

Poznań, dnia 06 września 2022 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Legnica

Plac Słowiański 8

59-220 Legnica

tel. 76-72-12-352

<http://um.bip.legnica.eu/>

zamowienia.publiczne@legnica.eu

Odwołujący:

DEMIURG sp. z o.o.

ul. Górnicza 2/143a

60-107 Poznań

KRS 0000973474

NIP 7792393070

przetargi@demiurg.com.pl

tel. 616621140

fax 61 862 11 20

Przedmiot postępowania:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wybór Wykonawcy zadania inwestycyjnego pn. "Przebudowa basenu krytego „Bąbelek” ul. Mazowiecka 3 w Legnicy" oznaczenie postępowania nadane przez Zamawiającego: IM.RZP.271.6.1.374.24.2022

Numer ogłoszenia o zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych:

2022/BZP 00233297/01 z dnia 2022-06-30

Data podjęcia informacji o podstawie do wniesienia odwołania:

01.09.2022 r. – drogą elektroniczną.

Data wniesienia odwołania: 06.09.2022 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu spółki pod firmą **DEMIURG spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „**Wykonawca**” albo zamiennie „**DEMIURG**”) na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 z późn. zm., dalej: **PZP**), wnoszę odwołanie wobec opisanej poniżej niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w ramach wskazanego powyżej postępowania o udzielenie zamówienia oraz zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy.

Oznaczenie czynności i zaniechań

Na podstawie art. 287 ust. 3 PZP Zamawiający, pomimo braku merytorycznych i uzasadnionych podstaw, poinformował Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty i doręczył tę informację w sposób elektroniczny w dniu 01 września 2022 roku.

Zamawiający – Gmina Legnica nie dokonał odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „USBUD” Lesław Chmielowski z siedzibą w Legnicy, pomimo braku wykazania spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający – Gmina Legnica zaprosił wyłącznie Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „USBUD” Lesław Chmielowski z siedzibą w Legnicy do dalszych negocjacji oferty.

Zamawiający w sposób nieuprawniony ograniczył liczbę oferentów zaproszonych do negocjacji wyłącznie do jednego wykonawcy - Przedsiębiorstwo Budowlano – Usługowe „USBUD” Lesław Chmielowski z siedzibą w Legnicy, pomimo tego, że w treści SWZ nie wskazał okoliczności i możliwości ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do dalszych negocjacji. Zaś ograniczenie liczby oferentów zaproszonych do negocjacji poniżej 3 podmiotów jest sprzeczne z PZP.

Data czynności lub zaniechania

Zawiadomienie, o którym mowa w art. 287 ust. 3 PZP zostało przekazane wykonawcom, w tym Odwołującemu, w dniu 01 września 2022 roku, w tym samym terminie Odwołujący dowiedział się o odrzuceniu jego oferty.

Tym samym niniejsze odwołanie wnoszone jest w terminie określonym na podstawie przepisu art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP.

Wskazanie na okoliczności uzasadniające występowanie po stronie Odwołującego interesu prawnego

Zgodnie z przepisem art. 505 ust. 1 PZP: „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”

Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą pod względem przyjętych w treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „**SWZ**”) kryteriów oceny ofert. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, bowiem spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu. W wypadku uwzględnienia odwołania, a następnie uchylecia czynności odrzucenia oferty DEMIURG, Wykonawca winien zostać zaproszony do dalszych negocjacji. Co więcej, oferta USBUD winna zostać przez Zamawiającego odrzucona, bowiem wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu. W takim przypadku oferta złożona przez Odwołującego jest niższa niż kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Oczywistym jest na tle niniejszej sprawy, iż Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie zaś w wyniku opisanej czynności Zamawiającego naruszającej przepisy ustawy PZP oraz zaniechania wykonania czynności, do których był Zamawiający obowiązany na podstawie ustawy, może ponieść szkodę polegającą na utracie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie może przy tym ulegać żadnej wątpliwości, że pomiędzy działaniem Zamawiającego, a potencjalną szkodą Wykonawcy występuje oczywisty adekwatny związek przyczynowy.

