej części zamówienia.

#### **Brak wysokości limitów finansowych**

1. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 75 odmówił wskazania wysokości limitów finansowych w poszczególnych latach realizacji zamówienia. Poinformował, że limity zostaną przekazane w momencie podpisania umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.
2. Zamówienie będzie realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Natomiast wysokość limitów, np. procentowa, konieczna jest do prawidłowej kalkulacji ceny oferty, w tym uwzględnienia kosztów dodatkowego finansowania inwestycji oraz oszacowania przepływów finansowych w trakcie realizacji inwestycji.
3. Limity determinują bowiem harmonogram realizacji robót i rozliczenia wykonanych robót. Zgodnie bowiem z § 4 ust. 11 wzoru umowy, wykonawca będzie wystawiał faktury do wysokości limitu finansowego (w danym roku). Realizacja przedmiotu umowy powyżej wartości limitu możliwa będzie po zabezpieczeniu środków przez Dysponenta w centralnym planie rzeczowym MON i podpisaniu stosownego aneksu do umowy. Skutki finansowe nieprzestrzegania powyższego zapisu obciążą wykonawcę i nie powodują powstania zobowiązań wymagalnych Zamawiającego.

#### **Brak spisu dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia**

1. Zamawiający, zgodnie z rozdziałem I pkt 4 SWZ, udostępnił wykonawcom zaproszonym do składania ofert MWWO-U, PFU, PI i dokumentację powtarzalną jedynie do wglądu w siedzibie Zamawiającego.
2. Jednakże Zamawiający nie sporządził spisu tej dokumentacji oraz nie udostępnił takiego zestawienia wykonawcom. Zamawiający m.in. w odpowiedzi na pytania 51-53 poinformował, że cała dokumentacja, zgodnie z którą należy zrealizować przedmiot zamówienia została udostępniona w siedzibie Zamawiającego, w tym spis rysunków i opracowań.
3. Przedstawiciele Zamawiającego w trakcie przeglądania i analizy dokumentów udostępnionych w siedzibie Zamawiającego nie stwierdzili istnienia zbiorczego zestawienia dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia. Spisy znajdują się jedynie w poszczególnych segregatorach i dotyczą zawartości tych segregatorów.
4. Ponadto w trakcie kolejnych wizyt w siedzibie Zamawiającego przedstawicielom Odwołującego udostępniane były jako „cała dokumentacja, zgodnie z którą należy zrealizować przedmiot zamówienia” różne zestawy segregatorów.
5. Powyższe okoliczności faktyczne powodują zagrożenie pominięcia w wycenie oferty części przedmiotu zamówienia. Brak kompletnego spisu dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia należy zatem zakwalifikować jako naruszenie zasady przejrzystości postępowania (art. 16 pkt 2 Pzp).

### **III. Uzasadnienie prawne zarzutów**

#### **Modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia**

1. Zamawiający w niniejszym postępowaniu za pomocą odpowiedzi na pytania wykonawców dokonał zmiany treści SWZ. Zmiany SWZ z dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. są zmianami istotnymi, ponieważ dotyczą kluczowych parametrów (budyneków i parkingu) mających wpływ na kalkulację ceny oferty oraz sposób realizacji inwestycji.
2. W każdym pakiecie odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający zamieszczał zastrzeżenie, zgodnie z którym „*niniejsze pismo stanowi integralną część SWZ*”, a także zastrzegł, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SWZ, a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego (rozdział XIX ust. 9 SWZ).
3. „(...) *Częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany,*

*natomiast nie mogą być wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ” (wyrok KIO z 22.12.2014r., KIO 2593/14).*

