



**STAROSTWO POWIATOWE W ŻAGANIU**

ul. Dworcowa 39  
68-100 Żagań  
tel. 68 477 79 01, faks: 68 477 79 20  
NIP: 924-16-33-119

Żagań, dnia 19 lipca 2021 r.

ZP.272.3.2021

**Do WYKONAWCÓW przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „Przebudowa drogi powiatowej nr 1064F w km 0+000 do 11+440 wraz z budową 4 obiektów mostowych” – CZĘŚĆ III**

Zamawiający na podstawie art. 524 ustawy Pzp przesyła kopię odwołania wniesionego w dniu 16 lipca 2021 r. przez Strabag Sp z o.o, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków do Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w postępowaniu nr ZP.272.3.2021 pn „Przebudowa drogi powiatowej nr 1064F w km 0+000 do 11+440 wraz z budową 4 obiektów mostowych” - część III wzywając jednocześnie Wykonawców zgodnie z art. 525 ust. 1 do przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

  
**STAROSTA**  
Henryk Janowicz

Wysoka, 16.07.2021 r.

**PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**ul. Postępu 17a**  
**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

Powiat Żagański  
ul. Dworcowa 39  
68-100 Żagań  
E-mail: [starostwo@powiatzaganski.pl](mailto:starostwo@powiatzaganski.pl)  
Tel.: +48 684777901  
Faks: +48 684777920

**Odwołujący:**

**STRABAG Sp. z o.o.**  
ul. Parzniewska 10  
05-800 Pruszków  
KRS: 0000054588,  
e-mail: [pl\\_office.strabaq@strabaq.com](mailto:pl_office.strabaq@strabaq.com)  
tel.: +48 22 7144-800  
reprezentowana przez Pełnomocnika  
r.pr. Kamilę Kubek  
adres do korespondencji:  
CML Construction Services Sp. z o.o.  
Wysoka, ul. Lipowa 5A  
52-200 Wrocław  
e-mail: [kamila.kubek@bauholding.com](mailto:kamila.kubek@bauholding.com),  
tel: 604 162 906

**Dotyczy:**

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania o nazwie: *„Przebudowa drogi powiatowej nr 1064F w km 0+000 do 11+440 wraz z budową 4 obiektów mostowych“ Część III - Projekt i przebudowa drogi powiatowej nr 1064F od km 9+100 do 11+440 wraz z budową dwóch obiektów mostowych.*

Numer ogłoszenia: **2021/S 040-096895** z dnia 26.02.2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość zamówienia przekracza progi unijne.

## **ODWOŁANIE**

W imieniu Strabag sp. z o.o., w oparciu o przepis art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej w skrócie „nowe PZP”, Dz. U. z 2019 r., poz. 2019), wnoszę niniejsze odwołanie na niezgodne z przepisami PZP czynności i zaniechania Zamawiającego podjęte w postępowaniu polegające na wyborze oferty Spółki Nowak-Mosty sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że Wykonawca ten spełnienia warunków udziału w Postępowaniu zgodnie z wymogami opisanymi w SWZ i przepisami PZP, co do doprowadziło do dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu.

### **Zarzuty**

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 b oraz pkt 5 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Nowak-Mosty sp. z o.o., pomimo że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału a treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia
2. Art. 118 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 PZP oraz art. 119 PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez błędną ocenę, że Spółka Nowak-Mosty sp. z o.o. polegała na zdolnościach podmiotów trzecich w zakresie warunków udziału w Postępowaniu w odniesieniu do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1 i 2 naruszenie:
3. Art. 16 i art. 17 ust. 2 PZP poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta podlega odrzuceniu.

### **W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:**

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Spółki Nowak-Mosty sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności oceny i badania ofert,
3. odrzucenie oferty Spółki Nowak-Mosty Sp. z o.o.,
4. nakazanie Zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów Postępowania oraz ewentualnych dowodów złożonych na rozprawie przed KIO.

### **Interes prawny:**

Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 PZP we wniesieniu odwołania. Odwołujący to podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym, w tym w sektorze inwestycji kolejowych, mostowych i drogowych realizowanych w trybie ustawy PZP. Na skutek uchyleń Zamawiającego, które stanowią przedmiot zarzutów niniejszego odwołania, oferta Odwołującego nie uzyskała najlepszego wyniku oceny według kryteriów przyznawania punktacji określonych SWZ, choć jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podglądających odrzuceniu.

Odwołujący jest jednym z wykonawców ubiegających się o udzielenie opisanego wyżej zamówienia publicznego w Postępowaniu, zatem wykazanie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP ze skutkiem należytej oceny Jego oferty, stwarza Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia. Nieuzyskanie z kolei zamówienia powoduje powstanie szkody po stronie Odwołującego.

Kwestionowane w niniejszym odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego i jego realizacji na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

**Termin:**

W dniu 08.07.2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Nowak-Mosty sp. z o.o.

Wniesienie odwołania następuje zatem przy zachowaniu terminu przewidzianego treścią przepisu art. 515 PZP.

**Uzasadnienie**

Zamawiający Powiat Żagański prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane pod nazwą: „Przebudowa drogi powiatowej nr 1064F w km 0+000 do 11+440 wraz z budową 4 obiektów mostowych” Część III - Projekt i przebudowa drogi powiatowej nr 1064F od km 9+100 do 11+440 wraz z budową dwóch obiektów mostowych.

Zgodnie z pkt. 8.1.4.b.3. SWZ dla Części III Wykonawca jest zobowiązany był zespół projektowy, w skład którego wchodzi: projektant specjalności drogowej; projektant specjalności mostowej; projektant specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych; projektant specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz projektant specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych.

W dniu 28.04.2021r. Spółka Nowak – Mosty sp. z o.o. (dalej: Wykonawca) złożyła ofertę na wykonanie powyższego zadania, powołując się na zasoby następujących podmiotów:

UDOSTĘPNIENIE KADRY (ZESPOŁU PROJEKTANTÓW) , NADZÓR	FASYS MOSTY SP.Z O.O.
WYKONANIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ (CZ. DROGOWA)	PROTECHNICON
WYKONANIE ROBÓT W ZAKRESIE ROBÓT DROGOWYCH I NAWIERZCHNIOWYCH	AUTO-TRANS ASFALTY SP. Z O.O.

Zgodnie z zobowiązaniem załączonym do oferty Nowa – Mosty Sp. z o.o. zamierzała wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w omawianym zakresie (w zakresie zespołu projektowego) polegając na zasobach podmiotu trzeciego , tj spółki Fasys Mosty sp. z o.o.

Jednocześnie spółka Fasys Mosty sp. z o.o. zobowiązała się oddać do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby (załącznik do SWZ nr 4.2.) w zakresie zespołu projektowego, z wyłączeniem projektanta specjalności drogowej.

W zakresie wykonania dokumentacji projektowej dla cz. drogowej Wykonawca powołał się na zasoby ProtechniCon Konstrukcje Inżynierskie Maciej Żuchowicz. Podmiot ten wskazał w Zobowiązaniu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów, że oddaje do dyspozycji Wykonawcy projektanta branży drogowej, jednakże w zakresie części I Zamówienia (podmiot ten wskazał wyraźnie na wymóg zawarty w pkt. 8.1.4.b.1 SWZ) a nie części III Zamówienia (w przypadku składania oferty na więcej niż jedną część Zamówienia należało złożyć ofertę oraz JEDZ dla każdej części oddzielnie). Wykonawca Nowak-Mosty sp. z o.o. w złożonej ofercie wskazał, że zespół projektantów w całości zapewni spółka Fasys Mosty sp. z o.o.

Na podstawie powyższych dokumentów przedłożonych przez Nowak-Mosty sp. z o.o. Zamawiający w dniu 08.07.2021 r. dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu.

Powyzsza czynność Zamawiającego została dokonana z naruszeniem przepisów PZP wskazanych w zarzutach odwołania.

Warunki udziału w Postępowaniu, co wynika z brzmienia przepisu art. 112 ust. 2 ustawy PZP mogą dotyczyć: (1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; (2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; (3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; (4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Z kolei, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 118 ustawy PZP wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Wykonawca Nowak-Mosty Sp. z o.o. polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając ich zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2b i pkt 5 PZP.

W niniejszej sprawie spółka Fasys Mosty sp. z o.o., na zasoby której Wykonawca powołał się w zakresie zapewnienia całego zespołu projektowego dla części III Zamówienia, nie zobowiązała się do zapewnienia projektanta specjalności drogowej, pomimo że Wykonawca powołał się na zasoby tej Spółki w zakresie zapewnienia całego Zespołu projektowego. Z kolei ProtechniCon Konstrukcje Inżynierskie Maciej Żuchowicz w swoim Zobowiązaniu w zakresie oddania do

dyspozycji Wykonawcy projektanta specjalności drogowej odniósł się do części I Zamówienia, przy czym podkreślić należy, że Wykonawca nie powołał się w ofercie na zasoby ProtechniCon w zakresie udostępnienia projektanta specjalności drogowej. Tym samym Wykonawca nie spełnił wymagania Zamawiającego przewidzianego w SWZ w zakresie zapewnienia projektanta specjalności drogowej.

Odwołujący podnosi, że przepis art. 118 ust. 3 ustawy PZP jest artykułem dyspozytywnym dla wykonawcy - co oznacza, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, udowodnienia, i to już na etapie złożenia oferty, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów w sposób wymagany i opisany w SWZ.

W wyroku z 25.07.2017 r., KIO 1421/17, Krajowa Izba Odwoławcza, uznała, że: *„Oświadczenie własne wykonawcy nie jest wystarczające, w świetle art. 22a ust. 2 Pzp, do udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia. (...) W świetle orzecznictwa KIO i sądów okręgowych nie budzi wątpliwości fakt, że dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne, niebudzące wątpliwości i realne, gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że dysponowanie zasobami tego podmiotu ma charakter realny. Treść zobowiązania powinna zatem bezspornie i jednoznacznie wskazywać zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie, oraz w jaki sposób będzie wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Wyłącznie poprzez jednoznaczne określenie w pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego, w jakich okolicznościach i jak będzie możliwe korzystanie przez wykonawcę z udostępnionych mu zasobów, może nastąpić udowodnienie zamawiającemu posiadania prawa do faktycznego rozporządzania zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji tego zamówienia”.*

Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 18.11.2020 r., KIO 2517/20, wskazano: *„Dyspozycja art. 22a ust. 4 p.z.p. wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony.”*

Pomimo że powołane wyżej orzeczenia dotyczą obowiązującej do dnia 31.12.2020 r. ustawy PZP, to ich treść zachowała aktualność wobec tożsamego brzmienia art. 118 obecnej ustawy PZP.

Podobnie w wyroku z dnia 29.11.2013 r., KIO 2654/13, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, co gwarantuje mu, że będzie mógł się danym potencjałem posługiwać (sfera uprawnień lub faktycznych zależności i powiązań pomiędzy podmiotami, np. potwierdzenie węzła obligacyjnego pomiędzy podmiotami czy podanie innych informacji na temat charakteru stosunku, jaki będzie łączył bądź łączy wykonawcę z innym podmiotem).

Ponadto Odwołujący wskazuje, informacje podawane w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ warunki udziału w Postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane przez pryzmat staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy PZP, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że „wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość) powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.” Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

Biorąc pod uwagę przedstawioną wyżej argumentację, wnoszę i wywodzę jak na wstępie odwołania.

Kopia niniejszego odwołania została przekazana Zamawiającemu na adres e-mail wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu.

  
Kamila Kubek  
osoba prywatna

Załączniki:

1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
2. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
3. Pełnomocnictwo oraz KRS Odwołującego.