

Warszawa, dn. 18.05.2020 r.

Strona | 1

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

Zamawiający:
Miasto Łódź
Zarząd Inwestycji Miejskich
Ul. Piotrowska 175
90-447 Łódź
e-mail: zamowienia@uml.lodz.pl

Odwołujący:
Pagma Bud Sp. z o.o. Sp. K
ul. Wólczańska 128/134
90-527 Łódź

Pełnomocnik Odwołującego
Joanna Marczevska
Chrzanów Mały 20A
05-825 Grodzisk Mazowiecki
e-mail: joanna@marczewska.com.pl

dotyczy postępowania na: remont budynków przy ul. Księży Młyn nr 1, nr 3, nr 5. Nr 9 w Łodzi realizowany w ramach Programu pn: Szlakiem Architektury Włókienniczej. Rewitalizacja Księżego Młyna” nr DOA-ZP-II.271.50.2020

Numer ogłoszenia w DUUE: 2020/S 089-211251

ODWOŁANIE

W imieniu Pagma Bud Sp. z o. o. Sp. K, zwanej dalej „Odwołującym”, działając na podstawie art. 180 ust. 1 i 4 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami

Joanna Marczevska Zamówienia Publiczne - Konsultacje i Doradztwo
ul. Chrzanów Mały 20A 05-825 Grodzisk Mazowiecki
tel: 514 150 342, e-mail: joanna@marczewska.com.pl
www.marczewska.com.pl

NIP: 534 220 11 70
REGON: 147457139



ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na niezgodnym z prawem ustaleniu warunków udziału w postępowaniu, które są nadmierne, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

- I. Zamawiającemu zarzucam naruszenie:
art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez określenie warunku zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny, nie wyrażając ich jako minimalne poziomy zdolności;
- II. Mając na względzie powyższe, wnoszę o:
nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji warunków udziału w postępowaniu zgodnie z wnioskiem wskazanym w uzasadnieniu;
- III. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy. Utrzymanie SIWZ w zakresie warunków udziału spowoduje, że Odwołujący nie będzie w stanie złożyć oferty w ww. postępowaniu, a w związku z tym, jeśli Zamawiający nie dokona zmiany w ww. zakresie Odwołujący poniesie szkodę w postaci niemożności udzielenia mu przedmiotowego zamówienia.
- IV. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 07.05.2020 r. – publikacja dokumentacji na stronie Zamawiającego, wobec czego termin na wniesienie odwołania został zachowany.
- V. Odwołujący przesłał kopię odwołania Zamawiającemu oraz uścił wpis – potwierdzenia w załączeniu.

UZASADNIENIE

Zarzut dotyczący nadmiernego warunku udziału w postępowaniu

W pkt 5.1.3.1 SIWZ Zamawiający ustanowił warunek zdolności technicznej i zawodowej, uznając, że zostanie on spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa



budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: robotę/roboty budowlane remontowo – konserwatorskie w co najmniej dwóch budynkach wpisanych do rejestru zabytków, o łącznej wartości robót co najmniej 10 mln PLN brutto, w których był wykonany remont konserwatorski muru z cegły pełnej o łącznej powierzchni minimum 2 000 m².

Zamawiający wprawdzie uznał, że wykonawca spełni ww. warunek, jeżeli wykaże się wykonaniem ww. robót w ramach jednego lub kilku kontraktów/umów jednak wciąż określony poziom jest zbyt wygórowany.

Wobec tego Odwołujący żąda modyfikacji ww. warunku, określając następujący wymóg:

Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej robotę/roboty budowlane polegające na remoncie, co najmniej dwóch budynków o łącznej wartości robót co najmniej 5.000.000,00 PLN brutto, przy czym przynajmniej jeden z tych budynków jest objęty ochroną konserwatorską i została w nim wykonana renowacja muru z cegły pełnej o łącznej powierzchni minimum 200 m².

Zgodnie z §2 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) przewiduje, że w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może dopuścić, aby wykaz robót dotyczył robót budowlanych wykonanych w okresie dłuższym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przedział czasowy wykonanych robót powinien być rozszerzony zwłaszcza biorąc pod uwagę, że tego typu roboty są długotrwałe i dość specyficzne.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W obecnym stanie prawnym pozostaje nadal aktualny dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle poprzednio obowiązujących przepisów, z których wynikało, że warunki udziału powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do niego



(uchylony art. 22 ust. 4 Pzp), a warunki te mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (uchylony art. 22 ust. 5 zdanie pierwsze Pzp). Przywołaną w art. 22 ust. 1a Pzp zasadę proporcjonalności należy rozumieć natomiast jako obowiązek opisanego przez Zamawiającego warunku na poziomie adekwatnym do przedmiotu zamówienia i jego złożoności, przy jednoczesnym zachowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Określenie warunków udziału w postępowaniu powinno być sformułowane w sposób obiektywny, nienadmierny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności, a także powinno być adekwatne do osiągnięcia celu jakiego służy, czyli wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zatem opis warunków udziału w postępowaniu musi być ukierunkowany na dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, a nie tworzony w celu nieuzasadnionego preferowania jednych wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia i dyskryminacji innych wykonawców. Obowiązek zachowania proporcjonalności warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej został ujęty również w treści art. 22d ust. 1 Pzp, zgodnie z którym oceniając zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w powyższym zakresie, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Z powyższego należy wywieść zakaz stawiania warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Określenie "proporcjonalny" oznacza tyle co "zachowujący właściwą proporcję". Miarą tej właściwej proporcji jest zachowanie niezbędnej równowagi między interesem zamawiającego, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, którzy nie mogą być z góry eliminowani przez wprowadzanie nadmiernych wymagań podmiotowych. Innymi słowy - warunek proporcjonalny to warunek, który nie jest nadmierny, czego stwierdzenie wymaga przeprowadzenia tzw. testu proporcjonalności, polegającego na wykazaniu, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu (zob. przykładowo wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, czy z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający opisał warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznych i zawodowych w sposób ograniczający dostęp do zamówienia szerokiej grupie wykonawców



powodując, że wymaganymi zdolnościami może wykazać się właściwie jeden wykonawca, który dotychczas realizował dla Zamawiającego tego typu roboty budowlane.

Przeprowadzenie testu proporcjonalności, o którym mowa w ww. orzeczeniu TSUE zapewne ujawniłoby, że określony wymóg nie jest konieczny do osiągnięcia celu jakim jest rewitalizacja określonych budynków. To bowiem czy wykonawca wykonał 2000 m muru z cegły pełnej w okresie ostatnich 5 lat nie determinuje, że będzie on zdolny do realizacji zamówienia. Wydaje się, że Zamawiający powinien raczej kierować się minimalnymi poziomami doświadczeń, skoro w grę wchodzi tak specjalistyczna budowa jak ta dotycząca po pierwsze obiektu objętego pieczę konserwatora zabytków, po drugie robota o dużej wartości a po trzecie robota obejmująca tak szczególny element jak mur z cegły pełnej.

Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu uzależniając możliwość przystąpienia do postępowania wyłącznie podmiotom, które wykonały w ostatnich 5- latach roboty na budynkach wpisanych do Rejestru Zabytków. Konieczne jest jasne wskazanie, że budynków wpisanych w Rejestrze Zabytków jest znacznie mniej niż budynków objętych ochroną konserwatorską. Należy przeprowadzić analizę warunków postępowania i uwzględnić fakt, że na liście budynków wpisanych do Rejestru Zabytków należy wyszczególnić budynki posiadające elewację z muru z cegły pełnej, a w dalszej kolejności budynki o łącznej powierzchni muru wskazanej przez Zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu, co następnie należałoby zweryfikować pod względem prowadzonych na tych budynkach prac konserwatorskich w ciągu ostatnich 5 lat – biorąc łącznie pod uwagę te wszystkie warunki, dodając ponadto wartość robót wynoszącą minimum 10.000.000,00 zł brutto okazuje się, że ich spełnienie może okazać się niemożliwe.

Należy wskazać, że wykonawca, który wykonał choć jedną budowę, której przedmiot obejmował renowację muru z cegły pełnej, a całość inwestycji objęta była opieką konserwatora oraz dodatkowo minimum jedną robotę budowlaną polegającą na kompleksowym remoncie budynku o znacznej wartości zamówienia niewątpliwie jest wykonawcą, który będzie w stanie należycie wykonać zakres przedmiotu zamówienia niniejszego postępowania. Nie sposób nie zaznaczyć, że obiekty pozostające pod opieką konserwatora, niekoniecznie wpisane do Rejestru Zabytków, wymagają dokonania uzgodnień projektu oraz technologii wykonania, z właściwym konserwatorem zabytków, tym samym sposób wykonywania prac, tj. wykonanie muru z cegły pełnej, nie różni się niczym od sposobu realizacji prac na budynkach wpisanych do rejestru, w których wykonywane są przedmiotowe roboty.



