

Warszawa, 5 listopada 2024 roku

Do:

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

Zamawiający:

Zespół Wojewódzkich Przychodni Specjalistycznych
w Katowicach
ul. Powstańców 31, 40-038 Katowice
e-mail: przetargi@zwps.pl

Odwołujący:

PBO ŚLĄSK Sp. z o.o.
ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec
KRS: 0000044978

reprezentowany przez pełnomocnika:

r.pr. Tomasza Michalczyka
z kancelarii prawnej
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.

adres do doręczeń:

ul. Rondo ONZ 1, XXII piętro, 00-124 Warszawa
e-mail: tomasz.michalczyk@dzp.pl
tel.: +48 504 230 630

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji pn.: „*Modernizacja budynku Zespołu Wojewódzkich Przychodni Specjalistycznych w Katowicach*”, nr ref. ZP/R/12/24, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00503725 w dniu 17 września 2024 r. („**Postępowanie**”).

Strona internetowa Postępowania: <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/list/ocds-148610-8847fc96-aa51-4ab9-932f-5b60fa94e48c>

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych¹ („PZP”) i art. 505 ust. 1 PZP w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) PZP w imieniu wykonawcy **PBO ŚLĄSK Sp. z o.o.** (adres: ul. Wojska Polskiego 136A, 41-208 Sosnowiec, KRS: 0000044978) („**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, które załączam do niniejszego odwołania (**Załączniki nr 1** do Odwołania), zaskarżam czynności i zaniechania zamawiającego – **Zespół Wojewódzkich Przychodni Specjalistycznych w Katowicach** (adres: ul. Powstańców 31, 40-038 Katowice) („**Zamawiający**”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów unijnych prowadzonym w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji pn.: „*Modernizacja budynku Zespołu Wojewódzkich Przychodni Specjalistycznych w Katowicach*”, nr ref. ZP/R/12/24, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00503725 w dniu 17 września 2024 r. („**Postępowanie**”) dotyczące nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy WIK – WERO Mazur Grażyna (ul. Kozia 2, 25-514 Kielce) („**Wykonawcy**”), w tym podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w Postępowaniu, zaniechania odrzucenia oferty lub alternatywnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnienia lub uzupełnienia takich podmiotowych środków dowodowych, a w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty Wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Opisanym powyżej czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- 2.1. **226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 PZP w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 814 §1 Kodeksu cywilnego („KC”) w zw. z art. 16 pkt 1 PZP** poprzez błędną ocenę złożonego przez wykonawcę podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu polisy ubezpieczeniowej (w tym aneksu nr 3 do polisy OC) od odpowiedzialności cywilnej uznanie go za potwierdzający spełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. a) tiret drugie Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), podczas gdy suma ubezpieczenia w polisie Wykonawcy została podwyższona do kwoty wymaganej w warunku udziału w postępowaniu na dzień przed złożeniem oferty w przedmiotowym Postępowaniu, a termin płatności składki ubezpieczeniowej, który warunkuje uruchomienie ochrony ubezpieczeniowej do wskazanej w polisie sumy ubezpieczenia przypadał po terminie składania ofert, a Wykonawca nie wykazał, że polisa ubezpieczeniowa została opłacona przed upływem terminu składania ofert, w związku z czym Wykonawca nie potwierdził spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu, biorąc pod uwagę, fakt, że już raz Wykonawca był wzywany do uzupełnienia ww. podmiotowego środka dowodowego;
- 2.2. **226 ust. 1 pkt 2 lit b) PZP w zw. z art. 124 pkt 2 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP** poprzez błędną ocenę złożonego przez wykonawcę podmiotowego środka dowodowego (wykazu usług i poświadczenia) i uznanie, że Wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. b) tiret pierwsze SWZ,

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

podczas gdy wykaz usług oraz poświadczenie potwierdzająca spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu są niewiarygodne i sprzeczne z rzeczywistością, a informacje zawarte w tych dokumentach odbiegają od rzeczywistego sposobu realizacji referencyjnej inwestycji, w związku z czym Wykonawca nie potwierdził spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu, biorąc pod uwagę, fakt, że już raz Wykonawca był wzywany do uzupełnienia ww. podmiotowego środka dowodowego;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów z pkt 2.1 *petitum* Odwołania:

2.3. **art. 128 ust. 1 lub 4 PZP w zw. z art. 124 pkt 2 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 PZP w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 814 §1 KC w zw. z art. 16 pkt 1 PZP** poprzez błędną ocenę złożonego przez wykonawcę podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu polisy ubezpieczeniowej (w tym aneksu nr 3 do polisy OC) od odpowiedzialności cywilnej uznanie go za potwierdzający spełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. a) tiret drugie Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), podczas gdy suma ubezpieczenia w polisie Wykonawcy została podwyższona do kwoty wymaganej w warunku udziału w postępowaniu na dzień przed złożeniem oferty w przedmiotowym Postępowaniu, a termin płatności składki ubezpieczeniowej, który warunkuje uruchomienie ochrony ubezpieczeniowej do wskazanej w polisie sumy ubezpieczenia przypadał po terminie składania ofert, a Wykonawca nie wykazał, że polisa ubezpieczeniowa została opłacona przed upływem terminu składania ofert, w związku z czym Wykonawca nie potwierdził spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, a tym samym Wykonawca powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień ww. zakresie lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o**:

- 3.1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- 3.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania;
- 3.3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 31 października 2024 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty należącej do Wykonawcy;
- 3.4. nakazanie Zamawiającemu:
 - 1) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
 - 2) odrzucenie oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP w związku z tym, że przedłożone, a następnie uzupełnione przez Wykonawcę, podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. a) tiret drugie oraz lit. b) tiret pierwsze SWZ;

ewentualnie, w przypadku nieuwzględniania zarzutów z pkt 2.1 – 2.2 *petitum* Odwołania:

- 3) wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. a) tiret drugie oraz lit. b) tiret pierwsze SWZ;

3.5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

Wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem nie przekracza progów unijnych, a tym samym zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane na platformie internetowej Postępowania w dniu 31 października 2024 r. („Zawiadomienie”). Niniejsze odwołanie zostało więc wniesione w wymaganym przepisami PZP pięciodniowym terminie, tj. do dnia 5 listopada 2024 r. łącznie.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 516 ust. 2 pkt 1 PZP wpis od odwołania w kwocie 10.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania (**Załącznik nr 3** do Odwołania).

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego Odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę Wykonawcy, co spowodowało, że w Postępowaniu została wybrana oferta Wykonawcy, która powinna zostać odrzucona z Postępowania, lub alternatywnie Wykonawca powinien zostać wezwany do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych. W wyniku czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia objętego Postępowaniem oraz uzyskania zakładanego zysku. W związku z powyższym Odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania.

UZASADNIENIE

1. STAN FAKTYCZNY

1.1 Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pracowanie kompleksowej, wielobranżowej dokumentacji projektowo – kosztorysowej, uzyskanie prawomocnych pozwoleń na budowę, opracowanie projektów wykonawczych, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarów robót, kosztorysów inwestorskich oraz innych dokumentów i opracowań niezbędnych do realizacji zamierzenia budowlanego oraz wykonanie na podstawie opracowanej dokumentacji robót budowlanych w formie „zaprojektuj i wybuduj”, zadania pod nazwą „*Modernizacja budynku Zespołu Wojewódzkich Przychodni Specjalistycznych w Katowicach*” wraz z przeprowadzeniem procedury odbiorów przed organami Państwowymi wraz z przygotowaniem wszelkich niezbędnych do tego dokumentów oraz z skutecznym zgłoszeniem zakończenia budowy do PINB („**Zamówienie**”).

1.2 W treści SWZ Zamawiający wymagał spełnienia między innymi następujących warunków udziału w postępowaniu:

- 1) **wykazania przez wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 10 000 000,00 zł.**

na potwierdzenie tego warunku należało dostarczyć dokument (polisa OC) potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia (pkt V ust. 1 lit. a) tiret drugie SWZ).

