

Oleszyce, dnia 29 stycznia 2025r.

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

Zamawiający:

Gmina Oleszyce, ul. Rynek 1, 37-630 Oleszyce, NIP 7931503534, nr tel. 16/631 50 10, adres e-mail sekretariat@oleszyce.pl,

Odwołujący się:

Konsorcjum firm:

1. Lider – Zakład Instalacyjno-Budowany Mirosław Gawęł, Strażów 410A, 36-073 Stażów, NIP 8132084009;
2. Partner – Mi-Kan Michał Kunysz, Krasne 831, 36-007 Krasne, NIP 8133212716,
e-mail: gawwodkan@poczta.onet.pl, tel 609058787

Przystępujący:

Mariusz Lembryk prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowa „DAMIAN” – Lembryk Mariusz, ul. Aleksandra Fredry 7, 23-400 Biłgoraj, NIP 9181270205, tel. 501310955, e-mail: biuro@lembrykmariusz.pl, reprezentowany przez r.pr. Anetę Mróz, Mróz Radcy Prawni spółka partnerska, ul. Krakowska 7 lok. 7U, 15875 Białystok, tel. 503578974, e-mail: a.mroz@kancelariamroz.pl

Sygn. akt KIO 67/25

Odpowiedź na odwołanie

Zamawiający Gmina Oleszyce, ul. Rynek 1, 37-630 Oleszyce, NIP 7931503534 na podstawie art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych wnosi odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez konsorcjum firm:

1. Lider – Zakład Instalacyjno-Budowany Mirosław Gawęł, ul. Strażów 410A, 36-073 Stażów, NIP 8132084009;
2. Partner – Mi-Kan Michał Kunysz, Krasne 831, 36-007 Krasne,

od czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn:

„Przebudowa sieci wodociągowej na terenie Miasta i Gminy Oleszyce”, (znak sprawy: BGP.271.9.2024, ogłoszenie nr 2024/BZP00634113/01 z dnia 5 grudnia 2024r.)

Zamawiający przed otwarciem rozprawy zgodnie z artykułem 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych uwzględnia w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez konsorcjum firm:

1. Lider – Zakład Instalacyjno-Budowany Mirosław Gaweł, ul. Strażów 410A, 36-073 Stażów, NIP 8132084009;
2. Partner – Mi-Kan Michał Kunysz, Krasne 831, 36-007 Krasne,

Zamawiający uwzględnia wniesione odwołanie w części nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz (ul. Fredry 7, 23-400 Biłgoraj) i ponownego badania ofert, i na podstawie art. 568 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosi o umorzenie postępowania.

Uzasadnienie

Konsorcjum firm:

1. Lider – Zakład Instalacyjno-Budowany Mirosław Gaweł, ul. Strażów 410A, 36-073 Stażów, NIP 8132084009;
2. Partner – Mi-Kan Michał Kunysz, Krasne 831, 36-007 Krasne,
działając na podstawie art. 505 ust 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 i art. 515 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako „ustawa pzp” lub Pzp lub p.z.p.), wniosło odwołanie od zaniechań i czynności Zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu w zakresie:
 1. prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem podstawowych zasad występujących w ustawie prawo zamówień publicznych, t. j.: równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i legalizmu,
 2. wyboru w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz (ul. Fredry 7, 23-400 Biłgoraj),

3. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz (ul. Fredry 7, 23-400 Biłgoraj).

Odwołujący zarzucił naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych, a mianowicie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 17 ust 2 ustawy pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy pzp i jej podstawowe zasady, a to zasadę równego traktowania Wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji i zasadę legalizmu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty Wykonawcy Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz, która nie spełniała warunków udziału w postępowaniu określonych w lit. „a” pkt 1.4. rozdz. VI oraz w lit. „b” pkt 1.3. rozdz. VI Specyfikacji warunków zamówienia,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „b” w zw. z art. 57 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez niezastosowanie i uznanie, że wykonawca Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz spełnia warunki udziału w postępowaniu mimo, iż ze złożonych przez nią podmiotowych środków dowodowych w postaci referencji nie wynikało, że spełnia stawiany przez zamawiającego wymóg w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, określony w lit. „a” ppkt 1.4. rozdz. VI Specyfikacji warunków zamówienia (zwanej dalej jako: SWZ), co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, czego konsekwencją było naruszenie art. 17 ust. 1 cytowanej ustawy, przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości,

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. „b” w zw. z art. 57 pkt 2 ustawy p.z.p. poprzez niezastosowanie i uznanie, że wykonawca Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz spełnia warunki udziału w postępowaniu mimo, iż ze złożonych przez nią podmiotowych środków dowodowych w postaci nieopłaconej polisy OC wynika, że nie spełnia stawianych przez zamawiającego wymóg w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, określony w lit. „b” ppkt 1.3. rozdz. VI SWZ, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, czego konsekwencją było naruszenie art. 17 ust. 1 cytowanej ustawy, przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniesli o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz (ul. Fredry 7, 23-400 Biłgoraj),

2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz (ul. Fredry 7, 23-400 Biłgoraj),

3. ponowne badanie ofert,

4. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa wg norm przepisanych.

Dnia 3 stycznia 2025r. Zamawiający poinformował Wykonawców składających oferty w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz (ul. Fredry 7, 23-400 Biłgoraj).

Zamawiający postanowieniami SWZ rozdz. VI „Warunki udziału w postępowaniu oraz podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania warunków udziału, podmioty udostępniające zasoby, podwykonawcy, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, oświadczenia o których mowa w art. 125 Pzp” pkt 1.3 lit. „b” określił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku Wykonawca wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości co najmniej - 2 000 000,00 zł., natomiast pkt 1.4. lit. „a” wymagał, aby Wykonawca dla spełnienia warunku wykazał, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie/rozbudowie lub przebudowie sieci wodociągowych, przepompowni wody, zbiorników wody uzdatnionej, wraz z podaniem ich rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Odpowiedzią zawartą w zdaniu pierwszym na pytanie z dnia 17 grudnia 2024 r. Zamawiający doprecyzował warunek określony w lit. „a” pkt 1.4. rozdz. VI SWZ wskazując, cyt.: „Zamawiający dopuszcza spełnienie warunków udziału w postępowaniu jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie sieci wodociągowej wraz z pompowniami wody bez zbiorników wody uzdatnionej.”.

Zamawiający dnia 23 grudnia 2024r. wezwał Wykonawcę Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wyznaczając termin złożenia na dzień 2 stycznia

2025 r., a to: m.in., cyt.: „dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia” oraz „referencji bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty” potwierdzających, że Wykonawca wykonał co najmniej dwie roboty budowlane określone w lit. „a” pkt 1.4. rozdz. VI SWZ z dopuszczeniem odpowiedzi zawartej w zdaniu pierwszym na pytanie z dnia 17 grudnia 2024 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca przedłożył cyfrowe odwzorowanie polisy OC nr 1023395032 na okres od 27 września 2024 r. do 26 września 2025 r. zawartą dnia 19 grudnia 2024 r. (dzień przed terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 20 grudnia 2024 r.). Polisa opiewa na kwotę 2 mln zł. z jednoczesnym terminem płatności wyznaczonym na dzień 2 stycznia 2025 r. w kwocie 617 zł.

Odwołujący zarzucił, że Wykonawca nie dołączył do przedmiotowej polisy potwierdzenia uregulowania zapłaty i że wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 916/20; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1623/11; wyrok z dnia 6 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2537/11). Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Zarzut Odwołującego w tej części nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W opinii UZP (<https://www.gov.pl/web/uzp/oplacenie-polisy-ubezpieczeniowej-w-kontekście-oceny-posiadania-przez-wykonawce-zdolności-ekonomicznej-lub-finansowej-niezbędnej-do-realizacji-zamówienia>). wskazano: "Jeśli w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze złożonych przez wykonawcę dokumentów wynikać będzie powiązanie powstania ochrony ubezpieczeniowej z momentem uiszczenia składki ubezpieczeniowej, zamawiający będzie uprawniony do żądania złożenia dokumentów ten fakt potwierdzających.

Zgodnie z art. 814 § 1 k.c., 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.

Zatem w przypadku, gdy zgodnie z postanowieniami umowy ubezpieczyciel będzie ponosił odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki, a polisa ubezpieczeniowa zostanie

wystawiona z odroczonym terminem płatności składki i na dzień dokonywania przez zamawiającego oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu z art. 112 ust. 2 pkt 3 Pzp termin ten nie upłynie, należy przyjąć, że potwierdzeniem posiadania ubezpieczenia będzie polisa ubezpieczeniowa (lub inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia).

