

WYROK

z dnia 2 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawcy **Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy** oraz **ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 3 odwołania, dotyczącego inwestycji na rzecz Copernicus Podmiot Leczniczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego inwestycji na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części V ust. 1 pkt 2) lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

3. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy w części 1/3 oraz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w części 2/3 i:

1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2. zasądza od Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy na rzecz Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 6 666 zł 66 gr (słownie: sześć tysięcy sześćset sześćdziesiąt sześć złotych sześćdziesiąt sześć groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 Bydgoszczy**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa budynku przeznaczonego na cele medyczne oraz lądowiska wyniesionego dla śmigłowców LPR realizowanych w ramach inwestycji pn. „Wieloletni program medyczny - rozbudowa i modernizacja Szpitala Uniwersyteckiego nr 2 im. dr. Jana Bizuela w Bydgoszczy”*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 050-117703.

W dniu 2 listopada 2020 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa

z siedzibą w Bydgoszczy, dalej „Konsorcjum Alstal” do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności;

- 2)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 1) rozporządzenia w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dalej „rozporządzenie”, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Alstal do uzupełnienia dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie inwestycji na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o., wskazanej w pozycji nr 1 Załącznika nr 7 do SIWZ - „Wykaz robót”, w sytuacji, w której przedstawione poświadczenie nie potwierdza, że roboty wykonane na przedmiotowej inwestycji zostały wykonane należyście, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone;
- 3)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 1) rozporządzenia poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Alstal do uzupełnienia dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie inwestycji na rzecz Copernicus Podmiotu Leczniczego Sp. z o.o., wskazanej w pozycji nr 2 Załącznika nr 7 do SIWZ - „Wykaz robót”, w sytuacji, w której przedstawione referencje nie potwierdzają, że roboty wykonane na przedmiotowej inwestycji zostały wykonane należyście, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone;
- 4)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z §2 ust. 4 pkt 1) rozporządzenia poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Alstal do uzupełnienia dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie jednej innej niż wymieniona pod pozycją nr 3 Załącznika nr 7 do SIWZ - „Wykaz robót” roboty budowlanej o wartości co najmniej 100 000 000 zł brutto polegającej na budowie i/lub rozbudowie budynku o kubaturze co najmniej 70 000 m³, dla której wykonawca uzyskał pozwolenie na użytkowanie z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w sytuacji, w której przedstawione referencje nie potwierdzają, że wskazana w pozycji nr 3 Załącznika nr 7 do SIWZ - „Wykaz robót” realizacja została wykonana w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert;
- 5)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum Alstal; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; wykluczenia Konsorcjum Alstal z postępowania, ewentualnie wezwania do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania; wezwania Konsorcjum Alstal do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odwołujący wskazywał, że w jego ocenie zaistniały okoliczności, które generować powinny u Zamawiającego wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Konsorcjum Alstal i obligować Zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, o czym świadczą następujące okoliczności. Po pierwsze cena oferty Alstal znacznie odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców. Pozostałe oferty złożone w postępowaniu opiewały bowiem na kwoty znacznie wyższe, przewyższając cenę zaoferowaną przez Alstal o ok. 25 - 63 milionów złotych. Po drugie, oferta Alstal została znacznie zaniżona (błędnie oszacowana) i nie odzwierciedla tendencji rynkowych, będących najbardziej miarodajnym wskaźnikiem porównawczym - sztucznie zaniżając tym samym średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert i powodując uniknięcie formalnego zaktualizowania się konieczności przeprowadzenia procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Zaniżenie ceny ofertowej o 22% względem średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz różnicy na poziomie 16% względem kolejnej złożonej oferty, realność ceny zdecydowanie poddaje w wątpliwość. Zamawiający przy tak znacznej różnicy cen zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców i znacznym odbieganiu zaoferowanej ceny od średniej arytmetycznej złożonych ofert winien powziąć wątpliwości co do realności ceny zaoferowanej przez Alstal.

Odwołujący zwracał uwagę na dwa postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach których powstały określone wątpliwości co do możliwości realizacji konkretnych zadań, tj. zamówienie publiczne pn. „Budowa budynku dla Sądu Apelacyjnego w Poznaniu przy ul. St. Hejnowskiego 3”, w ramach którego spółka ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k. jako Lider konsorcjum z wykonawcą AGB 2 Sp. z o.o. oferując cenę o 21% niższą od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w tym postępowaniu ofert, w trakcie realizacji tak wycenionej inwestycji odstąpiła od umowy po wykonaniu stanu surowego, powołując się na jej nierentowność oraz zamówienie publiczne pn. „Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa budynków nr B4A, B4, budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku - Etap I inwestycji”, przetarg dotyczący rozbudowy tańszego w realizacji Szpitala we Włocławku, w którym złożenie ofert nastąpiło w tym samym okresie tj. 31 sierpnia 2020 r., czyli zaledwie 24 dni po złożeniu ofert w przedmiotowym postępowaniu. Obie inwestycje wyceniane były przez wykonawców w tym samym czasie, w tym samym składzie wykonawców składających oferty, a także z tymi samymi cenami jednostkowymi, co jest spowodowane lokalizacją inwestycji w bliskim sąsiedztwie. Istotny dla porównania obu postępowań jest również fakt, że Szpital w Bydgoszczy jest bardziej zaawansowany technologicznie od tego we Włocławku, co przekłada się, a właściwie powinno się przekładać, wyraźnie na koszty realizacji i złożone oferty.

Odwołujący przedstawił tabelaryczne porównanie rozwiązań technicznych i podstawowych parametrów charakterystycznych obu inwestycji. Tabela zawierała 23 pozycje. Odwołujący podkreślał, że porównywane obiekty mają bardzo zbliżoną powierzchnię całkowitą, obrazowo ujmując, są tak samo duże. Niemniej to nie wielkość obiektów szpitalnych stanowi o kosztach ich realizacji, a zastosowane w nich rozwiązania technologiczne, materiałowe oraz zakres dostaw wyposażenia. Odwołujący w szczególności akcentował różnice w terminie realizacji inwestycji, liczbie sal operacyjnych, liczbie wind, liczbie kondygnacji, katalogu instalacji niezbędnych do wykonania.

Dalej, Odwołujący podnosił, że Konsorcjum Alstal w ramach przedłożonego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykazu robót wskazało m.in. inwestycję pn. Rozbudowa Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. Ośrodek Radioterapii zrealizowaną na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. wraz z poświadczeniem wykonanych robót budowlanych z dnia 28 sierpnia 2020 r., które nie zawiera ani wskazania czy inwestycja została wykonana należyście, ani w szczególności określenia czy została

wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończona. W swojej treści dokument ten nie zawiera też żadnego określenia wartościującego prace wykonane przez konsorcjum realizujące roboty budowlane, nie wskazując, czy praca przebiegała prawidłowo i kontrahent udziela „polecenia” rzeczowej firmie do realizacji innych analogicznych inwestycji.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazywał, że przedmiot umowy dotyczący realizacji inwestycji nie został zrealizowany w sposób należyty, a także nie został prawidłowo ukończony. Powyższe twierdzenie Odwołujący wywodzi z faktu naliczenia i obciążenia w toku realizacji wykonawcy karami umownymi z tytułu nieterminowej realizacji. Równocześnie dokument datowany jest na dzień 28 sierpnia 2020 r., tj. 21 miesięcy po fizycznym zakończeniu prac oraz prawie 2 miesiące po terminie złożenia ofert w postępowaniu. Powyższe daty mogą świadczyć o trudnościach wykonawcy z uzyskaniem pełnowartościowych referencji potwierdzających należyte wykonanie przedmiotu umowy.

Odwołujący podnosił dalej, że Alstal w ramach przedłożonego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykazu robót wskazał m.in. inwestycję pn. Poprawa dostępności do wysokiej jakości specjalistycznych usług zdrowotnych celem leczenia chorób cywilizacyjnych dla mieszkańców Pomorza zrealizowaną na rzecz Copernicus Podmiot Leczniczy Sp. z o.o. wraz z referencją z dnia 21 kwietnia 2020 r. wystawioną przez Copernicus Podmiot Leczniczy Sp. z o.o., która zawiera jedynie informację, że inwestycja została zrealizowana, a także potwierdzenie, że zakres prac został wykonany zgodnie z zapisami umowy. Przedłożony dokument nie zawiera jednak ani wskazania czy inwestycja została wykonana należyście, ani w szczególności określenia czy została ona wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończona.

Konsorcjum Alstal w ramach przedłożonego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykazu robót wskazało też inwestycję pn. Budowa wielkopowierzchniowego Magazynu Wysokiego Składowania RBLog Kutno zrealizowaną na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy wraz z protokołem końcowego odbioru zadania inwestycyjnego Nr 11232 sporządzonym 30 października 2015 r., z którego wynika, że faktyczne wykonanie usługi polegającej na wykonaniu robót budowlanych zostało zakończone w dniu 22.06.2015 r., tj. w terminie wykraczającym poza termin graniczny określony w SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający winien wdrożyć w odniesieniu do ww. inwestycji procedurę przewidzianą art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tak aby uzyskać od wykonawcy - na którym ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - potwierdzenie, iż legitymował się stosownym doświadczeniem wymaganych treścią SIWZ.

Do postępowania odwoławczego w dniu 6 listopada 2020 r. przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy, dalej również „Przystępujący”. W tym samym dniu wykonawca Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 26 listopada 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie i wskazując, że cena zaoferowana przez Alstal jest tylko o 13,80% niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego (uznaną przez Odwołującego za rynkową) a ceną zaoferowaną przez Alstal jest nieznaczną. Z tego powodu cena zaoferowana przez Alstal nie wydaje się rażąco niska i nie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazywał, że z poświadczenia wykonania robót budowlanych z dnia 28 sierpnia 2020 r. wynika, że przedmiot zamówienia został oddany do użytkowania. Oddanie do użytkowania przedmiotu zamówienia wymagało uprzedniego uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Jeżeli z wystawionego przez Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o. poświadczenia wynika, że inwestycję oddano do użytkowania, to Zamawiający mógł przyjąć, że inwestycja została wykonana zgodnie z projektem budowlanym, przepisami Prawa budowlanego i przepisami techniczno — budowlanymi, a zatem należyście. Wystawca poświadczenia w żadnym jego fragmencie nie wskazuje, aby inwestycja została wykonana w sposób nienależyty. Jeżeli wykonawca wykonywałby inwestycję w sposób nienależyty, inwestor w ogóle nie wystawiłby poświadczenia albo umieścił w poświadczeniu informację o nienależytym wykonaniu inwestycji.

W ocenie Zamawiającego przedłożone referencje z dnia 21 kwietnia 2020 r. wystawione przez Copernicus Podmiot Leczniczy Sp. z o.o. również potwierdzają, że roboty wykonane na przedmiotowej inwestycji zostały wykonane należyście. Ponadto, gdyby ALSTAL wykonał roboty budowlane w sposób nienależyty, to Copernicus Podmiot Leczniczy Sp. z o.o. nie wystawiłby przedmiotowej referencji. Zamawiający przyjął także wyjaśnienia ALSTAL zawarte w piśmie z dnia 19 października 2020 r., że umowa z Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Bydgoszczy obejmowała kompleksową realizację przedsięwzięcia inwestycyjnego i ALSTAL w ramach umowy o roboty budowlane zobowiązany był także do wyposażenia obiektu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego inwestycji na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi Zamawiającego do treści dokumentacji postępowania, oferty Przystępującego, dokumentów składanych przez Przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 listopada 2020 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba postanowiła dopuścić wszystkich wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy, przystępujących po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę Warbud Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, przystępującego po stronie Odwołującego. Przystępujący Alstal złożył na posiedzeniu wniosek o rozważenie przez Izbę z urzędu dopuszczenia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Warbud. Izba stwierdziła, że interes w zgłoszeniu przystąpienia jest interesem szerszym, niż interes we wniesieniu odwołania, który ustawodawca wyraźnie zawęził do ochrony dość skonkretyzowanej możliwości uzyskania zamówienia. Skoro tak, to wystarczający dla uznania skuteczności przystąpienia jest interes zgłaszającego przystąpienie polegający na oczekiwaniu, że w związku z rozstrzygnięciem odwołania na korzyść Zamawiającego, przystępujący zwiększy swoją szansę na uzyskanie zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu wskazanego w pkt 3 odwołania, dotyczącego inwestycji na rzecz Copernicus Podmiot Leczniczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.

Następnie, Izba uznała, że zarzut należytego wykonania inwestycji na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wielkopolskim podlega uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że zgodnie z Częścią V ust. 1 pkt 2) lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, należało się wykazać m.in. wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - jedną robotę budowlaną o wartości co najmniej 30 000 000,00 zł brutto polegającą na budowie i/lub rozbudowie budynku zakwalifikowanego wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) do klasy 1264 o powierzchni całkowitej budowanego budynku lub części dobudowywanej nie mniejszej niż 5000 m² i ilości kondygnacji nie mniejszej niż 3 wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Na potwierdzenie powyższego należało przedłożyć, zgodnie z Częścią VI ust. 3 pkt 9 SIWZ, aktualny na dzień złożenia wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Izba ustaliła, że Przystępujący Alstal w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył wykaz robót, gdzie wskazał m.in. inwestycję pn. Rozbudowa Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. Ośrodek Radioterapii zrealizowaną na rzecz Wielospecjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. Jednocześnie, Alstal przedłożył poświadczenie wykonanych robót budowlanych z dnia 28 sierpnia 2020 r. wystawione przez Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o., gdzie wskazano, że zrealizowano powyższą inwestycję oraz podano jakie komórki organizacyjne szpitala zrealizowano w ramach zadania, opisano też parametry budynku szpitala po rozbudowie, zakres robót objętych zamówieniem oraz wartość kontraktu. Dokument zatytułowano poświadczenie wykonanych robót budowlanych, a z samej treści dokumentu nie wynika czy roboty budowlane zostały wykonane należyście, do czego zobowiązuje rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.).

Zgodnie z §2 ust. 4 pkt 1 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Izba podziela pogląd, że konieczność potwierdzenia należytego wykonania nie może być rozumiana jako obowiązek użycia określonego zwrotu, niemniej istotne jest, aby z treści poświadczenia wynikało, że świadczenie zostało wykonane w sposób odpowiadający art. 355 §1 Kodeksu cywilnego, gdzie dłużnik zobowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Natomiast na gruncie analizowanej sprawy z treści przedłożonego dokumentu nie tylko nie wynika, że inwestycja została zrealizowana należyście, czy też zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona, ale także nie sposób wywieść, że prace zostały wykonane starannie, prawidłowo, czy też uzyskały pozytywną ocenę. Jak słusznie zauważył Odwołujący brakuje jakiegokolwiek sformułowania wartościującego, jakiegokolwiek potwierdzenia oceny jakości wykonanych prac.

Skoro celem referencji jest weryfikacja czy roboty budowlane, których wykonanie ma być podstawą do uzyskania kolejnego kontraktu, zostały wykonane w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami prawa budowlanego, to w treści referencji, która do nich się odnosi, muszą znaleźć się sformułowania wartościujące wykonane prace i wskazujące na ich pozytywną ocenę, prawidłowość i staranność. W przeciwnym wypadku taki dokument nie spełnia swojej funkcji, a zatem przedłożone poświadczenie nie wskazuje, czy roboty zostały wykonane należyście.

W konsekwencji przedstawiona robota budowlana nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem przedłożony dokument nie spełnia swojej funkcji i nie może stanowić potwierdzenia, że roboty budowlane zostały wykonane należyście, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Dlatego też Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części V ust. 1 pkt 2) lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba nie zamierza natomiast zastępować Zamawiającego w badaniu i ocenie ofert, zatem pominęła dokument przedłożony przez Przystępującego na rozprawie wystawiony przez Wielospecjalistyczny Szpital Wojewódzki w Gorzowie Wlkp. Sp. z o.o. Odnosząc się zaś do zarzutu Odwołującego dotyczącego daty sporządzenia referencji, która przypada na czas znaczne późniejszy niż termin zakończenia realizacji kontraktu, Izba podziela w tym zakresie stanowisko Przystępującego, że nie istnieje żaden przepis prawa, który w jakikolwiek sposób ograniczałby czasowo możliwość wydawania referencji po zakończeniu realizacji umowy.

W dalszej kolejności Izba uznała, że pozostałe zarzuty podlegają oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego Alstal do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, Izba ustaliła, co następuje. W protokole z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający podał, że wartość szacunkowa wynosi 175.891.813,51 zł i została ustalona 30 stycznia 2020 r. na podstawie dokumentu pn. wartość zamówienia wraz z kosztorysem. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 7 sierpnia 2020 r. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 156.616.403,85 zł. Do upływu terminu składania ofert sześciu wykonawców złożyło oferty: wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie VAMED Polska Sp. z o.o., VAMED Standortentwicklung und Engineering GmbH oraz ERBUD S.A. z ceną 196.950.000,96 zł; WARBU S.A. z ceną 215.870.514,60 zł; BUDIMEX S.A. z ceną 188.678.000,00 zł; wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: STRABAG Sp. z o.o. oraz ED. ZUEBLIN AG z ceną 226.554.901,59 zł; wykonawcy wspólnie się ubiegający: ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka oraz ALSTAL INVESTMENT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z ceną 162.639.440,74 zł; MOTA-ENGIL CENTRAL EUROP S.A. z ceną 199.490.000,00 zł.

Art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu podjęcie odpowiednich czynności, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W przypadku zaś, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w postępowaniu ofert zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnień.

Izba zważyła, iż Przystępujący Alstal słusznie zauważył, że porównując wartość ceny Przystępującego do wartości zamówienia powiększonej o VAT stwierdzić należy, że cena oferty Przystępującego przewyższała tę wartość o 3,85%, co oznacza, że w postępowaniu cena najtańszej oferty, złożonej przez Przystępującego Alstal, nie tylko nie była niższa niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, lecz nawet przewyższała tę wartość.

Równocześnie opieranie przez Odwołującego własnej argumentacji na analizie porównawczej dwóch różnych inwestycji jest z założenia już chybione. Izba wielokrotnie podkreślała, że przy badaniu ceny pod kątem jej realności nie można posilkować się innymi inwestycjami, gdyż cena ofertowa może być odnoszona wyłącznie do konkretnego zamówienia i osobistych uwarunkowań wykonawcy, który ją złożył. Dostrzeżenia wymaga, też, że w niniejszym postępowaniu cena ofertowa jest ceną ryczałtową, bez dookreślenia jej jakimkolwiek kosztorysem. Izba dalej nie ma wątpliwości, iż Zamawiający jest doświadczonym podmiotem w zakresie realizacji robót budowlanych, bowiem jak wyjaśnił w każdym roku kalendarzowym przeprowadza kilkadziesiąt postępowań na roboty budowlane zarówno w trybie ustawy Pzp jak i poza tym trybem; ma też doświadczenie w realizacji dużych inwestycji. Zatem, Zamawiający zdaje sobie sprawę, że rzeczywiste ceny rynkowe oferowane przez wykonawców mogą znacznie odbiegać od cen szacunkowych i potwierdził, że cena zaoferowana przez Alstal nie budziła jego wątpliwości, więc nie widział konieczności zwracania się do Alstal o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W konsekwencji, nie można automatycznie przyjmować, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Przystępujący podkreślał również słusznie, że domniemane ceny stosowane przy wycenie budowy innej inwestycji nie stanowią jakiegokolwiek dowodu w zakresie wyceny bieżącego postępowania. Izba zwraca także uwagę, że w odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ustawa Pzp nie zwalnia Odwołującego z ciężaru dowodowego. Wymaga podkreślenia, że przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciami nacechowanymi elementami subiektywnymi, odwołują się do „wątpliwości zamawiającego”, czy wskazują, że „cena wydaje się rażąco niska”. Nie jest więc tak, że Zamawiający w każdym przypadku zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej kalkulację oferty. Jest to konieczne w sytuacji pojawienia się wątpliwości Zamawiającego. Jeżeli ocena danych prowadzi do wniosków, że wystąpiły obiektywne przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do wyjaśnień. Odwołujący nie wskazał zaś żadnych

dotatkowych, czy innych obiektywnych okoliczności faktycznych, poza ogólnikowym odniesieniem się do wartości ofert, czy też do innych zadań. (vide: wyrok Izby z dnia 17 października 2019 r., sygn. akt KIO 1935/19).

Odwolujący nie jest zwolniony z obowiązku dowiedzenia też w zakresie zarzutów odwołania, tylko dlatego, że to Zamawiający w trybie art. 90 ustawy Pzp ma przeprowadzić postępowanie wyjaśniające. Jeżeli Odwołujący uważa, że takie postępowanie winno być przeprowadzone, to w tym zakresie powinien przeprowadzić rzeczową argumentację, której zabrakło. Nie jest w ocenie Izby wystarczające jedynie proste przeliczenie procentowe wartości ofert czy też porównanie z innymi inwestycjami. Nie przytoczono, choćby fragmentarycznie, istotnych elementów opisu przedmiotu zamówienia, szczegółowych wymogów dotyczących realizacji tego zamówienia i nie wskazano w jaki sposób przekładają się one na koszty realizacji zamówienia. Każdorazowo to zamawiający rozważa czy zachodzą podstawy do żądania wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego dopiero wówczas, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska (vide: wyrok SO w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz wyrok SO w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 175/10). Reasumując, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za niezasadny także zarzut dotyczący inwestycji zrealizowanej na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy. Odwołujący podnosił, że powyższe zadanie zostało zrealizowane poza maksymalnym 5-letnim okresem zdefiniowanym w SIWZ. Odwołujący wskazywał, że faktyczne wykonanie usługi polegającej na wykonaniu robót budowlanych zostało zakończone w dniu 22 czerwca 2015 r., tj. w terminie wykraczającym poza termin graniczny określony w SIWZ na dzień 7 sierpnia 2015 r., gdyż na okoliczność zakończenia robót budowlanych zgodnie z obowiązującym prawem budowlanym kierownik budowy dokonał wpisu do dziennika budowy informując o zakończeniu robót budowlanych. W następstwie wpisu do dziennika budowy dokonanego przez kierownika budowy zakończenie prac zostało potwierdzone przez inspektorów. W konsekwencji zamawiający dokonał „końcowego odbioru inwestorskiego” w terminie 25 czerwca 2015 r., czyli w terminie wykraczającym poza 5 lat od momentu złożenia oferty. Również termin uzyskania pozwolenia na użytkowanie, tj. 28 lipca 2015 r. wykracza poza termin graniczny określony w SIWZ.

Izba ustaliła, że zgodnie z Częścią V ust. 1 pkt 2) lit. c SIWZ należało wykazać się wykonaniem nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - jedną robotę budowlaną o wartości co najmniej 100 000 000 zł brutto polegającą na budowie i/lub rozbudowie budynku o kubaturze co najmniej 70 000 m³, dla której wykonawca uzyskał pozwolenie na użytkowanie. Termin składania ofert został wyznaczony na 7 sierpnia 2020 r.

Izba ustaliła, że Przystępujący Alstal w ramach przedłożonego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykazu robót wskazał m.in. inwestycję pn. Budowa wielkopowierzchniowego Magazynu Wysokiego Składowania RBLog Kutno zrealizowaną na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy (Izba ustaliła, że została ona sklasyfikowana jako robota budowlana, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 074-123450), podając równocześnie jako datę wykonania - 30 październik 2015 r. Na potwierdzenie należytego wykonania zadania wykonawca załączył Protokół Końcowego Odbioru Zadania Inwestycyjnego Nr 11232 z dnia 30 października 2015 r., z którego wynika że przedmiotem umowy była Budowa Wielkopowierzchniowego Magazynu Wysokiego Składowania 3 RBLog Kutno. Zgłoszenie przez wykonawcę gotowości do odbioru końcowego zostało zrealizowane w następujący sposób: w zakresie robót budowlanych w dniu 22 czerwca 2015 r., a w zakresie pierwszego wyposażenia w dniu 26 października 2015 r. Kolejne punkty protokołu wskazywały, że:

7.1. Wykonawca wpisem do Dziennika Budowy w dniu 22 czerwca 2015 roku powiadomił Zamawiającego o zakończeniu robót budowlanych i zgłoszeniu gotowości do odbioru końcowego robót budowlanych.

7.2. Inspektorzy nadzoru wpisani do Dziennika Budowy w dniach 25 czerwca 2015 roku potwierdzili gotowość do odbioru robót budowlanych.

7.3. W dniu 25 czerwca 2015 roku dokonano odbioru końcowego robót budowlanych — Protokół odbioru końcowego inwestorskiego.

7.4. W dniu 28 lipca 2015 roku została wydana przez Łódzkiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego decyzja pozwolenia na użytkowanie nr 140/1/2015. Uprawnomocnienie Decyzji nastąpiło w dniu 18 sierpnia 2015 roku.

7.5. W dniu 27 października 2015 roku dokonano odbioru końcowego pierwszego wyposażenia obiektu.

7.6. Przedmiot umowy został zakończony w terminie określonym w umowie. (...)

14. Niniejszy protokół potwierdza prawidłowość wykonania obiektu w zakresie robót budowlanych oraz zgodność ilościową i jakościową w zakresie pierwszego wyposażenia, a także kompatybilność wyposażenia z wykonanym obiektem. Strony odbioru stwierdzają, że przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z przekazaną dokumentacją odbiorową, umową i odpowiada przeznaczeniu.

15. Podpisanie przez Strony niniejszego protokołu z odbioru końcowego stanowi podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktury końcowej.

16. Wykonawca, 5 dni przed terminem płatności faktury końcowej przez Zamawiającego przedłoży do Koordynatora Budowy oświadczenia Podwykonawców o otrzymaniu należnych kwot wynikających z umowy Podwykonawców łącznie z opłaceniem ich faktur końcowych oraz oświadczenie Podwykonawców o braku wymagalnych wierzytelności i dokumenty składające się na rozliczenie końcowe zadania inwestycyjnego nr 11232.

17. Niniejszy protokół ze skutecznym dokonaniem odbioru końcowego umożliwia zwolnienie przez Zamawiającego w ciągu 30 dni od terminu zakończenia realizacji 70% ustalonej kwoty zabezpieczenia należytego wykonania. Pozostała część 30% powyższego zabezpieczenia zostanie zwolniona w ciągu 14 dni po dokonaniu odbioru ostatecznego po okresie rękojmi — zgodnie z umową.

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w dniu 14 października 2020 r. wskazując, że istnieje wątpliwość, że niniejsza robota budowlana wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie została wykonana do dnia 28.07.2015 roku tj. w terminie wcześniejszym niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, który upłynął 07.08.2020. Zatem Zamawiający wnosi o wyjaśnienie czy roboty budowlane i pierwsze wyposażenie obiektu zostały wykonane w ramach jednego zadania inwestycyjnego pn. Budowa Wielkopowierzchniowego Magazynu Wysokiego Składowania 3 RBLog Kutno i jednej umowy (wraz z aneksami)

na roboty budowlane, zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego?

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 19 października 2020 r., Alstał wskazał, że potwierdza, że roboty budowlane i pierwsze wyposażenie obiektu zostały wykonane w ramach jednego zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Wielkopowierzchniowego Magazynu Wysokiego Składowania RBLog Kutno” na podstawie umowy z dnia 24 czerwca 2013 r. nr WB/PN/10/R/4 zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Umowa z zamawiającym — Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Bydgoszczy obejmowała kompleksową realizację przedsięwzięcia inwestycyjnego, co oznacza, że w ramach umowy o roboty budowlane Wykonawca zobowiązany był także do wyposażenia obiektu. W związku z powyższym, Wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przypadku jednak dalszych wątpliwości Zamawiającego, Wykonawca jest otwarty do udzielenia dalszych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 2 pkt 8 ustawy Pzp roboty budowlane mogą polegać na realizacji obiektu budowlanego zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 2 pkt 5d ustawy Pzp). Zatem obiektem będzie określony w umowie rezultat robót budowlanych stanowiący wyodrębnioną pod względem gospodarczym lub technicznym funkcjonalną całość zaspokajającą potrzeby inwestora.

Z Protokołu Końcowego Odbioru Zadania Inwestycyjnego Nr 11232 wynika, że zgodnie z umową na roboty budowlane nr WB/PN/10/R/4 z 24 czerwca 2013 r. rezultatem robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę miał być wyposażony wielkopowierzchniowy magazyn wysokiego składowania. Zgodnie z pkt 14 protokołu potwierdzono kompatybilność wyposażenia z wykonanym obiektem. Izba podziela argumentację Zamawiającego, że z tego sformułowania wynika, że budynek magazynu był budowany w taki sposób, aby możliwe było zamontowanie w nim stosownego wyposażenia, które to stanowiło istotny element magazynu, a wybudowanie samego budynku bez jego wyposażenia w stosowne urządzenia nie pozwalałoby budynkowi pełnić funkcji magazynowej i nie korespondowałoby z potrzebami inwestora.

Równocześnie rację należy przyznać Przystępującemu, że istotna dla okresu ważności danego doświadczenia przy zamówieniach mieszanych nie jest data wykonania zamówienia podstawowego dla zamówienia podstawowego i odrębnie data wykonania zamówienia towarzyszącego dla zamówienia towarzyszącego, lecz data wykonania całego zamówienia, dla całego zakresu objętego umową. Skoro dane zamówienie nie zostało podzielone na części i dane części nie funkcjonują jako odrębne zamówienia, to wykonawcy nie są uprawnieni do sztucznego podziału umowy, przypisywania jej częściowej daty realizacji i od tej częściowej daty wyliczania okresu ważności dla tego częściowego doświadczenia.

Na uwagę zasługuje również fakt, że zamawiający w protokole odbioru posługuje się następującymi pojęciami: „odbior końcowy robót budowlanych” oraz „odbior końcowy wyposażenia”, co wskazuje, że powyższe odbiory można traktować jako odbiory częściowe. O niemożności rozdzielania zakresu dostaw i robót budowlanych świadczyć może, jak podnosił Przystępujący również fakt, w jaki sposób zamawiający rozliczał tę inwestycję. Przystępujący wyjaśnił, że był uprawniony do wystawienia zamawiającemu końcowej faktury VAT za zrealizowane roboty oraz wyposażenie dopiero w dniu 3 listopada 2015 r., czyli po końcowym odbiorze całej roboty budowlanej. Podobnie w przypadku gwarancji należytego wykonania umowy — zwolnienie wartości 70% tejże gwarancji nastąpiło w terminie 30 dni od końcowego odbioru całej inwestycji, a nie jedynie robót budowlanych.

W związku z powyższym Izba uznała, że złożony dokument, tj. Protokół Końcowy Odbioru Zadania Inwestycyjnego Nr 11232 potwierdza, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, mieszcząc się w granicznym terminie pięciu lat.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Izba podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek (por. m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 830/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/1, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 630/18, wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 525/18, KIO 526/18, wyrok KIO z dnia 1 października 2018 r., sygn. akt KIO 1894/18).

Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/3 i bezzasadne w pozostałej części 2/3. Kosztami postępowania obciążono zatem Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości

20 000 zł. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie. Zgodnie z §3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), Izba może zasądzić na rzecz strony postępowania, która uzyskała korzystny dla niej wynik postępowania odwoławczego uzasadnione koszty strony, w tym stosownie do regulacji zawartej w §3 pkt 2 ww. rozporządzenia koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy. Taki rachunek co do kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz dokument potwierdzający poniesione koszty dojazdu nie został faktycznie przedłożony do akt sprawy. Nie znajdował się ani w przesłanej do Prezesa Izby odpowiedzi na odwołanie, ani też nie został złożony na rozprawie przez pełnomocnika Zamawiającego. Przedłożenie tylko pisemnego wniosku w piśmie procesowym nie

spełnia wymagania z §3 pkt 2 ww. rozporządzenia i tym samym Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów związanych z dojazdem oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Izba ustaliła, że Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 20 000 zł tytułem wpisu od odwołania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 13 333,34 zł (20 000 zł x 2/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 666,66 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: