

Warszawa, 8 marca 2022 r.

Zamawiający:

Miasto Żyrardów

Plac Jana Pawła II nr 1, 96-300 Żyrardów

e-mail: zamowieniapubliczne@zyrardow.pl

adres platformy zakupowej: <https://platformazakupowa.pl/pn/zyrardow>

Wykonawca:

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem pozostaje *Sprawowanie funkcji inżyniera kontraktu podczas wykonywania otworu geotermalnego dla rozpoznania i udokumentowania zasobów wód termalnych w miejscowości Żyrardów*, ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00053780/01 z 10 lutego 2022 r. („**Postępowanie**”).

**PISMO WYKONAWCY W PRZEDMIOCIE ZIDENTYFIKOWANYCH
NIEPRAWIDŁOŚCI W TOKU POSTĘPOWANIA WRAZ Z WEZWANIEM DO
UNIEWAŻNIENIA POSTĘPOWANIA**

Działając w imieniu Multiconsult Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („**Wykonawca**”) w związku z Postępowaniem prowadzonym przez Miasto Żyrardów („**Zamawiający**”), zwracam uwagę niniejszym pismem na zidentyfikowane w toku Postępowania nieprawidłowości, które w opinii Wykonawcy powinny prowadzić do podjęcia odpowiednich czynności przez Zamawiającego, tj. **unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2)** ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych („**PZP**”) ze względu złożenie w Postępowaniu wyłącznie jednej oferty, która podlega odrzuceniu.

UZASADNIENIE:

Wykonawca zaznacza na wstępie, że wprawdzie nie złożył oferty w Postępowaniu, jednak posiada przymiot wykonawcy, zgodnie z obecnie obowiązującą definicją wykonawcy (art.

7 pkt 30) PZP): za wykonawcę uznawany jest aktualnie każdy podmiot oferujący na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług, niezależnie od udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. *Definicja wykonawcy uległa zatem zmianie (znacznemu rozszerzeniu) w stosunku do tej z Prawa zamówień publicznych z 2004 r. Dotychczas wykonawcą była wyłącznie osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego*¹.

Wobec powyższego, Wykonawca uznaje się za uprawnionego do złożenia niniejszego pisma i zwrócenia uwagi Zamawiającego na występującą w Postępowaniu wadę obligującą Zamawiającego do unieważnienia Postępowania.

W dniu 1 marca 2022 roku opublikowana została informacja z otwarcia ofert, zgodnie z którą w Postępowaniu złożono jedną ofertę. Ofertę złożyła spółka Geotermia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca zauważa, że w Rozdziale XXIX specyfikacji warunków zamówienia obowiązującej w Postępowaniu („SWZ”) *Informacja o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 60 i art. 121 Pzp* Zamawiający zastrzegł **obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia**. W przypadku niniejszego Przedmiotu Umowy **jest to nadzór wiertniczy i geologiczny nad wykonaniem kierunkowego otworu Żyrardów GT-1 do głębokości 2720 m ±10%**.

Tożsamy zapis został ujęty także w projekcie umowy w § 8 ust. 2 (załącznik nr 5 do SWZ).

Analiza oferty jedyne go wykonawcy Geotermia Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wskazuje, że nadzór wiertniczy i geologiczny będą wykonywane przez podwykonawców.

Geotermia Polska sp. z o.o. w załączniku nr 1 – Formularzu ofertowym, na stronie 8, w punkcie 11) wskazała wprost, że następujące części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom:

- 1) Drilling & Completion Consulting Sebastian Wójtowicz z siedzibą w Warszawie, ul. Bryłowska 2 lok. 59, 01-216 Warszawa, NIP 7381746644 – Kierownik projektu, **nadzór wiertniczy,**

¹ A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021, art. 7.

- 2) Przedsiębiorstwo Badań Geologicznych GEOPROFIL Marcin Kukuła z siedzibą w Krakowie, ul. Kamienna 43, 31-403 Krak w, NIP: 7381899425 – **nadzór geologiczny,**
- 3) DrillCons Maciej Stygar, os. Osiedle Wolfganga Amadeusa Mozarta 11/3, 31-232 Kraków, NIP 6851881239 – **nadzór wiertniczy,**
- 4) Wojciech Daraż, Nienadowa 470, 37-750 Nienadowa, NIP 7952236794 – **nadzór wiertniczy,**
- 5) GeoExplore Leszek Hoffmann z siedzibą w Krakowie, 30-399 Kraków, ul. Petrażyckiego 77B/4, NIP 5472014590 – **dozór geologiczny,**
- 6) Paweł Janas Geological Consulting & Training z siedzibą w Krakowie, 30-383, ul. Obozowa 57/9, NIP:6791441317 – **dozór geologiczny,**
- 7) TERRABASE Piotr Fryś z siedzibą w Leńczach nr 228A, 34-142 Leńcze NIP: 5512297566 – **dozór geologiczny,**
- 8) HydroGeoSpec ANDRZEJ SPINCZYK z siedzibą w Gliwicach, 44-100, ul. Stanisława Żółkiewskiego 1/ 3, NIP 6262091610 – **dozór geologiczny.**

Jednocześnie Geotermia Polska sp. z o.o. załączyła oświadczenia 8 (ośmiu) ww. firm o udostępnieniu niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Z powyższego wynika zatem wprost, że Geotermia Polska sp. z o.o. nie wykona osobiście kluczowych części zamówienia – nadzoru wiertniczego i dozoru geologicznego. Realizacja tych części zamówienia – zadeklarowana przez Geotermię Polska sp. z o.o. – pozostaje w sprzeczności z treścią art. 60 PZP i art. 121 PZP.

*Zamawiający może wymagać, aby wykonawca wykonał określone przez niego w dokumentach zamówienia kluczowe zadania **osobiście, a nie przy pomocy podwykonawców, w tym podmiotów udostępniających zasoby w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu**².*

Co istotne, ww. zastrzeżenie osobistego wykonania kluczowych części zamówienia dotyczy **zarówno podwykonawców, jak i podmiotów udostępniających zasoby** – realizacja przez zamawiającego uprawnienia wynikającego z Pzp **ogranicza prawo wykonawcy do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu**³.

² M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 121.

³ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 lipca 2021 r., KIO 1381/21, LEX nr 3208444.

Co więcej, jak wynika z załączonych referencji, wskazane przez wykonawcę **Geotermia Polska sp. z o.o. dwie usługi w wykazie usług (załącznik nr 6 do SWZ):**

- 1) pełnienie funkcji inżyniera projektu Biały Dunajec PGP-5,**
- 2) pełnienie funkcji inżyniera projektu Biały Dunajec PGP-2,**

w ramach których realizowany był nadzór wiertniczy i dozór geologiczny zostały wykonane przez Drilling & Completion Consulting Sebastian Wójtowicz z siedzibą w Warszawie, a nie przez wykonawcę Geotermia Polska sp. z o.o.

W kontekście powyższego, warto zatem przytoczyć w tym miejscu poniższe stanowisko KIO i UZP:

*Za aktualne w przedmiotowym zakresie można uznać stanowisko przyjęte przez KIO w uchwale z 10.05.2018 r., KIO/KD 17/18, LEX nr 2507608, potwierdzające prawidłowość stanowiska Prezesa UZP zaprezentowanego w ramach zastrzeżeń w wyniku przeprowadzonej kontroli postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazano w nim, że „wobec zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę kluczowych części zamówienia wykonawca powinien wykazać roboty (...) zrealizowane samodzielnie”. Także UZP prezentuje stanowisko, że „zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach dostaw, **tym samym wykluczając możliwość polegania na zasobach innego podmiotu.***

Konsekwencją powyższego jest konieczność odrzucenia oferty Geotermia Polska sp. z o.o., gdyż **niezgodność złożonej oferty z wymaganiem osobistego wykonania określonej części zamówienia stanowi podstawę do odrzucenia oferty na mocy art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.** (por. wyrok KIO z 8.03.2019 r., KIO 282/19, LEX nr 2677553)⁴.

Warto w tym miejscu zacytować fragment ww. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyroku z dnia 8 marca 2019 roku, KIO 282/19, w którym wyjaśniono, że:

Oświadczenie o zamiarze wykonania części zamówienia za pomocą podwykonawców stanowi merytoryczną treść zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jedynie w przypadku, gdy zamawiający zastrzeże konkretne zakresy przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania przez wykonawcę. Wówczas zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazuje, że jego wolą jest, aby określone świadczenie było wykonane

⁴ JW.

osobiście przez wykonawcę. **Powierzenie określonego zakresu prac do wykonania przez podwykonawcę, gdy zakres ten został zastrzeżony do osobistego wykonania przez Wykonawcę stanowi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polegającą na nieprawidłowym określeniu sposobu wykonania zamówienia.** Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 10 p.z.p. w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera również informację o obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jeżeli zamawiający dokonuje takiego zastrzeżenia zgodnie z art. 36a ust. 2. **Jeżeli więc wykonawca wskazuje w formularzu ofertowym na zamiar powierzenia wykonania zakresu zastrzeżonego do osobistego wykonania podwykonawcy, treść oferty staje się niezgodna z treścią SIWZ.**

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Zamawiający w sposób jednoznaczny zastrzegł w SWZ obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, precyzując przy tym wprost, jakie konkretnie części zamówienia mają być wykonane osobiście. Pomimo powyższego, **Geotermia Polska sp. z o.o. te właśnie kluczowe części zamówienia, zastrzeżone do jej osobistego wykonania, powierzyła podwykonawcom.**

W konsekwencji powyższego, jedyna oferta złożona w Postępowaniu jest niezgodna z treścią SWZ w wyniku nieprawidłowego określenia sposobu wykonania zamówienia.

Wykonawca zauważa w tym miejscu, że nie jest dopuszczalne poprawienie oferty, np. jako oczywistej omyłki, gdyż efektem takich działań byłaby **istotna zmiana treści oferty**⁵.

Wobec powyższego, **skutkiem złożenia jedynej oferty podlegającej odrzuceniu jest konieczność unieważnienia Postępowania na podstawie art. 255 pkt 2) PZP.**

Na marginesie, Wykonawca zauważa, że **potwierdziły się informacje przedstawione przez Wykonawcę w dotychczasowych pismach kierowanych do Zamawiającego, tj. z dnia 18, 25 i 28 lutego 2022 roku**, w szczególności w zakresie informacji o wyłącznie pięciu (5) osobach (w całej Polsce) spełniających wymóg posiadania kwalifikacji wyższego dozoru ruchu specjalności geologicznej w zakładach wykonujących roboty geologiczne służące poszukiwaniu lub rozpoznawaniu złóż wód podziemnych lub wykonywane w celu wykorzystania ciepła Ziemi. **Cztery z tych pięciu osób pojawiły się w ofercie Geotermia Polska sp. z o.o., tj.: Paweł Janas, Piotr Fryś, Leszek Hoffmann, Andrzej Spinczyk.** Z oczywistych względów, żaden inny wykonawca nie miał już możliwości złożenia oferty w Postępowaniu.

⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 lutego 2020 r., KIO 248/20.

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca zauważa, że po obligatoryjnym unieważnieniu Postępowania, w nowym postępowaniu, którego wszczęcie Zamawiający ogłosi, konieczne jest ponowne przeanalizowanie przez Zamawiającego argumentacji przedstawionej przez Wykonawcę w ww. korespondencji. Wprowadzenie zmian, o które wnioskował Wykonawca pozwoli **doprowadzić stawiane przez Zamawiającego wymagania do zgodności z prawem, w szczególności z zasadą uczciwej konkurencji i proporcjonalności.**

Bogdan Noga

Z-ca Dyrektora Pionu Projektowania ds. Geologii

W imieniu Wykonawcy