Sygn. akt KIO 675/23

WYROK

z dnia 24 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2023 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "EBUD" Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Szczecińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z o.o. z siedzibą w Szczecinie

przy udziale wykonawcy Prime Construction Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Szczecinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu wezwanie

Przystępującego - Prime Construction Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Szczecinie do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykazu osób o informacje niezbędne do ustalenia czy wykonawca Prime Construction Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą

w Szczecinie wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V — Warunki udziału w postępowaniu. Podstawy wykluczenia, pkt I ppkt 2 lit. a) SWZ.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. Kosztami postępowania odciąża Odwołującego w części ½ oraz Zamawiającego

w części ½ i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł

(dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 063 zł 00 gr (dziesięć tysięcy sześćdziesiąt trzy złote).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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

Zamawiający - Szczecińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm. dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa II etapu osiedla mieszkaniowego przy ul. Pokładowej, Masztowej, Oficerskiej w Szczecinie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 22 listopada 2022 r., pod numerem 2022/S 225646746.

W dniu 10 marca 2023r. wykonawca - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Prime Construction sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Szczecinie (dalej: „Prime Construction” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej, podczas gdy Zamawiający zobligowany był do jej odrzucenia wobec niezgodności oferty z warunkami zamówienia tj. opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ oraz wobec niespełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Prime Construction mimo, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (z SWZ), albowiem Przystępujący w załączniku nr 1a do SWZ

stanowiącym treść oferty (załączniku nr 1 do formularza oferty pn.: „Wykaz materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych") w kolumnie 2 wierszu 3 tabeli nie wskazał innego równoważnego rozwiązania, tj. innej technologii wykonania posadowienia budynków, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że w ramach rozwiązania równoważnego (zamiennego) zastosuje inne technologie (nie wskazując jakie) mimo, że Zamawiający zobowiązał wykonawców w treści SWZ do wskazania w załączniku do oferty rozwiązań równoważnych;

3) art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Prime Construction mimo, iż jej treść jest niezgodna z przepisami ustawy oraz z warunkami zamówienia (z SWZ), albowiem Przystępujący w załączniku nr 1a do SWZ stanowiącym treść oferty (załączniku nr 1 do formularza oferty pn.: „Wykaz materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych") w kolumnie 2 wierszu 1 tabeli wskazał jako rozwiązanie równoważne (zamienne) wykonanie balkonów (płyt balkonowych) budynków A1, A2, A3, B1,

C1 i C2 z betonu szczelnego klasy C35/45 bez wykończenia z płytek gresowych, które jest niepoprawne i technicznie niewykonalne z punktu widzenia obowiązujących przepisów prawa i sztuki budowlanej dla wszystkich balkonów we wskazanych przez Wykonawcę budynkach tj. A1, A2, A3, B1, C1 i C2;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Prime Construction mimo, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania minimalnych wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych zapewniających należyte wykonanie zamówienia, tj. nie wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować kierownikiem budowy zgodnie z wymogiem Zamawiającego wskazanym w Rozdziale V — Warunki udziału w postępowaniu. Podstawy Wykluczenia, pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ.

W oparciu o tak skonstruowane zarzuty odwołania, Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Prime Construction jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz z powodu niezgodności oferty Prime Construction z warunkami zamówienia (SWZ - OPZ).

Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła powyższych wniosków Odwołującego, wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w zakresie:

1) załącznika nr 1a do SWZ (załącznika nr 1 do formularza oferty pn.: „Wykaz materiałów, urządzeń i rozwiązań równoważnych");

2) załącznika nr 7 do SWZ - wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w zakresie w jakim Odwołujący kwestionuje prawidłowość ww. dokumentów.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej naruszył szereg przepisów i wykazał się brakiem rzetelności podczas analizy dokumentów złożonych w toku postępowania przez Przystępującego. Liczne braki i nieścisłości widoczne w dokumentach złożonych przez Prime Construction obligowały Zamawiającego do co najmniej wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie wezwał Prime Construction do złożenia wyjaśnień i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, podczas gdy przy tak istotnych wadliwościach zarówno treści samej oferty jak i dokumentów złożonych na potwierdzenie posiadania minimalnych wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych oferta Prime Construction bez wątpienia powinna zostać odrzucona.

