

nr zamówienia publicznego: 15/2020/III

Nr referencyjny : 2020-041120

Energetyka Ciepła Sp. z o.o.
ul. Przemysłowa 2
96-100 Skierniewice

Pismo: 15/2020/III/170

Skierniewice dnia: 17-06-2020 r.

ZAWIADOMIENIE
o wniesieniu odwołania

Szanowni Państwo,

W związku z wniesieniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2020-06-15 odwołania, dotyczącego postępowania prowadzonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) w trybie **przetarg nieograniczony**, na:

Rozbudowa EC Sp. z o.o. w Skierniewicach o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych,

uprzejmie Państwa informujemy, iż jego treść jest następująca:

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm), w imieniu Odwołującego na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, którym jest Energetyka Ciepła Sp. Z o.o. w Skierniewicach w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn Rozbudowa EC Sp. Z o.o. w Skierniewicach o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych

Zaskarżam czynności Zamawiającego polegające na:

- niezgodnym z obowiązującymi przepisami wykluczeniem Odwołującego z postępowania
- niezgodnym z obowiązującymi przepisami odrzuceniem oferty Odwołującego
- zaniechaniem wezwania Odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia lub wyjaśnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

I zarzucam

Naruszenie art.89 ust 1 pkt 5, art 24 ust 1 pkt 16, art. 24 ust 5 pkt 4 oraz art. 26 ust 3 i 4 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych

Mając na uwadze powyższe wnoszę o:

- uwzględnienie odwołania
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego

nr zamówienia publicznego: 15/2020/III

Nr referencyjny : 2020-041120

- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa w wysokości 3 600,00

Wnoszę również o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków tj

Andrzeja Woźniaczka oraz Jacka Wójcika na okoliczność przebiegu realizacji oraz okoliczności odstąpienia przez Top Construction S.A. Sp. k. od umowy z Zamawiającym tj Wojewódzkim Szpitalem Zespolonym w Płocku

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn Rozbudowa EC Sp. Z o.o. w Skierniewicach o wysokosprawny blok kogeneracyjny oparty na silnikach gazowych

Zamawiający w dniu 19 maja 2020 r. zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawców występujących wspólnie tj Element Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Eneria Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach. Zamawiający na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej nie odrzucił żadnej z trzech złożonych w postępowaniu ofert. Nie wykluczył też żadnego z wykonawców. Zamawiający stosuje w postępowaniu tzw procedurę odrzuconą.

Odwołujący w dniu 29 maja 2020 r. złożył odwołanie zaskarżając czynności Zamawiającego polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawców występujących wspólnie tj Element Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz Eneria Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach oraz zaniechania wykluczenia ww Wykonawców z postępowania.

Nie został wyznaczony termin posiedzenia Izby w przedmiocie rozpoznania ww odwołania.

Tymczasem w dniu 5 czerwca 2020 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę prawną Zamawiający wskazał art. 24 ust 1 pkt 16 oraz 24 ust 5 pkt 4 pzp.

Odwołujący nie zgadza się z takim działaniem Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 5 pkt 4 pzp

Informacje podane w ofercie Odwołującego, w tym w JEDZ są prawdziwe. Odwołujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust5 pkt 4 .

Prawdą jest, że jeden z wykonawców występujących wspólnie tj Top Construction S.A. Sp. k. zawarł umowę z Zamawiającym tj Wojewódzkim Szpitalem Zespolonym w Płocku na „Budowę systemu kogeneracyjnego dla Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku”

Nie jest jednak prawdą, że ww umowa została rozwiązana w dniu 19 marca 2020 r. z powodu niedotrzymania przez Wykonawcę tj Top Construction S.A. Sp. k terminu przekazania kompletnej dokumentacji projektowej.

Oświadczenie Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Płocku, na które powołuje się Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty jest z mocy prawa nieważne i nie wywołuje żadnych skutków prawnych, w tym nie może być podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W dniu 16 marca 2020 r. a więc 3 dni przed złożeniem przez WSZ w Płocku ww oświadczenia oraz rzekomym rozwiązaniem umowy Top Construction S.A. Sp. k. złożył skuteczne oświadczenie o odstąpieniu od umowy z winy Zamawiającego z powodu braku współdziałania WSZ w Płocku w realizacji umowy.

Dowód: oświadczenie z dnia 16 marca 2020 r.

nr zamówienia publicznego: 15/2020/III

Nr referencyjny : 2020-041120

To działania i zaniechania Zamawiającego tj Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Płocku noszące znamiona rażącego braku współdziałania w realizacji umowy, w szczególności:

- a) opóźnienia w przekazaniu terenu budowy w stosunku do terminów umownych uniemożliwiające Wykonawcy prowadzenie prac inwentaryzacyjnych i projektowych niezbędnych w procesie projektowania
- b) brak kadry technicznej nadzorującej projekt ze strony Zamawiającego –
- c) usiłowanie wyłudzenia od Wykonawcy zaprojektowania i wykonania prac znacznej wartości nieobjętych przedmiotem zamówienia i przedmiotem wniosku o dofinansowanie. Zamawiający tj WSZ w Płocku do dnia dzisiejszego nie ogłosił nowego postępowania na realizację zamówienia gdyż nie jest w stanie pozyskać dodatkowego finansowania na zakres prac, który usiłował wymusić na wykonawcy. Odmowa ich nieodpłatnego wykonania powodowała odmowę weryfikacji i zatwierdzenia wykonanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej przez powołanych dopiero po 55 dniach od zawarcia umowy z Wykonawcą inspektorów nadzoru.
- d) brak odpowiedzi na merytoryczne pisma kierowane do Zamawiającego, dotyczące przebiegu prac projektowych i koniecznych do potwierdzenia przez obie strony ustaleń
- e) sabotowanie realizacji umowy poprzez zatajenie faktu otrzymania przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia wniosku o określenie warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej
- f) usiłowanie wymuszenia na Wykonawcy zaprojektowania i wykonania robót w sposób odmienny niż przewidziany w PFU i wniosku o dofinansowanie, w szczególności z powodu niespełnienia przez Zamawiającego założeń przewidzianych w PFU (m.in. odbiór chłodu) oraz spowodowanie ryzyka nieosiągnięcia wskaźników rezultatu
- g) brak merytorycznego stanowiska wobec terminowo złożonej przez Wykonawcę dokumentacji do Zamawiającego
- h) niechęć do wyłonionego Wykonawcy zadania oraz brak respektowania wzajemnych ustaleń pomiędzy Stronami.

doprowadziły do złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy

Powyższe okoliczności nie stanowią jednak wypełnienia dyspozycji przepisu art. 24 ust 5 pkt 4 pzp

Przedmiotowe oświadczenie z dnia 16 marca 2020 r. wywiera taki skutek prawny, iż umowę uważa się za niezawartą ze skutkiem wstecznym.

Nie jest zatem możliwe by trzy dni po złożeniu ww oświadczenia taką nieistniejącą już umowę można było skutecznie i zgodnie z prawem rozwiązać na co powołują się zarówno WSZ w Płocku jak i Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu .

Nie została zatem wypełniona dyspozycja art. 24 ust 5 pkt 4 pzp.

Aby możliwe było wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, kumulatywnie muszą być spełnione przesłanki określone w tym przepisie, tj. 1) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia, 2) stopień niewykonania lub nienależytego wykonania musi być istotny oraz 3) niewykonanie czy nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania. Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 54/18: „Brak wykazania choćby jednej z tych przesłanek wyłącza możliwość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (...)”.

W przedmiotowej sprawie w ocenie Odwołującego żadna z przesłanek nie wypełniła się. Top Construction wbrew twierdzeniom WSZ Płock wykonał zamówienie w zakresie dokumentacji projektowej, zgodnie z postanowieniami SIWZ i PFU jednak Zamawiający nie zamierzał go odebrać z

przyczyn leżących po jego stronie nie zaś po stronie Wykonawcy, któremu de facto uniemożliwił wykonanie zamówienia. Nie można zatem stwierdzić wypełnienia pierwszej z przesłanek opisanych w przepisie art. 24 ust 5 pkt 4 pzp. Nie wypełniła się również przesłanka nr 3 – oświadczenie o rozwiązaniu umowy przez WSZ w Płocku nie wywołało żadnych skutków prawnych ze względu na wcześniejsze odstąpienie od umowy przez Wykonawcę – Top Construction S.A. Sp. k

Jednocześnie Odwołujący zwraca uwagę, iż przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp stanowi implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94, str. 65), zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Odwołujący w celu potwierdzenia prezentowanego stanowiska przywołuje wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r. sygn. akt: KIO 2095/17, wyrok z dnia 3 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 139/17 oraz wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 70/18 odnoszące się do problematyki fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący był świadom wprowadzenia przez Zamawiającego tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia jednak był i jest przekonany, iż nie ma ona w jego przypadku zastosowania z przyczyn opisanych powyżej.

Z ostrożności Odwołujący podnosi zarzut przedwczesności czynności Zamawiającego. Zamawiający stosuje w postępowaniu procedurę odwróconą. Oferta Odwołującego była drugą w rankingu i Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1.

Zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 oraz art. 26 ust 3

Przedmiotowy zarzut jest nierozłącznie związany z zarzutem opisanym powyżej i zawartą w nim argumentacją.

Odwołujący ponownie oświadcza, iż informacje podane w ofercie Odwołującego, w tym w JEDZ są prawdziwe. Nie zachodzi wobec Odwołującego przesłanka wykluczenia wskazana w dyspozycji przepisu art. 24 ust 5 pkt 4 co Odwołujący wykazał w niniejszym odwołaniu.

Zawarta w przepisach przesłanka wprowadzenia zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią

dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania gdyż dotyczy spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też niepodlegania wykluczeniu. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

W przedmiotowej sprawie nie doszło do podanie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji. Nie zachodzi sprzeczność pomiędzy treścią JEDZ a stanem faktycznym.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby ten udowodnił zarówno fakt podlegania wykluczenia przez Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 jak również art. 24 ust 1 pkt 16 pzp. Dołączone do decyzji Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2020 r. dokumenty mogły wzbudzić wątpliwość Zamawiającego jednak uznanie ich za niepodważalny dowód oraz za zawinione lub wynikające z rażącego niedbalstwa wprowadzenie w błąd, bez przeprowadzenia postępowania

nr zamówienia publicznego: 15/2020/III

Nr referencyjny : 2020-041120

wyjaśniającego przez Zamawiającego i poznanie stanowiska Odwołującego stanowi rażące naruszenia zarówno zasady uczciwej konkurencji jak również art. 26 ust 3 i 4 pzp.

Skoro, jak wykazał powyżej Odwołujący brak było przesłanek wykluczenia go z postępowania odrzucenie jego oferty na podstawie przywołanego przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust 1 pkt 5 pzp również było bezzasadne

Mając na uwadze powyższe odwołanie należy uznać za zasadne

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ niepodlegającą odrzuceniu; Odwołujący nie podlega również wykluczeniu z postępowania. Odwołujący w terminie zaskarżył wybór najkorzystniejszej oferty, oferta Odwołującego znajduje się na drugim miejscu wg kryteriów oceny ofert zatem Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy

Zachowanie terminu do wniesienia odwołania

Termin do wniesienia przedmiotowego odwołania został zachowany. Zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty zostało przekazane przez Zamawiającego w dniu 5 czerwca 2020 r.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 15 czerwca 2020 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 pzp

Załączniki:

1. pełnomocnictwa
2. Odpis z KRS Odwołującego
3. Dowód uiszczenia wpisu
4. Dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania
5. Kopia oświadczenia o odstąpieniu od umowy z dnia 16 marca 2020 r..

Zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy w załączeniu przekazujemy kopię odwołania jednocześnie wzywając Państwa do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Prosimy o zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania według zasad określonych w art. 185 ust. 2 ustawy.

Jednocześnie, zgodnie z art. 182 ust. 6 ustawy, informujemy o zawieszeniu biegu terminu związania ofertą do czasu ogłoszenia przez Izbę orzeczenia.

Zamawiający



PROKURANT
ENERGETYKI CIEPLNEJ Sp. z o.o.
inż. Krzysztof Filippek