

2017 -01- 30

Warszawa, dnia 30 stycznia 2017 r. *gawęza*

PREZES
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
ul. Postępu 17A
02- 676 WARSZAWA

ODWOŁANIE

od decyzji Zamawiającego z dnia 24 stycznia 2017 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego
na podstawie art.89 ust.1 pkt 2
ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych
(tj. Dz.U. z dnia 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 wraz ze zmianami)

Zamawiający Gmina MIASTKÓW KOŚCIELNY
Rynek 6
08-420 Miastków Kościelny

tel. 25 751 12 86,
fax. 25 751 12 86; 25 684 16 43
mail: inwestycje@miastkowkoscielny.pl

Odwołujący BUILDING ENGINEERING Sp. z o.o.
ul. Ks. Witolda 7-9 lok. 111
71-063 SZCZECIN

tel. 91 4040772, 503 77 89 44
e-mail: przetargi@buildingltd.eu

Działając jako Pełnomocnik BUILDING ENGINEERING Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, na podstawie art.180 ust.2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwane dalej „PZP”) wnoszę odwołanie od decyzji Zamawiającego – Gminy Miastków Kościelny – o odrzuceniu oferty Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie „Rozbudowy gminnej oczyszczalni ścieków w miejscowości Miastków Kościelny”¹, na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 PZP.

Zamówienie jest współfinansowane ze środków Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020 w ramach działania 2.3 „Gospodarka wodno-ściekowa w aglomeracjach” II oś priorytetowa „Ochrona środowiska, w tym adaptacja do zmian klimatu”.

Informacja Zamawiającego o decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego została przekazana w dniu **24 stycznia 2017 r.** – „Zawiadomienie o odrzuceniu oferty”.

Na podstawie informacji z dnia 30 grudnia 2016 r. z otwarcia ofert wynika, iż warunki zaofertowane przez Odwołującego wskazują, iż spośród trzech złożonych ofert, oferta Odwołującego – w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów wyboru - winna zostać wskazana jako najkorzystniejsza. Nieuprawniona decyzja o odrzuceniu oferty pozbawia Spółkę możliwości uzyskania zamówienia, a tym

¹ Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 grudnia 2016 r. Nr 365447 – 2016.

samym - w sposób bezspomy - narusza interes Odwołującego, do którego odwołuje się przepis art.179 ust.1 PZP.

Wniesienie odwołania w dniu 30 stycznia 2017 r. czyni zadość obowiązującym przepisom ustawy określającym termin na wniesienie odwołania (art.182 ust.1 pkt 2, art.185 ust.8 PZP).

Wnosząc odwołanie Odwołujący stawia Zamawiającemu **zarzut naruszenie przepisów:**

- i. **art.89 ust.1 pkt 2** poprzez niewłaściwe uznanie, iż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsekwencją wadliwej kwalifikacji podstaw do wykluczenia jest wadliwe wskazanie podstaw prawnych i faktycznych decyzji prowadzące do naruszenia przepisu **art.92 ust.1 pkt 2 i 3** ustawy.
- ii. **art.26 ust.3** lub **art.26 ust.4** poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnienia ich treści, chociaż faktyczna podstawa podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wskazuje na ocenę braku potwierdzenia – według Zamawiającego – warunków udziału w postępowaniu – doświadczenie wskazanych osób, poleganie na zasobach innego podmiotu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- iii. **art.87 ust.1** poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty w zakresie dotyczącym wymogu zatrudnienia co najmniej 10 osób było, przez cały okres realizacji zamówienia, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu Pracy oraz objętych ubezpieczeniem społecznym i zdrowotnym;

alternatywnie

art.26 ust.3 lub **art.26 ust.4** poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów lub wyjaśnienia ich treści w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymogu zatrudnienia co najmniej 10 osób było, przez cały okres realizacji zamówienia²;

W związku z powyższym **Odwołujący wnosi o:**

- i. uwzględnienie odwołania,
- ii. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- iii. wezwanie Odwołującego – o ile faktycznie istnienia taka konieczność - w trybie art.26 ust.3 lub art.26 ust.4 do złożenia wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów stanowiących potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- iv. wezwanie Odwołującego – o ile faktycznie istnieje taka konieczność – w trybie art.87 ust.1 do wyjaśnienia treści oferty;
- v. dokonanie powtórnej oceny oferty Odwołującego;
- vi. poddanie oferty Odwołującego procedurze wyboru, jako oferty najkorzystniejszej.

