

WYROK

z dnia 4 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2022 r. przez wykonawcy: Demetrix New Sp. z o. o., ul. 1-go Maja 23, 41-940 Piekary Śląskie w postępowaniu prowadzonym przez Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów

przy udziale wykonawcy MTS Spółka Jawna T. S. M. S. , ul. Kolejowa 8, 21-100 Lubartów zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcy: Demetrix New Sp. z o. o., ul. 1-go Maja 23, 41-940 Piekary Śląskie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcy: Demetrix New Sp. z o. o., ul. 1-go Maja 23, 41-940 Piekary Śląskie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy: Demetrix New Sp. z o. o., ul. 1-go Maja 23, 41-940 Piekary Śląskie na rzecz Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdance, Bogdanka, 21-013 Puchaczów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2428/22

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa obiektu 47.1 - budynek flotacji i filtracji oraz obiektu 67.2 budynek STR w ZPMW w Lubelskim Węglu "Bogdanka" S.A.", Numer referencyjny: 2248/RZP/MSO/2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.06.2022 r. pod nr

2022/S 117-331642 przez Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. w Bogdancie, Bogdanka, 21-013 Puchaczów zwana dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej: „NPzp” albo „PZP” albo

„p.z.p”.

W dniu 05.09.2022 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: MTS Spółka Jawna T. S. M. S., ul. Kolejowa 8, 21-100 Lubartów zwanej dalej: „MTS Spółka Jawna T. S. M. S.” albo

„Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję w rankingu zajęła oferta Demetrix New Sp. z o.o., 1 Maja 23, 41-940 Piekary Śląskie zwanej dalej: „Demetrix New Sp. z o.o.” albo „Odwolującym”.

W dniu 06.09.2022 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) Zamawiający poinformował Odwołującego iż w jego ocenie w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała przesłanka do wezwania do wyjaśnień, o której mowa w art. 224 ust. 2 PZP, gdyż cena całkowita oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest niższa o 22,37% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. jak wskazuje w dniu 23 lutego 2022 r.) oraz niższa o 15,46% od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP.

Dnia 15.09.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem w/w czynności złożył Demetrix New Sp. z o.o. Zarzucił naruszenie:

(i) art. 239 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) p.z.p., poprzez dokonanie przez zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej obligatoryjnemu odrzuceniu z uwagi na złożenie jej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy;

(ii) art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy dokumenty ujawnione przez wykonawcę nie pozwalają na ustalenie wymaganej do udziału w postępowaniu zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy;

(iii) art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, w sytuacji gdy za zaoferowaną cenę nie można wykonać umowy w sposób wymagany przez zamawiającego, który nie naruszałby zasad uczciwej konkurencji;

(iv) art. 36 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 28 p.z.p. poprzez niedokonanie zmiany wartości zamówienia pomimo wystąpienia istotnej zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenia wartości zamówienia; (v) art. 224 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w sytuacji gdy 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; Wnosił o: (i) stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, to jest poprzez uwzględnienie odwołania w całości, a w konsekwencji: a. jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta, nakazanie: i. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy - MTS spółka jawna T. S. M. S., NIP: 7140001902; ii. ponownego badania i weryfikacji ofert pod kątem spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy; iii. odrzucenia oferty wykonawcy - MTS spółka jawna T. S. M. S., NIP: 7140001902 z uwagi na złożenie jej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, iv. dokonania wyboru oferty odwołującego - Demetrix New sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i spełniającej warunki określone w SWZ; v. prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; b. jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta, nakazanie: i. unieważnienia zawartej umowy; ii. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy - MTS spółka jawna T. S. M. S., NIP: 7140001902; iii. ponownego badania i weryfikacji ofert pod kątem spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców; iv. odrzucenia oferty wykonawcy - MTS spółka jawna T. S. M. S., NIP: 7140001902 z uwagi na złożenie jej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, v. dokonania wyboru oferty odwołującego - Demetrix New sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i spełniającej warunki określone w SWZ; vi. prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. (ii) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, a w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika wedle norm przepisanych; (iii) dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów: a. z dokumentu - Specyfikacja Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, znak sprawy 2248/RZP/MSO/2022, celem wykazania faktu: określenia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunków dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców, żądania zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż 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 i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie; ustalenie rodzaju dopuszczalnych środków dowodowych dla ww. zakresu, tj. referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli z wykonawcy z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty; b. z dokumentu - pisma zamawiającego z 18.07.2022 r. zawierającego odpowiedzi na prośby wykonawców w zakresie wyjaśnienia i modyfikacji treści SWZ, celem wykazania faktu: określenia warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnienia przez zamawiającego wymogów nałożonych dla potwierdzenia posiadania przez wykonawców niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, poprzez wykazanie potwierdzenia wykonania należycie robót budowlanych polegających na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego o łącznej wartości minimalnej 10 000 000 zł, jako sumarycznej wartości wszystkich robót/umów kwalifikowanych, wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat; c. z dokumentu - informacji zamawiającego z 29.07.2022 r. ws. kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, celem wykazania faktu: wiedzy zamawiającego w przedmiocie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenia wartości zamówienia, istotnej rozbieżności pomiędzy wartością zamówienia ustaloną w dniu 23 lutego 2022 r. na kwotę 32 322 555,71 zł brutto, a ustaloną na dzień 29 lipca 2022 r. kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 36 774 260 zł brutto; d. z dokumentu - informacji z 05.09.2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty celem wykazania faktu: zestawienia najistotniejszych informacji zawartych w ofertach wykonawców, których oferty zdaniem zamawiającego nie podlegały

odrzuceniu, wykazaniu interesu odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania; e. z dokumentu - wykazu robót budowlanych z 09.08.2022 r. przedłożonego zamawiającemu przez wykonawcę - MTS spółka jawna T. S. M. S. celem wykazania faktu: niespełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, poprzez ustalenie, iż roboty budowlane, na które powołał się wykonawca nie zostały wykonane, f. z dokumentu - opis przedmiotu zamówienia dla zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja obiektów 2.1 i 2.3 w ZPMW Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A, nr referencyjny 2523/EZW/EPO/2021, celem wykazania faktu: niespełnienia przez wykonawcę - MTS spółka jawna T. S. M. S., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, warunków udziału w

postępowaniu, w szczególności warunków dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, poprzez ustalenie, iż roboty budowlane, na które powołał się wykonawca nie

zostały wykonane, a planowy termin ich zakończenia to wrzesień 2023 r. g. z dokumentu - projektu umowy o roboty budowlane dla zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja obiektów 2.1 i 2.3 w ZPMW Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A, nr referencyjny 2523/EZW/EPO/2021, celem wykazania faktu: niespełnienia przez wykonawcę - MTS spółka jawna T. S. M. S., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunków dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, poprzez ustalenie, iż roboty budowlane, na które powołał się wykonawca nie zostały wykonane, a planowy termin ich zakończenia to wrzesień 2023 r. h.

z dokumentu - protokołu odbioru z 27.07.2022 r. przedłożonego zamawiającemu przez wykonawcę - MTS spółka jawna T. S. M. S. celem wykazania faktu: niespełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przedłożenie niewłaściwego dokumentu na okoliczność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

stanowiącego protokół odbioru częściowego dostaw, podczas gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, jak również braku informacji w przedmiocie ich należytego wykonania, i. z dokumentu - odpowiedzi zamawiającego z 09.09.2022 r. na wniosek odwołującego ws. udostępnienia informacji publicznej celem wykazania faktu: daty, w której doszło do ustalenia wartości zamówienia przez zamawiającego, niedokonanie przez zamawiającego zmiany wartości zamówienia pomimo wystąpienia istotnej zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane przez zamawiającego w dniu 23.02.2022 r. ustalenie wartości zamówienia.

Opis stanu faktycznego i uzasadnienie prawne

1. W dniu 20.06.2022 r. zamawiający, tj. Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (Dz.U./S S117) pod numerem 331642-2022-PL ogłoszenie o zamówieniu pn. Przebudowa obiektu 47.1 - budynek flotacji i filtracji oraz obiektu 67.2 budynek STR w ZPMW w Lubelskim Węglu "Bogdanka" S.A., Numer referencyjny: 2248/RZP/MSO/2022. Termin składania ofert za pośrednictwem Platformy Zamawiającego pod adresem upływał w dniu 29.07.2022 r. o godzinie 11:00. 2. Zgodnie z informacją o złożonych ofertach w postępowaniu opublikowaną przez zamawiającego dnia 29.07.2022 r. do przetargu przystąpiły trzy podmioty. 3. W dniu 05.09.2022 r. zamawiający przekazał do wiadomości publicznej informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty. W wyniku przeprowadzenia oceny ofert, oferta Konsorcjum firm: Lider - BOD-SAN Sp. z o.o. oraz Członek konsorcjum J. B.BOD-SAN podlegała odrzuceniu z uwagi na niedochowanie warunków formalnych (brak podpisu kwalifikowanego). Za najkorzystniejszą uznana została oferta MTS spółka jawna T. S. M. S., NIP: 7140001902.

4. Następnie, dnia 06.09.2022 r. odwołujący wystąpił o udostępnienie informacji publicznej w zakresie m.in. szacunkowej wartości postępowania pn. „Przebudowa obiektu 47.1 - budynek flotacji i filtracji oraz obiektu 67.2 budynek STR w ZPMW w Lubelskim Węglu "Bogdanka" S.A.” ustalonej z należytą starannością przed wszczęciem postępowania, w tym terminu w jakim nastąpiło szacowanie przedmiotu zamówienia oraz okoliczności, które wpłynęły na podjęcie decyzji przez zamawiającego, iż kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia odbiega od szacowanej wartości zamówienia. W piśmie z 06.09.2022 r. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż w jego ocenie w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała przesłanka do wezwania do wyjaśnień, o której mowa w art. 224 ust. 2 p.z.p., gdyż cena całkowita oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest niższa o 22,37% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania (tj. jak wskazuje w dniu 23.02.2022 r.) oraz niższa o 15,46% od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 p.z.p.

5. W następstwie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawca - MTS spółka jawna T. S. M. S. został przez zamawiającego wezwany do przedłożenia dokumentów potwierdzających m.in. spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wybrany wykonawca w wykazie robót budowlanych z 09.08.2022 r. powołał się na wykonanie zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja obiektów 2.1 i 2.3 w ZPMW Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A, nr referencyjny 2523/EZW/EPO/2021. Nadto przedłożył protokół odbioru z 27.07.2022 r. dokumentujący zakup materiałów - dostawę systemu naprawczego/sufity i posadzki/kondygnacja „4” na kwotę 290 000 zł

6. Jak wynika m.in. z Rozdz. IX SWZ (pkt 1 ppkt 4) zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wskazał na wymóg potwierdzenia niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej poprzez wykazanie, że wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał należycie roboty budowlane polegające na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego o łącznej wartości

minimalnej 10 000 000 zł. Dalej w Rozdz. X SWZ (pkt 9 ppkt 2 lit. c) zamawiający precyzuje, iż w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, żąda przedłożenia m.in. wykazu robót budowlanych określonych w Rozdz. IX ust. 1 pkt 4) lit. a - wykonanych nie wcześniej niż 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 i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli z wykonawcą z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Wymogi opisane w pkt 1 ppkt 4 Rozdz. IX SWZ oraz pkt 9 ppkt 2 lit. c Rozdziału X SWZ stanowiły również przedmiot wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego w trybie art. 135 ust. 1 p.z.p. W odpowiedzi z 18.07.2022 r. zamawiający doprecyzował, iż podana kwota 10 000 000 zł jest kwota brutto i stanowi sumaryczną wartością wszystkich robót/umów kwalifikowanych, wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat. W zakresie przedmiotu podano, iż obiekty bhp, cechownia, łaźnia, lampownia, dyspozytornia, pomieszczenia biurowe nie są obiektami przemysłowymi, pomimo tego że lampownia i dyspozytornia są pomieszczeniami ruchowymi to roboty w nich wykonywane nie będą zaliczone jako potwierdzające wymagane doświadczenie. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż zamawiający w ramach określenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy żądał wykazania faktu wykonania robót budowlanych polegających na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego. Zatem szczególnego wyartykułowania wymaga fakt, iż wymóg dotyczył robót wykonanych (w rozumieniu - zakończonych), nie zaś będących w trakcie realizacji, zakontraktowanych, bądź nawet planowanych. Dodatkowo już w załączniku nr 3 do SWZ (wykaz robót budowlanych) zamawiający wskazał, iż dowodami zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia Ministra

Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. Dalej „do przedmiotowego wykazu należy dołączyć dowód/y określający/e, że ww. roboty budowlane zostały wykonane należycie np. referencje”.

7. Niezależnie od faktu niewykazania przez wykonawcę MTS spółka jawna T. S. M. S. warunku rzeczywistego wykonania (zakończenia) robót budowlanych, które zostały przez niego przywołane na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przedłożony zamawiającemu protokół odbioru z 27.07.2022 r. dokumentuje wykonanie zakupu materiałów - dostawy systemu naprawczego o wartości 290 000 zł. Załączony protokół odbioru w żaden sposób nie potwierdza zrealizowania przez wykonawcę „robót budowlanych polegających na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego”. Jednocześnie z ww. protokołu nie wynika również, że dostawy/roboty zostały wykonane w terminie, zgodnie z umową i

harmonogramem, należycie/prawidłowo/bez wad/bez uwag. Tymczasem warunki postawione przez zamawiającego stanowiły jasne, iż „do przedmiotowego wykazu należy dołączyć dowód/y określający/e, że ww. roboty budowlane zostały wykonane należycie np. referencje”. Z kolei informacje zamieszczone w ww. protokole odbioru nie zawierają takiej oceny, nawet poprzez użycie innych (równoważnych) sformułowań. Z oświadczenia odbiorcy dostawy/robót nie wynika potwierdzenie okoliczności „należytego wykonania”, czy nawet „odbioru bez zastrzeżeń” (tak: KIO w wyroku z 31.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2149/18). Z treści dokumentów złożonych przez wykonawcę - MTS spółka jawna T. S. M. S. nie sposób wywieść twierdzenia, że roboty wykazane w wykazie wykonanych robót budowlanych zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Istotnie protokół odbioru z 27.07.2022 r. zawiera szereg istotnych informacji. Niemniej jednak fakt odebrania dostawy nie potwierdza jeszcze, że została ona wykonana w sposób należyty, co nie zmienia faktu, że zamawiający w

przedmiotowym postępowaniu wymagał od wykonawców wykazania faktu wykonania robót budowlanych polegających na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego o określonej minimalnej wartości. Co więcej protokół odbioru z 27.07.2022 r. nie zawiera podpisu uprawnionego, zgłoszonego kierownika budowy wykonawcy (zgodnie z § 9 ust. 4 projektu umowy). Uzasadnione wątpliwości budzi również fakt, że kierownik budowy, który zgodnie z warunkami przetargu, opisem przedmiotu zamówienia i projektem umowy, powinien być zgłoszony zamawiającemu i posiadać odpowiednie kwalifikacje, nie został uwzględniony w ww. protokole. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamawiający powinien powołać komisję odbiorową, w której oprócz inspektora nadzoru i kierownika budowy powinien

uczestniczyć również przedstawiciel użytkownika, który również nie został uwzględniony w protokole odbioru z 27.07.2022 r.

8. W sposób niebudzący wątpliwości, na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p. zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Skutek, o którym mowa w zdaniu poprzednim, w odniesieniu do przedmiotowego postępowania, prowadzi do wniosku o obligatoryjnym odrzuceniu oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, o których mowa w pkt 1 ppkt 4 Rozdz. IX SWZ oraz pkt 9 ppkt 2 lit. c Rozdz. X SWZ. Ponadto, brak dodatkowego wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków wynikających z SWZ, budzi również u odwołującego uzasadnione podejrzenie, iż ocena oferty wykonawcy została dokonana w sposób nieprawidłowy oraz niedokładny. Następstwem zaniechania podjęcia czynności mających na celu uzyskanie dodatkowych informacji od wykonawcy jest wybór jego oferty jako najkorzystniejszej wbrew art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) p.z.p.

9. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 36 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 28 p.z.p. poprzez niedokonanie zmiany wartości zamówienia pomimo wystąpienia istotnej zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenia wartości zamówienia, wskazuję co następuje. Jak czytamy w treści pisma z 06.09.2022 r. zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 23.02.2022 r., tj. w przeddzień rozpoczęcia agresji militarnej Rosji w Ukrainie. Następnie wbrew dyspozycji art. 36 ust. 2 p.z.p. i pomimo wystąpienia zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia, zamawiający zaniechał zmiany wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania. Jediną czynnością jaką podjął zamawiający było odpowiednie „zwiększenie” kwoty jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z kwoty 32 322 555,71 zł brutto (wartość zamówienia) na 36 774 260 zł brutto. Militarne agresja Rosji w Ukrainie oraz wprowadzenie stanu wojennego na terytorium Ukrainy, jak i związane z nimi przerwanie łańcucha dostaw i opóźnienia notowane wśród dostawców materiałów i surowców uznać należy za przejaw tzw. siły wyższej. Siła wyższa jako działanie o charakterze zewnętrznym, niemożliwe do przewidzenia (stanowi istotne odchylenie od powszechnie przyjętych za normalne warunków obrotu gospodarczego), którego skutkom nie można zapobiec - a zatem zdarzenie nieuchronne, niemożliwe do uniknięcia. Wśród najczęściej podawanych przykładów siły wyższej pojawiają się zdarzenia wywołane działaniami wojennymi oraz klęski żywiołowe, jak pożary, powodzie czy epidemie. Wojna w Ukrainie z pewnością spełnia warunki uznania jej za siłę wyższą. Jest to zdarzenie niezależne, niezwiązane bezpośrednio z zamawiającym, a także niemożliwe do przewidzenia i przygotowania się na jego skutki, które z kolei powinny być rozpatrywane w granicach zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie wartości zamówienia. 10. W opinii opublikowanej przez Prezesa UZP z 24.03.2022 r. pn. „Dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 oraz art. 455 ust. 2 p.z.p.” potwierdzono również nadzwyczajność tego zdarzenia i wskazano, że „Konflikt zbrojny w Ukrainie oraz jego transgraniczne, gospodarcze skutki, przejawiające się np. przerwaniem łańcucha dostaw, niedostępnością materiałów, wzrostem cen materiałów i kosztów robocizny, a także wyjazdem z Polski pracowników będących obywatelami Ukrainy, zakwalifikować można jako zewnętrzne zjawisko, którego nie można było przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności i mieszczące się w dyspozycji art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”. Ustawodawca wskazuje wprost, że wystąpienie siły wyższej stanowi przesłankę wyłączającą odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jednocześnie wystarczająco jasno zostało stwierdzone, że wojna w Ukrainie oraz jej skutki stanowią okoliczności, których zarówno co do istoty, jak i skali nie można było przewidzieć w procesie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym stanowią fundament wprowadzenia zmian do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

11. Koszty budowy obiektów budowlanych w I półroczu 2022 w obliczu rosnących cen materiałów, robocizny i kosztów pracy sprzętu uległy nieprzewidywalnemu wzrostowi. Notowania cen w II kwartale 2022 r. prowadzone na terenie całego kraju w systemie SEKOCENBUD, osiągnęły najwyższe wzrosty w 35-letniej historii. SEKOCENBUD jest właściwym systemem dla rynkowej wyceny kontraktów i opinii sądowych. Informacje kwartalne SEKOCENBUD zawierają rynkowe ceny materiałów i pracy sprzętu budowlanego, rynkowe stawki robocizny kosztorysowej w układzie branżowym i regionalnym oraz rynkowe narzuty kosztów zakupu, kosztów pośrednich i zysku. W roku 2022 nastąpił znaczny wzrost cen materiałów oraz usług budowlanych. Ciągły wzrost cen materiałów budowlanych, najwyższe stawki robocizny kosztorysowej i wzrost kosztów pracy sprzętu budowlanego - to główne czynniki, które spowodowały bezprecedensowy wzrost kosztów budowy obiektów budowlanych. Znaczący wpływ na zmianę poziomu cen miały przede wszystkim: wojna na Ukrainie, wzrost płacy minimalnej, wysokie stopy procentowe i inflacja, wzrost cen energii elektrycznej, wzrost cen ropy naftowej, koszty transformacji klimatycznej.

