

KIO 318/23

Sygn. akt: KIO 318/23

WYROK

z dnia 21 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2023 r. przez wykonawcę:

ERBUD S.A. (ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Zakład Karny w Hrubieszowie (ul. Nowa 64, 22-500 Hrubieszów)

przy udziale wykonawcy

A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: GRAND A. G. (ul. Korzenna 91, 33-322 Korzenna)

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego orzeka:

1. Uwzględnić zarzut zaniechania przez zamawiającego Zakład Karny w Hrubieszowie obowiązku wezwania wykonawcy A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów i nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy w trybie art. 224 ust. 1, 3, 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych z wyodrębnieniem robót kwalifikujących się do objęcia różnymi stawkami podatku od towarów i usług w tym w szczególności odrębnie robót objętych stawką podatku od towarów i usług 8% oraz robót kwalifikujących się do objęcia stawką podatku od towarów i usług 23 %.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i przystępującego w ten sposób, że:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz poniesione przez odwołującego, zamawiającego oraz przystępującego kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz poniesione przez przystępującego koszty w kwocie 418 zł 00 gr (słownie: czterysta osiemnaście złotych zero groszy) tytułem innych uzasadnionych kosztów – noclegu,
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) i od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 949 zł 00 gr (słownie: dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych zero groszy)

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zakład Karny w Hrubieszowie (ul. Nowa 64, 22-500 Hrubieszów) (dalej również „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „PZP”) postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowej „Budowa drugiej nitki kolektora tłoczego od PŚ Motława do komory K2 w Gdańsku”. Numer referencyjny: ZP/185/22 (dalej również: „Postępowanie”).

W dniu 7 lutego 2023 r. do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych w Warszawie wniesione zostało odwołanie przez

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania wykonawcy AQUA S.A. (ul. Kanclerska 28, 60-327 Poznań) (dalej również: „Wykonawca” lub „Odwołujący”).

W dniu 9 lutego 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: GRAND A. G. (Korzenna 9, 33-322 Korzenna) (dalej również: „Przystępujący” lub „GRAND A. G.”). Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego dokonanej

pismem Zamawiającego z 26 stycznia 2023 r.;

- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Przystępującego; oraz
- 3) jako zarzut ewentualny w stosunku do nieodrzuconia oferty, zaniechania

czynności wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty GRAND A. G. dokonanej pismem Zamawiającego z 26 stycznia 2023 r.:

- a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP, a także art. 15 ust. 1 pkt 1), art. 3 ust. 1, art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (każdego z nich w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP) poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty GRAND A. G. mimo, że oferta wskazanego Wykonawcy kwalifikuje się do odrzucenia z tego względu, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; czynu

nieuczciwego Odwołujący upatrywał w nieuprawnionym zakwalifikowaniu elementów kosztorysowych przez Przystępującego na 23 % (zaniżenie cen elementów) albo 8 % Vat (zawyżenie cen elementów) i dodatkowo rażąco niskiej ceny w odniesieniu do elementów zakwalifikowanych przez Przystępującego do prac objętych stawką podatku od towarów i usług 23 % i uzyskaniu w wyniku tej operacji nieuprawnionego zysku w postaci obniżenia ceny brutto oferty;

- b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez dokonanie wyboru jako

najkorzystniejszej oferty GRAND A. G. mimo, że oferta ta kwalifikuje się do odrzucenia z tego względu, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w

stosunku do przedmiotu zamówienia;

- c) naruszenie art. 522 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru jako

najkorzystniejszej oferty GRAND A. G. mimo, że Zamawiający nie wezwał

GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych, chociaż uznając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3113/22 Zamawiający zobowiązał się wezwać GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych i odrzucić ofertę tego Wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu;

- d) naruszenie art. 224 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty GRAND A. G. mimo, że w odniesieniu do tego Wykonawcy nie zostało wystosowane wezwanie do udzielenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w przypadku, gdy zaofferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się być 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;

2. w odniesieniu do zaniechania czynności odrzucenia oferty GRAND A. G.:

- a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP, a także art. 15 ust. 1 pkt 1), art. 3 ust. 1, art.

3 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (każdego z nich w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP) poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty GRAND A. G. mimo, że oferta wskazanego Wykonawcy kwalifikuje się do odrzucenia z tego względu, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- b) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia

oferty GRAND A. G. mimo, że oferta wskazanego Wykonawcy kwalifikuje się do odrzucenia z tego względu, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

c) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty GRAND A. G. mimo, że wskazany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej;

3. w odniesieniu do zaniechania czynności wezwania GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych:

a) naruszenie art. 522 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie czynności wezwania GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych mimo, że Zamawiający uznając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3113/22 zobowiązał się wezwać GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych i odrzucić ofertę tego Wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu;

b) naruszenie art. 224 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie czynności wezwania GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych w przypadku, gdy zaofiarowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się być 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.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty GRAND A. G.; dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert; odrzucenia oferty GRAND A. G., ewentualnie wezwania GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych i odrzucenia oferty tego Wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu; dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący złożył następujące dowody:

1. Opinia prywatna sporządzona na zlecenie Odwołującego przedstawiająca ocenę sposobu kalkulacji ceny przez wykonawców w Postępowaniu, na okoliczność nieuprawnionych przesunięć pomiędzy elementami kosztorysowymi wycenionymi na 23 % i 8 % Vat przez Przystępującego oraz okoliczność rażąco niskiej cena w

zakresie robót objętych 23 % Vat.

2. Opinia prywatna sporządzona na zlecenie odwołującego na okoliczność, że inwestycja referencyjna Przystępującego, której był wykonawcą pod nazwą

„Przebudowa i rozbudowa Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10” (dalej również: „inwestycja w Brzegu”) obejmuje więcej niż jeden obiekt kubaturowy (budynek Policji stary oraz nowo wzniesiony nie stanowią jednego obiektu kubaturowego).

3. Umowa nr 43/2019 z aneksem nr 10 zawarta przez Przystępującego jako wykonawcę na okoliczność tego, że inwestycja referencyjna Przystępującego, której był wykonawcą pod nazwą „Budowa obiektu kubaturowego, tj. hali sportowo widowiskowej w Rykach” (dalej również: „inwestycja w Rykach”) zrealizowana została po upływie terminu składania ofert.

4. Protokół odbioru końcowego 29 listopada 2022 r. i 7 grudnia 2022 r. dotyczący inwestycji w Rykach na okoliczność tego, że zrealizowana została po upływie terminu składania ofert.

5. Wyciąg z gminnej ewidencji zabytków miasta Brzeg na okoliczność, że inwestycja w Brzegu obejmuje więcej niż jeden obiekt kubaturowy (budynek Policji stary oraz nowo wzniesiony nie stanowią jednego obiektu kubaturowego).

6. Decyzja nr 50/14 i 49/14 Starosty Brzeskiego na okoliczność, że inwestycja w Brzegu obejmuje więcej niż jeden obiekt kubaturowy (budynek Policji stary oraz nowo wzniesiony nie stanowią jednego obiektu kubaturowego).

7. Decyzja nr 93/18 PINB i nr 88/219 na okoliczność, że inwestycja w Brzegu obejmuje więcej niż jeden obiekt kubaturowy (budynek Policji stary oraz nowo wzniesiony nie stanowią jednego obiektu kubaturowego).

8. Wydruk z Geoportalu (z dnia 15 lutego 2023 r. według oświadczenia Odwołującego) obrazujący, że stary budynek Policji (nr ewidencyjny 1190D3) i nowy budynek (nr ewidencyjny 2441 B3) mają inne numery ewidencyjne i nie są jednym obiektem

kubaturowym.

9. Umowa o roboty budowlane 0404KWP/2016 zawarta przez Przystępującego jako wykonawca dotycząca inwestycji w Brzegu wraz z wykazem elementów

rozliczeniowych na okoliczność, że inwestycja w Brzegu obejmuje więcej niż jeden obiekt kubaturowy (budynek Policji stary oraz nowo wzniesiony nie stanowią jednego obiektu kubaturowego).