4. *W wyroku z dnia 28.01.2015r. (KIO 110/15) KIO wskazała, że: „[...] Udzielane zaś wyjaśnienia mają służyć wyeliminowaniu wątpliwości co do brzmienia SIWZ. Mogą one także prowadzić do zmiany SIWZ, jeśli tylko Zamawiający - w związku z dokonaną zmianą - zapewnia odpowiedni czas na składanie lub dostosowanie ofert. To zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania i w jego gestii jest kształtowanie przedmiotu zamówienia - czy to w formule ukształtowania SIWZ w momencie wszczęcia postępowania, czy też następnie - w toku postępowania, przy okazji udzielanych wyjaśnień do SIWZ. Nie jest także przeszkodą dla uznania, że mamy do czynienia z pełnowartościową i skuteczną zmianą SIWZ fakt, że Zamawiający wyraźnie nie podał, że dokonuje zmiany SIWZ, choć w istocie tego dokonał. Istotną jest bowiem rzeczywista treść samej czynności, jej charakter, które wskazują na dokonanie zmiany SIWZ, a nie ich zatytułowanie jako „zmiana SIWZ”. Zawartość informacyjna wyjaśnień SIWZ, niezależnie od tego, czy stanowi udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy pociąga również za sobą zmianę SIWZ, jest wiążąca w postępowaniu.”*
5. *Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. W związku z tym zgodnie z art. 143 ust. 4 w zw. z art. 411 ust. 1 Pzp, niedopuszczalne jest dokonywanie zmian treści SWZ po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.*
6. *W związku z tym pozostałe zmiany SWZ są dopuszczalne, a w zamówieniach dotyczących obronności do wyjaśnień i zmian treści SWZ w przetargu ograniczonym stosuje się odpowiednio przepisy art. 135 i art. 137 Pzp.*
7. *W niniejszym postępowaniu doszło zatem do faktycznej modyfikacji SWZ. Jednak opis nowych wymagań Zamawiającego jest niekompletny i niejednoznaczny, co powoduje, że wykonawcy nie są w stanie ustalić aktualnego zakresu zamówienia oraz dokonać jego wyceny. Zamawiający nie przekazał bowiem koniecznych danych. Ograniczył się do zakomunikowania zmian oraz odesłania do bliżej niezidentyfikowanych norm i przepisów oraz udostępnionej dokumentacji powtarzalnej (dokumentacji projektowej budynku biurowo-sztabowego w Wesolej).*
8. *Zamawiający pominął, że powyższa dokumentacja zawiera parametry i wymagania adekwatne dla budynków przeznaczonych dla innej liczby osób oraz nie przewiduje koszarowej funkcji jednego z pięter. Zamawiający wymaga zatem od wykonawców doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia, a w zasadzie stworzenia we własnym zakresie opisu części zamówienia objętego odpowiedziami udzielonymi dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r.*
9. *Zamawiający oczekuje bowiem od wykonawców ustalenia liczby osób, które będą korzystać z budynków z podziałem na płeć (parametr konieczny do ustalenia liczby szatni, pomieszczeń higieniczno-sanitarnych, pomieszczeń o funkcji koszarowej), liczby i funkcji poszczególnych pomieszczeń (np. biuro, magazyn, pomieszczenia higieniczno-sanitarne) czy wyposażenia piętra koszarowego budynku.*
10. *Powyższy sposób opisu przedmiotu zamówienia jest nieprawidłowy. Zgodnie bowiem z art. 99 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*
11. *Opis przedmiotu zamówienia jest jedną z najistotniejszych czynności Zamawiającego dokonywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z tym podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie opisu w sposób, który zapewni, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia i uwzględnić w ofercie wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników na nią wpływających (por. wyrok KIO z dnia 27.03.2015 r., KIO 496/15).*

12. „Wykonawcy nie mają obowiązku domyślać się jak należy przygotować ofertę, bowiem to na Zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednakże, w przypadku niejasnych lub budzących wątpliwości zapisów SIWZ, wykonawcy wyposażeni zostali przez ustawodawcę, w narzędzie wskazane w art. 38 p.z.p., w postaci możliwości zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. W przypadku złożenia takiego zapytania w sposób określony w art. 38 ust. 1 p.z.p., Zamawiający zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnienia w zakresie treści SIWZ, a udzielone wyjaśnienia stają się wiążące dla wykonawców” (wyrok KIO z dnia 8.02.2019r.; KIO 144/19).
13. W niniejszym postępowaniu Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia ceny ryczałtowej oferty na podstawie: 1) Minimalnych Wojskowych Wymagań Organizacyjno-Użytkowych; 2) Programu Inwestycji; 3) Programu Funkcjonalno-Użytkowy; 4) Dokumentacji powtarzalnej; 5) Warunków szczegółowo opisanych w SWZ oraz załącznikach; 6) Ewentualne wyjaśnień do SWZ, uzupełnień i odpowiedzi na pytania Wykonawców do SWZ (rozdział XVI ust. 1 SWZ).
14. Jednak chaos informacyjny wywołany odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego dnia 11.08.2021r. oraz 13.08.2021r., które ingerują w treść ww. dokumentów, uniemożliwia kompletną wycenę zamówienia. Sytuację pogarsza jeszcze dodatkowo brak spisu dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia.
15. Z uwagi na powyższe wycena rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia oraz ryzyk związanych z jego wykonaniem nie jest możliwa. W niniejszym postępowaniu przetargowym wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. spowodowały, że Odwołujący nie ma możliwości przygotowania oferty zgodnej z postanowieniami SWZ z uwagi na niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia oraz brak odpowiedniej i wyczerpującej informacji w SWZ.