W tym roku (II kwartał 2022r.) najwyższe wzrosty cen (w stosunku do poziomu z 4 kw. 2021)

zanotowały wyroby stalowe, m. innymi: - kształtowniki stalowe 60,7%, - pręty stalowe żebrowane fi 12-14 mm 56%, - bednarka stalowa ocynkowana 55,8%, - ceny styropianu EPS wzrosły o 51,35%, - bale dębowe obrzynane o 22,20%.

12. Wskaźniki zmian cen dla tych materiałów w okresie II kwartał 2022 do II kwartał 2021 wyniosły odpowiednio: - kształtowniki stalowe 230%, - pręty stalowe żebrowane fi 12-14 mm 242%, - bednarka stalowa ocynkowana 261,23%, - ceny styropianu EPS wzrosły o 156,76%, - bale dębowe obrzynane o 153,62%. Przewidywania Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa (PZPB) wskazują, że wzrost cen surowców na rynkach światowych z powodu rosyjskiej agresji na Ukrainie spowoduje dalszy wzrost cen materiałów na polskim rynku budowlanym. Do głównych problemów wynikających z prowadzonych działań wojennych lub problemów, które nasiliły się na skutek prowadzonej agresji militarnej, należy zaliczyć w szczególności: ograniczenie siły roboczej, zaburzenia w łańcuchach dostaw, utrudnienia w dostępie półproduktów, dalsze wzrosty cen surowców i materiałów, ograniczenie w dostawach ropy, gazu, możliwe przestoje zakładów produkcyjnych, wzrost notowań ropy oraz wzrostu kursu euro oraz innych walut, niedobory lub ograniczenia w dystrybucji paliwa, utrudnienia komunikacyjne. Wobec wybuchu wojny w Ukrainie część firm utraciła możliwość korzystania z ukraińskich podwykonawców i ukraińskich dostaw albo z takich dóbr, które z tamtego kierunku były dystrybuowane. W niektórych przypadkach, gdy umowy/dostawy są realizowane z udziałem elementu rosyjskiego, nałożone na Rosję sankcje również zakłócają wykonywanie umów. Rządzący popierają i zachęcają do wprowadzania embarga na stal, węgiel, gaz, ropę, co realnie przyczynia się do ciągłego wzrostu cen nie tylko tych surowców, ale generalnie na rynku. Wreszcie wpływ wojny na możliwość niezakłóconej realizacji umowy odczuwają także ci, których kontrakt na pierwszy rzut oka nie ma związku z żadnym z krajów, które aktywnie biorą udział w działaniach wojennych. Istnieją zatem wszelkie przesłanki ku temu, aby wybuch wojny u naszych wschodnich Sąsiadów, zaklasyfikować jak zdarzenie o charakterze siły wyższej.

13. W 2022 roku minimalne wynagrodzenie za pracę wzrosło do kwoty 3010 zł brutto (2363 zł netto), a minimalna stawka godzinowa 19,70 zł (13,91 zł netto). Względem 2021 r. uległo wzrostowi o 210 zł. W roku 2021 r. płaca minimalna wynosiła 2800 zł brutto (2062 zł netto), natomiast minimalna stawka godzinowa dla określonych umów cywilnoprawnych 18,30 zł brutto. Od stycznia 2023 roku minimalne wynagrodzenie ma wynosić 3383 zł, czyli o 373 zł więcej niż wynosi najniższa pensja w tym roku. W lipcu 2023 r. płaca minimalna zostanie podwyższona do kwoty 3450 zł, co oznacza wzrost o 440 zł w stosunku do 2022 r. W odniesieniu do roku 2021 planowany wzrost wyniesie 650 zł. Należy mieć także na uwadze iż zgodnie z ustawą z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z dnia 30 listopada 2002 r.) art. 3: „Jeżeli prognozowany na rok następny wskaźnik cen, o którym mowa w art. 2 ust. 2 pkt 3, wynosi: 1) co najmniej 105% - ustala się dwa terminy zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej: od dnia 1 stycznia i od dnia 1 lipca”. Dokładna wartość wynagrodzenia na rok 2023 będzie znana we wrześniu, niemniej jednak zgodnie z powyższym należy spodziewać się drugiej zmiany wynagrodzenia minimalnego w lipcu 2023 roku. Ceny materiałów i usług budowlanych ulegają nieustającej zmianie z powodu inflacji, która w Polsce w 2022 r. ma wynieść 14,2%, a w 2023 r. znajdzie się na poziomie 12,3%. Szczyt inflacji przewidywany w pierwszym kwartale 2023 r.

14. Z powyższego wynika, że zamawiający miał lub co najmniej powinien mieć świadomość wzrostu cen i jego wpływu na przyszłą realizację zamówienia. Zamawiający zaniechał jednak nie tylko ponownego oszacowania wartości zamówienia, ale również odstąpił od zwrócenia się do wykonawcy oferującego najniższą cenę o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Wszystko to w okolicznościach, gdy 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. Jak wynika z treści pisma zamawiającego z dnia 6 września 2022 r. - cena całkowita oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest niższa o 22,37% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z powyższym nawet bez ponownego oszacowania wartości zamówienia, cena całkowita oferty wybranej jako najkorzystniejsza jest bliska określeniu rażąco niskiej ceny, której badanie przez zamawiającego byłoby obligatoryjne na podstawie art. 224 ust. 2 p.z.p.

Zamawiający w dniu 16.09.2022 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 19.09.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) MTS Spółka Jawna T. S. M. S. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: MTS Spółka Jawna T. S. M. S.

W dniu 26.09.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

zarzuty związane ze spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz.

IX ust. 1 pkt 4 lit. a Części I SWZ - Instrukcji dla Wykonawców zwanej dalej „IDW”.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z rozdz. IX ust. 1 pkt 4 lit. a IDW, Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu o treści: Zamawiający wymaga, aby w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonali należycie roboty budowlane polegające na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego o łącznej wartości min.: 10.000.000,00 zł.

W treści opublikowanych w dniu 18 lipca 2022 r. wyjaśnieniach treści SWZ, Zamawiający doprecyzował, że:

- 1) wskazana w ww. warunku wartość to kwota brutto;
- 2) kwota 10.000.000,00 zł jest sumaryczną wartością wszystkich robót lub umów kwalifikowanych, wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat.

Z powyższego wynika, że w celu wykazania spełnienia wspomnianego warunku udziału w postępowaniu, w pięcioletnim horyzoncie czasowym, wykonawcy zrealizować musieli roboty budowlane (polegające na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego) o łącznej wartości 10.000.000,00 zł brutto, niezależnie czy w ramach jednej lub kilku umów i niezależnie czy w ramach umów zrealizowanych w całości i zakończonych (a więc w związku z którymi wykonano całość zakontraktowanych robót budowlanych) czy tylko w części i jeszcze niezakończonych. Innymi słowy, istotnym było jedynie to, jaka będzie łączna wartość brutto zrealizowanych przez wykonawców robót budowlanych polegających na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego, a nie fakt zakończenia umów lub liczba umów w ramach których roboty te wykonano.

W toku weryfikacji podmiotowej Zgłaszającego przystąpienie, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. IX ust. 1 pkt 4 lit. a IDW, złożył on Wykaz robót, w którym jako referencyjne doświadczenie wskazał m.in.

- 1) rodzaj i zakres robót budowlanych: Modernizację obiektów 2.1. i 2.3. w ZPWM Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A. (a więc doświadczenie nabyte przy wykonywaniu robót budowlanych na rzecz samego Zamawiającego);
- 2) wartość robót budowlanych netto: 8.318.384,00 zł;
- 3) okres realizacji: 14.09.2021 - 27.07.2022 r.

W celu potwierdzenia, że ww. roboty zostały wykonane należycie, do Wykazu robót Zgłaszający przystąpienie dołączył protokół odbioru częściowego w ramach zadania Modernizacja obiektów 2.1. i 2.3. w ZPWM Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A. dla umowy nr 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO na kwotę 290.000,00 zł wraz z załącznikiem pn. „Zestawienie wartości wykonanych robót”, z którego wynika, że do dnia 27.07.2022 r. Zgłaszający przystąpienie wykonał łącznie w tym zadaniu roboty budowlane o sumarycznej wartości 8.318.384,00 zł netto (10.231.612,32 zł brutto) tj. wartości wyższej niż wymaganej warunkiem. Zamawiający, weryfikując ww. dokumenty złożone przez Zgłaszającego przystąpienie uznał, że wykazują one spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. IX ust. 1 pkt 4 lit. a IDW.

zarzut ujęty w pkt i petitum odwołania - naruszenie art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp

Odnosząc się do pierwszego z poniesionych przez Odwołującego zarzutów należy

wskazać, że obok jego bezzasadności z uwagi na fakt, że Zgłaszający przystąpienie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. IX ust. 1 pkt 4 lit. a IDW (o czym szerzej niżej), to nie może on zostać uwzględniony również z innych powodów. Co bowiem nie jest spornym między Stronami, Zamawiający stwierdził wykazanie spełnienia przez Zgłaszającego przystąpienie przedmiotowego warunku na podstawie podmiotowych środków dowodowych złożonych w wykonaniu wezwania w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp i Zamawiający nie kierował do Zgłaszającego przystąpienie wezwania do uzupełnienia, poprawienia lub złożenia tych dokumentów w trybie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, nawet w wypadku istnienia jakichkolwiek wątpliwości co do wykazania przez Zgłaszającego przystąpienie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu (których, jak wspomniano, po stronie gospodarza postępowania nie ma) Zamawiający nie mógłby odrzucić oferty Zgłaszającego przystąpienie bez uprzedniego skierowania do niego wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

zarzut ujęty w pkt ii petitum odwołania - naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt

4 ustawy Pzp

Zamawiający wskazuje, że zakres i treść podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Zgłaszającego przystąpienie w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. IX ust. 1 pkt 4 lit. a IDW były prawidłowe i wykazywały jego spełnienie. Z tego względu, brak było podstaw do wzywania Zgłaszającego przystąpienie do ich uzupełnienia. Odwołujący kwestionuje wykazanie spełnienia przez Zgłaszającego przystąpienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. IX ust. 1 pkt 4 lit. a IDW, kwestionując w zasadzie treść protokołu odbioru częściowego jaki ten złożył wraz z Wykazem robót.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z przepisem § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamawiający mogą żądać od wykonawców złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Co jednak istotne, informacje takie jak: zakres robót, termin ich wykonania, wartość czy podmiot na rzecz którego roboty wykonano, znajdować mają swoje potwierdzenie w treści oświadczenia własnego wykonawcy tj. treści wykazu robót, a nie w treści referencji lub innego dokumentu, o których mowa w dalszej części przytoczonego przepisu, bowiem te dokumenty potwierdzać mają tylko i wyłącznie należyte wykonanie referencyjnych robót. Aktualność w tym zakresie zachowuje m.in. następujące orzecznictwo: Dokument referencji (lub jakikolwiek inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, usługi lub dostawy) nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania. Referencje nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, mają charakter ogólny, nie można więc wymagać i egzekwować od Wykonawcy, aby z ich treści wynikało spełnienie, konkretnego i indywidualizowanego, na potrzeby danego postępowania warunku udziału. Referencje nie służą potwierdzeniu warunków udziału w postępowaniu, bowiem ten fakt potwierdza sam wykonawca w składanym oświadczeniu (wykazie) zaś referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie, że usługi podane w wykazie zostały prawidłowo zrealizowane. (wyrok KIO z 30.03.2018 r., sygn. akt: KIO 497/18). Pamiętać też trzeba, że dokumentami składanymi na potwierdzenie należytego wykonania referencyjnych robót nie muszą być bynajmniej referencje, a również wszelkie inne dokumenty mogące te okoliczności - bezpośrednio lub pośrednio - potwierdzać: Przepis rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie precyzuje określonego katalogu dokumentów, które wykonawca powinien przedłożyć na potwierdzenie należytego wykonania a posługuje się jedynie określeniem "dowodów" zastrzegając przy tym, że dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz, którego dostawy lub usługi były wykonywane. Z powyższego jasno wynika, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia oprócz referencji na potrzeby potwierdzenia należytego wykonania danej usługi lub dostawy może posługiwać się nie tylko referencjami, ale również innymi

dokumentami wystawionymi przez podmiot. (wyrok KIO z 02.04.2021 r., sygn. akt: KIO 270/21). Co równie istotne, przepisy nie formułują też żadnych wymagań jeśli chodzi o treść dokumentów potwierdzających należyte wykonanie referencyjnych zamówień, co jest o tyle oczywiste, że nie są wystawiane na potrzeby konkretnych zamówień, a nawet ich pierwotnym celem lub przeznaczeniem nie musi być dowodzenie należytego wykonania zamówienia (zwłaszcza w wypadku dokumentów innych niż listy referencyjne): Rozporządzenie nie kreuje jednak wymagania aby dowody potwierdzające należyta realizację - w tym przypadku dostaw - zawierały w swojej treści potwierdzenie wszystkich oświadczeń złożonych przez wykonawcę w wykazie. (wyrok KIO z 28.06.2018 r., sygn. akt: KIO 1152/18). Żaden przepis ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, ani rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie zawiera wymagania, aby dokument referencyjny zawierał stwierdzenie "należyte wykonanie umowy". Potwierdzać należyte wykonanie umowy mogą również inne równoznaczne stwierdzenia. Oświadczenie o wykonaniu zobowiązania przez wykonawcę zgodnie z umową jest równoznaczne z potwierdzeniem należytego wykonania (arg. z art. 354 § 1 k.c.) (wyrok KIO z 07.06.2018 r., sygn. akt: KIO 1038/18). O należyтым wykonaniu świadczenia można mówić jeżeli interes wierzyciela określony umownie zostanie zaspokojony w sposób określony treścią zaciągniętego zobowiązania, a więc przy wykonaniu "zgodnie z umową" (wyrok KIO z 14.01.2020 r., sygn. akt: KIO 2654/19).

Odnosząc się do argumentów Odwołującego, w pierwszej kolejności należy zakwestionować, że złożony przez Zgłaszającego przystąpienie protokół odbioru częściowego nie potwierdza należytego wykonania referencyjnych robót. Po pierwsze bowiem, w treści samego protokołu z dnia 27.07.2022 r. (pkt 3 pod tabelą) znajduje się stwierdzenie „Roboty ujęte wyżej w kol. 1-5 zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem”. W zakresie pozostałych tj. wcześniej wykonanych robót, ujętych - również kwotowo - w „Zestawieniu wartości wykonanych robót”, takie potwierdzenie znajduje się w pkt 5 protokołu odbioru częściowego, w którym wskazano, że „Ogólny stan i wartość robót wykonanych na dzień sporządzenia protokołu określa zestawienie wartości robót wykonanych od początku budowy”. Co więcej, analiza treści - załączonej zresztą do odwołania - umowy nr 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO na modernizację obiektów 2.1. i 2.3. w ZPWL Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A. którą wcześniej zawarł Zamawiający ze Zgłaszającym przystąpienie potwierdza, że sam fakt podpisania protokołu odbioru częściowego świadczy o należyтым wykonaniu robót. Przede wszystkim, zgodnie z § 9 ust. 6 lit. a umowy 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO, tylko w wypadku stwierdzenia wykonania robót bez wad istotnych, a nawet nieistotnych, Strony podpisać mogły tego rodzaju protokół niezawierający dodatkowych uwag czy wezwań. Co więcej, tylko podpisanie protokołu odbioru częściowego stanowić mogło podstawę do wystawienia przez Zgłaszającego przystąpienie faktur VAT opiewających na płatności częściowe, a co za tym idzie dokonania płatności częściowych na rzecz Zgłaszającego przystąpienie przez Zamawiającego (por. § 6 ust. 4 umowy 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO). Zamawiający oświadcza przy tym, że dokonał na rzecz Zgłaszającego przystąpienie wszystkich płatności częściowych do kwoty 10.231.612,32 zł brutto.

Bezasadne jest też kwestionowanie braku podpisu pod protokołem odbioru częściowego kierownika budowy Zgłaszającego przystąpienie. Zgodnie bowiem z treścią wspomnianego już § 6 ust. 4 umowy 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO, protokół odbioru częściowego podpisany być miał przez „upoważnionych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy”. W świetle zaś § 16 ust. 1 i 2 umowy 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO upoważnionymi przedstawicielami Stron byli odpowiednio p. M. B. i p. T. S., a więc właśnie te osoby, które podpisały protokół odbioru częściowego. Przedmiotowa umowa nie reguluje też obowiązku czy trybu złożenia na protokole odbioru częściowego podpisów przez inne osoby niż wspomniani upoważnieni przedstawiciele, w tym przez inne osoby

uczestniczące w odbiorach.

W świetle scharakteryzowanego wyżej celu jakiemu służyć mają referencje lub inne podobne dokumenty, którym bynajmniej nie jest określanie przedmiotu referencyjnego zamówienia i innych jego cech, zastrzeżenia Odwołującego kwestionujące rzekome niepotwierdzenie przez przedmiotowy protokół odbioru częściowego zrealizowania przez Zgłaszającego przystąpienie „robót budowlanych polegających na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego” (a w zasadzie - jak się wydaje - niezawieranie przez przedmiotowy protokół literalnego odzwierciedlenia treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. IX ust. 1 pkt 4 lit. a IDW) nie mogą odnieść zamierzonego skutku. Jak już wspomniano, celem tego rodzaju potwierdzenia jest tylko stwierdzenie należytego wykonania robót, których zakres ujęty jest w treści oświadczenia wykonawcy zawartego w Wykazie robót. Tymczasem, Wykaz robót wyrażał jednoznaczne oświadczenie, iż modernizacja obiektów 2.1. i 2.3. w ZPWL Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A. stanowiła wykonanie robót budowlanych polegających na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych,

powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego. Potwierdzeniem tego jest zresztą dowód złożony przez Odwołującego w postaci umowy 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO z której jednoznacznie wynika, że zakres zakontraktowanych prac opiewa na wykonanie robót budowlanych w obiektach ZPMW (Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla), a więc w obiektach przemysłowych, tych samych zresztą, których dotyczy przedmiotowe postępowanie.

Nie jest też prawdą, że załączone do Wykazu robót złożonego przez Zgłaszającego przystąpienie dokumenty dokumentują jedynie wykonanie zakupu materiałów - dostawy systemu naprawczego o wartości 290 000 zł. Po pierwsze bowiem, przedmiotowy protokół odbioru częściowego z 27.07.2022 r. potwierdza fakt dokonania najnowszego z odbiorów częściowych, jednak sporządzony jest razem z „Zestawieniem wartości wykonanych robót” (stanowiącym integralną część protokołu) i dokumenty te łącznie potwierdzają należyte wykonanie robót budowlanych w ramach zadania Modernizacja obiektów 2.1. i 2.3. w ZPWM Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A. w związku z umową nr 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO i to o wartości powyżej 10.000.000,00 zł brutto. Po drugie, sam też fakt, że odbiór częściowy opiewał na prace związane z dostawą określonych materiałów, bynajmniej nie wyłącza możliwości uwzględnienia go w ramach realizowanych robót budowlanych. Oczywistym jest bowiem, że w skład wszystkich robót budowlanych wchodzi też określone dostawy czy usługi, które służą na potrzeby wykonywanych robót i finalnie stają się ich częścią oraz elementem wliczanym do ich wartości. Potwierdzają to zresztą regulacje prawne m.in. z zakresu prawa zamówień publicznych:

- 1) zgodnie z przepisem art. 30 ust. 3 ustawy Pzp, przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych;
- 2) w art. 464 ust. 8 ustawy Pzp uregulowane są zasady zawierania w ramach umowy o roboty budowlane umowy podwykonawczej, której przedmiotem są dostawy lub usługi;
- 3) zgodnie z przepisem § 2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. poz. 2458), wartość kosztorysowa robót obejmuje wartość wszystkich materiałów, urządzeń i konstrukcji potrzebnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Trudno też zrozumieć argumentację Odwołującego, która - jak się wydaje - sugeruje, iż roboty ujęte w protokole odbioru częściowego oraz w Zestawieniu wartości wykonanych robót które złożył Zgłaszający przystąpienie nie zostały zakończone. Dokumenty te literalnie potwierdzają właśnie fakt zrealizowania tego zakresu przez Zgłaszającego przystąpienie i określają jego łączną wartość. Nie można więc twierdzić, że roboty budowlane wykonane przez Zgłaszającego przystąpienie w ramach modernizacji obiektów 2.1. i 2.3. w ZPWM Lubelskiego Węgla Bogdanka S.A. w związku z umową nr 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO na łączną kwotę 8.318.384,00 zł netto (10.231.612,32 zł brutto) nie zostały zakończone, a były w trakcie realizacji czy planowanymi. W związku z powyższym, skoro łączna wartość tych robót wykonanych do dnia składania ofert osiągnęła wartość przewidzianą w warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. IX ust. 1 pkt 4 lit. a IDW, należy stwierdzić, że Zgłaszający przystąpienie wykazał spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu niezależnie od tego, że umowa 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO w pozostałym zakresie (ponad kwotę 10.231.612,32 zł brutto) miała być dalej realizowaną po upływie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. W świetle bowiem wspomnianego warunku - co wspomniano już wcześniej - istotną była tylko łączna wartość wykonanych przez wykonawców robót budowlanych, a warunek nie zastrzegał wcale, iż roboty te musiały być wykonane w ramach zrealizowanych już w całości umów (tak jak w przedmiotowym przypadku, jeśli Zgłaszający przystąpienie zawarł z Zamawiającym umowę 714/ZA/RR/2021/2523/EZW/EPO na łączną wartość 13.038.000,00 zł brutto, to już z momentem wykonania w ramach tej umowy robót budowlanych o łącznej wartości 10.000.000,00 zł brutto, Zgłaszający przystąpienie zaczął spełniać przedmiotowy warunek).

zarzuty związane szacowaniem wartości zamówienia i badaniem ceny oferty Zgłaszającego przystąpienie. [zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp]

Zamawiający wskazuje, że pomimo powołania się na naruszenie tego przepisu w treści petitum odwołania i przytoczenia jego treści w kontekście rzekomego zaniechania Zamawiającego, Odwołujący w żaden sposób nie przedstawił okoliczności faktycznych mających wskazywać jakie zachowanie Zgłaszającego przystąpienie należy - według Odwołującego - identyfikować jako czyn nieuczciwej konkurencji, a także którym ze stypizowanych w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) rodzajem takiego czynu miałyby być wspomniane zachowanie Zgłaszającego przystąpienie. Jak wskazuje się w orzecznictwie: Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim faktycznej argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2022 r. KIO 1087/22). Tak skonstruowany zarzut, a właściwie jego brak, nie pozwala zidentyfikować zastrzeżeń jakie w tym kontekście Odwołujący sygnalizuje wobec czynności Zamawiającego i w związku z przepisem art. 555 ust. 1 ustawy Pzp, zarzut taki nie może być rozpoznany (tym bardziej, że brak jest w odwołaniu wniosków które z tym zarzutem można by połączyć).

Niezależnie od powyższego, a także od prawidłowości zachowania Zgłaszającego przystąpienie - w tym w zakresie ceny jego oferty - przedmiotowy zarzut nie może się ostać również z innej przyczyny. Jak bowiem wskazuje się jednoznacznie w orzecznictwie, rozważania o odrzuceniu oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji lub o zaniechaniu jej odrzucenia z tego powodu można czynić pod warunkiem uprzedniego wezwania wykonawcy do wyjaśnień jego oferty, w tym np. w zakresie ceny. Brak takiego wezwania w stosunku do Zgłaszającego przystąpienie przekreśla - poza innymi, wymienionymi wyżej względami - możliwość odrzucenia jego oferty.

zarzut naruszenia art. 36 ust. 2 w zw. z art. 28 ustawy Pzp

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zarzut rzekomego naruszenia przepisu art. 36 ust. 2 w zw. z art. 28 ustawy Pzp poprzez niedokonanie zmiany wartości zamówienia pomimo wystąpienia istotnej zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenia wartości zamówienia nie może zostać uwzględniony, bowiem tego rodzaju naruszenie nie ma wpływu na wynik sprawy (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Ustalenie szacunkowej wartości zamówienia na podstawie przepisu art. 29 i nast. ustawy Pzp, służy na potrzeby określenia przepisów i procedur jakie będą właściwymi do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności służyć temu ma przepis art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi o aktualizacji wartości zamówienia możliwej tylko przed wszczęciem postępowania właśnie dlatego, że po jego wszczęciu, zmiana szacunkowej wartości zamówienia dla stosowanych przepisów jest irrelevantna. Wspomnianego mechanizmu (aktualizacji szacunkowej wartości zamówienia) nie można więc wykorzystywać na inne potrzeby niż dla ustalenia właściwej procedury przewidzianej ustawą, np. na potrzeby badania ofert w kontekście rażąco niskiej ceny, co potwierdza m.in. orzecznictwo: Okoliczność wskazywana przez Zamawiającego, że uaktualnienie wartości szacunkowej zamówienia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było niezbędne dla właściwego zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. (ustawa z 2004 r. - przyp. pełnomocnika) nie mieści się bowiem w hipotezie normy prawnej zawartej w przepisie art. 35 ust. 2 ustawy P.z.p. (ustawa z 2004 r. - przyp. pełnomocnika) (Uchwała KIO z 27.03.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 15/15).

Wskazał, że przedmiotowe zamówienie jest zamówieniem sektorowym (z uwagi na status Zamawiającego jako podmiotu, o którym mowa w przepisie art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który wykonuje działalność sektorową, o której mowa w przepisie art. 5 ust. 4 pkt 7 ustawy Pzp). Tego rodzaju zamówienia mają więc w zasadzie jeden istotny próg wartościowy determinujący stosowanie przepisów ustawy tj. próg unijny - zamawiający sektorowi mają bowiem obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp dla zamówień których wartość jest równa lub przekracza progi unijne ustalone dla zamówień sektorowych, a dla zamówień których wartość jest niższa niż wspomniane progi - nie stosują ustawy Pzp (art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia na kwotę 32.322.555,71 zł brutto tj. 26.278.500,58 zł netto. W sytuacji, w której próg unijny wynosi 23.969.275 zł netto i w związku z jego przekroczeniem, Zamawiający zobowiązany był do stosowania ustawy Pzp, ewentualne zwiększenie szacunkowej wartości zamówienia i tak nie miałoby wpływ na ustalenie obowiązującej procedury według której udzielane jest niniejsze zamówienie. Tym samym, nawet stwierdzenie przez Izbę obowiązku Zamawiającego do zaktualizowania szacunkowej wartości zamówienia w trybie przepisu art. 36 ust. 2 ustawy Pzp, ewentualne naruszenie tego obowiązku nie mogło mieć żadnego wpływu na wynik sprawy, skoro Zamawiający i tak przeprowadził postępowanie z zastosowaniem odpowiednich przepisów ustawy Pzp w zakresie procedury udzielania zamówienia.

Niezależnie od powyższego, trudno przyjąć, że Odwołujący wykazał, aby po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła taka zmiana okoliczności, która determinowałaby konieczność jej aktualizacji. Również bowiem i stawiając tego rodzaju zarzut, Odwołujący, w związku z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu zobowiązany jest w toku postępowania przez Izbę udowodnić swoje twierdzenia. Tymczasem, poza ogólnym przytoczeniem obecnej sytuacji geopolitycznej i gospodarczej, stanowiska UZP oraz wybranych danych co do cen

poszczególnych produktów (bez wykazania czy i jaki sposób te konkretne ceny przekładają się na wykonanie zamówienia), Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji przekonującej o zmianie okoliczności mającej wpływ na ustalenie szacunkowej wartości zamówienia w tym konkretnym postępowaniu, chociażby referując do OPZ. W tym miejscu należy zaznaczyć, że wspomniany wyżej opis stanu faktycznego determinujący zarzut Odwołującego nie może być rozszerzony po wniesieniu odwołania (np. na rozprawie) m.in. przez przytoczenie nowych faktów, w tym danych.

Za bezzasadne w kontekście poniesionego zarzutu należy przyjąć też przytoczenie okoliczności związanych ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2022 r. względem roku 2021 r., a także w 2023 r. względem 2022 r. Skoro Zamawiający dokonywał szacowania wartości zamówienia w lutym 2022 r., to stawki te - od początku 2022 r. - już obowiązywały, a Odwołujący nie wykazał, iż nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego. Z kolei minimalne wynagrodzenie na 2023 r. zostało ustalone dopiero rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz.U. 2022 poz. 1952).

W kontekście ewentualnej zmiany obciążeń publicznoprawnych mających wpływ na wykonanie zamówienia, w umowie ustanowiono mechanizmy (wymagane zresztą przepisami ustawy Pzp) mitygujące ryzyko ich wzrostu. Zamawiający w § 17 ust. 6 Części II SWZ - Projekt umowy określił bowiem klauzulę waloryzacyjną zgodną z przepisem art. 436 pkt 4 lit. b ustawy Pzp. Jeśli chodzi o zmianę uwarunkowań rynkowych związanych ze zmianą cen lub kosztów wykonania umowy, Zamawiający w § 17 ust. 9 i nast. Części II SWZ - Projekt umowy ustanowił klauzulę waloryzacyjną zgodną z przepisem art. 439 ustawy Pzp. W związku z powyższym, ewentualne ryzyko wystąpienia okoliczności sygnalizowanych przez Odwołującego, nie jest relewantne mając na uwadze uwzględnienie ich w związku z ustalaniem szacunkowej wartości zamówienia, a co za tym idzie, w kontekście uwzględnienia ich wystąpienia w cenach zaoferowanych przez wykonawców.

Nie może być też uznane za skuteczne wywodzenie zmiany okoliczności mających wpływ na ustalenie szacunkowej wartości zamówienia przez porównanie ustalonej pierwotnie przez Zamawiającego wartości zamówienia z podaną przed otwarciem ofert kwotą jaką

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Notoryjnym jest, że te kwoty nie są tożsame: Kwotę wartości szacunkowej zamówienia należy odróżnić o kwoty, którą zamawiający zobowiązany jest podać bezpośrednio przed otwarciem ofert, tj. kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 p.z.p.). Wartość ta uwzględnia podatek od towarów i usług. Najczęściej kwota podawana przed otwarciem ofert odpowiada szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, jednak przepisy ustawy Pzp pozwalają, aby kwota ta odbiegała od tej wartości. Może zatem być ona wyższa lub niższa od szacunkowej wartości zamówienia, bowiem odpowiada ona faktycznym możliwościom zamawiającego co do sfinansowania danego zamówienia (wyrok KIO z 20.08.2020 r., sygn. akt: KIO 1401/20). Tym samym, skoro kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia determinowana jest nie wartością zamówienia, a możliwościami finansowymi gospodarza postępowania, to nie sposób z faktu, że kwota podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert była wyższa od wartości zamówienia wywodzić nie tylko zaistnienia samej zmiany okoliczności istotnych z punktu widzenia aktualności tej drugiej, ale i konieczności jej aktualizacji. Na marginesie należy też wskazać, że przy skali zamówienia powyżej 30 mln zł brutto, różnica między wartością zamówienia, a możliwościami finansowymi Zamawiającego na poziomie ok 4 mln złotych bynajmniej nie przekonuje o istotnej zmianie okoliczności i tym samym zdezaktualizowaniu się szacunkowej wartości zamówienia. Co więcej, podkreślił, iż gdyby faktycznie okoliczności wskazywane przez Odwołującego miały tak istotny wpływ na wartość zamówienia, że determinowałyby to aktualizację jej wartości, to ta pierwotna wartość powinna być zupełnie nieadekwatną do cen ofert złożonych w postępowaniu. Tymczasem, wszystkie nieodrzucone oferty złożone w postępowaniu były niższe niż szacunkowa wartość zamówienia kwestionowana co do aktualności przez Odwołującego, której ten zarzuca nieuwzględnienie rynkowych zmian związanych z wojną na Ukrainie. Taka argumentacja nie wytrzymuje konfrontacji zwłaszcza z porównaniem ceny oferty Odwołującego (jak należy przypuszczać - uwzględniającej aktualne realia rynkowe) do szacunkowej wartości zamówienia.

zarzut naruszenia 224 ust. 1 ustawy Pzp

Odpowiadając na piąty zarzut postawiony w odwołaniu należy podkreślić w pierwszej kolejności, iż w przeciwieństwie do sytuacji, o której mowa w przepisie art. 537 ustawy Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa bądź to na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego bądź na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego, to w przypadku zarzutu zaniechania wezwania

wykonawcy do złożenia wyjaśnień ceny oferty, obowiązują podstawowe reguły dowodowe, o czym niejednokrotnie wyrażała się Krajowa Izba Odwoławcza: Przy postawieniu zarzutu zaniechania wezwania innego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 p.z.p., ciężar dowodu, iż zamawiający powinien powziąć uzasadnione wątpliwości, aby wezwać wykonawcę do wyjaśnień ceny, spoczywał na odwołującym, zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu wynikającym z art. 6 k.c. W szczególności nie obowiązywał tu odwrócony rozkład ciężaru dowodu tak jak to ma miejsce w sytuacji, gdy wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, poprzez złożone wyjaśnienia nie obali ciężaru rażąco niskiej ceny, o którym mowa w art. 224 ust. 5 p.z.p. (wyrok KIO z 07.12.2021 r., sygn. akt: KIO 3449/21). W ocenie Zamawiającego, Odwołujący wspomnianemu ciężarowi nie sprostął. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnego dowodu, który mógłby wskazywać, że cena oferty Zgłaszającego przystąpienie lub jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Za tego rodzaju argumentację nie można przede wszystkim uznać wspomnianego już wyżej charakteryzowania w odwołaniu obecnej sytuacji rynkowej, która to argumentacja w żaden sposób nie odnosi się do ceny oferty Zgłaszającego przystąpienie. Na podstawie twierdzeń Odwołującego nie sposób uznać, że cena ofertowa Zgłaszającego przystąpienie ustalona została na warunkach nierealnych, nierynkowych, czy prowadzących do straty w związku z wykonaniem zamówienia oraz, że istnieją obiektywne okoliczności uzasadniające wątpliwości co do prawidłowości ceny ofertowej Zgłaszającego przystąpienie (jej zaniżenia, lub możliwości zrealizowania za tę cenę lub jej istotną część składową zamówienia). Również i w tym zakresie, po wniesieniu odwołania, podstawy faktyczne związane z przedmiotowym zarzutem (zwłaszcza nowe twierdzenia w tym zakresie) nie mogą być już skutecznie podnoszone w świetle przepisu art. 555 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 28.09.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Przystępujący złożyło pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu, wskazał co następuje.

Zarzuty dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Stanowisko prezentowane przez Odwołującego w tym zakresie, stanowi jego własną interpretację warunków udziału w postępowaniu, które jednakowoż sformułowane zostały przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny i dodatkowo wyjaśnione, a Przystępujący warunki te spełnił. Zamawiający oczekiwał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby wykazali realizację robót budowlanych o sumarycznej wartości

25

10.000.000,00 zł. brutto wszystkich robót lub umów, w okresie ostatnich 5 lat. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, bez znaczenia pozostaje okoliczność wykonania tych robót tylko w ramach umów w całości zakończonych czy też nie. Zamawiający jasno wskazał, że uzna warunek ten za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże się sumaryczną wartością wszystkich robót lub umów kwalifikowanych w wysokości 10.000.000 zł. Przystępujący warunek ten spełnił, przedstawiając na to adekwatny wykaz robót oraz potwierdzający ich wykonanie protokół odbioru. Tymczasem Odwołujący usiłuje kwestionować nie tyle samą procedurę oceny oferty Przystępującego dokonaną przez Zamawiającego, ile ośnowę dokumentu źródłowego jakim jest protokół odbioru. Niema wszakże do tego żadnej legitymacji.

Dodatkowo wskazać należy, że chybione są zarzuty Odwołującego w zakresie, w jakim zmierzają do próby wykazania, że protokół odbioru częściowego nie potwierdza należytego wykonania robót. Pomijając już fakt, że stwierdzenie zgodności wykonania robót z projektem i kosztorysem znajduje się w treści protokołu odbioru, to z istoty dokumentu jakim jest protokół odbioru robót budowlanych wynika (co poparte jest także praktyką i doświadczeniem życiowym), że jedynie w przypadku stwierdzenia przy odbiorze jakichkolwiek nieprawidłowości (niezależnie od ich istotności), nanosi się o tym wzmiankę na protokole. Brak jakichkolwiek uwag na protokole wskazuje oczywiście, że takowych wad po prostu nie ma. Wnioskowanie odmienne nie ma żadnego uzasadnienia. Co więcej, na podstawie tego protokołu odbioru Przystępujący wystawił fakturę VAT i otrzymał zapłatę w całości, co dodatkowo potwierdza bezzasadność podnoszonego przez Odwołującego zarzutu. Podobnie zresztą jak podnoszony brak podpisu kierownika budowy Przystępującego - zarzut nieistotny w kontekście przedmiotowego odwołania, bowiem kwestionujący ośnowę dokumentu źródłowego, do czego Odwołujący prawa nie ma. Pomijając już fakt, że protokół ten podpisany został zgodnie z wymogami zawartej umowy.

Błędnie także (i nieco manipulacyjnie) twierdzi Odwołujący, że przedstawiony protokół odbioru nie potwierdza wykonania robót budowlanych a jedynie dostawę systemu

naprawczego. Odwołujący pomija jednak fakt, oby przez przeoczenie, że jest to najnowszy chronologicznie protokół odbioru częściowego, do którego dołączono jednak zestawienie wykonanych robót, narastająco od początku realizacji i jednoznacznie wynika z niego wartość wykonanych przez Przystępującego robót budowlanych, przewyższającą tę wymaganą przez Zamawiającego. Okoliczność, że ten ostatni protokół dotyczy akurat dostawy, która oczywiście wchodzi w zakres wszystkich zakontraktowanych robót budowlanych, nie może być podstawą skutecznego zarzutu Odwołującego. Oczywistym bowiem jest, że przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług niezbędnych do wykonania tych robót budowlanych. Natomiast fakt ich protokolarnego odbioru potwierdza ich ukończenie. I nie ma co do tego żadnych wątpliwości. Niestychane jest bowiem sporządzanie protokołu odbioru robót planowanych czy też będących w trakcie wykonania, przed ich ukończeniem.

Zarzut dotyczący rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji.

Podnoszony przez Odwołującego zarzut jakoby za zaoferowaną cenę nie można wykonać umowy w sposób wymagany przez Zamawiającego, jest po pierwsze gołosłowny. Po drugie, wyprowadzony z tego twierdzenia wniosek, że wskutek wykonania tego zamówienia przez Przystępującego za zaoferowaną przez niego cenę, dojdzie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji jest całkowicie abstrakcyjny i zamknięty jedynie w swojej treści.

Odwołujący w żaden sposób nie argumentuje, jakie to faktyczne okoliczności, przejawiające się w postępowaniu Przystępującego miałyby stanowić ten rzekomy czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przystaje wyłącznie na bezrefleksyjnym sformułowaniu zarzutu, którego uzasadnienia tak prawnego jak i faktycznego próżno doszukiwać się w treści uzasadnienia odwołania. Na takie bezpodstawne i oszczercze zarzuty zgody Przystępującego nie ma.

Zarzut dotyczący niedokonania zmiany wartości zamówienia.

Podnoszony przez Odwołującego w tym zakresie zarzut nie ma żadnego wpływu na wynik niniejszej sprawy. Przystępujący podziela w całości stanowisko Zamawiającego w tym zakresie, przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Nie wymaga ono powielania. Na marginesie można jedynie dodać, że ciekawi stanowisko Odwołującego, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, z ceną ofertową niewiele wyższą od Przystępującego, ale nadal niższą (o ok. 11 %) od szacowanej przez Zamawiającego wartości Zamówienia. Obecnie Odwołujący twierdzi, że wykonanie tego zamówienia jest niemożliwe za cenę zaoferowaną przez Przystępującego, mimo iż oferta Odwołującego jest wyższa jedynie o ok. 15 %. Trudno doszukiwać się jakichś logicznych wniosków z wywodów Odwołującego, który poza ogólnikowym opisem sytuacji geopolitycznej i jej wpływu na wzrost cen, nie precyzuje w jaki konkretnie sposób sytuacja ta wpływa na przedmiotowe postępowanie. Jeżeli natomiast Odwołujący usiłuje tym zarzutem wykazać, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, to mając na względzie powyższe oraz fakt, że oferta Przystępującego jest niższa o 22,37 % od wartości zamówienia oraz niższa o 15,46 % od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu, zarzut taki nie może się ostać. Tym bardziej, że zgodnie z ustawą Pzp, Zamawiający wprowadził w projekcie umowy, na wypadek wystąpienia okoliczności o których ogólnikowo pisze Odwołujący, klauzule waloryzacyjne umożliwiające zmianę wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku ich zaistnienia. Dywagacje zatem w zakresie zaniechania Zamawiającego są bezprzedmiotowe, a szczególnie w kontekście wartości wszystkich nieodrzuconych ofert, które były niższe od szacunkowej wartości Zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Gdyby twierdzenia Odwołującego nie były gołosłowne, to rozumując logicznie, cena jego oferty powinna przekroczyć wartość zamówienia szacowaną przez Zamawiającego, co się jednak nie stało. Czynienie zarzutu z okoliczności nieistotnej jest bezcelowe i bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu.

Zarzut dotyczący zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

Podobnie jak w zakresie wyżej analizowanego zarzutu, także i w tym przypadku twierdzenia Odwołującego są gołosłowne. Zamawiający nie stwierdził podstaw do wzywania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, ponieważ oceniając racjonalnie i porównując cenę oferty Przystępującego z innymi niepodlegającymi odrzuceniu, doszedł do wniosku (słusznie), że nie istnieją żadne okoliczności, które mogłyby przemawiać za tym, że cena oferty Przystępującego jest nierynkowa, nierealna, czy też tak oderwana od wartości pozostałych ofert czy szacunkowej wartości Zamówienia, że może ona wypełniać znamiona ceny rażąco zaniżonej. Wręcz przeciwnie, Zamawiający przeanalizował ofertę Przystępującego pod kątem art. 224 ust. 1 Pzp i ustalił, że oferta Przystępującego jest niższa o 22,37 % od wartości zamówienia oraz niższa o 15,46 % od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu. Wobec niezaistnienia przesłanek ustawowych Zamawiający nie miał podstaw aby wszczynać procedurę wyjaśniającą. Odwołujący także nie stawia ofercie Przystępującego żadnych konkretnych zarzutów dotyczących ceny bądź jej istotnych

części składowych. Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że elementy oferty Przystępującego „wydają się rażąco niskie”, nie podając za tym żadnych dowodów. Samo więc takie abstrakcyjne i gołosłowne stwierdzenie nie może być podstawą do skutecznego postawienia zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1, szczególnie że Zamawiający przeprowadził w tym zakresie wyczerpującą analizę i uzasadnił swoją decyzję.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, odpowiedzi na pytania z 18.07.2022 r., projekt umowy, czy też oferty Przystępującego oraz protokołu postępowania.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- a. z dokumentu - SWZ, znak sprawy 2248/RZP/MSO/2022, celem wykazania faktu: określenia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunków dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców, żądania zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż 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 i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie; ustalenie rodzaju dopuszczalnych środków dowodowych dla ww. zakresu, tj. referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli z wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;
- b. z dokumentu - pisma zamawiającego z 18.07.2022 r. zawierającego odpowiedzi na prośby wykonawców w zakresie wyjaśnienia i modyfikacji treści SWZ, celem wykazania faktu: określenia warunków udziału w postępowaniu oraz wyjaśnienia przez zamawiającego wymogów nałożonych dla potwierdzenia posiadania przez wykonawców niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej, poprzez wykazanie potwierdzenia wykonania należycie robót budowlanych polegających na budowie, remoncie lub przebudowie obiektów przemysłowych, powierzchniowych w ruchu zakładu górniczego węgla kamiennego o łącznej wartości minimalnej 10 000 000 zł, jako sumarycznej wartości wszystkich robót/umów kwalifikowanych, wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat;
- c. z dokumentu - informacji zamawiającego z 29.07.2022 r. ws. kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, celem wykazania faktu: wiedzy zamawiającego w przedmiocie wystąpienia istotnej zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenia wartości zamówienia, istotnej rozbieżności pomiędzy wartością zamówienia ustaloną w dniu 23 lutego 2022 r. na kwotę 32 322 555,71 zł brutto, a ustaloną na dzień 29 lipca 2022 r. kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 36 774 260 zł brutto;
- d. z dokumentu - informacji z 05.09.2022 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty celem wykazania faktu: zestawienia najistotniejszych informacji zawartych w ofertach wykonawców, których oferty zdaniem zamawiającego nie podlegały odrzuceniu, wykazaniu interesu odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania;
- e. z dokumentu - wykazu robót budowlanych z 09.08.2022 r. przedłożonego zamawiającemu przez wykonawcę - MTS spółka jawna T. S. M. S. celem wykazania faktu: niespełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, poprzez ustalenie, iż roboty budowlane, na które powołał się wykonawca nie zostały wykonane,
- f. z dokumentu - opis przedmiotu zamówienia dla zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja obiektów 2.1 i 2.3 w ZPMW Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A, nr referencyjny

2523/EZW/EPO/2021, celem wykazania faktu: niespełnienia przez wykonawcę - MTS spółka jawna T. S.M. S., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunków dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, poprzez ustalenie, iż roboty budowlane, na które powołał się wykonawca nie zostały wykonane, a planowy termin ich zakończenia to wrzesień 2023 r.

g. z dokumentu - projektu umowy o roboty budowlane dla zadania inwestycyjnego pn. Modernizacja obiektów 2.1 i 2.3 w ZPMW Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S.A, nr referencyjny 2523/EZW/EPO/2021, celem wykazania faktu: niespełnienia przez wykonawcę - MTS spółka jawna T. S. M. S., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunków dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, poprzez ustalenie, iż roboty budowlane, na które powołał się wykonawca nie zostały wykonane, a planowy termin ich zakończenia to wrzesień 2023 r.

h. z dokumentu - protokołu odbioru z 27.07.2022 r. przedłożonego zamawiającemu przez wykonawcę - MTS spółka jawna T. S. M. S. celem wykazania faktu: niespełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przedłożenie niewłaściwego dokumentu na okoliczność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

stanowiącego protokół odbioru częściowego dostaw, podczas gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, jak również braku informacji w przedmiocie ich należytego wykonania,

i. z dokumentu - odpowiedzi zamawiającego z 09.09.2022 r. na wniosek odwołującego ws. udostępnienia informacji publicznej celem wykazania faktu: daty, w której doszło do ustalenia wartości zamówienia przez zamawiającego, niedokonanie przez zamawiającego zmiany wartości zamówienia pomimo wystąpienia istotnej zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane przez zamawiającego w dniu 23.02.2022 r. ustalenie wartości zamówienia.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone rozprawie przez Odwołującego:

- informacje z intercenbudu zawierającego współczynnik zmiany stawek wykonania robót budowlanych, z trzech kwartałów bieżącego roku na okoliczność wykazanie konieczności zmiany wartości szacunkowej z uwagi na zmianę cen przed terminem składania ofert.

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone rozprawie przez Zamawiającego:

- kopie faktur, protokołów oraz kopii umowy wraz z harmonogramem finansowo-rzeczowym dla budynku 2.1, 2.2 i 2.3 zawartej z Przystępującym, na realizację wykazanej roboty na okoliczność tego, że wszystkie roboty wykonano w sposób należyty i za wszystkie roboty zapłacono.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów skierowanych na rozprawę, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

- art. 239 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) p.z.p., poprzez dokonanie przez zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej obligatoryjnemu odrzuceniu z uwagi na złożenie jej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy;
- art. 128 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy dokumenty ujawnione przez wykonawcę nie pozwalają na ustalenie wymaganej do udziału w postępowaniu zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy;
- art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą, w sytuacji gdy za zaoferowaną cenę nie można wykonać umowy w sposób

wymagany przez zamawiającego, który nie naruszałby zasad uczciwej konkurencji;

(iv) art. 36 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 28 p.z.p. poprzez niedokonanie zmiany wartości zamówienia pomimo wystąpienia istotnej zmiany okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenia wartości zamówienia;

(v) art. 224 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w sytuacji gdy 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;

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie, czy też pisma procesowego Przystępującego, w szczególności treści Rozdz. IX pkt 1 ppkt 4 SWZ, czy też Rozdz. X pkt 9 ppkt 2 lit. c SWZ, odpowiedzi na pytania z 18.07.2022 r., jak również treść złożonego przez Przystępującego wykazu robót, jak i protokołu odbioru częściowego.

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznała, że niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu.

W pierwszej kolejności, Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, jak i Przystępującego, że z treści warunku nie wynika, iż chodziło tylko i wyłącznie o konieczność wykazania się realizacjami, tj. umowami zrealizowanymi tylko w całości, a nie w części. W konsekwencji, należy uznać, że była możliwość wykazania się realizacjami obejmującymi wykonanie, czyli zakończenie określonych części lub zakresów robót, jak miało to miejsce w wypadku Przystępującego. Zasadnie podnosił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie, że chodziło o wykazanie się określonym przerobem, tj. łączną wartością brutto zrealizowanych przez Wykonawcę robót budowlanych. Mogły być to zarówno umowy zrealizowane w całości lub też w części.

W dalszej kolejności, Izba uznaje, że Odwołujący bezskutecznie próbował podważyć protokół Przystępujący załączony do wykazu robót. Przy czym, Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że zakres, termin, wartość ma swoje potwierdzenie przede wszystkim w wykazie, dokumenty dodatkowe załączone do wykazu służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania robót. Jednocześnie, z pkt 3 pod tabelą - Roboty ujęte wyżej w kol. 1-5 zostały wykonane zgodnie z projektem i kosztorysem - wynika potwierdzenie należytego wykonania referencyjnych robót - bieżącego zakresu. W zakresie, zaś wcześniejszych robót - ujętych także kwotowo w pkt 6 „Zestawieniu wartości wykonanych robót” takie potwierdzenie wynika, z pkt 5 „Ogólny stan i wartość robót wykonanych na dzień sporządzenia protokołu określa zestawienie wartości robót wykonanych od początku budowy”. Nadto, zgodnie z § 9 ust. 6 lit. a kopii umowy wynika, że tylko w wypadku stwierdzenia wykonania robót bez wad, strony mogły podpisać protokół odbioru częściowego bez dodatkowych uwag czy wezwań, co dawało podstawą wystawienia faktury na płatności częściowe (§ 6 ust. 4 kopii umowy). Izba nie przeczy treści § 9 ust. 6 lit. b, c i d kopii umowy, ale takie okoliczności jak tam wskazane nie zaistniały, gdyż należy uznać słuszność stanowiska Przystępującego z jego pisma procesowego i rozprawy, że gdyby jakiegokolwiek wady zostały stwierdzone, czyli jakiegokolwiek uwagi, to strony nie omieszczałyby je umieścić w protokole, tym bardziej biorąc pod uwagę skalę wydatkowania środków publicznych.