Odwołujący wskazywał między innymi, że analiza wartości netto (35 280 487,80 zł netto) i brutto (39 450 000,00 zł brutto)

oferty GRAND A. G. prowadzi do wniosku, że zawyżył on w ramach ceny oferty wartość robót opodatkowanych preferencyjną stawką podatku VAT 8% w sposób całkowicie nieproporcjonalny do rzeczywistego zakresu i

rzeczywistej wartości robót kwalifikujących się do objęcia tą preferencyjną stawką podatku VAT 8%. W ocenie Odwołującego w ramach realizacji zadania inwestycyjnego objętego Postępowaniem do objęcia stawką podatku VAT 8% kwalifikują się jedynie roboty dotyczące części inwestycji a mianowicie wykonania pawilonu (budynku) mieszkalnego. To oznacza, że zakresowo i wartościowo roboty kwalifikujące się do objęcia stawką podatku VAT 8% stanowią nie więcej niż ok. 61 % całości robót realizowanych w ramach zamówienia. Tymczasem, aby uzyskać wartość netto oferty 35 280 487,80 zł i wartość brutto 39 450 000,00 zł, GRAND A. G. przyjął, że roboty kwalifikujące się do objęcia preferencyjną stawką podatku VAT 8% stanowią ok. 74,5 % całości robót realizowanych w ramach zamówienia, co oznacza przypisanie dla robót kwalifikujących się do objęcia stawką podatku VAT 8% wartości całkowicie nieadekwatnej (zawyżonej) w stosunku do rzeczywistego porównania wartości tych robót do wartości całej inwestycji. Powyższe według Odwołującego potwierdza symulacja wskazująca wartości ofert netto i brutto wszystkich wykonawców w Postępowaniu z rozkładem na wartości netto do stawek VAT 8% i 23% niezbędne do przyjęcia celem uzyskania wskazanych w ofertach wartości brutto przy przyjętych kwotach netto. Odwołujący wskazywał również, że powyższa analiza wskazuje, że inni wykonawcy (poza GRAND A. G.) wskazali, że wartość robót kwalifikujących się do objęcia VAT 8% stanowi nie więcej niż ok. 61 % całości robót realizowanych w ramach zamówienia, które te ilości są mniejsze o ok. 14 % od założeń przyjętych przez GRAND A. G. . W ocenie Odwołującego błędne, uznaniowe i nieuzasadnione w okolicznościach sprawy założenie przyjęte przez GRAND A. G. prowadzące do objęcia preferencyjną stawką podatku VAT 8% większego zakresu robót i większej wartości robót, niż jest to realnie uzasadnione, powoduje, że wykonawca ten był w stanie zaproponować korzystniejszą cenę brutto, niż gdyby objął podatkiem VAT 8% faktycznie kwalifikującą się do tego wartość robót - pozwala to bowiem Przystępującemu w sposób nieuprawniony obniżyć wartość robót objętych podatkiem VAT 23% i w konsekwencji obniżyć w sposób nieuprawniony całkowitą cenę brutto oferty. Odwołujący podkreślał, znaczne zniżenie przez GRAND A. G. (w porównaniu do pozostałych Wykonawców) wartości robót objętych stawką podatku VAT 23%. Powyższe działanie GRAND A. G. stanowi według Odwołującego tzw. „manipulację ceną”, którą należy kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. w szczególności w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1) tej ustawy, albowiem w ofercie przedstawia wartość robót kwalifikujących się do objęcia VAT 23% znacznie poniżej realnej wartości tych robót, a nadto art. 3 ust. 1 i art. 3 ust. 2 tej ustawy, albowiem wartość robót kwalifikujących się do objęcia podatkiem VAT 8% ustala na poziomie nieproporcjonalnym (zawyżonym) do rzeczywistej wartości tych robót i w ten sposób nieuprawnioną metodą poprawia swoją sytuację na etapie postępowania przetargowego względem pozostałych wykonawców (nieuprawnione obniżenie ceny brutto

oferty). Pozwala to wskazanemu Wykonawcy zwiększyć prawdopodobieństwo uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia w postępowaniu przetargowym. Powyższe uzasadnia zarzuty zaniechania odrzucenia ofert oraz ewentualnie nie wezwania do wyjaśnień.

Odwołujący podkreślał, że mając na uwadze zakres i wartość robót przewidzianych przez Przystępującego do objęcia stawką podatku VAT 23% , w szczególności w zestawieniu z danymi z pozostałych ofert, pozwala na uznanie że mamy do czynienia z rażąco niską ceną/kosztu w odniesieniu do istotnej części zamówienia, tj. w odniesieniu do robót niezbędnych do objęcia stawką podatku VAT 23% w ramach realizacji zadania inwestycyjnego (roboty inne niż dotyczące budynku / pawilonu mieszkalnego). Wskazane roboty stanowią zakresowo (i wartościowo) kilkadziesiąt procent robót niezbędnych do wykonania zamówienia (szacunkowo co najmniej ok. 39%), podczas gdy GRAND A. G. wycenił je zaledwie na ok. 25% całości ceny. Wartość robót wycenionych przez GRAND A. G. z podatkiem VAT 23% (tj. 8 980 487,84 zł netto / 11 046 000,04 zł brutto) stanowi jedynie ok. 62% średniej arytmetycznej cen dla tych robót objętych podatkiem VAT 23% wynikających ze złożonych ofert (tj. kwoty 14 588 943,32 zł netto / 17 944 400,29 zł. Stąd, w ocenie Odwołującego, Zamawiający, mając na uwadze wartość części zamówienia, którą w swojej ofercie GRAND A. G. wycenił z zastosowaniem podatku VAT 23% i porównując to do cen innych wykonawców dotyczących zakresów zamówienia objętych podatkiem VAT 23%, powinien zweryfikować kwestię wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do tej istotnej części zamówienia (objętej podatkiem VAT 23%) u GRAND A. G. (zgodnie w szczególności z art. 224 ust. 1 i 3 PZP), a następnie odrzucić ofertę z uwagi na wystąpienie wskazanej rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień i złożenia dowodów w przedmiocie rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazywał dodatkowo, że w Postępowaniu Zamawiający już raz dokonał wyboru oferty GRAND A. G. jako najkorzystniejszej. Wybór ten został przez Odwołującego zaskarżony odwołaniem, które zostało przez Zamawiającego uwzględnione w całości (sygn. akt KIO 3113/22) i uwzględniając odwołanie, Zamawiający zobowiązał się w szczególności do tego, że wezwie GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych i odrzuci ofertę wskazanego Wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu (pismo Zamawiającego z 30 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3113/22). Mimo tego we wskazanej kwestii Zamawiający nie wystosował do GRAND A. G. żadnego wezwania.

W odniesieniu do warunków zamówienia Odwołujący wskazał, że GRAND A. G. nie przedstawił w postępowaniu przetargowym inwestycji referencyjnych potwierdzających, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę

budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto (warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wskazany w pkt VIII ppkt 4 lit. j) SWZ). W ocenie Odwołującego nie potwierdza spełnienia wskazanego wymagania (warunku udziału w postępowaniu) inwestycja w Brzegu (wskazana także w dokumencie JEDZ). Według Odwołującego w ramach inwestycji referencyjnej nie była wykonana budowa, rozbudowa lub przebudowa obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto lecz paru odrębnych budynków kubaturowych. Według Odwołującego zadanie inwestycyjne obejmowało zakresem wykonanie

robót dotyczących kilku samodzielnych budynków/obiektów budowlanych, których nie można kwalifikować jako jednego obiektu kubaturowego (żadna z tych robót oddzielnie nie miała też wartości minimum 10 000 000 zł brutto). Podkreślał, że powołane przez Przystępującego Pismo Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego z 26 maja 2015 r. dotyczy wyłącznie zasad prowadzenia książki obiektu budowlanego na konkretnym obiekcie (tj. realizacji ówczesnego m.in. art. 64 Prawa Budowlanego w odniesieniu do konkretnej inwestycji), a nie tego inwestycji w Brzegu a nadto nie jest aktualne. Kwestionował również przedstawiona przez GRAND A. G. prywatną opinię techniczno -budowlaną (sporządzona przez Przedsiębiorstwo "EXSTRUO" Kompleksowa Obsługa Inwestycji Budowlanych A. G.) jako sprzeczną z dokumentami dotyczącymi inwestycji w Brzegu.

Odwołujący zwracał uwagę, że roboty przedstawiane przez GRAND A. G. w wyjaśnieniach z 18 stycznia 2023 r. jako dotyczące jednego obiektu kubaturowego, w istocie dotyczą dwóch obiektów (a całe wskazane zadanie inwestycyjne obejmuje natomiast trzy obiekty kubaturowe) i prawidłowo rozbite odrębnie na dwa budynki dadzą kwoty niższe dla nowego budynku 7 485 070,67 zł brutto i dla istniejącego budynku 3 483 158,45 zł brutto czyli mniej od wymaganej wartości roboty referencyjnej minimum 10 mln złotych brutto.