#### Wyjaśnienia dotyczące treści SWZ

1. W myśl z art. 137 ust.1 Pzp w zw. z art. 411 ust. 6 Pzp, wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia. „Wyjaśnienia treści SIWZ, o których mowa w art. 38 ust 2 p.z.p., stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w SIWZ w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniami. Wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści SIWZ. Udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust 2 p.z.p.” (wyrok KIO z 06.05.2011r., KIO 836/11).
2. Odpowiedzi Zamawiającego kwestionowane w niniejszym odwołaniu dotyczą bardzo istotnych spraw dla prawidłowego skonstruowania i kalkulacji oferty, tj. parametrów podstawowych budynków i parkingu oraz sposobu kalkulacji ceny. Określają i zmieniają zatem sposób rozumienia poszczególnych zapisów SWZ, których znajomość jest konieczna do prawidłowego skonstruowania oferty.
3. Zamawiający w trybie udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców zmienił pojemność parkingu i budynków (m.in. odpowiedź na pytanie nr 58 i zmiana odpowiedzi w wyjaśnieniach z dnia 13.08.2021r.), funkcję ostatniego pietra czy narzucił obowiązek wykonania parkingu do 600 miejsc postojowych dla dwóch budynków w ramach zamówienia podstawowego. Jednocześnie zmiany te nie zawierają niezbędnych danych koniecznych do kalkulacji oferty.
4. Natomiast wyjaśnienie rozbieżności powstałych wskutek udzielenia przez Zamawiającego odpowiedzi z dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. leży w interesie Zamawiającego i Odwołującego, ponieważ mają one kluczowe znaczenie przy konstruowaniu oferty i wartości przedmiotu zamówienia.
5. Przed udzieleniem ww. odpowiedzi, Zamawiający wymagał wykonania budynków na podstawie dokumentacji powtarzalnej opracowanej dla budynku biurowo-sztabowego o pojemności 435 osób

oraz wykonania jednego parkingu o pojemności do 300 miejsc postojowych dla pierwszego budynku w ramach zamówienia podstawowego. Pytanie 58 dotyczyło rozbieżności pojemności budynku w poszczególnych dokumentach, tj. 435 osób czy 600 osób.

6. Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 58 określił pojemność budynku na 435 osób. Odpowiedź umożliwiła kalkulacje oferty w oparciu o dokumenty dotychczas udostępnione wykonawcom, w szczególności dokumentację powtarzalną. Następnie jednak Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 13.08.2021r. anulował ww. odpowiedź i dokonał faktycznej modyfikacji SWZ ograniczając pojemność budynku do 300 osób.
7. W analogiczny sposób Zamawiający dokonał zmiany zakresu zamówienia podstawowego poprzez narzucenie obowiązku wyceny i wykonania parkingu do 600 miejsc postojowych w ramach zamówienia podstawowego.
8. Takie działania Zamawiającego naruszają art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 137 ust. 1 Pzp. W trybie art. 137 ust. 1 Pzp nie można bowiem wyjaśnić treści czegoś, co wcześniej w SWZ nie było zawarte. *„Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień”* (wyrok KIO z 28.03.2011r., KIO 545/11).
9. Jednocześnie należy zauważyć, że *„(...) częstą praktyką zamawiających jest udzielanie wyjaśnień bez zmiany treści SIWZ. Praktyka ta może być aprobowana, jeśli wyjaśnienia nie pozostawiają wątpliwości co do treści zmiany, natomiast nie mogą być wykorzystywane do dowolnej interpretacji SIWZ”* (wyrok KIO z 22.12.2014 r., KIO 2593/14).
10. W niniejszym przypadku wyjaśnienia Zamawiającego niewątpliwie zmieniły treść SWZ. Jednocześnie z uwagi na fakt, że nie są one rzeczowe i konkretne, zmieniona treść SWZ jest niejednoznaczna. Pozwala zarówno Zamawiającemu, jak i potencjalnym oferentom, na dowolną interpretację SWZ. W konsekwencji nie jest możliwe złożenie porównywalnych ofert.
11. Pozostawienie treści SWZ w brzmieniu obowiązującym w dniu wnoszenia niniejszego odwołania (pierwotna treść SWZ wraz z wyjaśnieniami) spowoduje naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Poszczególni uczestnicy postępowania przetargowego będą bowiem interpretować udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi w sposób dowolny, co spowoduje złożenie nieporównywalnych ofert, a w konsekwencji w istotny sposób wpłynie na wynik niniejszego postępowania. Kwestie określone w odpowiedziach udzielonych dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. mają bowiem zasadnicze znaczenie dla kosztów i zakresu robót oraz ryzyka kontraktowego spoczywającego na wykonawcach.

### **Termin złożenia ofert**

1. Zgodnie z art. 411 ust. 13 Pzp, Zamawiający wyznacza czas termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do złożenia i przygotowania oferty.
2. Jednocześnie w myśl art. 411 ust. 6 Pzp, do wyjaśnień i zmian treści SWZ przepisy art. 135 i art. 137 Pzp, stosuje się odpowiednio.
3. W doktrynie wskazuje się, że *„wyjaśnienia SWZ w zamówieniach z dziedziny obronności i bezpieczeństwa nie są bezwzględnym obowiązkiem zamawiającego, nawet gdy wniosek o takie wyjaśnienia wpłynie w ustawowym terminie (tj. na co najmniej 14 dni wcześniej, a w przypadku przesłanki pilności - 7 dni). Obowiązek udzielenia wyjaśnień powstanie jedynie wówczas, gdy są one niezbędne do prawidłowego przygotowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. O ile więc prośba o wyjaśnienie będzie dotyczyć tych aspektów SWZ, które dotyczą opisu przedmiotu zamówienia i sposobu kształtowania oferty - zamawiający nie musi na nią odpowiedzieć. Nie są to bowiem wyjaśnienia niezbędne do złożenia wniosku. Brak jest więc jednoznacznego wskazania, czy na pytania niezbędne do złożenia oferty zamawiający w ogóle musi odpowiedzieć. Nie rozwiewa w pełni wątpliwości nawet odesłanie do art. 135 p.z.p. (dotyczącego zapytań do SWZ w zamówieniach klasycznych w przetargu nieograniczonym), gdyż jego odpowiednie stosowanie może oznaczać obowiązek uwzględnienia art. 411 ust. 4 p.z.p., a więc zwalniać z*



odpowiedzi na pytania inne niż dotyczące wiedzy niezbędnej do złożenia wniosku. Byłaby to jednak wykładnia błędna, gdyż godziłaby w zasadę przejrzystości, a także pozwalała naruszać obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Należy się zatem opowiedzieć za prawem wykonawców do dwukrotnego terminu na składanie pytań do SWZ. W zakresie dotyczącym składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - w tej fazie przetargu, a w zakresie istotnym dla składania ofert - po zaproszeniu do ich składania i otrzymaniu ostatecznej wersji SWZ" (Dzierżanowski W., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, 2021, LEX).

4. Zgodnie z art. 137 ust. 6 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 i przygotowanie oferty.
5. „Termin składania ofert w każdym postępowaniu powinien uwzględnić czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty. Zamawiający jest zobowiązany do uwzględnienia przedmiotu i rodzaju zamówienia, poziomu jego skomplikowania, wszystkich czynności, które należy wykonać, aby złożyć prawidłową ofertę. W przypadku, gdy zamawiający wprowadza do treści SIWZ nowe informacje, termin składania ofert powinien ulec odpowiedniemu przedłużeniu, umożliwiającemu uwzględnienie w ofercie nowych okoliczności” (wyrok KIO z dnia 24.03.2015r.; KIO 469/15).
6. Jeżeli zatem w wyniku modyfikacji SWZ (w tym w sposób nieprowadzący do zmiany ogłoszenia o zamówieniu) wykonawcom potrzebny jest dodatkowy czas na przygotowanie oferty, Zamawiający zobowiązany jest przedłużyć termin składania ofert. W wyroku z dnia 30.08.2019 r. (KIO 1599/19) KIO podkreśliła, że „w świetle art. 38 ust. 6 p.z.p., jeżeli w wyniku zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzącej do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, jest niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, obowiązkiem zamawiającego jest przedłużenie terminu składania ofert i dopełnienie wskazanych w tym przepisie obowiązków informacyjnych“.
7. W niniejszym postępowaniu w dniach 11.08.2021r. i 13.08.2021r. Zamawiający dokonał faktycznych i istotnych zmian SWZ, w tym modyfikacji treści wcześniejszych wyjaśnień (pytanie 58).
8. Informacje zawarte w odpowiedziach udzielonych przez Zamawiającego oraz zmiany SWZ wymagają szczegółowej analizy, ponieważ mają istotny wpływ na oszacowanie zakresu robót budowlanych i cenę oferty.
9. Prawidłowe i profesjonalnie skalkulowanie oferty z uwzględnieniem informacji udostępnionych w okresie 11-13.08.2021r. wymaga zatem znacznie dłuższego okresu czasu niż określił Zamawiający (20.08.2021r.),. Materiały udostępnione w ww. okresie zawierają bowiem nowe i istotne wymagania, które wymuszają konieczność ponownego wykonania wstępnych prac projektowych na potrzeby oferty, uzgodnień międzybranżowych, ponownej wyceny całego zamówienia pod względem projektowym i stosowanych materiałów, a także rewizji uzgodnień dokonanych z potencjalnymi podwykonawcami.
10. Wykonawcy, którzy zamierzają złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu powinni mieć zatem czas na zapoznanie się z tymi materiałami, analizę ich treści oraz uwzględnienie ich ofercie. W trakcie opracowywania oferty w oparciu o dokumentację przedstawioną przez Zamawiającego przyjmowane są bowiem określone założenia m.in. projektowe, techniczne, materiałowe i technologiczne, które determinują wycenę poszczególnych elementów oraz cenę końcową oferty. Nowe informacje, nieudostępnione przez Zamawiającego w dacie wszczęcia postępowania, a przekazane dopiero później (w niniejszej sprawie -7 dni kalendarzowych przed terminem składania ofert), wpływają na przyjęte przez wykonawców założenia i na wycenę ich ofert.
11. „Jeśli w wyniku zmiany SIWZ niezbędny jest dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach, zamawiający przedłuża termin składania ofert. Czas, o jaki zamawiający musi przedłużyć wyznaczony termin, ma realnie umożliwić wykonawcom wprowadzenie zmian w ofertach. Zauważenia wymaga również fakt, że ustawodawca, np. art. 43 i 49 Pzp określa terminy dotyczące



*składania ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Te terminy, to terminy minimalne. Zamawiający nie może z powodu chęci wprowadzenia zmiany do SIWZ (...) skracać tych terminów, np. do jednego dnia. Te terminy muszą być wyznaczane z uwzględnieniem czasu niezbędnego na sporządzenie dokumentów ofertowych w tym również szczególnie tych, które wynikły ze zmiany postanowień SIWZ. Niewątpliwym jest, że przestrzeganie terminów ustawowych ma wpływ na realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W zakresie wydłużenia terminu składania ofert, należy mieć na względzie zapewnienie wykonawcom możliwości dostosowania treści ofert do zmieniających się wymagań Zamawiającego” (wyrok KIO z dnia 27.03.2015r., KIO 496/15).*