Odnośnie osnowy dokumentu, to Zamawiający wykazał, że został podpisany przez umocowanych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy (§ 6 ust. 4 kopii umowy złożonej przez Zamawiającego na rozprawie). Potwierdza to również § 16 ust. 1 i 2 kopii umowy, gdzie wskazano owych umocowanych przedstawicieli Zamawiającego i Wykonawcy, tj. osoby które podpisały protokół odbioru wykonanych elementów, robót, obiektu z 27.07.2022 r.

Względem, zaś twierdzenia Odwołującego z rozprawy, że zakup materiałów na poczet robót budowlanych nie może być zaliczony, jeśli materiały te nie zostały wykorzystane

jest błędny. Należy bowiem zauważyć, że w skład robót budowlanych wchodzi także usługi i dostawy. Nie zmienia to jednak tego, że nadal mamy do czynienia z robotami budowlanymi. Wynika to zarówno z przepisów przytoczonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (art. 30 ust. 3 ustawy Pzp, przy obliczaniu wartości zamówienia na roboty budowlane uwzględnia się także wartość dostaw i usług oddanych przez zamawiającego do dyspozycji wykonawcy, o ile są one niezbędne do wykonania tych robót budowlanych; w art. 464 ust. 8 ustawy Pzp uregulowane są zasady zawierania w ramach umowy o roboty budowlane umowy podwykonawczej, której przedmiotem są dostawy lub usługi; § 2 ust. 2

Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. poz. 2458), wartość kosztorysowa robót obejmuje wartość wszystkich materiałów, urządzeń i konstrukcji potrzebnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia), ale także definicji zamówienia mieszanego, zgodnie z którym decyduje główny przedmiot zamówienia (art. 27 ust. 1 Pzp „Jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia.”), którym w przedmiotowym przypadku jest robota budowlana (okoliczność bezsporna).

Względem zaś protokołu załączonego do wykazu to w pkt. 6 mamy do czynienia z „Zestawieniem wartości wykonanych robót”, a w kolumnie 7 tabeli znajdującej się w tym punkcie - informacje według stanu na dzień sporządzenia protokołu. Kwestia tego rodzaju, czy zakupiony materiał został, czy też nie został wykorzystany jest bez znaczenia. Zamawiający bowiem dokonał ich odbioru częściowego, czyli przyjął ich odbiór, a były one elementem robót budowlanych ich użycie było bez znaczenia, gdyż stanowiło osobny element płatności. W ocenie Izby, na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli oceny oferty Przystępującego, Zamawiający dysponował wystarczającym dokumentem (protokołem) do uznania, skutecznego wykazania przez Przystępującego wymaganym przerobem i należyтым wykonaniem tej wykazanej części robót, bez których roboty budowlane nie mogły być wykonane.

Dodatkowa okolicznością jest fakt, że Przystępujący wykazał się robotą budowlaną realizowaną na rzecz Zamawiającego. Dowody złożone na rozprawie przez Zamawiającego potwierdzają, że w harmonogramie rzeczowo- finansowym dla budynku 2.3 kondygnacja 4, zakup materiałów na potrzeby realizacji roboty budowlanej miał oddzielną pozycję, a następnie miał być wykorzystany w toku realizacji inwestycji (odpowiednio poz. I. 4 c), poz. I 2 i 3). Kwestia podnoszona przez Odwołującego na rozprawie, że z dowodów złożonych na rozprawie wynika co najwyżej wykorzystanie zakupionych materiałów do naprawy sufitów, a nie posadzek w budynku 2.3 kondygnacja 4, z uwagi na przytoczoną wcześniej argumentację jest irrelevantna dla przedmiotu sporu. Tym bardziej, że Zamawiający nie musiał odebrać materiały dopiero po ich wykorzystaniu. Jeśli więc nawet materiał zakupiony nie został wykorzystany do posadzek, to nie zmienia to stanowiska Izby, gdyż harmonogram, jak i umowa przewidywał oddzielne rozliczenie (pozycje) dla takiego zakupu, jak i usługi (robocizny), jako elementu roboty budowlanej, które mogły podlegać odbiorowi częściowemu (§ 6 ust. 3 oraz § 9 ust. 1 kopii umowy).

Dodatkowo, Izba wskazuje, że ze złożonych dalszych dokumentów na rozprawie przez Zamawiającego, tj. protokołu (28.07.2022 r.) i faktury (18/2022) wynika, że nie było żadnych wad przy odbiorze niniejszych materiałów.

W konsekwencji Izba nie widzi żadnych podstaw do odliczenia, jak wnioskował na rozprawie Odwołujący, wartości dostarczonych i odebranych materiałów do naprawy sufitów od wartości wykazanej w wykazie robót, jak i wynikającej w przedłożonego do tego wykazu protokołu odbioru wykonanych wcześniej elementów, robót, obiektu.

Wobec, zaś potwierdzenia, czyli spełnienia przez Przystępującego sformułowanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, brak było tym bardziej podstaw do wezwania Wykonawcy którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Izba uznała, że niniejszy zarzut podlega oddaleniu.

W tym wypadku, Izba uznała niniejszy zarzut za gołosłowny, Odwołujący ograniczył

się bowiem w tym zakresie jedynie do jego przytoczenia w petitum odwołania. W żaden sposób Odwołujący nie rozwinął tego zarzutu w treści swojego uzasadnienia. Nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych pozwalających na identyfikację z jakiego rodzaju czynem nieuczciwej konkurencji mamy do czynienia. Brak jest też wniosków odpowiadających temu zarzutowi.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego i piątego, Izba uznała, że niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu. Jednocześnie, z uwagi na ich charakter, Izba rozpozna je łącznie.

W zakresie pierwszego z nich. Niewątpliwie zasadnie Zamawiający wskazywał, w odpowiedzi na odwołanie, że ewentualna zmiana wartości szacunkowej jest bez znaczenia, gdyż mamy do czynienia z zamówieniem sektorowym, a do zamówienia stosuje się już procedury przewidziane dla postępowań o wartości równej lub przekraczającej progi unijne dla zamówień sektorowych. Niezależnie jednak od powyższej kwestii, należy zgodzić się z Zamawiającym, że Odwołujący nie wykazał, aby po ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia nastąpiła taka zmiana okoliczności, która determinowałaby konieczność aktualizacji wartości szacunkowej. Izba nie przekonał dowód złożony na rozprawie przez Odwołującego, gdyż nawet abstrahując od okoliczności dość powszechnie znanej w orzecznictwie że ceny takich instytucji jako Sekocenbud są z reguły mało wiarygodne, a więc także informacja złożona przez Odwołującego, to istotne jest, że Odwołujący nie przedstawiał, jak przedstawiony dowód przekłada się na opis przedmiotu zamówienia, czy też ceny materiałów, które będą użyte w przedmiotowym zamówieniu. Dane tam zawarte należałoby przełożyć na opis przedmiotu zamówienia, a to nie nastąpiło. Jednocześnie, Zamawiający odniósł się do takiej próby przedstawionej w odwołaniu (str. 9: „(...) Wskaźniki zmian cen dla tych materiałów w okresie II kwartał 2022 do II kwartał 2021 wyniosły odpowiednio: - kształtowniki stalowe 230%, - pręty stalowe żebrowane fi 12-14 mm 242%, - bednarka stalowa ocynkowana 261,23%, - ceny styropianu EPS wzrosły o 156,76%, - bale dębowe obrzynane o 153,62%. (...)”). i zanegował przydatność wzrostu cen wyrobów stalowych określonego rodzaju wobec opisu przedmiotu zamówienia. Wskazując, że albo takie materiały nie będą wykorzystane lub w niewielkim zakresie (protokół str. 8: „(.) kształtowniki stalowe. Podkreśla, że w tym postępowaniu potrzebne jest 27 ton. Przy 8 tys. za tonę daje to 200 tys. W zakresie bednarek stalowych potrzebne są 52 kg, zaś bale dębowe 3,5 m3. W zakresie pozostałych wskazanych elementów, nie będą one wykorzystywane w przedmiocie zamówienia, w toku realizacji umowy. (.).”).

Izba także wskazuje na argumentację Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie (str. 9-10) odnośnie wzrostu minimalnego wynagrodzenia, czy też zmiany obciążeń publicznoprawnych, tj. w kontekście klauzul waloryzacyjnych przewidzianych przez Zamawiającego (§ 17 ust. 6 i ust. 9 projekt umowy).

Należy także zgodzić się, że stanowiskiem Zamawiającego, co do różnicy między wartością szacunkową zamówienia, a kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, jako wynikającą z możliwości finansowych gospodarza postępowania. Podobnie należy podkreślić, że wszystkie nieodrzucone oferty opiewały na cenę brutto niższą od wartości szacunkowej zamówienia, w tym Odwołującego. Jeśliby uznać argumentację Odwołującego, winien on złożyć ofertę na cenę wyższą, skoro koszt oferty został oszacowany po 23.02.2022 r., a jest niższa od wartości szacunkowej (o ok. 11%).

Względem, zaś drugiego zarzutu. To po pierwsze różnica między ceną Odwołującego, a Przystępującego jest jedynie rzędu 15%. Po drugie, oferta Przystępującego jest niższa o 22,37 % od wartości szacunkowej zamówienia oraz niższa o 15,46 % od średniej arytmetycznej ofert niepodlegających odrzuceniu. Nadto, Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował ceny jako całości, czy też określonego jego elementu. Zarzut wynika de facto z zarzutu pierwszego. Przy czym, jak słusznie wskazał Przystępujący, cena Przystępującego jedynie „wydaje się rażąco niska”. Brak też jakichkolwiek dowodów na tą okoliczność. Jednocześnie, Odwołujący bezrefleksyjnie podchodzi do tego, że ewentualna aktualizacja wartości szacunkowej zamówienia mogłaby skutkować wystosowaniem wezwania także wobec Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: