

WYROK

z dnia 18 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie **14 czerwca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **4 maja 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **LK Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu pn. pn. *Budowa przedszkola w Glinie – III POSTĘPOWANIE* (nr postępowania ZP.271.3.2021)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Nowy Tomyśl**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

AERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie – po stronie Odwołującego

B.Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „MAT-BUD” Zakład Ogólnobudowlany P. M., Chobienice po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym należało wykazać się co najmniej dwukrotnym należytych wykonaniem robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie lub rozbudowie budynku, obejmujących wykonanie robót konstrukcyjno-budowlanych, instalacji elektrycznych, instalacji sanitarnych (w tym instalacji wod.-kan., c.o., wentylacji mechanicznej), o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł brutto.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 14121 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy sto dwadzieścia jeden złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Gmina Nowy Tomyśl {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa przedszkola w Glinie – III POSTĘPOWANIE* (nr postępowania ZP.271.3.2021).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 lutego 2021 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00011506/01.

Wartość tego zamówienia jest poniżej progów unijnych.

26 kwietnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „MAT-BUD” Zakład Ogólnobudowlany P. M. z Chobienic {dalej: „Mat-Bud”, „P. M.” lub „Przystępujący”}.

4 maja 2021 r. LK Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu {dalej: „LK Inwest” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego, tj. od zaniechania odrzucenia oferty Mat-Budu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b – przez nieodrżucenie oferty złożonej przez P. M., mimo że nie spełniał warunków udziału w tym postępowaniu, co doprowadziło do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 10 – przez nieodrżucenie oferty złożonej przez P. M., pomimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny (błędne ustalenie wysokości podatku od towarów i usług oraz błędne ustalenie wysokości ceny brutto), które nie mogły zostać usunięte w trybie art. 223 ust. 2, co doprowadziło do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Odrzucenia oferty Mat-Budu.

3. Ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował dodatkowo powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Zamawiający spośród fakultatywnych przesłanek wykluczenia wskazał jedynie na art. 109 ust. 1 pkt 4, 5 i 7 pzp, bez przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp dotyczącej celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z pkt 8 specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”} w postępowaniu mogą brać udział wykonawcy, którzy – w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – wykażą, że wykonali: ...w okresie ostatnich pięciu lat od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie budynku obejmujące wykonanie robót konstrukcyjno-budowlanych, instalacji elektrycznych, instalacji sanitarnych (w tym instalacji wod.-kan., c.o., wentylacji

mechanicznej) o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto.

Według interpretacji Odwołującego z tak sformułowanego warunku udziału wynika, że wykonawca powinien wykazać łącznie, że:

- zrealizował dwukrotnie roboty budowlane (nie spełnia warunku jednokrotne zrealizowanie robót budowlanych, choćby odpowiedniego rodzaju i wartości wynoszącej co najmniej 10 mln zł);
- z których każde polegały na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku (nie spełnia warunku wykonanie w ramach jednej inwestycji dwóch budynków lub wykonanie robót polegających na budowie dróg, ciągów pieszych, zagospodarowania terenu, zewnętrznych sieci, budowli niebędących budynkami itp., choćby łączna wartość tych robót przekraczała 5 mln zł);
- z których każde obejmowały wykonanie robót konstrukcyjno-budowlanych, instalacji elektrycznych, instalacji sanitarnych – w tym instalacji wod.-kan., c.o., wentylacji mechanicznej (warunek nie zostanie spełniony, jeżeli roboty budowlane nie obejmowały którejs z tych branż);
- z których każde obejmować roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł.

Reasumując, doświadczenie wymagane zgodnie z SWZ nabywa wykonawca, który za zrealizowane roboty budowlane rodzajowo określone w SWZ i dotyczące jednego budynku uzyskał wynagrodzenie nie mniejsze niż 5 mln zł.

Pismem z 15 kwietnia 2021 r. Zamawiający wezwał P. M. do przedłożenia prawidłowego wykazu robót budowlanych, gdyż uprzednio złożony 13 kwietnia 2021 r. wykaz nie dowodził spienienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zauważył bowiem, że roboty polegające na rozbudowie wraz z przebudową i termomodernizacją budynku administracyjnego Nadleśnictwa Świebodzin, o wartości 6.480.465,83 zł brutto, faktycznie dotyczyły dwóch budynków, co wynikało z załączonych referencji. Zamawiający wymagał natomiast, aby roboty budowlane o określonej wartości dotyczyły jednego budynku.

W wykazie wykonanych robót z 16 kwietnia 2021 r. P. M. oświadczył, że wartość robót realizowanych na zlecenie Nadleśnictwa Świebodzin wynosiła 6.480.465,83 zł, w tym rozbudowa i przebudowa budynku administracyjnego miała wartość 5.533.232,60 zł natomiast przebudowa drugiego budynku – 947.233,23 zł.

Odwołujący podał, że w ramach dostępu do informacji publicznej uzyskał z Nadleśnictwa Świebodzin informacje i dokumenty (umowę dotyczącą tego zamówienia publicznego i kosztorysy powykonawcze), z których wynika, że powyższe oświadczenie P. M. nie polega na prawdzie, gdyż roboty budowlane, rozliczane na podstawie kosztorysu powykonawczego, były realizowane w 3 etapach (1. dot. drugiego budynku, 2. dot. nowego skrzydła budynku administracyjnego, 3. dot. przebudowy budynku administracyjnego), przy czym wartość brutto robót polegających na budowie lub przebudowie w odniesieniu do żadnego z tych dwóch budynków nie osiągnęła progu 5 mln zł (budynek administracyjny – 4.664.903,04 zł, drugi budynek – 947.233,24 zł).

Odwołujący zaznaczył ponadto, co następuje. Po pierwsze, że o ile P. M. prawidłowo od łącznej wartości robót budowlanych dotyczących drugiego budynku (1.458.448,56 zł) odliczył 511.215,32 zł dotyczące robót rozbiórkowych oraz zagospodarowania i uzbrojenia terenu, o tyle bezpodstawnie doliczył tę kwotę do wartości robót dotyczących budynku administracyjnego, aby wykazać dla tego budynku kwotę 5.533.232,59 zł. Po drugie, że P. M. bezpodstawnie w ramach tej kwoty ujął również wartość robót z 3. etapu dotyczących instalacji hydrantowej (33.401,09 zł) oraz zagospodarowania terenu (272.782,65 zł), a także wartość dostaw mebli i wyposażenia (50.930,49 zł). Po trzecie, że już samo odliczenie wartości dostaw powoduje, że łączna wartość wszystkich robót budowlanych wykonanych łącznie w ramach 2. i 3. etapu (5.022.017,27 zł) spada poniżej progu 5 mln zł (4.971.086,78 zł) {w odwołaniu zamieszczono tabelę szczegółowo prezentującą rozliczenie poszczególnych etapów, a do odwołania załączono wspomnianą umowę oraz kosztorysy wykonawcze}.

Odwołujący podał również,

- dla przedmiotu zamówienia zastosowanie znajduje podstawowa stawka podatku od towarów i usług (23%);
- zgodnie z art. 106e ust. 11 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług kwoty podatku wykazuje się w złotych [(...) Kwoty wykazywane w fakturze zaokrągla się do pełnych groszy, przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki od 0,5 grosza zaokrągla się do 1 grosza];
- w treści oferty P. M. zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 8.260.000,00 zł (6.715.447,15 zł netto + 1.544.552,85 zł kwoty podatku VAT);
- przy uwzględnieniu powyżej przywołanego przepisu wyliczona od powyżej wskazanej wartości netto kwota podatku VAT wg stawki 23% wynosić powinna 544.552,84 zł;
- w konsekwencji cena oferty powinna zostać określona na 8.259.999,99 zł.

Według Odwołującego przy wyliczeniu ceny P. M. błędnie ustalił wysokość podatku VAT (zaokrąglił do pełnego grosza 0,46 gr.) co skutkowało błędnym wyliczeniem ceny oferty.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu bezpodstawne uznanie, że Mat-Bud: po pierwsze – wykazał spełnianie powyższego warunku udziału, po drugie – nie popełnił błędu w obliczeniu ceny oferty.

W odpowiedzi na odwołanie z 9 czerwca 2021 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności następująco odnosząc się do zawartych w nim zarzutów.

