

Poznań, dnia 30 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Investic sp. z o.o.
ul. Zakrzewska 21
63- 200 Golina
KRS: 0000722919

reprezentowana przez radcę prawnego
Wojciecha Piórkowskiego

adres do korespondencji:
Sowisło Topolewski Kancelaria Adwokatów
i Radców Prawnych SKA
ul. Fabryczna 9
61-524 Poznań
mail: kancelaria@sowislo.com.pl

Zamawiający:

Gmina Krzykosy
ul. Główna 37
63-024 Krzykosy
adres poczty elektronicznej:
krzykosy@wokiss.pl

Dotyczy:

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:
„Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót
budowlanych w ramach realizacji inwestycji pn. „Poprawa
efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w
Gminie Krzykosy”

Numer referencyjny: ZP.271.TER.1.2023

**Ogłoszenie o
zamówieniu:**

Ogłoszenie nr 2023/BZP 00156301/01 z dnia 2023-03-29

ODWOŁANIE

Biuro Poznań
ul. Fabryczna 9, 61-524 Poznań
T: +48 61 835 23 73
F: +48 61 835 23 71
kancelaria@sowislo.com.pl

Biuro Warszawa
ul. Chłodna 64/430, 00-872 Warszawa
T: +48 22 251 79 75
F: +48 22 416 23 19
kancelaria.warszawa@sowislo.com.pl

Przedstawicielstwo Berlin
Kurfürstendamm 21, 10719 Berlin
T: +49 177 590 77 68
F: +49 30 236 213 28
kanzlei@sowislo.com.de

www.sowislo.com.pl

Działając w imieniu odwołującego Investic sp. z o.o. działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwana dalej „ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji inwestycji pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Krzykosy” o numerze referencyjnym ZP.271.TER.1.2023 - wobec czynności zamawiającego, tj.: Gminy Krzykosy (zwanego dalej „Zamawiającym”), polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców: BUD-AN sp. z o.o. oraz Izbruk Maciej Rybicki Zakład Ogólnobudowlany;
- 2) niezgodnym z przepisami dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez BUD-AN sp. z o.o., która podlega odrzuceniu oraz zaniechaniu wyboru oferty jako najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Dokonując wyżej wymienionych czynności w postępowaniu zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: BUD-AN sp. z o.o. oraz Izbruk Maciej Rybicki Zakład Ogólnobudowlany, które zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaoferowaniu przez tych wykonawców nierealnych, nierynkowych absurdalnie długich okresów gwarancji wyłącznie w celu maksymalnego uzyskania punktów w ramach kryterium „gwarancja” przy jednoczesnej manipulacji polegającej na przyznaniu w ramach tego kryterium minimalnej ilości punktów wobec wykonawców, którzy zaoferowali rynkowy okres gwarancji adekwatny do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego – Investic sp. z o.o.;
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób rażąco naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających nierealne i nieuczciwe zobowiązania przy jednoczesnym zaniechaniu wyboru oferty odwołującego i tym samym udzielenia zamówienia wykonawcy BUD-AN, który złożył nieuczciwą ofertą, która spełnia wszelkie wymagania zamawiającego

określone w dokumentach zamówienia, jak również jest zgodna z powszechnie obowiązującymi przepisami.

W związku z powyższym wnoszę o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenie ofert złożonych przez wykonawców: BUD-AN sp. z o.o. oraz Izbruk Maciej Rybicki Zakład Ogólnobudowlany;
- nakazanie zamawiającego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w uzasadnieniu niniejszego odwołania w zakresie ustalenia stanu faktycznego sprawy;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie faktur i rachunków.

Wykazanie legitymacji do wniesienia odwołania

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, co oznacza że ubiega się o udzielenie zamówienia. Odwołujący składając ofertę miał interes w uzyskaniu zamówienia, natomiast zamawiający ze względu na błędną ocenę ofert innych wykonawców (zaniechanie odrzucenia), pozbawił go tak rozumianego interesu.

Odwołujący wskazuje, że utrzymanie w mocy błędnej decyzji zamawiającego o dorzuceniu oferty Odwołującego powoduje jakikolwiek brak możliwości uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego jest pierwszą ofertą ze względu na cenę jaką zaoferowano w niniejszym postępowaniu. Jednak ze względu na zaoferowanie przez dwóch wykonawców (choć zdecydowanie droższych) nierealnych absurdalnie długich okresów gwarancji na wykonane roboty odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący – błędną decyzją zamawiającego - doznał również szkody w postaci braku możliwości wykonania zamówienia i uzyskania stosowanego wynagrodzenia.

Zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz warunków formalnych

Niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, tj.: 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Natomiast, jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego w dniu 24.04.2023 r. w formie elektronicznej poprzez przesłanie wiadomości e-mail na adres odwołującego. Termin na złożenie niniejszego odwołania upływa więc w dniu 2.05.2023 r. Oznacza to, że odwołujący zachował przewidziany termin na wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazuje, że wpis od odwołania w kwocie stosownej do dyspozycji § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący, zgodnie z treścią art. 514 ust. 2 Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego na adres e-mail Zamawiającego oraz za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego.

Uzasadnienie

I. Zwięzły opis stanu faktycznego

- (1) Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest usługa „*Opracowanie dokumentacji projektowej oraz wykonanie robót budowlanych w ramach realizacji inwestycji pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Krzykosy”* o numerze referencyjnym ZP.271.TER.1.2023. Zamawiający realizuje projekt w ramach RPO Województwa Wielkopolskiego na 2014-2020 Działanie 3.2 Poprawa efektywności energetycznej w sektorze publicznym i mieszkaniowym.
- (2) Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych („Pzp”), tj. na podstawie art. 275 pkt 1.

- (3) Zgodnie natomiast z rozdz. XVI SWZ zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert, w tym kryterium gwarancji za którą wykonawcy mogli uzyskać aż **40 pkt** na 100 możliwych. Dodatkowo, zamawiający wskazał, że „Zamawiający wymaga minimalnego okresu gwarancji i rękojmi 48 miesięcy, brak wskazania w ofercie parametrów podlegających ocenie spowoduje brak przyznania punktacji za dany parametr”. Jednocześnie, zamawiający nie określił maksymalnego poziomu okresu gwarancji, tj.:

Kryterium	Waga [%]	Liczba punktów	Sposób oceny wg wzoru
Cena C	60%	60	$C = \frac{\text{Cena najtańszej oferty}}{\text{Cena badanej oferty}} \times 100 \times 60\%$
Gwarancja G	40%	40	<p>Okres gwarancji w ofercie badanej</p> $G = \frac{\text{Najdłuższy okres gwarancji spośród ofert ocenianych}}{\text{wymagany okres}} \times 100 \times 40\%$ <p>Zamawiający wymaga minimalnego okresu gwarancji i rękojmi 48 miesięcy, brak wskazania w ofercie parametrów podlegających ocenie spowoduje brak przyznania punktacji za dany parametr.</p>
RAZEM	100%	100	

- (4) Z informacji z otwarcia ofert zamieszczonej przez zamawiającego wynika, że w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

1.	Investic sp. z o.o. Przemysław Andrzejewski ul. Zakrzewska 21 63-200 Golina	4279908,00	60
2.	Izbruk Maciej Rybicki Zakład Ogólnobudowlany MACIEJ Rybicki DZIEDZICE 59 62-404 CIAŻEŃ	4878252,30	240
3.	BUD-AN Sp.z.o.o. Robert Wawrzyniak Ul. Śródmiejska 15 62-800 Kalisz	4477317,00	240
4.	HYDRATEC SP. Z O.O. Jakub Łozowicki Ul.por.Anatola Radziwonika 12 15-166 Białystok	6519000,00	49

- (5) Zamawiający poinformował również przed terminem otwarcia ofert, że **zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 3 582 766,20 zł.**
- (6) W dniu 24.04.2023 r. zamawiający przekazał odwołującemu pismo o nazwie Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której poinformował, że dokonał wyboru oferty złożonej przez podmiot BUD-AN sp. z o.o.

- (7) Odwołujący nie zgadza się z powyższym rozstrzygnięciem wskazując, że jest ono błędne ze względu na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców BUD-AN i Izbruk, które zostały złożone w warunkach nieuczciwej konkurencji.

I. Merytoryczne uzasadnienie zarzutów

- (1) Zgodnie z zamieszczoną przez zamawiającego informacją z otwarcia ofert dwóch wykonawców, tj.: Izbruk Maciej Rybicki oraz BUD-AN sp. z o.o., zaoferowało **240 – miesięczny okres gwarancji (20 lat)**.
- (2) Nierealny i niewiarygodnie wysoki okres gwarancji doprowadził do świadomej i celowej manipulacji przez ww. wykonawców w zakresie punktacji w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert co spowodowało, że oferta odwołującego choć zawiera najniższą cenę znacząco odbiega w punktacji (o ok. 30 pkt) od wyników uzyskanych przez powyższych dwóch wykonawców.

Lp	Wykonawca	Cena	Gwarancja	Łączna punktacja
1	BUD-AN	4 477 317,00 zł	240 miesięcy	97,35 pkt
		57,35 pkt	40 pkt	
2	Izbruk Maciej Rybicki	4 878 252,30 zł	240 miesięcy	92,64 pkt
		52,64 pkt	40 pkt	
3	Investic (odwołujący)	4 279 908,00 zł	60 miesięcy	70 pkt
		60 pkt	10 pkt	
4	Hydratec	6 519 000,00 zł	48 miesięcy	47,56 pkt
		39,39 pkt	8,17 pkt	

- (3) Mając na uwadze powyższe podnieść należy, że pomimo braku określenia przez zamawiającego maksymalnego okresu gwarancji wykonawcy nie posiadają swobodnego i niczym nieograniczonego prawa w określeniu gwarancji. Wynika to bowiem z zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z cyklem życia produktu. Innymi słowy wykonawcy nie mogą oferować okresu gwarancji dłuższego niż wynosi żywotność określonych materiałów (co określa m.in. producent). Działanie takie jakie podjęli ww. dwaj wykonawcy stanowi rażące zaprzeczenie uczciwego ubiegania się o udzielenie zamówienia, bowiem prowadzi do całkowicie sztucznego wydłużenia niemożliwej do wyegzekwowania przez zamawiającego gwarancji.
- (4) **Gwarancja bowiem powinna obejmować realny okres adekwatny do przedmiotu zamówienia. Gwarancja (jak i rękojmia której okres zamawiający zrównał z okresem gwarancji) dotyczy przedmiotu zamówienia jako całości – a więc odnosi się do wszystkich parametrów technicznych, funkcjonalnych oraz właściwości termoizolacyjnych budynku, a nie poszczególnych (lub też wybranych)**

elementów, np. w odniesieniu do określonych urzędzeń. Zamawiający określił przedmiot zamówienia poprzez „pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Krzykosy” i gwarancja udzielona przez wykonawców w niniejszym postępowaniu dotyczy wszystkich parametrów, które wykonawca zobowiązany jest osiągnąć poprzez wykonanie robót budowlanych w okresie udzielonej gwarancji (vide PFU). Wykonawcy AN-BUD oraz Izbruk zobowiązali się, że wszystkie ww. parametry określone w PFU składające się na poprawę efektywności energetycznej budynków będą identyczne przez okres 20 lat (sic!).

- (5) Doświadczenie życiowe każdej osoby pozwala na obiektywne ustalenie, że utrzymanie na tym samym poziomie parametrów składających się na efektywność energetyczną budynków jest niemożliwe przez tak długi okres. Oczywistym jest bowiem fakt, że po upływie określonego czasu właściwości zastosowanych materiałów ulegają stałemu pogorszeniu – co wprost przekłada się na utratę właściwości termoizolacyjnych budynku.
- (6) Podkreślić przy tym należy, że gwarancja (oraz rękojmia) dotyczy nie tylko ujawnionych w okresie wad czy usterek polegających na zniszczeniu (oderwaniu, odpadnięciu) jakiegoś elementu, ale przede wszystkim dotyczy sytuacji, gdy obiekt:
- nie ma właściwości, które powinien mieć ze względu na cel w umowie oznaczony albo wynikający z okoliczności lub przeznaczenia;
 - nie ma właściwości, o których istnieniu wykonawca zapewnił inwestora;
 - nie nadaje się do celu, o którym inwestor poinformował wykonawcę przy zawarciu umowy, a wykonawca nie zgłosił zastrzeżenia co do takiego jego przeznaczenia
- (7) Oznacza to, że złożenie przez ww. wykonawców zobowiązania dotyczącego przecież utrzymania takiej samej jakości (co oznacza utrzymanie w tym okresie wszystkich właściwości na jednakowym poziomie) w okresie aż 20 lat jest zobowiązaniem nieprawdziwym, nastawionym wyłącznie na otrzymanie lepszej punktacji (i to w sytuacji zaoferowania wyższej ceny) oraz uzyskanie zamówienia.
- (8) Powyższe, potwierdza jednoznaczne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane w orzeczeniach, np. w wyroku z dnia 23 marca 2016 r. KIO 369/16 „Biorąc pod uwagę ustalone przez Zamawiającego w postępowaniu kryteria oceny ofert, gdzie za wskazanie jak najdłuższego okresu gwarancji można było uzyskać aż 40 na 100 możliwych punktów, zachowania wykonawców nie można oceniać z innej perspektywy, jak tylko zamiarem sztucznego zawyżenia własnej punktacji. Sztuczne wydłużenie „okres gwarancji” należy pochytywać za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres.”. Ww. wyrokiem Izba nakazała unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej oraz odrzucić ofertę z nierealnym terminem gwarancji.

- (9) W wyroku z dnia 21 kwietnia 2015 r. KIO 692/15 Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że „zaoferowanie stuletniego okresu gwarancji, ma znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie zachowanie wykonawcy nie daje się logicznie wytłumaczyć niczym innym, jak tylko zamiarem sztucznego zawyżenia punktacji, którą wykonawca spodziewa się uzyskać w kryterium "okres gwarancji", jednocześnie uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się udzielić gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres”.
- (10) Podobnie KIO w wyroku o sygn. akt: KIO 1449/16, KIO 1501/16 gdzie wskazała, że „Ukształtowanie przez przystępującego okresu gwarancji na poziomie aż 30 lat miało na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkoda zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie ukształtowanie okresu gwarancji miało na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na absurdalnie długi okres gwarancji uzyska on maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali okresy rynkowe, nawet zbliżone do maksimum istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. Wykonawca w tej sytuacji może pozwolić sobie na zaoferowanie nawet bardzo niekorzystnej cenowo oferty, która zamawiający będzie musiał zapłacić od razu i czego nie zrekompensuje sztucznie wydłużony okres gwarancji. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostaną pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w wykonaniu wyroku Izby zobowiązany będzie do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”.
- (11) Mając na uwadze powyższe, odwołujący Investic sp. z o.o. pomimo zaoferowania najniższej ceny oraz realnego okresu gwarancji odpowiadającego zakresowi zamówienia nie jest w stanie konkurować z innymi podmiotami w niniejszym postępowaniu ze względu na całkowicie zaoferowanie przez tych wykonawców absurdalnie długiego okresu gwarancji.
- (12) Dodatkowo, odwołujący podnosi, że największy Polski producent systemów ociepleń budynków (klej, styropian, tynk etc.) **Atlas sp. z o.o.** oferuje na swoje produkty maksymalnie 5 letni okres gwarancji – vide pismo Atlas sp. z o.o. z dnia 20.04.2023 r. wraz z załącznikami. Oznacza to, że oferując 20-letni okres gwarancji ww. wykonawcy złożyli oświadczenie niezgodne z rzeczywistością. Niemożliwe jest bowiem użycie materiałów dostępnych na rynku z okresem trwałości i użyteczności (gwarancja) oraz posiadających określone właściwości z okresem dłuższym niż pięć lat. Tym samym, niemożliwe jest by cele inwestycji (właściwości termoizolacyjne budynku) posiadały



niezmienne parametry przez okres 20 lat, skoro nawet na rynku nie istnieją materiały posiadające tak długi okres właściwości.

- (13) Powyższe, oznacza że zamawiający podjął niezrozumiałą decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje, tj. złożone w warunkach nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości.

Wojciech Piórkowski
Radca prawny

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo,
2. Odpis KRS,
3. Potwierdzenie uiszczenia wpisu,
4. Pismo zamawiającego o wyborze oferty,
5. Pismo Atlas sp. z o.o. z 20.04.2023 r.,
6. OGÓLNE WARUNKI UDZIELANIA GWARANCJI NA WYROBY ATLAS zał 2 do PO-01
7. KARTA GWARANCYJNA zał 1 do PO-01