

Bolestawiec dnia 03.06.2023 r

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Wnoszący odwołanie (Odwołujący):

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

Lider: Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k. ul. Spacerowa 16 59-700 Bolestawiec NIP 612 187 71 59 , KRS nr 0000966032

Partner: Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski ul. Spacerowa 16, 59 – 700 Bolestawiec NIP 612 178 38 89

reprezentowana przez:

- Jarosława Szelejewskiego – wspólnika uprawnionego do reprezentacji Lidera Konsorcjum tj. Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k.

Zamawiający:

Gmina Świerzawa

Pl. Wolności 60

59-540 Świerzawa

E-mail: urząd@swierzawa.pl

Tel.: +48 75 71 35 360

Epuap: e-puap /89m4egf6ck/skrytka

Strona internetowa prowadzonego postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/pn/swierzawa>

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Biuletynie

Zamówień Publicznych w dniu 22.03.2024 r pod numerem 2024/BZP 00256172/01

ODWOŁANIE

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023.1605 z dnia 14 lipca 2023 r, dalej jako „ustawa Pzp”) nieprzekraczającej równowartości 5.382.000 euro , pn.: „Budowa sieci wodociągowej z ujęciem wody w miejscowości Sokołowiec” w systemie zaprojektuj – wybuduj Nr referencyjny: INGK.Kr.271.32.2.2024 zwanym dalej „Postępowaniem”

Działając na podstawie art. 513 ust. 1 w zw. z art. 506 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023.1605 z dnia 14 lipca 2023 r, dalej jako „ustawa Pzp”) niniejszym **wnoszę odwołanie:**

- **od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Konsorcjum firm: Lider: Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k. ul. Spacerowa 16, 59-700 Bolesławiec NIP 612 187 71 59 , KRS nr 0000966032, Partner: Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski ul. Spacerowa 16 59 – 700 Bolesławiec NIP 612 178 38 89 w postępowaniu pn.: „Budowa sieci wodociągowej z ujęciem wody w miejscowości Sokołowice” w systemie zaprojektuj – wybuduj, Nr referencyjny: INKG.Kr.271.32.2.2024, czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i pkt 7 ustawy Pzp, oraz w oparciu o błędne ustalenia faktyczne i wyboru oferty najkorzystniejszej.**

Zarzuty

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z tego powodu, że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia – wg działu V , pkt. 2 ppkt. 2.4.1. SWZ;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pap poprzez błędne uznanie, iż oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś Konsorcjum celowo przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania spełniania warunku doświadczenia, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i miało na celu wyeliminowanie innych uczestników postępowania z uzyskania zamówienia;
3. art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego;
4. art. 128 ust. 1, w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego Rozdziale V pkt. 2.4.1.2. SWZ
5. art 253 ust. 1 pkt 2 ustaw Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 29.05.2024 r
6. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej

Żądania

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, ponieważ ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji Odwołujący wnosi o:

- 1) uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego ;
ewentualnie
- 2) uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych w informacji o odrzuceniu z dnia 29.05.2024 r ;
ewentualnie
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień w przypadku stwierdzenia ewentualnych niejasności lub braków w ofercie Odwołującego - dokonania czynności wezwania do wyjaśnień treści oferty lub przedłożenia lub uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm prawem przepisanych;

Ponadto, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania, na okoliczność ich treści.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia

Poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację, oraz powody odrzucenia oferty wskazane przez Zamawiającego naruszają dobre imię i wiarygodność Odwołującego i firm będących w konsorcjum ubiegającym się o udzielenie zamówienia .

Odwołujący, jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, ma interes prawny w udzieleniu mu zamówienia, jako że prowadzenie robót budowlanych w zakresie budowy sieci wodociągowej i ujęcia wody, w formule projektuj i wybuduj, należy do przeważającego zakresu działania firm biorących udział w Konsorcjum.

Uchybienia mogą zostać naprawione poprzez nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności zgodnych z obowiązującymi przepisami Ustawy, przy uwzględnieniu zarzutów niniejszego odwołania.