W uzupełnieniu okoliczności faktycznych zawartych w odwołaniu Zamawiający podał, że Mat-Bud w celu wykazania spełnienia warunku udziału przytoczonego w odwołaniu wykazał następujące roboty budowlane:

1. Rozbudowę wraz z przebudową i termomodernizacją budynku administracyjnego nadleśnictwa o wartości 5.533.232,60 zł, zrealizowaną na rzecz Nadleśnictwa Świebodzin.
2. Budowę kameralnej sali koncertowej w dobudowie do istniejącego budynku PSM w Świebodzinie o wartości 9.112.104,08 zł, zrealizowaną na rzecz Państwowej Szkoły Muzycznej I st. im. Zygmunta Noskowskiego w Świebodzinie.

Według Zamawiającego Odwołujący nie dokonał prawidłowej wykładni językowej przytoczonego w odwołaniu warunku, gdyż wynika z niej, że wymagane było zrealizowanie – jak to określił Zamawiający – *dwóch robót budowlanych o wartości 5 000 000,00 zł*.

Zamawiający stwierdził, że szczegółowo określił zakres robót, jakie muszą składać się na doświadczenie wykonawcy, i to on przede wszystkim przesądza o umiejętnościach wykonawcy. Wartość robót nie jest bez znaczenia, ale ma charakter drugorzędny, a Zamawiający nie był zobowiązany do wymagania doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych o wartości odpowiadającej wartości przedmiotu zamówienia. Przy tak szerokim zakresie wymaganych robót określenie tej wartości na poziomie 5 mln zł w odniesieniu do wszystkich łącznie wykonanych robót budowlanych w sposób wystarczający zapewniało weryfikację doświadczenia wykonawców.

Wobec tego zdaniem Zamawiającego bez znaczenia są dalsze rozważania dotyczące elementów składających się na doświadczenie wykazywane w ramach poz. 1 wykazu, gdyż łączna wartość robót z poz. 1. i 2. wykazu znacząco

przewyższa 5 mln zł.

Tym niemniej z ostrożności procesowej Zamawiający zajął stanowisko, że prace towarzyszące przebudowie budynku składają się na całość dotyczącą realizacji inwestycji z poz. 1. wykazu i tak zostały określone przez nadleśnictwo jako zamawiającego. Według Zamawiającego cały zakres wykonywanych prac, w tym dostaw i usług, składa się na wykonane roboty budowlane, gdyż tak został zakwalifikowany i opisany przez nadleśnictwo.

Zamawiający powołał się na następujące tezy z uzasadnień wyroków Izby.

Po pierwsze, że ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis oceny sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia (wyrok z 17 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 33/12, wyrok z 21 października 2013 r. sygn. akt KIO 2384/13).

Po drugie, że ustawodawca nie wymaga ani nie nakłada na Zamawiającego obowiązku formułowania opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby w pełni, jednoznacznie odzwierciedlał i pokrywał się z przedmiotem zamówienia, ma być on proporcjonalny w stosunku do tego przedmiotu zamówienia (wyrok z 14 marca 2012 r. sygn. akt KIO 411/12).

Zamawiający podsumował, że przyjęcie przez niego na etapie oceny ofert interpretacji wskazanej przez Odwołującego prowadziłoby do rażącego naruszenia przepisów ustawy pzp, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych zobowiązujących do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzupełnieniu okoliczności faktycznych zawartych w odwołaniu Zamawiający podał, że w pkt 16 SWZ „Sposób obliczenia ceny” zawarł następujące postanowienie: *10.1 Cena musi być podana i wyliczona w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia – poniżej 5 należy końcówkę pominąć, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).*

Jak to opisał Zamawiający: *Wykonawca zastosował powyższą zasadę uwzględniając w wyliczonej stawce podatku Vat tysiącne miejsce po przecinku 1 544 552,8445 zł będące cyfrą 5 zaokrąglił w górę do kwoty 1 544 552,85 zł. W związku z czym uzyskał cenę brutto 8 230 000,00 zł i taką wskazał w formularzu oferty.*

Według Zamawiającego nieprawidłowe zaokrąglenie przez Mat-Bud stawki VAT oraz ceny brutto stanowi oczywistą omyłkę rachunkową, a nie błąd w obliczeniu ceny. Poprawienie jej spowodowałoby obniżenie ceny oferty o 1 grosz i nie miało istotnego znaczenia.

Zamawiający zauważył, że ponieważ art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp z 11.09.2019 r. odpowiada regulacji art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp z 29.01.2004 r., adekwatne są w tym zakresie następujące wypowiedzi z orzecznictwa Izby.

Z uzasadnienia wyroku z 12 lutego 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 133/09:

Brak prawidłowego zaokrąglenia kwoty wartości podatku od towarów i usług w trzech pozycjach oferty C. stanowi oczywistą omyłkę rachunkową. Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie podkreśla się, że omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego. Omyłki takiej dopuścił się C., gdyż zgodnie z wynikającymi z przepisów i powszechnie przyjętymi zasadami, w okolicznościach sprawy, zaokrąglenie wartości podatku winno nastąpić do pełnej dziesiątki („w górę”). Popelniona omyłka ma charakter oczywisty, gdyż została stwierdzona samodzielnie przez Zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy. Brak prawidłowego zaokrąglenia kwoty wartości podatku od towarów i usług w trzech pozycjach oferty C. nie stanowi, w okolicznościach sprawy, błędu w obliczeniu ceny oferty, który następuje. co do zasady, przez niewłaściwe podanie jednostek miary, niewłaściwej stawki podatku od towaru i usług.

Nawet przyjęcie, że błędne zaokrąglenie kwoty wartości podatku od towarów i usług w trzech pozycjach oferty C. winno być kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny (poglądu tego Izba nie podziela), nie przyniosłoby skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Błędy w zaokrągleniu skutkowały zaniżeniem ceny oferty z C. o 2 grosze. Z uwagi na różnicę między cenami oferty C. i oferty Odwołującego się doliczenie kwoty 2 groszy nie zmienia faktu, iż C. złożył ofertę z najniższą ceną. Odrzucenie oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny oferty na kwotę 2 gr byłoby czynnością dokonaną z naruszeniem art. 5 k.c. (analogiczne stanowisko vide: wyrok Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 8.11.2005 r. (...))

Z kolei w sprawie sygn. akt KIO 542/16 Izba orzekła, że błędem w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś nieprawidłowe wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić.

W ocenie Zamawiającego przywołane w odwołaniu orzeczenia Izby (w sprawach o sygn. akt: KIO 1046/19, KIO 1462/17 oraz KIO/UZP 329/10) są nieadekwatne do stanu faktycznego tej sprawy, gdyż dotyczą błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i zastosowania przez wykonawców nieprawidłowej stawki VAT, tj. niższej lub wyższej niż prawidłowa.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska i argumentację, a w imieniu przystępujących nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego zawiadomienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Podkreślić należy, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 pzp należy interpretować szeroko, jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia,

ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Jak to trafnie Izba stwierdziła w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19, w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też Izba w uzasadnieniu wyroku z 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18).

Z uwagi na powyższe nie miał dla tej sprawy znaczenia pogląd wyrażony w odpowiedzi na odwołanie, jakoby Odwołujący nie miał interesu prawnego we wniesieniu odwołania, gdyż kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na przedmiotowe zamówienie wynosiła 8,5 mln zł, a Zamawiający nie może jej zwiększyć do wysokości ceny oferty LK Inwest, co potwierdza dwukrotne unieważnienie poprzednio prowadzonych postępowań na ten sam przedmiot zamówienia. Oczywiście jest bowiem, że w interesie Odwołującego jest, aby umowa w sprawie tego zamówienia nie została zawarta z innym wykonawcą, gdyż nawet w razie unieważnienia aktualnie prowadzonego postępowania, może ponownie ubiegać się o jego udzielenie w kolejnym postępowaniu.

Umknęło również uwadze Zamawiającego, że już od wielu lat wykonawca składający odwołanie nie musi wykazywać interesu prawnego, a jedynie interes faktyczny w uzyskaniu zamówienia.

Dodatkowo oświadczenie Zamawiającego, niepoparte żadnymi dowodami, należy uznać wyłącznie za antycypowanie, na podstawie decyzji podejmowanych w poprzednich postępowaniach, wyniku czynności, którą będzie musiał przeprowadzić w razie uwzględnienia odwołania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W pkt 8 lit. b „Specyfikacji warunków zamówień” {dalej: „SZW” lub „specyfikacja”} Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu w następującym brzmieniu: *Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie budynku obejmujące wykonanie robót konstrukcyjno-budowlanych, instalacji elektrycznych, instalacji sanitarnych (w tym instalacji wod.-kan., c.o., wentylacji mechanicznej) o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto.*

Biorąc pod uwagę reguły fleksji i składni języka polskiego powyższe sformułowanie nie może być inaczej odczytane niż jako wymaganie legitymowania się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia doświadczeniem wynikającym z co najmniej dwukrotnego wykonania robót budowlanych, polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie (lub ich dowolnym wariacie) budynku, które obejmowały roboty konstrukcyjno-budowlane oraz roboty w zakresie instalacji elektrycznych i instalacji sanitarnych (w tym wodno-kanalizacyjnej oraz wentylacji mechanicznej) o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł brutto.

Innymi słowy, abstrahując od tego, że określenie „roboty budowlane” nie występuje w języku polskim w liczbie pojedynczej, dalsza treść przywołanego postanowienia ewidentnie precyzuje wymaganą charakterystykę tych robót, czyli, że muszą one: po pierwsze – polegać na budowie, przebudowie lub rozbudowie budynku, po drugie – dotyczyć branży konstrukcyjno-budowlanej, instalacji elektrycznych i instalacji sanitarnych (określonego rodzaju), po trzecie – odpowiadać wartości co najmniej 5 mln zł.

Jeszcze inaczej rzecz ujmując, z przytoczonego brzmienia warunku jednoznacznie wynika, że uprzednie dwukrotne wykonanie budowy, rozbudowy lub przebudowy budynku, obejmujące – oprócz branży konstrukcyjno-budowlanej – również branże instalacji: elektrycznej, sanitarnej oraz wentylacji mechanicznej, przy skali tych robót odpowiadającej wartości co najmniej 5 mln zł, zostało uznane przez Zamawiającego jako minimalny poziom zdolności do wykonania zamówienia, którego zamierza udzielić w aktualnie prowadzonym postępowaniu.

Jak wynika z przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia – zarówno dla Zamawiającego, jak i Przystępującego dotychczas było oczywiste, do czego odnosi się określony w treści warunku próg wartości.

W piśmie z 15 kwietnia 2021 r. Zamawiający sam przecież wskazał Przystępującemu, który pierwotnie opisał w poz. 1. wykazu wykonanie dla Nadleśnictwa Świebodzin robót budowlanych na ponad 6 mln zł (co dzięki referencjom zostało zweryfikowane jako wartość dotycząca dwóch budynków), co następuje: *Zamawiający wymagał natomiast, aby roboty budowlane polegały na budowie i/lub przebudowie i/lub rozbudowie budynku (jednego budynku) o wartości nie mniejszej niż 5 000 000 zł brutto.*

Z kolei Przystępujący już w pierwotnym wykazie podał dla każdej z dwóch pozycji wartość robót większą niż 5 mln zł, a na skutek wezwania w uzupełnionym wykazie dla inwestycji z poz. 1. podał wartość robót odrębnie dla dwóch budynków, ale w taki sposób, aby dla jednego z nich wartość ta nadal przekraczała 5 mln zł.

Dopiero na potrzeby postępowania odwoławczego Zamawiający zaczął twierdzić, że wymagany próg wartości mógł wynikać ze zsumowania łącznej wartości robót z obu pozycji wykazu. Umknęło przy tym uwadze Zamawiającego, że taka interpretacja nie tylko nie znajduje oparcia w treści sformułowanego przez niego warunku, ale i prowadzi *ad absurdum*. Jeżeli choć raz zostałyby wykonane roboty o wartości 5 mln zł (jak w przypadku Przystępującego w niezakwestionowanej poz. 2. wykazu), nie miałyby już znaczenia, jaka jest wartość robót wykonanych drugim razem. Ponadto przy takim rozumowaniu, biorąc pod uwagę sformułowanie „co najmniej”, owa wartość 5 mln zł mogłaby zostać osiągnięta również dzięki wielokrotnej realizacji inwestycji o znacznie mniejszej skali.

Jeszcze większym nieporozumieniem jest twierdzenie przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, że wartość 5 mln zł nie musiała zostać osiągnięta dzięki robotom w branżach wprost wskazanych w treści warunku, gdyż znaczenie miałyby mieć wszystkie, nie tylko roboty budowlane, ale usługi i dostawy towarzyszące danemu przedsięwzięciu budowlanemu.

Tymczasem jeszcze na etapie formułowania przytoczonego na wstępie warunku Zamawiający doskonale wiedział, że chodzi mu o zobiektywizowane wymaganie, które będzie takie samo w stosunku do wszystkich wykonawców, o czym świadczy druga uwaga zmieszczona przez niego we wzorze „Wykazu robót wykonanych” (stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ): *W przypadku, gdy ww. zakres robót budowlanych będzie stanowił część robót o szerszym zakresie, Wykonawca zobowiązany jest wyodrębnić rodzajowo i kwotowo roboty, o których mowa w SWZ.*

Ponieważ Zamawiający ograniczył się w toku postępowania odwoławczego wyłącznie do polemiki co do interpretacji warunku, na zasadzie art. 533 ust. 2 pzp za niesporne należało uznać wyliczenia (przedstawione w uzasadnieniu odwołania jako wynikające z załączonych do odwołania dokumentów) Odwołującego, że wartość robót, o których mowa w treści powyższego warunku, w odniesieniu do budynku administracyjnego Nadleśnictwa Świebodzin była niższa niż 5 mln zł.

W konsekwencji Przystępujący nie wykazał spełniania przywołanego na wstępie warunku udziału w postępowaniu,

pomimo że był w tym zakresie już wzywany do uzupełnienia dokumentów.

Natomiast z okoliczności przedstawionych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie jednoznacznie wynika, że zawyżenie ceny oferty o jeden grosz jest wynikiem błędu w zaokrągleniu przy wyliczaniu kwoty VAT wg podstawowej 23% stawki od wartości netto.

Co najistotniejsze, przy cenie oferty opiewającej na ponad 8 mln zł jest to omyłka rachunkowa nie tylko bez znaczenia dla wyniku postępowania, ale i dla rozliczenia wykonania tego zamówienia.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach zasadniczy zarzut odwołania jest zasadny.

W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, że wyłącznie nieprzewidzenie przez Zamawiającego wykluczenia na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 pzp (dotyczące wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu w szczególności informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, lub wykonawcy, który zataił te informacje) – jak trafnie zidentyfikował to Odwołujący – czyni bezprzedmiotowym rozpatrywanie powyżej ustalonych okoliczności przez pryzmat tej podstawy wykluczenia.

Z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym z art. 128 ust. 1 pzp wynika w szczególności, że jeżeli złożone przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę do ich poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo tego oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Skoro uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 pzp wykaz nie zawierał w poz. 1. adekwatnych i wystarczających informacji dla pozytywnego zweryfikowania spełniania przez Przystępującego warunku udziału, Zamawiający z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, którą zamiast tego bezprawnie wybrał jako najkorzystniejszą.

W odpowiedzi na odwołanie przywołano liczne wypowiedzi z orzecznictwa co do znaczenia dla przestrzegania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, aby ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu została dokonana zgodnie z ich treścią wynikającą z ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji. Tymczasem Zamawiający, choć częściowo został wprowadzony w błąd, a częściowo nie otrzymał pełnych informacji od Przystępującego, pomimo załączenia do odwołania wyczerpujących dowodów, których w dodatku nie kwestionował, postanowił *post factum* dopasować rozumienie warunku udziału do sytuacji wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą ceną. Takie postępowanie w oczywisty sposób nie tylko zaprzecza prowadzeniu postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ale również nie zapewnia przejrzystości tego postępowania, czyli narusza zasady, o których *de lege lata* mowa w art. 16 pkt 1-2 pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Natomiast skoro oferta Przystępującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny polegającego na przyjęciu błędnej stawki VAT, cała argumentacja prawna uzasadnienia odwołania {pominięta w części wstępnej uzasadnienia}, która dotyczy takiego błędów, jest bezprzedmiotowa w okolicznościach tej sprawy – co trafnie zidentyfikował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b nowej ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz koszty zastępstwa przez Izbą Odwołującego (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 nowej ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając nimi Zamawiającego. Izba uznała, że waga zarzutu uwzględnionego dla rozstrzygnięcia sprawy była tak duża w stosunku do wagi zarzutu nieuwzględnionego, że uzasadnia to obciążenie Zamawiającego całością kosztów postępowania odwoławczego.