

UZP//BO/MP/40/1467/21
dot. KIO 2110/21

Krajowa Izba Odwoławcza
w Warszawie

Zamawiający: Gmina Nakło nad Notecią
ul. Ks. P. Skargi 7
89-100 Nakło nad Notecią

Przystępujący po stronie Zamawiającego:

1. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT
Ilona Stańczyk
Ul. Podlesie 17
41-303 Dąbrowa Górnicza
2. BSG Sp. z o. o.
ul. A. Struga 20, 95-100 Zgierz
3. Solid-Stet Sp. z o. o. Sp. k.
ul. Międzyparkowa 12A/6, 71-346 Szczecin
4. DABRO-BAU PHU Paweł Dąbrowski
Opoczka 17A, 58-100 Świdnica
5. BUD-ZIEM Sp. z o. o.
ul. Słoneczna 21, 58-125 Pszenno
6. Mardo Sport Sp. z o. o.
Wydmowa 10, 62-040 Puszczykowo
7. Bellsport Grzegorz Leszczyński
ul. Hutnicza 4, 41-923 Bytom

Odwołujący:

TAMEX Obiekty Sportowe S.A.
ul. Rydygiera 8/3a,
01-793 Warszawa

Reprezentowany przez:

r.pr. Dariusz Ziemiński, Kancelaria Radcy
Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy
Plac Konesera 6/B4
03-736 Warszawa

Wniosek o odrzucenie odwołania z dnia 14 lipca 2021r

W imieniu Gminy Nakło nad Notecią wnoszę o odrzucenie odwołania na rozprawie niejawnej.

UZASADNIENIE

TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie reprezentowana przez r.pr. Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy wniosło odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przetarg nieograniczony na realizację zadania pn.: „Budowa stadionu lekkoatletycznego – kat IV A w ramach przebudowy stadionu miejskiego w Nakle nad Notecią” .

Zarzuty dotyczą naruszenia:

- 1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie nawierzchni lekkoatletycznej, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do uwzględnienia w SIWZ jednoznacznej, spójnej i wyczerpującej (kompletnej) informacji, umożliwiającej określenie zakresu zamówienia, jego wycenę a następnie realizację, zgodnie z potrzebami zamawiającego;
- 2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający, który zażądał od wykonawców dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, może następnie ich nie weryfikować w toku badania i oceny ofert, lecz żądać ich dopiero na etapie realizacji zamówienia, przez co pozbawia siebie i innych wykonawców możliwości weryfikacji w toku Postępowania zakresu zamówienia, który z uwagi na swą istotność został obwarowany szeregiem wymogów, przez co zamawiający naruszył uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;

alternatywnie

- 3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 93 ust. 1 pkt 6) lub 7) ustawy Pzp** poprzez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do unieważnienia Postępowania, pomimo że pomiędzy wyrokiem KIO 8/21 a modyfikacją SIWZ nastąpiła istotna zmiana okoliczności, tj. Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki

(dalej: „PZLA”) uchwalił w dniu 4 czerwca 2021r. Uchwałę nr 21/2021, którą zmienił podstawy prawne obowiązujące zamawiającego, co skutkowało powstaniem nieusuwalnej wady prawnej Postępowania, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, oraz faktem, że realizacja inwestycji w sposób wskazany w modyfikacji SIWZ z dnia 09.07.2021r. (oraz wskazany w wyroku KIO 8/21) nie leży w interesie publicznym, czego zamawiający nie był w stanie przewidzieć, przez co zamawiający naruszył uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Ad.1.

Zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021r. poz. 1129), w związku z tym, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 8/21, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Odwołujący podnosi zarzut sformułowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia opublikowana została na stronie internetowej zamawiającego dnia 30 grudnia 2020r. Na postanowienia Specyfikacji, w zakresie parametrów nawierzchni poliuretanowej, zostało wniesione odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku sygn. akt KIO 8/21 z dnia 28 stycznia 2021r. nakazała zamawiającemu zmianę parametrów nawierzchni poliuretanowej. Wyrok KIO został wykonany przez zamawiającego dnia 9 lipca 2021r. poprzez dokonanie modyfikacji SIWZ.

Odwołujący stawia zarzut, dotyczący parametrów nawierzchni poliuretanowej, nie formułując innych nieprawidłowości związanych z opracowanym opisem przedmiotu zamówienia.

Zarzut naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczący parametrów nawierzchni poliuretanowej, zweryfikowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku Sygn. akt KIO 8/21 z dnia 28 stycznia 2021r. Wprowadzona modyfikacja SIWZ jest następstwem otrzymanego przez zamawiającego wyroku KIO.

Ad.2.

Zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021r. poz. 1129), w związku z tym, że odwołanie wniesione zostało po upływie terminu określonego w ustawie.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, że nie dopuszcza do wbudowania biodegradowalnej maty wzmacniającej w systemie nawierzchni hybrydowej. Nawierzchnia hybrydowa oraz dokumenty na potwierdzenie jej parametrów zostały określone w projekcie technicznym, który stanowi załącznik do SIWZ, od dnia ogłoszenia postępowania, tj. od dnia 30 grudnia 2020r. Odwołujący nie wniósł odwołania na postanowienia SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie trawy hybrydowej.

Dnia 12 lipca 2021r. do zamawiającego wpłynęło pytanie o treści:

„W nawiązaniu do odpowiedzi zamawiającego z dnia 08/07/2021 r., (odpowiedź na pytanie nr 3), prosimy o potwierdzenie, że w zakresie dokumentów dla oferowanej nawierzchni z trawy hybrydowej wykonawcy muszą przedłożyć na wezwanie następujące dokumenty:

Dokumenty potwierdzające jakość zaoferowanej trawy hybrydowej:

- *Autoryzacja producenta maty dla Wykonawcy z określeniem nazwy inwestycji,*
- *Karta Techniczna maty wzmacniającej z określeniem nazwy inwestycji,*
- *Raport z badań niezależnego laboratorium, potwierdzający metodę produkcji oraz parametry oferowanej maty wzmacniającej,*
- *Atest PZH lub równoważny dla maty wzmacniającej,*
- *Raport z badań niezależnego instytutu badawczego, potwierdzający możliwość recyklingu oferowanej maty,*
- *Próbka maty wzmacniającej w rozmiarze 20 cm x 30 cm z metryczką producenta”.*

13 lipca 2021r. zamawiający udzielił odpowiedzi na w/w pytanie, w której wskazał, że zakres dokumentów, które wykonawca będzie miał obowiązek złożyć na wezwanie zamawiającego, na etapie realizacji zamówienia, określony został w pkt 4.13.4 Opisu technicznego w Tomie VI dokumentacji technicznej.

Odpowiedź na pytanie nie kreuje żadnych nowych warunków zamówienia, nie określa nowych dokumentów, które wykonawca ma złożyć zamawiającemu na etapie prowadzonego postępowania wraz z ofertą. Dokumenty składane wraz z ofertą lub na wezwanie zamawiającego określone zostały w SIWZ i od momentu ogłoszenia postępowania pozostały niezmiennie. Czynność lub jej zaniechanie, powinna zostać zaskarżona od momentu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz dokumentacji technicznej, a nie po udzieleniu odpowiedzi na pytanie, które nie zmienia w żaden sposób ich postanowień w tym zakresie.

Odwołujący wskazuje na brak skutecznych mechanizmów weryfikacji zgodności zaoferowanej trawy hybrydowej z SIWZ na etapie oceny ofert, a także realizacji umowy. Twierdzenie takie mija się z prawdą, gdyż zarówno parametry, jak i dokumenty je potwierdzające, określone zostały w dokumentacji technicznej.

W dalszej części Odwołujący kwestionuje, że zamawiający w SIWZ formułuje żądanie zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a następnie nie weryfikuje tego wymogu w trybie art. 26 ust. 2 ustawy. Zarzut jest kompletnie niezrozumiały, z uwagi na to, że w zakresie trawy hybrydowej zamawiający nie formułuje wymagań, ani nie definiuje dokumentów, dotyczących trawy hybrydowej, składanych wraz z ofertą i od momentu wszczęcia postępowania zakres dokumentów nie uległ zmianie.

Zarzut zaniechania czynności weryfikacji na etapie składania ofert, wskazanych dokumentów, jest stawiany po upływie terminu na składanie odwołania. Dotychczas bowiem nie był kwestionowany przez wykonawcę, a SIWZ w tym zakresie nie uległa zmianie od momentu jej publikacji, tj. od dnia 30.12.2020r.

Odwołujący nawiązuje do nieprawidłowego sformułowania kryteriów oceny ofert. Zamawiający zaznacza jednak, że parametry nawierzchni trawy hybrydowej nie stanowią kryteriów oceny ofert, gdyż są nimi wyłącznie cena oraz okres gwarancji. Parametry trawy hybrydowej są jednoznaczne, narzucone wszystkim wykonawcom tak samo i niezmiennie od momentu ogłoszenia postępowania.

W związku z powyższym zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania w zakresie zmiany zapisów dokumentacji technicznej oraz SIWZ w części, dotyczącej spełnienia przez oferowane roboty budowlane wymagań zamawiającego.

Ad.3

Część odwołania, dotycząca zmiany terminu składania ofert zdaniem zamawiającego jest również bezzasadna.

Modyfikacja SIWZ nie zmieniła w znaczny sposób przedmiotu zamówienia a jedynie dostosowała parametry nawierzchni do postanowień zawartych w wyroku Sygn. akt KIO 8/21.

Odwołujący był stroną postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, wyrok ponadto jest od 15 lutego 2021r. opublikowany na stronie internetowej zamawiającego w miejscu dedykowanym postępowaniu. Ponadto przedmiot zamówienia rozszerzony został o dodatkową bieżnię rozgrzewkową, o identycznych parametrach, jak projektowana bieżnia główna. Pozostałe kwestie, które podważa wykonawca znane mu już były od momentu ogłoszenia postępowania.

Zamawiający wielokrotnie zmieniał termin składania ofert na skutek konieczności dokonania modyfikacji SIWZ. Pierwszy termin składania ofert wyznaczony był na dzień 21 stycznia 2021r. Od tego momentu minęło pół roku. Od daty publikacji modyfikacji do wyznaczonego terminu składania ofert jest 18 dni, więc więcej niż minimalny ustawowy termin składania ofert dla robót budowlanych, określony w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Na skutek wniesionego odwołania termin składania ofert po raz kolejny został przesunięty do dnia 17 sierpnia 2021r . Działania Odwołującego w tym zakresie mają na celu wyłącznie przedłużenie procedury i nie mają potwierdzenia z faktycznym brakiem czasu na sporządzenie oferty.

Ad. 4

Zamawiający wnosi o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021r. poz. 1129), w związku z tym, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 8/21, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Żądanie unieważnienia postępowania jest równie bezzasadne jak pozostałe zarzuty sformułowane w odwołaniu i dotyczy zapisów SIWZ, w stosunku do których odnosi się wyrok KIO Sygn. akt 8/21.

Zarzut podniesiony przez Odwołującego z „najdalej idącej ostrożności”.

Odwołujący twierdzi, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Wniosując, w

przypadku uznania zarzutów wykonawcy przez zamawiającego bądź KIO, Odwołujący twierdzić będzie, że postępowanie nie jest obarczone wadą, a jedynie w przypadku gdy roszczenia Odwołującego nie zostaną uznane to postępowanie kwalifikuje się do bezwzględnego unieważnienia. Wybiórcze interpretowanie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych, w zakresie ochrony interesów wyłącznie Odwołującego jest niedopuszczalne.

Wadą nie jest wykonanie przez zamawiającego wyroku sygn. akt KIO 8/21. Wadą nie jest również upływ okresu pół roku od wydania wyroku do wprowadzenia modyfikacji SIWZ.

W swojej argumentacji Odwołujący stawia uchwałę nr 21/2021 Zarządu Polskiego Związku Lekkiej Atletyki ponad przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, akty wykonawcze oraz Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 8/21, który jest wiążący dla zamawiającego.

Odwołujący nie udowodnił, że postępowanie zawiera wadę istotną, która dyskwalifikuje postępowanie. Odwołujący nawet nie wskazał jaka w istocie wada powoduje unieważnienie postępowania, a odnosi się wyłącznie do kwestii, które były przedmiotem postępowania odwoławczego Sygn. akt KIO 8/21.

Wobec powyższych argumentów wnoszę o odrzucenie odwołania w całości na posiedzeniu niejawnym.

Otrzymują:

1. Adresat
2. Odwołujący
3. Przystępujący do postępowania
4. ZP a/a