

Kraków, 07.05.2020 r.

**Konsorcjum firm:**

Lider: Kwadrat Sp. z o.o.

Ul. Dietla 56/1

31-029 Kraków

Członek: Renovatorium Maciej Mazur

Konserwacja Obiektów Zabytkowych

Pl. Na Groblach 8/5

31-101 Kraków

**Urząd Miasta Legnica**  
**pl. Słowiański 8**  
**59-220 Legnica**

**INFORMACJA O NIEZGODNEJ Z PRZEPISAMI CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO**

Pismo poprzedzające wniesienie odwołania

Szanowni Państwo,

W nawiązaniu do przekazanej w dniu 06.05.2020 r. informacji dot. wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm: Lider: Kwadrat Sp. z o.o., Ul. Dietla 56/1, 31-029 Kraków, Członek: Renovatorium Maciej Mazur Konserwacja Obiektów Zabytkowych, Pl. Na Groblach 8/5, 31-101 Kraków oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *Wybór Wykonawcy zadania inwestycyjnego „Rewitalizacja zespołu zabytkowego Palmiarni stanowiącego bazę edukacji przyrodniczo-historycznej” – etap I.*, działając na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 24 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej w dalszej treści „ustawą Pzp”, informuję o niezgodności z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego w ww. postępowaniu.

Zamawiający w Instrukcji dla Wykonawców Rozdział V pkt 1.3 1) wskazał, iż o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który: *wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał roboty budowlane tj. wykonał co najmniej 2 zamówienia/zadania: przebudowa lub remont obiektu o powierzchni min. 350m<sup>2</sup>, zawierające między innymi roboty polegające na wymianie lub wzmocnieniu konstrukcji stalowej oraz zabezpieczeniu antykorozyjnym, każde, w tym: - jedno zadanie polegające na przebudowie/budowie lub remoncie obiektu o powierzchni min. 350m<sup>2</sup>, objętego jedną z form ochrony zabytków zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, obejmującego wymianę lub wzmocnienie konstrukcji stalowej i jej zabezpieczenie antykorozyjne.*

Zamawiający pismem z dnia 28.04.2020 r. poinformował Wykonawcę Konsorcjum firm: Lider: Kwadrat Sp. z o.o., Ul. Dietla 56/1, 31-029 Kraków, Członek: Renovatorium Maciej Mazur Konserwacja Obiektów Zabytkowych, Pl. Na Groblach 8/5, 31-101 Kraków, iż uznał naszą ofertę za najkorzystniejszą i jednocześnie, działając na podstawie art. 26 ust 2 ustawy Pzp oraz pkt VI A ppkt 4 Instrukcji dla Wykonawców wezwał nas do „uzupełnienia oferty o wymienione dokumenty i oświadczenia”, w tym zgodnie z ppkt 5) wezwania do złożenia:

*5) wykaz robót budowlanych wykonanych, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej 2 zamówienia/zadania: przebudowa lub remont obiektu o powierzchni min. 350m<sup>2</sup>., zawierające między innymi roboty polegające na wymianie lub wzmocnieniu konstrukcji stalowej oraz zabezpieczeniu antykorozyjnym, każde, w tym: - jedno zadanie polegające na przebudowie/budowie lub remoncie obiektu o powierzchni min. 350m<sup>2</sup>, objętego jedną z form ochrony zabytków zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, obejmującego wymianę lub wzmocnienie konstrukcji stalowej i jej zabezpieczenie antykorozyjne. wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane wg załącznika nr 3 do niniejszej instrukcji, z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów inne dokumenty.*

W odpowiedzi na wezwanie złożyliśmy wykaz robót, w którym zostały wskazane 3 pozycje – oprócz wymienionych przez zamawiającego w piśmie z dnia 06.05.2020 r., znalazła się również robota budowlana polegająca na budowie konstrukcji stalowej wiaty przylegającej do budynku Wyższej szkoły Artystycznej we Wrocławiu. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia nie odniósł się do wykazanej w wykazie roboty, stąd przyjąć należałoby, iż uznał ją za spełniającą wymagania postawione w warunku doświadczenia zawodowego.

Na wstępie zaznaczyć należy, iż nie zgadzamy się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby roboty wykazane przez nas nie potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Po pierwsze Wykonawca potwierdza, że wykazane w wykazie roboty zawierały elementy oraz spełniają wszystkie wymagania wskazane w warunku przez Zamawiającego. Zgodnie z uzasadnieniem wykluczenia wykonawcy wskazanym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 06.05.2020 r., Zamawiający nie uznał wskazanych robót, powołując się na brzmienie definicji obiektu budowlanego w Prawie budowlanym wskazując, iż „ogrodzenie to nie obiekt budowlany ani nie obiekt małej architektury. W związku z powyższym Zamawiający wykazane przez Wykonawcę remonty ogrodzeń

nie może uznać jako spełnienie wymaganego doświadczenia zawodowego (...). Nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Zamawiającego.

Definicję obiektu małej architektury podaje prawo budowlane w art. 3 pkt 4. Zgodnie z tym przepisem przez obiekt małej architektury należy rozumieć niewielkie obiekty, a w szczególności:

- a) kultu religijnego, jak: kapliczki, krzyże przydrożne, figury,
- b) posągi, wodotryski i inne obiekty architektury ogrodowej,
- c) użytkowe służące rekreacji codziennej i utrzymaniu porządku, jak: piaskownice, huśtawki, drabinki, śmietniki.

Jest to dosyć ogólna definicja, zaś użycie sformułowania „w szczególności” świadczy o tym, że w definicji nie wymieniono wszystkich obiektów. Wskazano w niej jedynie kilka przykładowych obiektów małej architektury. Dolinka Szwajcarska to zespół obiektów małej architektury (wodotrysk, figura, pomnik, latarnie, relikwiarz) bezpośrednio przylegającej do ul. Fryderyka Chopina. Od strony północnej okala ten obiekt kamienna balustrada tralkowa, od strony wschodniej stalowe ogrodzenie. Ten obiekt jest doskonałym przykładem małej architektury, gdyż w rozumieniu prawa budowlanego posiada wszystkie elementy tej definicji.

Referencje załączone do oferty całkowicie spełniają wymagania stawiane przez Zamawiającego w powyższym postępowaniu, gdyż stalowa konstrukcja ogrodzenia umocowana była na betonowo-kamiennym murze, który to jest elementem małej architektury zespołu obiektów tworzących Dolinkę Szwajcarską. Stalowe ogrodzenie było przebudowane i zabezpieczone systemem antykorozyjnym. Również remontowane były inne konstrukcje stalowe tworzące obiekt. W tytule referencji jest nawet wyraźnie napisane: Remont konserwatorski obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie Dolinki Szwajcarskiej przy ul. Chopina w Warszawie.

Druga przedstawiona referencja odnosząca się do prac naprawczych przeprowadzonych na obiekcie Memoriału Katyń również spełnia wymagania, ponieważ stalowa konstrukcja ogrodzenia o powierzchni powyżej 350 m<sup>2</sup> była naprawiana, spawana i zabezpieczana systemem antykorozyjnym. Cały obiekt Memoriału był objęty pracami budowlano-naprawczymi. Na jego terenie były wykonywane również prace naprawcze związane ze stalową ścianą memoriałową i konstrukcją żeliwnych epitafiów. Wykonawca dołączył do oferty również treść realizację polegającą na budowie dla celów wystawienniczych stalowo-szklanej wiaty przylegającej do budynku Wyższej Szkoły Artystycznej. Zamawiający nie przeanalizował szczegółowo zakresu powyższych referencji oraz nie wezwał do wyjaśnień i nie uwzględnił faktu, że wszystkie wykazane roboty były wykonywane na obiektach budowlanych. Referencja dotycząca budowy stalowo-szklanej wiaty, czyli obiektu budowlanego o powierzchni powyżej 350 m<sup>2</sup>, przylegającego do budynku znajdującego się w gminnym rejestrze zabytków.

Konkludując każda z pozycji przedstawionych w wykazie robót spełnia wymagania Zamawiającego dotyczące wymaganego doświadczenia Wykonawcy.

Ponadto, co należy w tym miejscu ponownie podkreślić, w przypadku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Po drugie zgodnie z literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu zacytowanym powyżej Zamawiający wymagał wykazania się przez Wykonawcę 2 zamówieniami/zadaniami polegającymi na przebudowie lub remoncie obiekty o powierzchni min. 350m<sup>2</sup> (...). W żadnym miejscu dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu nie zostało wskazane przez Zamawiającego określenie obiekty budowlane, na które powołuje się Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia, przywołując przepisy Prawa budowlanego. Wobec powyższego fakt ten jest kluczową kwestią, która w tej sytuacji neguje całkowicie uzasadnienie wykluczenia Wykonawcy z postępowania i czyni go bezpodstawnym.

Ponadto warto również wskazać na kolejne błędne czynności Zamawiającego podjęte w toku oceny i badania ofert.

W sytuacji jednak, gdy Zamawiający nie uznał zgodnie z uzasadnieniem przedstawionym w piśmie z dnia 06.05.2020 r. robót wykazanych przez nas w złożonym wykazie robót za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego, z czy się oczywiście nie zgadzamy mając na uwadze przedstawioną powyżej argumentację, z ostrożności podnosimy i wskazujemy na naruszenie prawa przez Zamawiającego polegające na zaniechaniu czynności wezwania nas do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, do której był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 28.04.2020 r. prawidłowo zastosował podstawę prawną – art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże w tym miejscu należy odróżnić art. 26 ust. 2 ustawy Pzp – wezwanie do złożenia dokumentów i oświadczeń od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który dotyczy sytuacji, kiedy wykonawca, pomimo obowiązku złożenia określonych dokumentów lub oświadczeń, który wynika wprost z regulacji ustawy Pzp lub z wezwania otrzymanego od Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 albo 26 ust. 2 ustawy Pzp. Artykuł 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp dotyczy wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Natomiast art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odnosi się do wezwania nie tylko do złożenia oświadczeń i dokumentów, ale także do ich uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia, jeżeli uprzednio nie zostały one złożone, są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości.

Z powyższego wynika, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, a więc również do dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a więc zarówno dokumentów potwierdzających spełnianie warunków „pozytywnych”, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z Opinią Urzędu Zamówień Publicznych „Czym różni się wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 i ust. 2 od procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 3a ustawy Pzp?„: Przepis art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wskazują zatem na żądanie przez zamawiającego złożenia oświadczeń lub dokumentów, zaś art. 26 ust. 3 i ust. 3a ustawy Pzp wskazuje na żądanie uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Zamawiający był zobligowany mocą ustawy Pzp do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sytuacji, gdy uznał złożony przez nas wykaz za błędny. „Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. nakazuje zamawiającemu wezwanie odwołującego do złożenia brakujących dokumentów przedmiotowych, tym samym zaniechanie tej czynności stanowi działanie niezgodne z przepisami ustawy z 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.“ – wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 713/19.

Zamawiający może odstąpić od wzywania do uzupełnienia jedynie w sytuacji, w której mimo tego, że wykonawca uzupełniłby dokumenty (złożył lub poprawił, udzielił wyjaśnień) jego oferta podlegałaby odrzuceniu (zachodziłyby bowiem inne przesłanki, które uzasadniałyby odrzucenie oferty mimo spełniania przez wykonawcę warunków podmiotowych /niepodlegania wykluczeniu/spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań zawartych w SIWZ) lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zatem tylko w tych dwóch wymienionych przypadkach zamawiający może odstąpić od kierowania wezwania z art. 26 ust. 3. ustawy Prawo zamówień publicznych

Również warto przywołać Zamawiającemu do wiadomości kolejny z licznych wyroków jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie - (wyrok KIO z 23 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2356/17) „Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że wezwanie do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, po wcześniejszym wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jest niedozwolonym wzywaniem wykonawcy do uzupełnień „do skutku”. Ustawodawca wyraźnie wyodrębnił okoliczności, w których oba ww. wezwania są dokonywane. Art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona. Natomiast art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów w szerszym zakresie niż tylko wynikający z art. 25 ust. 1, gdyż dotyczy także oświadczenia z art. 25a ust. 1 ustawy Pzp oraz innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Ponadto art. 26 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia wezwanie nie tylko do złożenia oświadczeń i dokumentów, ale także do ich uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia, jeżeli uprzednio nie zostały one złożone, są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości. Tym samym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie wynika, że w przypadku niezłożenia wcześniej wymaganych od wykonawcy dokumentów, zamawiający ma obowiązek powtórnie wezwać do ich złożenia. Nie jest to jednak wzywanie „do skutku”, ale przewidziane przepisami ustawy Pzp jednokrotne w zakresie danego oświadczenia lub

dokumentu wezwanie wykonawcy do jego złożenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli uprzednio był on o nie bezskutecznie wezwany na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wzywaniem „do skutku” byłoby ponawianie wezwania kolejny raz w oparciu o tę samą podstawę prawną, tj. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie tych samych oświadczeń lub dokumentów, która to sytuacja w ramach ustalonej linii orzeczniczej i w doktrynie, została rzeczywiście uznana za niedopuszczalną.”

Wadliwe zrealizowanie przez zamawiającego obowiązku, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie może zatem nieść negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Dodatkowo wskazać należy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2017 r. (sygn.. akt KIO 2437/16), którego stan faktyczny jest podobny do sytuacji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. We wspomnianym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: „od procedury wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów, o której mowa w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, należy odróżniać procedurę wezwania do uzupełniania oświadczeń i dokumentów wymienioną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Pierwsza z nich nakłada obowiązek złożenia określonych oświadczeń i dokumentów w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w określonym terminie. Natomiast procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie nie tylko w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć wraz z ofertą, ale także dokumentów, które należało złożyć w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp”. Izba odwołała się w tym zakresie również do opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej tego zagadnienia. W konsekwencji Izba uznała, że działanie zamawiającego polegające na wezwaniu „odwołującego do złożenia i uzupełnienia tych samych oświadczeń i dokumentów jednocześnie w trybie art. 26 ust. 2 i w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, było z zasady błędne. Procedura z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy wezwania do złożenia dokumentów, których wykonawca nie miał jeszcze obowiązku składać. Natomiast procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, była i pozostaje procedurą uzupełniającą, która znajduje zastosowanie w sytuacji gdy wykonawca nie sprostął obowiązkowi złożenia dokumentów (w ofercie – w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć na tym etapie lub w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp – w odniesieniu do dokumentów, które należało złożyć dopiero w terminie zakreślonym w wezwaniu). Działanie zamawiającego, który wyklucza wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, bez wykorzystania obligatoryjnej procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należało ocenić jako nieprawidłowe”.

Nieznane są Wykonawcy podstawy działania Zamawiającego polegające na wykluczeniu nas z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez uprzedniego zastosowania procedury wezwania do uzupełnienia, o której mowa powyżej. Jednakże z ostrożności wskazujemy również na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 09.09.2019 r. sygn. akt X Ga 227/09, gdzie wskazano, że „art. 26 ust. 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych pozwala wykonawcom ubiegającym się o

*udzielenie zamówienia publicznego wskazać inną niż wykazana w dokumentach złożonych wraz z ofertą, osobę, która będzie wykonywać zamówienie, posiadającą kwalifikacje i doświadczenie odpowiadające wymaganiom zamawiającego, pod warunkiem, że osoba taka posiadała – nie później niż w dniu, w którym upłynął termin do składania ofert – kwalifikacje i doświadczenie odpowiadające wymaganiom zamawiającego.”*

Mając na uwadze wszystkie przedstawione powyżej rozważania i orzeczenia KIO, z całą pewnością stwierdzić należy, iż Zamawiający dokonał niezgodnej z przepisami czynności polegającej na wykluczeniu Wykonawcy Konsorcjum firm: Lider: Kwadrat Sp. z o.o., Ul. Dietla 56/1, 31-029 Kraków, Członek: Renovatorium Maciej Mazur Konserwacja Obiektów Zabytkowych, Pl. Na Groblach 8/5, 31-101 Kraków oraz na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z czym zwracamy się do Zamawiającego z żądaniem unieważnienia dokonanej czynności, a następnie dokonania ponownego badania i oceny naszej oferty pod kątem spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w przypadku wątpliwości z ewentualnym skierowaniem wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia złożonej przez nas oferty w postaci uzupełnienia wykazu wykonanych robót), a następnie wyboru naszej oferty jako oferty najkorzystniejszej i podpisania umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W przeciwnym wypadku zmuszeni będziemy podjąć stosowne kroki mające na celu złożenie odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Na koniec chcemy przypomnieć Zamawiającemu sankcje związane z dokonaną czynnością – zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych, określających przesłanki upoważniające do unieważnienia tego postępowania.

Uprzejmie proszę o niezwłoczne potwierdzenie otrzymania wiadomości na adres e-mail: [renovatorium@interia.pl](mailto:renovatorium@interia.pl)

Maciej Mazur