Informacja o przekazaniu kopii odwołania Zamawiającemu

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres zamowienia.publiczne@legnica.eu zgodnie z art. 514 ust. 2 PZP w dniu 06 września 2022 roku.

W załączeniu Odwołujący przedkłada dowód przekazania kopii odwołania na podstawie art. 516 ust. 2 pkt 2 PZP, dowód wniesienia wpisu oraz KRS Odwołującego z którego wynika uprawnienie Prezesa Zarządu Mikołaja Jankowskiego do reprezentacji DEMIURG.

Zarzuty

Zaskarżonej czynności jako Odwołujący zarzucam naruszenie:

- 1) art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty DEMIURG pomimo tego, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej,
- 2) art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy USBUD, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej,
- 3) art. 289 ust. 1 w zw. z art. 288 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez odmowę zaproszenia do negocjacji DEMIURG oraz MORIS POLSKA sp. z o.o. pomimo tego, że Zamawiający w SWZ nie wskazał okoliczności uprawniających go do ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji i zaproszenia do negocjacji wyłącznie jednego oferenta.

Jednocześnie wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności odrzucenia oferty DEMIURG,
- 2) Odrzucenia oferty USBUD,
- 3) Zaproszenie DEMIURG do negocjacji oferty,
- 4) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

UZASADNIENIE

(wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności)

1. Stan faktyczny sprawy

W dniu 30 czerwca 2022 roku Zamawiający opublikował ogłoszenie o chęci realizacji zamówienia publicznego na roboty budowlane i wybór wykonawcy zadania inwestycyjnego pn. "Przebudowa basenu krytego "Bąbelek" ul. Mazowiecka 3 w Legnicy" Znak sprawy: IM.RZP.271.6.1.374.24.2022 (dalej „**Postępowanie**”).

W odpowiedzi na opublikowane ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający otrzymał 3 oferty. Wraz z czynnością otwarcia ofert Zamawiający poinformował, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowania zamówienia to 18.800.000 zł brutto.

W toku badania ofert Zamawiający w dniu 17 sierpnia 2022 roku wezwał DEMIURG do złożenia wyjaśnień oraz podmiotowych środków dowodowych mających na celu wykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca pismem z dnia 25 sierpnia 2022 roku poinformował Zamawiającego, że podmiot udostępniający zasoby - ENERGOPOL TRADE OPOLE SP Z O.O. wykonała jako generalny wykonawca inwestycję pn. „Budowa krytej pływalni na terenie kampusu Politechniki Opolskiej przy ul Prószkowskiej w Opolu”. Okoliczność tę bezspornie potwierdzały referencje wystawione przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Opolu, które to zostały załączone do wyjaśnień z dnia 25 sierpnia 2022 roku.

W tym stanie faktycznym Zamawiający, jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty DEMIURG z dnia 01 września 2022 roku, „sprawdził i zweryfikował”, że wskazany przez Wykonawcę podmiot udostępniający zasoby nie posiada doświadczenia określonego w SWZ pkt „2.1.1. Wykonawca, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej: 1 zadanie polegające na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m2, elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej. - wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.”

W ocenie Zamawiającego basenową nieckę stalową w ramach ww. zamówienia zrealizowała jako podwykonawca firma AKVAHELP SPOL. S.R.O. z siedzibą w Pradze, a nie samodzielnie ENERGOPOL TRADE OPOLE SP Z O.O. Wobec poczynionych ustaleń Zamawiający uznał, że podmiot na którego zasoby powołuje się DEMIURG, nie nabył przedmiotowego doświadczenia i nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie wykonał stalowej niecki basenowej o powierzchni lustra wody min. 300 m2.

- 2. Zarzut naruszenia art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty DEMIURG pomimo tego, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na budowie lub**

przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.

Zamawiający w toku Postępowania zgodnie z dyspozycją art. 116 PZP postawił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający w pkt 2.1. IDW określił, że Wykonawca w celu wzięcia udziału w Postępowaniu winien „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej: **1 zadanie polegające na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.** - wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca lub członek konsorcjum lub podmiot na którego zasoby powołuje się Wykonawca spełni je samodzielnie. Jeżeli podmiot, który wykazuje doświadczenie zawodowe w ramach Konsorcjum przy wykazanym jako doświadczenie zawodowe zadaniu - musi wykazać bezpośredni udział i wykonanie zakresu robót tożsamy, z wykazywanymi jako doświadczenie zawodowe w przedmiotowym postępowaniu.”

Wobec tak postawionego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego - ENERGOPOL TRADE OPOLE SP Z O.O. do udostępnienia zasobów oraz zobowiązanie do realizacji przedmiotu tego zamówienia. Podmiot ten zgodnie z przekazanymi i znajdującymi się w aktach Postępowania referencjami wykonał jako generalny wykonawca inwestycję pn. „Budowa krytej pływalni na terenie kampusu Politechniki Opolskiej przy ul Prószkowskiej w Opolu”. Okoliczność tę bezsprzecznie potwierdzają referencje wystawione przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Opolu.

Z treści referencji wynika, że podmiot ten wykonał:

Konstrukcję budynku zaprojektowano w technologii monolitycznej żelbetowej. Pod halą pływalni wykonano żelbetową płytę denną gr. 40cm na fundamentach pośrednich wykonanych w technologii kolumn DSM \varnothing 600mm w ilości 737szt. o łącznej długości 2000mb. Pod pozostałą częścią budynku wykonano układ ław i stóp fundamentowych. Konstrukcję budynku stanowią ponadto słupy żelbetowe, ściany nośne żelbetowe gr. 15-30cm, stropy monolityczne żelbetowe gr. 20-30cm, schody i trybuny żelbetowe. Hala pływalni przekryta jest dźwigarami z drewna klejonego szer. 40cm i rozpiętości 42m w rozstawie 5,27 i 5,55m, wysokości 70-215cm, opartymi na słupach i ścianach żelbetowych.

Zaś zainstalowana w ramach realizacji umowy stalowa niecka basenowa miała lustro wody o powierzchni 1700 m².

Program funkcjonalny:

- hala pływalni z basenem sportowym o wymiarach 50x25,4m wykonanym ze stali nierdzewnej; niecka wyposażona w ruchomy pomost; basen rekreacyjno-rozgrzewkowy z trzema torami pływakimi i atrakcjami wodnymi (masażem wodnym i rwącą rzeką); niecka wykonana ze stali nierdzewnej; basen solankowy wykonany w technologii żelbetowej, jacuzzi,

Dodatkowo w ramach tego zamówienia realizowane były roboty instalacyjne i technologiczne w zakresie:

• Roboty instalacyjne i technologiczne:

- przyłącza i sieci: energetyczne, telekomunikacyjne, co, wody, p.poż., kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz gazowe
- instalacja wodociągowa (w tym hydrantowa p.poż.) i kanalizacji sanitarnej
- kanalizacja deszczowa (do odwodnienia dachu zastosowano system podciśnieniowy)
- instalacja centralnego ogrzewania oraz ciepła technologicznego i gazowa
- system kolektorów solarnych
- węzeł ciepłowniczy
- instalacje wentylacji mechanicznej i klimatyzacji
- instalacja technologii uzdatniania wody: Stacja Uzdatniania Wody o wyd. 1146m³/h, pompy obiegowe, filtry basenowe, instalacja elektrolizy membranowej, lampy dezynfekcyjne, instalacja dozowania chemikaliów, instalacja AKPIA
- elektryczna oświetlenia i oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego
- instalacja elektryczna gniazd ogólnych i gniazd siłowych
- instalacje teletechniczne:
 - system włamania i napadu oraz kontroli dostępu.
 - system nagłośnienia Plena Easy (wzmacniacz miksujący, źródło dźwięku, głośniki, kierunkowe projektory dźwięku, 4 linie głośnikowe)
 - system telewizji dozorowej CCTV i SAP
 - sieć okablowania strukturalnego
 - elektroniczny system obsługi klientów (ESOK)
 - system BMS
 - elektroniczny system pomiaru czasu Omega z tablicą wyników LED i słupkami startowymi
- instalacja odgromowa
- budynek stacji transformatorowej

Przedstawione przez Wykonawcę referencje podmiotu trzeciego, wraz z zobowiązaniem jednoznacznie potwierdzają, że ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. jako generalny wykonawca ww. inwestycji nabył samodzielnie doświadczenie w zakresie budowy basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem

technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.

DEMIURG wskazuje, że fakt wykonania przez ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. montażu stalowej niecki basenowej siłami własnymi czy za pomocą zatrudnionego podwykonawcy nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla nabycia przez ten podmiot przedmiotowego doświadczenia. Doświadczenie nabywane przez generalnego wykonawcę jak i przez jego podwykonawców należy traktować dwojako – zarówno jako doświadczenie własne podwykonawcy, jak i doświadczenie generalnego wykonawcy.

Rodzaj więzi łączącej te dwa podmioty pozwala przyjąć, że nawet w przypadku, gdy generalny wykonawca powierza podwykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia w całości, to nadal zdobywa w ten sposób doświadczenie, którym może posługiwać się w ramach przyszłych postępowań. Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby do powstania sytuacji, w której wykonawcy zostaliby zmuszeni do realizacji wszelkich prac siłami własnymi w obawie przed utratą możliwości powoływania się na doświadczenie przy danym zamówieniu. Tak abstrakcyjne podejście, w szczególności w specyfice realizacji robót budowlanych, skutkowałoby, że żaden generalny wykonawca nie nabędzie w całości doświadczenia pozwalającego mu na realizację innych, podobnych inwestycji w przeszłości.

Wykonawca podkreśla, że linia orzecznicza KIO w przedmiotowym zakresie jest jednolita, a wyroki Izby wskazują, że fakt powierzenia części prac podwykonawcy nie wpływa na brak możliwości posługiwania się doświadczeniem w tym zakresie przez wykonawcę zlecającego te prace. Należy tutaj przytoczyć m.in. Uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 maja 2019 r. (sygn. akt KIO/KD 33/19), która stanowi, że "Tym samym, członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał **samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców**, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów." W podobnym tonie wypowiedziała się KIO wyroku z 02 kwietnia 2021 r. sygn. akt. KIO 270/21). Zgodnie z jego treścią wykonawca jest uprawniony do tego, aby powoływać zdobyte w ramach zadania doświadczenie, nawet w przypadku, gdy część prac realizował przy pomocy podwykonawcy, który realizował je pod jego nadzorem.

Przytoczone orzeczenia stanowią kontynuację stanowiska Izby, która już w 2009 roku orzekała, że: „Przystępujący ma prawo uznawać roboty wykonywane przez swoich podwykonawców za roboty własne, skoro są one wykonywane pod jego nadzorem, na jego zlecenie w jego imieniu, a wykonawca zlecający te roboty odpowiada za nie jak za swoje. Zatem ma prawo wykazywać te roboty jako swoje doświadczenie” (wyrok KIO z dnia 10 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 703/09, KIO/UZP 709/09). Analogiczny pogląd wyraził Prezes

Urzędu Zamówień Publicznych w opinii z dnia 4 maja 2009 r., gdzie podkreślił, że wykonawca nabywa doświadczenie realizując zamówienie przy pomocy podwykonawców.

Tym samym, należy stwierdzić, że ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. nabył samodzielnie doświadczenie związane całym zakresem budowy pn. „Budowa krytej pływalni na terenie kampusu Politechniki Opolskiej przy ul Prószkowskiej w Opolu”, w tym również związanych z montażem stalowej niecki basenowej. Niezależnie od tego czy zrealizował prace siłami własnymi czy też za pomocą podwykonawcy.