W ocenie Odwołującego nie spełnia wskazanego warunku udziału w postępowaniu również druga inwestycja referencyjna - inwestycja w Rykach - wskazana dopiero w dokumencie oznaczonym jako „Załącznik Nr 4” - „Oświadczenie Wykonawcy”, złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 22 grudnia 2022 r. Według Odwołującego wskazane wezwanie wystosowane przez Zamawiającego nie uprawniało GRAND A. G. do przedstawiania nowych (tj. dotychczas nie przedstawianych) inwestycji referencyjnych. Odwołujący podnosił, że inwestycja w Rykach nie została ukończona w sposób prawidłowy i należyty w okresie referencyjnym wymaganym w niniejszej sprawie (w szczególności bowiem zakończenie realizacji wskazanego zadania inwestycyjnego nastąpiło już po upływie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym, tj. w okresie listopad -grudzień 2022 r.). Podkreślał, że referencje dotyczące inwestycji w Rykach nie wskazują daty zakończenia wykonania robót oraz, że referencje wskazują na wykonanie licznych

robót nie dotyczących wykonywania obiektu kubaturowego w ramach ceny, których wartość nie powinna być przypisywana do wartości referencyjnego obiektu kubaturowego. Według Odwołującego GRAND A. G. podał nieprawdziwe informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, w szczególności co do terminu wykonywania i zakończenia realizacji wskazanego zadania referencyjnego i jego przedmiotu. Odwołujący zwracał uwagę, że zgodnie z dokumentem JEDZ, GRAND A. G. na spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał jedynie inwestycję w Brzegu.

Odwołujący dodatkowo analizował również zadania referencyjne, do których Przystępujący odnosił się w pierwotnie złożonym wykazie robót, który zastąpił nowym na wezwanie Zamawiającego obejmującym dwie opisane powyżej inwestycje i sygnalizował możliwość naruszenia przepisów wobec zmiany treści wykazu.

Zamawiający pismem z dnia 10 lutego 2023 r. uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczące: a) unieważnienia czynności wyboru oferty GRAND A. G., b) dokonania powtórnego badania i oceny ofert, c) wezwania GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych i odrzucenia oferty tego wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu; d) dokonania wyboru oferty ERBUD S.A. jako oferty najkorzystniejszej, jeżeli wybór oferty ERBUD jako oferty najkorzystniejszej będzie zgodny z przepisami Ustawy, w tym również nie wystąpi przesłanka unieważnienia postępowania. Zamawiający nie uwzględnił zarzutu Odwołującego dotyczącego „niewykazania przez GRAND A. G. spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej” (zarzut ten został przedstawiony w odwołaniu, w części „III. Co do niewykazania przez GRAND A. G. spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej”). Zamawiający wskazywał, że zgodnie z rozdziałem „VIII. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia” ust. 4 lit. j) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie doświadczenia wykonawcy, jeżeli wykonawca „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto”. Uwzględniając zarzut Odwołującego przedstawiony w odwołaniu, w sprawie UZP/BO/EK/24709/32220/22 dot. KIO 3113/22, Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy wezwał GRAND A. G. do poprawienia treści wykazu robót budowlanych wykonanych złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn. „Budowa pawilonu mieszkalnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Zakładzie Karnym w Hrubieszowie” Numer

postępowania: D/Kw.2232.10.2022.MJ. W wezwaniu do poprawienia wykazu robót budowlanych wykonanych Zamawiający podał, że: „Złożony przez wykonawcę na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy PZP wykaz robót budowlanych wykonanych nie potwierdza, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VIII. (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) ust. 1 lit. j) SWZ. W pozycji 1 wykazu robót budowlanych wykonanych Wykonawca wykazał, że wykonał przebudowę i rozbudowę Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10 (całkowita wartość brutto w PLN - 13 835 699,08 złotych). Zamawiający zauważyła, że z referencji wystawionej w dniu 23 października 2020 r. przez Komendę Wojewódzką Policji w Opolu dotyczącej pozycji 1 wykazu robót budowlanych wykonanych wynika natomiast, że w ramach przebudowy i rozbudowy Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10 zostały wykonane roboty budowlane dotyczące obiektów kubaturowych: budynku administracyjnego nowego, budynku administracyjnego istniejącego, budynku kojców dla psów, a także zestawienie powierzchni dróg i chodników. W przypadku pozycji 1 wykazu robót budowlanych wykonanych niemożliwe jest zatem ustalenie czy w ramach przebudowy i rozbudowy Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10, Wykonawca wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto. Całkowita wartość brutto w PLN - 13 835 699,08 złotych dotyczy bowiem całej inwestycji „Przebudowa i rozbudowa Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10

(budynku administracyjnego nowego, budynku administracyjnego istniejącego, budynku kojców dla psów oraz zestawienia powierzchni dróg i chodników). W pozycji 3 wykazu robót budowlanych wykonanych Wykonawca wykazał, że wykonał przebudowę basenu miejskiego w Jaworze „Basen Miejski” (całkowita wartość brutto w PLN - 22 617 372,01 złotych). Na podstawie pozycji 3 wykazu robót budowlanych wykonanych niemożliwe jest ustalenie czy przebudowa basenu miejskiego w Jaworze „Basen Miejski” była przebudową obiektu kubaturowego lub czy w ramach przebudowy basenu miejskiego w Jaworze „Basen Miejski” wykonano przebudowę obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto. Dodatkowo tylko Zamawiający zauważa, że również z protokołu końcowego odbioru robót sporządzonego w dniu 31 lipca 2020 r. nie wynika, czy przebudowa basenu miejskiego w Jaworze „Basen Miejski” była przebudową obiektu kubaturowego lub czy w ramach przebudowy basenu miejskiego w Jaworze „Basen Miejski” wykonano przebudowę obiektu kubaturowego. W przypadku pozycji 3 wykazu robót budowlanych niemożliwe jest ustalenie czy w ramach przebudowy basenu miejskiego w Jaworze „Basen Miejski” została wykonana co najmniej jedna robota budowlana polegająca na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto. Całkowita wartość brutto w PLN - 22 617 372,01 złotych dotyczy bowiem całej inwestycji „Przebudowa basenu

miejskiego w Jaworze „Basen Miejski”. W pozycji 4 wykazu robót budowlanych wykonanych Wykonawca wykazał, że wykonał budowę lokalnej infrastruktury turystycznej w Rymanowie Zdroju na działce nr ewid. 419 (całkowita wartość brutto w PLN - 11 945 097,03 złotych). W przypadku pozycji 4 wykazu robót budowlanych niemożliwe jest ustalenie czy w ramach budowy lokalnej infrastruktury turystycznej w Rymanowie Zdroju na działce nr ewid. 419 Wykonawca wykonał roboty budowlane, których przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto. Dodatkowo tylko Zamawiający zauważa, że również z protokołu odbioru końcowego robót spisane w dniu 16 czerwca 2020 r. nie wynika, że w ramach budowy lokalnej infrastruktury turystycznej w Rymanowie Zdroju na działce nr ewid. 419 Wykonawca wykonał roboty budowlane, których przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa obiektu kubaturowego. Całkowita wartość brutto w PLN - 11 945 097,03 złotych dotyczy bowiem całej inwestycji „Budowa lokalnej infrastruktury turystycznej w Rymanowie Zdroju na działce nr ewid. 419” „BASENY” W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do poprawienia złożonego wykazu robót budowlanych wykonanych, w ten sposób, aby z poprawionego wykazu wynikało, że Wykonawca „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto”. Oznacza to, że w kolumnie „Opis przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem wykazania realizacji określonego zakresu)” Wykonawca powinien wskazać jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego, przez wskazanie tego obiektu kubaturowego, w kolumnie „Całkowita wartość brutto w PLN” Wykonawca powinien natomiast wskazać całkowitą wartość brutto w PLN jednej roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego wskazanego w kolumnie „Opis przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem wykazania realizacji określonego zakresu)”. Jednocześnie Zamawiający zwrócił uwagę, że w opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej jest mowa o „obiekcie kubaturowym”. W złożonym i poprawionym w terminie, wykazie robót budowlanych wykonanych GRAND A. G. wykazał, że wykonał następujące roboty budowlane: 1) w pozycji 1 wykazu „Przebudowa i rozbudowa obiektu kubaturowego, tj. Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10, składającego się z dwóch części - segmentów połączonych ze sobą trwale za pomocą łącznika i stanowiących łącznie jeden obiekt kubaturowy (wykonane roboty budowlane polegały na przebudowie dotychczasowego budynku administracyjnego oraz rozbudowie o nowy segment administracyjny wraz z łącznikiem, które łącznie tworzą jeden obiekt kubaturowy).”: a) całkowita wartość brutto w PLN: 10 968 229,12 PLN, b) data zakończenia: 22.11.2019 r., c) nazwa odbiorcy: Komenda Wojewódzka Policji w Opolu, ul. Korfańskiego 2,

