

Białystok, 01.02.2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Doken System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Siedlcach
ul. Świętojańska 9/5, 08-110 Siedlce
KRS: 0000716202
nr tel.: 536 308 161
adres e-mail:
michalgluchowski@dokensystem.pl
Przedstawiciel: Michał Głuchowski

reprezentowany przez

r. pr. Aneta Mróz

Mróz Radcy Prawni spółka partnerska
ul. Krakowska 7 lok. U1 15-875 Białystok
nr tel.: 503 578 974
adres e-mail:
a.mroz@kancelariamroz.pl

Zamawiający:

Gmina Miejska Ciechanów - Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Ciechanowie

ul. 17 Stycznia 60B
06-400 Ciechanów
NIP: 5661876536
Nr tel.: 23 6732484
adres e-mail: zamowienia@mosirciech.pl

Oznaczenie postępowania: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych - „Remont i modernizacja hotelu Olimpijski w Ciechanowie przy ul. 17 Stycznia 60 A”, nr postępowania M.241.19.2022.ZP
Ogłoszenie nr: 2022/BZP 00458922/01 opublikowane 25.11.2022 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Doken System Sp. z o.o. – pełnomocnictwo w załączeniu – na podstawie art. 513 pkt 1 p.z.p. **wnoszę odwołanie** od niezgodnej z przepisami p.z.p. czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Doken System Sp. z o.o., nieodrzuceniu oferty A&K Konstrukcje Sp. z o.o., a w konsekwencji wybranie oferty A&K Konstrukcje Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Czynności Zamawiającego zarzucam:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na odrzuceniu oferty Doken System Sp. z o.o. z uwagi na nie wniesienie wadium lub wniesienie w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3) pomimo, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, zostało utrzymane nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą a wniosek o zwrot wadium nie został złożony;

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 65 Kodeksu cywilnego polegające na odrzuceniu oferty Doken System Sp. z o.o., ponieważ wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy: nie obejmujący okresu związania ofertą, w sytuacji gdy dokonanie wykładni oświadczenia woli zawartego w gwarancji prowadzi do wniosku, że złożone wadium obejmuje okres związania ofertą, zatem zostało wniesione w sposób prawidłowy;

3. naruszenie art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A&K Konstrukcje Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez tę ofertę wymagań i warunków określonych w pkt VIII ust. 2 pkt 1 lit a SWZ, obejmującym wymagania odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia polegającego na realizacji w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należyce co najmniej jednego świadczenia polegającego na przebudowie/rozbudowie/remontie budynku mieszkalnego/użytku publicznego o wartości co najmniej 1.200.000,00 zł brutto lub co najmniej dwóch świadczeń obejmujących swoim zakresem przebudowę/rozbudowę/remont budynku mieszkalnego/ użytku publicznego o wartości co najmniej 700.000,00 zł brutto każde

z uwagi na to, że wykonawca powołując się w tym zakresie na zasoby podmiotu udostępniającego zasoby tj. Piechołka Artur Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe, zgodnie z brzmieniem art. 118 ust. 2 Pzp może polegać na jego zdolnościach i doświadczeniu, jeśli podmiot ten wykona roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, gdy tymczasem zgodnie z załącznikiem nr 3b i 3c dołączonym do oferty złożonej przez A&K Konstrukcje z 09.12.2022 r. podmiot ten był zobowiązany do wykonania nieznacznej części zamówienia polegającej **na wykonaniu wewnętrznych prac wykończeniowych przez cały czas wykonywania zamówienia**, czego skutkiem jest realizacja pozostałej części zamówienia przez podmiot niedoświadczony A&K Konstrukcje Sp. z o.o.;

4. naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A&K Konstrukcje Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez ofertę wymagań i warunków określonych w pkt VIII ust. 2 pkt 1 lit a SWZ, obejmującym wymagania odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie dotyczącym wykazania doświadczenia polegającego na realizacji w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

– w tym okresie, należyście co najmniej jednego świadczenia polegającego na przebudowie/rozbudowie/remontie budynku mieszkalnego/użytku publicznego o wartości co najmniej 1.200.000,00 zł brutto lub co najmniej dwóch świadczeń obejmujących swoim zakresem przebudowę/rozbudowę/remont budynku mieszkalnego/użytku publicznego o wartości co najmniej 700.000,00 zł brutto każde

z uwagi na niezgodne z art. 123 ustawy Prawo zamówień publicznych rozszerzenie zakresu prac jaki podmiot udostępniający zasoby tj. Piechołka Artur Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe wykona, względem zakresu prac jaki został wskazany w ofercie złożonej 09.12.2022 r., gdy tymczasem nieuwzględnienie rozszerzonego zakresu prac prowadzi do braku spełnienia przez wykonawcę (oferenta) warunku doświadczenia określonego w pkt VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ.

Mając na uwadze wskazane zarzuty **wnoszę o:**

- 1) uwzględnienie odwołania oraz
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Doken System Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach oraz
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez A&K Konstrukcje Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie oraz jej odrzucenie
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Doken System Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach,
- 5) zasądzenie na rzecz Doken System Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach **kosztów postępowania odwoławczego**, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (faktura zostanie złożona na rozprawie).

Ponadto wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących **dowodów:**

1. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej (w aktach postępowania przetargowego) na okoliczności:
 - a. odrzucenie oferty Doken System Sp. z o.o. z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy,
 - b. wybór jako najkorzystniejszej oferty A&K Konstrukcje Sp. z o.o.,
 - c. przyjęcia przez Zamawiającego, że złożony przez Doken System Sp. z o.o. dokument gwarancji przetargowej zapłaty wadium nie spełnia warunku wniesienia wadium w sposób prawidłowy;
2. oświadczenie gwaranta z 09.01.2023 r. na okoliczności:
 - a. potwierdzenie przez gwaranta, że w treści gwarancji doszło do oczywistej omyłki pisarskiej,
 - b. zamiarem stron było zawarcie gwarancji z terminem ważności do 14.01.2023 r.
 - c. wskazana omyłka nie doprowadziłaby do odmowy wypłaty środków z gwarancji;
3. aneks nr 1 do gwarancji na okoliczność uznania przez gwaranta pierwotnego terminu
4. SWZ (w aktach postępowania) na okoliczność:
 - a. warunkiem do udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia było wykazanie, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wykonał należyście co najmniej jedno świadczenie polegające na przebudowie/rozbudowie/ remoncie budynku mieszkalnego/ użytku publicznego o wartości co najmniej 1.200.000,00 zł

brutto lub co najmniej dwa świadczenia obejmujące swoim zakresem przebudowę/ rozbudowę/ remont budynku mieszkalnego/ użytku publicznego o wartości co najmniej 700.000,00 zł brutto każde (pkt VIII, ust. 2 pkt 4 lit. a).

5. oferta wykonawcy A&K Konstrukcje Sp. z o.o. z 09.12.2022 r. wraz z załącznikami na okoliczność:
 - a. wykonawca A&K Konstrukcje Sp. z o.o. zamierzał korzystać ze zdolności i zasobów podmiotu udostępniającego zasoby tj. Piechołka Artur Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe (**PUZ**),
 - b. zgodnie z ofertą złożoną 09.12.2022 r. PUZ miał zrealizować prace polegające na wykonywaniu powierzonych części zamówienia jako podwykonawca oraz wykonywania wewnętrznych prac wykończeniowych przez cały czas wykonywania zamówienia – na czas niezbędny do realizacji zamówienia,
6. pismo odwołujące z 14.12.2022 r. na okoliczność:
 - a. Odwołująca zwróciła Zamawiającej uwagę na niespełnienie wymagań wykonawcy A&K Konstrukcje Sp. z o.o. w zakresie doświadczenia,
7. przedmiary robót na okoliczność:
 - a. zakres robót przekazany PUZ został ujęty w przedmiarze na remont pomieszczeń wewnętrznych Hotelu Olimpijskiego w punkcie 4 „Wykończenie wnętrz”
 - b. wartość tych prac w przedmiarze wynosi 0,5 % wartości robót na całej inwestycji;
8. wezwanie Zamawiającej z 18.01.2023 r. na okoliczność:
 - a. Zamawiająca wezwała wykonawcę A&K Konstrukcje Sp. z o.o. do uzupełnienia załączników 3b oraz 3c do SWZ,
 - b. Zamawiająca zwróciła się o sprecyzowanie zakresu robót, jaki ma zrealizować PUZ;
9. uzupełnione załączniki 3b oraz 3c do SWZ z 23.01.2023 r.
 - a. wykonawca rozszerzył zakres robót przekazanych PUZ do prac takich jak: - wymiana stolarki w ścianach zewnętrznych, docieplenie ścian zewnętrznych, wykonanie Rozbiórki, wykonanie ścian wewnętrznych, wymiana stolarki drzwiowej wewnętrznej, wykończenie wnętrz.

