

Wrocław dnia 20.06.2022r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 A,
02-672 Warszawa

Zamawiający:

2. WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY,
UL. OBORNICKA 100-102,
50-984 WROCŁAW,
NIP 8951897962, REGON 020625701
tel.: 261 656 245
email: 2wog.zamowieniapubliczne@ron.mil.pl.

Odwołujący:

S&A SERVICE SP. Z O.O.,
UL. GŁUBCZYCKA 8,
52-026 WROCŁAW
NIP 8992481922, REGON 932933517
TEL. 713443113
adres do korespondencji:
ul. Tyniecka 7, 52-407 Wrocław
e-mail: biuro@saservice.com.pl

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na sprzątnięcie i utrzymanie czystości w budynku kompleksów wojskowych na terenie Sekcji Obsługi Infrastruktury nr 2 we Wrocławiu. Numer sprawy INFR/247/2022. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/S 100-277057 z dnia 24 maja 2022 r.

Działając w imieniu i na rzecz S&A Service Sp. z o.o. (dalej jako „Odwołujący”), na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w z art. 505 ustawy z dnia 19 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021, poz. 1129 ze zm. dalej: „PZP”), wnoszę odwołanie na treść dokumentów zamówienia, w szczególności odpowiedzi treść odpowiedzi na pytania z dnia 10 czerwca 2022 r. opublikowane na stronie prowadzonego postępowania w dniu 10 czerwca 2022 r., które prowadzą do :

- 1) istotnej zmiany treści dokumentów zamówienia w tym terminu realizacji zamówienia bez opublikowania stosownego ogłoszenia o zmianie ogłoszenia

- 2) naruszenia zasady swobody umów, w tym kształtowania warunków udziału Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w taki sposób, który nakazuje posługiwanie się rachunkiem Lidera do rozliczeń z Zamawiającym,

Zaskarżonym czynnością zarzucam naruszenie:

- 1) art. 135 w związku z art. 137 ust. 6 oraz w zw. z art. 58 ust. 4 ustawy Pzp przez jego błędną wykładnię, w wyniku czego odpowiedzi na pytania zamawiającego nie sposób uznać za wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia, a modyfikację, która prowadzi do istotnej zmiany treści, w tym wprowadzenia w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, co nie jest uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu;
- 2) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 ust. 4 Ustawy Pzp w zakresie wprowadzenia do umowy postanowienia, które obliguje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wskazania w treści umowy konsorcjum wyłączenie jednego członka konsorcjum lub jednego wspólnika spółki cywilnej z którym będą prowadzone rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy,
- 3) art. 134 ust. 1 pkt 6 PZP, art. 433 pkt 4, art. 436 pkt 1 PZP oraz art. 16 ust. 1-3 PZP, poprzez określenie niedookreślenie terminu rozpoczęcia świadczenia usług datą kalendarzową. Zgodnie z odpowiedziami na pytanie wskazany pierwotnie termin rozpoczęcia świadczenia usługi na dzień 1 stycznia 2023 r. może być zmieniony dowolnym oświadczeniem woli Zamawiającego, wobec czego staje się nierealny do dotrzymania biorąc pod uwagę obecną, niejednoznaczną treść SWZ,
- 4) art. 135 ustawy Pzp w związku z art. 433 ustawy poprzez wyjaśnienie treści SWZ w sposób naruszający generalną zasadę udzielenie niejednoznacznych, niewyczerpujących oraz sprzecznych z pozostałymi postanowieniami SWZ odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 10 czerwca 2022 r., które doprowadziły do faktycznej zmiany treści SWZ w sposób umożliwiający dowolną interpretację jej postanowień oraz wykluczający złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert;
- 5) art. 16 ust. 1-3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności przy formułowaniu postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Warunków Zamówienia, które są modyfikowane w sposób dowolny, co prowadzi do uprzywilejowania wykonawców nie ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego,

W związku z ww. zarzutami wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie odpowiedniej modyfikacji treści dokumentów zamówienia - SWZ (oraz odpowiednio treści ogłoszenia), w tym treści projektowanych postanowień Umowy, w następujący sposób:

- 1) określenie minimalnego gwarantowanego terminu rozpoczęcia świadczenia usługi w postaci jednoznacznych zapisów umożliwiających Wykonawcy należyte przygotowanie się do realizacji zamówienia,
- 2) umożliwienia wprowadzenia do przyszłej umowy zapisów w zakresie rozliczeń zgodnych z brzmieniem umowy konsorcjum lub oświadczenia Wykonawcy zgodnego z art. 117 ust 4 Ustawy Pzp w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia,
- 3) zmianę terminu składania ofert w sposób umożliwiający skalkulowanie oferty, w sposób uwzględniający ryzyka wynikające z udzielonych odpowiedzi na pytania, w szczególności koszty związane z natychmiastowym rozpoczęciem realizacji zamówienia, który wyznaczy Zamawiający po dniu 1 stycznia 2023 r.

Wnoszę również o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach Postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania odwoławczego - na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego

Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz zamieścił SWZ na stronie internetowej 24 maja 2022 r., natomiast treść odpowiedzi została opublikowana w dniu 10 czerwca 2022 r. W związku z powyższym termin został zachowany.

Interes we wniesieniu Odwołania:

Odwołujący spełnia materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania z art. 505 ust. 1 PZP, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Jednakże obecne postanowienia SWZ, ukształtowane zmianą, sformułowane z naruszeniem wskazanych w odwołaniu przepisów prawa, uniemożliwiają Odwołującemu skuteczny udział w Postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji. Pozbawia to Odwołującego szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia oraz jego wykonanie w warunkach przejrzystości, obiektywizmu i uczciwej konkurencji, a tym samym możliwości osiągnięcia korzyści, w tym zysku z tytułu wykonania zamówienia. Odwołujący ma prawo ubiegać się o udzielenie zamówienia stanowiącego przedmiot Postępowania w warunkach poszanowania kluczowych zasad reżimu udzielania zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji, a także przejrzystości, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i efektywności. Tymczasem wymienione zasady doznają obecnie uszczerbku w świetle obecnej treści SWZ, na skutek czego Odwołujący może utracić możliwość uzyskania zamówienia procedurze zgodnej z przepisami prawa, a więc ponieść szkodę w postaci utraty realnych korzyści finansowych wynikających z tytułu realizacji zamówienia. Zmiana postanowień SWZ, której domaga się Odwołujący, umożliwi mu złożenie skutecznej oferty i ubieganie się o udzielenie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji. W świetle orzecznictwa KIO, nie ulega wątpliwości, że taki wykonawca jak Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania (co potwierdza min. wyrok KIO z dnia 31 lipca 2015 roku, sygn. akt KIO 1519/15, wyrok KIO z dnia 10 maja 2016 roku, sygn. akt KIO 645/16.

Jednocześnie potwierdzenie istnienia interesu we wniesieniu Odwołania potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej tj. „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).”

Termin:

- 1) Zamawiający dnia 07.06.2022 r. oraz 10.06.2022 r., przekazał Odwołującemu poprzez stronę prowadzonego postępowania, będącemu wykonawcą 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.).
- 3) Termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi zatem 10 dni (art. 515 ust. 2 pkt 1 Pzp).
- 4) 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 10 czerwca 2022. (włącznie), bowiem wskazanych zmian dotyczą zarzuty, co przy uwzględnieniu treści art. 509 ust. 2 Pzp oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dn. 20 czerwca 2022 r.
- 5) Z uwagi na powyższe termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu został zachowany.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW:

Zarzut nr 1 i 2 :

Zamawiający w dniu 10 czerwca 2022 r. opublikował odpowiedzi na wyjaśnienie treści SWZ

[Dowód nr 1: Odpowiedź na zapytanie z dnia 10 czerwca 2022],

gdzie nakazał wpisanie do treści Formularza oferty w pkt 3 wskazanie rachunku bankowego Lidera Konsorcjum.

Treść kwestionowanego oświadczenia brzmi:

3. Oświadczam, że zawarty w SWZ projekt umowy akceptuję i zobowiązuję się, w przypadku wybrania mojej oferty, do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

W związku z powyższym **oświadczam**:

1) Jestem*/nie jestem czynnym podatnikiem w podatku od towarów i usług VAT;

2) numer rachunku bankowego, który widnieje w wykazie podmiotów zarejestrowanych jako podatnicy VAT, niezarejestrowanych oraz wykreślonych i przywróconych do rejestru VAT

3) nazwa i adres Urzędu Skarbowego, w którym zgłoszony jest powyższy rachunek

w związku z § 10 ust. 10 Załącznika nr 4 Wzór umowy tj. „10. Wynagrodzenie przysługujące Wykonawcy płatne będzie przelewem na rachunek bankowy Wykonawcy nr”

wskazana odpowiedź nie daje gwarancji Odwołującemu, że w przypadku wskazania rachunku Lidera, że Zamawiający swojej decyzji nie zmieni.

Zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie, która brzmi:

Zamawiający nie określił w SWZ ani w projekcie umowy sposobu wystawiania faktur i rozliczania usługi w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W związku z powyższym Zamawiający podejmie decyzję po otrzymaniu do wglądu kopii umowy konsorcjum powołanego na potrzeby wykonania przedmiotowego zamówienia.

Wykonawca otrzymuje niejednoznaczne stanowisko Zamawiającego, co godzi zasadę równego traktowania Wykonawców oraz uznanie, czy w danej sytuacji Zamawiający nie będzie chciał wprowadzić w sposób nieprzewidziany regulacji wynikających bezpośrednio z art. 58 ust. 4 ustawy Pzp. Na podstawie powyższych odpowiedzi Odwołujący nie jest w stanie określić, jaka będzie decyzja Zamawiającego. W przypadku nakazania rozliczeń poprzez Lidera konsorcjum może dojść do naruszenia Ustawy w zakresie wskazanym poniżej lub wybiórczego uprzywilejowania Wykonawców.

Odwołujący podkreśla, że żaden przepis VAT ani ustawy Pzp nie uprawnia lidera konsorcjum do wystawienia faktury VAT na rzecz Zamawiającego w sytuacji, gdy członkowie konsorcjum nie świadczyli na jego rzecz żadnych usług czy dostaw, ale bezpośrednio na rzecz Zamawiającego. Wystawiane faktur VAT przez lidera konsorcjum tylko w celu sprawniejszej organizacji rozliczeń z Zamawiającym nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Zgodnie z Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-26, KIO 2002/21, które Odwołujący w pełni popiera i uznaje za swoje stanowisko w ww. sprawie, Izba stwierdziła, że „ dopiero na etapie zawarcia umowy konsorcjum przez jego członków i podziale zadań składających się na realizację zamówienia możliwe jest określenie kto i w jakim zakresie świadczy usługi i w związku z tym podlega opodatkowaniu i jest uprawniony do wystawienia faktury VAT na rzecz Zamawiającego. Brak jest podstaw do przyjęcia a priori, że w relacjach z Zamawiającym tylko lider konsorcjum będzie miał status bezpośredniego wykonawcy i tylko on może wystawić Zamawiającemu fakturę VAT za realizację zamówienia. Niewątpliwie rozliczenie kompleksowe całego zamówienia w zakresie podatku od towarów i usług odbywa się na linii pomiędzy konsorcjum, a Zamawiającym. I to w tym stosunku prawnym dochodzi do świadczenia usług i dostaw towarów objętych podatkiem VAT. Należy podkreślić, że stroną umowy o realizację zamówienia publicznego nie jest wyłącznie lider konsorcjum, ale każdy jego członek. Wszyscy członkowie konsorcjum zobowiązują się solidarnie do wykonania zamówienia na rzecz Zamawiającego. Co oznacza, że każdy członek konsorcjum ma prawo na zasadach ustalonych z innymi członkami, w tym liderem, do realizacji zamówienia tj. wykonaniu umowy, a zatem działaniu z mocy tej umowy i na zlecenie Zamawiającego, a nie z mocy umowy konsorcjum i na zlecenie lidera konsorcjum. Stąd też, w ocenie Izby, zakwestionowane postanowienie uznać należy za naruszające zasadę swobody kształtowania realizacji kontraktowych członków konsorcjum poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w konsekwencję realizację zamówienia. Zamawiający bowiem poprzez narzucenie wykonawcom określonego sposobu rozliczenia za realizację zamówienia, ingeruje w stosunki umowne konsorcjantów poprzez próbę pośredniego kształtowania zasad wykonania zamówienia. Takie uprawnienie Zamawiającego nie jest uzasadnione ani charakterem zamówienia ani proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Ratio legis art. 135 ust. 2 ustawy Pzp polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności, co do wymagań zawartych w SWZ, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwienie podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu. W wielu przypadkach instytucja ta jest nadużywana przez wykonawców, którzy nie tyle chcą wyjaśnić budzące wątpliwości postanowienia specyfikacji warunków zamówienia, tylko dążą do ich „dopasowania”, do swoich możliwości ofertowych. Instytucja zadawania pytań bywa nadużywana, co prowadzi do przewlekłości postępowania, ze szkodą dla zamawiającego. W orzecznictwie przyjmuje się, że wyjaśnienia wykonawcy służą właściwej ocenie oferty i mogą dotyczyć potwierdzenia merytorycznego jej zakresu, niewynikającego wprost ze złożonych oświadczeń lub dokumentów. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści (zob. wyrok z dnia 8 marca 2011 r., KIO 368/11, wskazany Wyrok nadal zachowuje aktualność pomimo zmiany stanu prawnego).

Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (zob. wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., KIO 1615/18). W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., KIO 1479/18 [aktualny w obowiązującym stanie

prawnym], Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „*odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią SIWZ i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, Krajowa Izba podkreśla, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści s.i.w.z. przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15).*”

Umowa konsorcjum winna wskazywać podmiot uprawniony do reprezentowania konsorcjum na zewnątrz i podejmowania czynności w imieniu pozostałych jego członków (tzw. lider konsorcjum). W myśl art. 445 ust. 1 Pzp: Wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania. Solidarna odpowiedzialność podmiotów tworzących konsorcjum oznacza, że zamawiający może żądać wykonania umowy o zamówienie publiczne od wszystkich członków konsorcjum, kilku spośród nich lub każdego z osobna, zaspokojenie roszczenia zamawiającego przez jednego z konsorcjantów zwalnia zaś pozostałych. Nie jest możliwe wyłączenie solidarnej odpowiedzialności konsorcjum wykonawców względem zamawiającego w drodze umowy, natomiast wzajemny podział zadań przyjęty w umowie konsorcjum wywołuje wyłącznie skutki wewnętrzne pomiędzy jego członkami.

W ocenie Odwołującego, z powyższego wynika, że istota umowy konsorcjum nie uzasadnia tego, by Zamawiający mógł przyjmować faktury tylko od jednego podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum. Zgodnie z zasadą — Konsorcjum ponosi odpowiedzialność solidarną wobec Zamawiającego, a Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia za wykonaną usługę lub dostawę każdemu z członków konsorcjum wg ustalonego w umowie wynagrodzenia. Jest zatem w pełni uzasadnione i konieczne ze względu na przepisy prawa podatkowego, aby wynagrodzenie należne wykonawcy, będącemu konsorcjum firm, było płatne zgodnie z fakturami VAT, wystawionymi przez każdego z członków konsorcjum realizujących usługę na kwoty, które w sumie stanowią wysokość miesięcznego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.

Odpowiedzi Zamawiającego kwestionowane w niniejszym odwołaniu dotyczą bardzo istotnych spraw dla prawidłowego skonstruowania i kalkulacji oferty, czyli kalkulacji ceny ofertowej w odniesieniu do rozliczeń i kosztów poszczególnych podmiotów biorących udział w realizacji zamówienia. 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 zamian oraz odesłania do bliżej niezidentyfikowanych zachowań Zamawiającego, których Wykonawca działając z należyłą starannością nie jest w stanie przewidzieć.

Zarzut nr 3:

Zamawiający w dniu 25 maja 2022 r. opublikował SWZ, w którym określił termin realizacji zamówienia w następujący sposób:

Wyciąg z SWZ

6. TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA:

Od dnia 01.01.2023 r. do dnia 31.12.2025 r. lub do wyczerpania środków finansowych.

Ponownie wskazany sposób określenia zamówienia umieszczył w zmienionym Załączniku nr 4 do SWZ Wzór umowy w uwzględnieniu innego odwołania z dnia 7 czerwca 2022 r.

Dowód nr 2: Załącznik nr 4 do SWZ w brzmieniu nadanym informacją o uwzględnieniu odwołania z dnia 7 czerwca 2022 r.

w którym wskazał w następujący sposób terminu wykonania umowy:

§2

Termin wykonania przedmiotu umowy

1. *Strony ustalają termin wykonywania przedmiotu umowy od dnia 01.01.2023 r. do 31.12.2025 r. lub do wyczerpania środków finansowych o których mowa w § 10.*

2. *Rozpoczęcie realizacji umowy wieloletniej oraz zakres jej realizacji nastąpi w 2023-2025 r. pod warunkiem zapewnienia (przydzielenia) w planie finansowym na kolejne lata środków finansowych na realizację zadań stanowiących przedmiot umowy, a w przypadku ograniczenia tych środków, w zakresie i do wysokości środków przydzielonych w planie finansowym na dany etap.*

Natomiast w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 10 czerwca 2022 r. określił następujący sposób terminu realizacji zamówienia:

Umowa będzie obowiązywać od 01.01.2023 r. do 31.12.2025 r. W przypadku przedłużenia się procedury przetargowej może dojść do sytuacji, że zawarcie umowy nastąpi po dniu 01.01.2023 r., wówczas umowa będzie obowiązywać od dnia jej zawarcia do 31.12.2025 r. Nie ma możliwości określenia terminu obowiązywania umowy w miesiącach, gdyż nawet w przypadku jej zawarcia po dniu 01.01.2023 r. ostatnim dniem jej obowiązywania będzie dzień 31.12.2025 r.