Odnosząc się do zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z brakiem odrzucenia oferty Przystępującego pomimo niewskazania rozwiązania zamiennego (równoważnego) Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w Rozdziale VI — Wymagane dokumenty, pkt 12 SWZ wskazał, że wśród przedmiotowych środków dowodowych należy złożyć zestawienie zgodnie z załącznikiem nr 1a do SWZ (załącznikiem nr 1 do formularza oferty) rozwiązań równoważnych spełniające wymagania Zamawiającego określone w Rozdziale XIX — Opis przedmiotu zamówienia, pkt 7 SWZ — jeżeli wykonawca przewiduje ich zastosowanie oraz dokumenty na potwierdzenie równoważności zastosowanych rozwiązań (jeżeli są konieczne do wykazania równoważności), w tym z załącznikiem nr 13 do SWZ. Zgodnie z Rozdziałem XIX — Opis przedmiotu zamówienia, pkt 7 — Rozwiązania równoważne ppkt 7 SWZ, w stosunku do ewentualnych innych rozwiązań, materiałów, urządzeń uznanych przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego jako równoważne, nie wymaga się złożenia dowodów na ich równoważność. Powyższe nie zwalnia wykonawcy ze sporządzenia wykazu zastosowanych rozwiązań równoważnych i dołączenia go do formularza oferty w formie załącznika nr 1 (załącznik nr 1A do SWZ). W wykazie tym winny znaleźć się wszystkie planowane do zastosowania rozwiązania, materiały, urządzenia równoważne, w tym te, które Zamawiający uznał jako równoważne w toku postepowania przetargowego. W odniesieniu jednak do tych rozwiązań, materiałów i urządzeń wykonawcy w załączniku nr 1 do formularza oferty, w miejscu wymaganego do złożenia dokumentu (dowodu) uwiarygadniającego zastosowanie rozwiązań, materiałów, urządzeń równoważnych wpisują źródło uzyskanej informacji od Zamawiającego o ich równoważności (np. numer odpowiedzi na pytanie zadane w trakcie postępowania przetargowego). Poza ciężarem udowodnienia ich równoważności, pozostałe wymagania Rozdziału XIX pkt 8 SWZ są dla wykonawcy wiążące. Dotyczy to m.in. sporządzenia wykazu rozwiązań równoważnych z podaniem nazwy materiału, urządzenia lub rozwiązania, strony i pozycji dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i SWZ, których rozwiązanie zamienne dotyczy, opracowania dodatkowych obliczeń, projektu zamiennego, w tym złożenia oświadczenia o treści zgodnej ze wzorem stanowiącym załącznik nr 13 do SWZ. Zamawiający zwraca uwagę, że zarówno niezbędne

obliczenia jak i dokumentacja projektowa zamienna nie są dołączane do oferty, tylko zgodnie z treścią załącznika nr 13 do SWZ — winny być dostarczone do Zamawiającego po podpisaniu umowy.

Odwołujący odnosząc się do złożonego przez Prime Construction załącznika nr 1a do SWZ stanowiącego treść oferty stwierdził, że wykonawca ten w kolumnie 2 wierszu 3 tabeli nie wskazał innego równoważnego rozwiązania, tj. innej technologii wykonania posadowienia