Termin do wniesienia odwołania

Zawiadomienie o odrzuceniu oferty Wykonawcy **Konsorcjum firm: Lider: Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k. ul. Spacerowa 16 59-700 Bolesławiec NIP 612 187 71 59 , KRS nr 0000966032 Partner: Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski ul. Spacerowa 16 59 – 700 Bolesławiec NIP 612 178 38 89**, a tym samym informacja o powodach odrzucenia i unieważnieniu postępowania miała miejsce w dniu 29.05.2024 r.

Niniejsze odwołanie wniesiono w dniu 03.06.2024 r, co oznacza dochowanie terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu na wniesienie odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

W dniu 22.03.2024 r Zamawiający Gmina Świerzawa wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane prowadzone w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2023.1605 z dnia 14 lipca 2023 r, dalej jako „ustawa Pzp”), nieprzekraczającego równowartości 5.382.000 euro, pn.: „Budowa sieci wodociągowej z ujęciem wody w miejscowości Sokołowiec” w systemie zaprojektuj – wybuduj, Nr referencyjny: INGK.Kr.271.32.2.2024, zwanym dalej „Postępowaniem”.

W postępowaniu zostały złożone 2 (dwie) oferty przez :

1. Konsorcjum firm: Lider: Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k. ul. Spacerowa 16 59-700 Bolesławiec NIP 612 187 71 59 , KRS nr 0000966032, Partner: Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski ul. Spacerowa 16 59 – 700 Bolesławiec;
2. Konsorcjum firm: Lider: JADAR s.c. Jarosław Niedzielski i Adam Balicki, ul. Brzozowa 5, 58 -560 Jelenia Góra Partner: AGER Marcin Klich Dobków 102a, 59 – 540 Świerzawa;

Pismem z dnia 29.05.2024 r Zamawiający Gmina Świerzawa poinformowała o odrzuceniu oferty Wykonawcy Konsorcjum firm: Lider: Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k., ul. Spacerowa 16 59-700 Bolesławiec NIP 612 187 71 59 , KRS nr 0000966032, Partner: Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski ul. Spacerowa 16, 59 – 700 Bolesławiec NIP 612 178 38 89 w ww. Postępowaniu .

Jako podstawę odrzucenia Zamawiający podał art. **226. ust. 1 pkt 2 b), oraz pkt 7 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie** Lider – Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k, ul. Spacerowa 16, 59-700 Bolesławiec, Partner – Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski, ul. Spacerowa 16, 59 – 700 Bolesławiec:

1. została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia – wg działu V , pkt. 2 ppkt. 2.4.1. SWZ
2. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum celowo przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania spełnienia warunku doświadczenia, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i miało na celu wyeliminowanie innych uczestników postępowania z uzyskania zamówienia.

Zarzuty Odwołującego co do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp: oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia – wg działu V , pkt. 2 ppkt. 2.4.1. SWZ

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie jest kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, a także z tego powodu, że rzekome działania Wykonawcy „dążące do wykazania spełnienia warunku doświadczenia” stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wymagał spełnienia warunku określonego w Rozdziale V SWZ "Kwalifikacja wykonawców, podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu, przedmiotowe środki dowodowe ", w punkcie 2.4. Zamawiający zamieścił postanowienie w zakresie spełnienia przez Wykonawcę warunku zdolności technicznej lub zawodowej:

2.4.1. Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał roboty budowlane obejmujące co najmniej:

2.4.1.1.

1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci wodociągowej o długości minimum 500 m, której całkowita wartość wynosiła co najmniej 150.000,00 zł brutto.

2.4.1.2.

1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie stacji uzdatniania wody, której całkowita wartość wynosiła co najmniej 200.000,00 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca, w dniu 29.04.2024r. przedłożył następujące dokumenty :

- Protokół zdawczo - odbiorczy częściowy zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022 - 29.03.2022
- Referencje z dnia 21.04.2024r. podpisane przez Członka Zarządu Macieja Runkiewicza
- Aneks nr 02/2021 z dnia 30.12.2021r. (do umowy PO-21-714/SIGMA1 z dnia 20.03.2021r.)

Zamawiający nie wskazał w Specyfikacji Warunków Zamówienia wielkości ani rodzaju stacji uzdatniania wody, o której mowa w Rozdziale V pkt. 2.4.1.2. SWZ, a jedynie wskazał obowiązek wykonania roboty budowlanej na kwotę co najmniej 200.000,00 zł brutto.

Zamawiający wymagając spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci budowy, przebudowy lub rozbudowy stacji uzdatniania wody:

- nie wskazał, iż stacja uzdatniania wody ma odpowiadać pojęciu budowli w rozumieniu art. 3 pkt. 3 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2024 r. Nr 725 t.j.)
- nie wskazał parametrów określających np. wydajność technologiczną, rodzaju czy mocy stacji uzdatniania wody;
- nie wskazał, czy na budowę stacji uzdatniania wody konieczne było uzyskanie pozwolenia na budowę właściwego organu;
- nie wskazał, aby dla stacji uzdatniania wody konieczne było wykonanie projektu;
- nie wskazał aby stacja uzdatniania wody wykazana przez Wykonawcę podlegała odbiorowi/zgłoszeniu do Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego;
- nie wskazał, iż stacja uzdatniania wody winna stanowić samodzielną budowlę/budynek;

Zatem działania Zamawiającego polegające na rzekomej „weryfikacji” dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę, nie mogą stanowić potwierdzenia, że Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V pkt. 2.4.1.2. SWZ.

Zamawiający podniósł, iż otrzymał odpowiedzi:

- od Starosty Zgorzeleckiego, że dokumentacja projektowa zadania nie obejmowała budowy stacji uzdatniania wody;
- od Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Zgorzelcu, że w referencyjnej lokalizacji nie została wybudowana stacja uzdatniania wody (stacje są objęte nadzorem sanitarnym);

W tym zakresie ww. odpowiedzi nie mogą stanowić o spełnieniu lub nie warunku udziału w postępowaniu wobec treści warunku określonego w Rozdziale V pkt. 2.4.1.2. SWZ.

Takim dowodem nie może być również informacja z Geoportalu, bowiem dane tam zamieszczane nie są aktualizowane na bieżąco. Ponadto stacja uzdatniania wody nie musiała być obiektem zewnętrznym, mogła być urządzeniem zlokalizowanym wewnątrz budynku. Stacje uzdatniania wody, poza tym, że mogą być budowlami, to również są urządzeniami instalowanymi wewnątrz budynków w celach związanych z oczyszczeniem czy polepszeniem jakości wody.

Co do stwierdzenia Zamawiającego, iż otrzymał informację:

„od inwestora – Kajima Poland Sp. z o.o., że inwestycja nie obejmowała budowy stacji uzdatniania wody. Ponadto inwestor Kajima Poland Sp. z o.o. oświadczył, że przedłożone przez Wykonawcę Konsorcjum: Lider – Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k, Partner – Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski dokumenty : 1. Protokół zdawczo - odbiorczy częściowy zaawansowania wykonanych prac za okres 01.03.2022 - 29.03.2022 2. Referencje z dnia 21.04.2024r. podpisane przez Członka Zarządu Macieja Runkiewicza 3. Aneks nr 02/2021

z dnia 30.12.2021r. (do umowy PO-21-714/SIGMA1 z dnia 20.03.2021r.) nie odpowiadają dokumentacji oryginalnej, która jest w posiadaniu tej firmy i złożył oświadczenie o wycofaniu referencji wystawionych na rzecz Wykonawcy”.

Odwołujący wskazuje, iż zwrócił się do Kajima Poland Sp. z o.o. o przestanie treści wiadomości czy pisma skierowanego przez tę firmę do Zamawiającego.

W odpowiedzi Odwołujący otrzymał treść korespondencji przesłanej przez Kajima Poland Sp. z o.o. Odwołujący w załączeniu przedkłada treść otrzymanej korespondencji e-mail.

Dowód: korespondencja:

- e-mail Zamawiającego z dnia 21.05.2024 do Kajima Poland Sp. z o.o.
 - e-mail od Kajima Poland Sp. z o.o. do Zamawiającego z dnia 24.05.2024 r
 - e-mail Kajima Poland Sp. z o.o. do Odwołującego z dnia 29.05.2024 r
- Oświadczenie Odwołującego – Partnera konsorcjum z dnia 03.06.2024 r

Z treści korespondencji wynika, iż Kajima Poland Sp. z o.o. wycofała referencje dla Partnera Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski z dnia 21.02.2024 na prace zgodnie z umową PO-21-714/SIGMA1/21 z dnia 20.03.2021r z późniejszymi aneksami.

Powodem wycofania referencji był konflikt powstały pomiędzy stronami umowy PO-21-714/SIGMA1/21 tj. Kajima Poland Sp. z o.o. i Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski.

Dowód: Oświadczenie Odwołującego – Partnera konsorcjum z dnia 03.06.2024 r

Odwołujący wskazuje, iż:

Jak wynika z treści art. 3 pkt 3 u.p.b., wśród budowli wymienia się m.in. części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni wiatrowych i innych urządzeń), a także fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów, składających się na całość użytkową. Wskazane przykładowo budowle, a także treść art. 3 pkt 9 p.b., wskazują zatem na to, że w przypadku powiązania części budowlanych z urządzeniami technicznymi dla oceny, czy jest to budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z urządzeniami i instalacjami czy też budowla i urządzenia techniczne, należy zbadać, czy tworzą one całość wyłącznie użytkową, bo są odrębne pod względem technicznym, czy też tworzą całość techniczno-użytkową, bo nie są odrębne pod względem technicznym. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca wymaga nie tylko istnienia związku użytkowego, ale również technicznego. Warunek ten dotyczy tak budowli, jak i urządzeń i instalacji, które stanowią jeden obiekt budowlany jako budowla.

Co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i pkt 7 ustawy Pzp w zw. Z art. 16 ust. 1 ustawy Pap: oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum celowo przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania spełniania warunku doświadczenia, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i miało na celu wyeliminowanie innych uczestników postępowania z uzyskania zamówienia

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 22 października 2002 r. III CKN 271/01 uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym, przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego, ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim nie ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy.

W niniejszej sprawie Zamawiający zachowanie Odwołującego zakwalifikował jako delikt wskazany w art. 14 ust. 1 ustawy z.n.k. – jak wynika z treści uzasadnienia Informacji z dnia 29.05.2024 r o odrzuceniu oferty.

Jednakże powołana przez Zamawiającego przyczyna odrzucenia oferty nie mieści się w katalogu przyczyn, które można zakwalifikować, jako przyczynę, dla której można odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp.

Zamawiający swoją decyzję oparł na niezgodny ze stanem faktycznym założeniach, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe dokumenty i oświadczenia, które miały na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd i miały bezpośredni wpływ na wynik postępowania przetargowego.

Opisywane przez Zamawiającego, rzekome zachowanie Odwołującego nie daje się jednak zakwalifikować jako delikt opisany w art. 14 ust. 1 ustawy uznk. Zakres stosowania art. 14 ogranicza w znacznej mierze wymóg działania sprawcy "(...) w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody (...)". Wymóg ten wprowadza do przepisu warunków znacznie dalej idący niż przewidziane w art. 3 ust. 1 zagrożenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Delikt z art. 14 uznk jest spełniony tylko wtedy, gdy sprawca działa świadomie, a zatem z winy umyślnej (tak: Art. 14 uznk red. Szwaja 2019, wyd. 5/M. Kępiński/J. Kępiński - Legalis).

W niniejszej sprawie Zamawiający nie wykazał bezspornie, że Odwołującemu można przypisać celowe działanie. Tym samym nie będzie miał zastosowania art 14 ustawy z.n.k.

Ponadto Odwołujący wskazuje, iż jego oferta została odrzucona, zatem nie była oceniana przez Zamawiającego i tym samym nie doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji w postaci uniemożliwienia innym wykonawcom o ubieganie się o zamówienie.

Co do zarzutu naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego

Zamawiający, podejmując decyzję o powodach odrzucenia oferty Odwołującego winien był opierać się **wyłącznie** na dokumentach zebranych w toku, którego dotyczy ocena ofert.

Tym samym nieuprawnione jest działanie Zamawiającego, w którym oparł się na historycznym postępowaniu. Odniesienia do podejmowanych przez Odwołującego w latach poprzednich czynności, decyzji czy zawieranych umów pozostaje bez wpływu na ocenę przesłanek odrzucenia oferty w obecnym postępowaniu.

Działania Odwołującego w latach poprzednich w ramach prowadzonych wcześniej procedur zamówieniowych nie przekładają się na ocenę w ramach przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiając, dla oceny zachowania Odwołującego, w sposób nieuprawniony, posłużył się innym postępowaniem, które było prowadzone pod znakiem sprawy INGK.Kr.271.32.1.2024 i ofertę nie zabezpieczoną wadium złożył w nim wyłącznie Odwołujący.

Zamawiający wskazał: *„Okoliczność ta potwierdza postawioną tezę o nieuczciwych działaniach Wykonawcy, gdyż tak wówczas jak i obecnie warunek progowy doświadczenia był identyczny, zaś Wykonawca w obu przypadkach deklarował jego spełnienie – i jak się okazało, była to deklaracja bez pokrycia. We wskazanym wyżej (pierwszym) postępowaniu oferta Wykonawcy została odrzucona jako niezabezpieczona wadium, co spotkało się z wniesieniem odwołania. Akt ten w kontekście okoliczności stwierdzonych obecnie (braku wymaganego doświadczenia i posługiwania się w celu wykazania go dokumentami nieprawdziwymi wycofanymi przez wystawcę) stanowi przejaw szczególnej zuchwałości i determinacji w nieuczciwym zdobyciu zamówienia. Okoliczności te obciążają Wykonawcę; powstał stan niezłożenia podmiotowych środków dowodowych”.*

Odwołujący wskazuje, iż oferta w postępowaniu NGK.Kr.271.32.1.2024 była składana w zupełnie innych warunkach technicznych i zawodowych Odwołującego. Nie była oceniana w żaden sposób przez Zamawiającego, bowiem została odrzucona. Odwołujący posiadał wówczas stosowne referencje z realizacji innych umów, również zamierzał wskazać podwykonawców, na zasoby których powoływał się w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający swoją decyzję o spełnieniu przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu mógł podjąć tylko i wyłącznie w oparciu o dokumenty złożone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jarosław Szelejewski otrzymał od opiekuna klienta w Banku PKO BP informację, że Pani Iwona Ławińska – Tarsa dzwoniła do Banku celem uzyskania informacji o wiarygodności i sytuacji finansowej firmy Sigma – Projekty i Spółki komandytowej. W banku tym członkowie konsorcjum posiadają od wielu lat rachunek bankowy. Obydwie firmy, członkowie konsorcjum, są cenionymi klientami o ugruntowanej pozycji i wiarygodności. Takie działania po stronie Zamawiającego są działaniami na szkodę Odwołującego bowiem, mogą wywoływać mylne wrażenie co do wiarygodności i podważać zaufanie do firm konsorcjum. Powyższe było bezpośrednią przyczyną, dla której Odwołujący skontaktował się z Zamawiającym w dniu 23.05.2024 r. Celem działania Odwołującego było dowiedzenie się, co jest podstawą działania Zamawiającego i z jakiej przyczyny Zamawiający zwracał się do banku, skoro posiadał od Odwołującego dokumenty wymagane SWZ.

Dowód: Oświadczenie z dnia 03.06.2024 r

Takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty Odwołującego.

Zamawiający ma obowiązek przygotować i prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w art. 16 ustawy Pzp. Wśród tych zasad wskazana została zasada konkurencyjności i proporcjonalności, która zezwala Zamawiającemu na podejmowanie tylko takich środków ograniczających konkurencję, które są konieczne i jednocześnie wystarczające do osiągnięcia celu, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty. Skoro w przeszłości oferta Odwołującego nie była oceniana i *de facto* nie brała udziału w postępowaniu, to nie ma powodów do ograniczania konkurencji i eliminowania takiego wykonawcy z aktualnie prowadzonego postępowania (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2021 r, sygn. akt KIO 356/21, LEX 3163096).

Co do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1, w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego Rozdziale V pkt. 2.4.1.2. SWZ

Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza obligatoryjny wymóg wezwania do uzupełnienia lub uprawnienie do żądania wyjaśnień, o czym stanowi art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w okolicznościach wskazanych. Nie jest zatem dopuszczalne odrzucenie oferty na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, w sytuacji gdy zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego na podstawie wskazywanych przepisów.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawie stwierdzić należy, że Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy.

Zamawiający kierował wezwania do uzupełnienia do Partnera Sigma Projekty – Instalacje Jarosław Szelejewski, nie zaś do Lidera uprawnionego do reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k.

Niemniej jednak każde z wezwań kierowanych do tego wykonawcy było wezwaniem opartym na innej podstawie prawnej ale dotyczącym tej samej kwestii.

Pierwsze było wezwaniem do złożenia przez Odwołującego jako wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą - podmiotowych środków dowodowych (art. 126 ust. 1 ustawy Pzp), drugie zaś było wezwaniem opartym na art 128 ustawy Pzp jednak dotyczyło ponownie przedłożenia Załącznika nr 5 do SWZ, oraz dowodów: *„referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty”* .

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być bowiem dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu. Wezwanie powinno przy tym precyzyjnie wskazywać powód wezwania, tj. konkretne braki lub uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, zakres koniecznych do przedłożenia oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin, w jakim powinny być one uzupełnione. Jeżeli bowiem informacje lub dokumenty, które zostały złożone przez wykonawcę, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, Zamawiający może zażądać, aby wykonawca złożył, uzupełnił, doprecyzował lub skompletował stosowne informacje lub dokumentację we wskazanym w wezwaniu terminie.

Skoro, zdaniem Zamawiającego, Odwołujący złożył dokumenty, które nie potwierdzały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający winien tę kwestię wyjaśnić, nie zaś wzywać Odwołującego do przedłożenia nowych dokumentów i oświadczeń.

W tym przypadku Odwołujący pozostawał w mylnym przekonaniu co do treści wezwania Zamawiającego.

Stacja uzdatniania wody została wskazana w Protokole zdawczo – odbiorczym częściowym zaawansowania wykonanych prac jako roboty dodatkowe/zamienne. Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie przedstawionych dokumentów, a jedynie na podstawie art. 128 ustawy Pzp wezwał Partnera Sigma Projekty –

Instalacje Jarosław Szelejewski pismem z dnia 25.04.2024 r. „ do przedłożenia dla zamówienia dokumentów, o których mowa , tj.: a) wykaz robót budowlanych 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 budowlane zostały wykonane należycie - zgodnie z treścią Załącznika nr 5 do SWZ. „Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty” .

Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie treści bądź wątpliwości co złożonych dokumentów.

Odwołujący wskazuje, że to dopiero stwierdzenie zachowania sprzecznego z prawem pozwoli na ocenę zachowania wykonawcy pod kątem rzetelnego i niezafałszowanego współzawodnictwa oraz ustalenia czy te właśnie działania podjęte były w celu osiągnięcia korzyści wynikającej z uzyskania przedmiotowego zamówienia. Wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji ma bowiem charakter ocenny. Stąd też ewentualne odrzucenie oferty powinno zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy do udzielenia stosownych wyjaśnień. Dlatego też uznać należy, że zarzut Zamawiającego odnośnie naruszenia zasad konkurencji nie potwierdził się (por. wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2024 r, sygn. akt KIO 189/24, LEX nr 3704972).

Co do zarzutu naruszenia art 253 ust. 1 pkt 2 ustaw Pzp poprzez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 29.05.2024 r

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 29.05.2024 r Zamawiający wskazał jako jedną z przyczyn takiej decyzji art.226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp na tej podstawie, że:„ oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum celowo przekazało Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do wykazania spełniania warunku doświadczenia, co jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i miało na celu wyeliminowanie innych uczestników postępowania z uzyskania zamówienia” bez wskazania podstawy prawnej naruszenia.

Katalog czynów podlegających rygorom ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest tak szeroki, że nie sposób domyślać się, jak Zamawiający zakwalifikował tę konkretną sytuację. Co prawda z treści uzasadnienia Informacji o odrzuceniu z dnia 29.05.2024 r wynika, że Zamawiający podporządkował

rzekome naruszenie Odwołującego pod art. 14 ust. 1 i 2 u.z.n.k. jednak nie wskazał, jakie przesłani wskazane w tym przepisie spełnić Odwołujący, aby zostać uznanym za winnym naruszenia ww. przepisu, oraz Zamawiający nie wykazał, iż działanie Odwołującego było celowe, świadome i Odwołującemu można przypisać winę.

Co więcej – pojęcie winy winno dotyczyć konkretnego podmiotu. Natomiast Zamawiający nie wskazał, który z członków Konsorcjum był winny przedstawienia dokumentów budzących wątpliwości Zamawiającego.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest również zgodnie z art. 14 ust. 1 pkt. 1 i 2 rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści, co ewidentnie miało miejsce w niniejszym postępowaniu.

Na znaczenie uzasadnienia faktycznego i prawnego uzasadnienia odrzucenia oferty zwraca się uwagę w Komentarzu UZP (Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, pod redakcją, Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021): „Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty czy wyboru oferty najkorzystniejszej i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej, gdyż skuteczne podniesienie zarzutów względem takich czynności jest możliwe jedynie, gdy podstawy faktyczne ich dokonania zostały wykonawcom wyjaśnione.”

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty powinno w sposób jednoznaczny i zrozumiały dla wykonawców (niebudzący żadnych wątpliwości) wskazać powody odrzucenia. Brak jednoznacznego i zrozumiałego dla wykonawców uzasadnienia odrzucenia oferty może stanowić podstawę wniesienia odwołania wobec czynności odrzucenia. Takie naruszenie może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Niedopuszczalnym jest, aby Odwołujący, jako wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec jego oferty przez Zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. **W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie”** (wyrok z dnia 30 kwietnia 2013 r., KIO 918/13),

Podsumowując:

Jak wynika z powyższych wyjaśnień, dokumentacja postępowania wskazuje, że wykluczenie Odwołującego nastąpiło bez zachowania koniecznej staranności i oparte zostało na dokumentach, których Zamawiający nie zweryfikował, z widocznymi błędami.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł wpis w wysokości 10.000,00 zł kopia dowodu wniesienia wpisu, stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

W załączeniu:

- pełnomocnictwo udzielone Sigma Budownictwo Szelejewski Sp. k. ul. Spacerowa 16 59-700 Bolesławiec NIP 612 187 71 59 , KRS nr 0000966032
- e-mail Zamawiającego z dnia 21.05.2024 do Kajima Poland Sp. z o.o.
- e-mail od Kajima Poland Sp. z o.o. do Zamawiającego z dnia 24.05.2024 r
- e-mail Kajima Poland Sp. z o.o. do Odwołującego z dnia 29.05.2024 r
- Oświadczenie Partnera konsorcjum z dnia 03.06.2024 r
- potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu