

Kraków, dnia 26 października 2018 r.

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

**Wykonawca: Control Process Spółka Akcyjna**  
ul. Obrońców Modlina 16  
30-733 Kraków  
fax.: 12 25 58 416, email: nm@controlprocess.pl

**Zamawiający: Fabryka Wody Sp. z o.o.**  
Czesława 9  
71-504 Szczecin  
Osoba do kontaktów: Grzegorz Szulc  
Tel.: +48 915065290  
E-mail: sekretariat@fabrykawody.eu  
Faks: +48 915065295

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane o nazwie: Budowa parku wodnego pn. „Fabryka Wody – Nowa Gontynka” w Szczecinie Numer referencyjny: FW/ZP/1/2018 (Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej TED z dnia 16.10.2018 r., 2018/S 199-449820).

## **ODWOŁANIE**

**Control Process Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie (30-733) przy ul. Obrońców Modlina 16, zarejestrowany w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy w Krakowie, XI Wydział Gospodarczy KRS pod numerem KRS 0000285783, posiadający NIP 873-28-98-418 (dalej „**Odwołujący**”), na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp”), w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego,

**wnosi niniejszym odwołanie od:**

- czynności Zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

**Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Ustawy:**

1. **art. 22 ust. 1a, 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22a Pzp, art. 36a Pzp, art. 7 Pzp** poprzez:
  - a) sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w kontekście wymaganego doświadczenia w zakresie robót

budowlanych w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nadmierny dla zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia a przez to naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz możliwość powierzania wykonania części zamówienia podwykonawcy;

**W związku z powyższym Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:**

- o nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ (oraz odpowiednio ogłoszenia) poprzez usunięcie w Rozdziale V, pkt 2 ppkt 2 zapisu:

*„W przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości.*

*Jeżeli wykonawca wspiera się w zakresie ww. warunku potencjałem podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 22a ustawy, to podmiot trzeci musi spełniać ten warunek w całości.”*

Odwołujący ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący pragnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Objęte odwołaniem czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu złożenie oferty, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, iż objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego – polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z Ustawą ww. czynności Zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu.

Należy również stwierdzić, że wskazane w niniejszym odwołaniu naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Ustawy. Efektem naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Ustawy, może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, opublikowanych w dniu 16. 10. 2018 r. na stronie internetowej Zamawiającego oraz na stronie TED. Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (dowód w załączeniu).

**W przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 186 ust. 2 Ustawy) Odwołujący żąda od Zamawiającego: jak wyżej tego o co Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu.**

## Uzasadnienie

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył ww. przepisy Ustawy sporządzając SIWZ. Zamawiający w treści SIWZ - Rozdział V, pkt 2 ppkt 2 wskazał, że warunkiem udziału w postępowaniu jest zrealizowanie w okresie ostatnich 10 latach

*co najmniej:*

*a1) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego w rozumieniu definicji zawartej w § 3 pkt 5 i pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakimi powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 2015, poz. 1422 ze zm.), o powierzchni użytkowej minimum 5000,00 m<sup>2</sup> oraz*

*a2) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie basenu lub zespołu basenów o łącznej powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej oraz*

*a3) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 50.000.000,00 zł.*

jednocześnie zawierając zastrzeżenie, że

*W przypadku składania oferty wspólnej ww. warunek musi spełniać co najmniej jeden z wykonawców w całości.*

*Jeżeli wykonawca wspiera się w zakresie ww. warunku potencjałem podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 22a ustawy, to podmiot trzeci musi spełniać ten warunek w całości.*

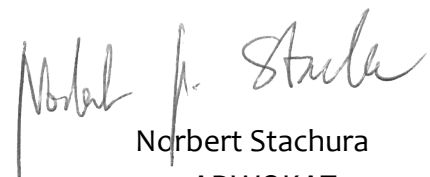
Takie zastrzeżenie powoduje, że w istocie wykluczona jest możliwość udziału w postępowaniu konsorcjum podmiotów, których wspólny potencjał w pełni pozwalałby na realizację zamówienia – gdyż Zamawiający nałożył warunek aby co najmniej jeden z wykonawców spełniał warunek udziału samodzielnie. Takie postawienie warunku w istocie niweczy jakikolwiek sens tworzenia konsorcjum, gdyż tworzyć mógłby go wyłącznie podmiot, który sam spełnia warunki udziału w postępowaniu – a zatem nie ma potrzeby angażowania do jego realizacji konsorcjanta.

Zastrzeżenie to również niweczy wyrażaną w PZP zasadę możliwości polegania na zasobach podmiotów trzecich (art. 22a ustawy) i możliwości powierzenia podwykonawcom części zamówienia (art. 36a ustawy), gdyż biorąc pod uwagę treść art. 22a ust. 4 ustawy („*W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, **jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.***”) i biorąc pod uwagę dokonane przez Zamawiającego zastrzeżenie, możliwe by było poleganie na zasobach podmiotu trzeciego tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy nastąpi

powierzenie mu realizacji faktycznej całości zamówienia. W takiej sytuacji trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie dla tej konstrukcji, gdy faktyczny wykonawca formalnie jest tylko podwykonawcą podmiotu będącego stroną umowy z Zamawiającym, jednak nie wykonującego żadnych części zlecenia.

Zastrzeżenie dokonane przez Zamawiającego w istocie niweczy sens regulacji zawartej w art. 22a ustawy PZP, której uzasadnieniem jest poszerzenie konkurencji, bowiem Wykonawca nie może „uzupełnić” doświadczenia własnego w brakującym zakresie doświadczeniem innego podmiotu – a zatem faktycznie dopuszczony do złożenia oferty jest wyłącznie podmiot spełniający samodzielnie wszystkie postawione wymagania. Wskazać w tym zakresie można także na opinię doktryny: „Uprawnienie to zostało przeniesione do ustawy wprost z art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Z przepisu art. 22a ust. 1 PrZamPubl jednoznacznie wynika powód odwoływania się do zasobów innych podmiotów. **Jest nim chęć potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, w której wykonawca ubiegający się o zamówienie nie jest w stanie spełnić warunków samodzielnie.** W doktrynie podnosi się, że cel ten ma sprzyjać poszerzeniu konkurencji m.in. poprzez zwiększenie dostępu do zamówień dla małych i średnich przedsiębiorstw. "Pomimo iż zarówno dyrektywa 2014/24/UE, jak i dyrektywa 2014/25/UE nie formułują w preambulach wprost, że celem omawianej konstrukcji prawnej jest ułatwienie małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, a w konsekwencji otwarcie zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, należy opowiedzieć się za takim rozumowaniem. Powyższe uzyskuje potwierdzenie m.in. w wyroku z 2.6.2016 r. w sprawie Pippo Pizzo v. CRGT Srl (C-27/15, Legalis), w którym TS wskazał, że dokonywana przez niego **interpretacja przepisów dotyczących instytucji polegania na potencjale innych podmiotów powinna zmierzać do otwarcia zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, do którego zmierzają dyrektywy z tej dziedziny w interesie nie tylko wykonawców, lecz również instytucji zamawiających**" [M. Śledziwska (red.), *Proces udzielania zamówień publicznych*, s. 164]” – tak komentarz PZP Pieróg 2017, wyd. 14/Pieróg, Legalis.

W tym stanie rzeczy niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione.



Norbert Stachura  
ADWOKAT

### **Załączniki:**

1. odpis z KRS Odwołującego;
2. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
4. dowód uiszczenia wpisu.