

Wrocław dnia 27.06.2022r.

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 3 we Wrocławiu. Numer sprawy INFR/313/2022. Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/S 114-321508 z dnia 15 czerwca 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 opublikowanych na stronie prowadzonego postępowanie w dniu 15 czerwca 2022 r., które prowadzą do :

- 1) 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 jednego z konsorcjantów lub wspólnika spółki cywilnej do rozliczeń z Zamawiającym,

- 2) naruszenia obowiązku Zamawiającego określenia terminu zakończenia realizacji umowy poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy, tak by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia i aby powyższe nie zmuszało wykonawców do uwzględniania związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów, a nie konkretną datą.

Zaskarżonym czynnością zarzucam naruszenie:

- 1) 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, tym samym 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. 134 ust. 1 pkt 6 PZP, art. 433 pkt 4, art. 436 pkt 1 PZP oraz art. 16 ust. 1-3 PZP, poprzez nieokreślenie terminu świadczenia usług poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. W przypadku niedotrzymania terminu rozpoczęcia umowy na dzień 1 stycznia 2023 r. termin usługi może zostać skrócony pomimo narzuconego w formularzu ofertowym konieczności oszacowania przez wykonawców ceny na czasookres 36 miesięcy.

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) 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,
- 2) określenie gwarantowanego terminu świadczenia usługi w postaci jednoznacznych zapisów umożliwiających Wykonawcy należyte przygotowanie się do realizacji zamówienia i jego oszacowanie,

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 15 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 15.06.2022 r. umieścił na stronie prowadzonego postępowania dokumenty przetargowe oraz ogłoszenie o postępowaniu.

- 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) Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania do dnia 25 czerwca 2022. (sobota), a zgodnie z art. 8 Pzp termin upływa 27.06.2022r. (poniedziałek).
- 5) Z uwagi na powyższe termin na wniesienie odwołania w niniejszym postępowaniu został zachowany.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW:

Zarzut nr 1:

Zamawiający w dniu 15 czerwca 2022 r. opublikował SWZ wraz z załącznikami gdzie w treści Formularza oferty w pkt 3 wskazał:

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

.....”

Oraz

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

wskazane zapisy nie dają gwarancji Odwołującemu, że w przypadku wskazania rachunku jednego z konsorcjantów Zamawiający nie będzie chciał wprowadzić w sposób nieprzewidziany regulacji wynikających bezpośrednio z art. 58 ust. 4 ustawy Pzp.

Wykonawca otrzymuje niejednoznaczne stanowisko Zamawiającego, co godzi zasadę równego traktowania Wykonawców. Na podstawie powyższych zapisów Odwołujący nie jest w stanie określić, czy w przypadku nakazania rozliczeń poprzez jednego z konsorcjantów 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 Wyrokiem 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.*

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.

Niejasne zapisy 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. Opis 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 jasno koniecznych danych.

Zarzut nr 2:

Zamawiający w dniu 15 czerwca 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 umieścił w Załączniku nr 4 do SWZ Wzór umowy. Dowód nr 2: Załącznik nr 4 do SWZ w którym wskazał w następujący sposób terminu wykonania umowy:

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.*

W ocenie Odwołującego taki sposób ukształtowania postanowień wzoru umowy powoduje, że wykonawca nie ma pewności przez jak długi okres będzie umowa 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.

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 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.

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), co pozwoli na uniknięcie 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 formacie 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.

Uwzględniając powyższe, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

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