

Czechowice-Dziedzice, dnia 10 listopada 2020 r.

Numer sprawy ZP 2312/1/2020

WYKONAWCY

**ZAWIADOMIENIE
O ZŁOŻENIU ODWOŁANIA**

Działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zawiadamia się, że w dniu 9 listopada 2020 r. w postępowaniu na „*Usługi kompleksowego sprzątnia i bieżącego utrzymywania w należytej czystości i stanie higieniczno - sanitarnym krytej pływalni WODNIK Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Czechowicach – Dziedzicach*” Zamawiający otrzymał kopię odwołania wniesionego przez Wykonawcę Impel System Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Ślężna 118 do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Mając na uwadze powyższe oraz zgodnie z postanowieniem art. 185 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa Wykonawców do przyłączenia się do postępowania odwoławczego.

Nadto wyjaśniamy, że na podstawie art. 185 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Zgodnie z postanowieniem art. 185 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Treść odwołania znajduje się poniżej.


DYREKTOR
mgr Paweł Łęka

.....
(kierownik zamawiającego)

Wrocław, 9 listopad 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a; 02-767 Warszawa

Odwołujący:

Impel System Sp. z o.o.,

ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław

e-mail: m1.paternoga@impel.pl

Zamawiający:

GMINA CZECHOWICE – DZIEDZICE

Plac Jana Pawła II, 1 43-502 Czechowice – Dziedzice

reprezentowana przez

Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji

ul. Legionów 145

43-502 Czechowice-Dziedzice

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 5 w związku z art. 179 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z dnia 16 października 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) składamy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługi kompleksowego sprzątania i bieżącego utrzymywania w należytej czystości i stanie higieniczno - sanitarnym krytej pływalni WODNIK Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Czechowicach – Dziedzicach” (Znak sprawy: ZP 2312/1/2020).

Określenie przedmiotu zamówienia:

Ogłoszenie nr 604824-N-2020 z dnia 2.11.2020 r.

„Usługi kompleksowego sprzątania i bieżącego utrzymywania w należytej czystości i stanie higieniczno - sanitarnym krytej pływalni WODNIK Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Czechowicach – Dziedzicach” (Znak sprawy: ZP 2312/1/2020).

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy oraz zwięzłe przytoczenie zarzutów:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, które ma wpływ na wynik postępowania:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1, ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe, niewyczerpujące dokonanie opisu przedmiotu zamówienia polegające na pominięciu istotnej okoliczności w postaci opisu przedmiotu zamówienia, jaki ma być realizowany w czasie, gdy obiekt Zamawiającego jest zamknięty dla klientów z uwagi na epidemię COVID-19, a który to parametr opisu przedmiotu zamówienia stanowi punkt wyjścia dla prawidłowego oszacowania ceny oferty i prawidłowego ustalenia zasad realizacji Umowy;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 31 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przerzucanie na Odwołującego negatywnych skutków niejasnego i niespójnego opisu przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp poprzez umieszczenie w postanowieniach dokumentacji przetargowej opisu przedmiotu zamówienia nie zawierającego pełnego opisu przedmiotu Umowy, która to czynność Zamawiającego obarcza całe postępowanie wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Wskazanie interesu Odwołującego:

Odwołujący oświadcza, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych a w konsekwencji uniemożliwiają mu złożenie oferty zgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

UZASADNIENIE

Zamawiający w dniu 2.11.2020 r. ogłosił przedmiotowe postępowanie. W ocenie Odwołującego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego Odwołujący podnosi:

W dokumentacji przetargowej w załączniku nr 8 przedstawił opis przedmiotu zamówienia. Ponieważ w załączniku tym nie zostało przez Zamawiającego opisane w jaki sposób usługa realizowana ma być przez Wykonawców w czasie epidemii COVID – 19, Odwołujący skierował do Zamawiającego w dniu 5.11.2020 r. zapytania dot. SIWZ w brzmieniu:

„Zamawiający w załączniku nr 8 – Opis przedmiotu zamówienia, wskazuje godziny funkcjonowania obiektu oraz określa godziny pracy dla personelu Wykonawcy, który ma być zatrudniony podstawie umowy o pracę w okresie zamówienia. Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający przewidział równoznacznie z ograniczeniem usługi, ograniczenie liczby etatów skierowanych do realizacji usługi proporcjonalnie do wprowadzonego ograniczenia umowy, usługi, powierzchni, częstotliwości. Wymóg skierowania stałej obsady do realizacji prac zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, mimo wprowadzonych ograniczeń, powoduje konieczność wliczenia tzw. kosztu postojowego, równego stałym kosztom osobowym, wynikającego z konieczności utrzymania etatyzacji pomimo ograniczeń umowy. W przypadku zawieszenia działalności Zamawiającego, Wykonawca zostaje w całości obciążony ciężarem stałych kosztów osobowych, w związku z wymogiem zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę. Zamawiający mając zawartą umowę oczekuje gotowości od Wykonawcy na szybkie uruchomienie usługi po odwołaniu np. zawieszenia działalności basenów, jednocześnie nie dając Wykonawcy gwarancji minimalnego poziomu przychodowego na poczet utrzymania tej gotowości i tym samym nie dzieląc z nim ciężaru zmiany niezależnej od obu Stron umowy. Prosimy o uwzględnienie w umowie zapisów umożliwiających stornom rozliczenie się za gotowość Wykonawcy do utrzymania ciągłości prac. Tym samym wnosimy o wskazanie minimalnego, gwarantowanego poziomu zamówienia w przypadku zawieszenia, ograniczenia działalności Zamawiającego.”

Zamawiający w dniu 6.11.2020 r. udzielił odpowiedzi na ww pytanie: „Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1, Zamawiający usunął ust. 3a w § 8 załącznika nr 7 do SIWZ „Wzór Umowy”, do którego odnosi się również treść pytania nr 2. W pozostałym zakresie Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ i nie wprowadza dalej idących zmian.”

Jednakże wg Odwołującego wyżej wskazana odpowiedź Zamawiającego na zapytanie nie daje pełnej odpowiedzi na pytanie Odwołującego oraz każdego innego Wykonawcy, który zainteresowany jest złożeniem oferty w tym postępowaniu ponieważ:

1. Opis przedmiotu zamówienia jest niepełny, Zamawiający nie dokonał wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia.
2. W chwili ogłoszenia przetargu Zamawiający ma świadomość, że usługa realizowana będzie w warunkach zamknięcia obiektu Zamawiającego dla jego klientów w czasie w jakim obowiązywać ma umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania i czas trwania zamknięcia obiektu Zamawiającego dla klientów basenu nie jest możliwy do przewidzenia.

3. Zamawiający pomimo powyższego w Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 8 do SIWZ nie wskazuje w jaki sposób kształtować się mają w takich okolicznościach obowiązki stron w tym wzajemne rozliczenia stron, chociaż jest to okoliczność kluczowa dla prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający w ten sposób nie dokonał prawidłowo opisu przedmiotu zamówienia.
4. Zamawiający nie przewidział wszystkich elementów istotnych dla jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia – tzn. nie opisał w jaki sposób realizowana ma być umowa przez Wykonawcę w czasie, gdy obiekt Zamawiającego zamknięty jest dla klientów basenu,
5. Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny, zrozumiały i kompletny, zachowując zasadę uczciwej konkurencji, a poszanowanie tych zasad wymaga jednoznacznego wskazania na jakich zasadach Zamawiający przewiduje realizację usług w warunkach tego konkretnego przypadku – tej konkretnej Umowy, także w czasie gdy obiekt Zamawiającego będzie zamknięty dla jego klientów;

Zgodnie z opinią UZP „dokonywany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis przedmiotu zamówienia wpływa na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowi o istotnych postanowieniach późniejszej umowy. Stąd też, na zamawiającym spoczywa obowiązek jasnego i precyzyjnego określenia przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, wykorzystania do jego opisanie standardowych określeń technicznych, które są zwykle używane w danej dziedzinie, zrozumiałych dla wszystkich osób trudniących się działalnością w danej branży.

Należy przy tym zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym "Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył" (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008, s. 35). Podobnie KIO w wyroku z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1024/08 „Zamawiający, działając w granicach określonych przepisami prawa, ma prawo sprecyzować przedmiot zamówienia o określonych minimalnych standardach jakościowych i technicznych. Okoliczność o charakterze notoryjnym, że nie wszyscy wykonawcy dysponują produktem

spełniającym wymagania Zamawiającego opisane w siwz i mogą go zaoferować oraz, że wymagania techniczne są trudne do spełnienia przez niektórych wykonawców, nie oznacza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w sposób utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 3, Warszawa 2009, s. 40). „Zamawiający ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był zrealizowany w jakości wyższej, niż standardowa, lub o podwyższonych parametrach, o ile jest w stanie swoje wymagania usprawiedliwić obiektywnymi okolicznościami” (wyrok KIO z dnia 2 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 236/08, UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 1, Warszawa 2008, s.40).

Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zapis ten służy realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, wystarczy do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji (zob. Wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., II Ca 693/5). KIO w wyroku z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 553/08, wskazała, iż „(...) Zamawiający zawarł wymóg zaoferowania przez wykonawców do dezynfekcji drzwi – strefy dotykowej preparatu Incidin Liquid Spray. Jak przyznał na rozprawie Zamawiający, wymagał zaproponowania w ofercie przez wszystkich wykonawców ww. preparatu mimo istnienia na rynku innych preparatów o podobnym działaniu. Nie dopuścił jednocześnie rozwiązań równoważnych w tym zakresie. Izba uznał, iż powyższy zapis stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji i jest niezgodny z dyspozycją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzecznicy nr 2, Warszawa 2008, s. 45).

Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, który upoważnia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, z uwzględnieniem wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty jak wymaga tego ustawa, ale poprzez wskazanie znaku towarowego, mimo, iż nie było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia ani tym, że nie mógł on opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń - dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Zamawiający stwierdzając tę okoliczność, ma obowiązek unieważnienia postępowania.”

Żądanie:

Odwołujący wnosi o zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia postanowień załącznika nr 8 do SIWZ lub taką zmianę postanowień SIWZ aby:

Zamawiający jednoznacznie określił:

1. na jakich zasadach realizowana ma być usługa w przypadku zamknięcia obiektu Zamawiającego dla klientów basenu, czy w tym czasie Wykonawcy zostaną zlecone inne czynności – jeżeli tak to jakie?, za które Wykonawcy przysługiwać będzie pełne wynagrodzenie Umowne,
2. że Zamawiający zobowiązuje się do zapłaty 80% wynagrodzeni Umownego w przypadku, gdy na skutek COVID -19 zostanie zamknięty obiekt Zamawiającego dla klientów i zakres wykonywanych czynności wynikających z załącznika nr 8 do SIWZ nie będzie mógł być realizowany z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. Zamawiający zobowiązany jest do pokrycia pełnych kosztów jakie z tytułu gotowości do realizacji usługi poniesie Wykonawca. Koszty Wykonawcy to stały koszt osobowy, (wynikający z konieczności utrzymania zatrudnienia pracowników), koszty parku maszynowego, ubezpieczenia, obsługi administracyjnej Umowy, koszt zakupu i magazynowania środków czystości itp. dlatego tak istotne prawidłowe dokonanie opisu przedmiotu zamówienie, który zapewni stronom postępowania prawidłowe wykonanie zamówienia publicznego i umożliwi Wykonawcy rzeczywiste oszacowanie ceny oferty.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak powyżej.

Podpis jest prawidłowy

Dokument podpisany przez Marcelina Paternoga
Data: 2020.11.09 12:13:04 CET