Zamawiający wypełniając dyspozycję z art. 116 ust. 1 PZP i stawiając warunek udziału w postępowaniu musi określić w jaki sposób wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia mogą go spełnić; czy można łączyć potencjały kilku wykonawców ustanawiając warunek łączny; czy też jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musi spełniać wskazany warunek. Zamawiający w SWZ wskazał, że ww. warunek udziału w postępowaniu „zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca lub członek konsorcjum lub podmiot na którego zasoby powołuje się Wykonawca **spełni je samodzielnie.**” Zatem w ocenie Wykonawcy Zamawiający wprost określił, że nie dopuszcza możliwości sumowania potencjałów ze zrealizowanych przez wykonawców robót budowlanych. Zatem należy bezsprzecznie uznać, że potencjalny wykonawca nie jest uprawniony do łączenia doświadczenia z różnych inwestycji w celu spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu, a jest zobowiązany do okazania się zrealizowaniem wszystkich tych prac w ramach jednej inwestycji.

Ze skonstruowanego przez Zamawiającego postanowienia SWZ nie sposób zinterpretować, jak to próbuje wykazać Zamawiający, że warunek udziału w Postępowaniu zostanie spełniony jeśli wykonawca wykaże, że zrealizował roboty samodzielnie tj. bez udziału podwykonawców. Wykładania ta jest sprzeczna z wykładnią logiczną, celowościową i językową tego postanowienia.

Mieć należy nadto na uwadze, że w linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych ugruntowane jest stanowisko, zgodnie z którym zamawiający nie może wywodzić negatywnych skutków prawnych dla ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty, jeżeli SWZ nie zawiera wyraźnych i jednoznacznych wymagań dotyczących treści oferty. Postanowienia SWZ muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane co do zasady na korzyść wykonawcy (wyroku z dnia 7 października 2013 r., KIO 2260/13, wyroku z dnia 11 sierpnia 2014 r., KIO 1557/14). Podobne stanowisko zajmują sądy powszechne (wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt III Ca 70/15).

Warto również zauważyć, że przy dokonywaniu oceny prawidłowości – czyli zgodności złożonej przez wykonawcę oferty z wymaganiami zamawiającego - podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców. Co za tym idzie istotna jest przede wszystkim treść SWZ (wyrok KIO z dnia 9 stycznia 2018 r., KIO 2712/17).

Analiza treści SWZ jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający nie postawił warunku udziału w Postępowaniu, z którego wynikałby obowiązek osobistego wykonania prac związanych z montażem stalowej niecki basenowej czy całości prac konstrukcyjnych, instalacyjnych i technologii basenu. Co więcej, prace instalacyjne i technologii basenu w ramach inwestycji realizowanej przez ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. również były wykonywane za pomocą specjalistycznych firm podwykonawczych, a pomimo tego Zamawiający na tej podstawie nie odrzucił oferty Wykonawcy.

Mając to na uwadze, w ocenie DEMIURG wykonawca należycie wykazał fakt spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, a czynność odrzucenia oferty DEMIURG jest sprzeczna z treścią przepisów PZP.

- 3. Zarzut naruszenia art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy USBUD, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.**

Zgodnie z treścią SWZ „2.1.1. Wykonawca, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej: 1 zadanie polegające na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej. - wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.”

Tak postawiony warunek udziału w Postępowaniu jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający wymaga, aby potencjalny wykonawca w ciągu ostatnich 10 lat zrealizował w formule generalnego wykonawstwa budowę lub przebudowę budynku basenu krytego, w którym znajduje się wykonana niecka stalowa o powierzchni lustra wody minimum 300 m². Budynek ten winien być wyposażony w instalacje elektryczne, sanitarne oraz technologię basenową.

Zamawiający ponadto zastrzegł, że warunek ten zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca lub członek konsorcjum lub podmiot, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, spełni je **samodzielnie**. Zatem należy bezsprzecznie uznać, że potencjalny wykonawca nie jest uprawniony do łączenia doświadczenia z różnych inwestycji w celu spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu, a jest zobowiązany do okazania się zrealizowaniem wszystkich tych prac w ramach jednej inwestycji.

Oferta wraz z załącznikami złożona przez USBUD nie spełnia tego warunku. Już z samej treści Oświadczenia wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – art. 108, 112, 116 i 125 UST. 1 - uPZP oraz ART. 7 UST. 1 ustawy „o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspierania agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego” tego wykonawcy jak i podmiotu, na którego zasoby wykonawca ten się powołuje - MEDIA TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Kołobrzegu jednoznacznie wynika, że żaden z tych podmiotów nie zrealizował samodzielnie inwestycji budowlanej polegającej na **budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.**

Z treści oświadczenia USBUD można stwierdzić, że podmiot ten posiada doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych, robót instalacji sanitarnych, robót instalacji elektrycznych i niskoprądowych. Jednakże brak jest informacji czy roboty te były wykonywane w związku z realizacją budynku o charakterze basenowym. Na okoliczność wykazania przedmiotowego doświadczenia USBUD nie przedstawił jakiegokolwiek referencji, w szczególności takiej, która poświadcza wykonanie tych robót w ramach inwestycji basenowej.

Natomiast z oświadczenia MEDIA TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Kołobrzegu wynika jedynie doświadczenie w zakresie dostawy i montażu niecek basenowych oraz wykonania technologii wody basenowej. Z przekazanych w ramach Postępowania referencji dodatkowo można wywnioskować, że wykonawca ten był podmiotem realizującym prace w ramach inwestycji „BUDOWA TERM WARMIŃSKICH W LIDZBARKU WARMIŃSKIM”. Jednakże, zakres faktycznie wykonanych prac obejmował jedynie technologię uzdatniania wody basenowej, niecek basenowych ze stali nierdzewnej,

zjeżdżalni oraz stawu naturalnego. Co więcej, z przekazanych Zamawiającemu referencji nie wynika, aby dostarczona i zamontowana w ramach przedmiotowej inwestycji wewnętrzna stalowa niecka basenowa posiadała powierzchnię min. 300 m² lustra wody, ani też, że podmiot ten wykonywał jakiegokolwiek roboty budowlane w budynku basenu krytego poza instalacją basenu, zjeżdżalni oraz urządzeń towarzyszących.

Tym samym należy uznać, że podmiot udostępniający zasoby USBUD nie posiada doświadczenia w zakresie generalnego wykonawstwa inwestycji budowlanej polegającej na **budowie lub przebudowie budynku basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.**

Z publicznie dostępnych w Internecie materiałów wynika, że inwestycja - BUDOWA TERM WARMIŃSKICH W LIDZBARKU WARMIŃSKIM, na której zrealizowanie powołuje się USBUD w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu była inwestycją realizowaną przez konsorcjum Kornas Development sp. z komandytowo-akcyjna (lider) i Kornas II sp. z o. o. (partner) z Kołobrzegu. Podmiot ten wypowiedział w pewnym momencie umowę inwestorowi i nie dokończył inwestycji.

Dowód:

1. Wydruki z materiałów prasowych dostępnych w Internecie.

Po zejściu z budowy przez pierwotnego generalnego wykonawcę inwestor postanowił nie rozpisywać kolejnego przetargu na nowego generalnego wykonawcę obiektu, a podzielił zadanie na kilka pakietów i postanowił samodzielnie koordynować dokończenie inwestycji.

https://www.przetargi.egospodarka.pl/410286_DOKONCZENIE-BUDOWY-TERM-WARMINSKICH 2014 2.html

Z ogłoszenia tego wprost wynika, że zadanie podzielono na 6 części „II.3) Określenie przedmiotu zamówienia: 1. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane pn. DOKOŃCZENIE BUDOWY TERM WARMIŃSKICH. Przedmiot zamówienia został podzielony na kolejne części : CZĘŚĆ 1. - Roboty zewnętrzne CZĘŚĆ 2. - Roboty budowlane CZĘŚĆ 3. - Roboty basenowe CZĘŚĆ 4. - Roboty elektryczne CZĘŚĆ 5. - Roboty elektryczne niskoprądowe CZĘŚĆ 6. - Roboty sanitarne 2. Szczegółowy zakres robót (Opis Przedmiotu Zamówienia -OPZ) określony jest przedmiarem robót, dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, który stanowi załącznik nr 1 do siwz.”