STAN FAKTYCZNY

- I. Wymóg zatrudnienia na podstawie umów o pracę i umów cywilnoprawnych

² Powyższe wynika z faktu, iż identyczne zapisy dotyczące zatrudnienia osób Zamawiający zawarł dwukrotnie w SIWZ – w Rozdz. II „Opis przedmiotu zamówienia” (str.8 SIWZ) oraz w Rozdz. V „Warunki udziału w postępowaniu” (str.12 SIWZ)

Zgodnie z postanowieniami Rozdz. II „Przedmiot zamówienia” pkt 2.5 SIWZ (str.8) Zamawiający sformułował wymóg aby

- (1) „spośród osób zaangażowanych przez Wykonawcę (lub Podwykonawcę) do wykonywania prac budowlanych i montażowych, co najmniej 10 osób było, przez cały okres realizacji zamówienia, zatrudnionych na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów Kodeksu Pracy oraz objętych ubezpieczeniem społecznym i zdrowotnym.”

oraz aby wykonawca

- (2) „posiadał prawo do dysponowania osobami (Zamawiający dopuszcza możliwość zatrudnienia cywilnoprawnego): ...” [wskazane funkcje: kierownik budowy, kierownik robót określonych branż ..]

Powyższy zapis – o identycznej treści – Zamawiający ujął po raz wtóry w Rozdz. V. „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” pkt 2 lit a) i b) (str.12 SIWZ) jako warunek udziału.

Odwolujący przedłożył Zamawiającemu następujące oświadczenie:

„Do wykonywania prac budowlanych i montażowych zatrudni co najmniej 10 osób, przez cały okres realizacji zamówienia, na podstawie umowy o pracę i umowy cywilnoprawnej w rozumieniu Kodeksu pracy, oraz objętych ubezpieczeniem społecznym i zdrowotnym oraz posiada prawo do dysponowania następującymi osobami [w tym miejscu Odwołujący wskazał 14 imion i nazwisk – 11 pracowników wykonujących prace budowlane i montażowe, 3 operatorów sprzętu]. Ww. pracownicy budowlano-montażowi zatrudnieni na podstawie umów cywilnoprawnych i umów o pracę”

Przy czym o ile w odniesieniu do pkt (2) Zamawiający wskazał w pkt 6.1.4. (str.18 SIWZ) sposób potwierdzenia (udokumentowania) tego warunku:

„6.1.4 Wykaz osób, skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wg. wzoru przedstawionego przez Zamawiającego na dalszym etapie postępowania).

to trudno jest uznać, iż powyższe wymaganie ma się także odnosić do innych pracowników budowlanych wykonujących prace budowlane i montażowe.

W uzasadnieniu do podjętej decyzji Zamawiający stwierdził, iż **„Wykonawca nie potwierdził zatrudnienia 10 osób na podstawie umów o pracę.”**

W ocenie Odwołującego złożone oświadczenie dostatecznie potwierdza postawiony wymóg i stanowi oświadczenie, iż co najmniej 10 pracowników wykonujących prace budowlane i montażowe, przez cały okres realizacji zamówienia, zatrudnionych będzie na podstawie umów o pracę.

II. Wymóg wykazania posiadania doświadczenia określonych osób

W zakresie osób wskazywanych przez Odwołującego, które będą pełnić określone funkcji w procesie inwestycyjnym – kierownik budowy, kierownik robót w zakresie konstrukcyjno-budowlanym (p. Krzysztof

Sobek, p. Lech Jakubowski) - Zamawiający uznał, iż wskazane w wykazie doświadczenie nie pozwala na przyjęcie stwierdzenia, iż Odwołujący spełnia wskazane warunki udziału.

W tym zakresie łatwo wskazać na – w jednym przypadku na oczywistą omyłkę pisarską, w drugim przypadku – na bezsporną możliwość uzupełnienia.

Odnosnie p. Krzysztofa Sobka (poz.1 Wykaz osób, które uczestniczyć będą w wykonaniu zamówienia) w odniesieniu do jego doświadczenia jest zapis:

„• 31 lat doświadczenia zawodowego, w tym 2 lata przygotowania i 2 lat pracy pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót na poniższych inwestycjach”
powinno być

„• 31 lat doświadczenia zawodowego, w tym 2 lata przygotowania i 29 lat pracy pełniąc funkcję kierownika budowy lub kierownika robót na poniższych inwestycjach”

O tym, iż jest to oczywista omyłka pisarska świadczyć może:

- prosty bilans lat – wskazane 31 lat doświadczenia, w tym 2 lata przygotowania zawodowego – pozostaje 29 lat pełnienia funkcji;
- niepoprawna forma gramatyczna – „2 lat pracy” – która staje się właściwa dopiero od pięciu lat „5 lat pracy”.. „29 lat pracy”
- proste zsumowanie tylko dwóch pierwszych pozycji okresu pełnienia funkcji ujętych w wykazie daje już okres 36 miesięcy (wymagane 3 lata). Cały wykaz w odniesieniu do p. Sobka obejmuje 19 inwestycji !