- 2) **wykazania przez wykonawcę, że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem i wartością robocie stanowiącej przedmiot zamówienia, w skład której wchodził remont, modernizacja lub przebudowa zabytkowej elewacji z podaniem jej wartości, przedmiotu, dat wykonywania i odbioru roboty oraz przedstawi dowód, czy została wykonana należycie lub czy jest wykonywana należycie (np. listy referencyjne, poświadczenia – opinie użytkowników, protokoły odbioru końcowego etc.). Robota budowlana musi opiewać na kwotę brutto nie mniejszą niż 5 000 000,00 zł każda, przy czym w przypadku robót będących w trakcie ich wykonywania wartość każdej już zrealizowanej nie może być niższa niż w/wym. kwota.**

Na potwierdzenie tego warunku należało złożyć wykaz usług oraz dowody określające, czy te roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami takimi mogły być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego te roboty były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym

charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy (pkt V ust. 1 lit. b) tiret pierwsze SWZ).

- 1.3 Dokumenty wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu miały być **złożone wraz z ofertą** (pkt II ust. 1 lit. d) i e) SWZ).
- 1.4 Wraz z ofertą Wykonawca przedłożył wykaz usług, ale zaniechał przedłożenia dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz zaniechał przedłożenia polisy OC.
- 1.5 W związku z powyższym Wykonawca został wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie (błędnie nazwanych przez Zamawiającego przedmiotowymi środkami dowodowymi).

Dowód: Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 17 października 2024 r. (**w aktach Postępowania**).

- 1.6 W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył między innymi:

- 3) dokument polisy OC nr 847500130622 wraz z aneksami (aneks nr 1, 2i 3) wystawiony przez ubezpieczyciela UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. a) tiret drugie SWZ) („**Polisa OC**”) oraz
- 4) poświadczenie wystawione w dniu 15 grudnia 2023 r. przez generalnego wykonawcę firmę ETNA Pior Job sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie potwierdzającą realizację przez Wykonawcę robót na podstawie umowy o podwykonawstwo w ramach inwestycji realizowanej na rzecz Gminy Wadowice i obejmującej kompleksową realizację w formie „zaprojektuj i wybuduj” projektu pn. „*Nadanie nieczynnemu budynkowi Dworca PKP w Wadowicach nowych funkcji przez stworzenie miejsca aktywności społecznej*” (na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. b) tiret pierwsze) („**Referencja**” lub „**Poświadczenie**”).

Dowód: Odpowiedź na wezwanie Wykonawcy z dnia 21 października 2024 r. wraz z załącznikami (**w aktach Postępowania**).

- 1.7 Po otrzymaniu ww. uzupełnienia Zamawiający zakończył procedurę badania i oceny ofert oraz poinformował o wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 31 października 2024 r. (**w aktach Postępowania**).

- 1.8 Decyzja Zamawiającego była jednak błędna, ponieważ doprowadziła do wyboru oferty Wykonawcy, który nie zdołał wykazać spełnienia warunków udziału w postępowania.

2. UZASADNIENIE ZARZUTÓW Z PKT 2.1 I 2.3 PETITUM ODWOŁANIA

- 2.1 W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. a) tiret drugie SWZ, wykonawcy powinni byli wykazać posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (polisa OC) w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 10 000 000,00 zł.
- 2.2 Oczywistym jest, że wykonawcy powinni wykazać, że spełniają warunek udziału w postępowaniu najpóźniej do dnia upływu terminu składania ofert w Postępowaniu, który przypadał 8 października 2024 r., tym samym na dzień upływu składania ofert w Postępowaniu powinni być objęci ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej z sumą ubezpieczenia na kwotę co najmniej 10 000 000,00 zł. Dodatkowo, Zamawiający wymagał przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu wraz z ofertą.
- 2.3 Wykonawca przedłożył (na wezwanie Zamawiającego z 17 października 2024 r.) dokument Polisy OC wraz z aneksami, w tym aneksem nr 3 z dnia 7 października 2024 r., a więc na dzień przed upływem terminu składania ofert, potwierdzającym podwyższenie sumy gwarancyjnej zakresu podstawowego z kwoty 9 800 000,00 zł do kwoty 10 000 000,00 zł, a więc odpowiadającej kwocie wymaganej w warunku udziału w postępowaniu.
- 2.4 Z treści aneksu nr 3 wynika, że:
- suma gwarancyjna w ramach polisy ubezpieczeniowej nr 847500130622 zostaje podwyższona z kwoty 9.800.000,00 zł do kwoty 10.000.000,00 zł (odpowiadającej minimalnej kwocie wynikającej z warunku udziału w postępowaniu).
 - składaka ubezpieczeniowa została ustalona na 500,00 zł
 - składka powinna być zapłacona przelewem **do dnia 20.10.2024 r.**
- 2.5 W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 814 §1 KC: *Jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, **nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.***
- 2.6 W przypadku umów ubezpieczenia zasadą jest to, że ochrona ubezpieczeniowa i odpowiedzialność ubezpieczyciela na sumę ubezpieczenia wskazaną w polisie **powstaje dopiero od dnia następnego po opłaceniu składki ubezpieczeniowej**, a warunkiem uruchomienia tej ochrony (w przypadku Polisy OC – zwiększenia sumy ubezpieczenia) jest opłacenie składki ubezpieczeniowej.
- 2.7 *Jak wskazuje się w poglądach judykatury:*
- 1) *Komentowany przepis [art. 814 § 1 KC – przypis Odwołującego], wiążący początek odpowiedzialności ubezpieczyciela z dniem następującym po zawarciu umowy lub zapłacie składki bądź jej pierwszej raty, należy czytać łącznie z art. 813 § 2 KC, zgodnie z którym składka powinna być zapłacona w momencie zawarcia umowy, ale nie później niż w momencie wydania dokumentu ubezpieczenia. W praktyce **odpowiedzialność***

ubezpieczyciela będzie więc rozpoczynać się z chwilą zapłaty składki lub jej raty, chyba że składkę zapłacono przed zawarciem umowy.²

- 2) Powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela. Datę początkową odpowiedzialności ubezpieczyciela określa zazwyczaj umowa ubezpieczenia. W braku stosownego postanowienia umownego odpowiedzialność ta rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. **Obecna redakcja art. 814 § 1 KC przesądza, że rozpoczęcie świadczenia ochrony ubezpieczeniowej związane jest nie tylko z zapłatą całości składki jednorazowej, ale także jej pierwszej raty w sytuacji, kiedy w umowie ubezpieczenia składka jednorazowa została rozłożona na raty.³**

- 2.8 Jak wynika z treści art. 814 KC w drodze umowy strony mogą, inaczej niż przepisy KC, określić początek odpowiedzialności ubezpieczyciela np. w ten sposób, że ochrona ubezpieczeniowa rozpoczyna się wcześniej, przy czym takie ustalenia stron muszą wynikać wprost z zawartej umowy. W aneksie nr 3 brak jest odrębnych ustaleń co do objęcia Wykonawcy ochroną ubezpieczeniową na podwyższoną sumę gwarancyjną, a tym samym zastosowanie ma generalna zasada wynikająca z przywołanego przepisu, iż warunkiem rozpoczęcia ochrony ubezpieczeniowej (w tym przypadku ochrony w zakresie sumy ubezpieczenia zwiększonej do 10 000 000 zł) jest dzień następujący po dniu opłacenia składki ubezpieczeniowej.
- 2.9 Wraz z Polisą OC Wykonawca nie przedłożył żadnego dokumentu, z którego wynikałoby że Wykonawca, przed terminem składania ofert opłacił składkę ubezpieczenia, która warunkuje powstanie odpowiedzialności ubezpieczyciela na tę podwyższoną kwotę, a tym samym warunkuje potwierdzenie, że Wykonawca na moment złożenia oferty faktycznie posiadał polisę OC na sumę gwarancyjną wynikającą z warunku udziału w postępowaniu (10 000 000 zł).
- 2.10 Mając na uwadze: datę zawarcia aneksu nr 3 do polisy OC (7 października 2024 r.), przypadającą dzień przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu oraz termin płatności składki wynikający z aneksu nr 3 do Polisy OC tj. 20 października 2024 r. należy przyjąć, że Wykonawca w momencie składania oferty nie posiadał ubezpieczenia OC na minimalną kwotę wskazaną w warunku udziału, (pkt V ust. 1 lit. a) tiret drugie SWZ), a tym samym tego warunku nie spełniał, a co najmniej nie wykazał w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że warunek został spełniony.
- 2.11 W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z SWZ dokumenty podmiotowe potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy winni byli przedłożyć wraz z ofertą. Wykonawca zaniechał przedłożenia polisy OC, celem potwierdzenia spełniania warunku i z tego względu w dniu 17 października 2024 r. został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia

² Komentarz do art. 814 KC: Kodeks cywilny. Komentarz, red. serii prof. dr hab. Konrad Osajda, red. tomu dr Witold Borysiak, C.H. Beck 2024.

³ Komentarz do art. 814 KC: Kodeks cywilny. Komentarz, red. prof. dr hab. Edward Gniewek, prof. dr hab. Piotr Machnikowski, wyd. C. H. Beck, 2023.

tego dokumentu. W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca przedłożył Polisé OC wraz z aneksem nr 3.

- 2.12 Zamawiający wykorzystał procedurę uzupełnienia dokumentów podmiotowych a to oznacza, że Wykonawca nie może zostać ponownie wezwany do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w tym zakresie. W orzecznictwie oraz doktrynie jednolicie przyjmuje się zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia m.in. dokumentów, które mają na celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (dokumenty podmiotowe).
- 2.13 Jak sama wskazuje się w orzecznictwie Izby: „Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych może mieć miejsce - w określonym zakresie - tylko jednokrotnie” (wyrok KIO z 25.01.2022 r., KIO 56/22). W innym wyroku KIO podkreślono, że: „**Wezwanie w trybie powyższego przepisu jest wezwaniem jednokrotnym i stanowi dodatkową "szansę" dla wykonawcy m.in. na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, w świetle zasady równego traktowania wykonawców, iż dyspozycją powyższego przepisu objęta jest zarówno sytuacja gdy wykonawca nie złoży w ogóle podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również gdy złożone środki dowodowe nie wykazują spełnienia warunków, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie.**” (wyrok KIO z 7.07.2022 r., KIO 1642/22).
- 2.14 Powyższa zasada jednokrotności wezwania została wypracowana jeszcze na gruncie przepisów ustawy PZP z 2004 r., i pogląd co do jej zastosowania na przestrzeni lat został ugruntowany. Tym samym orzecznictwo dotyczące przepisów stosowania art. 26 ust. ustawy PZP z 2004 r. (obecnie art. 128 ust. 1 PZP) zachowuje aktualność również w odniesieniu do obecnie obowiązujących przepisów:

*Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca ma możliwość jednokrotnego uzupełnienia określonego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Innymi słowy w przypadku niezłożenia lub złożenia nieprawidłowego dokumentu na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też na potwierdzenie, że oferowane dostawy czy usługi spełniają wymagania zamawiającego wykonawca ma możliwość jednokrotnego skorygowania swojego błędu. (...) **Zastosowanie instytucji wezwania do uzupełnienia dokumentów winno zawsze być interpretowane w świetle zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.***

Istota bowiem regulacji zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sprawdza się do możliwości jednokrotnego skorygowania przez wykonawcę błędów dotyczących dokumentów złożonych wraz z ofertą. (...) Wykonawca jednak samodzielnie uzupełniając dokument musi liczyć się z tym, że wykorzystuje tym samym uprawnienie jednokrotnego skorygowania dokumentów przedmiotowych czy podmiotowych wynikające z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Gdyby przyjął inaczej i dopuścić możliwość wielokrotnego samodzielnego uzupełnienia czy zmiany dokumentów złożonych wraz z ofertą, równoległe z obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to wykonawcy mogliby dokonywać dowolnego uzupełniania, zmiany oraz wszelkich

modyfikacji oświadczeń i dokumentów, a w konsekwencji treści oferty, po upływie terminu składania ofert, co całkowicie burzyłoby porządek prawny w tym zakresie. (por. wyrok KIO z 11 stycznia 2018 r., KIO 2706/17).

- 2.15 **Umożliwienie zamawiającemu wielokrotnie zwracania się do wykonawców o uzupełnienie tych samych dokumentów stanowiłoby zagrożenie nieustannego przedłużania postępowania i stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.** Podkreślić jednocześnie należy, że mając na uwadze formalizm postępowania i ograniczone możliwości uzupełnienia przez wykonawców dokumentów, to **na wykonawcy decydującym się na udział w postępowaniu przetargowym ciąży obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu** (por. wyrok KIO z 30 lipca 2022 r., KIO 1598/20).⁴

Z powyższego wynika, że jeżeli zachodzi tożsamość między dokumentem, o które wnioskował Zamawiający w pierwszym wezwaniu do Wykonawcy, to nie powinien powtarzać tej czynności, czyli jeszcze raz wskazywać Wykonawcy nieprawidłowości i dawać mu kolejną szansę na ich usunięcie. **Takie działanie stanowi bowiem naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.** Wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien dochować należytej staranności w podejmowanych przez siebie działaniach zmierzających do uzyskania zamówienia.

- 2.16 W kontekście zarzutu ewentualnego (pkt. 2.3 petitum odwołania) Odwołujący wskazuje, że w przypadku nie uwzględnienia zarzutu głównego, to opisane powyżej okoliczności wskazują, że Zamawiający powinien był co najmniej wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień i potwierdzenia, że Wykonawca przed upływem terminu składania ofert opłacił składkę ubezpieczeniową np. poprzez potwierdzenie tej okoliczności przez ubezpieczyciela lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że na dzień składania ofert Wykonawca był skutecznie objętych ochroną ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 10 000 000 zł.

⁴ Analogiczne stanowisko zostało wyrażone również w wyroku KIO z 14 maja 2012 r., KIO 870/12; uchwale KIO z 15 lutego 2019 r., KIO/KU 10/19: *Jednak ponowne wezwanie - o ile poprzednie było jasne i precyzyjne - prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy czym dla stwierdzenia naruszenia nie ma znaczenia, czy w danym postępowaniu stosuje się tzw. procedurę odwróconą. Zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów ma przeciwdziałać wzywaniu „do skutku” wykonawcy.*

3. UZASADNIENIE ZARZUTÓW Z PKT 2.2 I 2.4 PETITUM ODWOŁANIA

- 3.1 W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. b) tiret pierwsze SWZ (zdolność techniczna i zawodowa) Zamawiający wymagał przedłożenia **wraz z ofertą** wykazu usług oraz dowodów potwierdzających należyte ich wykonanie (referencji, poświadczeń).
- 3.2 Wykonawca wraz z ofertą przedłożył wykaz usług, w którym w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (pkt V ust. 1 lit. b) tiret pierwsze SWZ) wskazał na następujące doświadczenie:

Lp.	Nazwa i adres Odbiorcy usług	Rodzaj wykonanych usług, zgodny z wymaganiami postawionymi w Ogłoszeniu	Termin wykonywania od..... do.....	Wartość brutto (w zł)
1	„ETNA” Piotr Job Sp.zo.o ul. Stanisława Wyspiańskiego 48a 32-050 Skawina	Kompleksowa realizacja w formie „zaprojektuj i wybuduj” projektu pn.: „Nadanie nieczynnemu budynkowi Dworca PKP w Wadowicach nowych funkcji przez stworzenie miejsca aktywności społecznej” W ramach przedmiotu umowy wykonano roboty budowlane polegające na wykonaniu: •Wykonanie dokumentacji projektowej; •Remont zabytkowej elewacji;	01.03.2021 r. do 28.04.2022r.	5 221 524,00 zł brutto
		•Wymiana stolarki okiennej i drzwiowej •Wymiana stropów i posadzek; •Montaż instalacji wod-kan; •Montaż instalacji fotowoltaicznej •Montaż pomy ciepła •Wykonanie robót wykończeniowych		
...				

Dowód: Wykaz usług załączony do oferty Wykonawcy (w aktach Postępowania).

- 3.3 Jednocześnie, Wykonawca zaniechał przedłożenia wraz z ofertą dowodów potwierdzających należyte wykonania usług wskazanej w wykazie. Z tego względu, Zamawiający w dniu 17 października 2024 r. wezwała Wykonawcę do uzupełnienia takich dowodów. Wykonawca w dniu 21 października 2024 r. przedstawił jako dowód Poświadczenie wystawioną przez ETNA Piotr Job sp. z o.o. (generalnego wykonawcę robót), z której ma rzekomo wynikać, że Wykonawca był zaangażowany w realizację na rzecz Gminy Wadowice inwestycji obejmującej kompleksowe wykonanie w formie „zaprojektuj i wybuduj” projektu pn. „*Nadanie nieczynnemu budynkowi Dworca PKP w Wadowicach nowych funkcji przez stworzenie miejsca aktywności społecznej*”.
- 3.4 Zarówno informacje zawarte w Wykazie usług oraz informacje zawarte w Poświadczeniu co do udziału Wykonawcy w realizacji prac dotyczącej referencyjnej inwestycji budzą istotne wątpliwości, które nie tylko poddają w wątpliwość posiadanie przez Wykonawcę stosownego doświadczenia ale również zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Odwołującego Wykonawca potwierdzają wadliwość dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
- 3.5 **Po pierwsze**, zarówno z treści Wykazu usług jak i treści Poświadczenia wynika, że Wykonawca nabył doświadczenie przy realizacji referencyjnej inwestycji (inwestycji obejmującej kompleksowe wykonanie w formie „zaprojektuj i wybuduj” projektu pn. „*Nadanie nieczynnemu budynkowi Dworca PKP w Wadowicach nowych funkcji przez stworzenie miejsca aktywności społecznej*” realizowanej na rzecz inwestora – Gminy Wadowice) jak podwykonawca generalnego wykonawcy, w okresie od 01.03.2021 do 28.04.2022 r.
- 3.6 Z informacji pozyskanych od inwestora tj. Gminy Wadowice bezsprzecznie wynika, że Wykonawca nigdy nie był zgłoszony jako podwykonawca na referencyjnej inwestycji. To oznacza, że Wykonawca nie wykonywał jakichkolwiek prac w jej zakresie.

Dowód: Gmina Wadowice – Informacja Publiczna (**Załącznik nr 5 do Odwołania**).

- 3.7 **Po drugie**, należy wskazać, że w Wykazie usług oraz w Poświadczeniu jako datę realizacji inwestycji wskazano daty od 1 marca 2021 r. do 28 kwietnia 2022 r.
- 3.8 Co jednak kluczowe, Wykonawca nie mógł realizować robót budowlanych w ww. terminach z opisanych poniżej względów.
- 3.9 Umowa o generalne wykonawstwo dot. referencyjnej inwestycji została w dniu 8 lutego 2021 r., i obejmowała wykonanie prac projektowych i robót budowlanych.
- 3.10 Jak wynika z informacji przekazanych przez Gminę Wadowice plac budowy został przekazany generalnemu wykonawcy w dniu 17 października 2022 r.

Dowód: Gmina Wadowice – Informacja Publiczna (**Załącznik nr 5 do Odwołania**).

- 3.11 Powyższe potwierdzają również dostępne doniesienia prasowe, z których wynika, że pozwolenie na budowę dla referencyjnej inwestycji zostało uzyskane dopiero w sierpniu 2022 r.

Ze sporym opóźnieniem, w październiku ubiegłego roku [2022 – przypis Odwołującego] rozpoczęła się w końcu przebudowa należącego do gminy budynku wadowickiego dworca kolejowego. Prace idą sprawnie, zobaczcie jak to obecnie wygląda (zdjęcia i film).

*Ponad 1,5 roku po podpisaniu umowy z wykonawcą, w październiku ubiegłego roku w końcu rozpoczął się remont budynku **dworca kolejowego w Wadowicach**. Teren został ogrodzony, pojawiły się informacje o zakazie wstępu i budowie. Skąd takie potężne opóźnienie? Ekonomia: inflacja, spadek wartości złotówki i zawirowanie związane z wojną Rosji z Ukrainą spowodowały, że również w budowlance dzieją się dziwne rzeczy. Wykonawca wygrywając przetarg podpisał umowę, że zrobi to za blisko 9,7 miliona złotych. Miał na to 30 miesięcy. Niestety poza wyniesieniem się stąd znanego i lubianego baru ze smacznym jedzeniem, nic tutaj się od miesięcy nie działo.*

Jak się okazało, były trudności z procedurami uzyskania pozwolenia na budowę. Firma uzyskała je dopiero niedawno, bo w sierpniu 2022 roku. *Niedawno okazało się też, że trzeba będzie sporo dołożyć, aby wykonać remont budynku, bo wyliczono, że trzeba na to będzie jednak nieco ponad 15 milionów złotych, więc o ponad 5 milionów złotych więcej niż planowano.*

Dowód: *Informacje prasowe dot. referencyjnej inwestycji⁵ (Załącznik nr 6 do Odwołania).*

- 3.12 Skoro pozwolenie na budowę zostało pozyskane dopiero w sierpniu 2022 r., a plac budowy został przekazany generalnemu wykonawcy 17 sierpnia 2022 r. to **oczywistym jest, że Wykonawca nie mógł realizować robót budowlanych we wskazanych w Wykazie usług oraz Poświadczeniu terminach tj. od 1 marca 2021 do 28 kwietnia 2022 r.**
- 3.13 Na potrzeby potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. b) tiret pierwsze SWZ Wykonawca nie może natomiast wykorzystać drugiego powołanego przez niego doświadczenia nabytego w ramach realizacji inwestycji na rzecz zamawiającego – Miasta Rybnik pn. *Termomodernizacja budynku i wymiana kotłów gazowych w Szkole Podstawowej nr 3 w Rybniku w formule „zaprojektuj i wybuduj”*, ponieważ jak wynika z referencji wystawionej przez Wykonawcę w dniu 22 stycznia 2024 r. łączna wartość zamówienia wynosiła zaledwie 60 000,00 zł, a zatem niewystarczająco, aby spełnić ww. warunek udziału w postępowaniu.
- 3.14 Zamawiający otrzymując zatem Referencję powinien odrzucić ofertę Wykonawcy jako niepotwierdzającej spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt V ust. 1 lit. b) tiret pierwsze SWZ.

⁵ *Tak wygląda przebudowa wadowickiego dworca kolejowego* – artykuł opublikowany: 11 lutego 2023, 19:20 w portalu <https://wadowiceonline.pl/biznes/23367-tak-wyglada-przebudowa-wadowickiego-dworca-kolejowego>

- 3.15 W tym miejscu należy podkreślić, że w terminie przewidzianym w SWZ (tj. wraz z ofertą) Wykonawca nie złożył dokumentu potwierdzającego należyte wykonania zadania referencyjnego wskazanego w Wykazie usług. Dokument Poświadczenia został przedłożony dopiero 21 października 2024 r. na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z 17 października 2024 r.
- 3.16 Analogicznie jak w przypadku Polisy OC dokument potwierdzający należyte wykonania zadania referencyjnego nie może zatem zostać uzupełniony, ponieważ Zamawiający wyczerpał procedurę uzupełnienia dokumentów z art. 128 ust. 1 PZP. W tym zakresie aktualna pozostaje i ma zastosowanie argumentacja dotycząca zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych **przywołana w pkt. 2.12 – 2.15 Odwołania**.
- 3.17 Zamawiający wobec ujawnionych w Odwołaniu okoliczności nie powinien wzywać do jakiegokolwiek uzupełnienia przedłożonego Poświadczenia czy też wyjaśnienia jej treści, ponieważ Wykonawca już raz został wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca nie skorzystał z tej możliwości, przedstawiając referencje/poświadczenie które nie potwierdza spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu, a jakiegokolwiek wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji wynikających z art. 16 pkt 1 PZP.

W imieniu Odwołującego:

r.pr. Tomasz Michalczyk

Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo dla r. pr. T. Michalczyka.
- 2) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
- 3) Odpis KRS dla PBO Śląsk sp. z o.o.
- 4) Wpis od odwołania.
- 5) Informacja publiczna – Wadowice.
- 6) Artykuł prasowy dot. inwestycji referencyjnej.
- 7) Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.