12. Niniejsze zamówienie będzie realizowane w systemie „Zaprojektuj i buduj”. W związku z tym, każda zmiana zapisów PFU powoduje konieczność sprawdzenia całej wykonanej koncepcji projektowej pod kątem jej zgodności z nowymi warunkami. Rozmiar, złożoność oraz istotność zmian dotyczących opisu przedmiotu zamówienia wiąże się z dokonaniem na nowo uzgodnień, wykonaniem nowych opracowań, pozyskaniem nowych ofert od podwykonawców i dostawców oraz sporządzeniem nowych kalkulacji. Liczba i ciężar gatunkowy modyfikacji SWZ wprowadzonych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu na krótko przed wyznaczonym terminem składania ofert, w praktyce powoduje rozpoczęcie procesu ofertowania od początku, tj. konieczność ponownej kalkulacji ceny oferty.
13. Natomiast „wykonawca powinien mieć czas na dokładne zapoznanie się z wszystkimi wymaganiami zamawiającego, sprawdzenie, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu, przygotowanie do złożenia wymaganych dokumentów, ale też czas na nawiązanie relacji z potencjalnymi konsorcjantami, podwykonawcami czy dostawcami. Nierealne jest bowiem oczekiwanie, że w każdym przypadku wykonawca będzie mógł bez odpowiedniego przygotowania złożyć ofertę” (Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. VII, 2018).
14. W wyroku z dnia 7.04.2005r. (sygn. akt II Ca 180/05) Sąd Okręgowy w Z. wskazał, że „że zamawiający nie powinien dokonywać zmian specyfikacji na krótko przed terminem składania ofert w postępowaniu”. W związku z tym obszerne i istotne zmiany SWZ wprowadzone w okresie 11-13.08.2021r. powinny być powiązane ze zmianą terminu składania ofert. Nie jest bowiem możliwe prawidłowe opracowanie i skalkulowanie praktycznie nowej oferty w tak krótkim okresie.
15. Należy przy tym wskazać, że niniejsze zamówienie realizowane jest w systemie „Zaprojektuj i buduj” oraz rozliczane w oparciu o wynagrodzenie ryczałtowe, w przypadku którego ryzyko właściwej wyceny przedmiotu zamówienia i ustalenia prawidłowej wysokości wynagrodzenia obciąża wykonawcę.
16. Utrzymanie zatem terminu składania ofert wyznaczonego przez Zamawiającego na dzień 20.08.2021r. powoduje narażenie wykonawców, składających oferty, na ryzyko błędnego oszacowania ceny zamówienia. Jednocześnie może spowodować rezygnację z udziału w niniejszym postępowaniu szeregu wykonawców, co ograniczy krąg potencjalnych oferentów, a tym samym konkurencyjność niniejszego postępowania i możliwość wyboru wykonawcy, który gwarantowałby prawidłowe i terminowe wykonanie niniejszego zamówienia.
17. Zmiana parametrów wiążących wykonawców mających wpływ na kalkulację ceny oferty wywiera istotny wpływ na treść sporządzanych ofert. W tych okolicznościach niewyznaczenie przez Zamawiającego dodatkowego, niezbędnego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach jest nieuzasadnione. Zamawiający przekazując tak dużą ilość zmian i wyjaśnień w „ostatniej chwili” powinien wydłużyć termin składania ofert.
18. Ponadto należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający zmienił raz termin składania ofert z dnia 16.08.2021r. na dzień 20.08.2021r. W tej dacie (6.08.2021r.) zakres modyfikacji SWZ był znacznie mniejszy niż zmiany dokonane w okresie 11-13.08.2021r.
19. Z uwagi zatem na fakt, że wskutek zmian dokonanych przez Zamawiającego konieczne jest przeprojektowanie części elementów, co wymaga określonego czasu na rzetelne skalkulowanie i

przygotowanie konkurencyjnej oferty, zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert z dużym prawdopodobieństwem spowoduje, że Zamawiający otrzyma oferty niezgodne z SWZ oraz nieporównywalne, a ponadto takie działania i zaniechania Zamawiającego znacznie ograniczają krąg potencjalnych oferentów.

20. *„Termin składania ofert, w związku ze zmianą treści siwz, powinien być przedłużony przez zamawiającego o taki czas, który zapewni zachowanie w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Oznacza to, że okres, o jaki przedłużony zostaje termin składania ofert, powinien zapewniać, że wszyscy potencjalni wykonawcy będą dysponować wystarczającym czasem na dokonanie analizy zmian siwz, analizy ich wpływu na dotychczas przyjęte w ramach przygotowywanych ofert założenia, analizy zakresu koniecznych zmian w przygotowywanych ofertach, na dokonanie tych zmian oraz na dokonanie ponownej wyceny ofert”* (wyrok KIO z 16.02.2018r., KIO 187/18).
21. Termin składania ofert wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 20.08.2021r. utrudnia zatem złożenie ofert na konkurencyjnych warunkach oraz kalkulację wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ.
22. Z uwagi na powyższe niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie. Zakres wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego oraz skala i istotność zmian SWZ dokonanych w okresie 11-13.08.2021r., a także moment ich wprowadzenia (7 dni kalendarzowych przed terminem składania ofert), powoduje, że wykonawcom niezbędny jest dodatkowy czas na przygotowanie oferty. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest przedłużenie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu o okres nie krótszy niż trzy (3) tygodnie od dnia udzielenia przez Zamawiającego ponownej odpowiedzi na pytania wykonawców nr 49, nr 51-53, nr 55, nr 56, nr 58, nr 60, nr 61, nr 75, nr 195, nr 196, nr 197, nr 199, nr 204, z zastrzeżeniem że nowy termin składania ofert nie może przypadać wcześniej niż na dzień 30.09.2021r.

#### **Unieważnienie postępowania**

1. Zgodnie z art. 137 ust. 7 Pzp, w przypadku gdy zmiana treści SWZ prowadzi do istotnej zmiany charakteru zamówienia w porównaniu z pierwotnie określonym, w szczególności do znacznej zmiany zakresu zamówienia, Zamawiający unieważnia postępowanie na podstawie art. 256 Pzp.
2. Natomiast art. 256 Pzp umożliwia Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia przed upływem terminu składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione.
3. Przywołany przepis zezwala Zamawiającemu na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia przed upływem terminu do składania ofert, jeżeli wystąpiły okoliczności powodujące, że dalsze prowadzenie postępowania jest nieuzasadnione. W uzasadnieniu projektu nowego Prawa zamówień publicznych wskazano m.in.: *„powyższa regulacja jest odzwierciedleniem motywu 81 dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu „(...) nie powinny być na tyle istotne, by umożliwić dopuszczenie innych kandydatów niż kandydaci pierwotnie zakwalifikowani lub by zainteresować postępowaniem o udzielenie zamówienia dodatkowych uczestników. Taki przypadek wystąpiłby w sytuacji, gdy wprowadzane modyfikacje istotnie zmieniają charakter zamówienia lub umowy ramowej w porównaniu z charakterem pierwotnie określonym w dokumentach zamówienia. W związku z powyższym za niedopuszczalną zmianę należy uznać w szczególności zwiększenie zakresu zamówienia, np. dodanie części zamówienia (tzw. pakietu), zmianę rodzaju zamówienia (np. z dostawy na usługi), zmianę charakteru zamówienia (np. z leasingu na sprzedaż)”* (Uzasadnienie projektu, druk sejmowy nr 3624).
4. W niniejszym postępowaniu w formie odpowiedzi na pytania wykonawców w okresie 11-13.08.2021r. Zamawiający w istotny sposób zmienił zakres zamówienia podstawowego (wielkość parkingu) oraz pojemność budynków i funkcje ostatniego piętra. W szczególności pierwsza z tych zmian powoduje nieadekwatność 5% limitu ustalonego w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia (pkt II.2.2. Informacja o opcjach) oraz pozostałych dokumentach przetargowych.

5. W konsekwencji, dostosowanie nowego zakresu zamówienia podstawowego i całego zamówienia (z prawem opcji) będącego wynikiem zmian dokonanych dnia 11.08.2021r. i dnia 13.08.2021r. wymagałoby ingerencji w treść ogłoszenia o zamówieniu. Z uwagi na powyższe, utrzymanie odpowiedzi na pytanie wykonawców w dotychczasowej formie stwarza podstawy do unieważnienia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Załączniki:**

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 złotych;
- dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu;
- wydruk informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z KRS AMW SINEVIA Spółka z o.o.;
- wydruk informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z KRS Porr S.A.;
- pełnomocnictwo PORR dla Lidera Konsorcjum (płyta CD).