45-077 Opole. 2) w pozycji 2 wykazu „Budowa obiektu kubaturowego, tj. hali sportowo-widowiskowej w Rykach (wykonane roboty budowlane polegały na budowie hali sportowo-widowiskowej stanowiącej obiekt kubaturowy).”: a) całkowita wartość brutto w PLN: 14 646 255,06 PLN, b) data zakończenia: 09.09.2022 r., c) nazwa odbiorcy: Gmina Ryki, ul. Karola Wojtyły 29, 08-500 Ryki. Do poprawionego wykazu robót budowlanych wykonanych GRAND A. G. dołączył: 1) referencje wystawione w dniu 23 października 2020 r. przez Komendę Wojewódzką Policji w Opolu dotyczącą pozycji 1 wykazu robót budowlanych wykonanych, z których wynika, że zadanie inwestycyjne pn. „Przebudowa i rozbudowa Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10” wykonywane w okresie od dnia 26 kwietnia 2016 r. do dnia 22 listopada 2019 r. zostały „wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, w oparciu o specjalistyczny sprzęt i wykwalifikowaną kadrę pracowniczą”; 2) referencje wystawione w dniu 11 stycznia 2023 r., z których wynika, że GRAND A. G. w związku z wygranym przetargiem dotyczącym robót budowlanych i na podstawie zawartej umowy nr 43/2019 z dnia 10.02.2020r., wykonał roboty dotyczące zadania pn.: „Budowa hali sportowo-widowiskowej w Rykach o łącznej wartości 14 646 255,06 zł brutto (z referencji wynika, że w skład budynku hali sportowo-widowiskowej wchodzi hala sportowa mieszcząca boisko go gier zespołowych, widownia oraz zaplecze administracyjne mieszczące pomieszczenia biurowe, siłownię, salę fitness, squash, sanitariaty dla użytkowników o pomieszczenia techniczne) oraz że wszystkie prace zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową oraz wymaganiami Zamawiającego z zachowaniem należytej staranności i zasad sztuki budowlanej, a przedstawiciele firmy GRAND A. G. reagowali szybko na pojawiające się zagadnienia i problemy, które powstawały w czasie budowy, szukając i prezentując optymalne rozwiązania. Ponadto w referencjach Zamawiający stwierdził, że z pełną odpowiedzialnością może polecić innym inwestorom Wykonawcę (czytaj: firmy GRAND A. G.) jako rzetelnego Wykonawcę. Odwołujący w odwołaniu podaje, że „Podobnie do wykazania spełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu nie prowadzi inwestycja referencyjna oznaczona „Budowa obiektu kubaturowego, tj. hali sportowo-widowiskowej w Rykach”, wskazana w dokumencie oznaczonym jako „Załącznik Nr 4” - „Oświadczenie Wykonawcy”, złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 22 grudnia 2022 r. Podnieść przede wszystkim należy, że wskazane wezwanie wystosowane przez Zamawiającego nie uprawniało GRAND A. G. do przedstawiania nowych (tj. dotychczas nie przedstawianych) inwestycji referencyjnych (niezależnie od tego, że wskazana inwestycja referencyjna nie potwierdza spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu - szerzej o tym w dalszej części niniejszego pisma). Wskazane wezwanie Zamawiającego wskazywało na konkretne wątpliwości i zastrzeżenia Zamawiającego dot.

inwestycji referencyjnych wskazanych w pierwotnie złożonym dokumencie oznaczonym jako „Załącznik Nr 4” - „Oświadczenie Wykonawcy”. GRAND A. G.

nie jest przy tym uprawniony na aktualnym etapie postępowania przetargowego do swobodnego (uznaniowego) wskazywania dodatkowych (nowych) inwestycji referencyjnych na ewentualne wykazanie spełnienia wskazanego warunku udziału w postępowaniu.” W ocenie Zamawiającego żadne przepisy PZP nie zakazują wykonawcy wykazania nowych robót budowlanych w poprawionym wykazie robót budowlanych, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy. Wykonawca może zatem w ramach poprawienia wykazu robót złożyć poprawiony wykaz robót z nowymi robotami. Zamawiający podkreślał, że Przedstawienie w poprawionym wykazie robót nowych robót budowlanych niewykazanych w wykazie robót budowlanych złożonym na wezwanie z art. 126 ust. 1 (a także art. 274 ust. 1) ustawy PZP nie stanowi również zmiany treści oferty. Oczywiście wyjątkiem jest sytuacja opisana w art. 123 ustawy PZP („Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby”), która nie dotyczy GRAND A. G. . Wykazane przez GRAND A. G. roboty budowlane w poprawionym wykazie oraz złożone wraz w tym wykazem referencje potwierdzają zatem, że GRAND A. G. spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VIII (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) w ust. 1 lit. j) SWZ. Zamawiający zauważył, że GRAND A. G. wraz z poprawionym wykazem robót budowlanych i referencjami złożył również pismo sporządzone w dniu 18 stycznia 2023 r., opinię techniczno-budowlaną sporządzoną przez Przedsiębiorstwo „EXSTRUDO” Kompleksowa Obsługa Inwestycji Budowlanych A. G. oraz pismo z dnia 26 maja 2015 r. Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego „W sprawie obowiązku prowadzenia książki obiektu budowlanego dla budynków połączonych łącznikiem (art. 64 ustawy - Prawo budowlane)”. Pismo z dnia 26 maja 2015 r. Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego dotyczy nie tylko obowiązku prowadzenia książki obiektu budowlanego dla budynków połączonych łącznikiem. Z pisma tego wynika również, że „istnienie łącznika między kilkoma segmentami - czyli konstrukcji łączącej co najmniej dwa segmenty, przeznaczonej do przemieszczania się ludzi między tymi segmentami - oznacza, że każdy z tych segmentów nie może być kwalifikowany jako samodzielna konstrukcyjnie całość. Tym samym zespół segmentów (pawilonów) - trwale związanych z gruntem, wydzielonych z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadających fundamenty i dach - należy traktować jako jeden budynek, jeżeli wchodzące w jego skład części są połączone ww. łącznikiem.” A to oznacza, że budynki trwale związane z gruntem, wydzielone z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadające fundamenty i dach - należy traktować jako jeden budynek, a tym samym jako obiekt kubaturowy. Według

Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że w przypadku zadania inwestycyjne pn. „Przebudowa i rozbudowa Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10” (pozycja nr 1 poprawionego wykazu robót budowlanych wykonanych) GRAND A. G. wykonał „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto”. Bowiem przepisy nie definiują pojęcia obiekt kubaturowy jednak w powszechnym użyciu przyjęto, że oznacza to budynki i inne obiekty którym można przypisać parametr objętości (Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie, który 14 lutego 2014 r. ogłosił wyrok II SA/Kr 1527/13). Zamawiający zwraca również uwagę, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej nie dotyczył budynku, tylko obiektu kubaturowego. Odwołujący w treści odwołania w żaden sposób nie wykazał, że roboty wykazane w poprawionym wykazie robót budowlanych nie polegały na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto. Nie wykazał również, że roboty wykazane w poprawionym wykazie robót budowlanych nie zostały wykonane należycie. W związku z powyższym stwierdzenie Odwołującego, że opinia sporządzona przez Przedsiębiorstwo „EXSTRUDO” Kompleksowa Obsługa Inwestycji Budowlanych A. G. „jest wprost sprzeczna z dokumentami dotyczącymi konkretnie wskazanego zadania referencyjnego „Przebudowa i rozbudowa Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10” jest gołosłowne. Co więcej, o czym wiedział Odwołujący, opinia ta zawiera także dokumentację fotograficzną, która potwierdza, że dwa budynki są połączone łącznikiem i tworzą obiekt kubaturowy. Nie przeczy temu również przedstawione przez GRAND A. G. w piśmie z dnia 18 stycznia 2023 r. „Wyczenie wartości robót obiektu kubaturowego wykonanego w oparciu o tabelę elementów scalonych”. Za gołosłowne należy uznać również stwierdzenie Odwołującego dotyczące „Budowy hali sportowo-widowskiej w Rykach o łącznej wartości 14 646 255,06 zł brutto (strona 13 odwołania), że „Niezależnie od powyższego wskazać należy, że wymienione zadanie referencyjne nie zostało ukończone w sposób prawidłowy i należyty w okresie referencyjnym wymaganym w niniejszej sprawie (w szczególności bowiem zakończenie realizacji wskazanego zadania inwestycyjnego nastąpiło już po upływie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym, tj. w okresie listopad - grudzień 2022 r.)”. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na to, że roboty wykazane w pozycji 2 poprawionego wykazu robót budowlanych wykonanych nie zostały wykonane przez GRAND A. G. w dniu 9 września 2022r. (termin składania ofert: 13 październik 2022r.), tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. Podkreślenia wymaga, że 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. poz. 2415) referencje muszą m. in. potwierdzać, że roboty budowlane wykazane w wykazie robót budowlanych wykonanych zostały wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, oraz że zostały wykonane należycie, co Wykonawca GRAND A. G. wykazał w poprawionym wykazie robót budowlanych i referencjach. Odwołujący w Odwołaniu w żaden sposób nie udowodnił, dlaczego w przypadku zadania inwestycyjne pn. „Przebudowa i rozbudowa Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10” (pozycja nr 1 poprawionego wykazu robót budowlanych wykonanych) GRAND A. G. nie wykonał roboty budowlanej polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto. Analogicznie w przypadku robót dotyczących zadania pn.:

„Budowa hali sportowo-widowiskowej w Rykach o łącznej wartości 14 646 255,06 zł brutto. W związku z powyższym roboty budowlane wykazane zarówno w pozycji 1, jak i w pozycji 2 poprawionego wykazu robót budowlanych oraz załączone referencje dotyczące wykonania tych robót, potwierdzają, że GRAND A. G. spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VIII (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) w ust. 1 lit. j) SWZ.

Pismem z dnia 16 lutego 2023 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. Przystępujący przedłożył dowody:

- 1) Zestawienie własne z dokumentami źródłowymi cen rynkowych na podobne roboty do objętych przedmiotem zamówienia na okoliczność rynkowości ceny ofertowej -zestawienie własne.
- 2) Wyciąg z dziennika budowy dot. inwestycji w Rykach, na okoliczność daty zakończenia robót budowlanych jako mieszczącej się przed terminem składania ofert.
- 3) Nowy dokument nieskładany do chwili obecnej Zamawiającemu, co do którego przystępujący zastrzega tajemnicą przedsiębiorstwa na etapie postępowania odwoławczego. Stanowiący wewnętrzny kosztorys obrazujący sposób szacowania ceny w zakresie robót objętych stawką podatku Vat 23%. Zawiera jednostkowe ceny indywidualne, o których wiedza Odwołującego dawałaby mu przewagę na rynku. Byłby w stanie poznać koszty i prognozować, jakie oferty złożone zostaną w innych postępowaniach co zaburzyłoby konkurencję. Kosztorys zawiera szereg elementów tak precyzyjnie określających wycenę poszczególnych elementów robót, które są na tyle uniwersalne z punktu widzenia przystępującego, że stanowią podstawę wycen w innych postępowaniach stąd wniosek. Przystępujący składa kosztorys wyłącznie Zamawiającemu i Izbie i odpisy pozostałych dokumentów przekazuje stronom, na okoliczność sposobu szacowania robót objętych stawką 23% Vat. Możliwość wykonania tych robót bez poniesienia strat na łączną kwotę poniesioną w kosztorysie za te roboty objęte stawką 23% oraz rynkowego charakteru ceny w tym zakresie.

Wniosku Przystępującego Izba nie uwzględniła wskazując na niewykazanie przesłanek uznania danych ujętych w kosztorysie jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, charakter i treść dokumentu oraz brak wpływu treści dokumentu na budowanie przewagi na rynku. Przystępujący przekazał dokument stronom.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia oraz złożonego sprzeciwu.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny lub jej istotnej części składowej i oddaliła w pozostałym zakresie, co skutkuje koniecznością unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwania GRAND A. G. do udzielenia wyjaśnień (w tym złożenia dowodów) w przedmiocie rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych oraz ponownego dokonania oceny ofert. W zakresie zarzutów oddalonych Izba uznała, że nie zostały one udowodnione, dodatkowo w zakresie zarzutu nie odrzucenia oferty (manipulacja cenowa oraz rażąco niska istotnej części składowej ceny) kwestia wystąpienia rażąco niskiej ceny części składowej ceny w okolicznościach niniejszej sprawy ma charakter przesłankowy, a dla ustaleń w tym zakresie niezbędne jest zwrócenie się przez Zamawiającego do Przystępującego z żądaniem wyjaśnień i dowodów w trybie art. 224 Ustawy. Stąd zarzuty te mają charakter przedwczesny. Jednocześnie Izba stanęła na stanowisku, że na etapie Postępowania istniały uzasadnione wątpliwości, co do sposobu wyceny prac przez Przystępującego, które nie zostały rozwiązane na etapie postępowania sądowego, co uzasadnia konieczność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zwrócenia się przez Zamawiającego do Przystępującego z żądaniem złożenia stosowanych wyjaśnień i dowodów, o czym niżej.

Izba ustaliła, że stan faktyczny pomiędzy stronami był niesporny, poza kwestią terminu zakończenia robót w ramach inwestycji w Rykach oraz sposobu wyceny prac objętych ofertą Przystępującego zakwalifikowanych do objęcia stawką podatku od towarów i usług 23% albo 8 % wobec twierdzonego zawyżenia cen robót zakwalifikowanych do objęcia stawką podatku od towarów i usług 8 % i zaniżenia cen robót zakwalifikowanych jako objęte

stawką 23 % podatku od towarów i usług do poziomu powodującego, że ma ona znamiona rażąco niskiej nie pozwalającej na wykonanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie z godnie z oczekiwaniami Zamawiającego i odrębnymi przepisami i potrzeby ewentualnego wyjaśnienia tych okoliczności. Spór odnoszący się do inwestycji w Brzegu sprowadzał się do kwestii wykładni pojęcia obiektu kubaturowego użytego w SWZ przez Zamawiającego.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez Odwołującego i Przystępującego w postaci dokumentów złożonych do akt sprawy oraz dokumentację zamówienia (w szczególności SWZ, korespondencję pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym oraz podmiotowe środki dowodowe Przystępującego) a także uwzględniła stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia w Postępowaniu obejmuje zadanie inwestycyjne o nazwie „Budowa pawilonu mieszkalnego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Zakładzie Karnym w Hrubieszowie” w systemie „zaprojektuj-wybuduj”, której główne zamierzenia w zakresie planowanych robót budowlanych dla pawilonu i infrastruktury

towarzyszącej zawiera program funkcjonalno-użytkowy i obejmuje on:

