

**WYROK**  
z dnia 21 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Goldbeck Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Komornikach, ul. Towarowa 20, 62-054 Komorniki w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach**, ul. Wybrzeże Armii Krajowej 15, 44-102 Gliwice

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, NDI SOPOT Spółka Akcyjna** z siedzibą dla lidera w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Goldbeck Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Komornikach, ul. Towarowa 20, 62-054 Komorniki, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie Państwowy Instytut Badawczy Oddział w Gliwicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa parkingu wielopoziomowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą dla Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej - Curie - Państwowego Instytutu Badawczego Oddziału w Gliwicach” nr referencyjny: DO/DZ-381-1-71/20. Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer: 2020/S 137-335964.

Zamawiający w dniu 23 listopada 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, NDI SOPOT Spółka Akcyjna (dalej: „Konsorcjum NDI” lub „NDI”). W dniu 3 grudnia wykonawca Goldbeck sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, że zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, podczas gdy Konsorcjum NDI, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawiło Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd odnośnie wykonania zadania, którego przedmiotem była budowa parkingu wielopoziomowego o wartości min. 18 000 000,00 zł brutto oraz informacje wprowadzające w błąd odnośnie doświadczenia kierownika zespołu projektowego, co w konsekwencji skłoniło Zamawiającego do uznania, że wykonawca ten spełnia warunek udziału określony w rozdziale VI pkt 3.1 ppkt 1) i ppkt 2) lit. e) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 2) ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania w oparciu o powyżej wskazane przepisy: art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do złożenia dokumentów lub wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale VI pkt 3.1 ppkt 1) i ppkt 2) lit. e) SIWZ;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI, podczas gdy zaofiarowana przez NDI technologia wykonania zamówienia nie odpowiada treści SIWZ - tj. pkt 4.3 Programu Funkcjonalno – Użytkowego (dalej: „PFU”);
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że gwarancja wadium wystawiona przez Unię Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., przedłożona przez Konsorcjum NDI została złożona w sposób prawidłowy, podczas gdy z treści dokumentu wadium nie wynika, że została ona podpisana przez osobę uprawnioną, a w konsekwencji powyższego,
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
  - a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
  - b) wykluczenie Konsorcjum NDI z postępowania;
  - c) ewentualnie, tj. na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie ma podstaw do wykluczenia NDI z

postępowania; wezwanie Konsorcjum NDI do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu;

d) odrzucenie oferty NDI jako niezgodnej z SIWZ;

e) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu

2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że jednym z warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej było wykazanie przez wykonawców, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali należycie co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie parkingu wielopoziomowego o wartości robót budowlanych min. 25 000 000, 00 zł brutto (w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia dalej: „SIWZ”). W toku postępowania, na mocy odpowiedzi na pytania wykonawców z dnia 3 września 2020 r., Zamawiający obniżył wartość robót budowlanych, przez co wykonawcy w ramach spełnienia warunku udziału mogli legitymować się wykonaniem robót budowlanych (parkingu) o wartości min. 18 000 000, 00 zł brutto (pyt. 36). W ramach powyższego warunku udziału, Konsorcjum NDI w wykazie robót, celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przedstawiło inwestycję, w ramach której wykonało budowę parkingu trzykondygnacyjnego, który był częścią kompleksu mieszkalnego mieszczącego się przy ul. Rydygiera 6 w Warszawie. W wykazie robót budowlanych NDI podało wartość robót brutto 65.452,468,78 zł, w tym wskazano, że wartość robót budowlanych parkingu wielopoziomowego to 18.077.236,10 zł.

Następnie Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem VI pkt 3.1 ppkt 2 lit. e) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego dysponował kierownikiem zespołu projektowego posiadającego doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym przy budowie co najmniej jednego parkingu wielopoziomowego. W ramach spełnienia tego warunku, w wykazie osób Konsorcjum NDI przedstawiło pana M. B., który jako Kierownik zespołu projektowego miał zrealizować zadanie pn.: „Dokumentacja projektowa dot. inwestycji pn. „Budowa Narodowego Centrum Radioterapii Hadronowej - Centrum Cyklotronowe Bronowice wraz z infrastrukturą techniczną - budowa segmentu o funkcji eksperymentalnej i terapeutycznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i infrastrukturą techniczną (...)” w ramach której zaprojektowany miał być parking wielopoziomowy.

Oprócz powyższego, Konsorcjum NDI nie przewidziało w swojej ofercie wymagań Zamawiającego w zakresie realizacji zamówienia przy zastosowaniu technologii prefabrykatów. NDI nie przedstawiło w swojej ofercie innego równoważnego rozwiązania, jakim posłużył się przy realizowaniu przedmiotu zamówienia. Pismem z dnia 23 listopada 2020 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego informację o uchybieniach oferty wykonawcy NDI, szeroko przedstawiając stanowisko odnoszące się do niewskazania w tej ofercie, że realizacja zamówienia będzie wykonywana przy zastosowaniu prefabrykatów, które wymagane były przez Zamawiającego w ślad za pkt 4.3 Programu Funkcyjno - Użytkowego („PFU”). Zamawiający wystosował w tym zakresie wezwanie do złożenia wyjaśnień do NDI. Na dzień składania niniejszego odwołania Odwołującemu nie jest jednak znane stanowisko NDI w tej materii, jak również, wg wiedzy Odwołującego, Zamawiający nie podjął żadnych dalszych kroków w celu wykluczenia NDI z postępowania.

Uzasadniając zarzut niespełnienia przez Konsorcjum NDI warunku udziału w zakresie budowy parkingu wielopoziomowego o wartości min. 18 000 000,00 zł brutto Odwołujący wskazał, że w ramach tego warunku Konsorcjum NDI przedstawiło inwestycję „Żoli Żoli” tj. budynek mieszkalny wielorodzinny z garażem podziemnym i usługami oraz infrastrukturą przy ul. Rydygiera 6 w Warszawie. Wskazało jednocześnie, że w ramach tego zadania wybudowane zostały 3 kondygnacje parkingowe, oraz, że wartość wykonanych prac w ramach budowy parkingu wielopoziomowego wyniosła 18 077 236,10 zł brutto. W ocenie Odwołującego, inwestycja ta nie spełnia postawionego warunku udziału w postępowaniu. Podane w wykazie robót budowlanych wartości robót budowlanych całego obiektu, jak i wyszczególnionego parkingu wielopoziomowego to wartości podane wyłącznie przez NDI, które nie znajdują swojego poparcia w żadnym dokumencie, m.in. w referencji wystawionej przez inwestora R6 Offices Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wartość netto całego obiektu mieszkalnego wyniosła 60 033 966,42 zł netto (65 452 468,78 zł brutto). Jednak, inwestor obiektu nie wskazał w swoich referencjach wartości robót budowlanych wymaganego parkingu podziemnego. Już zatem na wstępie można dostrzec, że Zamawiający całkowicie pominął kwestię zbadania czy wartość parkingu wielopoziomowego, który Konsorcjum NDI wskazało w swoim wykazie, faktycznie przekraczała kwotę 18 000 000,00 zł brutto.

Stanowisko Odwołującego co do parkingu i jego wartości znajduje uzasadnienie w kwestiach technicznych, które podłoże mają w wycenieniach wartości robót dla takich obiektów jak parking wielopoziomowy. Układ konstrukcyjno-funkcjonalny przedstawionego w wykazie robót Konsorcjum NDI parkingu wskazuje, że trzy poziomy parkingu podziemnego znajdują się jedynie pod budynkiem A o pow. ok. 1600 m<sup>2</sup> (po obrysie ścian zewnętrznych) dla każdej z kondygnacji, z czego tylko jeden poziom jest poniżej poziomu otaczającego terenu (poziom K 03), a pozostałe dwa (poziomy K 02 i K 01) znajdują się ponad poziomem otaczającego terenu. Celem jaśniejszego zobrazowania powierzchni spornego parkingu poniżej Odwołujący przedstawił plany poszczególnych kondygnacji: K 01, K 02, K 03. Zajmowana powierzchnia przez część garażu K03 to ok. 30-35 % powierzchni zabudowy. Z kolei druga część garażu na poziomie K02 jest niezależną jednopoziomową częścią funkcjonalno-użytkową, z dwoma niezależnymi wjazdami i niepołączoną z resztą parkingu i nie może być w niniejszym przypadku zaliczana na potrzeby ustalenia wartości wykonanych robót budowlanych dla garażu wielopoziomowego, gdyż nie spełnia wymogów postępowania, ze względu na to, że garaż musi mieć minimum 2 poziomy, by być uznany przez Zamawiającego jako garaż wielopoziomowy (odpowiedź na pytanie nr 20 z dnia 11.09.2020 r.). Tymczasem w tym zakresie występuje garaż jednopoziomowy. Ta odrębna jednostka (K 02) stanowi ok. 15 % całej powierzchni zabudowy (ok. 650 m<sup>2</sup> po obrysie ścian zewnętrznych). Jedynie poziom K 03 o pow. ok. 4400 m<sup>2</sup> (w tym ok. 1600 m<sup>2</sup> pod budynkiem A tworząc garaż trzypoziomowy) znajduje się pod całą powierzchnią działki (zabudowy) i jest kondygnacją podziemną w ścisłym tego słowa znaczeniu (znajduje się poniżej otaczającego terenu), połączoną funkcjonalnie i użytkowo z częścią parkingu pod budynkiem A.

Odwołujący dodał, że na powierzchniach pokazywanych przez Konsorcjum NDI jako garaż są pomieszczenia techniczne związane z funkcjonowaniem apartamentowca, jak również są klatki schodowe, które nie są niezbędne do funkcjonowania garażu (maksymalna odległość w garażu zamkniętym wynosi 40m, zaś w garażu otwartym 60 m), których to koszty wykonania przy dokładnym rachunku należałoby odliczyć. Łączna liczba miejsc parkingowych w garażu trzypoziomowym to więc tylko 265 (na poziomie K 01 - 54 m.p.+ na poziomie K 02 - 50 m.p. + na poziomie K 03-161 m.p.= 265 m.p.). Zatem liczba 314 (wskazana w referencjach) nie może być brana pod uwagę, bowiem obejmuje również

miejsca właściwe dla garażu niebędącego garażem wielopoziomowym.

Okoliczność ta ma istotne znaczenie w kontekście ustalenia, że NDI spełniło warunek udziału w postępowaniu. Jeśli bowiem, zdaniem Konsorcjum NDI, garaż obejmujący 314 miejsc parkingowych wart był niewiele ponad 18 mln zł, to, odejmując kilkadziesiąt miejsc, wartość musi być znaczenie niższa (o kilka mln zł.), co jednocześnie sprawia, że warunek nie może być uznany za spełniony. Z tych danych oraz układu konstrukcyjno-przestrzennego wynika, że część garażowa jest jednocześnie fundamentem budynków A i B. Aby ustalić koszty budowy części parkingowej w budynku mieszkalnym (apartamentowcu) należy w pierwszej kolejności wyodrębnić tę część robót budowlanych, która niezależnie od wykonania parkingu podziemnego musiałaby zostać wykonana w celu właściwego posadowienia budynków A i B. Z pewnością byłaby to część wykopu do głębokości posadowienia (dla tego rejonu to 1 m), dalej byłaby to płyta żelbetowa (inny rodzaj fundamentów - ławy i stropy raczej nie miałyby tu zastosowania), na pewno byłyby to słupy i ściany fundamentowe do poziomu „O”. Warto też zwrócić uwagę na to, co jest istotne podczas robót poniżej poziomu terenu i w efekcie zwiększa koszt robót fundamentowych - warunki gruntowe były bardzo dobre, a zabezpieczenie wykopów stanowiły (i to w części) niewysokie ściany berlińskie. Wokół wykopu nie ma ścian szczelnych, co nie wskazuje na występowanie wysokiego poziomu wód gruntowych.

Powszechnie przyjmuje się, że wartość garażu w budynku mieszkalnym sięga kilkunastu procent wartości budynku. Podana przez Konsorcjum NDI wartość robót budowlanych związanych z parkingiem to 18.077.236,10 zł, tj. blisko 28 % kosztów całej budowy, co stanowi wartość nienaturalnie wysoką. Dodatkowo standard wykończenia całego obiektu mieszkalnego oparty jest na wysokiej jakości materiałach, co przyczynia się dodatkowo do podwyższenia wartości samej części mieszkalnej, a uwydatnia rażąco niewspółmierność wartości parkingu podziemnego. Wykończenie budynku w wysokim standardzie powoduje bowiem, że jednocześnie rosną koszty budynku przy niezmiennych kosztach garażu. Skutkiem powinno być więc zaniżenie (a nie zawyżenie) udziału procentowego garażu w kosztach całego budynku.

Poniżej Odwołujący przedstawił zdjęcia inwestycji „Zoli Zoli”, wskazując, że pokazują standard wykończenia całego obiektu mieszkalnego na dowód, że przyjmowany standardowo udział wartości budowy garażu w analizowanym przypadku nie znajduje zastosowania - z uwagi na wysoki standard wykończenia wartość ta musi być bowiem niższa od powszechnie spotykanej. Chcąc jeszcze bardziej uwypuklić powyższe spostrzeżenia i przytoczone argumenty, Odwołujący przedstawił 4 przykłady i sposoby wyliczenia rzeczywistych kosztów robót budowlanych dotyczących garażu wielopoziomowego w apartamentowcu, który został wskazany jako obiekt potwierdzający zdolność techniczną Konsorcjum NDI, wskazując, że wszystkie obliczenia przeprowadzono na danych przybliżonych, ale na tyle dokładnych, że nie mają one wpływu na istotę przedstawionych wniosków:

Przykład 1 - wyliczenie wartości garażu wielopoziomowego na podstawie danych podanych przez Konsorcjum NDI w Liście referencyjnym i z przekazanych rzutów poprzez wyliczenie kubatury garażu trzykondygnacyjnego. Założenia: a) kubatura obiektu - 111 620 m<sup>3</sup>, b) powierzchnia zabudowy: - kondygnacja K03 - 4 440 m<sup>2</sup> - kondygnacje K02 i K01 pod budynkiem A wchodzące w skład garażu wielopoziomowego - 1 600 m<sup>2</sup> (powierzchnia zabudowy kondygnacji K02 i K01 pokrywa się z powierzchnią zabudowy poziomu K03 i jest tylko wskazana na potrzeby dalszych obliczeń), c) powierzchnia użytkowa - 7 600 m<sup>2</sup> d) ilość miejsc garażowych w garażu wielopoziomowym - 265 e) wartość robót brutto (wg oświadczenia NDI) - 65 452 468,78 zł f) wartość robót 1 m<sup>3</sup> - mimo braku wykończenia garażu w stopniu i jakości jak części mieszkalno-usługowej przyjęto w jednakowej wysokości g) kubatura parkingu wielopoziomowego pod budynkiem (założona wysokość kondygnacji h=3 m) : (2 x 600 + 4 400) x 3,0 = 22 800 m<sup>3</sup>, czyli 20,4 % h) wartość robót dotycząca parkingu wielopoziomowego: 0,204 x 65 452 468,78 = 13 369 613,80 zł brutto Powyższa wartość jest wartością znacznie zawyżoną, gdyż przy jednorodności konstrukcji całego budynku zakłada, że część parkingu wielopoziomowego została wykończona w analogiczny sposób jak część mieszkalno-usługowa, co oczywiście nie jest zgodne z rzeczywistością, ale pozwala łatwiej wskazać na błędną i nieprawdziwą wartość wskazaną przez NDI. W tym przypadku nie odjęto także wartości robót, które są robotami fundamentowymi przypisanymi do każdego budynku. Jednak nawet przy tak korzystnych dla NDI założeniach wartość robót dotycząca garażu wielopoziomowego pod apartamentowcem jest znacznie niższa niż ta wskazana w wykazie robót.

Przykład 2 - szacunek wartości garażu trzykondygnacyjnego na podstawie publikacji Sekocenbud - Cen Obiektów Budowlanych- z procentowego udziału stanu zerowego-garażu Według badań Sekocenbud udział kosztów stanu zero w budynku mieszkalnym standardowym z garażem podziemnym jednokondygnacyjnym to ok.13 %. W przypadku apartamentowca (o podwyższonym standardzie wykończenia, z garażem podziemnym dwukondygnacyjnym, przy zastosowaniu ścian szczelinowych znacznie podrażającym koszty budowy) udział stanu zero (czyli garażu podziemnego) wynosi 16 % w całkowitych kosztach budowy. Warto przy tym jeszcze raz podkreślić, że w skład tych kosztów wchodzi również koszty robót ziemnych i fundamentów, które i tak musiałyby zostać wykonane, aby budynek w ogóle mógł zostać wzniesiony. Założenia: a) kubatura obiektu - 111 620 m<sup>3</sup>, b) wartość robót brutto (wg oświadczenia NDI) - 65 452 468,78 zł c) wartość robót 1 m<sup>3</sup> - mimo braku wykończenia garażu w stopniu i jakości jak części mieszkalno-usługowej przyjęto w jednakowej wysokości, d) kubatura parkingu wielopoziomowego pod budynkiem (założona wysokość kondygnacji h=3 m) : (2 x 600 + 4 400) x 3,0 = 22 800 m<sup>3</sup>, czyli 20,4 % e) Przyjmując proporcje wskazane przez Sekocenbud dla apartamentowca z garażem wielopoziomowym wartość robót dotycząca parkingu wielopoziomowego wskazanego przez NDI: 0,16 x 65 452 468,78 = 10 472 394,90 zł brutto Powyższa wartość jest wartością zbliżoną do rzeczywistej wartości robót dotyczącej wykonania pod budynkiem apartamentowca garażu wielopoziomowego. Jednak i w tym przypadku również nie odjęto wartości tych robót, które są robotami fundamentowymi przypisanymi do każdego budynku. Nawet przy tak korzystnych dla Konsorcjum NDI założeniach rzeczywista wartość robót dotycząca garażu wielopoziomowego pod apartamentowcem jest znacząco niższa od tej podanej w wykazie robót.

Przykład 3 - wyliczenie na podstawie publikacji Sekocenbud - z Biuletynu Cen Obiektów Budowlanych - wg poz. 1242-102 -Parking - garaż dwupoziomowy Założenia: a) kubatura obiektu - 111 620 m<sup>3</sup>, b) ilość miejsc postojowych - 265 c) wartość robót brutto (wg oświadczenia Konsorcjum NDI) - 65 452 468,78 zł d) wartość robót 1 m<sup>3</sup> - mimo braku wykończenia garażu w stopniu i jakości jak części mieszkalno-usługowej przyjęto w jednakowej wysokości, co działa zdecydowanie na korzyść Konsorcjum NDI e) kubatura parkingu wielopoziomowego pod budynkiem (założona wysokość kondygnacji h=3 m) : (2 x 600 + 4 400) x 3,0 = 22 800 m<sup>3</sup>, czyli 20,4 % f) Według biuletynu Cen Obiektów Budowlanych Sekocenbud (III kwartał 2020 r.) wartość robót budowlanych dla garażu dwupoziomowego o konstrukcji szkieletowej, żelbetowej monolitycznej, ze ścianami zewnętrznymi żelbetowymi, stropy żelbetowe typu filigran (informacji o warunkach gruntowych brak) o następujących parametrach: - ilość miejsc postojowych: 535, - kubatura: 21 060 m<sup>3</sup>, - powierzchnia zabudowy: 6 913 m<sup>2</sup>, - powierzchnia użytkowa: 13 702,9 m<sup>2</sup> wynosi Wariant 1:1- z przeliczenia (porównania) ceny: 1 m.p., powierzchni użytkowej, powierzchni zabudowy; 13 708 669,38 zł netto, czyli 16 861 663,34 zł brutto; Wariant wg wartości robót dla 1. miejsca postojowego: 265/535 x 16 861 663,34 = 8 352 038,85 zł brutto; Wariant wg wartości robót dla 1 m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej: (2 x 600 + 4 400) x 16 861 663,34/13 702,9 = 9 351 935,82 zł Wariant wg wartości robót dla 1 m<sup>2</sup> powierzchni zabudowy: 4 400/6 913 x 16 861 663,34 = 10 732 145,04 zł brutto Poniżej Odwołujący dodaje fragmenty

biuletynu cen obiektów budowlanych Sekocenbud z III kwartału 2020 r. celem potwierdzenia kwot przyjętych w obliczeniach:

Przykład 4 - wyciżenie (przeliczenie) na podstawie wykonanej kalkulacji Przedmiotu Zamówienia przez Inwestora; Przychodząc analizowany parking z niniejszym przedmiotem zamówienia wskazać należy następujące wnioski: a) przedmiotem zamówienia według SIWZ oraz PFU jest budowa wielokondygnacyjnego parkingu naziemnego o liczbie stanowisk postojowych ok. 800 dla samochodów osobowych o następujących charakterystycznych parametrach określających wielkość i zakres robót: - powierzchnia zabudowy = 3 983,05m<sup>2</sup>; - powierzchnia użytkowa = 19 630,50m<sup>2</sup>; - kubatura (brutto) = 54 965,40 m<sup>3</sup>; - wysokość kondygnacji brutto = 2,80m (max. wysokość parkingu nie może przekroczyć 15,00m), czyli maksimum 6 kondygnacji nadziemnych, b) Zamawiający w przedmiotowej inwestycji uwzględnił system prefabrykowany, z elementami żelbetowymi monolitycznymi (szyby, ściany, itp.) Zamawiający podał wartość zamówienia, którą określił na podstawie planowanych kosztów robót budowlanych, która wynosi 25 683 180,06 zł.(w ust. 4 z pkt. 2 Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego). Jeśli przyjął podane wymagania techniczno-użytkowe, system wykonawstwa, charakter obiektu, to wszystkie parametry kosztowe planowanego przez Zamawiającego parkingu są w rażącej dysproporcji do podanej przez Konsorcjum NDI wartości robót dotyczącej parkingu wielopoziomowego, który jest częścią apartamentowca. Wariant wg kubatury parkingów: 22 800/54 965,40 x 25 683 180,06 = 10 653 625,00 zł brutto; Przeliczenie tego wariantu wg wartości robót dla 1. miejsca postojowego: 265/800 x 25 683 180,06 = 8 507 553,40 zł brutto; Przeliczenie powyższego wariantu wg wartości robót dla 1 m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej: 7 600/19 630,50 x 25 683 180,06 = 9 943 311,20 zł brutto

Odwolujący stwierdził, że powyższe zestawienia wyciżen ceny dla wartości robót budowlanych parkingu potwierdzają, że wartość, którą wskazało Konsorcjum NDI jest istotnie zawyżona i nie znajduje żadnego potwierdzenia w załączonych referencjach ani w dokumentacji, którą Konsorcjum NDI mogło załączyć na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, jak również nie wynika z przedstawionych przykładowych wyciżen, które swoje oparcie znajdują w aktualnych cenach i wartościach rynkowych. Dokument (referencje) mający na celu potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie zawiera w ocenie Odwołującego jasnej informacji czy faktycznie wykonany parking na inwestycji przy ul. Rydygiera 6 w Warszawie opiewał na wartość wyznaczoną w dokumentacji SIWZ. Deklaracja Konsorcjum NDI nie została poparta żadnym innym dowodem, który potwierdziłby, że NDI spełniło warunek udziału w postępowaniu. Wobec tego, Zamawiający był w obowiązku wezwania NDI do wyjaśnień, które uprawdopodobniłyby treść przedstawioną w wykazie robót budowlanych. Zamawiający zaniechał jednak weryfikacji oświadczenia Konsorcjum NDI, co doprowadziło do niezasadnego i nieuprawnionego wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo tego, iż Konsorcjum NDI nie mogło wykazać się wykonaniem parkingu wielokondygnacyjnego o wartości min. 18 000 000,00 zł brutto.

Odnosząc niespełnienie warunku udziału przez wykonawcę w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią kadrami, Odwołujący podał, że w wykazie osób dla wykazania spełnienia warunku określonego w rozdziale VI pkt 3.1 ppkt 2 lit. e) SIWZ Konsorcjum NDI przedstawiło pana M. ., który jako Kierownik zespołu projektowego miał zrealizować zadanie pn.: „Dokumentacja projektowa dot. inwestycji pn. „Budowa Narodowego Centrum Radioterapii Hadronowej - Centrum Cyklotronowe Bronowice wraz z infrastrukturą techniczną - budowa segmentu o funkcji eksperymentalnej i terapeutycznej wraz z instalacjami wewnętrznymi i infrastrukturą techniczną (...)” w ramach której zaprojektowany miał być parking wielopoziomowy. Jednak, z informacji powziętych przez Odwołującego wynika, że w ramach powyższej inwestycji nie został wykonany parking wielopoziomowy (ani jako parking podziemny ani jako osobna, samodzielna struktura, która przynależałaby do Centrum Cyklotronowego), co świadczy, iż inwestycja ta nie zakładała realizacji parkingu, a jedynie realizację budynku głównego Centrum Cyklotronowego. W ramach przedmiotowej inwestycji wykonany został wyłącznie parking zewnętrzny - jednopiętrowy - naziemny, który w istocie stanowi wyłącznie plac przynależący do budynku głównego. Nie został natomiast zrealizowany, ani zaprojektowany parking wielopoziomowy. Potwierdza to przedstawiony poniżej przez Odwołującego materiał zdjęciowy. Konsorcjum NDI nie spełniło warunku udziału w zakresie dysponowania kadrami z wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Pan M. B. nie zaprojektował w ramach inwestycji w Bronowicach parkingu wielopoziomowego. Wobec tego, Zamawiający winien był wykluczyć NDI z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum NDI wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji odnoszących się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Mając na względzie jednoznaczne oświadczenia Konsorcjum NDI (Wykaz robót budowlanych oraz Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia), w którym wskazało niepotwierdzoną wartość zrealizowanej inwestycji parkingu wielopoziomowego oraz nieprawdziwy zakres doświadczenia kierownika zespołu projektowego, oczywistym jest, że celem tych oświadczeń było spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Powyższe ocenić należy jako umyślne wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wobec tego, uznać należy, że działanie NDI wypełnia znamiona przepisów, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum NDI umieściło w wykazie robót informacje nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego co do spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum NDI przedstawiło Zamawiającemu błędne informacje, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a działaniem tym doprowadziło do przekonania Zamawiającego, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu. Doszło zatem do wywarcia nie tylko potencjalnego, ale faktycznego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązany jest do zachowania należytej staranności, w tym obowiązany jest do uprzedniego zweryfikowania informacji przekazywanych w postępowaniu zamawiającemu. Szczególnej staranności wykonawca winien dołożyć w odniesieniu do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a za takie uważa się między innymi - jak to miało miejsce w niniejszej sprawie - informacje w ramach warunku udziału. Konsorcjum NDI nie sprostało obowiązkowi spoczywającemu na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne. W analizowanym stanie faktycznym ziszcili się zatem przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, co przekłada się na uznanie, że Konsorcjum NDI podlega obowiązkowemu wykluczeniu z postępowania.

Odnosząc ewentualnego zastosowania procedury uzupełniającej lub wyjaśniającej (art. 26 ust. 3 oraz 4 ustawy Pzp) Odwołujący stwierdził, że z uwagi na fakt, iż Konsorcjum NDI złożyło nieprawdziwe oświadczenie w Wykazie robót (w zakresie wykonania robót budowlanych w postaci parkingu o wartości min. 18 000 000, 00 zł) oraz w Wykazie osób (w zakresie doświadczenia p. B.), przez co przedstawiono informacje niezgodne z rzeczywistością, wykluczona jest de facto możliwość zastosowania procedury uzupełniającej/ wyjaśniającej, o której mowa w art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Konsorcjum NDI dopuściło się bowiem wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wobec czego już na tym etapie, bez względu na dalsze ewentualne składanie wyjaśnień czy uzupełnień, podlega wykluczeniu Niemniej jednak, gdyby Izba doszła do przekonania, że Konsorcjum NDI nie podlega wykluczeniu, w takim stanie rzeczy należy unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zobowiązać Zamawiającego do

przeprowadzenia skrupulatnej procedury uzupełniającej lub wyjaśniającej. Odwołujący podkreślił, że postawiony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 oraz 4 ustawy Pzp ma charakter ewentualny, i powyższa procedura powinna mieć zastosowanie tylko wtedy, gdyby Izba uznała, że Konsorcjum NDI nie podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum NDI z uwagi na niespełnianie wymagań w zakresie technologii realizacji przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał, że w pkt 4.3 PFU Zamawiający wskazał, że wymaga od wykonawców wykonania przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu systemu prefabrykatów o konstrukcji podstawowej. W rozdziale IV ust. 8 SIWZ Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość użycia przez wykonawców rozwiązań równoważnych w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia. Analizując ofertę przedstawioną przez Konsorcjum NDI można dojść do wniosku, że wykonawca ten nie zaoferował Zamawiającemu wykonania przedmiotu zamówienia za pomocą prefabrykatów, jak również nie zaoferował wykonania przedmiotu zamówienia za pomocą rozwiązań równoważnych. Konsorcjum NDI nie załączyło do swojej oferty żadnych dokumentów/informacji potwierdzających, że prace wykonane zostaną zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (tj. w systemie prefabrykatów), ani nie wyjaśniło w jaki inny, równoważny technologicznie sposób, wykona przedmiot zamówienia. Konsorcjum NDI nie wykazało w planowanym do podzlecenia zakresie prac związanych z budową parkingu wielopoziomowego wyprodukowania i montażu prefabrykatów przez podwykonawców, co wprost wynika z oferty NDI (wykazuje natomiast dostawę i montaż stolarki i wyposażenia). Konsorcjum NDI nie dysponuje wytwórnią prefabrykatów betonowych czy wytwórnią konstrukcji stalowych. Wobec tego niemożliwym jest, aby mogło wykonać elementy prefabrykatów we własnym zakresie i tym samym zrealizować zamówienie w zgodzie z postawionymi wymaganiami w zakresie konstrukcji i technologii. Powyższe sprowadza się do konkluzji, że Konsorcjum NDI zaoferowało realizację przedmiotu zamówienia przy użyciu technologii monolitycznej, która polega na wykonywaniu (wylewaniu) konstrukcji obiektu budowlanego na miejscu budowy z betonu (zbrojonego lub niezbrojonego) przy użyciu deskowań i stempłowań budowlanych z zachowaniem rygorów (temperatur i przerw technologicznych). To z kolei prowadzi do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia z zastosowaniem technologii monolitycznej istotnie przedłuży czas realizacji inwestycji, i znacząco przekroczy termin wykonania wskazany przez Zamawiającego (36 tygodnie).

Odwołujący zauważył, że w zakres prac przedmiotu zamówienia wchodzi szereg czynności, których terminowe wykonanie możliwe jest tylko w przypadku zastosowania systemu prefabrykatów. Zakres zamówienia wskazuje bowiem, że wykonawca zobowiązany jest wykonać następujące prace (dla systemu monolitycznego): przygotowanie zaplecza, wycinka krzewów i drzew, wykonanie przekładek instalacyjnych, wykonanie robót ziemnych z pracami rozbiórkowymi, wykonanie palowania, wykonanie fundamentów z otokiem, wykonanie izolacji fundamentów, obsypanie fundamentów z zagęszczeniem zasypek, wykonanie dla każdej kondygnacji zbrojenia słupów (2 x po 4 kpi.), j.w. deskowania słupów, j.w. betonowania słupów, j.w. deskowania stropów z ich podstemplowaniem, j.w. deskowanie ramp z ułożeniem kabli grzewczych, j.w. deskowanie pasów ogniowych, j.w. układania zbrojenia, j.w. betonowania stropów i ramp z przerwami technologicznymi na związanie betonu (po wykonaniu każdej kondygnacji), j.w. betonowanie pasów ogniowych, j.w. montaż zabezpieczeń przed wypadaniem samochodów na zewnątrz parkingu, wylewanie warstw posadzkowych, z przerwami na stwardnienie podkładów pod żywice (po usunięciu stempłowań), j.w. wykonanie żywic, wykonanie klatek schodowych z instalacjami i pracami wykończeniowymi (2 szt.), wykonanie pomieszczeń technicznych i innych pomieszczeń, wykonanie instalacji elektrycznych i sanitarnych (z hydroformią), wykonanie elewacji z Logo i z podświetleniem, wykonanie innych prac wykończeniowych, dostawa, montaż i uruchomienie wind (2 szt.), wykonanie systemu parkingowego, sieci LAN, CCTV, SSP, wykonanie przyłączy ze zbiornikami retencyjnymi, wykonanie stacji ładowania samochodów elektrycznych z zasilaniem, wykonanie prac drogowych z oznakowaniem poziomym i pionowym, uzyskanie Pozwolenia na ubytowanie z odbiorami od służb (PSP, Sanepid), (dla systemu prefabrykowanego z prac mokrych na budowie wykonywane są jedynie fundamenty i zalewanie fug). Katalog czynności koniecznych do realizacji zamówienia jest szeroki, tym samym oczywistym jest, że Zamawiający zdecydował się na wykorzystanie systemu prefabrykatów w celu szybszego, sprawniejszego i dokładniejszego wykonania inwestycji. Wykorzystanie technologii monolitycznej oznacza, że okres realizacji niniejszego zadania wydłuży się o min. 6 miesięcy (przy założeniu bardzo intensywnego zaangażowania sprzętu, maszyn, kadry oraz sprawnej organizacji prac. W przypadku przeciętnej organizacji prac realizacji zadania wydłużyć może się nawet do 9 miesięcy w stosunku do rozwiązania przewidzianego w PFU. W przypadku realizacji zamówienia z użyciem technologii monolitycznej założyć natomiast należy, że: całość prac w tej technologii należy wykonać na budowie - w sekwencyjnym porządku; technologia monolityczna jest bardzo pracochłonna i wymaga dużych nakładów sprzętu; technologia ta jest dużo mniej dokładna i wymaga sporo korekt i prac naprawczych; w całym procesie budowlanym konieczne jest dochowanie rygorów technologicznych - temperatur i przerw technologicznych; nie ma możliwości w tej technologii przygotowania elementów poza budową (jak to jest w systemie prefabrykowanym).

Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum NDI przedstawiło ofertę, która nie odpowiada wymaganiom ujętym w dokumentacji postępowania. Jednocześnie wykonawca ten nie wykazał, że technologia, jaką zamierza wykorzystać przy realizacji przedmiotu zamówienia ma charakter równoważny w stosunku do wymagań przedstawionych w dokumentacji, nie wskazując jednocześnie, że realizować będzie zamówienie w systemie prefabrykatów. Prowadzi to zatem do jednoznacznego wniosku, że Konsorcjum NDI złożyło ofertę nieodpowiadającą wymaganiom SIWZ, co w myśl art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp determinuje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia takiej oferty jako niezgodnej ze SIWZ.

Na marginesie Odwołujący zaznaczył, że w dniu ogłoszenia wyboru oferty najkorzystniejszej, Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo z argumentacją wyżej wskazaną (dot. błędnej technologii jaką Konsorcjum NDI oferuje). Z informacji powziętych przez Odwołującego, Zamawiający (potwierdzając tym samym, że zaniechał zbadania tej materii) wystosował do NDI wezwanie do wyjaśnień w zakresie konstrukcji i technologii. Na dzień składania niniejszego odwołania, Odwołującemu nie jest jednak znane ani stanowisko NDI, ani stanowisko Zamawiającego.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez uznanie, że złożone przez Konsorcjum NDI je prawidłowe, Odwołujący wskazał, że niezależnie od materii techniczno - formalnej, Konsorcjum NDI złożyło wadliwą gwarancję wadliwą, tj. gwarancję ubezpieczeniową nr 998056153137 z dnia 2 października 2020 r. wystawioną przez: UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., podpisaną przez p. J. E., która nie widnieje w Krajowym Rejestrze Sądowym je osoba upoważniona do reprezentacji spółki. Jednocześnie do dokumentu wadium nie zostało załączone pełnomocnictwo czy też inny dokument potwierdzający właściwe umocowanie gwaranta do wystawienia przedmiotowego dokumentu. Brak załączonych dokumentów świadczących o umocowaniu osób podpisujących gwarancję do reprezentowania Gwaranta świadczy o niestarym przygotowaniu oferty przez Konsorcjum NDI, od którego, jako profesjonalisty wymagana je należyta staranność. Tym samym, w chwili złożenia oferty, z uwagi na brak dokumentów potwierdzających umocowanie osób podpisujących gwarancję do zaciągania tego rodzaju zobowiązań w imieniu Gwaranta, Zamawiający nie miał podstaw by przyjąć, że gwarancja ubezpieczeniowa jest ważna. Zamawiający nie mając możliwości prawnej by zwrócić się o wyjaśnienia do Odwołującego bądź do podmiotu, który wystawił gwarancję ubezpieczeniową, a zarazem mając obowiązek dokonania oceny skuteczności wniesionego wadium na podstawie przedstawionych przez Konsorcjum NDI dokumentów, nie mógł uznać, że przedstawiona gwarancja ubezpieczeniowa zapewnia mu możliwość zatrzymania wadium w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że w praktyce często zdarzają się sytuacje odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej z uwagi na wadliwość umocowania osoby wystawiającej gwarancję ubezpieczeniową np. dyrektor oddziału wystawiający gwarancję z sumą gwarancyjną przekraczającą kwotę do jakiej może on zaciągać zobowiązania zgodnie z pełnomocnictwem. Wobec tego, w ocenie Odwołującego, Konsorcjum NDI nie wykazało się skutecznym wniesieniem wadium, co winno skutkować odrzuceniem oferty NDI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do pism Odwołującego i Przystępującego oraz złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci rysunków i wyciągu z Sekocenbudu 2020 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia i odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców, oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., iż gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, oferta złożona przez niego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Wobec wypełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp uczestnikami postępowania odwoławczego stali się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NDI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, NDI SOPOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (dalej również: „Przystępujący”), którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W piśmie z dnia 18 grudnia 2020 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie wnosząc o oddalenie odwołania, w uzasadnieniu wskazując m.in., iż wszystkie zarzuty odwołania oparte są na przyjęciu przez Odwołującego błędnych założeń lub jedynie własnych przypuszczeń, niezajdujących potwierdzenia w okolicznościach faktycznych postępowania. W ocenie Przystępującego potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz złożył ofertę zgodną z wymaganiami Zamawiającego i prawidłowo zabezpieczoną wadium.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Postanowienia SIWZ mające zastosowanie w postępowaniu zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu i przedstawione powyżej, z wyłączeniem warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 3.1 ppkt 2 lit. e tiret drugi SIWZ, zgodnie z którym wykonawca był zobowiązany wykazać się dysponowaniem kierownikiem zespołu projektowego „posiadającym doświadczenie polegające na pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego w co najmniej 1 projekcie dotyczącym budowy parkingu wielopoziomowego”, a nie jak wskazał Odwołujący w odwołaniu i na czym opierał swoją argumentację (str. 4): „Zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego dysponował kierownikiem zespołu projektowego posiadającym doświadczenie w kierowaniu zespołem projektowym przy budowie co najmniej jednego parkingu wielopoziomowego”.

Przytoczenia wymaga pytanie wykonawcy nr 20 i odpowiedź Zamawiającego z dnia 11 września 2020 r.:

Pytanie: W pkt 3.1. SIWZ Zamawiający oczekuje, aby Wykonawca legitymował się doświadczeniem polegającym na budowie parkingu wielopoziomowego. Wykonawca wnosi o doprecyzowanie, jaki obiekt Zamawiający uzna za parking wielopoziomowy. W szczególności czy Zamawiający uzna za spełniony warunek postawiony w SIWZ, w sytuacji, gdy Wykonawca zrealizował parking podziemny o dwóch kondygnacjach podziemnych w ramach większej inwestycji, której częścią była budowa parkingu podziemnego, którego samodzielna wartość wyniosła co najmniej 25.000.000 zł brutto?

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający informuje, że zapis „parking wielopoziomowy” nie wyklucza parkingu podziemnego, o ile posiada on minimum 2 poziomy. Ponadto, Zamawiający informuje, że wprowadził zmianę w treści rozdziału VI ust. 3 pkt 3.1 ppkt 1) SIWZ - (patrz odpowiedź z dnia 3 września 2020 r. na pytanie nr 36).

Powyższa wartość referencyjnego parkingu uległa następnie zmniejszeniu do kwoty 18 000 000,00 zł brutto.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty w nim zawarte, w granicach których Izba orzeka. Stosownie do ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Na wstępie zauważenia wymaga, że SIWZ należy czytać wraz z udzielonymi przez Zamawiającego odpowiedziami na pytania do tego dokumentu. Jest ona wiążąca dla Zamawiającego i wykonawców, co oznacza, że po

terminie składania ofert nie może być zmieniana. Postawione w niej wymogi w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie mogą być modyfikowane, w tym nie mogą być zawężane.

Ad. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

*Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu (...), lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.*

*Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Zarówno w art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i w pkt 17 ustawy Pzp Ustawodawca wskazał na błąd jako skutek działania wykonawcy, przez który należy rozumieć rozbieżność między rzeczywistością, a wyobrażeniem o niej zamawiającego na skutek pozyskanych od wykonawcy informacji. Każda z podstaw wskazanych art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dla zastosowania każdej z nich niezbędne jest wykazanie wypełnienia się wszystkich występujących w niej przesłanek, w tym przedstawienia przez wykonawcę informacji, które nie są zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, są nieprawdziwe. Wykonawcy są bowiem zobowiązani do starannego, rzetelnego działania, czego przejawem jest m.in. obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwy jest bowiem wybór oferty złożonej przez wykonawcę wiarygodnego, gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych.

Odwołujący powyższe zarzuty uzasadnia wprowadzeniem Zamawiającego w błąd przez Przystępującego przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczących: budowy parkingu wielopoziomowego o wartości min. 18 000 000,00 zł brutto oraz dysponowania kierownikiem zespołu projektowego spełniającym postawione w SIWZ wymagania posiadania doświadczenia polegającego na pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego w co najmniej 1 projekcie dotyczącym budowy parkingu wielopoziomowego.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VI ust. 3 pkt 3.1 ppkt 1 SIWZ w zakresie budowy parkingu wielopoziomowego o wartości min. 18 000 000,00 zł brutto, Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał zadanie pn. Żoli Żoli tj. budynek mieszkalny wielorodzinny z garażem podziemnym i usługami oraz infrastrukturą przy ul. Rydygiera 6 w Warszawie, w ramach którego wybudowano parking wielopoziomowy (3 kondygnacje) na rzecz R6 Offices Sp. z o.o. w Warszawie i złożył referencję wystawioną przez ten podmiot, potwierdzającą należyte wykonanie zamówienia przez członka Konsorcjum NDI. W kolumnie wartość brutto robót została podana kwota 65 452 468,78 zł, w tym wartość robót budowlanych parkingu wielopoziomowego 18 077 236,10 zł brutto.

Odwołujący zgłasza zastrzeżenia co do wartości ww. parkingu, m.in. z uwagi na to, że kwota odpowiadająca wartości parkingu nie została podana w referencjach. Tymczasem to Wykaz robót budowlanych, który jest oświadczeniem własnym wykonawcy, jest dokumentem, który służy wykazaniu spełnienia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, natomiast rolą referencji, które są wystawiane przez podmiot na rzecz którego wykonano zamówienie, i które są przedstawiane w różnych postępowaniach, jest potwierdzenie należytego wykonania zadania wskazanego w takim wykazie przez wykonawcę.

W związku z tym argumentacja przedstawiona w odwołaniu w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie i nie wskazuje na podanie przez Konsorcjum NDI nieprawdziwych informacji. Tym bardziej, że Przystępujący do swojego pisma z dnia 18 grudnia 2020 r. zawierającego jego stanowisko w sprawie, załączył oświadczenie R6 Offices Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 16 grudnia 2020 r., w którym ten podmiot, jako zamawiający ww. inwestycji potwierdził, że wartość robót w zakresie ww. parkingu wielopoziomowego wyniosła wartość podaną w Wykazie robót budowlanych przez Konsorcjum NDI.

Należy podzielić stanowisko Przystępującego zaprezentowane w piśmie z dnia 18 grudnia 2020 r., że nie jest zasadna argumentacja Odwołującego dotycząca usytuowania poszczególnych kondygnacji garażu, w tym, że garaż na poziomie K 02 składa się z dwóch części oddzielonych od siebie ścianą tj. z samodzielnego garażu jednopoziomowego (z dwoma niezależnymi wjazdami i wyjazdami) oraz niezależnego od niego garażu wielopoziomowego, co zdaniem Odwołującego wskazuje na to, że od wartości garażu podanej w Wykazie robót budowlanych należy odliczyć wartość garażu, który Odwołujący oznaczył na złożonym rysunku, jednocześnie zaznaczając kolorem czerwonym ściany, które według niego są żelbetowe i uzasadniają ww. rozłączne traktowanie tych powierzchni. Odwołujący nie przedstawił na postawioną tezę żadnego przekonującego dowodu, stwierdził jedynie, że jego przedstawiciel dokonał wizji i dostrzegł ściany żelbetowe, a także dokonał zaznaczenia kolorem czerwonym na rysunku Przystępującego odrębnych, jego zdaniem, parkingów. Tymczasem jak wynika ze stanowiska i dowodów złożonych przez Przystępującego w postaci zdjęć załączonych do ww. pisma, zarówno w projekcie budowlanym, projekcie wykonawczym, jak i w rzeczywistości w miejscu zaznaczonym przez Odwołującego na czerwono znajduje się jedynie ścianka ażurowa, stanowiąca łatwą w demontażu przegrodę, która dzieli funkcjonalnie garaż na część dla mieszkańców i część dla pracowników lub klientów lokali usługowych znajdujących się w budynku, uniemożliwiając tym ostatnim parkowanie na części przeznaczony dla mieszkańców. Przystępujący zaznaczył, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że konstrukcyjnie obszar ten nie jest wydzielony, wszystkie trzy poziomy parkingu połączone są rampą i mają wspólne instalacje (np. przeciwpożarowe, oddymiania, wentylacja itp.). a zatem część nazwana przez Odwołującego samodzielnym garażem jednopoziomowym nie jest ani trwale wydzielona, ani nie może samodzielnie funkcjonować tylko dlatego, że ma samodzielne wjazdy i wyjazdy. Nadto, jak zauważył na rozprawie Zamawiający, ściany żelbetowe występują w innych miejscach np. poblizu klatek schodowych i są inaczej zaznaczone na rysunku.

Zauważenia także wymaga, że Odwołujący nie kwestionuje wykonania przez członka Konsorcjum NDI powierzchni parkingu, a jedynie zmierza do wyłączenia części wartości robót z łącznej wartości parkingu z tego powodu, że poziom parkingu znajdujący się na powierzchni ma osobny wjazd i wyjazd. Odwołujący nie przedstawia przy tym obowiązującej definicji parkingu wielopoziomowego, nie wykazuje, że aby można było uznać, że chodzi o parking wielopoziomowy, żaden z poziomów nie może mieć odrębnego wjazdu i wyjazdu. Brak jest także takiego zastrzeżenia w SIWZ. W związku z tym nie można podzielić argumentacji Odwołującego i traktować jednego z poziomów parkingu jako odrębnego parkingu jednopoziomowego. Nadto, jak zostało podniesione na rozprawie przez Zamawiającego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, za spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający uznawał wykazanie się budową parkingu wielopoziomowego (składającego się co najmniej z dwóch poziomów) zarówno naziemnego, jak też podziemnego. W związku z tym, za zbędne należy uznać ustalenia który poziom jest kondygnacją podziemną, a który znajduje się ponad

poziomem otaczającego terenu. Za niezasadne należy uznać także twierdzenia Odwołującego zmierzające do wykazania, że odjęcie wartości robót dotyczących naziemnej części garażu, istotnie zmniejszy wartość parkingu wielopoziomowego, co miałyby oznaczać niespełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Za nietrafione należy także uznać argumenty, przemawiające zdaniem Odwołującego za obniżeniem wartości parkingu, odnoszące się do wyodrębnienia z wartości robót budowlanych, dotyczących budowy parkingu, części fundamentów, na których jednocześnie posadowione są budynki A i B oraz dokonania analizy różnic w zakresie koniecznych do wykonania robót budowlanych w przypadku budowy samodzielnego parkingu wielopoziomowego i takiego, na którym posadowiony jest budynek.

SIWZ nie zawierała żadnych postanowień w tym zakresie, nie wyłącza możliwości legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu parkingu podziemnego, na którym posadowiony jest budynek. W związku z tym za nieuprawnione należy uznać na obecnym etapie postępowania podejmowanie prób zawężenia sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu. Nadto, jak słusznie zauważył Przystępujący, każdy z parkingów musi być zamknięty zadaszeniem, a według oczekiwań Odwołującego, aby obliczyć wartość samego parkingu wielopoziomowego, należałoby doliczyć koszt termo- i hydroizolacji zadaszenia parkingu, na obszarze obecnie zajmowanym przez budynki A i B oraz wartość robót związanych z zakotwieniem płyty fundamentowej w celu zabezpieczenia jej przed wyporem wód gruntowych, których poziom ze względu na bliskość rzeki Wisły waha się w tym miejscu okresowo o +/-1,0 m (obecnie siła wyporu jest równoważona przez ciężar budynków A i B). Zaproponowany przez Odwołującego sposób obliczania wartości parkingu wielopoziomowego wykonanego przez Konsorcjum NDI prowadziłby zatem do zwiększenia jego wartości. Przystępujący jednocześnie podkreślił, że takie obliczenia są niemożliwe do przeprowadzenia, ponieważ dokumentacja projektowa Inwestycji zakładała wykonanie budynku mieszkalno-usługowego, pod którym znajduje się parking. Dla takiego układu została zaprojektowana konstrukcja budynku i jego posadowienie. Twierdzeniem tym Odwołujący nie zaprzeczył. W związku z tym niewłaściwe jest przyjmowanie założeń, iż część mieszkalno-usługowa funkcjonuje bez parkingu i odwrotnie.

W ocenie Izby nie jest także wystarczającym uzasadnieniem stawianych zarzutów argumentacja odnosząca się do procentowej wartości garażu w relacji do wartości budynku mieszkalnego. Odwołujący nie wykazał, że istnieją sztywne przedziały takich wartości, a w analizowanym przypadku, zostały one przekroczone. Przeciwnie, twierdzenia Odwołującego wskazują, że wartość tego udziału może zależeć np. od standardu wykończenia części mieszkalnej, z czym Odwołujący wiąże twierdzenia, że referencyjna inwestycja została zrealizowana w wysokim standardzie, przy zastosowaniu wysokiej jakości materiałów. Na potwierdzenie tych twierdzeń Odwołujący składa jedynie zdjęcia wybranych fragmentów budynku. Tymczasem, jak podał Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, standard wykończenia budynku, przedstawiony na wizualizacjach i zdjęciach zamieszczonych w treści odwołania, dotyczy elewacji, foyer i części wspólnych budynku. Natomiast mieszkania i lokale usługowe zostały wykonane w stanie deweloperskim. Nadto Przystępujący wskazał, że powierzchnia użytkowa mieszkań i powierzchnia użytkowa lokali usługowych w tym budynku to odpowiednio 13170,17 m<sup>2</sup> i 2 095,44 m<sup>2</sup>. W sumie stanowi to 15 265,61 m<sup>2</sup> powierzchni budynku, czyli ca. 46% powierzchni całkowitej, która nie została wykończona w przedstawionym w odwołaniu standardzie.

Analogicznie należy ocenić argumenty odnoszące się do usytuowania na terenie garażu klatek schodowych czy innych pomieszczeń poza miejscami parkingowym. Warunek udziału odnosił się bowiem do budowy wielopoziomowego parkingu, a nie jedynie określonej ilości miejsc parkingowych i nie zawiera wymogów np. co do sposobu komunikacji jego użytkowników.

Niepotwierdzone założenia przyjęte przez Odwołującego, wskazują, że również wyliczenia przedstawione w odwołaniu nie potwierdzają zasadności stawianego zarzutu.

Jeśli chodzi o podane w przykładzie pierwszym *wyliczenie wartości garażu wielopoziomowego na podstawie danych podanych przez NDI w Liście referencyjnym i z przekazanych rzutów poprzez wyliczenie kubatury garażu trzykondygnacyjnego*, zauważenia wymaga, że opierają się one w całości na błędnych, bo uwzględniających zaniżone powierzchnie, założeniach. Nadto zostały przeprowadzone z pominięciem, iż znaczącą część powierzchni całkowitej budynku stanowią strefy wykonane w standardzie deweloperskim, w którym - jak wskazał Przystępujący, czemu nie zaprzeczył Odwołujący - w zakresie robót budowlanych nie wykonano prac wykończeniowych, a w zakresie instalacyjnym doprowadzono jedynie do pomieszczeń instalację wodno-kanalizacyjną, zasilającą i centralnego ogrzewania, których cena jest znacznie niższa, niż cena jednostkowa wykończonego parkingu podziemnego, który został wyposażony w skomplikowane specjalistyczne instalacje (SAP, instalacja oddymiania, instalacja wentylacji mechanicznej, instalacja detekcji CO i LPG, instalacja odwodnieniowa, instalacja hydrantowa, instalacja oświetlenia podstawowego i awaryjnego).

Również wyliczenia przedstawione w drugim przykładzie obejmujące *szacunek wartości garażu trzykondygnacyjnego na podstawie publikacji Sekocenbudu - Cen obiektów Budowlanych - z procentowego udziału stanu zerowego - garażu*, nie potwierdzają zasadności zarzutów odwołania, bowiem także opierają się na błędnych założeniach, w tym, że wykonanie stanu zerowego budynku jest tożsame z wykonaniem garażu podziemnego. Jak wskazał Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, określenie „stan zerowy” odnosi się wyłącznie do wykonania robót ziemnych, fundamentów, ścian fundamentowych i konstrukcji poniżej poziomu budynku. Nie wyczerpuje to zakresu robót koniecznych do wykonania kompletnego, funkcjonalnego, bezpiecznego i zgodnego z przepisami wielopoziomowego garażu podziemnego.

Podobnie należy ocenić wyliczenia przedstawione w trzecim przykładzie oparte *na podstawie publikacji Sekocenbud - z Biuletynu Cen Obiektów Budowlanych - wg poz. 1242-102 - Parking - garaż dwupoziomowy*. Jak zauważył Przystępujący Odwołujący przyjął błędne założenia do obliczeń oraz pomija pełną nazwę pozycji 1242-102 z Biuletynu Cen Obiektów Budowlanych Sekocenbudu. Zgodnie z Biuletynem, budynek ten składa się z dwóch poziomów. Nawierzchnia pierwszego jest wykonana z kostki brukowej. Drugi poziom jest wykonany na konstrukcji żelbetowej monolitycznej. Budynek nie ma ścian zewnętrznych, a jedynie bariery betonowe o wysokości 110 cm i grubości 15 cm. Jest wyposażony w instalację odwodnienia powierzchni parkingów i instalację oświetleniową. Nie ma ścian, ciężkich hydroizolacji, instalacji SAP, oddymiania, wentylacji, detekcji gazów, hydrantów, oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego, wind. Jest to zatem obiekt inny, niż obiekt referencyjny wskazany w Wykazie robót budowlanych przez Przystępującego, zatem ich porównywanie jest z założenia błędne.

Także przedstawione w czwartym przykładzie *wyliczenie na podstawie wykonanej kalkulacji Przedmiotu Zamówienia przez Inwestora* oparte jest na założeniach, które nie wynikają z SIWZ w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu. Porównywanie referencyjnego garażu zamkniętego z garażem otwartym, jaki ma być wybudowany w wyniku zawarcia umowy w analizowanym postępowaniu, jest nieuzasadnione, nadto nie znajduje oparcia w określeniu warunku udziału w postępowaniu. Warunek ten został sformułowany w sposób, który nie odnosi się do np. do

wybudowania garażu podobnego do tego, który jest objęty przedmiotem obecnego zamówienia, lecz, jak wyżej zostało przedstawione, wskazuje na garaż wielopoziomowy, także podziemny. W związku z tym za niezasadne należy uznać porównanie kosztów budowy garaży wykonywanych w zupełnie innych warunkach, w innej technologii, wyposażonych w inne instalacje. Ich koszt nie jest bowiem porównywalny.

Powyższe wskazuje, że nie zostało wykazane, aby Konsorcjum NDI przedstawiło nieprawdziwe informacje, co do wartości referencyjnego garażu. W związku z tym nie występuje potrzeba analizy w tym zakresie wystąpienia dalszych przesłanek wykluczenia tego wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia ww. przepisów nie znajduje potwierdzenia także w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem zespołu projektowego. Odwołujący stawiany w tym zakresie zarzut uzasadnia brakiem spełnienia przez Konsorcjum NDI jednego z wymogów określonych w rozdziale VI pkt 3.1 ppkt 2 lit. e tiret drugi SIWZ, tj. brakiem doświadczenia polegającego na pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego w co najmniej 1 projekcie dotyczącym budowy parkingu wielopoziomowego. Zdaniem Odwołującego wskazany w Wykazie osób na stanowisko kierownika zespołu projektowego p. M. B. nie ma wymaganego w tym miejscu SIWZ doświadczenia, co wynika z tego, że w ramach wskazanej przez Przystępującego inwestycji nie został wybudowany parking wielopoziomowy, co zdaniem Odwołującego oznacza, że inwestycja ta nie zakładała zaprojektowania i realizacji parkingu, a jedynie realizację budynku głównego Centrum Cyklotronowego, a Pan M. B. nie zaprojektował w ramach inwestycji w Bronowicach parkingu wielopoziomowego, skoro ten nie został wykonany.

W ocenie Izby Odwołujący zarzut ten opiera się na błędnej interpretacji SIWZ. Wbrew stanowisku Odwołującego z SIWZ nie wynika, aby dla wykazania się wymaganym w ww. zakresie doświadczeniem, parking musiał być wybudowany, a wskazana osoba musiała uczestniczyć przy jego realizacji. SIWZ wymaga jedynie wykazania się przez osobę wskazaną na kierownika zespołu projektowego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego w projekcie dotyczącym budowy parkingu wielopoziomowego, a więc przy projektowaniu, a nie przy budowie parkingu wielopoziomowego. Nie ma w niej mowy np. o dalszym etapie, tj. wybudowaniu według projektu, w którego sporządzeniu taka osoba uczestniczyła, parkingu wielopoziomowego, nie ma wskazania na pełnienie nadzoru autorskiego w ramach jego budowy, na co dopiero na rozprawie wskazywał Odwołujący. Odwołujący dokonuje nadinterpretacji ww. warunku udziału w postępowaniu, co, jak wyżej zaznaczono, nie jest dopuszczalne. Skutkuje bowiem zmianą SIWZ po terminie składania ofert, dokonywaną przez jednego z wykonawców, wbrew literalnemu brzmieniu SIWZ.

W złożonym w postępowaniu Wykazie osób Przystępujący wskazał do pełnienia roli kierownika zespołu projektowego p. M. B. i inwestycję pn. „Budowa Narodowego Centrum Radioterapii Hadronowej - Centrum Cyklotronowe Bronowice (...)”, w ramach której zaprojektowano m.in. budowę parkingu wielopoziomowego. Udział ww. osoby w zaprojektowaniu parkingu dwupoziomowego potwierdzają załączone do pisma Przystępującego z dnia 18 grudnia 2020 r. dokumenty: wyciąg z umowy zawartej z w dniu 1 czerwca 2015 r. nr DZP-271-4/15 (pierwsza i ostatnia strona), której przedmiotem było wykonanie prac projektowych obejmujących wykonanie pełnobrańzowej dokumentacji projektowej dla zadania pn. Rozbudowa zasobów eksperymentalnych i terapeutycznych Centrum Cyklotronowego Bronowice na działce nr 1019/8 w Krakowie, gdzie do bieżącej współpracy ze strony wykonawcy został wskazany m.in. p. M. B.; Projekt budowlany nr 736 (tytułowa strona projektu) dla inwestycji pn. Budowa Narodowego Centrum Radioterapii Hadronowej – Centrum cyklotronowe Bronowice wraz z infrastrukturą techniczną (...), gdzie w części branżowej architektura i zagospodarowanie terenu jako projektant występuje mgr inż. arch. M. B.; decyzja nr 1350/2016 o pozwoleniu na budowę, w której ww. osoba została wskazana jako autor projektu budowlanego, nadto z której wynika, że projekt obejmował m.in. budowę i przebudowę infrastruktury polegającej m.in. na budowie parkingu z dwoma poziomami parkowania ze wskazanymi instalacjami; referencje wydane przez Instytut Fizyki Jądrowej im. Henryka Niewodniczańskiego PAN, które potwierdzają należyte wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla ww. inwestycji wraz m.in. z kompleksowym zaprojektowaniem terenu z całą infrastrukturą techniczną, w tym parkingiem dwupoziomowym; oświadczenie o pełnieniu funkcji kierownika zespołu projektowego w ww. projekcie z dnia 10 grudnia 2020 r., złożone przez p. M. B. .

Powyższe wskazuje, że Wykaz osób złożony przez Konsorcjum NDI nie zawiera nieprawdziwej informacji odnośnie doświadczenia ww. p. M. B. . Niesporna okoliczność, że w ramach ww. inwestycji, nie został wykonany parking wielopoziomowy, nie wpływa na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz nie oznacza wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Jak wyżej zaznaczono wymóg SIWZ odnosił się do doświadczenia w wykonaniu usługi projektowania, polegającej na kierowaniu zespołem projektowym w projekcie dotyczącym budowy parkingu wielopoziomowego, tj. odnosił się do wiedzy i doświadczenia w kierowaniu zespołem projektowym, w efekcie czego powstał projekt, a nie do usługi, na podstawie której wykonano następnie roboty budowlane. Zostało wykazane przez Przystępującego, że wykonany przez ww. osobę projekt został pozytywnie oceniony przez Zamawiającego i zatwierdzony decyzją o pozwoleniu na budowę.

Nie potwierdziły się zatem zarzuty dotyczące podania przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, w następstwie których nastąpiło, lub mogło nastąpić wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Ad. zarzut ewentualny dotyczący zastosowania procedury uzupełniającej lub wyjaśniającej określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp

Jak wyżej wskazano, Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wystąpiły zatem podstawy do zastosowania dalszej procedury wyjaśniającej czy uzupełniającej, określonej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W związku z tym zarzut ten należy uznać za niezasadny.

Ad. zarzut zaniechania odrzucenia oferty NDI pomimo niezgodności jej treści z SIWZ z uwagi na niespełnienie wymagań w zakresie technologii realizacji przedmiotu zamówienia

W sprawie nie jest sporne, że Zamawiający w pkt 4.3 PFU przewidział wykonanie przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu konstrukcji prefabrykowanej, zaś z rozdziału IV ust. 8 SIWZ wynika możliwość zastosowania przez wykonawców rozwiązań równoważnych. Z pkt 3 ust. 8 rozdziału IV SIWZ wynika, że niezłożenie przez Wykonawcę w ofercie dokumentów wskazujących na zastosowanie rozwiązań równoważnych będzie rozumiane jako ujęcie w kalkulacji ceny oferty materiałów i urządzeń zaproponowanych w SIWZ. Oznacza to, że stosownie do SIWZ, w sytuacji, gdy wykonawca nie wskaże na zastosowanie materiałów równoważnych i nie załączy do oferty dokumentów potwierdzających zgodność cech technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych zawartych w rozwiązaniu równoważnym, to oznacza, że nie zaoferował rozwiązań równoważnych, lecz oferuje rozwiązanie wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Nie jest także sporne, że Konsorcjum NDI nie wskazało, że zastosowało równoważną technologię w stosunku do systemu prefabrykowanego i nie załączyło dokumentów, które miałyby potwierdzać równoważność oferowanych rozwiązań

w tym zakresie. Tym samym stosownie do postanowień SIWZ oferta złożona przez tego wykonawcę obejmuje wykonanie zamówienia systemem wskazanym w SIWZ tj. z elementów prefabrykowanych. Z wskazanych przez Odwołującego postanowień SIWZ nie wynika bowiem, aby także w przypadku zaoferowania wykonania zamówienia z elementów prefabrykowanych wykonawca miał załączać dokumenty potwierdzające zastosowanie takiego systemu.

Tymczasem Odwołujący z niezłączenia przez Przystępującego do oferty dokumentów wskazujących, że prace zostaną wykonane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i z braku wskazania przez tego wykonawcę w jaki inny, równoważny technologicznie, sposób wykona przedmiot zamówienia, wywodzi wniosek niezaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za pomocą prefabrykatów, jak również niezaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia za pomocą rozwiązań równoważnych.

Takie stanowisko Odwołującego nie znajduje oparcia w SIWZ. Skoro Zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów lub odrębnego od oferty oświadczenia potwierdzającego wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze wskazaną w SIWZ technologią i Przystępujący takich nie złożył, z treści oferty tego wykonawcy wynika, że zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, to wbrew stanowisku Odwołującego, oznacza to, że zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w technologii wymaganej przez Zamawiającego.

Nie można zatem podzielić stanowiska Odwołującego, że Przystępujący przewidział zastosowanie w technologii monolitycznej. Odwołujący wywodzi zastosowanie tej technologii z tego, że Przystępujący, jego zdaniem, nie wykazał, w planowanym do podzlecenia zakresie prac związanych z budową parkingu wielopoziomowego, wyprodukowania i montażu prefabrykatów przez podwykonawców. Zdaniem Odwołującego wynika to z treści tabeli zawartej w pkt 2 oferty złożonej przez Przystępującego, zawierającego wskazanie części zamówienia powierzonych do realizacji podwykonawcom oraz z tego, że nie dysponuje wytwórniami prefabrykatów czy konstrukcji stalowych. W ocenie Izby takie stanowisko Odwołującego nie jest uzasadnione. Po pierwsze, w pkt 2 lit. d tabeli oferty Przystępujący wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom prace związane z wzniesieniem konstrukcji budynku, a na wezwanie Zamawiającego w piśmie z 30 listopada 2020 r. wyjaśnił, że prace związane z wzniesieniem konstrukcji budynku, które zamierza powierzyć podwykonawcy, obejmują swoim zakresem również wytworzenie, dostawę i montaż prefabrykowanych elementów konstrukcji budynku. Po drugie, wbrew stanowisku Odwołującego, z brzmienia dalszej części tabeli tj. lit h, i odnoszących się odpowiednio do dostawy i montażu wyposażenia i stolarki, nie jest uprawnione wyprowadzanie wniosku, że zakres wskazany w lit. d nie obejmuje dostawy i montażu elementów prefabrykowanych. Z bardziej szczegółowego sposobu określenia części zamówienia przewidzianych do powierzenia podwykonawcom w dwóch (z dziesięciu) przypadkach, przy jednoczesnym bardziej ogólnym określeniu części zamówienia w pozostałych przypadkach np. lit. f i g odpowiednio: Instalacje sanitarne wewnętrzne i zewnętrzne oraz instalacje elektryczne i teletechniczne wewnętrzne i zewnętrzne, nie można wywodzić, że w zakresie określenia: prace związane z wzniesieniem konstrukcji budynku, nie mieści się wyprodukowanie i montaż prefabrykatów. Tym bardziej, że z SIWZ nie wynika, aby Zamawiający oczekiwał odrębnego wskazania części zamówienia w odniesieniu do dostawy prefabrykatów. Po trzecie Przystępujący do pisma z dnia 18 grudnia 2020 r. załączył ofertę (wskazując w piśmie, iż jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa) podwykonawcy na zaprojektowanie, wykonanie, dostawę i montaż prefabrykowanej konstrukcji żelbetowej parkingu, z daty sprzed upływu terminu składania ofert w postępowaniu, na co wskazuje również załączona do ww. pisma korespondencja mailowa z podwykonawcą.

Tym samym zarzut należy uznać za niezasadny.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp na skutek błędnego uznania prawidłowości wadium złożonego przez Konsorcjum NDI

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.*

Odwołujący wadliwość wadium złożonego przez Przystępującego wywodzi z tego, iż złożona przez Konsorcjum NDI wadialna gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. jest nieprawidłowa, ponieważ podpisująca ją osoba nie widnieje w Krajowym Rejestrze Sądowym, jako osoba upoważniona do reprezentacji spółki, a do dokumentu wadium nie zostało załączone pełnomocnictwo lub inny dokument potwierdzający właściwe umocowanie do wystawienia gwarancji. W związku z tym w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Odwołujący jednocześnie nie przedstawia twierdzeń ani dowodu na okoliczność, iż osoba która podpisała dokument gwarancji nie była do tego upoważniona, jak również nie kwestionuje samego podpisu, a podnosi jedynie brak załączenia pełnomocnictwa. Twierdzi natomiast, że Zamawiający nie mając możliwości prawnej, aby zwrócić się o wyjaśnienia do Odwołującego bądź do wystawcy gwarancji ubezpieczeniowej, a zarazem mając obowiązek dokonania oceny skuteczności wniesionego wadium na podstawie przedstawionych dokumentów, nie mógł uznać, że przedstawiona gwarancja ubezpieczeniowa zapewnia mu możliwość zatrzymania wadium w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdz. XII ust. 6 SIWZ, wadium wnoszone w innej formie niż pieniężna, powinno być złożone w formie oryginału dokumentu elektronicznego podpisanego podpisem kwalifikowanym przez osoby upoważnione ze strony wystawcy tego dokumentu i złożone w formie przewidzianej dla złożenia oferty określonym w rozdziale XIV SIWZ. Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia kopii elektronicznej dokumentu podpisanej przez Wykonawcę kwalifikowanym podpisem. SIWZ nie przewiduje wymogu dołączenia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej dokument wadialny. Obowiązek załączenia pełnomocnictwa do dokumentu wadium nie wynika także z praktyki. Jak wskazał na rozprawie Zamawiający nigdy nie żąda przedłożenia pełnomocnictwa dla osoby podpisującej gwarancję. W związku z tym, przy braku wykazania przez Odwołującego braku uprawnienia do działania w zakresie wystawienia dokumentu wadium wymienionej w nim jako reprezentanta Gwaranta p. J. E. –specjalisty ds. obsługi sprzedaży UNIQA TU S.A. w Warszawie, która podpisała dokument w wymagany w SIWZ sposób tj. podpisem kwalifikowanym, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum NDI tylko dlatego, że nie zostało załączone do tego dokumentu pełnomocnictwo dla tej osoby. Odwołujący nie wykazał, że ww. osoba nie jest zatrudniona przez Gwaranta lub nie posiada upoważnienia do udzielania gwarancji.

W sprawie nie zostało wykazane, aby Zamawiający był obowiązany do wykluczenia Konsorcjum NDI oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na wskazanych w odwołaniu podstawach. Ciężar dowodu stosownie do art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 6 kodeksu cywilnego obciążał Odwołującego, który nie udowodnił postawionych zarzutów.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1). Zamawiający nie złożył rachunku, w związku z czym nie zostały na jego rzecz zasądzone koszty

wynagrodzenia pełnomocnika strony.

**Przewodniczący:** .....