

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej
i Mieszkaniowej Sp. z o.o.
Antoniów, ul. Powstańców Śl. 54,
46-040 Ozimek
NIP: 754 033 40 27, REGON: 530569824
KRS: 0000109670
tel. 77 44 49 100
e-mail: pgkim@pgkim.ozimek.pl

Odwołujący:

HEATCO Sp. z o.o.
ul. Gliwicka 228,
40-860 Katowice
NIP: 634 28 53 996, REGON: 363514338
KRS: 00005954570
Telefon: 32 259 04 51
e-mail: biuro@hestco.pl

dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest: **Modernizacja magistrali sieci ciepłowniczej miasta Ozimek. Nowy Polski Ład - Nowe Ciepło**, Nr ref. 01/NC/2024

Publikacja: Biuletyn Zamówień Publicznych 2024/BZP 00016906 z dnia 08 stycznia 2024 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Wykonawcy - HEATCO Spółka z o.o. ul. Gliwicka 228, 40-860 Katowice na podstawie art. 514 ust. 1 w zw. art. 513 pkt 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (tekst. jedn. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, dalej „*Prawo zamówień publicznych*”) wnoszę niniejszym odwołanie od zaniechania czynności udzielenia odpowiedzi na zapytania zawarte we wniosku o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia skierowane do Zamawiającego w dniu 18 stycznia 2024 r.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie niżej wymienionych przepisów:

- 1) art. 284 ust 2 *Prawa zamówień publicznych* poprzez zaniechanie udzielenia wyjaśnień – odpowiedzi na 3 spośród 7 pytań pomimo tego, że wnioski o wyjaśnienie treści SWZ wpłynęły do Zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert.
- 2) art. 16 pkt 1) *Prawa zamówień publicznych* przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców w związku z zaniechaniem udzielenia odpowiedzi na część pytań skierowanych przez Odwołującego w dniu 19 stycznia 2024 r.

Mając powyższe na uwadze, wnoszę o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu udzielenia odpowiedzi na pytanie Nr 1, Nr 6 i Nr 7,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Interes w uzyskaniu zamówienia:

Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, których przedmiotem jest „*Modernizacja magistrali sieci ciepłowniczej miasta Ozimek. Nowy Polski Ład - Nowe Ciepło*”, Nr ref. 01/NC/2024, gdyż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego *Prawa zamówień publicznych*.

Objęte zarzutami odwołania naruszenia przepisów *Prawa zamówień publicznych* przez Zamawiającego narażają Odwołującego na szkodę przez uniemożliwienie złożenia oferty z rzetelnie skalkulowaną ceną oferty uwzględniającą występujące ryzyka kontraktowe a w konsekwencji uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego w wyniku tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, na co Odwołujący potencjalnie liczy.

Termin na wniesienie odwołania

Zamawiający zamieścił na stronie internetowej postępowania odpowiedzi na zapytania do SWZ w dniu 23 stycznia 2024 r. a zatem odwołanie jest wniesione w terminie zgodnym z *Prawem zamówień publicznych*.

Przesłanie kopii odwołania zamawiającemu, uiszczenie wpisu.

Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis od odwołania został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych także w ustawowym terminie.

UZASADNIENIE

Pismem z dnia 18 stycznia 2024 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ zawierającym 7 zapytań, w tym:

Na pytanie Nr 1 - Dot. zapisów § 5 ust. 2 Wzoru umowy

2. *Wyplata wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi zgodnie z zapisami promesy wstępnej dotyczącej dofinansowania inwestycji z Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych Edycja8/2023/389/PolskiLad na podstawie pkt. 5 promesy.*

Prosimy o jednoznaczne określenie zapisów umowy dotyczących wypłaty wynagrodzenia wynikających z zapisów promesy wstępnej dotyczącej dofinansowania inwestycji z Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych Edycja8/2023/389/PolskiLad na podstawie pkt. 5 promesy.

W związku z tym, że nie jest ogólnie dostępna treść treści promesy wstępnej dotyczącej dofinansowania inwestycji z Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych Edycja8/2023/389/PolskiLad wnioskujemy o jej załączenie do dokumentów zamówienia na stronie internetowej postępowania.

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2024 r. udzielił odpowiedzi: *Zamawiający udostępni promesę wstępną nr 8/2023/389/PolskiLad - w załączeniu do niniejszego pisma.*

Na pytanie Nr 6 - Dot. § 11 ust. 1 pkt 4 lit. b) Wzoru umowy

1. *Zamawiający dopuszcza możliwość zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy w następujących przypadkach:*

1) *Okoliczności uzasadniających zmianę niniejszej umowy, a mogących skutkować koniecznością zlecenia robót dodatkowych lub zamiennych, tj.:*

b) *na skutek zmian technologicznych spowodowanych następującymi okolicznościami:*

– *z uwagi na możliwość osiągnięcia wymaganego efektu poprzez zastosowanie innych rozwiązań technicznych lub materiałowych zwiększających jakość, parametry techniczne lub eksploatacyjne obiektów budowlanych lub skracających termin realizacji zamówienia,*

Czy przywołane powyżej zapisy Wzoru umowy dopuszczają zmianę ceny za wykonanie przedmiotu umowy w sytuacji, gdy Wykonawca zastosuje rozwiązania techniczne lub materiałowe zwiększające jakość, parametry techniczne lub eksploatacyjne obiektów budowlanych lub skracające termin realizacji zamówienia?

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2024 r. udzielił odpowiedzi: *Wszystkie zmiany umowy wprowadzane będą zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz zapisami umowy, w szczególności § 11.*

Na pytanie Nr 7 - Dot. § 11 ust. 1 pkt 4 lit. b) Wzoru umowy

2. *Zamawiający dopuszcza możliwość zmian umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy w następujących przypadkach*

3) *Okoliczności uzasadniających zmianę niniejszej umowy, a mogących skutkować koniecznością zlecenia robót dodatkowych lub zamiennych, tj.:*

b) *na skutek zmian technologicznych spowodowanych następującymi okolicznościami:*

- z uwagi na pojawienie się nowszej technologii wykonania zaprojektowanych robót pozwalającej na skrócenie czasu realizacji inwestycji, jak również obniżenie kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy,

Czy przywołane powyżej zapisy Wzoru umowy dopuszczają zmianę ceny za wykonanie przedmiotu umowy w sytuacji, gdy Wykonawca zastosuje rozwiązania nowszej technologii wykonania zaprojektowanych robót pozwalające na skrócenie czasu realizacji inwestycji, jak również obniżenie kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy?

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2024 r. udzielił odpowiedzi: *Wszystkie zmiany umowy wprowadzane będą zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz zapisami umowy, w szczególności § 11.*

Na mocy przepisu art. 284 ust. 1 i ust. 2 *Prawa zamówień publicznych* wykonawcy przysługuje uprawnienie do żądania od Zamawiającego wyjaśnienia treści SWZ. Z przedmiotowym uprawnieniem związany jest obowiązek Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, z tym zastrzeżeniem, że wniosek wpłynął we wskazanym w ustawie terminem.

Obowiązek udzielenia wyjaśnień należy uznać za spełniony, jeśli Zamawiający rozwieje wątpliwości wykonawcy w aspekcie będącym przedmiotem wyjaśnień. Samo podjęcie próby udzielenia wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, które w istocie nie stanowią pełnej odpowiedzi na wniosek wykonawcy nie może być traktowane jako wykonanie dyspozycji normy, wyrażonej w przepisie art. 284 ust. 1 i ust. 2 *Prawa zamówień publicznych*.

Instytucja wyjaśnień treści SWZ nie służy formalnemu wykonaniu obowiązku wyartykułowanego we wskazanym przepisie, a ma umożliwić wykonawcom powzięcie wiedzy niezbędnej do podjęcia decyzji co do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i sporządzenia oferty.

Ad. Pytania Nr 1

Zadając przedmiotowe pytanie i wnioskując do Zamawiającego o wyjaśnienia Odwołujący chciał uzyskać wiedzę na temat tego na jakich zasadach dokonywane będą wypłaty wynagrodzenia wynikające z zapisów promesy wstępnej dotyczącej dofinansowania inwestycji z Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych Edycja8/2023/389/PolskiŁad.

Zasady dokonywania wypłat wynagrodzenia powinny zostać określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, w szczególności we *Wzorze umowy* stanowiącej załączniku do SWZ.

Samo przekazanie w ramach udzielonych odpowiedzi treści Wstępnej promesy dotyczącej dofinansowania inwestycji z Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych Edycja8/2023/389/PolskiŁad (zgodnie z wnioskiem Odwołującego zawartym w pytaniu) nie zawiera odpowiedzi na zadane zapytanie.

Charakter Wstępnej promesy nie wskazuje na jakiegokolwiek wiążące wymagania w stosunku do Zamawiającego, a tym bardziej wykonawców. O ile Wstępna promesa może mieć swoje odzwierciedlenie w umowie zawartej pomiędzy Zamawiającym i dofinansowującym, to wykonawcy nie mają żadnej wiedzy o tym fakcie, a co za tym idzie, nawet o tym, czy wskazane postanowienia Wstępnej promesy są wiążące dla Zamawiającego.

Wstępna promesa jest dokumentem zawierającym w pkt 5 wytyczne dla Zamawiającego jak ma ukształtować zapisy umowy w zakresie warunków wypłaty wynagrodzenia, a nie jest elementem, kształtującym umowę pomiędzy zamawiającym i przyszłym wykonawcą zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreśla, że warunków wypłaty wynagrodzenia we Wzorze umowy, stanowiącym część II SWZ, Zamawiający nie zawarł. W szczególności wykonawcy zamierzający wziąć udział w postępowaniu i złożyć ofertę nie uzyskali informacji:

- 1) jaki to zakończony etap prac w ramach realizacji inwestycji stanowić będzie podstawę wypłaty wynagrodzenia w ramach pierwszej transzy,
- 2) jaki będzie poziom możliwej wypłaty i ile będzie on wynosił. Z zapisów Wstępnej promesy wynika jedynie, że nie może on być większy niż 50% dofinansowania. Oznacza to, że może on wynosić od 1% do 50% kwoty dofinansowania.

Wiedza na temat tego co oznacza zakończony etap prac oraz jaką kwotę dofinansowanie (określoną w % kwoty dofinansowania) może otrzymać wykonawca jest istotna dla podjęcia decyzji o złożeniu oferty oraz skalkulowaniu przez wykonawców jej ceny.

Brak określenia powyższych paramentów pozostawia Zamawiającemu pełną dowolność ich ustalania na etapie realizacji umowy i prowadzić może do nierównego traktowania wykonawców oraz naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Ponadto, takie działanie Zamawiającego uniemożliwia ocenę ryzyk kontraktowych wykonawcom i naraża ich na stratę w sytuacji, błędnego przyjęcia zasad finansowania realizacji przedmiotu umowy przez Zamawiającego.

Ad. Pytania Nr 6

Kierując do Zamawiającego przedmiotowy wniosek o wyjaśnienie treści SWZ Odwołujący chciał uzyskać odpowiedź na pytanie czy Zamawiający przewiduje możliwość zmiany ceny za wykonanie przedmiotu umowy w sytuacji, gdy Wykonawca zastosuje rozwiązania techniczne lub materiałowe zwiększające jakość, parametry techniczne lub eksploatacyjne obiektów budowlanych lub skracające termin realizacji zamówienia.

Odpowiedzi na to wydawałoby się proste pytanie Zamawiający jednak nie udzielił. Zamiast odpowiedzi Zamawiający stwierdził jedynie, że „*Wszystkie zmiany umowy wprowadzane będą zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz zapisami umowy, w szczególności § 11*”.

Zapisy § 11 Wzoru umowy nie zawierają jednak żadnych uregulowań dotyczących zmian wynagrodzenia.

Brak odpowiedzi na przedmiotowe pytanie uniemożliwia wykonawcom właściwą ocenę i kalkulację ryzyk związanych z realizacją umowy, a to skutkuje brakiem możliwości właściwego i rzetelnego określenia ceny ofertowej.

Ad. Pytania Nr 7

Zadając przedmiotowe pytanie Odwołujący chciał uzyskać odpowiedź na pytanie czy Zamawiający dopuszcza zmianę ceny za wykonanie przedmiotu umowy w sytuacji, gdy Wykonawca zastosuje rozwiązania nowszej technologii wykonania zaprojektowanych robót pozwalające na skrócenie czasu realizacji inwestycji, jak również obniżenie kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy.

Podobnie jak w przypadku pytania Nr 6 Zamawiający nie udzielił odpowiedzi stwierdzając jedynie, że *Wszystkie zmiany umowy wprowadzane będą zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz zapisami umowy, w szczególności § 11*”.

Aktualna przystaje uwaga dotycząca pytania Nr 6, że zapisy § 11 Wzoru umowy nie zawierają uregulowań dotyczących zmian wynagrodzenia.

Zaniechanie udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 6 i pytanie nr 7 uniemożliwia wykonawcom właściwą ocenę i kalkulację ryzyk związanych z realizacją umowy co skutkuje brakiem możliwości właściwego i rzetelnego określenia ceny ofertowej.

Nie odpowiadając na pytania Nr 1, Nr 6 i Nr 7 zawarte we wniosku o wyjaśnienie treści SWZ Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy *Prawa zamówień publicznych*, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania oraz wpływają na możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego i uzyskania przez niego zamówienia.

Biorąc po uwagę powyższe okoliczności należy zobowiązać Zamawiającego do udzielenia odpowiedzi na pytanie Nr 1, Nr 6 i Nr 7 zawarte we wniosku o wyjaśnienie treści SWZ złożonego przez Odwołującego w dniu 18 stycznia 2024 r.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.

Z poważaniem,

Edyta Ziarko

Prezes Zarządu Heatco Sp. z o.o

W załączeniu:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
2. Dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu;
3. Odpis KRS Odwołującego - HEATCO Sp. z o.o.
4. Dowody wymienione w treści Odwołania w tym:

Dowód nr 1: Wniosek o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 18 stycznia 2024 r.

Dowód nr 2: WYJAŚNIENIE treści SWZ oraz zmiana treści SWZ z dnia 23 stycznia 2024 r., w tym Wstępna promesa dotycząca dofinansowania inwestycji z Programu Rządowy Fundusz Polski Ład: Program Inwestycji Strategicznych Edycja8/2023/389/PolskiLad