



SPÓŁKA PARTNERSKA RADCÓW PRAWNYCH KRÓL-MURA SKRYPKO STAJER MURA

Katowice, dnia 18 stycznia 2023 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący: **Spółka pod firmą RISER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jaworznie**
ul. Inwalidów Wojennych 8
43-603 Jaworzno
KRS: 0000242469
reprezentowani przez radcę prawnego Grzegorza Murę i radcę prawnego Wojciecha Michalec
JKM i Partnerzy Król-Mura Skrypko Stajer Mura Spółka Partnerska Radców Prawnych
ul. Matejki 2, 40-077 Katowice;
tel. (32) 202 17 46;
mail: w.michalec@jkmipartnerzy.pl

Zamawiający: **Gmina Boronów**
ul. Dolna 2
42-283 Boronów
tel. (34) 353 91 00
fax: (34) 366 98 14
mail: gmina@boronow.pl; bozena@boronow.pl

Zamówienie: ***Budowa zaplecza socjalnego gminnego obiektu sportowego przy ulicy Koszecińskiej w Boronowie***

Nr postępowania nadany przez Zamawiającego: **GKiZP.271.22.2022**

Nr ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych: **2022/BZP 00483833/01** z dnia 8 grudnia 2022 roku.

1

JKM i Partnerzy Król-Mura Skrypko Stajer Mura spółka partnerska radców prawnych

40-078 Katowice, ul. Matejki 2, tel. 32 428 53 21, 32 428 53 22, fax: 32 428 53 23

NIP: 6342904127, REGON: 368149270, KRS: 0000693089

www.jkmipartnerzy.pl

Data powzięcia informacji o czynnościach będących podstawą do wniesienia odwołania: **13 stycznia 2023 roku** (przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Arkadiusza Miki (Mika) prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Arkadiusz Mika Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe DOMAX w Boronowie (Boronów) (dalej jako: **DOMAX**), o której mowa w art. 253 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) (dalej jako: **PZP**).

Termin na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP (5 dni): **18 stycznia 2023 roku**.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, które załączam, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy PZP oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (*Dz. U. z 2020 r. poz. 2453*),

niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy DOMAX, która winna podlegać odrzuceniu (*ewentualnie – z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego opisanego pod numerem 2 – przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo faktu, że wykonawca DOMAX winien zostać wezwany do wyjaśnień oraz poprawienia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z punktami 3-5 poniżej*)
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy DOMAX na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP (oraz dodatkowo art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP), pomimo faktu, że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy, a to przepisem art. 462 ust. 1 ustawy PZP, który dopuszcza powierzenie podwykonawcy jedynie części zamówienia, podczas gdy z oferty wykonawcy DOMAX wynika, że zamierza powierzyć podwykonawcy całość zamówienia, a dodatkowo oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a to postanowieniami rozdziału 16 pkt 16.1 oraz pkt 16.5 SWZ, zgodnie z którymi Zamawiający dopuszcza powierzenie podwykonawcom

wylącznie części zamówienia (a nie całość zamówienia)

ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 2):

3. zaniechania wezwania wykonawcy DOMAX do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP celem ustalenia zakresu, który wykonawca DOMAX ma zamiar powierzyć do wykonania podwykonawcy, pomimo faktu, że z oferty wynika – niezgodny z przepisami ustawy PZP – zamiar powierzenia podwykonawcy realizacji całego zakresu zamówienia
4. zaniechania wezwania wykonawcy DOMAX do wyjaśnień treści Wykazu robót budowlanych oraz referencji na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy PZP, pomimo faktu, że treść tych dokumentów wzbudza wątpliwości odnośnie spełniania przez wykonawcę DOMAX warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 pkt 7.2.4 lit. b SWZ
5. zaniechania wezwania wykonawcy DOMAX do poprawienia treści Wykazu robót budowlanych oraz referencji na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, pomimo faktu, że treść tych dokumentów nie potwierdza spełniania przez wykonawcę DOMAX warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 pkt 7.2.4 lit. b SWZ

Wskazanim wyżej czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący zarzuca naruszenie:

- 1) [zarzut główny] art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy DOMAX pomimo tego, że oferta ta winna zostać odrzucona (*ewentualnie – z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego opisanego pod numerem 2 – przedwczesnego wyboru oferty najkorzystniejszej, pomimo faktu, że wykonawca DOMAX winien zostać wezwany do wyjaśnień oraz poprawienia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z punktami 3-5 poniżej*)
- 2) [zarzut główny] art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawcy DOMAX pomimo faktu, że oferta ta jest niezgodna z przepisami ustawy, a to przepisem art. 462 ust. 1 ustawy PZP, który dopuszcza powierzenie podwykonawcy jedynie części zamówienia, podczas gdy z oferty wykonawcy DOMAX wynika, że zamierza powierzyć podwykonawcy całość zamówienia, a dodatkowo oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a to postanowieniami rozdziału 16 pkt 16.1 oraz pkt 16.5 SWZ, zgodnie z którymi Zamawiający dopuszcza powierzenie podwykonawcom wyłącznie części zamówienia (a nie całość zamówienia)

ewentualnie – w przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 2):

- 3) [zarzut ewentualny] art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy DOMAX do wyjaśnień treści oferty celem ustalenia zakresu, który wykonawca DOMAX ma zamiar powierzyć do wykonania podwykonawcy, pomimo faktu, że z oferty wynika – niezgodny z przepisami ustawy PZP – zamiar powierzenia podwykonawcy realizacji całego zakresu zamówienia, czym Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
- 4) [zarzut ewentualny] art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy DOMAX do wyjaśnień treści Wykazu robót budowlanych oraz referencji, pomimo faktu, że treść tych dokumentów wzbudza wątpliwości odnośnie spełniania przez wykonawcę DOMAX warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 pkt 7.2.4 lit. b SWZ, czym Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców
- 5) [zarzut ewentualny] art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy DOMAX do poprawienia treści Wykazu robót budowlanych oraz referencji, pomimo faktu, że treść tych dokumentów nie potwierdza spełniania przez wykonawcę DOMAX warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 pkt 7.2.4 lit. b SWZ

Mając na względzie opisane wcześniej zarzuty, Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a w szczególności wskazanych w treści niniejszego odwołania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania oferty wykonawcy DOMAX;
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy DOMAX na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP (oraz dodatkowo art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP);
ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 2): nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy DOMAX do wyjaśnień treści oferty oraz wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych, jak również poprawy podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z treścią odwołania;
- 6) nakazanie Zamawiającemu – w konsekwencji – przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców

- niepodlegających wykluczeniu i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 7) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

UZASADNIENIE

I. WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA

Stan faktyczny w przedmiotowej sprawie przedstawia się następująco.

Gmina Boronów (zwana dalej „Zamawiającym”), działając na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadzi w trybie podstawowym postępowanie w celu udzielenia zamówienia na roboty budowlane pod nazwą ***Budowa zaplecza socjalnego gminnego obiektu sportowego przy ulicy Koszecińskiej w Boronowie*** (dalej jako „Zamówienie”).

Postępowanie wszczęte na podstawie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem **2022/BZP 00483833/01** z dnia 8 grudnia 2022 roku.

Zgodnie z treścią SWZ:

- **rozdział 7 pkt 7.2.4 lit. b** – Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, wymagając wykazania:

nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył roboty budowlane o złożoności porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia, tj. wykonał co najmniej:

*- jedną robotę budowlaną polegającą na na budowie, przebudowie bądź rozbudowie **budynku w konstrukcji szkieletowej o kubaturze brutto minimum 2000 m³** - które zostało odebrane protokołem częściowym lub końcowym,*

- **rozdział 16 pkt 16.1 oraz pkt 16.5** – Zamawiający dopuścił możliwość powierzenia podwykonawcy części zamówienia:

16.1 Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy

16.5 Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia

Zamawiający w dniu 13 stycznia 2023 roku poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy DOMAX.

W wyniku wglądu do oferty wykonawcy DOMAX, Odwołujący stwierdził, że w ofercie tej:

- 1) wykonawca DOMAX wskazał, że powierzy podwykonawcy ***Wykonanie budynku zaplecza socjalnego gminnego obiektu sportowego*** (zob. Formularz Oferty – pkt 9 (tabela), co jest

tożsame z nazwą całego zamówienia: ***Budowa zaplecza socjalnego gminnego obiektu sportowego przy ulicy Koszęcińskiej w Boronowie***

- 2) wykonawca DOMAX nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (zob. Wykaz robót budowlanych oraz referencje)

II. INTERES ODWOŁUJĄCEGO

Odwołujący spełnia przesłanki materialnoprawne z art. 505 ust. 1 ustawy PZP ponieważ ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący złożył prawidłową ofertę (niepodlegającą odrzuceniu) przed terminem wyznaczonym przez Zamawiającego na składanie ofert oraz nie podlega wykluczeniu. W przypadku odrzucenia oferty wykonawcy DOMAX, oferta Odwołującego stanie się ofertą najwyżej ocenioną (ofertą najkorzystniejszą).

W związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, oferty wykonawcy DOMAX (która winna zostać odrzucona, a z ostrożności procesowej – wybór ten jest co najmniej przedwczesny, bowiem wykonawca DOMAX winien zostać wezwany do wyjaśnień, jak również do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu), Odwołujący poniesie szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy – możliwość uzyskania zamówienia została bowiem Odwołującemu zamknięta, a co za tym idzie Odwołujący utracił szansę na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy PZP niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Mając na względzie treść art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP, stwierdzić należy, że termin do wniesienia niniejszego odwołania został zachowany, ze względu na to, że Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 18 stycznia 2023 roku.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 PZP niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

III. ZARZUT GŁÓWNY NARUSZENIA ART. 239 UST. 1 I UST. 2 USTAWY PZP

Mając na uwadze, że wybór oferty najkorzystniejszej jest ciągiem sformalizowanych czynności, na które składa się również odrzucenie ofert podlegających odrzuceniu – w przypadku wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty – oferty, która winna zostać odrzucona – Zamawiający narusza przepisy art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP.

Analogiczna sytuacja zachodzi, kiedy Zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy pozostają do wyjaśnienia kwestie wymagające takiego wyjaśnienia, jak również w sytuacji gdy wykonawca, którego oferta została wybrana nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. W obu powyższych sytuacjach wybór oferty najkorzystniejszej jest czynnością przedwczesną, a zatem nie powinien być dokonany przed odpowiednim wyjaśnieniem treści podlegających wyjaśnieniu, jak również wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wybór taki również stanowi naruszenie przepisów art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP.

Dalsze zarzuty odwołania stanowią podstawę również niniejszego zarzutu, który jest jednoznaczną konsekwencją pozostałych dokonanych przez Zamawiającego naruszeń.

IV. ZARZUT GŁÓWNY NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 3 ORAZ PKT 5 USTAWY PZP

Zgodnie z przepisami art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 ustawy PZP – Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, która jest niezgodna z przepisami ustawy lub jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 462 ust. 1 ustawy PZP – **wykonawca może powierzyć podwykonawcy jedynie część zamówienia publicznego. Niedopuszczalne jest powierzenie podwykonawcy całości zamówienia publicznego.** Zmierzałoby to bowiem do obejścia przepisów ustawy, jak również złamania zasady wyrażonej w przepisie **art. 17 ust. 2 ustawy PZP**, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. **W takiej bowiem sytuacji zamówienie udzielane byłoby de facto podwykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.**

Powyższe przesądził również Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 5 maja 2021 r. (sygn.. akt: XXIII Zs 11/21): *co więcej ustawodawca konsekwentnie w art. 36a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. jak i w nowelizacji z dnia 11 września 2019 r. w art. 462 ustawy Prawo zamówień publicznych określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Podkreślić należy, że wykładnia literalna obu norm nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmienniej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych.*

Dodatkowo – powyższe zasady (możliwości powierzenia podwykonawcy jedynie części zamówienia publicznego) wskazał również Zamawiający w rozdziale 16 SWZ (cytowane powyżej punkty 16.1 i 16.5):

16.1 Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy

16.5 Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia

W treści oferty wykonawca DOMAX podał, że zamierza powierzyć podwykonawcy **Wykonanie budynku zaplecza socjalnego gminnego obiektu sportowego** (zob. Formularz Oferty – pkt 9 (tabela)), co jest tożsame z nazwą całego zamówienia: Budowa zaplecza socjalnego gminnego obiektu sportowego przy ulicy Koszęcińskiej w Boronowie.

W takim wypadku należy uznać, że wykonawca DOMAX zamierza powierzyć podwykonawcy realizację całości zamówienia – co jest niezgodne tak z przepisami ustawy, jak również z warunkami zamówienia określonymi w treści SWZ.

W tym stanie rzeczy oferta wykonawcy DOMAX winna zostać odrzucona jako niezgodna z ustawą PZP oraz niezgodna z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze konieczność odrzucenia oferty wykonawcy DOMAX, nie znajduje zastosowania przepis art. 128 ust. 1 PZP (*zamawiający wzywa wykonawcę (...), chyba że (...) oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie*), a wzywanie wykonawcy do wyjaśnień traci rację bytu.

Niemniej jednak – w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu głównego, Odwołujący składa wymienione poniżej zarzuty ewentualne (w tym naruszenia art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 128 ust. 4 i art. 223 ust. 1 PZP), które nie byłyby możliwe do postawienia w jednym rzędzie z zarzutem głównym, o czym była mowa powyżej.

V. ZARZUT EWENTUALNY NARUSZENIA ART. 223 UST. 1 W ZW. Z ART. 16 PKT 1 USTAWY PZP

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy PZP daje Zamawiającemu uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, dokumentów i oświadczeń.

Jakkolwiek przepis powyższy statuuje uprawnienie, a nie obowiązek Zamawiającego, to Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że w pewnych sytuacjach uprawnienie to przeradza się

w obowiązek. W szczególności dotyczy to sytuacji, w których treść oferty wzbudza uzasadnione wątpliwości odnośnie jej zgodności z przepisami oraz warunkami zamówienia.

Jakkolwiek bowiem wzywanie do wyjaśnień jest uprawnieniem Zamawiającego, o tyle rzetelne przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego obowiązkiem. Jedną z zasad stojącą na straży rzetelnego prowadzenia postępowania jest zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W przypadku wyboru jako najkorzystniejszej oferty, oferty która (nawet hipotetycznie) może być niezgodna z ustawą oraz warunkami zamówienia – jest to jawne naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W niniejszej sytuacji, w której wykonawca DOMAX wskazuje w formularzu oferty, że zamierza powierzyć podwykonawcy:

Wykonanie budynku zaplecza socjalnego gminnego obiektu sportowego (zob. Formularz Oferty – pkt 9 (tabela)), co jest tożsame z nazwą całego zamówienia, która brzmi:

Budowa zaplecza socjalnego gminnego obiektu sportowego przy ulicy Koszęcińskiej w Boronowie

, zdaniem Odwołującego uprawnienie do wezwania do wyjaśnień przeradza się więc w obowiązek wezwania do wyjaśnień, celem ustalenia jaki jest zakres zamówienia, który wykonawca DOMAX zamierza powierzyć podwykonawcy i czy nie jest to zakres sprzeczny z ustawą PZP oraz warunkami zamówienia. Nie dokonując powyższego wezwania do wyjaśnień, Zamawiający nie ustalił jaki jest rzeczywisty zakres zamówienia planowany do powierzenia podwykonawcy, a przez to czy oferta nie powinna zostać odrzucona. Z tego tytułu dokonany wybór oferty najkorzystniejszej jest co najmniej przedwczesny i powinien zostać unieważniony, celem dokonania niezbędnych dalszych czynności (wyjaśniających i ewentualnie polegających na odrzuceniu oferty).

Na marginesie, w obecnym stanie rzeczy, **bez znaczenia pozostają ewentualne oświadczenia wykonawcy DOMAX składane na obecnym etapie** (czy to w składanych pismach procesowych, czy podczas ewentualnej rozprawy), ponieważ ustalenie tego zakresu **musi** nastąpić **przed** wyborem oferty najkorzystniejszej, stąd zachodzi konieczność kolejno:

- a) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej
- b) przeprowadzenia czynności wyjaśniających (etap badania i oceny ofert)
- c) podjęcia niezbędnych czynności (np. odrzucenia ofert)
- d) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

VI. ZARZUT EWENTUALNY NARUSZENIA ART. 128 UST. 4 W ZW. Z ART. 16 PKT 1 USTAWY PZP

Przepis art. 128 ust 4 ustawy PZP wskazuje, że Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień złożonych podmiotowych środków dowodowych, dokumentów oraz oświadczeń składanych w postępowaniu.

Podobnie, jak art. 223 ust. 1 ustawy PZP jest to przepis fakultatywny (jego zastosowanie nie jest obowiązkiem Zamawiającego), niemniej jednak – powołując się na uzasadnienie pomieszczone w części V uzasadnienia niniejszego Odwołania, w przypadku gdy niezastosowanie ww. przepisu zmierzałoby do nierzetelnego prowadzenia postępowania, w szczególności poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (a to poprzez wybór oferty wykonawcy, co do którego zachodzą uzasadnione wątpliwości odnośnie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu) – uprawnienie to powinno przerodzić się w obowiązek wezwania do wyjaśnień.

Zamawiający wymagał od wykonawców (warunek udziału w postępowaniu), aby wykazali się oni doświadczeniem w realizacji ***robót budowlanych o złożoności porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia, tj. wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku w konstrukcji szkieletowej o kubaturze brutto minimum 2000 m³.***

W celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, wykonawca DOMAX przedstawił Wykaz robót, w którym wskazał, że realizował (zob. kolumna 3 – *Opis i zakres wykonanych robót*):

Opis wykonanych robót: <i>Budowa budynku magazynowo-produkcyjnego z częścią biurowo-socjalną w Tarnowskich Górach</i>
Zakres wykonanych robót: <i>Konstrukcja szkieletowa drewniana</i>
Kubatura budynku brutto: <i>1385m³ - część biurowa oraz 2920m³ - część MAG1</i>

Powyższe wskazuje na fakt, że w zakresie inwestycji referencyjnej wykonywano jedynie zakres: ***konstrukcja szkieletowa drewniana.***

Nie ulega wątpliwości, że **warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie całego budynku w konstrukcji szkieletowej drewnianej, a nie jedynie wykonanie samej konstrukcji szkieletowej drewnianej.**

W tym stanie rzeczy uznać należy, że wykonawca DOMAX nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (a przynajmniej, że powinien zostać wezwany do wyjaśnień w tym zakresie).

Dodatkowo, Odwołujący wskazuje, że dalsze wątpliwości odnoszą się do treści referencji:

- a) nie jest wiadome, czy firma MT SYSTEM sp. z o.o. (adresat referencji) była wykonawcą zamówienia referencyjnego, czy jedynie dostawcą konstrukcji szkieletowej drewnianej
- b) nie jest wiadome, czy konstrukcja szkieletowa drewniana została wykonana w całym budynku, czy tylko w części dachowej

Weryfikację powyższego utrudnia również fakt, że w treści referencji nie wskazano, jakiego obiektu dotyczą referencje.

W takim stanie rzeczy, wykonawca DOMAX nie wykazał jednoznacznie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ złożone przez niego dokumenty i oświadczenia są rozbieżne i niejasne. Stąd – dla zachowania zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, jak również rzetelnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej winien wezwać wykonawcę DOMAX do udzielenia wyjaśnień odnośnie złożonych podmiotowych środków dowodowych. Dokonany obecnie wybór oferty najkorzystniejszej jest co najmniej przedwczesny i powinien zostać unieważniony, celem dokonania niezbędnych dalszych czynności (wyjaśniających i ewentualnie polegających na odrzuceniu oferty).

Na marginesie, w obecnym stanie rzeczy, **bez znaczenia pozostają ewentualne oświadczenia wykonawcy DOMAX składane na obecnym etapie** (czy to w składanych pismach procesowych, czy podczas ewentualnej rozprawy), ponieważ ustalenie czy wykonawca ten w ogóle spełnia czy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu **musi nastąpić przed wyborem oferty najkorzystniejszej**, stąd zachodzi konieczność kolejno:

- a) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej
- b) przeprowadzenia czynności wyjaśniających (etap badania i oceny ofert)
- c) podjęcia niezbędnych czynności (np. wezwania do poprawienia podmiotowych środków dowodowych, odrzucenia ofert)
- d) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

VII. ZARZUT EWENTUALNY NARUSZENIA ART. 128 UST. 1 USTAWY PZP

Zgodnie z normą art. 128 ust 1 ustawy PZP – w przypadku, jeśli złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe są błędne (*zawierają błędy*) Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do ich poprawienia.

Przez błędy, rozumie się taką sytuację, w której dokumenty te nie wykazują okoliczności, które miałyby zostać dzięki nim wykazane (które wykonawca je składający zamierza nimi wykazać).

Złożone przez wykonawcę DOMAX podmiotowe środki dowodowe, a to:

a) *Wykaz robót*

b) *referencje*

nie potwierdzają spełniania przez DOMAX warunków udziału w postępowaniu,
ponieważ:

- 1) nie wykazują, aby firma MT SYSTEM (adresat referencji) wykonała **budynek** w konstrukcji szkieletowej (a jedynie, że zakresem wykonanych robót była sama **konstrukcja szkieletowa drewniana**, co nie wystarcza na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ Zamawiający wymagał wykazania realizacji budynku w konstrukcji szkieletowej)
- 2) nie wykazują, aby budynek referencyjny był **w całości** konstrukcji szkieletowej drewnianej (dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie jest wystarczające, żeby to część dachowa budynku była w konstrukcji szkieletowej drewnianej, ale niezbędne jest aby to cały budynek był w takiej konstrukcji – łącznie ze ścianami)
- 3) nie wykazują, aby budynek referencyjny był w całości **konstrukcji szkieletowej drewnianej** (jest to niezbędne dla wykazania warunku udziału w części, w której wymaga on wykazaniem się doświadczeniem w realizacji robót budowlanych o złożoności porównywalnej z zakresem przedmiotowego zamówienia)
- 4) nie wykazują, aby firma MT SYSTEM (adresat referencji) był **wykonawcą robót budowlanych** (dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu niezbędne jest wykonanie robót budowlanych, a nie jedynie rola dostawcy konstrukcji szkieletowej)

Ciężar dowodowy wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy, który to spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazuje. W niniejszym stanie faktycznym to wykonawca DOMAX zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby Zamawiający (i nikt inny – mając na uwadze wyrażoną w art. 18 ust. 1 ustawy PZP zasadę jawności w zw. z wyrażoną w art. 16 pkt 2 ustawy PZP zasadą przejrzystości) nie miał wątpliwości co do tego spełniania. Z drugiej strony, takie rozłożenie ciężaru dowodowego powoduje, że w przypadku nieudźwignięcia tego ciężaru dowodowego, negatywne konsekwencje

spadają na wykonawcę (w tym przypadku wykonawcę DOMAX), który powinien zostać wezwany – w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP (statuującym obowiązek Zamawiającego) – przed wyborem oferty najkorzystniejszej do poprawienia podmiotowych środków dowodowych na takie, które będą wykazywać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Dokonany obecnie wybór oferty najkorzystniejszej jest co najmniej przedwczesny i powinien zostać unieważniony, celem dokonania niezbędnych dalszych czynności (wzywających do poprawienia i ewentualnie polegających na odrzuceniu oferty).

Na marginesie, w obecnym stanie rzeczy, **bez znaczenia pozostają ewentualne oświadczenia wykonawcy DOMAX składane na obecnym etapie** (czy to w składanych pismach procesowych, czy podczas ewentualnej rozprawy), ponieważ ustalenie czy wykonawca ten w ogóle spełnia czy nie spełnia warunków udziału w postępowaniu **musi** nastąpić **przed wyborem oferty najkorzystniejszej**, stąd zachodzi konieczność kolejno:

- a) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej
- b) przeprowadzenia czynności wyjaśniających (etap badania i oceny ofert)
- c) podjęcia niezbędnych czynności (np. wezwania do poprawienia podmiotowych środków dowodowych, odrzucenia ofert)
- d) ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej

Dodatkowo wskazać należy, że nie jest rolą Zamawiającego (a co za tym idzie również Odwołującego) poszukiwanie za wykonawcę DOMAX dowodów na wykazanie spełniania lub niespełniania warunków udziału w postępowaniu, jeśli wykonawca DOMAX nie udźwignął sam z siebie ciężaru wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ złożone przez niego dokumenty nie wykazują tego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, wnoszę jak w *petitum* odwołania.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. odpis aktualny KRS Odwołującego;
3. dowód uiszczenia wpisu w wysokości 10 000,00 złotych;
4. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 34,00 złotych;
5. dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.