UZASADNIENIE

I. Termin złożenia odwołania

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni od zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

II. Interes w uzyskaniu zamówienia

Doken System Sp. z o.o. posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Czynności podjęte przez Zamawiającego w toku niniejszego postępowania przetargowego bezpośrednio naruszają interes Odwołującego.

Zamawiający dokonując prawidłowej oceny oferty wykonawcy A&K Konstrukcje Sp. z o.o. winien dojść do przekonania, że oferta podlega odrzuceniu. Nadto w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza, bowiem złożona przez Odwołującego gwarancja jest prawidłowa oraz jego oferta zawiera najniższą cenę z ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wskutek zaniechania dokonania tych czynności Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, naruszając jednocześnie zasadę równego traktowania wykonawców oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Jednocześnie oczywistym jest, że Zamawiający pozbawiając Odwołującego Doken System Sp. z o.o. możliwości pozyskania tego zamówienia, powoduje powstanie szkody polegającej na niemożliwości osiągnięcia przychodu i zysku z tego zamówienia.

III. Przekazanie odwołania Zamawiającemu

Zgodnie z art. 514 ust. 2 p.z.p. Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie w formie elektronicznej w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treści przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Z ostrożności Odwołujący przekazał Zamawiającemu dodatkowo odwołanie w postaci elektronicznej.

Dowód: wydruk wiadomości e-mail wysłanej do Zamawiającego

IV. Uzasadnienie zarzutów 1 i 2

W dniu 27.01.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę A&K Konstrukcje Sp. z o.o. Natomiast oferta Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) została odrzucona, z uwagi na poniższe.

Wykonawca złożył wraz z ofertą wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej – Gwarancja przetargowa zapłaty wadium nr RW/GW/45/1328/12671/2022, wystawiona przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych Spółkę Akcyjną, ul. Krucza 50, 00-025 Warszawa. Gwarant w pkt 6 określił, że przedmiotowa gwarancja ważna jest od 12 grudnia 2022 r. do 14 stycznia 2022 r. włącznie.

Zamawiający określił termin związania ofertą przez okres 30 dni od wyznaczonego terminu składania ofert, tj. do dnia 10.01.2023 r., wobec czego Zamawiający uznał, że wadium wniesione przez Odwołującego nie obejmuje zakresu związania ofertą, a w konsekwencji oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący kwestionuje zachowanie Zamawiającego. Prawidłowym jest uznanie, że wpisanie daty końcowej na dzień 14.01.2022 r., zamiast na dzień 14.01.2023 r., stanowi oczywistą omyłką pisarską, którą charakteryzują cechy „oczywistości” oraz którą bez potrzeby prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień da się

Odwołujący wskazuje, że dopuszczalna jest celowa wykładnia dokumentu gwarancji bankowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady Pzp i art. 65 k.c.

Zgodnie z art. 65 k.c., "§ 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. § 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu".

Tym samym treść gwarancji ubezpieczeniowej może podlegać wykładni, która winna uwzględniać m.in. okoliczności, w których złożone zostało oświadczenie woli gwaranta, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Istotny jest także zgodny zamiar stron i cel umowy, a nie tylko dosłowne jej brzmienie.

Powyższe dyrektywy interpretacyjne jednoznacznie potwierdzają konieczność uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego składanego oświadczenia woli, a zatem uwzględnienia wszystkich elementów istotnych dla odkodowania faktycznego zamiaru składającego oświadczenie woli.

Przepis art. 65 § 1 k.c. nakazuje uwzględniać przy wykładni oświadczenia woli okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Należy przede wszystkim badać zgodny zamiar stron i cel oświadczenia, aniżeli opierać się na jego dosłownym brzmieniu.

Także w wyroku z dnia 21 czerwca 2007 r. (sygn. akt IV CSK 95/07) Sąd Najwyższy orzekł, że "Ustalając znaczenie oświadczenia woli należy zacząć od sensu wynikającego z reguł językowych, z tym, że przede wszystkim należy uwzględnić zasady, zwroty i zwyczaje językowe używane w środowisku, do którego należą strony, a dopiero potem ogólne reguły językowe. Trzeba jednak przy tym mieć na uwadze nie tylko interpretowany zwrot, ale także jego kontekst. Dlatego nie można przyjąć takiego znaczenia interpretowanego zwrotu, który pozostawałby w sprzeczności z pozostałymi składnikami wypowiedzi. Klóciłoby się to bowiem z założeniem o racjonalnym działaniu uczestników obrotu prawnego. Przy wykładni oświadczenia woli należy - poza kontekstem językowym - brać pod uwagę także okoliczności złożenia oświadczenia woli, czyli tzw. kontekst sytuacyjny (art. 65 § 1 k.c.).

Okoliczności złożenia oświadczenia są natomiast takie, że Odwołujący zwrócił się do ubezpieczyciela, celem wydania gwarancji przetargowej zapłaty wadium. Gwarant otrzymał wszelkie dokumenty przetargowe, na podstawie których przygotował dokument gwarancji. Niemniej doszło do ludzkiej omyłki, która przejawiała się wpisaniem zamiast roku 2023, roku 2022. Oczywiście – w świetle zasad doświadczenia życiowego jest, że data końcowa (w tym przypadku obowiązywania gwarancji ubezpieczeniowej) musi być późniejsza, niż początkowa. Uwzględniając fakt, że kwestionowana gwarancja miała stanowić wadium w konkretnym postępowaniu, nie może budzić wątpliwości, że wykonawca przedkładał ją, aby zabezpieczyć złożoną przez siebie ofertę. Termin początkowy oznaczony był na dzień 12 grudnia 2022 r. Absolutnie niepodważalną kwestią jest oznaczenie terminu zakończenia później, niż terminu początkowego.

Zamawiający winien dokładnie w ten sam sposób dokonać wykładni daty ważności gwarancji, tym bardziej, że z interpretowana data pozostaje w sprzeczności z pozostałymi treściami gwarancji, a w szczególności w sprzeczności z datą początkową.

Odmierna ocena nie znajduje uzasadnienia ani w treści gwarancji, ani w okolicznościach jej sporządzenia i wniesienia, a także sprzeciwiałaby się zasadom logicznego rozumowania, w świetle których dokument gwarancji ubezpieczeniowej zawierający końcową datę obowiązywania wcześniejszą, niż data początkowa pozbawiony byłby sensu (podobne stanowisko zajęła Izba w sprawie o sygnaturze: KIO 2593/17).

Stanowisko przywoływane w wyroku o sygnaturze: KIO 150/12, wyraża iż "formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad P.z.p. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)". Izba w powyższym wyroku wskazywała, iż "Trzeba przede wszystkim wskazać na naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 P.z.p. nakazującą zamawiającemu przygotowywać i przeprowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równo traktując wykonawców, w konsekwencji czego zamówienie udzielone zostanie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. Izba podkreśla, iż formalizm ma przede wszystkim gwarantować realizację wyrażonych w art. 7 ust. 1 zasad równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, nie tracąc jednocześnie z pola widzenia celu postępowania o zamówienie publiczne, którym jest zawarcie ważnej umowy i realizacja przedmiotu zamówienia. Tym samym granice formalizmu określone są przez ustawę, która pozwala na udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą (art. 7 ust. 3 P.z.p.)".

Wykładnia spornej treści gwarancji prowadzi jednoznacznie do wniosku, iż podnoszona wada ma charakter omyłki pisarskiej. Wszystkie pozostałe elementy gwarancji potwierdzają bowiem, iż celem wystawcy gwarancji było udzielenie zabezpieczenia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazano w prawidłowy sposób numer oraz przedmiot postępowania, adres Zamawiającego, kwotę gwarancji, jak również datę: dzień i miesiąc ważności gwarancji zgodny w wymogami przedmiotowego postępowania, jedynie do omyłki doszło w zakresie wskazania roku.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zwrócił się do gwaranta z prośbą o przedstawienie oświadczenia, w którym gwarant zapewnił, że wpisanie daty końcowej 2022, zamiast 2023 było oczywistą omyłką pisarską, rzeczywistą wolą gwaranta było określenie ważności z terminem późniejszym niż data początkowa, a w ostateczności, że taka omyłka nie doprowadziłaby do odmowy wypłaty środków z gwarancji.

Dowód: oświadczenia Gwaranta z 09.01.2023 r.

Nadto aneksem nr 1 Gwarant przedłużył termin ważności gwarancji do 14.02.2023 r., co stanowi o przyznaniu przez Gwaranta, że termin ten w pierwotnej gwarancji nie mógł być wyznaczony wstecz, tym samym okoliczność, że istnieje omyłka pisarska bez istotnego znaczenia dla ewentualnej możliwości skutecznego uchylania się gwaranta od wypłaty środków.

Dokument pierwotnej gwarancji jest ważny i w pełni wykonalny na każde żądanie Zamawiającego, a powstałe oczywiste błędy pisarskie nie mogą powodować negatywnych prawnych konsekwencji, gdyż rozumienie treści dokumentu gwarancyjnego powinno być zgodne nie tylko z charakterem dokumentu, ale również z

wynikającymi z okoliczności zasadami współpracy gospodarczej i samego sensu wystawienia w/w dokumentu.

W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy w istocie niewykonalnej. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności ubezpieczyciela. Ponadto trzeba zauważyć, iż wada złożonego Zamawiającemu dokumentu gwarancji wywołana została błędem samego ubezpieczyciela (gwaranta). Uchylenie się od odpowiedzialności mogłoby, zatem narazić ubezpieczyciela na potencjalne roszczenia odszkodowawcze zleceniodawcy.

V. Uzasadnienie zarzutów 3 i 4

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych

Zgodnie z pkt VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ warunkiem do udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia było wykazanie, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wykonał należycie co najmniej jedno świadczenie polegające na przebudowie/rozbudowie/ remoncie budynku mieszkalnego/ użytku publicznego o wartości co najmniej 1.200.000,00 zł brutto lub co najmniej dwa świadczenia obejmujące swoim zakresem przebudowę/ rozbudowę/ remont budynku mieszkalnego/ użytku publicznego o wartości co najmniej 700.000,00 zł brutto każde.

Dowód:
SWZ

Ze złożonej przez wykonawcę A&K Konstrukcje Sp z o.o. oferty z 09.12.2022 r., konkretnie z załączników 3b i 3c wynika, że Wykonawca przystępując do postępowania zamierzał korzystać ze zdolności i doświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby tj. Piechotka Artur Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe (PUZ).

PUZ zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy A&K Konstrukcje Sp z o.o. zasobów w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych – doświadczenie, przy czym sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów dotyczył:

- wykonywania powierzonych części zamówienia jako podwykonawca,
- wykonywania wewnętrznych prac wykończeniowych przez cały czas wykonywania zamówienia – na czas niezbędny do realizacji zamówienia.

Dowody:

- zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia z 09.12.2022 r.,
- Informacja dotycząca podwykonawców z 09.12.2022 r.

Powyższe wskazuje, że zgodnie z ofertą złożoną 09.12.2022 r. PUZ miał brać udział jedynie przy realizacji **wewnętrznych prac wykończeniowych**, przy czym definicja ta nie została przez wykonawcę bliżej sprecyzowana.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 – w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, **do realizacji których te zdolności są wymagane**.

W ocenie Odwołującego powoływanie się na doświadczenie PUZ w zakresie przebudowy/ rozbudowy/ remontu budynku mieszkalnego lub użytkowego o wartości co najmniej 1.200.000,00 zł brutto lub dwóch budynków o wartości 700.000,00 zł brutto każdy, a następnie powierzenie PUZ tylko nieznacznego zakresu prac przy realizacji wewnętrznych prac wykończeniowych jest naruszeniem art. 118 ust. 2 Pzp. Podmiot ten nie będzie bowiem realizował większości prac zamówienia dla których to de facto użył swojego doświadczenia. W konsekwencji zdecydowaną większość prac będzie musiał zrealizować inny podmiot (najprawdopodobniej wykonawca), który nie ma odpowiedniego doświadczenia.

W wyroku z 07.07.2022 r., KIO 1602/22, Izba wskazuje, że: „Wykonawca zbiorowy nie spełni warunku udziału w postępowaniu, choćby dysponował doświadczonym wykonawcą, **jeśli ten wykonawca faktycznie nie wykona w tej części zamówienia**. Tym samym ustawodawca ustanowił szczególne warunki ubiegania się o zamówienie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie wystarczy tylko samo doświadczenie, ale musi być wykazane, kto konkretnie będzie realizował zamówienie w części wymagającej doświadczenia. Jest to konsekwentne podejście ustawodawcy, który oczekuje, że podmiot doświadczony, a nie amator, będzie wykonywał przedmiot zamówienia”

„Realność zasobu polegająca na rzeczywistym wykonaniu części zamówienia występuje nie tylko w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, ale także podmiotów udostępniających zasoby - art. 118 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, **że w odniesieniu do warunków, dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których zdolności są wymagane**. Podobnie sytuacja ma się w przypadku wykazywania doświadczenia nabywanego w ramach wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Również w tym przypadku wykonawca, może powoływać się na tak nabyte doświadczenie, tylko w takim zakresie, w jakim współdziałając w konsorcjum samodzielnie wykonał usługi, których wykazywane doświadczenie dotyczy”.

Powierzenie wykonania większości prac podmiotowi, który nie ma doświadczenia w przebudowie/rozbudowie/remontie budynku mieszkalnego lub użytkowego do 1.200.000,00 zł lub dwóch budynków o wartości 700.000,00 zł brutto nie spełnia warunku określonego w pkt VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, przez co taka oferta winna podlegać odrzuceniu. Odwołujący zwracał na to uwagę Zamawiającej w piśmie z 14.12.2022 r.

Dowód:
pismo z 14.12.2022 r.

Należy bowiem zauważyć, że w postępowaniu zostały przedstawione 3 przedmiary:

1. Przedmiar obejmujący docieplenie ścian zewnętrznych Hotelu Olimpijskiego,
2. Przedmiar na remont pomieszczeń wewnętrznych Hotelu Olimpijskiego,
3. Przedmiar robót w zakresie instalacji elektrycznych i niskoprądowych.

Dowód:
- przedmiary

Biorąc pod uwagę opis prac powierzonych PUZ w ofercie tj. **realizacja wewnętrznych prac wykończeniowych**, prace te zostały ujęte jedynie w przedmiarze na remont pomieszczeń wewnętrznych Hotelu Olimpijskiego. Co więcej, w ocenie Odwołującego są to prace, które można przypisać jedynie do punktu 4 tego przedmiaru tj. „Wykończenie wnętrz”. Wartość tych prac w przedmiarze nie przekracza 20.000 zł. Z porównania wartości oferty złożonej przez wykonawcę A&K Konstrukcje Sp. z o.o. tj. kwoty 3.949.999,86 zł z wartością robót jakie miałby wykonać PUZ wynika, że PUZ na wskazanej inwestycji miałby wykonać jedynie niecałe 0,5% robót.

Wobec powyższego dochodzi do naruszenia art. 118 ust. 2, a przez to do braku wykazania spełnienia wymogu odpowiedniego doświadczenia, co winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 123 ustawy Prawo zamówień publicznych

W związku ze zgłoszonymi przez Odwołującego w dniu 14.12.2022 r. wątpliwościami co do spełnienia przez wykonawcę A&K Konstrukcje warunku odpowiedniego doświadczenia, Zamawiająca zwróciła się do tegoż wykonawcy z wezwaniem o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów.

Dowód:
- pismo z 18.01.2023 r.

Zamawiająca w wezwaniu wskazała, że na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywa wykonawcę do uzupełnienia następujących dokumentów/ oświadczeń:

1. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia – załącznik nr 3 b do SWZ,
2. Informacja dotycząca podwykonawców – załącznik nr 3c do SWZ.

Sprecyzowała przy tym, że zwraca się o doprecyzowanie, zgodnie z treścią art. 118 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp zakresu robót budowlanych, które zrealizuje PUZ. W jej ocenie pojęcie robót wykończeniowych nie precyzowało zakresu rzeczowego prac, które zostaną zrealizowane przez podwykonawcę i jest ogólnikowe. Zamawiająca poinformowała przy

tym, że należy wykazać rzeczywisty zakres robót, wymieniając je z nazwy np. wykonanie tynków wewnętrznych, zewnętrznych, malowanie tynków itp.

Dowód:

- pismo z 18.01.2023 r.

W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca przestał Zamawiającej uzupełnione zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia – załącznik nr 3b, a także uzupełnioną informację dotyczącą podwykonawców – załącznik nr 3 c.

Dowody:

- zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia z 23.01.2023 r.,

- informacja dotycząca podwykonawców z 23.01.2023 r.

Z powyższych dokumentów wynika, że w porównaniu z ofertą złożoną 09.12.2022 r. wykonawca rozszerzył zakres prac, które zamierza powierzyć PUZ. W uzupełnionej wersji tych dokumentów wykonawca przewidział, iż PUZ wykona:

Roboty budowlane polegające na:

- wymianie stolarki w ścianach zewnętrznych,
- docieplenie ścian zewnętrznych,
- wykonaniu Rozbiórki,
- wykonaniu ścian wewnętrznych,
- wymianie stolarki drzwiowej wewnętrznej,
- wykończeniu wewnątrz.

Zakres robót, który pierwotnie przewidywał wykonanie wewnętrznych prac wykończeniowych rozszerzył się o pozycje, które z pewnością nie można zaliczyć do tej kategorii np. docieplenie ścian zewnętrznych czy wykonanie rozbiórki.

Zgodnie z art. 123 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, **jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.**

Z powyższego wynika, że dokonane przez wykonawcę A&K Konstrukcje Sp. z o.o. rozszerzenie zakresu prac jakie ma wykonać PUZ, dokonane de facto już po złożeniu oferty jest niezgodne z art. 123 Prawa zamówień publicznych.

Powyższe potwierdza również wyrok KIO z 18.03.2022 r., KIO 510/22: „Zmiana oferty w odniesieniu do zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, czyli de facto w zakresie sposobu realizacji zamówienia, po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa w sposób, który prowadziłby do rozszerzenia zakresu

korzystania z tych zasobów. Z art. 123 p.z.p. wprost wynika, że wykonawca nie może powoływać się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach tych podmiotów."

Nie jest wykluczone, że wykonawca zdawał sobie sprawę, że powierzenie tak niewielkiego zakresu robót PUZ, na którego to doświadczenie się powoływał, budzi wątpliwości w zakresie spełnienia wymogu doświadczenia, dlatego próbował naprawić ten błąd poprzez „dorzucenie” PUZ dodatkowego zakresu robót.

Biorąc jednak pod uwagę, że takie rozszerzenie jest niezgodne z art. 123 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie może być uzupełnione w ramach wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, Zamawiająca bezzasadnie przyjęła te „wyjaśnienia”. Odrzucenie wskazanych wyjaśnień winno skutkować uznaniem przez Zamawiającą, iż wykonawca nie spełnił warunków zamówienia w zakresie doświadczenia, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy.



r. pr. Aneta Mróz

Wykaz załączników:

1. Pełnomocnictwo z dowodem opłaty skarbowej,
2. Wydruk z KRS Odwołującego,
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
4. Wydruk wiadomości e-mail wysłanej do Zamawiającego,
5. Aneks nr 1 do gwarancji,
6. Oświadczenie gwaranta z 09.01.2023 r.,
7. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia z 09.12.2022 r.,
8. Informacja dotycząca podwykonawców z 09.12.2022 r.
9. Pismo z 14.12.2022 r.
10. Przedmiary
11. Pismo z 18.01.2023 r.
12. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia z 23.01.2023 r.,
13. Informacja dotycząca podwykonawców z 23.01.2023 r.