

Poznań, dnia 16 września 2021 roku

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

Odwołujący: „COBBY” sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Poznaniu
ul. Podolańska 44B, 60-626 Poznań
REGON: 0000717283, NIP: 7811964698
KRS 0000787105
e-mail: info@cobby.com.pl

Zamawiający: 3 Regionalna Baza Logistyczna
ul. Montelupich, 30-901 Kraków
e-mail: e.parfieniuk@ron.mil.pl

Dotyczy: Dostawa w latach 2021- 2022 przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - okulary przeciwsłoneczne

Numer referencyjny: 124/2021

Ogłoszenie o zamówieniu: Dz.U.U.E nr 2021/S 164-430591 z dnia 25.08.2021 r.

ODWOŁANIE

Odwołujący „COBBY” sp. z o.o. sp.k. działając na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwana dalej „ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa w latach 2021- 2022 przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - okulary przeciwsłoneczne” - wobec czynności zamawiającego 3 Regionalnej Bazy Logistycznej w Krakowie (zwanego dalej „Zamawiającym”), polegających na:

1. niezgodnym z przepisami ustawy Pzp określeniu terminów wykonania zamówienia, tj. w zakresie dokonanej przez zamawiającego modyfikacji treści SWZ w części dotyczącej rozdz. V lit. a SWZ;
2. niezgodnym z przepisami ustawy Pzp udzieleniu wyjaśnień dotyczących treści SWZ oraz zaniechaniu udostępnienia na stronie internetowej prowadzonego postępowania treści zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Dokonując wyżej wymienionych czynności w postępowaniu zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów:

- 1) art. 436 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany treści SWZ w zakresie terminu wykonania zamówienia w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp poprzez wyznaczenie nierealnego terminu realizacji zamówienia, w tym wskazanie daty dziennej – co uniemożliwia prawidłowe złożenie oferty (skalkulowanie ceny) oraz należyte wykonanie zamówienia;
- 2) art. 135 ust. 2 i ust. 6 ustawy Pzp poprzez nieudzielenie odpowiedzi na wniosek odwołującego dotyczący wyjaśnień treści SWZ oraz zaniechania udostępnienia pełnych treści złożonych zamawiającemu zapytań na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W związku z powyższym wnoszę o:

- nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w zakresie określenia realnego terminu wykonania zamówienia oraz ustalenie tego terminu poprzez określenie ilości dni, tygodniu lub miesiący od daty zawarcia umowy o zamówienie publiczne;
- nakazanie zamawiającemu udzielenia wyjaśnień w zakresie zapytań skierowanych zamawiającemu przez Odwołującego oraz opublikowanie ich treści wraz z wyjaśnieniami na stronie prowadzonego postępowania;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie rachunków.

Wykazanie legitymacji do wniesienia odwołania

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Bowiem jest wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia.

Wskazać należy, że na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjęć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy. Wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, deklaruje zainteresowanie postępowaniem, ma więc szansę na uzyskanie zamówienia, natomiast sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i przyszłych warunków wykonywania umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty (przykładowo wyrok KIO z dnia 19 maja 2017 r. KIO 903/17).

W wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Poprzez wprowadzenie do SWZ postanowień w zakresie terminu realizacji zamówienia odwołujący, jak również poprzez zaniechanie udzielenia wyjaśnień do treści SWZ został faktycznie pozbawiony możliwości uzyskania i wykonania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ. Odwołujący jest podmiotem, który ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, jak i ma realną możliwość uzyskać zamówienie, jeżeli postanowienia specyfikacji zostaną zmienione w sposób, który będzie szanował zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz warunków formalnych

Niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, tj.: 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania wyjaśnienia do treści SWZ w dniu 10.09.2021 r., nadto zamawiający opublikował na tej samej stronie modyfikację treści SWZ w dniu 14.09.2021 r. Tym samym, o naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się w wyżej wymienionych dniach. Termin na złożenie niniejszego odwołania - stosowanie do art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp - upływa zatem w dniu 20.09.2021 r. (ewentualnie dla drugiej czynności w dniu 24.09.2021 r.). Oznacza to, że odwołujący zachował przewidziany 10-dniowy termin na wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do dyspozycji § 2 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego dnia 16.09.2021 r. na adres e-mail Zamawiającego oraz za pośrednictwem platformy prowadzonego postępowania (zgodnie z wymaganiami SWZ).

UZASADNIENIE

I.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej progi unijne określone na podstawie art. 3 ww. ustawy.

Przedmiotem postępowania są *Dostawy w latach 2021- 2022 przedmiotów umundurowania i wyekwipowania - okulary przeciwsłoneczne.*

W trakcie przedmiotowego postępowania do zamawiającego został skierowany wniosek o wyjaśnienie treści SWZ zgodnie z zasadami, o których mowa w art. 135 ustawy Pzp. Zamawiający w dniu 10.09.2021 r. opublikował treść wyjaśnień. Jednak czynność zamawiającego narusza przepis art. 135 ust. 6 ustawy Pzp zgodnie z którym „treść zapytań wraz z wyjaśnieniami zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania”. Zamawiający bowiem nie udostępnił na stronie internetowej treści zapytań, które zostały sporządzone przez wykonawcę. Treść zapytań została w sposób autorski sporządzona przez samego zamawiającego.

Dowód: pismo wykonawcy z dnia 7.09.2021 (w aktach postępowania)

Ponadto, zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytanie nr 2 i nr 3 z pisma z dnia 10.09.2021 r. Zamawiający ograniczył się jedynie do poinformowania o podtrzymaniu postanowień treści SWZ.

Zamawiający nie wyjaśnił w jaki sposób wykonawca może przygotować ofertę zgodnie z warunkami zamówienia w terminie 27 dni.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu wyznaczył termin składania ofert na dzień 21.09.2021 r. – co oznacza, że termin składania ofert wynosi jedynie 27 dni (termin liczony od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu – 25.08.2021 r).

Wskazuje się, że potencjalny wykonawca nie jest w stanie przygotować oferty w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. 21.09.2021, która zawierać będzie wszystkie dokumenty określone przez zamawiającego w SWZ. Zgodnie z rozdz. IV SWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego w WTU Nr 1/WOBWSM, wymagane jest złożenie przez Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia, wraz z ofertą, przedmiotowego środka dowodowego, tj. Zaświadczenia o zgodności oferowanych okularów przeciwsłonecznych z obowiązującym WTU wydane przez Komendanta WOBWSM w Łodzi dla: Okulary przeciwsłoneczne wzór WTU NR 1/WOBWSM z terminem wystawienia po 17.03.2021 r.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie przewiduje wzywania do złożenia lub uzupełnienia wskazanego w pkt 1 przedmiotowego środka dowodowego w przypadku, gdy Wykonawca nie złoży go wraz z ofertą lub złożony wraz z ofertą przedmiotowy środek dowodowy będzie niekompletny.

Powyższe oznacza, że w terminie 27 dni wykonawca zobowiązany jest nie tylko do uzyskania ww. zaświadczenia, ale również do przygotowania przedmiotu zamówienia co oznacza jego wyprodukowanie zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Poniżej wykonawca wskazuje na niezbędne czynności w celu przygotowania oferty:

- zaprojektowanie wyrobu, przygotowanie formy do produkcji, walidacja - 60 dni
- badanie parametrów wymaganych w WTU: 30-45 dni
- zatwierdzenie wzoru w WOBWSM do 20 dni roboczych

W związku z powyższym, odwołujący podnosi że zamawiający uchylił się od udzielenia odpowiedzi na wyjaśnienie treści SWZ o wskazanie sposobu przygotowania treści oferty przez wykonawcę w tak krótkim terminie (27 dni), która będzie spełniać wymagania zamawiającego. Zamawiający odpowiedź ograniczył jedynie do podtrzymania postanowień SWZ oraz uzasadnienia, że termin jest zgodny z przepisami ustawy Pzp.

II.

Zamawiający pismem z dnia 14.09.2021 r. zmodyfikował treść SWZ w zakresie rozdz. V lit. a poprzez nadanie jej następującego brzmienia:

- zakończenie: 60 dni od daty zawarcia umowy lub do dnia 30 listopada 2021 r. - w zależności od tego który z terminów upłynie wcześniej.
- ewentualne opcje 45 dni od daty poinformowania o uruchomieniu prawa opcji, lub do dnia 30 listopada 2021 r. – w zależności od tego który z terminów upłynie wcześniej.

W związku z powyższym, odwołujący zwraca uwagę, że określenie terminu wykonania zamówienia poprzez wskazanie daty dziennej jest niezgodne z art. 436 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym, przepisem umowa zawiera postanowienia określające w szczególności planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach .

W uzasadnieniu do projektu nowej ustawy Pzp wskazano, że „nowym rozwiązaniem jest wyraźne zobligowanie zamawiających do określenia terminu wykonania umowy, w jednostkach czasu (dniach, tygodniach, latach), chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną, niezależną od zamawiającego np. w przypadku projektów finansowanych ze środków UE” (zob. druk nr 3624).

A zatem ustawa Pzp narzuca zamawiającym sposób, w jaki należy określić termin realizacji zamówienia, tj. poprzez używanie jednostek czasu. Zamawiający ma obowiązek co do zasady określić termin zakończenia realizacji umowy nie konkretną datą, ale poprzez ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy. Regulacja ma na celu zapewnienie by wszyscy wykonawcy mieli jednakową wiedzę o czasie wymaganym do realizacji zamówienia. Ma to zapobiec sytuacji, gdy każdy wykonawca, odrębnie, na podstawie własnego doświadczenia i wiedzy estymował najpierw spodziewany termin zawarcia umowy (mimo że nie miał wpływu na tę datę) a następnie próbował wyliczać pozostały mu czas na realizację zamówienia. Powyższe zmuszało każdego z wykonawców do uwzględniania w sposób całkowicie odmienny i subiektywny związanych z tym ryzyk kontraktowych i kosztów.

Wyjątki od powyższej zasady stanowią sytuacje, w których określenie terminu za pomocą konkretnej daty jest obiektywne uzasadnione np. w przypadku projektów o ograniczonym okresie finansowania.

W niniejszym postępowaniu nie występuje finansowanie ze środków pochodzących z UE, których wydatkowanie zostało określone konkretną datą. Przeciwnie finansowanie następuje ze środków własnych zamawiającego (środki budżetowe), w stosunku do których ustawodawca nie zawarł w art. 436 pkt 1 ustawy Pzp jakiegokolwiek wyłączenia. A contrario, uznać należy że racjonalny ustawodawca ustalając zasady dokonywania wydatków publicznych (tj. m.in. w ustawie o finansach publicznych) w ramach określonego roku kalendarzowego (rok budżetowy), gdyby uznał, że okoliczność ta powinna wyłączać zastosowanie normy prawnej zawartej w art. 436 pkt 1 ustawy Pzp, to wówczas zawarłby stosowne zastrzeżenie pozwalające zamawiającemu na określanie terminu wykonania zamówienia konkretną datą. Ustawodawca jednak tego nie uczynił, co oznacza że każdy zamawiający, w tym zamawiający będący jednostką budżetową (czy też jednostką z sektora finansów publicznych) powinien stosować wprost powyższą zasadę dotyczącą ustalania terminów wykonania zamówienia – w dniach, tygodniach, miesiącach.

Wykonawca wskazuje, że w wyroku z dnia 19 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2525/18 Krajowa Izba Odwoławcza, wskazała, że: „Określenie terminu realizacji zamówienia jest jednym z koniecznych elementów SIWZ, na co wskazuje art. 36 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Termin taki powinien uwzględniać wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, powinien być określony w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy prawa oraz być realny.“.

„Termin ten powinien uwzględniać wszystkie okoliczności związane z realizacją zamówienia, powinien być określony w sposób dopuszczony przez obowiązujące przepisy prawa oraz być realny. Ma on bowiem znaczenie dla ewentualnego podjęcia przez wykonawców decyzji o wzięciu udziału w postępowaniu. Termin ten może być określony przez wskazanie konkretnej daty lub ustalenie pewnego okresu, w którym wykonawca powinien wykonać przedmiot umowy“ – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 września 2018 r., sygn. akt KIO 1826/18.

W podobnym duchu wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 2 września 2016 r. sygn. akt KIO 1557/16 wskazując, że: „Zamawiający oznaczając terminy przez daty kalendarzowe nie mając jednocześnie wpływu na datę faktycznego początku realizacji zamówienia wypełnia tym samym przesłanką niemożliwości świadczenia.“.

Zamawiający określając w rozdz. V termin wykonania zamówienia całkowicie pominął aspekt wykonania zamówienia przez wykonawcę, który może się rozpocząć dopiero w chwili zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Nadto, zamawiający przesądził w preambule umowy, że „przedmiotem niniejszej umowy jest wytworzenie i dostarczenie (dostawa w rozumieniu art. 605 kodeksu cywilnego) przedmiotów umundurowania i wyekwipowania dla żołnierzy w jednostkach wojskowych w latach 2021-2022”. Podobnie określono to zagadnienie w § 1 ust. 1 Umowy.

Ponadto, zgodnie z § 6 ust. 2 Umowy przedmiot umowy podlega ocenie zgodności z wymogami określonymi w WDTT/WTU . Ocena jest dokonywana przed wprowadzeniem wyrobu do użytku. Przez wprowadzenie wyrobu do użytku rozumie się przekazanie przedmiotu umowy do wskazanego w umowie Odbiorcy. Biorąc pod uwagę doświadczenia wykonawcy w dostawie wyrobów tożsamy do przedmiotu zamówienia wskazujemy, że czas produkcji oraz niezbędne badania laboratoryjne potwierdzające zgodność oferowanego wyrobu z wymaganiami opisanymi w WDT nr 1 wynosi minimum 45 -60 dni.

W związku z powyższym, wyznaczenie przez zamawiającego terminu z naruszeniem art. 436 pkt 1 ustawy Pzp prowadzi do nierealności wykonania zamówienia. Oznacza to, że wykonawca w chwili składania oferty powinien uwzględnić odpowiednią sumę celem zabezpieczenia roszczeń zamawiającego z tytułu kar umownych za opóźnienie w dostawie. W takiej sytuacji, zamawiający otrzyma po pierwsze nieporównywalne (każdy wykonawca uwzględni inną sumę pieniężną jako zabezpieczenie przed karami), po drugie oferty będą zwierały cenę wyższą aniżeli realny koszt wyprodukowania przedmiotu zamówienia, co należy uznać za niekorzystne z punktu widzenia przepisów o finansach publicznych.

Nadto, w wyjaśnieniu treści SWZ zamawiający nie wskazał jakichkolwiek obiektywnych przyczyn, dla których wyznaczył datę dzienną realizacji zamówienia. Okoliczność ta narusza normę prawną wynikającą z art. 436 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.

pełnomocnik

Załączniki:

1. pełnomocnictwo,
2. odpis z KRS wraz z dokumentami rejestrowymi,
3. dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. dowód przekazania kopii odwołania zamawiającego.