Jednak chaos informacyjny wywołany odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego dnia 10 czerwca 2022 r., które ingerują w treść ww. dokumentów, uniemożliwia kompletną wycenę zamówienia. W ocenie Odwołującego taki sposób ukształtowania postanowień wzoru umowy powoduje, że wykonawca nie ma pewności przez jak długi okres będzie ona obowiązywać, a co za tym idzie nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z realizacją zamówienia i uwzględnić ich w cenie oferty. Przy czym należy w tym miejscu zauważyć, że nie jest wystarczające wskazanie, iż umowa będzie z pewnością obowiązywać do dnia 31.12.2025 r. gdyż uwzględniając brak terminu rozpoczęcia świadczenia oraz

umożliwienia zakontraktowania osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Co więcej takie ukształtowanie postanowień preferuje Wykonawcę, który już realizuje zamówienie, bowiem w dowolnym momencie może rozpocząć realizację świadczenia.

Nie mając gwarantowanego terminu na rozpoczęcie realizacji zamówienia np. poprzez sformułowanie w terminie 7 dni od dnia zawarcia umowy, ale nie wcześniej niż 1 stycznia 2023 r. Odwołujący ale również inni Wykonawcy nie mają możliwości ukształtowania stosunków pracy z pracownikami i współpracownikami w taki sposób, aby zapewnić, że będą oni wykonywali czynności związane z przedmiotem zamówienia. W przypadku umów o pracę, pracodawca zobowiązany jest w sposób precyzyjny i jednoznaczny ustalić okres przez który pracownik będzie zobowiązany do świadczenia pracy, w tym moment rozpoczęcia świadczenia pracy. Odwołujący podkreśla, że taki sposób ukształtowania postanowień wzoru umowy stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia. Ewentualne określenie terminy rozpoczęcia umowy po 1 stycznia powinno nastąpić z minimum 7 dniowym okresem oczekiwania, gdyż tylko takie ukształtowanie postanowień dokumentów zamówienia pozwoli wykonawcy na zarządzanie stosunkiem pracy z pracownikami oraz umożliwi oszacowanie ryzyka związanego z realizacją zamówienia w okresie krótszym.

Co więcej wskazana odpowiedź na pytania powoduje, że Wykonawca będzie ponosił odpowiedzialność za czynności, kiedy umowa nie została zawarta a już obowiązywała. Okres obowiązywania umowy a data jej zawarcia nie musi być tożsama, natomiast w przypadku zawarcia umowy po 1 stycznia 2023 r., okres jej obowiązywania powinien ulec zmianie.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazuje, że zamawiającemu bezsprzecznie przysługuje prawo kształtowania terminu rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych trzech okresów trwania umowy nie mniej istotnym jest aby wykonawca biorąc na siebie zobowiązanie w postaci zawartych z pracownikami umów o pracę otrzymał ryczałtowe wynagrodzenia w całym okresie obowiązywania umowy, co więcej mógł się przygotować do rozpoczęcia świadczenia. Zatem zdaniem Odwołującego konieczne jest doprecyzowanie zasad rozpoczęcia umowy po 1 stycznia 2022 r. w tym takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy, które zagwarantuje, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie, które pozwoli na pokrycie kosztów przygotowania do świadczenia usług.

Jednoznacznie podkreślić należy, że wskazana odpowiedź na pytanie nie jest jednak wyjaśnieniem, a istotną zmianą, która powoduje konieczność zmian SWZ. Zgodnie z orzecznictwem KIO *„Wyjaśnić można treść czegoś co istnieje, dodanie nowej możliwości nie jest wyjaśnieniem, lecz zmianą SIWZ, która winna powodować zmianę jego postanowień”* (zob. wyrok z 28 marca 2011 r., KIO 545/11).

„(...) 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.” (zob. wyrok z dnia 22 grudnia 2014 r., KIO 2593/14).

Zgodnie z aktualnym brzmieniem przepisów ustawy Pzp, zamawiający są zobowiązani do określania w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach konkretnych terminów zakończenia realizacji umowy bądź poszczególnych jej etapów (art. 436 pkt 1) Pzp). Wprowadzenie przepisu do ustawy było zapewne podyktowane wolą uniknięcia sytuacji, w których prowadzenie postępowania przetargowego konsumuje termin na realizację zamówienia określony konkretną datą. Aktualnie, na podstawie obowiązujących przepisów, Zamawiający nie ma możliwości określenia w umowie planowanego terminu zakończenia robót budowlanych, dostaw czy usług czy ich poszczególnych części w formie innym niż w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach. Co za tym idzie, Zamawiający nie zastosował się do wprowadzonej w nowej ustawie Pzp zasady oznaczania terminu realizacji zamówienia poprzez zagwarantowanie wykonawcy określonego okresu czasu na realizację, która została wyartykułowana w treści art. 436 pkt 1) Pzp. Uwzględniając motywy przyświecające wprowadzonej regulacji oraz fakt, iż każdy wyjątek od zasady wymaga ścisłego traktowania, określenie daty realizacji zamówienia datą kalendarzową możliwe jest tylko w sytuacjach wyjątkowych, o obiektywnym charakterze. Odwołujący nie kwestionuje daty zakończenia realizacji ani określenia terminu realizacji określonym reżimem czasowym. Kwestionuje natomiast sposób zmiany rozpoczęcia terminu realizacji zamówienia po dniu 1 stycznia 2023 r., który został nadany przez Zamawiającego w sposób nieuprawniony.

Wskazane ukształtowanie zapisu umowy powoduje, że Wykonawca w żaden sposób nie może wpłynąć na Zamawiającego w celu zawarcia umowy, a Zamawiający może dowolnie interpretować pojęcie przedłużającej się procedury.

Tak ukształtowane zapisy, które pierwotnie nie były znane Odwołującemu związane ukształtowaniem treści SWZ, jak również z decyzjami na etapie badania i oceny złożonych ofert oraz czynnościami po stronie Zamawiającego może spowodować znaczne wydłużenie procedury przetargowej, co może być dowolnie modyfikowane przez Zamawiającego (bez możliwości zakwestionowania przez Wykonawcę przewlekłości postępowania), jednocześnie zawezwanie do zawarcia umowy natychmiast po upływie okresu stand still będzie powodowało, że czas do rozpoczęcia realizacji zamówienia będzie czasem absolutnie niemożliwym, generującym wystąpienie sytuacji świadczenia niemożliwego.

ZARZUTY NR 4 i 5

Wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia jest tak niedokładny i nieprecyzyjny, iż problemem jest odczytanie jakie są wymagania zamawiającego, a w konsekwencji sporządzenie oferty spełniającej te wymagania. Złożone pytania, miały umożliwić odczytanie intencji zamawiającego, a tym samym sporządzenie oferty spełniającej wymagania zamawiającego. Pismem z dnia 10 czerwca 2022r. zamawiający odniósł się do zapytań, jednakże stanowiska zamawiającego w żaden sposób nie można uznać za wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co prowadzi do potwierdzenia ziszczenia zarzutów wskazanych w niniejszy Odwołaniu.

W wyroku z dnia 6 maja 2011 r., KIO 836/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła natomiast, że *„Wyjaśnienia treści siwz, o których mowa w art. 38 ust. 2 ustawy, stanowią uszczegółowienie, ewentualnie doprecyzowanie opisu zawartego w siwz w zakresie przedstawionym przez wykonawców występujących z zapytaniem. Zatem, wyjaśnienie nie może stanowić podstawy wprowadzenia innego wymagania niż zawarte w treści siwz, w tym przypadku wyeliminowania możliwości stosowania urządzenia dopuszczonego pierwotnie, jako dowolne elementy, ewentualnie inne urządzenia. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że udzielenie wyjaśnień rozbieżnych z pierwotną treścią SIWZ, zawężających rodzaj urządzeń oddziaływania, jak zgodnie potwierdzono na rozprawie, wykracza poza możliwość wynikającą z treści przepisu art. 38 ust. 2 ustawy Pzp.”*

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. 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.

„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).

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“.*

Uwzględniając powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. Wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości
2. Potwierdzenie przesłania kopii do Zamawiającego
3. KRS + oświadczenie + uchwały