budynków, ograniczając się jedynie do stwierdzenia, że w ramach rozwiązania równoważnego (zamiennego) zastosuje inne technologie (nie wskazując jakie) mimo, iż Zamawiający zobowiązał wykonawców w treści SWZ do wskazania w załączniku do oferty rozwiązań równoważnych. Prime Construction zadeklarował zastosowanie innych od przyjętych w dokumentacji projektowej technologii wykonania posadowienia budynków, jednak nie podał jakie konkretnie będą to technologie. Zamiast wskazania wprost w kolumnie 2 wierszu 3 tabeli, jakie inne rozwiązanie technologiczne zamierza zastosować, Prime Construction ograniczył się do sformułowania: „zastosowanie innych od przyjętych w dokumentacji projektowej technologii". Ponadto Odwołujący wskazał, że Prime Construction w kolumnie 2 wierszu 3 tabeli przepisał treść odpowiedzi Zamawiającego na pytanie szczegółowe nr 2 w pytaniu nr 41. Takie działanie Prime Construction należy uznać za nieprawidłowe i nieodpowiadające wymogom Zamawiającego zawartym w SWZ. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w żadnym zakresie nie zwolnił wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu z obowiązku wskazania konkretnego rozwiązania zamiennego (równoważnego), które zamierza zastosować wykonawca robót budowlanych. O ile wykonawcy — zgodnie z SWZ — nie byli zobowiązani do przedkładania dowodów na potwierdzenie równoważności, o tyle byli zobligowani do sprecyzowania wprost jakie rozwiązanie równoważne zamierzają zastosować wraz ze wskazaniem miejsca jego zastosowania/wbudowania. Tymczasem treść załącznika stanowiącego część formularza oferty Prime Construction w żadnym zakresie nie wskazuje na jakie rozwiązanie zamienne (równoważne) zdecydował się ww. Przystępujący. To zaś uniemożliwia weryfikację, czy rozwiązanie zamienne, które Prime Construction zastosowałby w trakcie wykonywania umowy, byłoby zgodne z wymogami Zamawiającego. W wykazie tym muszą znaleźć się wszystkie planowane przez wykonawcę rozwiązania równoważne, uznane przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego za równoważne. Nie wystarczy zatem ograniczenie się do napisania w treści oferty — tak jak to uczynił Prime Construction — że posadowienie budynków A1, A2, A3, B1, C1 oraz C2 zostanie dokonane poprzez zastosowanie innych technologii, ale nie wiadomo jakich konkretnie. Nie można więc wykluczyć, że rozwiązanie, które zastosowałby Przystępujący w toku realizacji zamówienia nie będzie powodować drgań i wibracji w obrębie istniejącej zabudowy w sąsiedztwie inwestycji, co z kolei spowodowałoby obniżenie własności użytkowych czy uszkodzenie sąsiednich budynków, na co wskazał sam Zamawiający w odpowiedzi na pytanie do SWZ nr 41. W konsekwencji, skoro Prime Construction zaniechał powyższego, ograniczając się do sformułowania, że zastosuje „inne" posadowienie budynków od przyjętych w dokumentacji projektowej technologii. Takie rozwiązanie jako niezgodne z warunkami zamówienia powinno bezwzględnie skutkować odrzuceniem oferty Przystępującego.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Prime Construction w załączniku nr 1a do SWZ (załączniku nr 1 do formularza oferty) w kolumnie 2, wierszu 1 wskazał jako rozwiązanie równoważne (zamienne): „Balkony budynków A1, A2, A3, B1, C1 i C2, prefabrykowane z betonu szczelnego klasy C35/45 bez wykończenia z płytek gresowych.". Według Odwołującego, zaproponowane rozwiązanie równoważne jest niepoprawne i technicznie niewykonalne z punktu widzenia wymogów prawa i sztuki budowlanej dla wszystkich balkonów we wskazanych przez Prime Construction budynkach ti. A1, A2, A3, B1, C1 oraz C2. Wyjaśnił bowiem, że prefabrykowane balkony, w których płyta balkonowa wykonana z betonu szczelnego C35/45 będzie stanowiła jednocześnie warstwę wierzchnią balkonu (bez konieczności wykonania warstw wykończeniowych, w tym płytek), można wykonać wyłącznie w miejscach, w których znajdują się przekładki termiczne w konstrukcji. Zastosowanie opisanego rozwiązania budowlanego w przypadku, gdy projekt budowlany nie przewiduje zastosowania we wszystkich balkonach przekładek termicznych (jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu), skutkować będzie powstaniem mostków termicznych oraz przemarzaniem na sufitach i ścian w lokalach mieszkalnych, co w rezultacie spowoduje pogorszenie parametrów technicznych budynków. Odwołujący wskazał, że projekt budowlany wykonany na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego nie przewiduje możliwości wykonania na wszystkich balkonach ww. budynków płyty balkonowej, której konstrukcja będzie stanowiła jednocześnie ich wierzchnią warstwę wykończeniową i jako taka nie będzie wymagała wykonania warstw wykończeniowych, w tym choćby z płytek gresowych. Świadczy o tym fakt, że nie wszystkie balkony ww. budynków posiadać będą przekładki termiczne.

Odwołujący na potrzeby wykazania, że zaoferowane przez Prime Construction rozwiązanie zamienne w postaci wykonania płyty balkonowej z betonu szczelnego C35/45 stanowiące lico płyty balkonowej przy jednoczesnej rezygnacji z wykończenia z płytek gresowych jest niepoprawne i technicznie niewykonalne z punktu widzenia wymogów prawa i sztuki budowlanej dla wszystkich balkonów w budynkach A1, A2, A3, B1, C1, C2, przedstawił Opinię rzeczoznawcy budowlanego dr inż. bud. Jana Lorkowskiego, który jednoznacznie stwierdził niezgodność rozwiązania oferowanego przez Prime Construction z wymogami Zamawiającego.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że zaoferowane przez Prime Construction rozwiązanie z jednej strony jest niezgodne z warunkami zamówienia (nie odpowiada wymogom SWZ), z drugiej zaś jest niezgodne z przepisami ustawy, bowiem nie zapewnia spełnienia wymogów przewidzianych Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 6 listopada 2008 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, które wymaga dla budynku mieszkalnego i zamieszkania zbiorowego w przypadku dachów, stropodachów i stropów osiągniecia

współczynnika przenikania ciepła U_{max} na poziomie 0,25. Rozwiązanie oferowane przez Przystępującego nie gwarantuje osiągnięcia ww. współczynnika na wymaganym przepisami prawa poziomie.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z Rozdziałem V — Warunki udziału w postępowaniu, Podstawy wykluczenia, pkt I ppkt 2 lit, a) SWZ w zakresie zdolności technicznej

lub zawodowej, Zamawiający wskazał, że uzna, że Wykonawca posiada minimalne wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) dysponuje lub będzie dysponować:

- kierownikiem budowy, tj. osobą posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, przynależną do izby inżynierów budownictwa oraz posiadającą minimum pięcioletnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji minimum trzech robót budowlanych, polegających na budowie kompletnego obiektu kubaturowego, w zakresie wielobranżowym (tj. wykonanie robot konstrukcyjno-budowlanych, instalacji sanitarnych i elektrycznych), w tym minimum jednej roboty budowlanej polegającej na budowie minimum 90 lokali mieszkalnych.

Odwołujący zauważył, że w dołączonym do oferty Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ, Przystępujący wskazał jako kierownika budowy p. J. G.. W rubryce: „Doświadczenie na robotach budowlanych, odpowiednio jako kierownik budowy/kierownik robót" Przystępujący nie wskazał i nie sprecyzował dla p. J. G., że posiada on doświadczenie w zakresie konkretnych branż wymaganych przez Zamawiającego, tj.: robót konstrukcyjno-budowlanych, instalacji sanitarnych i elektrycznych — pozostawiając jedynie w opisie doświadczenia p. G. ogólne stwierdzenie dotyczące „zakresu wielobranżowego" przy realizowanych przez niego trzech robotach budowlanych.

Ponadto wskazując w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia dla p. G. jedną z robót budowlanych polegających na budowie kompletnego obiektu kubaturowego, w zakresie wielobranżowym tj. „Budowę budynku mieszkalno-usługowego przy ul. Sowińskiego " Przystępujący nie doprecyzował numeru ulicy, przy którym znajdował się realizowany przez niego obiekt, co nie pozwala w sposób jednoznaczny powiązać doświadczenia wskazanego przez p. G. z obiektami wskazanymi przez Wykonawcę w Wykazie robót budowlanych wykonanych w ostatnich pięciu latach sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ. Powyższe powinno więc zostać doprecyzowane przez Wykonawcę, jednakże Zamawiający zaniechał wezwania

wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. To samo dotyczy spełnienia wymogu minimum jednej roboty budowlanej polegającej na budowie minimum 90 lokali mieszkalnych. Odwołujący wyjaśnił, że Prime Construction nie wskazał, że p. G. spełnia powyższy warunek. Brak takiej informacji rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Jeżeli natomiast Zamawiający tego zaniechał, winien odrzucić ofertę Prime Construction jako złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem bowiem Odwołującego, w związku z tym, że Zamawiający nie skierował do Wykonawcy wezwania do wyjaśnień powyższych wątpliwości co do zakresu doświadczenia p. G., to Zamawiający winien był odrzucić ofertę Prime Construction, gdyż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania minimalnych wymaganych zdolności technicznych lub zawodowych zapewniających należyte wykonanie zamówienia, tj. nie wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować kierownikiem budowy zgodnie z wymogiem Zamawiającego wskazanym w Rozdziale V — Warunki udziału w postępowaniu. Podstawy Wykluczenia, pkt I ppkt 2 lit. a SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

<u>Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.</u>

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła wykonawcę Prime Construction Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Szczecinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zważyła:

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest

właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca -zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. Rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ. Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie sposób uznać, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, a więc że podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczycącego braku wskazania przez Przystępującego w formularzu stanowiącym załącznik nr 1a do SWZ wskazać należy, że Prime Construction w kolumnie 2 wierszu nr 3 tabeli zawartej w ww. załączniku wskazał jako rozwiązanie równoważne „Posadowienie budynków A1, A2, A3, B1, C1 i C2 poprzez zastosowanie innych od przyjętych w dokumentacji projektowej technologii wykonania posadowienia budynków, tj. na palach z jednoczesnym przeprojektowaniem rusztów i płyt fundamentowych oraz z zapewnieniem spójności proponowanych rozwiązań z całością projektów wykonawczych zamiennych oraz projektów zmian do projektów wykonawczych zamiennych, w szczególności w branży konstrukcja, które są zamieszczone w załączniku nr 12 do SWZ.”.

Zauważyć więc należy, że wbrew twierdzeniom i zarzutom Odwołującego Przystępujący nie wskazał w tym załączniku jedynie, że dokona posadowienie budynków A1, A2, A3, B1, C1 i C2 poprzez zastosowanie innych od przyjętych w dokumentacji projektowej technologii wykonania posadowienia budynków. Wykonawca ten bowiem po tych słowach w sposób wyraźny i precyzyjny dookreślił, że posadowienia dokona „na palach z jednoczesnym przeprojektowaniem rusztów i płyt fundamentowych oraz z zapewnieniem spójności proponowanych rozwiązań z całością projektów”. Odwołujący w treści odwołania przytoczył więc w sposób wybiórczy treść zawartą i podaną przez Przystępującego w kolumnie 2, wierszu 3 załącznika nr 1a do SWZ. Izba uznała w konsekwencji, że Przystępujący wskazał równoważny i proponowany przez siebie sposób posadowienia budynków, a więc zarzut okazał się niezasadny. Izba odnosząc się do prezentowanego na rozprawie stanowiska, że wskazane rozwiązanie równoważne jest nieprawidłowe, i jego opisanie jest niewystarczające

stwierdziła, że argumenty i stanowisko to wykracza poza treść zarzutu zawartego w odwołaniu, który opierał się na stwierdzeniu, że Przystępujący zaproponował, że „posadowienie budynków A1, A2, A3, B1, C1 oraz C2 zostanie dokonane poprzez zastosowanie innych technologii, ale nie wiadomo jakich konkretnie”.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 555 PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Nie jest więc możliwe podniesienie nowych zarzutów, ani też rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów, w tym także na rozprawie, a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania.

W związku z powyższym Izba zarzut oddaliła.

Izba za niezasadny uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 5 Pzp dotyczący sposobu wykonania balkonów.

Na wstępie przypomnieć należy, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie szczegółowe nr 15 w pytaniu nr 9 „Czy zamawiający dopuszcza wykonanie balkonów prefabrykowanych z betonu szczelnego klasy C35/45 bez wykończenia z płytek gresowych. Wykończenie z płytek gresowych jest wykończeniem nie trwałym i w okresie eksploatacji co kilka lat będzie trzeba dokonywać wymiany” Zamawiający wskazał, że „dopuszcza jako rozwiązanie równoważne wykonanie balkonów prefabrykowanych z betonu szczelnego klasy C35/45 bez wykończenia w płytek gresowych”.

W ocenie Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie doprecyzował i uzupełnił treść SWZ w sposób wiążący dla wykonawców biorących udział w postępowaniu. Skoro więc Zamawiający dopuścił jako rozwiązanie równoważne wykonanie balkonów prefabrykowanych z betonu szczelnego klasy C35/45 bez wykończenia w płytek gresowych i właśnie takie rozwiązanie zostało wskazane przez Przystępującego w kolumnie 1 wierszu 1 załącznika nr 1a do SWZ, gdzie wykonawca wprost wskazał na „Balkony budynków A1, A2, A3, B1, C1 i C2, prefabrykowane z betonu szczelnego klasy C35/45 bez wykończenia z płytek gresowych”, to nie sposób uznać, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp przypomnieć należy, że zgodnie z powyższym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Podkreślić należy, że niezgodność oferty z ustawą zachodzi w sytuacji, gdy oferta ta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane jej podstawie. Nie stanowi natomiast podstawy do odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu ewentualna niezgodność oferty z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 6 listopada 2008 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 201, poz. 1238).

W konsekwencji również ten zarzut podlegał oddaleniu jako niezasadny.

Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na wstępie wskazać należy, że Zamawiający w rozdziale V pkt 2 lit. a SWZ wskazał, że uzna, że Wykonawca posiada minimalne wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że: a) dysponuje lub będzie dysponować: - kierownikiem budowy, tj. osobą posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, przynależną do izby inżynierów budownictwa oraz posiadającą minimum pięcioletnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji minimum trzech robót budowlanych, polegających na budowie kompletnego obiektu kubaturowego, w zakresie wielobranżowym (tj. wykonanie robot konstrukcyjno-budowlanych, instalacji sanitarnych i elektrycznych), w tym minimum jednej roboty budowlanej polegającej na budowie minimum 90 lokali mieszkalnych.

Izba ustaliła, że w złożonym przez Przystępującego załączniku nr 7 do SWZ „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” Przystępujący jako kierownika budowy wskazał osobę p. Jakuba G.. W kolumnie 4 wykazu

„Doświadczenie na robotach budowlanych, odpowiednio jako kierownik budowy/kierownik robót" Przystępujący podał: „Posiada powyżej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy polegających na budowie kompletnych obiektów kubaturowych w zakresie wielobranżowym, przynależy do izby inżynierów budownictwa:

1. Budowa budynku mieszkalno-usługowego przy ul. Sowińskiego,

2. Budowa budynków mieszkalno-usługowych przy ul. Powstańców Wlkp. Ornament, budynek B4a, B4b,

3. Budowa budynku mieszkalno-usługowego przy ul. Powstańców Wlkp. Ornament budynek B2".

Mając powyższe na uwadze Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że na podstawie informacji zawartych w wykazie osób brak było możliwości oceny, czy Przystępujący wykazał spełnienie warunku o którym mowa w Rozdziale V pkt 2 lit. a SWZ.

Na wstępie odnosząc się do żądania Odwołującego dotyczącego odrzucenia oferty Prime Construction na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Czynność Zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty (przy niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu) musi być jednak poprzedzona (jeżeli zajdą takie okoliczności) procedurą wyjaśniania lub uzupełniania

dokumentów i/lub oświadczeń (art. 128 ust. 1 Pzp). Tym samym nie jest możliwe nakazanie Zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wykonawcy bez wcześniejszego wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp za przedwczesny. Nie mniej jednak Izba podzieliła stanowisko i zarzuty Odwołującego, że Przystępujący nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym koniecznym stało się nakazanie Zamawiającemu wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu o informacje niezbędne do oceny, czy Przystępujący warunek ten spełnia.

Wskazać bowiem należy, że ze złożonego wykazu nie wynikało, że zakres prac branżowych obejmował roboty konstrukcyjno-budowlane, instalacji sanitarnych i elektryczne. W opisie doświadczenia p. J. G. znajdowało się bowiem ogólne stwierdzenie dotyczące „zakresu wielobranżowego", które nie pozwalało na ocenę, czy zakres prac branżowych obejmował prace wymagane w postawionym przez Zamawiającego warunku. Ponadto Izba ustaliła, że ze złożonego wykazu osób nie wynikało także, że którakolwiek ze wskazanych inwestycji obejmowała swoim zakresem wykonanie 90 mieszkań. Odnosząc się do inwestycji wskazanej w punkcie 1 zauważyć należy, że Przystępujący nie podał numeru ulicy, przy którym znajdował się realizowany przez niego obiekt, co w ocenie Izby nie pozwalało Zamawiającemu w sposób jednoznaczny powiązać doświadczenia wskazanego przez p. J.G. z obiektem wskazanymi przez Przystępującego w Wykazie robót budowlanych wykonanych w ostatnich pięciu latach sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ. Zamawiający oceniając spełnienie przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu nie może domniemywać żadnych informacji nie wynikających z wykazu, to bowiem prowadziłoby do naruszenia jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych wynikających z przepis 16 Pzp – zasady przejrzystości.

W związku z tym, Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym w przypadku gdy wykonawca nie złoży podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Tym samym wówczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz osób nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie Zamawiającego aktualizuje się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Izba oddaliła następujące dowody złożone na posiedzeniu przez Przystępującego:

1) Dziennik budowy dot. inwestycji przy Sowińskiego,

2) List referencyjny wystawiony przez spółkę WSD SPV 4 Sp. z o.o.,

3) Umowę o wykonawstwo z dnia 14.10.2019 roku,

4) Decyzja z Zachodniopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z 07.12.2016 roku.

Wskazać należy, że Izba na etapie niniejszego postępowania odwoławczego oceniała prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na weryfikacji podmiotowej wykonawcy, a więc czy Zamawiający mógł uznać na podstawie złożonego wykazu osób, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku opisanego w rozdziale V ust. 2 lit. a) SWZ. Wykazywanie więc spełnienia warunku musi nastąpić w postępowaniu przetargowym, nie zaś w postępowaniu przed Izbą. Dlatego też Izba oddaliła wniosku dowodowe mające na celu wykazanie spełnienia przez Przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

W związku z tym, że Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, a stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio ½ do ½ to Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł, koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę w kwocie 125,55 zł (łącznie 20 125,55 zł). Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 10 063 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Izba oddaliła wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów poniesionych na sporządzenie opinii sporządzonej przez Biuro Inwestycyjno Projektowe BIP-BUD przez dr. inż. bud. ląd. Jana Lorkowskiego w kwocie 7 800 zł. Wskazać należy, że zgodnie z § 5 ust. 2 lit. d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej ,,kosztami'', zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego. Izba w przedmiotowym postępowaniu odmówiła dopuszczenia ww. dowodu złożonego przez stronę stwierdzając, że dowód ten jako opinia prywatna stanowi jedynie

poparcie stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Ponadto wskazać należy, że Izba oddaliła w całości zarzut dotyczący okoliczności objętych ww. opinią uznając, że jest on bezzasadny.

Przewodniczący: ……