Polisa OC jest dokumentem potwierdzającym posiadanie przez wykonawcę ubezpieczenia na kwotę ustaloną przez zamawiającego, a warunek ten powinien być spełniony w dniu otwarcia ofert. Prezentowany pogląd przeważa w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (przykładowo: wyrok z 17 maja 2024 r. sygn. akt KIO 1401/24). Polisa złożona przez Wykonawcę na okres od 27 września 2024 r. do 26 września 2025 r. zawarta dnia 19 grudnia 2024 r. (dzień przed terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 20 grudnia 2024 r.).

Wykonawca w odpowiedzi przedłożył m.in.: cyfrowe odwzorowanie referencji z Miasta Frampola, cyfrowe odwzorowanie referencji z Gminy Biłgoraj, cyfrowe odwzorowanie poświadczenia z Gminy Biłgoraj, cyfrowe odwzorowanie referencji z PGK Sp. z o.o. (zs. w Biłgoraju), cyfrowe odwzorowanie referencji PGKiM Sp. z o.o. (zs. w Janowie Lubelskim).

Przypomnieć w tym miejscu wypada, że pismem z dnia 17 grudnia 2024 r. Zamawiający doprecyzował warunek określony w lit. „a” pkt 1.4. rozdz. VI SWZ wskazując, cyt.: „Zamawiający dopuszcza spełnienie warunków udziału w postępowaniu jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie sieci wodociągowej wraz z pompowniami wody bez zbiorników wody uzdatnionej.”.

Niestety Wykonawca nie spełnił warunku zastrzeżonego przez Zamawiającego. Wykonawca żądał wykazania wykonania dwóch robót budowlanych polegających na budowie sieci wodociągowej wraz z pompowniami wody. Wykonawca udowodnił wykonanie sieci, jednak nie wykazał wykonania sieci wraz z przepompowniami wody. Zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków przez sieci należy rozumieć przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego. Ustawowa definicja wskazuje, że sieć to wodociągi z urządzeniami, w tym także z przepompowniami. Ale Zamawiający dodatkowo wymagał, by Wykonawca poprzednio wybudował sieci wraz z przepompowniami wody, czyli sama sieć bez przepompowni będzie niewystarczająca. Zawarty w piśmie z dnia 17 grudnia 2024r. spójnik „wraz z” oznacza koniunkcję, która charakteryzuje się spełnianiem warunku tylko w razie zaistnienia obydwu składników. Bez wystąpienia obydwu składników warunek nie zostanie spełniony.

Wywody przedstawione w piśmie Przystępującego z dnia 22 stycznia 2025r. o tym, że odczytanie żądania Zamawiającego powinno być zinterpretowane w ten sposób, że wykonanie

którychkolwiek robót stanowi spełnienie warunku nie polega na prawdzie, gdyż Przystępujący opierał się na pierwotnej treści SWZ, a nie na piśmie z dnia 17 grudnia 2024r. zmieniającym warunki dotyczące referencji, a po wtóre nawet pierwotna treść SWZ nie zawierała alternatywy co do wykonanych robót. Alternatywa opiera się na spójnikach: lub, albo, bądź, a w pierwotnej treści SWZ był przecinek „[...] wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie/rozbudowie lub przebudowie sieci wodociągowych, przepompowni wody, zbiorników wody uzdatnione[...]”, który jest spójnikiem koniunkcji. Po zmianie SWZ dokonanej 17 grudnia 2024r. formuła o konieczności wykazania wykonania sieci wraz z przepompowniami nie pozostawia wątpliwości o tym, że sieć musi być z przepompowniami i o żadnej alternatywie nie może być mowy.

Zamawiający postanowił więc uwzględnić wniesione odwołanie w części nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy Firma Handlowa DAMIAN Lembryk Mariusz (ul. Fredry 7, 23-400 Biłgoraj) i ponownego badania ofert.

Z tych względów wnioski Zamawiającego są konieczne i uzasadnione.

Wyk. w 1 egz.

Przesłano pocztą elektroniczną e-mail wg. rozdzielnika

1. Krajowa Izba Odwoławcza; odwolania@uzp.gov.pl
2. Konsorcjum firm; Lider Zakład Instalacyjno-Budowlany M. Gawel, partner Mo-Kan M. Kunysz; gawwodkan@poczta.onet.pl
3. Firma Handlowa „DAMIAN” -Lembryk Mariusz; biuro@lembrykmariusz.pl

BURMISTRZ
Miasta i Gminy Oleszyce