



WP.271.18.22.JJ

Kraków, dnia 25.01.2023 r.

Dotyczy: postępowania pn.: „*Bieżące utrzymanie infrastruktury odwodnienia na odcinku drogowym Trasa Łagiewnicka w Krakowie*”

INFORMACJA O WNIESIENIU ODWOŁANIA

Zgodnie z art. 524 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych „Pzp”, Zamawiający przekazuje w załączeniu kopię odwołania wniesionego w dniu 24.01.2023 r., wzywając Wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w ciągu 3 dni licząc od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, zgodnie z art. 525 ust. 1 Pzp.

Zamawiający przypomina, że zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z art. 525 ust. 2 w związku z art. 507 i art. 508 ust. 1 Pzp, doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym że wniesione w postaci elektronicznej, wymaga opatrzenia podpisem zaufanym, a jego kopię przesyła Zamawiającemu oraz Wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Kopię zgłoszenia przystąpienia, należy przesłać Zamawiającemu na adres poczty elektronicznej: zamowienia@trasalagiewnicka.krakow.pl oraz zgodnie z pkt I.2 SWZ również za pośrednictwem miniPortalu <https://miniportal.uzp.gov.pl/>, ePUAPu <https://epuap.gov.pl/wps/portal>, poczty elektronicznej - sekretariat@trasalagiewnicka.krakow.pl.

Załącznik:

1. Kopia odwołania Krzysztof Lelek Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne

Otrzymują:

1. Adresat
a/a

Wiceprezes Zarządu

Mariusz Worusiewicz

25.01.2023

PREZES ZARZĄDU

Mariusz Piotrowski

Łączany 24 stycznia 2023 r.

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Trasa Łagiewnicka Spółka Akcyjna

ul. Zbrojarzy 78, 30-412 Kraków

NIP: 679 312 53 36; REGON: 364059830

tel. +48 12 357 80 00

e-mail: sekretariat@trasalagiewnicka.krakow.pl

e-PUAP: /TLSA/SkrytkaESP

Odwołujący:

Krzysztof Lelek

Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne

ul. Kolejowa, nr 62, 34-115 Łączany

NIP: 5512505384; REGON: 122482697

e-mail: Krzysztof.lelek@gmail.com

e-PUAP : KRZYSZTOF LELEK 89092910794

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w Trybie podstawowym pod nazwą „**Bieżące utrzymanie infrastruktury odwodnienia na odcinku drogowym Trasa Łagiewnicka w Krakowie**” Nr sprawy: **WP.271.18 .2 2. JJ**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2022/BZP 00485415 z dnia 2022-12-08

ODWOŁANIE

- I. **Krzysztof Lelek** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: **Krzysztof Lelek Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne** ul. Kolejowa, nr 62, 34-115 Łęczany, NIP: 5512505384; REGON: 122482697, działając w imieniu własnym – dalej: „Odwołujący” – składa niniejsze odwołanie.
1. Odwołanie dotyczy działań i zaniechań **Trasa Łągiewnicka Spółka Akcyjna** dalej „Zamawiający”.
 2. Działania i zaniechania Zamawiającego objęte niniejszym odwołaniem miały miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego, w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2021 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), zwana dalej „Pzp” pn. **„Bieżące utrzymanie infrastruktury odwodnienia na odcinku drogowym Trasa Łągiewnicka w Krakowie”** Nr sprawy: **WP.271.18 .2 2. JJ**.
- II. Odwołujący jako podstawę wniesienia odwołania wskazuje przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2022 poz. 1710 ze zm.), w szczególności **art. 513 pkt. 1) i pkt. 2) oraz art. 505 ust. 1 Pzp**.
- III. Wartość zamówienia w przedmiotowym postępowaniu **nie przekracza progów unijnych** określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.
- IV. Zgodnie z art. 505 pkt. 1 Pzp przesłanką wniesienia odwołania jest to, by składający odwołanie posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Wskazana przesłanka została spełniona w niniejszym stanie faktycznym.
- 1) Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów i tym samym posiada legitymację niezbędną do dochodzenia swoich praw, zgodnie z art. 505 Pzp.
 - 2) Odwołujący jest Wykonawcą biorącym udział w przedmiotowym postępowaniu, który ubiega się o udzielenie zamówienia.
 - 3) Naruszenie przepisów Pzp – wybór oferty jako najkorzystniejszej, złożonej przez Wykonawcę: **Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpała, Świńców 15, 32-043 Skąpa, NIP 677-106-62-47**. Odwołujący w toku oceny ofert uzyskał drugi wynik, ustępując wyłącznie Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpała.
 - Dowód Nr 1: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.01.2023 r.
- Wskutek uznania zarzutów niniejszego odwołania – odrzucenie oferty Wykonawcy Usługi

Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpała - oferta Odwołującego musiałaby zostać najwyżej oceniona i przy spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wybrana jako najkorzystniejsza. Szkoda będzie polegać na tym, że Odwołujący pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w postępowaniu nie nabędzie nowych zdolności co może utrudnić uzyskanie zamówień w przyszłości. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody polegającej m.in. na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania i realizacji zamówienia.

- 4) Ponadto:
 - a) Wpis do odwołania został uiszczony,
 - b) Odwołujący uzyskał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 19 stycznia 2023 r., a zatem termin na wniesienia odwołania został dochowany,
 - c) Odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu
- Dowód Nr 2: Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu z dnia 24.01.2023

V. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 16 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców;
- 2) Art. 17 ust. 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady legalizmu, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranego zgodnie przepisami ustawy;
- 3) Art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) Pzp poprzez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

VI. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) Odrzucenia oferty Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpała na podstawie Art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) Pzp
- 3) Ponownego zbadania i dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 4) Dokonanie wyboru oferty Odwołującego

Jednocześnie Odwołujący wnosi o:

- 1) Zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym w kwocie 3 600,00 zł oraz pozostałych udokumentowanych kosztów.

UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne.

Zgodnie z dyspozycją art. 16 pkt. 1), 2) i 3) Pzp Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający konkurencję, proporcjonalnie i przejrzystość.

II. Przebieg postępowania.

1. W terminie wyznaczonym na złożenie ofert, czyli do dnia 16 grudnia 2022 r. złożono dwie oferty.
2. Przed terminem otwarcia ofert Zamawiający oświadczył, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczył 541 200,00 PLN brutto.
3. Ceny ofert przedstawiały się następująco:

Nr oferty	Nazwa Wykonawcy	Cena oferty brutto (PLN)
1.	Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpąła Świńczów 15, 32-043 Skała, NIP: 6771066247	492 447,41
2.	Krzysztof Lelek Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne ul. Kolejowa, nr 62, 34-115 Łęczany, NIP: 5512505384	503 0,06

4. Wykonawca Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpąła Świńczów 15, 32-043 Skała, zwany dalej „Wykonawcą” obok dokumentów wymaganych na etapie składania ofert załączył do oferty podmiotowe środki dowodowe w postaci:

- 1) wykaz usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, 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 usługi zostały wykonane należycie – wg zał. nr 8 do SWZ (wzór);
- 2) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wg zał. nr 9 do SWZ (wzór)

- 3) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – wg zał. nr 10 SWZ
 - 4) oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu (wzór) – wg. zał. nr 13 do SWZ
 - Dowód Nr 3: Oferta Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpała Świńczów 15, 32-043 Skąpa
5. W dniu 3 stycznia 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał Wykonawcę Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpała do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci: dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w kwocie co najmniej 500 000,00 zł.
- Jednocześnie Zamawiający, działając na podstawie art. 128 Pzp zwrócił się o wyjaśnienie i uzupełnienie złożonych dokumentów w zakresie załącznika nr 8 do SWZ tj. czy w ramach wskazanych prac realizowany był zakres określony pkt. III.1 SWZ, w zakresie utrzymania infrastruktury odwodnienia wraz z przedłożeniem dokumentów potwierdzających ten zakres (referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego zostały usługi wykonane)
- Dowód Nr 4: Wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów z dnia 03.01.2023 r.
6. W dniu 8 stycznia 2023 r. (data dokumentu 07.01.2023) w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpała, składa:
- 1) Podmiotowy środek dowodowy w postaci skanu gwarancji bankowej potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia
 - 2) Pismo w zakresie załącznika nr 8 do SWZ tj. referencje potwierdzające realizację prac określonych w pkt. III.1. w obszarze utrzymania infrastruktury odwodnienia.
 - Dowód Nr 5: Pismo Wykonawcy z dnia 08.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci skanu gwarancji oraz referencji).

7. W dniu 9 stycznia 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 128 ust. 1 Pzp wzywa do złożenia wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych (referencji) w zakresie rozbieżności czasowych.

- Dowód Nr 6: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 09.01.2023 r.

8. W dniu 12 stycznia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca składa wyjaśnienia, w których przyznaje do wskazania błędnych informacji w zakresie dat uwzględnionych w treści referencji. Jednocześnie Wykonawca składa, bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentu, nowy wykaz usług wraz z dowodami w postaci referencji

➤ Dowód Nr 7: Pismo Wykonawcy z dnia 12.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci nowego wykazu usług wraz z referencjami odnoszącymi się do złożonego wykazu)

9. Pismem z dnia 19 stycznia 2023 r. działając na podstawie art. 253 ust. 1 i 2Pzp poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i zamieścił informacje na stronie prowadzonego postępowania.

➤ Dowód Nr 1: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.01.2023 r.

III. Zarzut dotyczący prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady przejrzystości;

Zamawiający zgodnie z zapisami rozdziału X ust. 1 SWZ wskazał, że przed udzieleniem zamówienia, wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie - nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania - aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wymienionych poniżej:

- a) oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu (wzór) – wg. zał. nr 13 do SWZ
- b) wykaz usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, 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 usługi zostały wykonane należycie – wg zał. nr 8 do SWZ (wzór);
- c) wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wg zał. nr 9 do SWZ (wzór)
- d) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie

do dysponowania tymi zasobami – wg zał. nr 10 SWZ

- e) dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w kwocie co najmniej 500 000,00 zł.

Wskazany zapis SWZ jest odzwierciedleniem przepisu art. 274 ust. 1 Pzp, który obliguje Zamawiającego do skierowania wezwania do Wykonawcy najwyższej ocenionego o złożenie podmiotowych środków dowodowych, jeżeli były wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Wbrew zapisom SWZ oraz przepisom Pzp Zamawiający nie skierował do Wykonawcy najwyższej ocenionego - Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpąta - wezwania do złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych jakich wymagał zgodnie z Warunkami Zamówienia, a jedynie do złożenia tych dokumentów jakie Wykonawca Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpąta nie załączył wraz z ofertą. Co prawda istnieje pogląd, że kierowanie wezwań do wykonawcy, w sytuacji, gdy zamawiający jest już w posiadaniu wskazanych podmiotowych środków dowodowych, jest zbytnim formalizmem, wydłużającym postępowanie i nie mającym podstawy w obowiązującym stanie prawnym, jednak w przypadku zaistnienia takiej sytuacji Zamawiający powinien wezwać Wykonawcę do potwierdzenia ich aktualności na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp. Powyższe twierdzenie potwierdza dyspozycja art. 127 ust. 2 Pzp (który w myśl art. 266 Pzp. znajduje zastosowanie do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne), który stanowi, iż – cyt: *„Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, **jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.**”*. Takie stanowisko prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza, która w wyroku z dnia 9 grudnia 2021 r. wskazuje: „w odniesieniu do dokumentów samodzielnie złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, które nie były wymagane do złożenia wraz z ofertą, należy odpowiednio zastosować przepis art. 127 ust. 2 p.z.p., w świetle którego wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.”¹.

¹ Wyrok KIO z 9.12.2021 r., KIO 3460/21, LEX nr 3350621.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający całkowicie pominął powyższe zasady przejrzystości prowadzenia postępowania, co jak zostanie wykazane w dalszej części odwołania miało doniosłe skutki w postaci wielokrotnego uzupełniania przez Wykonawcę błędnie złożony podmiotowych środków dowodowych.