Na zakłócenie równej konkurencji w postawionym przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu może również wskazywać fakt, że w znaczącej części przeprowadzanych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówień publicznych ogłoszonych w ciągu ostatnich 5 lat, dla których Zamawiający wskazał podobne wymagania spełnienie tego warunku było możliwe przez pojedyncze podmioty. Powyższe zostało przez odwołującego wskazane w przedstawionej poniżej tabeli.

Na marginesie jedynie można wskazać, że zamówienie publiczne jest finansowane ze środków unijnych, a zgodnie z obowiązującymi taryfikatorami korekt stwierdzenie naruszenia w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu, które naruszają uczciwą konkurencję może wiązać się ze znaczącym obniżeniem dofinansowania nawet o 50%. W interesie Zamawiającego leży więc analiza zarzutu odwołania pod kątem zgodności postanowień SIWZ z ustawą Pzp.

Biorąc pod uwagę dane przedstawione w powyższej tabeli należy zwrócić uwagę na ilość podmiotów przystępujących do prowadzonych przez Zamawiającego postępowań. Przy czterech przeprowadzonych przez Zamawiającego przetargach, do dwóch przystąpiły tylko dwa podmioty, a w pozostałych dwóch postępowaniach do przetargu przystąpił wyłącznie jeden wykonawca. Należy zwrócić uwagę, że we wszystkich wskazanych postępowaniach najkorzystniejszą ofertę złożyły podmioty zależne, które na podstawie wcześniej wykonanych dla tego samego Zamawiającego robót były w stanie spełnić warunek udziału w postępowaniu postawiony przez Zamawiającego.

Załączniki:

1. Zestawienie postępowań obejmujących budowę muru z cegły pełnej
2. Pełnomocnictwo
3. Krs
4. Wpis
5. Potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
6. Ogłoszenie o zamówieniu z 7.05.2020 r.



JOANNA MARCZEWSKA

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE DORADZTWO

Strona | 7

LP	Data ogłoszenia	Zamawiający	Nr postępowania	Nazwa postępowania	Ilość ofert	Oferent	Oferta netto	Wymagania
1	27.04.2018	UM Łódź	DOA-ZP-III.271.45.2018	"„Remont budynków przy ul. Księży Młyn 2, 8, 10, Klubu Księżego Młyna przy ul. Tymienieckiego 32 / ul. Księży Młyn 2, zagospodarowanie działki obszar F wraz z remontem budynków gospodarczych”"	1	VIK-Bud Stanisław Wiktorowicz i VIK-BUD Sp. z o.o.	13 490 240,74 zł	remont budowlano – konserwatorski minimum dwóch budynków wpisanych do rejestru zabytków, o wartości wykonanych robót minimum 3 000 000 PLN łącznie; W co najmniej dwóch budynkach zakres robót winien obejmować remont konserwatorski muru z cegły pełnej o wartości co najmniej 200 000 PLN dla każdego z budynków.
2	18.12.2018	UM Łódź	DOA-ZP-III.271.150.2018	„Modernizacja przestrzeni publicznej podwórka przy ul. Fabrycznej 21 wraz z komórkami”	2	Vik-Bud Sp. z o.o.	2 100 000,00 zł	roboty budowlane remontowo – konserwatorskie w co najmniej jednym budynku wpisanym do rejestru zabytków o łącznej wartości robót co najmniej 500.000 PLN brutto, w których był/były wykonany/e remont konserwatorski muru z cegły pełnej o łącznej wartości co najmniej 200.000 PLN brutto.
3	17.05.2019	UM Łódź	DOA-ZP-III.271.42.2019	„Remont budynków wraz z zagospodarowaniem działek przy ulicy Przędzalnianej 49 i 51”	1	Vik-Bud Sp. z o.o.	11 220 900,00 zł	w co najmniej dwóch budynkach wpisanych do rejestru zabytków, roboty budowlane remontowo – konserwatorskie o łącznej wartości robót co najmniej 3.000.000 PLN brutto, w których był/były wykonany/e remont konserwatorski muru z cegły pełnej o łącznej wartości co najmniej 200.000 PLN brutto.
4	12.04.2017	UM Łódź	DOA-ZP-VIII.271.24.2017	Renowacja i termomodernizacja budynku mieszkalnego przy ul. Przędzalnianej nr 57 w Łodzi	2	VIK-BUD Stanisław Wiktorowicz	2 365 200,00 zł	roboty budowlane remontowo – konserwatorskie w budynku wpisanym do rejestru zabytków, o wartości co najmniej 1.000.000,00 PLN brutto, w tym remont konserwatorski muru z cegły pełnej o wartości co najmniej 200.000,00 PLN brutto.