

Ciechanów dnia 13.10.2021 r.

AT - ZP/2501/95/21

Uczestnicy postępowania

dotyczy: przetargu nieograniczonego pn. **Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakątnego - roboty budowlane**, znak ref. ZP/2501/95/21

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie otrzymał o wykonawców wątpliwości dotyczące treści SWZ. Przedstawiamy poniżej treść zapytań, a po nich odpowiedź zamawiającego.

1. Mając na uwadze naszą korespondencję kierowaną do Zamawiającego w dniach 01.10.2021r. oraz 05.10.2021r. związaną z kwestią nieprawidłowego zapisu, dotyczącego terminu wykonania zamówienia, umieszczonego w SWZ oraz projekcie umowy, prosimy po raz trzeci o dostosowanie go do wymogów zawartych w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r. poz. 2019 z późn. zm.).
Zapisy w projekcie umowy są sprzeczne z SWZ. W SWZ Zamawiający wskazał konkretną, nieprzekraczalną datę wykonania zamówienia, tj. do godz. 15:00 w dniu 31.05.2023 r. Zamawiający zaznaczył też w SWZ, że: "Wykonawca nie może zaoferować terminu realizacji zamówienia, dłuższego niż 31.05.2023 r., w związku z tym jeśli zaoferowany przez niego termin wyznaczy choćby jeden dzień dłużej niż 31.05.2023 r., oznaczać to będzie, że wykonawca zaoferował właśnie 31.05.2023 r., jako dzień zakończenia zamówienia (podpisania końcowego protokołu odbioru)". Zatem, choć biorąc pod uwagę kryterium terminu realizacji, można stwierdzić, że w umowie jako termin zakończenia robót będzie wskazana określona liczba dni od daty zawarcia Umowy, to i tak określony termin nie może być dłuższy niż do godz. 15:00 w dniu 31.05.2023 r. - czyli od maksymalnego terminu narzuconego w SWZ.
Co jest sprzeczne z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r. poz. 2019 z późn. zm.), wedle której planowany termin zakończenia robót budowlanych określa się: w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach.
Jeśli Zamawiający interpretuje to w taki sposób- iż skoro w umowie będą podane dni, a nie konkretna data – i jest to zapis zgodny w PZP, to Zamawiający jest w błędzie, co skutkować może unieważnieniem postępowania z racji wady, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego.
2. Zgodnie z udzieloną w dniu 11.10.2021r. odpowiedzią na pytanie nr 27- Zamawiający nie dysponuje aktualnym pozwoleniem na budowę i w chwili obecnej trwa procedura uzyskania przedmiotowego pozwolenia. Biorąc pod uwagę ustawowy czas oczekiwania na przeprowadzenie tejże procedury, a także czas na uprawomocnienie się decyzji, Wykonawca nie ma pewności, że wskazany w SWZ planowany termin podpisania umowy jest realny. Nie sposób w tej sytuacji określać datę początkową jak i końcową – pojawiająca się w opisie kryterium terminu realizacji, ponieważ daty te mogą ulec zmianie i są od siebie zależne. Co w sytuacji gdy Wykonawca wskaże w ofercie np. 500 dni kalendarzowych na wykonanie zamówienia, licząc od daty wskazanej w SWZ czyli 22-11-2021 , a w trakcie okaże się, iż Zamawiający nie uzyska prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę do tego czasu (22-11-2021) – Wykonawca podając już w ofercie liczbę dni będzie zobowiązany wykonać zamówienie i tak przed 31-05-2023- co jest niespójne i niezgodne z zapisami SWZ oraz Ustawą PZP.
3. SWZ podaje
W kryterium termin realizacji (T) punkty za zaoferowany termin realizacji zamówienia (T) będą przyznawane ofercie badanej zgodnie z poniższym wzorem:
$$Tob = Tmin / Tx \times 20$$

gdzie:
Tob – oznacza ilość punktów uzyskanych przez ofertę badaną w kryterium „termin realizacji zamówienia” (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku)
Tmin – najkrótszy zaoferowany termin realizacji zamówienia,
Tx – termin realizacji zamówienia zaoferowany w ofercie badanej.
Uwaga! Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie oferowanego czasu wykonania zamówienia, w ilościach dni kalendarzowych licząc od wskazanej przewidywanej daty zawarcia umowy. Winien to uczynić w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ).
W jaki sposób Wykonawca – ma określić Tmin – najkrótszy zaoferowany termin realizacji zamówienia, skoro Zamawiający nie uzyskał jeszcze prawomocnej decyzji o pozwoleniu na budowę.
4. Czy Zamawiający celowo określa datę końcową w SWZ podając 31-05-2023 – zamykając tym samym wykonawcy drogę do zachowania terminu 31-05-2021- gdyż podając w SWZ i formularzu ofertowym przewidywaną datę zawarcia umowy, tj. 22.11.2021 r., która może okazać się nierealną (z racji braku

pozwolenia), doprowadzi do sytuacji, że Wykonawca w swojej ofercie poda liczbę dni kalendarzowych na wykonanie zamówienia i jeśli umowa zostanie podpisana później niż 22.11.2021r. (z przyczyn niezależnych od Wykonawcy) to Wykonawca przekroczy termin 31-05-2021 co skutkować będzie naliczeniem kar. Czy jest to działanie celowe?

1. Czas realizacji licząc od 22-11-2021 do 31-05-2023 to 555 dni, a co w przypadku, gdy robót nie będzie można rozpocząć 22-11-2021? Czy będzie to traktowane jak niezgodność z ofertą, czy zostaną naliczone kary? Powstała niejasność skutkować może unieważnieniem postępowania.

W związku z tym nasuwa się też pytanie jak Zamawiający zamierza liczyć czas początkowy do kryterium oceny ofert, skoro nie ma pozwolenia na budowę.

Zaznaczamy, że nieprawidłowo zapisana kwestia terminu wykonania zamówienia może się stać podstawą do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 nowego Pzp, tj. z tego względu, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zgodnie m.in. z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 czerwca 2021 r., sygn. akt KIO 1343/21, podstawą unieważnienia ewentualnej zawartej umowy mógłby być art. 457 ust. 1 pkt 1 nowego Pzp, gdyż zamówienie zostałoby udzielone z naruszeniem ustawy, w tym wypadku z naruszeniem art. 436 pkt. 1) nowego Pzp. KIO w ww. wyroku uznała, że art. 457 ust. 1 pkt 1 nowego Pzp, stanowiący, iż:

1. Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert.

uprawnia Zamawiającego/Wykonawców do unieważnienia postępowania, jeśli w toku postępowania Zamawiający naruszył przepis / przepisy nowego Pzp, także do udzielenia zamówienia doszłoby z naruszeniem ustawy.

Otwiera to furtkę Wykonawcom, którzy mają lub mieli interes w uzyskaniu zamówienia oraz ponieśli lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, do skorzystania z przysługujących im środków ochrony prawnej – do wniesienia odwołania do KIO.

Wobec powyższego prosimy po raz kolejny o poprawienie błędnie zapisanego formatu terminu wykonania przedmiotu zamówienia w SZW, projekcie umowy etc. i zamieszczenie poprawnych zapisów zgodnie z art. 436 pkt. 1) ustawy Pzp według, którego planowany termin zakończenia robót budowlanych określa się: w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach lub o wskazanie obiektywnej przyczyny, która uzasadnia wyznaczenie w SWZ terminu wykonania zamówienia jako konkretnej daty.

Odpowiedź zamawiającego:

Zamawiający, deklarując potrzebę zawarcia umowy o udzieleniu zamówienia niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty wyjaśnia co następuje:

1. Zamawiający wskazał godz. 15:00 w dniu 31.05.2023 r. jako termin do którego zamówienie winno zostać wykonane. Przewidywana data zawarcia umowy wynika z potrzeb zamawiającego oraz zobowiązania jakie przyjął w umowie dotacyjnej, dotyczącej terminu rozliczenia środków przyznanych na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym wykonawcy nie mogą w ofercie zaoferować terminu realizacji zamówienia, określonego w niej w ilościach dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy, przekraczającego godz. 15:00 w dniu 31.05.2023 r.
2. Wskazana w dokumentach zamówienia data 22.11.2021 r. jest umownym/przewidywanym terminem zawarcia umowy, użytą jedynie w celu porównania ofert w kontekście kryterium oceny ofert, jakim jest zaoferowany termin realizacji zamówienia. Zamawiający dopuszcza zawarcie umowy z datą późniejszą niż 22.11.2021 r. Na tym etapie prowadzonego postępowania podanie precyzyjnej daty zawarcia umowy nie jest możliwe.
3. W umowie o udzieleniu zamówienia, termin realizacji zamówienia zostanie określony w ilościach dni kalendarzowych zaoferowanych w ofercie wybranego wykonawcy, a nie poprzez określenie konkretnej daty. (zgodnie z przepisem ust. 1 art. 436 Pzp: „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, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną”

Jest przy tym prawdopodobna sytuacja, w której ilość dni kalendarzowych określona w umowie, będzie mniejsza niż ilość w ofercie wybranej:

Przykład:

Zamawiający przewiduje, że zamówienie zostanie zrealizowane w ciągu 555 dni kalendarzowych, licząc od dnia 22.11.2021 r. (umowna data zawarcia umowy).

Wykonawca wybrany zaoferował termin realizacji zamówienia w ilości 600 dni kalendarzowych.

W takiej sytuacji, w umowie z nim zawartej termin realizacji zamówienia zostanie ustalony na: 555 dni kalendarzowych.

4. Zamawiający przewiduje, że pozwolenie na budowę otrzyma do końca października br.
5. Przykład przydziału punktów w kryterium oceny ofert w odniesieniu do zaoferowanego terminu realizacji:

Numer oferty	Zaoferowany termin realizacji	Zaoferowany termin realizacji po weryfikacji	Ilość punktów przyznanych ofertom	Uwagi
--------------	-------------------------------	--	-----------------------------------	-------

		pod kątem przewidywanej daty zakończenia zadania tj. 31.05.2023 r.		
1	600 dni kalendarz.	555 dni kalendarz.	16,22 pkt.	Do oceny przyjęto 555 dni.
2	500 dni kalendarz.	500 dni kalendarz.	18,00 pkt.	
3	450 dni kalendarz.	450 dni kalendarz	20,00 pkt.	Oferta z najkrótszym terminem realizacji.

6. W §12 projektu umowy zamawiający przewidział możliwość wprowadzenia zmian do umowy w stosunku do złożonej oferty.
7. Par. 1 ust 4 projektu umowy otrzymuje brzmienie „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu Umowy w terminie dni kalendarzowych od daty zawarcia Umowy”

DYREKTOR
Andrzej Juliusz Kamasa

Wiesław Babiżewski
 Główny Specjalista
 ds. Zamówień Publicznych