IV. Zarzut dotyczący prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów. Jednym z przejawów owej zasady jest zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, tj. jednokrotnego uprawnienia (jak i obowiązku) zamawiającego wystosowania do wykonawcy tego rodzaju wezwania oraz jednokrotnego uprawnienia wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów². Co prawda owa zasada nie została wprost uregulowana w Pzp jednak jej obowiązywanie wynika z ugruntowanego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych oraz stanowiska doktryny. „W wyroku z dnia 11 sierpnia 2020 r. sygn. KIO 1621/20, Izba wyjaśniła, że: "przepis ten przewiduje możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia danych dokumentów. Jeśli zatem wykonawca, na wezwanie zamawiającego, nie składa dokumentów lub składa dokumenty w dalszym ciągu nie potwierdzające spełniania warunków lub wymagań zamawiającego określonych w SIWZ wówczas, w zależności od rodzaju dokumentów, obowiązkiem zamawiającego jest wykluczenie takiego wykonawcy lub odrzucenie jego oferty. Izba wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślała, że przyjęcie kolejnej wersji dokumentów, które wcześniej zostały uzupełnione na wezwanie zamawiającego, w toku postępowania odwoławczego, mogłoby naruszyć zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż pozycja tego wykonawcy byłaby uprzywilejowana względem innych wykonawców"³.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dorowadził do złamania zasady jednokrotności uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – podmiotowych środków dowodowych.

Jak wskazano w pkt. III uzasadnienia niniejszego odwołania Zamawiający dopuścił do oceny podmiotowych środków dowodowych złożonych wraz z ofertą, uznając że zostały prawidłowo złożone i nie jest wymagane wezwanie w tym zakresie. Zamawiający poddał ocenie dokumenty

² Uchwała KIO z 26.08.2022 r., KIO/KD 24/22, LEX nr 3421985.

³ Wyrok KIO z 22.06.2022 r., KIO 1397/22, LEX nr 3433656.

wykaz usług uwzględniający następujące pozycje:

	Rodzaj i przedmiot zamówienia	Wartość w zł	Data wykonania	Nazwa podmiotu na rzecz którego roboty zostały wykonane oraz miejsce wykonania
1	Wykonanie budowy sieci wodociągowej w ul. Myślenickiej w Krakowie	98 2298,38 zł brutto	2018-2019	GW STRABAG
2	Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie	6 503 037,43 brutto	2018-2019	GW STRABAG

Wraz z wykazem Wykonawca załączył dowody w postaci:

- Poz. 1 „Wykonanie budowy sieci wodociągowej w ul. Myślenickiej w Krakowie” – Dowody w postaci Protokół odbioru końcowego robót;
- Poz. 2 – „Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie” – dowód w postaci Referencji

W związku z faktem, że zarówno z załączonego wykazu jaki i dowodów nie wynikało, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 ppkt. 4.1) SWZ o treści: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że należycie wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia za kwotę co najmniej 200 000,00 zł.” Zamawiający skierował pismo o złożenie wyjaśnień w tym zakresie i uzupełnienie dokumentów. W dniu 3 stycznia 2023 r. Zamawiający skierował wezwanie do Wykonawcy, w którym obok wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 Pzp (zakresem tym objęto wyłącznie te z podmiotowych środków, które nie znalazły się w ofercie), **wezwał do uzupełnienia dowodów (referencji), odnoszących się do treści wykazu usług.** Wezwanie do uzupełnienia jasno wynika z treści pisma jaki z przywołanej podstawy prawnej – art. 128 Pzp.

- Dowód Nr 4: Wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów z dnia 03.01.2023 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wykonawca w dniu 8 stycznia 2023. uzupełnił treść referencji dotyczących Poz. 2 Wykazu usług – „Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie”.

- Dowód Nr 5: Pismo Wykonawcy z dnia 08.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci skanu gwarancji oraz referencji).

Treść referencji wystawionych przez STRABAG Infrastruktura Południ Sp. z o.o. została jednak zakwestionowana przez Zamawiającego z uwagi na fakt, że obejmowała okres realizowany w latach 12.2014 -07.2017. Zgodnie bowiem z treścią warunku udziału w postępowaniu Wykonawca miał wykazać, że zrealizował usługi odpowiadającego swoim zakresem przedmiotowi zamówienia w okresie ostatnich pięciu lat przed złożeniem ofert. Referencje, które przedłożył w dniu 8 stycznia 2023 r. nie pokrywały się z treścią uprzednio złożonego wykazu.

Mając powyższe na względzie, w dniu 9 stycznia 2023 r. Zamawiający skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących rozbieżności czasowych wskazanych w wykazie usług oznaczonych jako – „Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie”, a Listem Referencyjnym uzupełnionym przez Wykonawcę w dniu 8 stycznia 2023 r.

- Dowód Nr 6: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 09.01.2023 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień Wykonawca **po raz drugi w toku prowadzonego postępowania uzupełnił dowody** w postaci referencji potwierdzających należyłą realizację zamówienia, a także przedłożył nowy wykaz usług.

- Dowód Nr 7: Pismo Wykonawcy z dnia 12.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci nowego wykazu usług wraz z referencjami odnoszącymi się do złożonego wykazu)

Jak wykazano w powyższym układzie chronologicznym Wykonawca dwukrotnie uzupełniał treść referencji odnoszących się do treści wykazu usług:

- 1) pierwszy raz w dniu 8 stycznia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów;
- 2) drugi raz w dniu 12 stycznia 2023 r. w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie niezgodności względem wykazu i referencji.

Należy również wspomnieć, że w wezwaniu jakie skierowano do Wykonawcy w dniu 9 stycznia 2023 r. Zamawiający całkowicie się pogubił, bowiem o ile tytuł i treść wezwania jasno wskazuje na żądanie złożenia wyjaśnień, o tyle w podstawie prawnej wskazano art. 128 ust. 1 Pzp odnoszący się do uzupełnienia dokumentów. Powyższe również stanowiłoby złamanie zasady jednokrotnego wezwania uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający nie powinien dopuścić do sytuacji, kiedy w toku postępowania wykonawca dwukrotnie uzupełnia ten sam dokument. Jest to niedopuszczalne na gruncie przepisów Pzp i łamie zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W jednym z ostatnich wyroków

Krajowa Izba Odwoławcza przypominała o zasadzie jednokrotnego wezwania do złożenia dokumentów, a co za tym idzie możliwości jednokrotnego uzupełnienia dokumentów. „wykonawca był wzywany w trybie art. 128 do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie będącym przedmiotem rozpoznania, zatem zgoda na ponowne wezwanie stanowiłaby naruszenie powszechnie przyjętej zasady jednokrotności poprawienia lub uzupełnienia dokumentów.”⁴.

V. Zarzut prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady legalizmu, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranego zgodnie przepisami ustawy.

Zasada legalizmu przejawia się w tym, że Zamawiający prowadząc dane postępowanie powinien mieć zawsze na uwadze, że zobligowany jest udzielić danego zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, którego wybór został dokonany z poszanowaniem przepisów Prawa zamówień publicznych. „Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych będzie tylko taki podmiot, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu.”⁵

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył ww. zasadę dopuszczając do wyboru oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych odpowiednio w ogłoszeniu o zamówienie oraz warunkach zamówienia (SWZ).

- 1) Zgodnie z przywołanym wcześniej w treści odwołania warunkiem udziału odnoszącym się do zdolności technicznej lub zawodowej - „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykáže, że należycie wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia za kwotę co najmniej 200 000,00 zł.”. Tak sformułowany warunek został jasno określony w treści SWZ (rozdział VII ust. 2 pkt. 4 ppkt. 4.1) oraz w Ogłoszeniu o zamówieniu (Seksja V pkt. 5.4).

Co prawda w treści warunku udziału, Zamawiający nie wskazał wprost co rozumie pod pojęciem „usługi odpowiadającej swoim rodzaje usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, jednak z treści SWZ bez większego problemu można odczytać o jakie usługi chodzi. W rozdziale

⁴ Postanowienie KIO z 8.04.2022 r., KIO 771/22, LEX nr 3409256.

⁵ A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 17.

III pkt. 1 SWZ, Zmawiający bardzo precyzyjnie określił, że: Przedmiotem niniejszego zamówienia jest utrzymanie elementów odwodnienia i instalacji odwadniających, których zakres obejmuje:

- utrzymanie w czystości i zapewnienie drożności przepustów /realizacja wg potrzeb/,
- oczyszczać, odmulać, wybierać osady i inny materiał naniesiony, wycinać korzenie i narosty, usuwać elementy obce (gruz, śmieci, gałęzie, liście, skoszoną trawę, roślinność niepożądaną, śnieg, lód itp.), w szczególności dotyczy to krat na wpustów deszczowych, krat na wylotach z piaskowników itp.
- konserwacje i czyszczenie wpustów deszczowych oraz przykanalików wg potrzeb,
- monitorowanie ścieków, wpustów, studni, elementów odwodnień liniowych, rurociągów, zbiorników, ścieków przykrawężników, itd.,
- odbiór, wywóz i zagospodarowanie odpadów z mycia ulic, czyszczenia studni i separatorów (kody odpadów : 20 03 03, 20 03 06, 13 05 08).

W związku z faktem, że treść SWZ winno się czytać całościowo, należy bez wątplenia wskazać, że owo wyczerpanie stanowi usługi będące przedmiotem zamówienia.

Wykonawca Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpała, na żadnym z etapów prowadzonego postępowania nie wykazał, że spełnia ww. warunek udziału w postępowaniu.

Na etapie złożenia oferty przedłożył bowiem wykaz usług, który obejmował następujące pozycje:

	Rodzaj i przedmiot zamówienia	Wartość w zł	Data wykonania	Nazwa podmiotu na rzecz którego roboty zostały wykonane oraz miejsce wykonania
1	Wykonanie budowy sieci wodociągowej w ul. Myślenickiej w Krakowie	98 2298,38 zł brutto	2018-2019	GW STRABAG
2	Budowa kanalizacji deszczowej na Budowie drogi S7 w Krakowie	6 503 037,43 brutto	2018-2019	GW STRABAG

Zarówno z treści tego wykazu jak i przedłożonych dowodów (Protokołu odbioru dot. poz. 1 wykazu, jak i Referencji dot. poz. 2 wykazu), **nie wynika, że przedłożone dokumentu potwierdzają spełnianie warunku określonego przez Zamawiającego**. Przedstawione w wykazie zamówienia odnoszą się bowiem do robót budowlanych, a nie do usług jakie mają być

realizowane w związku z wykonywanym zamówieniem publicznym o udzielenie którego ubiega się Wykonawca. Treść złożonego wykazu usług w żadnym stopniu nie potwierdza, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, odnoszący się do zdolności technicznych i zawodowych. Wydaje się, że Zamawiający dostrzegł tą rozbieżność wzywając Wykonawcę w dniu 3 stycznia 2023 r. do wyjaśnienia czy w ramach prac realizowany był zakres określony w pkt. III. 1 SWZ w zakresie utrzymania infrastruktury odwodnienia. Wykonawca nie odpowiedział na to wezwanie, a jedynie w dniu 8 stycznia 2023 przedłożył nowe referencje, z których jak twierdził miało wynikać, że zrealizował prace określone w pkt. III.1 SWZ. Treść złożonych referencji jednak nie uwzględniała zakresu wykonywanych usług, ani ich wartości, co zgodnie z treścią warunku było wymagane do spełnienia.

Uzupełniony przez Wykonawcę w dniu 12 stycznia 2023 r. wykaz usług oraz załączone do niego dowody (w postaci referencji), również nie potwierdzają, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W treści uzupełnionego wykazu uwzględniano następujące pozycje:

	Rodzaj i przedmiot zamówienia	Wartość w zł	Data wykonania	Nazwa podmiotu na rzecz którego roboty zostały wykonane oraz miejsce wykonania
1	Wykonanie sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej oraz sanitarnej	1 335 000,00 zł netto	16.12.2021 – 01.09.2022	GW STRABAG Przebudowa DK94 na odcinku Modlnica Giebułtów
2	Budowa kanalizacji deszczowej	242 319,00 brutto	03.02.2021 – 09.06.2022	GW STRABAG Przebudowa dróg powiatowych w miejscowości Batowice.

Zarówno pierwsze z zamówień ujętych w wykazie: „**Wykonanie sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej oraz sanitarnej**” jak i drugie z tych zamówień „**Budowa kanalizacji deszczowej**”, odnoszą się do robót budowlanych, a nie usług jakie Zamawiający wymagał aby wykonawcy zrealizowali jeśli chcą się ubiegać o przedmiotowe zamówienie.

Należy podkreślić, że to z treści wykazu powinno wynikać, że Wykonawca zrealizował usługi odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia za

kwotę co najmniej 200 000,00 zł. Treść wykazu nie uwzględnia jednak w swojej treści ani:

- jakie usługi zrealizował Wykonawca
- jaka jest wartość zrealizowanych usług.

Wykaz obejmuje bowiem wykonane przez Wykonawcę roboty budowlane oraz wskazuje jaka była wartość tych robót. Treść przedłożonych dowodów (referencji) również potwierdza, że chodzi o roboty budowlane oraz wskazuje wartość tych robót. Co prawda w treści złożonej referencji dotyczącej pozycji 1) Wykazu tj. „Wykonanie sieci wodociągowej, kanalizacji deszczowej oraz sanitarnej” wystawionej przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. znajduje się krótka adnotacja, że cyt. *„Firma Usługi Ziemne Wodno-kanalizacyjne Antoni Karpała ze względu na etapowe dopuszczenie do ruchu poszczególnych odcinków drogowych była odpowiedzialna za utrzymanie i konserwację wykonanej kanalizacji deszczowej wraz z urządzeniami towarzyszącymi do dnia odbioru realizowanej inwestycji”*, jednak powyższa informacja nie może stanowić podstawy do uznania, że Wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII ust. 2 pkt. 4 ppkt. 4.1 SWZ.

Z treści przytoczonej referencji nie wynika bowiem:

- a) jaki był przedmiot realizowanych usług i czy odpowiada on zakresowi wskazanemu przez Zamawiającego;
- b) jaki był okres realizowanej usługi;
- c) jaka była wartość usług utrzymania.

Żadna z powyższych informacji nie została również wskazana w wykazie usług, a to ten dokument powinien co do zasady potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Referencje natomiast, co do zasady, powinny jedynie potwierdzić, że zrealizowane usługi były wykonane należycie.

Analiza wykazu złożonego przez Wykonawcę oraz treść referencji jasno wskazują, że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kwalifikacji technicznych i zawodowych.

- 2) W treści SWZ oraz Ogłoszeniu o zamówieniu, obok warunku odnoszącego się do zdolności technicznych i zawodowych, Zamawiający uwzględnił również warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej. W rozdziale VII ust. 2 pkt. 3 SWZ oraz w Sekcji V pkt. 5.4. Ogłoszenia o zamówieniu, określono, że: *„Wykonawca spełni warunek w ww. zakresie, jeżeli wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 500 000,00 zł.”*

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający żądał, zgodnie z rozdziałem X ust. 1 lit. e) złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w kwocie co najmniej 500 000,00 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w dniu 8 stycznia 2023 r. Wykonawca złożył skan gwarancji bankowej potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Z treści złożonego dokumentu nie wynika jednak, że Wykonawca spełni warunek w ww. zakresie, jeżeli wykaże, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przedłożony skan gwarancji bankowej obejmuje bowiem szerokorozumiane roboty budowlane, a nie usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Co prawda w orzecznictwie utrwał się pogląd, że celem żądania przez podmiot zamawiający od wykonawców polisy OC jest wykazanie spełniania warunku w przedmiocie zdolności ekonomicznej i finansowej, tj. wskazanie, iż wykonawca jest w dobrej kondycji finansowej i jest w stanie ponieść ciężar opłaty składki ubezpieczeniowej. Jednocześnie jednak zakres ubezpieczenia winien być związany z przedmiotem zamówienia. Trudno wskazywać, że usługi, które zostały wskazane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia rozdział III pkt. 1 SWZ są w jakikolwiek sposób związane z robotami budowlanymi. Zakres usług ujęty w warunkach zamówienia – a tym samym w treści przytoczonego warunku udziału w postępowaniu - jest zupełnie inny, a niżeli przedmiot ubezpieczenia jaki wynika z dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę.

Podsumowując Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu zarówno w odniesieniu do kwalifikacji technicznych i zawodowych jaki i w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej. Oferta Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpala powinna być zatem odrzucona, a nie wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie bowiem z zasadą legalizmu wyrażoną w art. 17 ust. 2 Pzp wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych będzie tylko taki podmiot, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. „W przypadku stwierdzenia wystąpienia stosownych, wynikających z Prawa zamówień publicznych, przesłanek przepisy statuuja bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia w takiej sytuacji

stosownych działań, które powinny prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, którego dotyczą. Wybór oferty wykonawcy, którego oferta podlegać powinna odrzuceniu w związku z wystąpieniem którejś z przesłanek określonych w art. 226 Pzp., należy uznać za wadliwy. Zamawiający w sposób oczywisty powinien zawsze kierować się, podczas procesu badania i oceny ofert nie tylko przepisami Prawa zamówień publicznych, lecz również zasadami wynikającymi ze sporządzonych dokumentów zamówienia, do których przestrzegania jest tak samo zobowiązany, jak wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Z całą stanowczością należy stwierdzić, że wybór wykonawcy z zastosowaniem innych kryteriów oceny lub ocena jego oferty w sposób odmienny od opisanego np. w SWZ stanowić będą naruszenie zasady wynikającej z art. 17 ust. 2 Pzp”⁶.

VI. Zarzut zaniechania obowiązku odrzucenia oferty Wykonawcy, mimo że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak szczegółowo wykazano w treści pkt. VI uzasadnienia odwołania oferta Wykonawcy: Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpala Świńczów 15, 32-043 Skała, NIP: 6771066247, powinna zostać odrzucona ze względu na fakt, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej) oraz nie złożył podmiotowych środków potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wykaz usług i referencje nie potwierdzają spełnienia warunków udziału). Brak odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy jest niewątpliwym naruszeniem przepisów art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) Pzp poprzez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty.

Wnoszę o uznanie przedstawionych argumentów za zasadne i uwzględnienie treści niniejszego odwołania.

.....
Załączniki:

⁶ A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022, art. 17.

- 1) Wydruk z CEIDG Odwołującego
- 2) Dowód uiszczenia wpisu do odwołania
- 3) Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
- 4) Dowody:
 - a) Dowód Nr 1: Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.01.2023 r.
 - b) Dowód Nr 2: Potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu z dnia 24.01.2023
 - c) Dowód Nr 3: Oferta Wykonawcy Usługi Ziemne Wodno-Kanalizacyjne Antoni Karpała Świńczów 15, 32-043 Skąta
 - d) Dowód Nr 4: Wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów z dnia 03.01.2023 r.
 - e) Dowód Nr 5: Pismo Wykonawcy z dnia 08.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci skanu gwarancji oraz referencji).
 - f) Dowód Nr 6: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 09.01.2023 r.
 - g) Dowód Nr 7: Pismo Wykonawcy z dnia 12.01.2023 r. (wraz z załącznikami w postaci nowego wykazu usług wraz z referencjami odnoszącymi się do złożonego wykazu)



FBI
tel. 508 89 99 55

Dokument
podpisany przez
KRZYSZTOF
RAFAŁ LELEK
Data: 2023.01.24
22:51:41 CET