- 1) budowę trzykondygnacyjnego pawilonu mieszkalnego typu zamkniętego o pojemności 258 miejsc zakwaterowania osadzonych wraz z wewnętrznymi instalacjami (woda, c.w.u., woda cyrkulacyjna, ogrzewcza, kanalizacja sanitarna, kanalizacja, opadowa, elektryczna, elektryczna awaryjna i teletechnika), zgodnie z wytycznymi nr 1/2019 Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z dnia 17 czerwca 2019 r., w sprawie wymagań technicznych i ochronnych dla pawilonów zakwaterowania osadzonych w jednostkach organizacyjnych Służby Więziennej;
- 2) budowę kompleksu pól spacerowych z galerią ochronną wraz z instalacjami (ogrzewanie elektryczne, oświetleniowa i teletechniczna) z odprowadzeniem wody opadowej do wewnętrznej instalacji kanalizacji opadowej do zbiornika, zgodnie z wytycznymi nr 2/2013 Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z dnia 4 czerwca 2013 r. w sprawie wymagań dla zabezpieczeń techniczno-ochronnych w jednostkach organizacyjnych Służby Więziennej dla zakładów typu zamkniętego;
- 3) budowę muru zewnętrznego o długości ok. 447,0 m wraz z ogrodzeniem wewnętrznym o długości ok. 457,0 m wraz z zewnętrznymi instalacjami (elektryczna oświetleniowa, zasilania gwarantowanego i teletechniczna), zgodnie z wytycznymi nr 2/2013 Dyrektora Generalnego Służby Więziennej z dnia 4 czerwca 2013 r. w sprawie wymagań dla zabezpieczeń techniczno-ochronnych w jednostkach organizacyjnych Służby Więziennej dla zakładów typu zamkniętego;
- 4) system zabezpieczeń techniczno – ochronnych;
- 5) wyposażenie w sprzęt kuchenny i regały depozytowe;
- 6) budowę bramy w planowanej linii ogrodzenia zewnętrznego po stronie wschodniej wraz z zewnętrznymi instalacjami (instalacja zasilania podstawowego, instalacja zasilania awaryjnego, instalacja zasilania gwarantowanego i instalacja teletechniczna);
- 7) budowę budynku kuchni zakładowej oraz magazynów żywnościowych, wraz z zewnętrznymi i wewnętrznymi instalacjami (woda, ciepła woda użytkowa, woda cyrkulacyjna, ogrzewcza, para technologiczna, kanalizacja sanitarna, kanalizacja opadowa, elektryczna, elektryczna awaryjna, zasilania gwarantowanego i teletechniczna);
- 8) budowę budynku kotłowni wraz z zewnętrznymi i wewnętrznymi instalacjami (woda, c.w.u., gazowa, kanalizacji sanitarnej, kanalizacja opadowa, elektryczna, elektryczna awaryjna, teletechniczna, zasilania gwarantowanego), oraz montaż kotłów gazowych 2 x 160 kW wraz z armaturą pompową i regulacyjną. Ponadto projektuje się płytowe wymienniki ciepła za rozdziałem głównej instalacji do indywidualnej regulacji temperatur w pawilonie;
- 9) budowę dodatkowych ciągów komunikacyjnych (dróg wewnętrznych i chodników);
- 10) przebudowę pomieszczeń istniejącego magazynu żywnościowego oraz kuchni zakładowej w celu powiększenia powierzchni magazynu depozytowego w budynku mieszkalnym A wraz z przebudową istniejących instalacji;
- 11) przebudowę pomieszczeń części kuchni zakładowej w celu utworzenia pralni w budynku mieszkalnym A wraz z przebudową istniejących instalacji.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniem rozdziału VIII SWZ pkt. 4 lit. j) Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kubaturowego o wartości minimum 10 000 000 zł brutto. Jednocześnie wykonawca zobowiązany był do złożenia wykazu zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ w którym wskazał miał Wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, porównywalnych z robotami budowlanymi stanowiącymi przedmiot zamówienia:

Lp.	Opis przedmiotu zamówienia (z uwzględnieniem wykazania realizacji określonego zakresu)	Całkowita wartość brutto w PLN	Termin realizacji	Nazwa Odbiorcy
-----	--	--------------------------------	-------------------	----------------

Do wykazu wykonawca powinien załączyć dokumenty potwierdzające, że wyżej wymienione roboty zostały należycie wykonane (referencje itp.) .

Dokumentacja zamówienia nie zawiera definicji obiektu kubaturowego ani doprecyzowania

wymogu porównywalności obiektu. Wykonawcy nie zwracali się do Zamawiającego z żądaniem wyjaśnień w tym zakresie.

Izba ustaliła, że Przystępujący złożył pierwotnie na wezwanie Zamawiającego wykaz zawierający pięć robót wraz z referencjami, w tym inwestycję w Brzegu. Po wezwaniu do wyjaśnień i uzupełnień podmiotowych środków dowodowych Przystępujący złożył wykaz wraz z referencjami odnoszący się do dwóch robót referencyjnych, to jest dotychczasowej

inwestycji w Brzegu oraz nowej inwestycji w Rykach. W formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia złożonym wraz z ofertą wskazana została inwestycja w Brzegu.

W ocenie Izby uwzględnienie przez Zamawiającego nowego wykazu jest zgodne z Ustawą. Zgodnie z art. 125 ust. 1 PZP do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego, które zgodnie z art. 125 ust. 2 składane jest na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Zgodnie z art. 125 ust. 3 PZP oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Zgodnie z art. 126 ust. 1 PZP, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z art. 128 ust. 1 PZP, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Wobec powyższego, skoro wykaz składany w ramach uzupełnienia musi być aktualny na dzień jego złożenia, to należy przyjąć, że informacje w nim zawarte także muszą być aktualne na ten moment, a tym samym dopuszczalne jest w ocenie Izby zastąpienie wykazu nowym i zmiana wskazanych w nim danych i informacji. Tym samym Przystępujący był uprawniony do zmiany wykazu i jego treści. Fakt nie ujęcia danej roboty referencyjnej w dokumencie JEDZ nie ma wpływu na ocenę treści wykazu i referencji w świetle określonych SWZ warunków udziału w postępowaniu. Tym samym Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty Odwołującego w tym zakresie.

Izba ustaliła, że w wykazie Przystępujący wskazał, że inwestycja w Brzegu dotyczy przebudowy i rozbudowy obiektu kubaturowego, tj. Komendy Powiatowej Policji w Brzegu przy ul. Robotniczej 10, składającego się z dwóch części – segmentów połączonych ze sobą trwale za pomocą łącznika i stanowiących łącznie jeden obiekt kubaturowy (wykonane roboty budowlane polegały na przebudowie dotychczasowego budynku administracyjnego oraz rozbudowie o nowy segment administracyjny wraz z łącznikiem, które łącznie tworzą jeden obiekt kubaturowy o wartości robót budowlanych 10 968 229,12 złotych brutto. Kwestia rodzaju i charakteru budynków i budowli składających się na inwestycje nie była sporna pomiędzy stronami, podobnie jak fakt objęcia budynków odrębnymi decyzjami pozwolenie na budowę, oddanie do użytkowania, posadowienie na różnych działkach i odrębne rozliczanie prac w zakresie danego budynku. Sporne nie było przeznaczenie łącznika do poruszania się ludzi pomiędzy budynkami i niekwestionowana przez Odwołującego była funkcjonalna całość jako powstała w związku z połączeniem w wyniku realizacji jednej inwestycji dwóch budynków starego przebudowanego i nowopowstałego łącznikiem służącym przemieszczaniu się ludzi pomiędzy budynkami na pierwszym i drugim piętrze. W referencjach dotyczących inwestycji w Brzegu potwierdzono należyte wykonanie jednego zadania inwestycyjnego w Brzegu o wartości robót budowlanych przekraczającej 13 mln złotych obejmującego wskazane w nim budynki.

Spór sprowadzał się w zasadzie do wykładni pojęcia obiektu kubaturowego użytego w SWZ.

Izba stwierdza, że Ustawa nie zawiera definicji obiektu kubaturowego podobnie zresztą jak przepisy prawa budowlanego. Zgodnie z art. 7 pkt. 14) na gruncie Ustawy pod pojęciem obiektu budowlanego rozumieć należy wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną, co wskazuje na szeroki zakres użytego pojęcia. Pojęcie obiektu budowlanego w Ustawie jest niezależne od pojęcia obiektu budowlanego zawartego w ustawie Prawo budowlane. Stąd na gruncie Ustawy Zamawiający zobowiązany jest szacować wartość robót budowlanych, niezbędnych do realizacji obiektu budowlanego w rozumieniu PZP a więc nawet jeżeli roboty te odnoszą się do różnych obiektów budowlanych w rozumieniu prawa budowlanego, ale składają się na jedno zamierzenie budowlane wyznaczone wspólną funkcją gospodarczą i techniczną, jaką ta inwestycja budowlana ma pełnić. Jednocześnie na gruncie ustawy prawo budowlane pod pojęciem budynku należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach; budowli –

należy rozumieć każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane, co wskazuje na istnienie generalnie dwóch rodzajów kategorii obiektów budowlanych budynków i budowli. Na gruncie prawa budowlanego pojawiła się jednak szersza definicja obiektu budowlanego wobec treści art. 64 ustawy – Prawo budowlane, zgodnie z którym właściciel lub zarządca jest obowiązany prowadzić książkę obiektu dla każdego budynku oraz obiektu budowlanego niebędącego budynkiem, którego projekt jest objęty obowiązkiem sprawdzenia, o którym mowa w art. 20 ust. 2 Prawa budowlanego. W odniesieniu do tego obowiązku wydana została przez Główny Inspektorat Nadzoru Budowlanego opinia, zgodnie z którą przepis ten odnosi się do samodzielnego konstrukcyjnie całego obiektu budowlanego, czyli oddzielnego od innych obiektów budowlanych przerwą dylatacyjną, począwszy od fundamentu do dachu z tym zastrzeżeniem, że istnienie łącznika między kilkoma segmentami – czyli konstrukcji łączącej co najmniej dwa segmenty, przeznaczonej do przemieszczania się ludzi między tymi segmentami – oznacza, że każdy z tych segmentów nie może być kwalifikowany jako samodzielna konstrukcyjnie całość. Stąd zespół segmentów (pawilonów) trwale związanych z gruntem, wydzielonych z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadających fundamenty i dach, należy traktować jako jeden budynek, jeżeli wchodzące w jego skład części są połączone łącznikiem co powoduje konieczność prowadzenia jednej książki obiektu.

Izba stwierdza, że żadna z powyższych definicji nie odnosi się bezpośrednio do pojęcia zastosowanego przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia – tj. obiektu kubaturowego. Także powszechne rozumienie pojęcia obiektu kubaturowego nie pozwala na uznanie, że obejmuje on wyłącznie budynki w rozumieniu ustawy prawo budowlane. Zgodnie z bowiem z definicją „obektu” słownika języka polskiego PWN jest nim «przedmiot, który można zobaczyć lub dotknąć» «rzecz abstrakcyjna, np. cecha lub pojęcie» «coś, czego dotyczą czyjeś działania, zainteresowania lub uczucia» «budynek lub zespół budynków; też: urządzenia terenowe», „kubatura” odnosi się zaś do «pojemności zbiornika lub pomieszczenia wyrażona zwykle w metrach sześciennych» «wyznaczenie objętości bryły geometrycznej». Powyższe, wobec braku jakichkolwiek wskazówek w SWZ, co do zakresu pojęcia referencyjnego obiektu kubaturowego powoduje, że brak jest uzasadnienia dla zarzucenia Zamawiającemu naruszenia przepisów Ustawy wobec uznania, że inwestycja wskazana w wykazie przez Przystępującego jest robotą referencyjną wymaganą przez Zamawiającego.

Mając na uwadze brak definicji ustawowej pojęcia obiekt kubaturowy (przy szerokiej wykładni pojęcia obiekt budowlany w PZP i na gruncie prawa budowlanego), braku wskazówek w dokumentacji zamówienia, co do skonkretyzowania oczekiwań

Zamawiającego w tym względzie oraz niejednoznaczności języka potocznego Izba uznała, że zapis SWZ i formularza jako zawierający niejednoznaczne, odmiennie odczytywane przez poszczególnych wykonawców sformułowanie nie może na skutek wykładni, zgodnej zresztą z oceną Zamawiającego, stanowić podstawy odrzucenia oferty. Szeroka wykładnia pojęcia obiektu kubaturowego jest zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego, co potwierdza prawidłowość odczytania intencji zawartej w SWZ przez Przystępującego. Izba stoi na stanowisku, że wątpliwości interpretacyjne i niejasności SWZ należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy. Stąd do naruszenia przepisów Ustawy dojść mogłoby właśnie w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji zawężającej wykładni pojęcia obiektu kubaturowego wobec zasady wyrażonej w art. 16 i 17 Ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b). Żaden z wykonawców nie może ponieść negatywnych konsekwencji niejasności zapisów SWZ. W tym zakresie zarzut podlega więc oddaleniu.

Odwolanie nie wykazało też by inwestycja referencyjna potwierdzała okoliczności nieprawdziwe, ani że obiekt kubaturowy – referencyjny nie stanowi zespołu budynków połączonych ze sobą funkcjonalnie, technicznie i gospodarczo.

Izba wskazuje również, że zgodnie z przepisem art. 534 ust. 1 Ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu w pierwszej kolejności spoczywa na odwołującym jako stronie inicjującej postępowanie odwoławcze. Niesprostanie przez odwołującego ciężarowi dowodu skutkuje oddaleniem odwołania. Za niewystarczające należy uznać przedstawienie dowodów, które jednoznacznie nie potwierdzają twierdzeń odwołującego stanowiących podstawę sformułowanych zarzutów, a jedynie skutkują zaistnieniem wątpliwości w tym zakresie. W niniejszej sprawie odwołanie nie sprostało temu wymaganiu. Brak było dowodów skutecznie podważających oświadczenia i twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego znajdujące dodatkowo oparcie w przedłożonych przez nich dokumentach.

Izba ustaliła, że w wykazie Przystępujący wskazał, że inwestycja w Rykach obejmowała Budowę obiektu kubaturowego, tj. hali sportowo-widowskiej w Rykach (wykonane roboty budowlane polegały na budowie hali sportowo-widowskiej stanowiącej obiekt kubaturowy) z terminem realizacji 10.02.2020 do 9.09.2022, i załączył referencje potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych o wartości ponad 14 mln złotych.

Spór sprowadzał się w zasadzie to kwestionowania wykazania i wykonania robót budowlanych należycie w terminie referencyjnym.

Izba stwierdza, że aktualne w odniesieniu do twierdzeń odnoszących się do inwestycji w Rykach pozostaje uzasadnienie prawne nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego inwestycji w Brzegu. Izba wskazuje, że Zamawiający domagał się wykazania wykonania robót

budowlanych w okresie referencyjnym. Należyte wykonanie tychże wynika bezpośrednio z oświadczenia Przystępującego oraz udzielonych mu referencji, niepodważonych w żaden sposób przez Odwołującego. Podobnie czas zakończenia robót budowlanych określa wykaz a potwierdza złożony wyciąg z dziennika budowy zawierający adekwatne wpisy kierownika budowy i inspektora nadzoru inwestorskiego wskazujące na zakończenia robót w dniu 9.09.2022 r. a więc przed upływem terminu składania ofert. Izba wskazuje, że wpisy w dzienniku zgodne są z oświadczeniem Przystępującego i nie są sprzeczne z pozostałymi dowodami w sprawie oraz, że chociaż dziennik budowy w zakresie wpisów nie ma charakteru dokumentu urzędowego to jednak wpisy doń i odpowiedzialność za ich dokonywanie regulowane są ustawowo. Kierownik budowy wypełniając dziennik budowy realizuje obowiązek jego prowadzenia wynikający z przepisów prawa a poświadczając w nim nieprawdę, wypełnia znamiona przestępstwa fałszerstwa intelektualnego, wobec okoliczności mającej znaczenie prawne jaką jest zakończenie robót budowlanych.

Ponad to także wymaganie zakończenia roboty budowlanej nie może być interpretowane jako zakończenie obowiązków wynikających z umowy obejmującej wykonanie robót budowlanych oraz innych. Tym samym przedłożenie umowy i protokołu odbioru końcowego zawierających datę wykonania odpowiednio przedmiotu umowy oraz robót budowlanych z późniejszą od daty składania ofert nie jest wystarczające dla uznania wykazania, że roboty budowlane nie zostały wykonane do dnia 9.09.2022 r. Zarówno przedłożona przez Odwołującego umowa na wykonanie inwestycji w Rykach jak i protokół końcowy nie stoją w ocenie Izby w sprzeczności z terminem zakończenia robót budowlanych wskazanym przez Przystępującego. Ponadto oba te dokumenty wskazują na konieczność realizacji szeregu obowiązków następczych w stosunku do zakończonych robót budowlanych, takich jak w szczególności przekazanie dokumentacji powykonawczej czy niezbędnych dla uzyskania możliwości użytkowania obiektu. Także w odniesieniu do twierdzeń odwołania odnoszących się do inwestycji w Rykach nie zostały one udowodnione. Brak było dowodów Odwołującego skutecznie podważających oświadczenia i twierdzenia Przystępującego i Zamawiającego znajdujące dodatkowo oparcie

w przedłożonych przez nich dokumentach.

W odniesieniu do zarzutów zaniechania odrzucenia odwołania w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt. 7) lub pkt. 8) PZP, których podstawą jest niezgodna z przepisami ingerencja Przystępującego w wycenę oferty ze względu na zawyżenie wartości robót opodatkowanych stawką podatku od towarów i usług 8 % i niższenie objętych stawką 23 % Izba stwierdziła, że odwołanie nie sprostało ciężarowi dowodu i nie skonkretyzowało okoliczności niezbędnych dla wykazania zaistnienia naruszenia.

Izba ustaliła, że wykonawcy w ramach Postępowania wycenili w złotych

roboty kwalifikujące się do objęcia stawką podatku VAT 8% na kwoty netto:

26 299 999,96-Przystępujący

21 300 000,00- ERBUD S.A.

20 004 559,70- Baudziedzic sp. z o.o. sp. k

25 012 800,00- Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia

roboty kwalifikujące się do objęcia stawką podatku VAT 23% na kwoty netto:

8 980 487,84 - Przystępujący

14 484 000,00 - ERBUD S.A.

18 864 085,45 - Baudziedzic sp. z o.o. sp. k

16 027 200,00 - Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia

Wartość ofert netto w złotych:

35 280 487,80 - Przystępujący

35 784 000,00- ERBUD S.A.

38 868 645,15- Baudziedzic sp. z o.o. sp.k.

41 040 000,00 - Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia

Wartość brutto robót kwalifikujących się do objęcia stawką podatku VAT 8%:

28 403 999,96 - Przystępujący

23 004 000,00 – ERBUD S.A.

21 604 924,48- Baudziedzic sp. z o.o. sp. k .

27 013 824,00 - Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia

Wartość brutto robót kwalifikujących się do objęcia stawką podatku VAT 23%:

11 046 000,04 - Przystępujący

17 815 320,00 – ERBUD S.A.

23 202 825,10 - Baudziedzic sp. z o.o. sp. k.

19 713 456,00 - Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia

Razem wartość brutto z złożonej oferty:

39 450 000,00 - Przystępujący

40 819 320,00 - ERBUD S.A.

44 807 749,58 – Baudziedzic sp. z o.o. sp.k.

46 727 280,00 - Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej Mazovia

Co do zasady stawką podatku od towarów i usług % 8 objęte powinny być roboty budynku-pawilonu mieszkalnego inne 23 %.

Izba podzieliła jednak w zakresie oceny kosztorysu Przystępującego wątpliwości Odwołującego i stwierdziła, że zestawienie wycen wskazuje, że Przystępujący w ramach oferty przyjął wartości obiegające znacznie od wartości założonych przez pozostałych wykonawców co uzasadniać może stanowisko o wystąpieniu podejrzenia rażąco niskiej ceny – istotnego jej elementu. Izba ustaliła, że roboty kwalifikujące się do objęcia

preferencyjną stawką podatku VAT 8% stanowią ok. 74,5 % całości robót realizowanych w ramach zamówienia, podczas gdy inni wykonawcy wskazali, że wartość robót kwalifikujących się do objęcia VAT 8% stanowi nie więcej niż ok. 61 % całości robót realizowanych w ramach zamówienia. Są to ilości mniejsze o ok. 14 % od założeń przyjętych przez GRAND A. G. . Oferta złożona przez GRAND A. G., mając na uwadze zakres i wartość robót przewidzianych przez tego Wykonawcę do objęcia stawką podatku VAT 23%, budzić powinna wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny/kosztu w odniesieniu do istotnej części zamówienia, tj. w odniesieniu do robót niezbędnych kwalifikujących się do objęcia stawką podatku VAT 23%. Wskazane roboty stanowią zakresowo (i wartościowo) kilkadziesiąt procent robót niezbędnych do wykonania zamówienia (szacunkowo wg pozostałych wykonawców co najmniej ok. 39%), podczas gdy Wykonawca GRAND A. G. wycenił je na ok. 25% całości ceny. Wartość robót wycenionych przez GRAND A. G. z podatkiem VAT 23% (tj. 8 980 487,84 zł netto / 11 046 000,04 zł brutto) stanowi ok. 62% średniej arytmetycznej cen dla tych robót objętych podatkiem VAT 23% wynikających ze złożonych ofert (tj. kwoty 14 588 943,32 zł netto / 17 944 400,29 zł brutto - bez wykonawcy MAX-BUD G. P., którego oferta została odrzucona ze względu na błędne stawki podatku VAT).

Jednocześnie powstałe wątpliwości w ocenie Izby nie są wystarczające dla odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o normę art. 226 Ustawy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt.7), 8) w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 art. 15 ust. 1 pkt. 1 UZNK w zw. z art. 16 Ustawy: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK; zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; (...) Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty; oraz, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta i czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Przy czym w każdym przypadku postępowanie prowadzone winno być w sposób zapewniający poszanowanie zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. W ocenie Izby dla ustalenia, czy doszło do naruszenia przywołanych powyżej przepisów konieczna jest ocena czy doszło do niezgodnego z przepisami zaniżenia pozycji kosztorysowych i zawyżenia innych w taki sposób, że istotna część składowa ceny będzie

rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub uniemożliwi realizację zamówienia w rozumieniu art. 224 ust. 1, co nie jest w ocenie Izby możliwe na obecnym etapie bez uprzedniego zwrócenia się do Przystępującego z żądaniem udzielenia wyjaśnień. Jednocześnie Izba stwierdza, że uznanie, że doszło do zarzucanego odwołaniem czynu nieuczciwej konkurencji ma miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej – czego nie wykazano. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych.

Zarzuty odnoszące się do naruszenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesłankowo zależą od ustaleń w zakresie dokonanej przez Przystępującego wyceny elementów kosztorysowych dla poszczególnych zakresów robót niezbędnych do wykonania zadania inwestycyjnego z rozdziałem na prace objęte stawką podatku od towarów i usług 8 % i 23 % i oceny realności wyceny i możliwości wykonania prac innych niż dotyczące budynku – pawilonu mieszkalnego lub objętych stawką 8 % podatku od towarów i usług zgodnie z wymaganiami SWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów, a także ewentualnie nieuprawnionego zawyżenia wyceny elementów oferty objętych stawką podatku od towarów i usług 8 % lub oraz nieuprawnionego zaniżenia wyceny elementów objętych stawką podatku od towarów i usług 23 %.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnień w trybie art. 224 Ustawy Izba ustaliła istnienie wątpliwości na etapie Postępowania, które nie zostały zniwelowane w toku postępowania odwoławczego. Stąd Zamawiający jest nie tylko uprawniony ale i zobowiązany, do wystosowania do Przystępującego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu lub ich istotnej części w trybie art. 224 ust. 1 PZP po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgodnie bowiem z art. 224 PZP, w przypadku gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Ustawodawca tym samym nałożył na zamawiającego obowiązek skierowania do wykonawcy wezwania w przypadkach istnienia uzasadnionych wątpliwości. Wezwanie ma charakter obligatoryjny, a zaniechanie wezwania stanowi naruszenie Ustawy.

Izba wskazuje, że stwierdzenie naruszenia w postaci zaniechania wezwania wobec uprzedniego formalnego uwzględnienia zarzutu wezwania w sprawie o sygnaturze KIO 3113/22 uzasadniały zasygnalizowane przez Zamawiającego wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, które potwierdziły dalsze ustalenia Izby, co do zasadności uznania, że cena oferty lub jej istotna część może być rażąco niska lub uniemożliwiać wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Stąd Izba nakazuje Zamawiającemu wezwanie do złożenia wyjaśnień i dowodów co poprzedzone powinno być unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Przy czy wezwanie do wyjaśnień i złożenia dowodów w trybie art. 224 PZP wskazywać powinno konieczność wyodrębnienia wszystkich elementów kosztorysowych oferty dla poszczególnych zakresów robót niezbędnych do wykonania zadania inwestycyjnego w ramach Postępowania z rozdziałem na prace objęte stawką podatku od towarów i usług 8 % i 23 % w taki sposób aby możliwe było dokonanie oceny realności wyceny i możliwości wykonania prac innych niż dotyczące budynku/pawilonu mieszkalnego objętych stawką 8 % podatku od towarów i usług zgodnie z wymaganiami SWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów, a także ewentualnie ocena czy doszło do nieuprawnionego zawyżenia wyceny elementów oferty Przystępującego odnoszących się do pawilonu mieszkalnego objętych stawką podatku od towarów i usług 8 % oraz nieuprawnionego zaniżenia wyceny pozostałych elementów kosztorysu - objętych stawką podatku od towarów i usług 23 % w sposób, który powoduje że są one rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia -powodując niemożliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami dokumentów zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący, poza zaniechaniem wezwania do wyjaśnień i złożenia dowodów w trybie art. 224 Ustawy. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu

Pozostałe zarzuty stanowiły konsekwencję każdego z zarzutów podstawowych i ewentualnego, są z nimi immanentnie związane dzieląc ich los.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 3, ust. 4 - 6 w zw. z § 5 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W związku z uwzględnieniem części zarzutów odwołania w ramach czynności procesowej zamawiającego a następnie wyrokiem i oddaleniem pozostałych zarzutów odwołujący zobowiązany jest do zwrotu kosztów postępowania zamawiającemu w całości a wobec złożenia sprzeciwu przez przystępującego po stronie zamawiającego przystępujący i odwołujący zobowiązani są do poniesienia kosztów i zwrotu ich z uwzględnieniem stosunku zarzutów i ich wagi, co do których sprzeciw został złożony i oddalonych.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący