Sygn. akt: KIO 409/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 27 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 27 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: TELBUD S.A. z siedzibą w Poznaniu, THALES LAS France SAS z siedzibą w Elancourt,

w postępowaniu prowadzonym przez Agencję Uzbrojenia w Warszawie,

postanawia:

1.odrzuca odwołanie;

2.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..…….

Sygn. akt: KIO 409/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Uzbrojenia w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę systemów radarowej kontroli rejonu lotniska. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 142-453107.

W dniu 5 lutego 2024 r. Konsorcjum: TELBUD S.A., THALES LAS France SAS wniosło odwołanie wobe wyjaśnień do treści specyfikacji warunków zamówienia, udzielonych przez Zamawiającego 25 i 31 stycznia 2024 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 135 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 411 ust. 6 oraz art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie wyjaśnieniami z 25 stycznia 2024 r. (odpowiedź 1 na pytanie 1) dodatkowego, niejasnego ograniczenia możliwości waloryzacji wynagrodzenia, w postaci powiązania waloryzacji wynagrodzenia od podstawy w postaci „Wykazu cen materiałów lub kosztów przyjętych przez wykonawcę do sporządzenia oferty", wymienionego we wzorze Formularza ofertowego pkt 12 ppkt. 9, którego nie przewidziano w treści Projektowanych postanowień umowy i którego zawartości oraz stopnia szczegółowości Zamawiający nie określił;

2)art. 135 ust. 1 i 2 w zw. z art. 411 ust. 6 i art. 439 ust. 1 i 2 i w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w odpowiedzi 2 na pytanie 2 z 31 stycznia 2024 r. powiązania możliwości złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia od przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą „Wykazu cen materiałów lub kosztów przyjętych przez wykonawcę do sporządzenia oferty", wymienionego we wzorze Formularza ofertowego pkt 12 ppkt 9, którego złożenie nie jest przewidziane w treści Projektowanych postanowień umowy i którego zawartości oraz stopnia szczegółowości Zamawiający nie określił;

3)naruszenie art. 135 ust. 1 i 2 w zw. z art. 411 ust. 6 i art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 58 § 1 i 2 Kc w zw. z art. 353(1) Kc i art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 i w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie w odpowiedzi 3 na pytanie 3 uzależnienia możliwości złożenia wniosku o waloryzację od przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą „Wykazu cen materiałów lub kosztów przyjętych przez wykonawcę do sporządzenia

oferty", wymienionego we wzorze Formularza ofertowego pkt 12 ppkt 9 oraz wprowadzenie domniemania, że jeżeli wykonawca złoży niewypełniony Wykaz, to oznacza, że wykonawca nie będzie wnioskować w przyszłości o waloryzację, ponieważ uwzględnił ryzyko wzrostu kosztów w przedstawionej ofercie;

4)naruszenie art. 137 ust. 1 i 6 w zw. z art. 135 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz w zw. z art. 411 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez udzielenie wyjaśnień do treści SWZ (odpowiedź 2 i 3), które zmieniają warunki SWZ, w szczególności w zakresie projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji i poprzez zaniechanie odpowiedniego przedłużenia terminu składania ofert;

5)naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty oraz niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia odpowiedzi 1, 2 i 3 oraz udzielenia wyjaśnień zgodnych z przepisami, w szczególności poprzez:

–wskazanie odwołania do prawidłowego postanowienia Projektowanych postanowień umowy dotyczącego waloryzacji,

–usunięcie powiązania możliwości i zasadności złożenia wniosku o waloryzację od przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą „Wykazu cen materiałów lub kosztów przyjętych przez wykonawcę do sporządzenia oferty", wymienionego we wzorze Formularza ofertowego pkt 12 ppkt 9, ,

–usunięcie (wykreślenie) domniemania, że niewypełnienie „Wykazu cen materiałów lub kosztów przyjętych przez wykonawcę do sporządzenia oferty", wymienionego oznacza, że wykonawca nie będzie wnioskować w przyszłości o waloryzację, ponieważ uwzględnił ryzyko wzrostu kosztów w przedstawionej ofercie.

Odwołujący wskazał, że 25 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował, że wpłynęło do niego następujące pytanie jednego z wykonawców: *We wzorze Formularza ofertowego pkt 12 ppkt. 9 wymieniono załącznik o nazwie „Wykaz cen materiałów lub kosztów przyjętych przez Wykonawcę do sporządzenia oferty (…)". Prosimy o wyjaśnienie co zawierać ma ten załącznik, skoro wykaz materiałów i ich wartości zawarty jest już w pozostałych załącznikach. Jakie „koszty" należy ująć w tym wykazie? Co zamawiający ma na myśli pisząc o „podstawie" wyliczenia?* W odpowiedzi na przedmiotowe pytanie Zamawiający poinformował, że *„wykaz, o którym mowa w pkt. 12 ppkt. 9 Formularza ofertowego odnosi się do postanowień § 2 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji. Przedmiotowy wykaz będzie podstawą do ewentualnej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy*.

Odwołujący zaznaczył, że przywołana przez Zamawiającego podstawa, tj. § 2 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy nie dotyczy waloryzacji, natomiast postanowienia dotyczące waloryzacji zawarte są w § 2 ust. 3-17 Projektowanych postanowień umowy, jednakże Zamawiający w swoich wyjaśnieniach nie powołał się na nie.

Odwołujący podniósł, że odpowiedź: *wykaz będzie podstawą do ewentualnej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy* jest niejasna i wprowadza w błąd co do intencji Zamawiającego, można bowiem na jej gruncie przyjmować, że Zamawiający wprowadził nową, niezależną od zawartej w Projektowanych postanowieniach umowy klauzuli waloryzacyjnej bądź też ją zastępującą, przesłankę warunkującą możliwość ubiegania się o waloryzację wynagrodzenia. Ponadto Odwołujący podniósł, że odpowiedź Zamawiającego nie zawiera w ogóle odpowiedzi na część pytania wykonawcy, tj. jakie „koszty" należy ująć w tym Wykazie i co Zamawiający ma na myśli pisząc o „podstawie wyliczenia". Zamawiający nie określił również wzoru Wykazu.

Dalej Odwołujący wskazał, że 31 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował o wpływie kolejnych zapytań do treści SWZ i przekazał wykonawcom treść pytań i odpowiedzi. W Pytaniu 2 jeden z wykonawców – w przypadku braku zgody na usunięcie wymogu złożenia Wykazu z pkt 12 ppkt 9 Formularza ofertowego – wnosił o udzielenie wyjaśnień co do stopnia szczegółowości Wykazu wymaganego w celu efektywnego zastosowania klauzuli waloryzacyjnej. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, *że to Wykonawca w oparciu o wymóg wskazany w pkt 12 ppkt 9 Formularza ofertowego podejmuje decyzję o stopniu szczegółowości wykazu, który ściśle powiązany z przedmiotem zamówienia, w przypadku spełniania przesłanki o waloryzacji, będzie wskazywał jednoznacznie na zmianę kosztu wykonania przedmiotu umowy*.

Odwołujący podniósł, że udzielone wyjaśnienie wprowadza dodatkowe, niejasne ograniczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia, w postaci powiązania możliwości złożenia wniosku o waloryzację wynagrodzenia od przedłożenia przez wykonawcę wraz z ofertą „Wykazu cen materiałów lub kosztów przyjętych przez wykonawcę do sporządzenia oferty", wymienionego we wzorze Formularza ofertowego pkt 12 ppkt 9, którego zawartości oraz stopnia szczegółowości Zamawiający nie określił i którego złożenie nie jest przewidziane w treści Projektowanych postanowień umowy. Odwołujący podkreślił, że jakkolwiek we wzorze Formularza ofertowego pkt 12 ppkt 9 wymieniono załącznik o nazwie „Wykaz cen materiałów lub kosztów przyjętych przez Wykonawcę do sporządzenia oferty (…)", to jego

powiązanie z kwestią waloryzacji wynagrodzenia pojawiło się dopiero na etapie wyjaśnień Zamawiającego. Dopiero bowiem na etapie wyjaśnień SWZ, kiedy to Zamawiający zaczął przypisywać temu rolę podstawy waloryzacji. Odwołujący powołał się na przepis art. 439 ust. 2 ustawy Pzp i podniósł, że w treści Projektowanych postanowień umowy, w szczególności w § 2 ust. 3-17 dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, znalazło się odesłanie do odpowiedniego wskaźnika, natomiast nie przewidziano wyraźnego odesłania do podstawy w postaci „Wykazu cen materiałów lub kosztów przyjętych przez wykonawcę do sporządzenia oferty". Zdaniem Odwołującego, uzależnienie waloryzacji od tak skonstruowanego Wykazu stanowi naruszenie przepisów Pzp oraz zasad przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co ma istotne znaczenie zwłaszcza w przypadku długoletniego kontraktu. Odwołujący podkreślił, że nie wszystkie koszty są możliwe do przewidzenia w tak długiej perspektywie czasowej, zatem istotne znaczenie ma sformułowanie wymogów co do treści Wykazu, który miałby być podstawą do waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Następnie Odwołujący wskazał, że w Pytaniu 3 jeden z wykonawców prosił o potwierdzenie, że przedmiotowy wykaz nie będzie podlegał weryfikacji w ramach oceny i badania złożonych ofert, zaś jego treść lub brak złożenia nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty. W odpowiedzi Zamawiający poinformował, że *Wykaz nie podlega ocenie. Zgodnie z zapisami pkt XII ppkt 1 SWZ na ocenę składają się następujące kryteria: „cena", „okres gwarancji", „wymagania fakultatywne", „wymagania premiowane". Złożenie niewypełnionego Wykazu, o którym mowa w pkt 12 ppkt 9 Formularza ofertowego nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty. Przez złożenie niewypełnionego Wykazu Zamawiający przyjmuje domniemanie, że Wykonawca nie będzie wnioskować w przyszłości o waloryzację, ponieważ uwzględnił ryzyko wzrostu kosztów w przedstawionej ofercie*. W ocenie Odwołującego, uzależnienie możliwości złożenia wniosku o waloryzację od przedłożenia wraz z ofertą Wykazu oraz wprowadzenie nieuzasadnionego „domniemania" narusza rażąco zarówno przepisy ustawy Pzp, w szczególności dotyczące waloryzacji, jak i inne przepisy (w szczególności przepisy Kc). Odwołujący podniósł, że kwestia „domniemania", o którym mowa w wyjaśnieniach, nie została wcześniej uregulowana ani w SWZ, ani w załącznikach do niej. Zdaniem Odwołującego, uzależnienie możliwości złożenia wniosku o waloryzację od przedłożenia wraz z ofertą Wykazu oraz wprowadzenie nieuzasadnionego domniemania, że złożenie niewypełnionego Wykazu spowoduje przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca nie będzie wnioskować w przyszłości o waloryzację, ponieważ uwzględnił ryzyko wzrostu kosztów w przedstawionej ofercie, stanowi de facto próbę obejścia przepisów o waloryzacji wynagrodzenia i czyni wprowadzoną w projektowanych postanowieniach umowy klauzulę waloryzacyjną pozorną.

Odwołujący podkreślił, że przypisanie przez Zamawiającego tak doniosłego znaczenia przedmiotowemu Wykazowi nie zostało wcześniej przez Zamawiającego wyartykułowane. Tymczasem kwestia ta ma ogromne znaczenie i istotnie wpływa na sposób sporządzenia oferty i stopień jej szczegółowości. W związku z tym – zdaniem Odwołującego – w ramach udzielonych wyjaśnień Zamawiający de facto zmienił pierwotną treść SWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Ww. przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący podniósł zarzuty, które oparł na udzielonych przez Zamawiającego następujących wyjaśnieniach do SWZ:

Pytanie 1:

We wzorze Formularza ofertowego pkt 12 ppkt. 9 wymieniono załącznik o nazwie „Wykaz cen materiałów lub kosztów przyjętych przez Wykonawcę do sporządzenia oferty (…)". Prosimy o wyjaśnienie co zawierać ma ten załącznik, skoro wykaz materiałów i ich wartości zawarty jest już w pozostałych załącznikach. Jakie „koszty" należy ująć w tym wykazie? Co zamawiający ma na myśli pisząc o „podstawie" wyliczenia?

Odpowiedź 1:

W*ykaz, o którym mowa w pkt. 12 ppkt. 9 Formularza ofertowego odnosi się do postanowień § 2 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy w zakresie waloryzacji. Przedmiotowy wykaz będzie podstawą do ewentualnej zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.*

Pytanie 2:

(…) w przypadku braku zgody na usunięcie tego wymogu wnosimy o udzielenie wyjaśnień co do stopnia szczegółowości

Wykazu wymaganego w celu efektywnego zastosowania klauzuli waloryzacyjnej.

Odpowiedź 2:

Zamawiający informuje, że to Wykonawca w oparciu o wymóg wskazany w pkt 12 ppkt 9 Formularza ofertowego podejmuje decyzję o stopniu szczegółowości wykazu, który ściśle powiązany z przedmiotem zamówienia, w przypadku spełniania przesłanki o waloryzacji, będzie wskazywał jednoznacznie na zmianę kosztu wykonania przedmiotu umowy.

Pytanie 3:

(…) potwierdzenie, że nie będzie on podlegał weryfikacji w ramach oceny i badania złożonych ofert, zaś jego treść lub brak złożenia nie będzie stanowił podstawy do odrzucenia oferty.

Odpowiedź 3:

Zamawiający informuje, że Wykaz nie podlega ocenie. Zgodnie z zapisami pkt XII ppkt 1 SWZ na ocenę składają się następujące kryteria: „cena", „okres gwarancji", „wymagania fakultatywne", „wymagania premiowane". Złożenie niewypełnionego Wykazu, o którym mowa w pkt 12 ppkt 9 Formularza ofertowego nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty. Przez złożenie niewypełnionego Wykazu Zamawiający przyjmuje domniemanie, że Wykonawca nie będzie wnioskować w przyszłości o waloryzację, ponieważ uwzględnił ryzyko wzrostu kosztów w przedstawionej ofercie.

W ocenie Izby powyższe wyjaśnienia nie stanowiły zmiany postanowień SWZ i nie wprowadziły do tego dokumentu nowej treści, która mogłaby zostać zaskarżona w terminie liczonym od udzielenia wyjaśnień. Tym samym zarzuty odwołania, wbrew ich literalnemu sfomułowaniu, sprowadzają się de facto do kwestionowania postanowień SWZ, a zatem powinny być podniesione w terminie 10 dni od przekazania wykonawcom SWZ, tj. od 21 grudnia 2023 r.

Zauważenia wymaga, że obowiązek złożenia kwestionowanego wykazu cen materiałów lub kosztów był od początku przewidziany w SWZ. W punkcie 12.9 wzoru formularza ofertowego Zamawiający przewidział bowiem, że do formularza należy załączyć *Wykaz cen materiałów lub kosztów przyjętych przez Wykonawcę do sporządzenia oferty (wskazując nazwę materiału lub kosztu, cenę materiału lub kosztu oraz podstawę wyliczenia ceny lub kosztu).* Zarówno sam obowiązek złożenia wykazu, jak i określony przez Zamawiającego stopień szczegółowości informacji, które należy w nim zamieścić, nie uległy zmianie w wyniku udzielonych wyjaśnień. Ponadto SWZ od początku nie określała wzoru tego dokumentu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym powiązanie ww. wykazu z waloryzacją wynagrodzenia wykonawcy nie wynikało z pierwotnego brzmienia SWZ i zostało wyartykułowane dopiero w wyjaśnieniach, które w tym zakresie zmodyfikowały ten dokument. Zauważenia wymaga, w § 2 ust. 3 pkt 2 projektu umowy Zamawiający zamieścił następujące postanowienie: *Jeżeli w trakcie realizacji Umowy nastąpi zmiana cen materiałów lub kosztów o co najmniej 10% (wzrost albo obniżenie) względem ceny materiałów lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy wskazanego w ust. 1, z przyczyn, za które Strona wnioskująca o taką zmianę nie ponosi odpowiedzialności, a zamiana ta lub zmiany będą miały wpływ na koszty wykonania Przedmiotu Umowy przez Wykonawcę – zastosowanie mają zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia Wykonawcy wskazane w niniejszym paragrafie (…)*. Ponadto, zgodnie z § 2 ust. 4 projektu umowy, wniosek o zmianę wynagrodzenia powinien zawierać uzasadnienie, w szczególności: wykazanie zaistnienia zmiany, wykazanie bezpośredniego i rzeczywistego wpływu na koszty wykonania zamówienia, szczegółową kalkulację proponowanej wysokości wynagrodzenia oraz wykazanie adekwatności propozycji do zmiany wysokości kosztów wykonania umowy lub pozyskania materiałów, przyjęte przez wykonawcę zasady kalkulacji wysokości kosztów wykonania umowy lub pozyskania materiałów. Biorąc zatem pod uwagę całokształt postanowień projektu umowy oraz wzoru formularza ofertowego należy stwierdzić, że powiązanie zaskarżonego wykazu z waloryzacją wynagrodzenia wykonawcy wynikało już z pierwotnego brzmienia tych dokumentów. Skoro Zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia *Wykazu cen materiałów lub kosztów przyjętych przez Wykonawcę do sporządzenia oferty*, wprowadzając jednocześnie do umowy postanowienie, że wykonawca będzie uprawniony do waloryzacji wynagrodzenia, jeżeli w trakcie realizacji Umowy nastąpi zmiana cen materiałów lub kosztów o co najmniej 10% względem ceny materiałów lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia, to nie powinno ulegać wątpliwości, że sporny wykaz ma służyć ustaleniu istnienia podstaw do waloryzacji wynagrodzenia.

Nie sposób też podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby udzielając odpowiedzi na pytanie 3 Zamawiający wprowadził do SWZ nowe postanowienie w postaci domniemania, że złożenie niewypełnionego wykazu spowoduje przyjęcie przez Zamawiającego, że wykonawca nie będzie wnioskować w przyszłości o waloryzację, ponieważ uwzględnił ryzyko wzrostu kosztów w przedstawionej ofercie. W ocenie Izby udzielone wyjaśnienia nie wprowadzają nowej regulacji dotyczącej zasad waloryzacji wynagrodzenia, a jedynie potwierdzają okoliczność faktyczną, że jeśli wykonawca nie wypełni wykazu, to pozbawi się możliwości wykazania, że nastąpił wzrost cen lub kosztów, który

uprawnia go do wnioskowania o waloryzację wynagrodzenia. Skoro zgodnie z umową wykonawca będzie uprawniony do waloryzacji, jeśli nastąpi zmiana cen materiałów lub kosztów o co najmniej 10% względem ceny materiałów lub kosztów przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia, a ceny przyjęte do ustalenia wynagrodzenia mają stanowić załącznik do oferty, to niewykazanie tych cen spowoduje faktyczną niemożliwość wykazania, że zaistniały podstawy do waloryzacji. Zamawiający nie wprowadził więc do umowy żadnego domniemania prawnego, a jedynie stwierdził, jakie faktyczne konsekwencje będzie miało niewypełnienie wykazu.

W związku z tym należy stwierdzić, że udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia do treści SWZ nie zmieniły postanowień tego dokumentu ani nie wprowadziły do niego nowych regulacji, a zarzuty podniesione w odwołaniu dotyczą w istocie SWZ przekazanej wykonawcom 21 grudnia 2023 r., zatem termin na wniesienie odwołania upłynął 10 dni od tego przekazania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 1 z 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodnicząca: ……. **.....**