Na wykonanie instalacji sanitarnych oraz elektrycznych rozpisany był odrębny przetarg.

https://www.przetargi.egospodarka.pl/410286_DOKONCZENIE-BUDOWY-TERM-WARMINSKICH_2014_2.html

https://www.przetargi.egospodarka.pl/235037_Roboty-budowlane-pn-DOKONCZENIE-BUDOWY-TERM-WARMINSKICH_2014_2.html

Z treści ogłoszenia wprost wynika, że instalacje elektryczne oraz sanitarne to część 4, 5 oraz 6 ww. postępowania przetargowego. Publicznie dostępne materiały sugerują, że wykonawcą między innymi części 1 była firma TECHNOMEL Kazimierz Koziół, zaś części 2 - Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe DOMEX Jan Frydrych.

Dowód:

1. Wydruki z materiałów prasowych dostępnych w Internecie.

Wyżej wskazane okoliczności jednoznacznie potwierdzają, że podmiot udostępniający zasoby USBUD nie zrealizował w formule generalnego wykonawstwa inwestycji BUDOWY TERM WARMIŃSKICH w LIDZBARKU WARMIŃSKIM, ani też nie był podmiotem, który kompleksowo dokończył przedmiotową inwestycję po zejściu z budowy pierwotnego generalnego wykonawcy.

Mając powyższe na względzie należy z całą stanowczością stwierdzić, że przedstawione przez USBUD referencje podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje w toku Postępowania nie pozwalają na wykazanie spełnienia tego warunku udziału w Postępowaniu. Co więcej, przedstawione przez USBUD oświadczenia o spełnianiu warunku udziału w Postępowaniu świadczą o zamierzonym działaniu w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2022 r. KIO 3781/21 „to rolą zamawiającego jest weryfikacja sytuacji podmiotowej wykonawców na podstawie oświadczeń lub dokumentów określonych w SWZ, w tym korzystanie z instytucji, o których mowa w art. 128 p.z.p. Innymi słowy, złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które zostanie następczo podważone przez innego wykonawcę, nie wskazuje z góry, że mamy do czynienia z nieuczciwym zachwalaniem, lecz zmaterializowaniem się sankcji określonej art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p., z zastrzeżeniem art. 128 p.z.p.” Dlatego, w ocenie DEMIURG można przyjąć co najmniej zaniechanie Zamawiającego w zweryfikowaniu faktu spełniania warunku udziału w Postępowaniu przez USBUD.

Dokonanie rzetelnej weryfikacji oświadczeń USBUD, przynajmniej na takim samym poziomie szczegółowości jak to nastąpiło w przypadku doświadczenia, na które powołuje się DEMIURG, skutkować winno faktem bezwzględnego odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZP jako oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w Postępowaniu.

- 4. Zarzut naruszenia art. 289 ust. 1 w zw. z art. 288 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez odmowę zaproszenia do negocjacji DEMIURG oraz MORIS POLSKA sp. z o.o. pomimo tego, że Zamawiający w SWZ nie wskazał okoliczności uprawniających go do ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji i zaproszenia do negocjacji wyłącznie jednego oferenta.**

Zamawiający, przeprowadzający postępowanie w trybie podstawowym, z możliwością negocjacji kryteriów oceny ofert, zgodnie z art. 275 pkt 2 PZP ma możliwość wybrać, czy ograniczy liczbę wykonawców, z którymi będzie negocjował, czy też nie. Jeśli nie ogranicza liczby wykonawców, których zaprosi do negocjacji, wówczas negocjuje ze wszystkimi wykonawcami, którzy złożyli niepodlegające odrzuceniu oferty. Jeśli zaś decyduje się na ograniczenie tej liczby, musi pamiętać o dwóch kwestiach: wykonawców, których zaprosi do negocjacji nie może być mniej niż 3 (poza przypadkami, gdy w postępowaniu zostaną złożone mniej niż 3 oferty) oraz że należy podać kryteria oceny ofert, za pomocą których zamawiający ograniczy liczbę wykonawców, z którymi będzie negocjował. W tym celu zamawiający musi w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia wskazać kryteria oceny ofert, które zamierza stosować do ograniczenia liczby wykonawców zapraszanych do negocjacji ofert, oraz podać maksymalną liczbę wykonawców, których zaprosi do negocjacji ofert. Z treści art. 288 ust. 2 PZP, a także z treści art. 281 ust. 3 PZP wynika jednoznacznie, że narzędziem w celu ograniczenia liczby wykonawców, których zamawiający zaprosi do negocjacji są kryteria oceny ofert.

W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający wskazał w rozdziale XX. Pkt 1 Instrukcji dla wykonawców, że „Zamawiający nie przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców których zaprosi do negocjacji stosując kryteria oceny ofert – 90% cena oferty, okres gwarancji jakości i rękojmi 5% i termin realizacji 5%.”

Jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jest mniejsza niż trzy, zamawiający powinien obligatoryjnie je kontynuować. W przypadku kontynuacji postępowania zaproszenie do negocjacji winno być skierowane do tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

Pomimo obowiązków Zamawiającego wynikających wprost z przepisów PZP, Zamawiający do dalszych negocjacji złożonych ofert zaprosił wyłącznie jeden, lokalny podmiot – USBUD.

Tym samym, w ocenie DEMIURG Zamawiający w istotny sposób naruszył art. 289 ust. 1 w zw. z art. 288 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaproszenie do negocjacji oferty wyłącznie jeden podmiot i to w dodatku ten, który jako jedyny nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

5. Podsumowanie.

W ocenie Wykonawcy działania Zamawiającego podjęte w toku Postępowania, stoją wprost w sprzeczności z treścią dyspozycji wynikających z przepisów PZP. W pierwszej kolejności za zupełnie bezzasadną należy uznać odmowę uznania doświadczenia ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. przy realizacji inwestycji „Budowy krytej pływalni na terenie kampusu Politechniki Opolskiej przy ul Prószkowskiej w Opolu” tylko z tego powodu, że produkcja i montaż stalowej niecki basenowej był realizowany przez jednego z 4 funkcjonujących w Polsce producentów stalowych niecek basenowych. Co więcej, Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego fakt „sprawdzenia i zweryfikowania” doświadczenia ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. wykazującego brak doświadczenia tego podmiotu czy nieprawdziwość przedstawionych referencji.

Dociekliwość i skrupulatność Zamawiającego nie jest przedmiotem zarzutu Wykonawcy, jednak sprzeczne z art. 16 PZP jest szczegółowe weryfikowanie dokumentów i doświadczenia wyłącznie jednego z oferentów. Zamawiający pomimo przedstawienia przez Wykonawcę szczegółowych dokumentów i informacji o braku posiadanego przez USBUD doświadczenia, pozwalającego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaniechał weryfikacji okoliczności powoływanych przez DEMIURG i sprawdzenia czy USBUD posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Ostatecznie Wykonawca wskazuje, że zaproszenie wyłącznie jednego oferenta do dalszych negocjacji oferty stanowi naruszenie art. 288 i 289 PZP, a także art. 16 PZP poprzez brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co więcej, działania podejmowane przez Zamawiającego w celu zweryfikowania deklarowanych przez oferentów doświadczeń wskazują na brak zachowania proporcjonalności w prowadzeniu przedmiotowego Postępowania.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak w petitum odwołania.

Mikołaj Jankowski
Prezes Zarządu

Załączniki:

1. Materiały prasowe dostępne w Internecie w zakresie doświadczenia USBUD,
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
3. KRS DEMIURG,
4. Dowód doręczenia odwołania do Zamawiającego.