W odniesieniu do p. Lecha Jakubowskiego (poz.2 Wykaz osób, które uczestniczyć będą w wykonaniu zamówienia) nie zostały podane szczegółowe okresy pełnienia wskazanej funkcji na wykazanych 6 inwestycjach. Jeżeli były tu po stronie Zamawiającego wątpliwości to nieodzowne było wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Należy jednak zaznaczyć, iż w stosunku do wymaganych przez Zamawiającego 3 osób do pełnienia wskazanych funkcji o określonych uprawnieniach i doświadczeniu (pkt 2-5 lit. b)-d) SIWZ), **Odwołujący na każde z tych stanowisk: kierownik budowy, kierownik robót sanitarnych, kierownik robót elektrycznych wskazał po dwie osoby** spełniające wymagania.

Tak więc, w tym zakresie – oceny wykazania wymaganego doświadczenia przez osobę wskazywaną do pełnienia funkcji kierownika budowy - zarówno ocena Zamawiającego – iż Odwołujący nie spełnia w tym zakresie warunków udziału – jak i decyzja - o odrzuceniu oferty ma podstawie art.89 ust.1 pkt 2 PZP - są całkowicie błędne.

III. Uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący nieskutecznie powołuje się na zasoby wskazanego podmiotu trzeciego – Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska 4eco z siedzibą w Szczecinie.

Na wstępie – gdyby nawet hipotetycznie uznać za zasadne zastrzeżenia Zamawiającego w tym zakresie – to bezsprzecznie, swoją decyzją:

- narusza przepis art.26 ust.3 w związku z art.22a ust.6 PZP;
- narusza własne postanowienia sformułowane w SIWZ, ujęte w pkt 5-3.6 (str.14 SIWZ)

Jednak w ocenie Odwołującego brak jest podstaw prawnych do uznania zarzutu i argumentacji Zamawiającego. A fakt odwołanie się w swojej **decyzji o odrzuceniu oferty** na podstawie art.89 ust.1

pkt 2 PZP (strona 1 pisma z dnia 24 stycznia 2017 r.) do **przesłanki wykluczenia** ujętej zapisem art.24 ust.5 pkt 1 PZP³ (strona 3 tego pisma) jest całkowitym nieporozumieniem !

Odwolujący, w celu potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących kwalifikacji technicznych lub zawodowych, w zakresie wiedzy i doświadczenia polega na zasobach podmiotu trzeciego – **Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska 4eco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Szczecinie. W zasobach tego podmiotu znajdują się stosowne zasoby wiedzy i doświadczenia przedsiębiorstwa „CTE CARBOTECH ENGINEERING S.A. w upadłości układowej” z siedzibą w Szczecinie, w szczególności:

1. dokumenty potwierdzające posiadanie doświadczenie w postaci potwierdzeń należycie wykonanych licznych zamówień,
2. know-how w postaci udostępnienia procedur i instrukcji wynikających z systemu zapewnienia jakości związanego z projektowaniem i budową oczyszczalni ścieków i kanalizacji, obejmujące między innymi:
 - sposób prowadzenia efektywnej organizacji pracy,
 - racjonalnego sposobu zarządzania i kontroli jakości,
 - warunków i kryteriów kwalifikacyjnych oraz kompetencji pracowników,
 - fachowa wiedza o charakterze techniczno-organizacyjny wynikająca z doświadczenia właściciela spółki,
 - wzory umów.

Powyższe zasoby zostały wniesione do Spółki 4eco wkładem niematerialnym (aportem) w postaci **prawa użytkowania wiedzy i doświadczenia** przez okres 60 miesięcy (5 lat) od dnia ich wniesienia tzn. do dnia 03.07.2020 r.⁴

Zamawiający niesłusznie ocenił iż Wykonawca polegać będzie na wiedzy i doświadczeniu CTE CARBOTECH ENGINEERING Sp. z o. o. ponieważ wiedza i doświadczenie, zostały aportem, aktem notarialnym z dnia 3 lipca 2015 r., wniesione do Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska 4eco Sp. z o. o. Od tej chwili wiedza i doświadczenie wraz z całym know-how, procedurami, projektami oraz referencjami należą do PIŚ **4eco Sp. z o.o.** Możliwość i prawidłowość wniesienia aportem wiedzy i doświadczenia potwierdził nie tylko Notariusz, przed którym zawarto zgodną z prawem umowę spółki ale również Sąd Gospodarczy rejestrując spółkę o określonym wkładzie w postaci aportu.

W tym miejscu należy podkreślić, iż **powołanie Spółki 4 eco jest działaniem naprawczym podjętym w postępowaniu układowym**, a na taką konstrukcję działania układowego wskazuje Sąd Rejonowy w Szczecinie, prawomocnym postanowieniem z dnia 15 października 2014 r. (Sygn. akt XII GU 15/14), wydając zgodę na utworzenie podmiotu, który nie będzie wykluczony z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i który będzie realizował prace, zapewniając powodzenie postępowania układowego. Dodatkowym potwierdzeniem faktycznego wykorzystania zasobów wiedzy i doświadczenia pozostają osoby, które będą zaangażowane w wykonywanie przedmiotowego zamówienia. Właścicielem Odwołującego - Building Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie - jest P. Marek

³ Jest to fakultatywna przesłanka wykluczenia wykonawcy, którą Zamawiający przyjął w przedmiotowym postępowaniu zapisem Rozdz. 5.5. ppkt 5.5.2. SIWZ.

⁴ Akt notarialny z dnia 3 lipca 2015 r. Repertorium A Numer 3955/2015 – Paragraf 9 Aktu założycielskiego spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

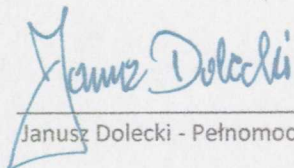
Jankowski, twórca i właściciel patentu kontenerowej oczyszczalni ścieków z 2001 r.⁵ Wcześniej, w latach 2004 – 2014, był w CTE CARBOTECH Dyrektorem ds. przygotowania inwestycji i to pod jego nadzorem, spółka z sukcesem wykonała wiele zadań inwestycyjnych. Prezesem Zarządu BUILDING Engineering Sp. z o.o. jest Pan Krzysztof Sobek, który przed objęciem tej funkcji wielokrotnie uczestniczył w robotach prowadzonych przez CTE CARBOTECH (jego blisko 30-letnie doświadczenie zostało wykazane w przedmiotowym postępowaniu), zaś Pani Małgorzata Ćwiklińska, która jest Prezesem PIŚ 4eco Sp. z o.o. w latach 2004-2015 była pracownikiem CARBOTECH-U, w którym zdobywała doświadczenie i prowadziła kontrakty od strony formalnej. Również pozostali „kluczowy personel” - projektanci, kierownicy budowy, kierownicy robót itp., zaangażowany do realizacji zamówienia są osobami z wieloletnim doświadczeniem (byli pracownicy CTE CARBOTECH).

Wszystkie powyższe okoliczności wskazują zarówno na uprawnienie dysponowania wykazywanymi zasobami przez Spółkę 4eco, jak i na faktyczne, rzeczywiste wykorzystywanie tych zasobów w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia. Potwierdzenie tego faktu znajduje swoje odzwierciedlenie w treści zobowiązania Spółki 4eco, załączonego do pisma z dnia 11 stycznia 2017 r. (str.21-23), będącego odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2017 r.

PODSUMOWANIE

Zamawiający, w sposób bezsporny, swoimi działaniami narusza zarówno wskazane w odwołaniu przepisy obowiązującego prawa, jak i własne postanowienia ukształtowane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zakresie objętym przedmiotowym odwołaniem, Zamawiający w SIWZ (trzeci akapit str.17) wskazuje, jak postąpi - w przypadku jeżeli treść złożonych dokumentów będzie budzić jego wątpliwości lub w jego ocenie jest błędna lub niekompletna – a następnie podejmuje decyzję stojącą w jawnej sprzeczności z tymi zapisami.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, uzasadniony jest wniosek o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, jak w petitum sprawy.


Janusz Dolecki - Pełnomocnik

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo dla Janusz Doleckiego do wniesienia odwołania.
2. Kserokopia aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego.
3. Dowód wniesienia wpisu od odwołania w kwocie 10.000 PLN, zgodnie z przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238) na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych nr: NBP 60 1010 1010 0081 3622 3100 0000.
4. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu, potwierdzający zachowanie terminu, o którym mowa w art.180 ust.5 ustawy.

⁵ Oczyszczalnie typu WGB i EKO-WGB zostały laureatem konkursu Ministerstwa Środowiska GREEN-EVO i przez kilka ostatnich lat były promowane na całym świecie, jako jedna z najlepszych polskich technologii.