Sygn. akt: KIO 3213/24

WYROK

z dnia 30 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 roku przez wykonawcę ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Szkołę Główną Handlową w Warszawie z siedzibą w Warszawie

przy udziale Przystępujących zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego:

1) ZAB-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;

2) Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;

3) Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa

z siedzibą w Regułach

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - ERBUD Spółkę Akcyjną z siedzibą

w Warszawie w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

KIO 3213/24

UZASADNIENIE

Szkoła Główna Handlowa w Warszawie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa zabytkowego budynku „A" na terenie Kampusu Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie przy ul. Rakowieckiej 24", w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023r., poz. 1605 ze zmianami, dalej: Pzp), którego przedmiotem są roboty budowlane. Ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr: 113032-2024 OJ S 39/2024 z dnia 23 lutego 2024 r.

Dnia 2 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, odwołanie na podstawie art. 513 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący").

Odwołanie złożono na niezgodne z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegające na:

1) Wyborze jako najwyżej ocenionej, a zatem najkorzystniejszej, oferty ZAB-BUD Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Spółka ZABBUD") dokonanej pismem Zamawiającego datowanym na 20 sierpnia 2024 r., a opublikowanym na stronie prowadzonego postępowania w dniu 21 sierpnia 2024 r.;

2) Zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców:

a. Spółki ZAB-BUD;

b. Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Spółka BUDIMEX");

c. Climamedic Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki Komandytowej z siedzibą

w Regułach (dalej jako: „Spółka CLIMAMEDIC");

d. PRK 7 Nieruchomości Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Warszawie (dalej jako: „Spółka PRK7").

3) Zaniechaniu wykluczenia wykonawców i odrzucenia ich ofert:

a. Spółki ZAB-BUD;

b. Spółki BUDIMEX;

c. Spółki CLIMAMEDIC;

d. Spółki PRK7.

4) Ewentualnie zaniechaniu wezwania:

a. Spółki ZAB-BUD do uzupełnienia dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie

do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania, że wskazany kierownik budowy posiada wymagane 7 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, a kierownicy robót instalacyjnych – posiadają odpowiednio

wymagane 5 lub 3 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w odpowiednim zakresie – każdy;

b. Spółki ZAB-BUD do złożenia wykazu robót budowlanych lub innych podmiotowych

środków dowodowych, które potwierdzałyby faktyczną wartość robót polegających na: „przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych była nie mniejsza niż 45.000.000 zł brutto";

c. Spółki ZAB-BUD do uzupełnienia oraz Spółki PRK 7 do uzupełnienia zobowiązania do

oddania zasobów przez podmiot trzeci.

5) Zaniechaniu obligatoryjnego wezwania Spółki ZAB-BUD, a także Spółki BUDIMEX,

Spółki CLIMAMEDIC oraz Spółki PRK7 do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny istotnych części składowych ceny (zawartych w Rozbiciu Cenowym Oferty, tj. załączniku nr 4 do SWZ), które w świetle zasad wynikających z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, 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 bądź to zaniechaniu odrzucenia ofert ww. wykonawców na zasadach art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp;

6) Zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej spośród ofert

niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazywał na naruszenia:

1. art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) lub art. 226 ust.

1 pkt 3) lub 7) Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie obligatoryjnego wezwania Spółki ZAB-BUD, a także Spółki BUDIMEX, Spółki CLIMAMEDIC oraz Spółki PRK7 do udzielenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny istotnych części składowych ceny (zawartych w Rozbiciu Cenowym Oferty, tj. załączniku nr 4 do SWZ), które, w świetle zasad wynikających z art. 224 ust. 2 pkt 1) Pzp, 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 bądź to zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców na zasadach art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp, tj.:

a) w ofercie Spółki ZAB-BUD – pozycja nr:

1.2.2 Szacht windowy żelbetowy jest o 39%,

1.2.4 Konstrukcje pod urządzenia, pomosty (konstrukcje żelbetowe i stalowe) jest o 91%,

1.2.5 Piwnice (konstrukcje żelbetowe i stalowe) o 95%,

1.2.6 Poziom 0 (rozbiórki, konstrukcje żelbetowe i stalowe) jest o 83%,

1.2.7 Poziom +1 (rozbiórki, konstrukcje żelbetowe) jest o 82%,

1.2.8 Poziom +2 Antresola (rozbiórki, konstrukcje żelbetowe i stalowe) jest o 82%,

1.2.9 Poziom +3 (rozbiórki, konstrukcje żelbetowe) jest o 77%,

1.4 Roboty wykończeniowe na parterze, półpiętrze, piętrze 1, piętrze 2 i piętrze 3 w zakresie posadzek i sufitów, w szczególności izolacje podposadzkowe, posadzki cementowe, posadzki żywiczne, posadzki płytkowe, posadzki z wykładziny z tworzyw sztucznych, posadzki z parkietu, sufity kasetonowe jest o 54%,

1.5 Roboty wykończeniowe na parterze, półpiętrze, piętrze 1, piętrze 2 i piętrze 3 w zakresie robót murowych i okładzin ścian, w szczególności ścianki działowe, tynki wewnętrzne, izolacje pionowe, licowanie ścian płytkami, malowanie farbami powierzchni wewnętrznych tynków jest 52%,

1.6 Elewacja zewnętrzna, w szczególności odbicie tynków z zaprawy wapiennej, naprawa powierzchni murów, spoinowanie murów z cegły zabytkowej, odsalanie kamienia, uzupełnienie tynków zewnętrznych, szpachlowanie ścian, odsłonięcie fundamentów, naprawa fundamentów, izolacja pionowa fundamentów, zasypanie fundamentów, przebudowa czerpni i wyrzutni, wykonanie warstw podbudowy i nawierzchni jest o 64%,

1.9 Wyposażenie, w szczególności wycieraczki systemowe, identyfikacja wizualna, daszek szklany, poręcze ścienne, szatnia półautomatyczna, dźwig osobowy jest o 56%,

7 Instalacje sygnalizacji pożarowej SAP jest o 54%,

niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;

b) w ofercie Spółki BUDIMEX – pozycja nr:

1.1 Roboty ziemne - wykopy i zasypki jest o 93%,

1.2.5 Piwnice (konstrukcje żelbetowe i stalowe) o 79%,

1.3 Roboty wykończeniowe na poziomie -1, w szczególności izolacje poziome metodą iniekcji, posadzki cementowe, izolacje pod posadzkowe, posadzki żywiczne, posadzki płytkowe jest o 52%,

1.5 Roboty wykończeniowe na parterze, półpiętrze, piętrze 1, piętrze 2 i piętrze 3 w zakresie robót murowych i okładzin ścian, w szczególności ścianki działowe, tynki wewnętrzne, izolacje pionowe, licowanie ścian płytkami, malowanie farbami powierzchni wewnętrznych tynków jest 53%

niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;

c) w ofercie Spółki CLIMAMEDIC – pozycja nr:

1.9 Wyposażenie, w szczególności wycieraczki systemowe, identyfikacja wizualna, daszek szklany, poręcze ścienne, szatnia półautomatyczna, dźwig osobowy jest o 56% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert;

d) w ofercie Spółki PRK7 – pozycja nr:

1.7 Dach, w szczególności izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe, pokrycie dachu, ścianki działowe, ocieplenie ścian budynków, wyprawa elewacyjna cienkowarstwowa, obróbki z blachy jest o 58%

niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 lub 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Spółka ZAB-BUD, tj. wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub innych dokumentów lub oświadczeń, ewentualnie poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wykazu osób lub innych podmiotowych środków dowodowych, które potwierdzałyby, że:

a) osoba kierownika budowy (p. D. M.) zdobyła: „co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjnobudowlanej”,

b) osoba Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (p. M. R.) zdobyła: „co najmniej 5 letnie

doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,"

c) osoba Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (p. R. S.) zdobyła: „co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,"

d) osoba Kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych (p. M. G.) zdobyła: „co najmniej 3 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych",

a nadto, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia przez Spółkę ZAB-BUD wykazu robót budowlanych lub innych podmiotowych środków dowodowych, które potwierdzałyby faktyczną wartość robót polegających na: „przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych była nie mniejsza niż 45.000.000 zł brutto", w sytuacji, gdy Spółka ZAB-BUD wykazała doświadczenie wskazujące na wykonanie robót, w skład których wchodziły oprócz: „przebudowy", nadto: „rozbudowa" i „nadbudowa" Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Krakowie, co prowadzi do wniosku, że Spółka ZAB-BUD nie wykazała wartości robót polegających tylko na „przebudowie lub remoncie"

w ramach całości wykonanych robót, a w konsekwencji nie wykazała spełniania warunku udziału w postępowaniu.

3. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez nieprawidłowe przyznanie Spółce ZAB-BUD 12 punktów za pozacenowe kryterium oceny ofert: „Doświadczenie kierownika budowy", pomimo, że z treści Załącznika nr 5, składanego wraz z ofertą Spółki ZAB-BUD dla wykazania doświadczenia koniecznego dla zdobycia dodatkowych punktów za ww. kryterium pozacenowe nie wynika, że osoba kierownika budowy zdobyła „doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie" na obiektach o wymaganych parametrach w zakresie każdego z trzech wykazanych obiektów budowlanych, ponieważ w wykazie tym brak jest informacji na temat okresu doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy przez p. D. M. na każdym z wymienionych zadań, a jednocześnie informacja ta nie podlega uzupełnieniu, stosownie do art. 223 ust. 1 Pzp,

4. art. 109 ust. 1 pkt 8) lub pkt 10) w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Spółki ZABBUD i odrzucenia jej oferty, pomimo że w sprawie zmaterializowały się przesłanki wykluczenia, o których mowa w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8) albo pkt 10) Pzp, ponieważ Spółka ZAB-BUD w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub która zataiła te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych albo która w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez oświadczenie, że:

- osoba Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (p. M. R.) zdobyła: „doświadczenie w kierowaniu robotami instalacyjnymi nieprzerwanie przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego wykonania instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych w obiekcie użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto," a

- osoba Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (p. R. S.) zdobyła: „doświadczenie w kierowaniu robotami elektrycznymi nieprzerwanie przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu

dotyczącego wykonanie instalacji elektrycznych w obiekcie użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlanoinstalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto,", poprzez wykazanie doświadczenia zdobytego przy wykonywaniu zadania pt.: „Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 6 – Zadanie 2 – Prace konserwatorskie, restauratorskie, roboty budowlane prowadzące do przywrócenia lub nadania obiektom nowych funkcji, wraz z zakupem sprzętu i wyposażenia niezbędnego do realizacji projektu w zakresie obiektu przy ul. Roosevelta 15" w zakresie kierowania robotami o każdej ze specjalności była wyższa niż 20.000,000,00 złotych brutto, gdy tym czasem z informacji uzyskanych przez Odwołującego wynika, że cała wartość tego zadania inwestycyjnego była niższa niż 20.000,000,00 złotych brutto i wynosiła 15.721.703,79 złotych brutto, a w konsekwencji osoby te nie mogły kierować „robotami budowlano-instalacyjnymi, odpowiednio sanitarnymi albo elektrycznymi o wartości nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto" – każda z nich, a nadto wartość samych jedynie „robót budowlanoinstalacyjnych" nie mogła przekraczać 20.000.000,00 zł brutto w każdej z branż (tj.: „instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych" oraz „instalacji elektrycznych"), skoro w zakres zamówienia wchodziły jeszcze inne rodzaje robót i dostaw wyposażenia oraz pozostałe zakresy robót i usług budowlanych.

5. art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) Pzp (a w przypadku Spółki PRK 7 także art. 7 pkt 27) Pzp) w związku z art. 118 ust.

2, 3 i 4 oraz art. 112 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty:

5.1 Spółki ZAB-BUD, pomimo iż Wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż nie wykazał realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia (tj. w zakresie wykazu wykonanych robót oraz zaświadczeń (referencji) dla nich wystawionych), co wynika z treści:

a) zobowiązania do oddania do dyspozycji Spółki ZAB-BUD zasobów wiedzy i doświadczenia na potrzeby realizacji zamówienia, złożonego przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "Chemobudowa - Kraków" Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, którego treść jest zbyt ogólna i lakoniczna aby można było uznać, że oddanie zasobów ma charakter realny, a nie pozorny, iluzoryczny;

b) braku wskazania w ofercie Spółki ZAB-BUD, że zamierza korzystać z podwykonawstwa w zakresie robót ogólnobudowlanych, konserwatorskich, wykończeniowych i instalacyjnych oraz robót ziemnych, rozbiórkowych, zagospodarowania terenu, które to roboty zamierza wykonać: „przy udziale podwykonawców", których nazwy i dane (firm) nie są znane na tym etapie postępowania, a zatem innych niż Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "Chemobudowa - Kraków" S.A., któremu z kolei nie zamierza powierzyć do wykonania żadnych robót, a zamierza korzystać z jego wiedzy i doświadczenia

co czyni złożone zobowiązanie do oddania do dyspozycji Spółki ZAB-BUD zasobów wiedzy i doświadczenia iluzorycznym i pozornym.

5.2 Spółki PRK7, pomimo iż Wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, gdyż nie wykazał realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia (tj. w zakresie wykazu wykonanych robót oraz zaświadczeń (referencji) dla nich wystawionych), co wynika z treści:

a) zobowiązania do oddania do dyspozycji Spółki PRK7 zasobów wiedzy i doświadczenia na potrzeby realizacji zamówienia, złożonego przez PTB NICKEL Sp. z o.o. z siedzibą w Jelonku koło Poznania, którego treść jest zbyt ogólna i lakoniczna aby można było uznać, że oddanie zasobów ma charakter realny, a nie pozorny, iluzoryczny;

b) braku wskazania w ofercie Spółki PRK7, w jakim konkretnie przedmiocie i zakresie (rzeczowym i wielkości, ilości) zamierza korzystać z podwykonawstwa na: „część robót budowlano – instalacyjnych", które to roboty zamierza wykonać: „przy udziale podwykonawców:" „PTB NICKEL Sp. z o.o., Jelonek k/Poznania 62-002 Suchy Las, ul. Obornicka 6B", przy czym jednocześnie wskazania w zobowiązaniu do oddania zasobów na zamiar przejęcia do wykonania całości zamówienia, co czyni złożone zobowiązanie do oddania do dyspozycji Spółki ZAB-BUD zasobów wiedzy i doświadczenia iluzorycznym i pozornym oraz sprzecznym z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, tj. art. 7 pkt 27) Pzp.

6. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Spółki BUDIMEX, mimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu, a nadto nie złożył oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 110 ust. 2 i 3 Pzp, tj. nie skorzystał z procedury tzw. self-cleaning w zakresie opisania wskazania wszystkich przypadków, w których doszło do naruszenia obowiązków zawodowych, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, zaś złożone w załączeniu do Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 110 ust. 2 i 3 Pzp dotyczą przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, a nie przesłanek, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, a zatem nie są wystarczające do wykazania, że Spółka BUDIMEX nie podlega wykluczeniu z postepowania.

7. art. 226 ust 1 pkt 5) Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty:

7.1 Spółki CLIMAMEDIC, mimo że treść tej oferty jest niezgoda z warunkami zamówienia w zakresie w jakim oferta Spółki CLIMAMEDIC nie obejmuje wyceny aż trzech kolumn, zatytułowanych łącznie: „Szacunkowa wartość robót i kwoty wynagrodzenia przysługujące Podwykonawcom", a zawartych w Rozbiciu Cenowym Oferty, tj. załączniku nr 4 do SWZ, gdzie

należało podać ceny każdej z pozycji od 1 do 16 w kolumnie nr 5 (NETTO [PLN]), kolumnie nr 6 (VAT [%]), kolumnie nr 7 (BRUTTO [PLN]), a w konsekwencji nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia przez ww. Wykonawcę ponieważ nie jest możliwe zastosowanie Rozbicia Cenowego Oferty zgodnie z celem, któremu ma służyć;

7.2 Spółki KRP 7, mimo że treść tej oferty jest niezgoda z warunkami zamówienia w zakresie w jakim oferta Spółki KRP7 nie obejmuje wyceny wiersza nr 1 Roboty budowlane, zawartego w Rozbiciu Cenowym Oferty, tj. załączniku nr 4 do SWZ, gdzie należało podać ceny każdego z wierszy od 1 do 16, a w konsekwencji nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia przez Wykonawcę, ponieważ nie jest możliwe zastosowanie Rozbicia Cenowego Oferty zgodnie z celem, któremu ma służyć.

Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

Spółki ZAB-BUD,

3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców: Spółki ZAB-BUD, Spółki

BUDIMEX, Spółki CLIMAMEDIC, Spółki PRK7 po uprzednim ich wykluczeniu lub na podstawie innych podanych przesłanek odrzucenia, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów podmiotowych (w możliwym do uzupełnienia lub wyjaśnienia zakresie) oraz

4. nakazanie ponownej oceny niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych

w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów podano, że w dniu 21 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Spółki ZAB-BUD. Z pisma wynika jednocześnie, że Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert wykonawców: Spółki ZAB-BUD, Spółki BUDIMEX, Spółki CLIMAMEDIC, Spółki PRK7, a w konsekwencji zaniechał ewentualnego wezwania wykonawców do uzupełnienia lub wyjaśnienia w możliwym zakresie treści złożonych ofert lub dokumentów podmiotowych lub wykluczenia wykonawców, których treść oferty nie podlega wyjaśnieniu lub uzupełnieniu. Zarzut nr 1 – naruszenie przepisów art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) lub art. 226 ust. 1 pkt 3) lub 7) Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp

Każdy z wykonawców czyli ZAB-BUD, BUDIMEX, CLIMAMEDIC oraz PRK7 dopuścił się złożenia w załączniku nr 4 do SWZ – „Rozbiciu Cenowym Oferty" (dalej także jako: „RCO"), istotnych cen jednostkowych (części składowych ceny) w sposób, który winien skutkować bądź odrzuceniem ofert z powodu zaoferowania rażąco niskiej części składowej ceny bądź wezwaniem przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, mających na celu obalenie domniemania, że złożone istotne części składowe ceny są rażąco niskie.

Powyższe wynika wprost z art. 224 ust. 1 i art. 224 ust. 1 pkt 2) Pzp, które wskazują na obowiązek Zamawiającego wezwania do wyjaśnień mających na celu obalenie domniema złożenia oferty z rażąco niską istotną częścią składową ceny, w przypadku, gdy część cen jednostkowych (istotnych części składowych ceny) musi wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, skoro każdorazowo są one niższe o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W tej sytuacji wezwanie do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami potwierdzającymi poprawność każdej z istotnych części składowych ceny jawi się jako obligatoryjne.

Odwołujący dokonał obliczenia polegającego na sporządzeniu tabeli z ostateczną wartością (po poprawieniu przez Zamawiającego omyłek pisarskich i rachunkowych) istotnych części składowych każdej z pięciu złożonych ofert i ustalił wskaźniki procentowe, o które dane istotne części składowe ofert cenowych są niższe od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W oparciu o opisane wyżej obliczenia Odwołujący ustalił, że każdy z czterech konkurencyjnych wykonawców zaoferował istotne części składowe ceny.

W odniesieniu do ceny każdego z Wykonawców „istotne części składowe" ceny ofert wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wykonawcy wycenili „istotne części składowe" swoich cen ofertowych, niżej o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej cen dla tych części składowych wynikających ze wszystkich złożonych ofert. W skrajnych przypadkach (np.: BUDIMEX w pozycji 1.1 Roboty ziemne -wykopy i zasypki) ich wyceny wynoszą około 7% wartości średniej arytmetycznej cen dla tych części składowych wynikających ze wszystkich złożonych ofert. W tych przypadkach, w ocenie Odwołującego nie ma możliwości racjonalnego wyjaśnienia okoliczności uzasadniających zaoferowanie tak niskich „istotnych części składowych" cen ofertowych. Możliwe jest zatem, że konkurencyjni wykonawcy, którzy zaoferowali tak niskie „istotne części składowe" swoich cen ofertowych popełnili błąd lub niepodlegającą poprawieniu omyłkę rachunkową w obliczeniu „istotnej części składowej" swojej ceny ofertowej bądź to celem ich działania było zakłócenie uczciwej konkurencji.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XII. pkt 8. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"): „Treść oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji Warunków Zamówienia", a zgodnie z postanowieniami rozdział XV. SWZ:

„1 . W celu obliczenia ceny oferty, wykonawca wypełnia formularz oferty, stanowiący Załącznik nr 3 do SWZ oraz załącznik nr 4 do SWZ – Rozbicie cenowe oferty, które stanowi integralną część oferty.

2. W formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ należy wpisać łączną cenę

(brutto) w pkt. 1 formularza oferty, wynikającą z sumy brutto Rozbicia cenowego oferty stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ. W ten sposób obliczona łączna ryczałtowa cena brutto podana w złotych jest ceną ofertową i służyć będzie do porównania złożonych ofert.

3. Integralną częścią oferty jest także zawarte w Załączniku Nr 4 do SWZ – Rozbicie

Cenowe Oferty. W przypadku niezłożenia wskazanego dokumentu, pominięcia lub dopisania pozycji, brak ceny jakiejkolwiek pozycji Rozbicia Cenowego Oferty, spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 Ustawy Pzp z uwagi na fakt, że służyć będzie jako element niezbędny do rozliczania poszczególnych rodzajów robót budowlanych."

Z powyższym wprost korespondują postanowienia rozdziału XVII SWZ, gdzie w punkcie 3 lit. e) wskazuje się na obowiązki związane z zawarciem umowy, tj.:

> „3 . W celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawca, którego ofertę wybrano, jako najkorzystniejszą przed podpisaniem umowy:

(…) e) przedstawia Tabelę Cen Jednostkowych, o której mowa we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ,"

Tabela Cen Jednostkowych jest faktycznie rozwinięciem Rozbicia Cenowego Oferty, co opisano w postanowieniach projektu umowy, w której definiuje się pojęcia: „Rozbicia Cenowego Oferty" – paragraf 1 pkt 49), „Tabeli Cen Jednostkowych" – pkt 52).

Nadto w projekcie umowy o „Rozbiciu Cenowych Oferty" jest mowa o faktycznym znaczeniu RCO, tj. w:

- paragrafie 1 pkt 29) i paragrafie 14 ust. 6 i ust. 7 lit. a) i b) oraz ust. 9. i 10. w zakresie

znaczenia ww. RCO dla odbiorów częściowych,

- paragrafie 3 ust. 5. w zakresie znaczenia RCO dla sporządzenia i stosowania

harmonogramów,

- paragrafie 13 ust. 1. I ust. 2. lit. a) i b) w zakresie warunków płatności częściowych, -

paragrafie 20 ust. 7 lit. b) i e) w zakresie rozliczeń z podwykonawcami,

- paragrafie 29 ust. 4., 5. i 13. – 15., w zakresie zmian umowy i sporządzania

kosztorysów różnicowych, rozliczania robót zamiennych, robót dodatkowych lub robót zaniechanych lub rozbijania RCO na pozycje częściowe, w związku ze zmianami umowy.

Zatem podane w RCO ceny jednostkowe stanowią istotne części składowe ceny, o których mowa w art. 224 ust. 1 Pzp, a w konsekwencji – w razie jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności obliczonych istotnych części składowe ceny, rozważyć należy bądź to zastosowanie procedury wezwania opisanej szczegółowo w art. 224 wraz z opisem zakresu i przedmiotu wyjaśnień oraz dowodów składanych przez wezwanego wykonawcę albo od razu zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 3) lub 7) wobec przyjęcia założenia, że tak zaniżone istotne części składowe ceny mają na celu uzyskanie nieuczciwej przewagi konkurencyjnej poprzez konieczność zachowania podanych w RCO cen i stosowania ich na wypadek opisanych wyżej

postanowień Umowy, co ma wymierne przełożenie na przepływy finansowe w trakcie realizacji zamówienia, na procedury zmiany umowy czy kontraktację podwykonawców.

<u>Zarzut nr 2 – naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 lub 4 w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp</u>

Z treści oferty ZAB-BUD uzupełnionej za pismem z dnia 05 sierpnia 2024 r. o dalsze dokumenty podmiotowe wynika, że Spółka ZAB-BUD dysponuje osobami:

- Kierownika budowy (p. D. M.),

- Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń

cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (p. M. R.),

- Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń

elektrycznych i elektroenergetycznych (p. R. S.),

- Kierownika robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych

(p. M. G.), którzy winni wykazywać się zdobyciem 7, 5 lub 3 letniego doświadczenia zawodowego (liczonego od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu danymi robotami budowlanymi w danej specjalności.

Z wykazu osób nie wynika jednak jakie to konkretnie doświadczenie w kierowaniu danymi robotami budowlanymi w danych specjalnościach zdobyła każda ze zgłoszonych osób. W to miejsce Spółka ZAB-BUD złożyła blankietowe oświadczenia, z których treści nie można wywnioskować nic poza powtórzeniem warunku udziału w postępowaniu.

Podobnie ZAB-BUD potraktował kwestię wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Warunkiem, którego spełnienie należało wykazać jest wykazanie się doświadczeniem w należytym wykonaniu: „co najmniej jednej roboty budowlanej polegającą na przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlanoinstalacyjnych nie mniejszej niż 45.000.000 zł brutto".

ZAB-BUD wskazał na robotę „Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie", o łącznej wartości wykonanych robót wynoszącej 60 133 010,41 zł brutto, z blankietowym odniesieniem się do wartości robót, o których mowa w opisie warunku udziału w postępowaniu.

Konieczność potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na skonkretyzowaniu i zindywidualizowaniu opisywanych doświadczeń zawodowych osób, które mają być skierowane do realizacji zamówienia, tak aby podane przez wykonawców informacje były możliwe do oceny pod kątem przydatności danego doświadczenia zawodowego dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu i możliwe do zweryfikowania pod katem rzetelności ich przedstawienia. Wątpliwości budzi podana informacja na temat wysokości robót związanych z przebudową wykazanego Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie. W szczególności, gdyby wartość ta została obliczona dokładnie,

to w wykazie przedstawiono by konkretną kwotę, a nie powtórzono brzmienie warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 3 – naruszenie przepisów art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 16 pkt 1-3 Pzp

W postępowaniu zastosowano, oprócz kryterium dotyczącego „Ceny" o wadze 88%, także kryterium pozacenowe: „Doświadczenie Kierownika Budowy", którego waga wynosi 12% na 100% punktów możliwych do uzyskania za obydwa kryteria.

Dla zdobycia punktów za kryterium pozacenowe należało złożyć wraz z ofertą „wypełniony załącznik nr 5 do SWZ – „Doświadczenie Kierownika Budowy" w kryteriach oceny ofert". Zamawiający pouczył jednocześnie w postanowieniach rozdziału VIII. pkt 10., że: „Jeżeli wykonawca dołączy do oferty wypełniony załącznik nr 5 do SWZ, stanowić on będzie integralną część oferty, natomiast w przypadku nie złożenia lub nie wypełnienia załącznika nr 5 do SWZ wykonawca otrzyma 0 punktów w kryteriach oceny ofert.".

Zasady przyznawania punktów za kryterium opisano w rozdziale XVI. W pkt 2), gdzie wskazano, że:

„Zamawiający przyzna 4 punkty za każde dodatkowe pełnienie funkcji Kierownika Budowy ponad wskazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu zawarte w treści rozdziału VII ust. 1. pkt 5) lit. b1) tiret 4 SWZ." (…)

„Wykonawcy powinni opisać w tabeli doświadczenie Kierownika Budowy w taki sposób, aby jego zakres, w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań, nie budził wątpliwości i stanowił podstawę do jednoznacznej oceny. Nie podanie wszystkich informacji niezbędnych do jednoznacznej oceny doświadczenia w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań w kryteriach oceny ofert skutkować będzie nie przyznaniem punktów za każdy niedostatecznie opisany nadzór."

Zatem w Załączniku nr 5 należało precyzyjnie opisać doświadczenie danej osoby wraz ze wskazaniem wszystkich elementów treściowych koniecznych dla wykazania zdobytego doświadczenia na tyle jednoznacznie, aby możliwe było przyznanie dodatkowych punktów za opisane kryterium pozacenowe.

Warunek opisany w rozdziale VII ust. 1. pkt 5) lit. b1) tiret 4 SWZ stanowi:

„b1) Kierownik budowy – wymagania:

(…) - doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego robót budowlanych związanych z przebudową lub remontem obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto."

Z treści złożonego przez ZAB-BUD załącznika nr 5 nie wynika, że p. D. M. pełnił daną funkcję przez dany okres czasu wynoszący minimum 7 miesięcy i obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.

Wobec braku podania jakiejkolwiek informacji na temat okresu czasu pełnienia funkcji kierownika budowy, tym bardziej informacji o uzyskaniu w tym okresie pozwolenia na użytkowanie punkty za kryterium pozacenowe nie mogą zostać przyznane.

Zarzut nr 4 – naruszenie przepisów art. 109 ust. 1 pkt 8) lub pkt 10) w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp

Zadanie pt.: „Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 6 – Zadanie 2 – Prace konserwatorskie, restauratorskie, roboty budowlane prowadzące do przywrócenia lub nadania obiektom nowych funkcji, wraz z zakupem sprzętu i wyposażenia niezbędnego do realizacji projektu w zakresie obiektu przy ul. Roosevelta 15" miało wartość 15.721.703,79 złotych brutto, a obejmowało znacznie szerszy przedmiot i zakres robót niż tylko „roboty budowlano-instalacyjne". W tej sytuacji nie było możliwe wykonanie (i kierowanie lub nadzorowanie) w ramach zadania inwestycyjnego robót branży sanitarnej oraz elektrycznej o wartości po 20.000.000,00 zł brutto dla każdej z branż, tj. sanitarnej oraz elektrycznej.

W tej sytuacji wskazanie w wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia:

- p. M. R. - osoby Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji

i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych

i kanalizacyjnych, który miał zdobyć: „doświadczenie w kierowaniu robotami instalacyjnymi nieprzerwanie przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego wykonania instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych w obiekcie użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlanoinstalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto," oraz

- p. R. S. - osoby Kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji

i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, który miał zdobyć: „doświadczenie w kierowaniu robotami elektrycznymi nieprzerwanie przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego wykonanie instalacji elektrycznych w obiekcie użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlanoinstalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto,",

obydwaj na tym samym przywołanym zadaniu pt.: „Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – (…)", prowadzi do wniosku, że jednocześnie wykonywanych: robót budowalno-instalacyjnych (w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych) oraz robót budowalno-instalacyjnych (w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych) nie mogło być na tym zadaniu inwestycyjnym aż tyle,

aby ich rozdzielna wartość wynosiła nie mniej niż po 20.000.000,00 zł brutto dla każdej z branż, tj. sanitarnej oraz elektrycznej.

Nie można, składając ofertę, o powyższym nie wiedzieć. W tej sytuacji możliwe jest - albo świadome wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie Wykonawca spełnia warunki udziału w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, co może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

- albo przedstawienie przez Wykonawcę informacji wprowadzających w błąd w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa co może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

<u>Zarzut nr 5 - naruszenie przepisów art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) Pzp (a w przypadku Spółki PRK 7 także art. 7 pkt27) Pzp) w związku z art. 118 ust. 2, 3 i 4 oraz art. 112 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 pkt 1-3 Pzp</u>

Spółka ZAB-BUD oraz Spółka PRK7, korzystają z zasobów podmiotu trzeciego dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykonawcy do swoich ofert załączyli dokument: „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów na potrzeby realizacji zamówienia" wypełniony przez podmioty, które użyczyły im zasobów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w postaci wiedzy i doświadczenia, celem wykazania spełniania warunku udziału o brzmieniu: „w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności j'est krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlanoinstalacyjnych nie mniejszej niż 45.000.000 zł brutto oraz zakończone podpisaniem świadectwa przejęcia robót, protokołu odbioru bądź innego dokumentu równoważnego potwierdzającego należyte wykonanie robót oraz potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone."

Żaden z wykonawców w ocenie Odwołującego nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na niewykazanie realności udostępnionych zasobów - żadne z przedłożonych zobowiązań nie spełnia wymagań wynikających z przepisu art. 118 ust. 4 Pzp.

Nie wykazano, czy na etapie realizacji zamówienia, rzeczywiście Wykonawca będzie dysponował udostępnionymi zasobami, ani w jakim zakresie. Z załączonych dokumentów nie wynika, co faktycznie udostępnił każdy z podmiotów, ani w jakim zakresie będzie brał udział w realizacji zamówienia.

W związku z powyższym udostępnienie ma charakter jedynie pozorny. W zobowiązaniach podmiotów użyczających zasoby brak jest jakichkolwiek informacji na

temat powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz zakresu planowanego powierzenia. Nadto nieokreślony i niesprecyzowany „udział w realizacji zamówienia", który realizowany będzie przez podmiot udostępniający, nie wyczerpuje dyspozycji art. 118 ust. 2 Pzp. Zgodnie z treścią tego przepisu: „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane".

Przedłożone zobowiązania w żaden sposób nie odnoszą się do faktycznego wykonania przez podmiot trzeci posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie robót budowlanych, wskazując jedynie na enigmatyczny „udział w realizacji zamówienia". Przeciwnie, treść zobowiązania wskazuje na taką właśnie pozorność dysponowania zasobami niezbędnymi do wykonania zamówienia i wykazywanymi na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, do której wyeliminowania dążył Ustawodawca wprowadzając wymagania art. 22a ust. 1-4 Pzp w art. 118 ust. 2 Pzp.

<u>Spółka ZAB-BUD:</u>

Wykonawca ten nie mógł w sposób wiarygodny skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu, który użyczył mu zasobów, tj. Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego "Chemobudowa - Kraków" S.A., ponieważ w punkcie 8 podpunkcie 2) Formularza ofertowego, w zakresie oświadczenia o wykonaniu zamówienia siłami własnymi albo przy udziale podwykonawców opisał bardzo ogólnie części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, ale:

1) części te nie są doprecyzowane co do zakresu i wielkości lub wartości, co czyni złożone oświadczenie blankietowym;

2) w kolumnie poświęconej wskazaniu nazwy (firmy) podwykonawcy, który miałby wykonywać dane roboty, nie ma wzmianki o podmiocie, który użyczył ZABBUD zasobów wiedzy i doświadczenia. W to miejsce zaś ZABBUD wskazał na zamiar powierzenia opisanych robót podwykonawcom, którzy nie są jeszcze znani na tym etapie postępowania, a zatem podwykonawcom innym niż znane Spółce Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego "Chemobudowa - Kraków" S.A. Skoro zatem Przedsiębiorstwo nie będzie podwykonawcą ZAB-BUD w zakresie wykonywania robót wymagających wiedzy i doświadczenia wykazanych złożonym „Zobowiązaniem do oddania do dyspozycji zasobów na potrzeby realizacji zamówienia" oraz listem referencyjnym wystawionym na Przedsiębiorstwo to znaczy, że „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów na potrzeby realizacji zamówienia" nie jest rzeczywiste, a jedynie pozorne, formalne.

Treść zobowiązania nie pozwala na ustalenie, że wyczerpuje ono wymagania art. 118 ust. 2 – 4 Pzp, a w konsekwencji, że ma ona wartość dowodową w sprawie.

W szczególności „Zobowiązanie" nie spełnia wymagań dotyczących potwierdzenia, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:

W przypadku zobowiązania podpisanego przez osoby działające za Przedsiębiorstwo zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby powinien wskazywać na te zdolności techniczne lub zawodowe, które w wyniku swoich doświadczeń nabyło Przedsiębiorstwo, a które następnie udostępni Spółce ZAB-BUD. Tymczasem zastosowany opis na to nie wskazuje. Nie jest wiadome jakie to konkretnie zasoby wiedzy i doświadczenia mają zostać udostępnione, skoro w zobowiązaniu powtarza się brzmienie warunku udziału w postępowaniu, a nie wspomina się o zdobytym doświadczeniu zawodowym lub technicznym, które ma być przedmiotem udostępnienia.

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

Tu opis powinien wskazywać na zdobyte umiejętności i doświadczenia, które Przedsiębiorstwo wykorzysta podczas realizacji zamówienia poprzez przyjęcie roli podwykonawcy, tak aby udostępnienie zasobów nie było pozorne czy formalne. Jednak w tym konkretnym przypadku nie jest to możliwe, ponieważ Spółka ZAB-BUD nie zamierza korzystać z podwykonawstwa Przedsiębiorstwa w zakresie robót, które umie wykonywać Przedsiębiorstwo, a które powinny polegać na wykonaniu: „przebudowy lub remontu obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 45.000.000 zł brutto". Wręcz przeciwnie, ZAB-BUD zamierza powierzyć roboty „ogólnobudowlane" i „instalacyjne" o nieznanym wprawdzie przedmiocie, zakresie i wartości, do wykonania innym niż podmiot podwykonawcom, których nazw jednak jeszcze nie zna.

Także okres czasu na jaki Przedsiębiorstwo udostępnia swoje, bliżej niesprecyzowane, zasoby wiedzy i doświadczenia opisany został w sposób na tyle lakoniczny, że niewiele z tego wynika w zakresie wykazania spełniania warunków udziału. Podmiot ten zobowiązuje się do udziału w realizacji zamówienia: „przez czas niezbędny do jego wykonania", a zatem nie wiadomo konkretnie jak długo ma to trwać i co się przez to rozumie. Nie jest to wiadome i nie wynika to z żadnego z dokumentów składających się na ofertę Spółki ZAB-BUD lub uzupełnionych w toku czynności badania i oceny ofert. W konsekwencji nie jest jasne użycia jakich zasobów wymaga od Przedsiębiorstwa złożenie takiego oświadczenia, z jakim wiąże się kosztem lub nakładem pracy.

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą:

Wobec oświadczenia wprost, że ZAB-BUD zamierza powierzyć roboty „ogólnobudowlane" i „instalacyjne" podwykonawcom innym niż Przedsiębiorstwo, których nazw jednak jeszcze nie zna, logicznym jest, że nie może powierzyć Przedsiębiorstwu żadnych robót, do wykonania, których konieczne są wiedza i doświadczenie Przedsiębiorstwa. Skoro roboty te zostaną powierzone podwykonawcom, których nazw ZAB-BUD jeszcze nie zna, to nie może powierzyć ich jednocześnie znanemu jej Przedsiębiorstwu.

Powyższe czyni zobowiązanie, odczytywane łącznie z formularzem oferty, dokumentami, których analiza prowadzi do wniosku o ich nieprzydatności dla wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia lub wprost prowadzi do wniosku, że dowodzą one, że Spółka ZAB-BUD warunku wiedzy i doświadczenia spełnić nie może, skoro zobowiązanie pozostaje w sprzeczności z formularzem oferty w zakresie rzeczywistego korzystania z doświadczeń Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego "Chemobudowa - Kraków" S.A. przez Spółkę ZAB-BUD.

<u>Spółka PRK7:</u>

W tym przypadku także nie zostało skutecznie wykazane, że zasoby wiedzy i doświadczenia PTB NICKEL Sp. z o.o. z

siedzibą w Jelonku koło Poznania zostaną skutecznie udostępnione Spółce PRK7.

1. W ofercie Spółki PRK7 zawarto wprawdzie odniesienie do PTB NICKEL w zakresie oświadczenia o wykonaniu zamówienia przy udziale podwykonawców, ale zakres opisanego podwykonawstwa przedstawiony został na tyle nieostro, że nie stanowi faktycznie żadnej informacji o dokładnym przedmiocie, wielkości, zakresie oraz ilości i wartości robót budowlano – instalacyjnych, które miałyby być przedmiotem powierzenia do wykonania podwykonawcom, w tym przede wszystkim PTB NICKEL Sp. z o.o.

Lakoniczne sformułowania nie przedstawiają żadnej wartości poznawczej i dowodowej. W konsekwencji nie można porównać opisanych robót możliwych do powierzenia podwykonawcom z robotami, w wykonaniu których PRK7 postanowiła skorzystać z wiedzy i doświadczenia PTB NICKEL. Nie wiadomo zatem, które konkretnie prace i o jakim stopniu złożoności wykona udostępniający zasobu PTB NICKEL Sp. z o.o. Nie jest także znana ich wartość, co być może w większym stopniu pozwoliłoby na ocenę czy rzeczywiście Spółka PRK7 w sposób rzeczywisty skorzysta z zasobu wiedzy i doświadczenia tego podmiotu.

2. Poddając analizie treść „Zobowiązania do oddania do dyspozycji zasobów na potrzeby realizacji zamówienia" podpisana przez PTB NICKEL, dokument ten nie spełnia wymagań dotyczących potwierdzenia, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby:

Zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby w ogóle nie został opisany. Powinien on wskazywać na te zdolności techniczne lub zawodowe, które

w wyniku swoich doświadczeń nabyło PTB NICKEL, a które następnie udostępni Spółce PRK7. Tymczasem w zobowiązaniu przez zakres udostępnienia rozumie się: „zdolność zawodową", co pozbawione jest jakiejkolwiek wartości dowodowej dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie jest zatem wiadome jakie to konkretnie zasoby wiedzy i doświadczenia mają zostać udostępnione, skoro używa się tak ogólnego sformułowania, a nie wspomina się o zdobytym przez PTB NICKEL doświadczeniu zawodowym lub technicznym, które ma być przedmiotem udostępnienia.

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia:

Tu opis powinien wskazywać na konkretne zdobyte umiejętności i doświadczenia, które PTB NICKEL wykorzysta podczas realizacji zamówienia poprzez przyjęcie roli podwykonawcy celem wykonania tych robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane, tak aby udostępnienie zasobów nie było pozorne. PTB NICKEL zobowiązuje się na podstawie umowy podwykonawczej zrealizować „roboty budowlane polegające na wykonaniu zamówienia". Powyższe, oznacza, że sposób, a de facto zakres skorzystania z zasobów PTB NICKEL sprowadza się do powierzenia podmiotowi całości robót stanowiących „wykonanie zamówienia", co także jest niedopuszczalne w świetle zasad korzystania z podwykonawstwa na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych, tj. wprost sprzeciwia się definicji umowy o podwykonawstwo zawartej w art. 7 pkt 27) Pzp.

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą:

Oświadczenie o realizacji robót, których dotyczy sformułowany warunek udziału w postępowaniu jest wewnętrznie sprzeczne. Z jednej strony PTB NICKEL oświadcza, że: zrealizuje „roboty budowlane polegające na wykonaniu zamówienia", co wskazuje na całość przedmiotu zamówienia, a z drugiej strony wskazuje na: „część robót budowlano - instalacyjnych" by ostatecznie złożyć oświadczenie o treści stanowiącej skopiowanie treści sformułowanego warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe czyni zobowiązanie, odczytywane łącznie z formularzem oferty, dokumentami, których analiza prowadzi do wniosku o ich nieprzydatności dla wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia lub wprost prowadzi do wniosku, że dowodzą one, że Spółka PRK7 warunku wiedzy i doświadczenia spełnić nie może, skoro zobowiązanie ma charakter nierzeczywisty.

<u>Zarzut nr 6 - naruszenie przepisów art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i c) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 110 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp</u>

Spółka BUDIMEX zawarła w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia dwa oświadczenia następującej treści:

rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowania lub inne porównywalne sankcje Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową? Proszę podać odpowiedź • Tak

ONie

Proszę je opisać

Wyjaśnienia w załączeniu

Czy przedsięwzięto środki w celu wykazania Państwa rzetelności („samooczyszczenie")? OTak

•Nie

Proszę je opisać

- winien wprowadzenia w błąd, zatajenia informacji lub niemożności przedstawienia wymaganych dokumentów lub uzyskania poufnych informacji na temat przedmiotowego postępowania

Czy wykonawca znalazł się w jednej z poniższych sytuacji:

a) był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych

do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) zataił te informacje;

c) nie był w stanie niezwłocznie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych

przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) przedsięwziął kroki, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia? Proszę podać odpowiedź

•Tak

ONie

Zatem BUDIMEX dopuściła się dwóch naruszeń fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 109 Pzp.

Pierwsza z nich dotyczy naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp poprzez podanie nie odpowiadających rzeczywistości i mających lub mogących mieć wpływ na ocenę warunków

uczestnictwa lub spełnienie kryteriów oceny danych, dokumentów, próbek, lub wzorów, które nie są zgodne ze specyfikacją lub oferent nie dostarczy ich w terminie.

W tym zakresie Spółka BUDIMEX przedstawia w ramach procedury, o której mowa w art. 110 ust. 2 i 3 Pzp, konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Zostały one szczegółowo opisane w załączonym do oferty dokumencie: „Informacja o przeprowadzeniu przez Wykonawcę procedury selfcleaningu w związku z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp." Procedurę self-cleningu opisano na kartach 8 – 11 ww. „Informacji".

Niezależnie jednak od powyższego, BUDIMEX oświadcza także, że oprócz naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp dopuściła się naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, poprzez opisane przez nią konkretne przypadki:

- rozwiązania umowy przed terminem, co dotyczy 3 umów w sprawie o udzielenie

zamówienia publicznego;

- naliczenia kar umownych lub odszkodowań, co dotyczy 4 umów w sprawie o udzielenie

zamówienia publicznego.

Jednocześnie Spółka BUDIMEX zaprzecza jakoby którekolwiek z opisanych przypadków kwalifikowała jako przesłankę art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Podsumowując mamy do czynienia z sytuacją, w której Spółka BUDIMEX oświadcza, że: „W związku z opisanymi powyżej okolicznościami, przypadek ten w żadnej mierze nie może być zakwalifikowany jako wypełniający przesłanki wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Został wymieniony w celu utrzymania pełnej transparentności działalności BUDIMEX, świadcząc tym samym o skuteczności wdrożonej Spółce procedury self-cleaning. "

Znamienne w tej sytuacji jest jednak to, że procedury self-cleaning dla okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp Spółka BUDIMEX nie przedstawia. Nie ma przy tym znaczenia w jaki sposób Spółka BUDIMEX subiektywnie ocenia zaistniałe przypadki naliczenia kar umownych lub odszkodowań (lub rozwiązaniem umów przed terminem) i czy kwalifikuje je jako wypełniające przesłankę art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp czy też nie.

Jeżeli dany podmiot składa oświadczenie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia, że zachodzą w stosunku do niego dwie osobne przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp i o których mowa w art. 109

ust. 1 pkt 7) Pzp, to jedyną procedurą uniknięcia wykluczenia z postępowania w tej sytuacji jest opracowanie i wdrożenie oraz stosowanie dwóch osobnych procedur, o której mowa w art. 110 ust. 2 i 3 Pzp na wypadek każdej z wyżej opisanych przesłanek wykluczenia, tj. jednej procedury self-cleaning na potrzeby art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp i drugiej procedury self-cleaning na potrzeby art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp lub nawet jednej procedury, ale naprawiającej skutki i zapobiegającej przed

wystąpieniem w przyszłości zdarzeniom związanym z naliczeniem kar umownych lub odszkodowań lub rozwiązaniem umów przed terminem, a nie jedynie dotyczącej procedury ofertowania.

Nie można bowiem przyznawać, jak czyni to BUDIMEX, że zachodzi wskazana w art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp przesłanka wykluczenia, a jednocześnie oświadczać, że można uniknąć wykluczenia poprzez samodzielną cenę, że ta przesłanka nie zachodzi, co wynika z subiektywnej oceny stopnia zawinienia, stopnia przyczynienia się, okoliczności danej sprawy związanej z rozwiązaniem umowy przed terminem lub naliczeniem kar umownych lub odszkodowań, gdzie Spółka BUDIMEX ocenia swoje własne działania i zaniechania.

Konsekwencją złożenia oświadczenia, że zachodzą przesłanki wykluczenia wymienione w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp oraz art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp jest stworzenie dla każdej z nich odpowiadającej ich potrzebom procedury, o której mowa w art. 110 ust. 2 i 3 Pzp – w przeciwnym razie nie należy oświadczać o występowaniu przesłanek wykluczenia, które się następnie kwestionuje.

Odnosząc się zaś do zdania: „Został wymieniony w celu utrzymania pełnej transparentności działalności BUDIMEX, świadcząc tym samym o skuteczności wdrożonej w Spółce procedury self-cleaning.”, stwierdzić należy, że BUDIMEX nie opracowała takiej procedury self-cleaning, która odnosiłaby się do okoliczności wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp, a zatem procedura opracowana na potrzeby zapobiegania okolicznościom przewidzianym w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp nie mogła skutecznie chronić BUDIMEX przed wykluczeniem z przyczyn dotyczących art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp. Okoliczności te, a w konsekwencji i działania naprawcze i zapobiegawcze, tj. procedury self-cleaning są zasadniczo różne.

„Informacja o przeprowadzeniu przez Wykonawcę procedury self-cleaningu w związku z przesłanką z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.” wskazuje na takie działania zapobiegawcze, które odnoszą się tylko do opisanych, zindywidualizowanych okoliczności, które wystąpiły w przypadku Spółki BUDIMEX, tj.:

- nie doszło do szkody, gdyż do wykluczenia Spółki BUDIMEX doszło przed udzieleniem zamówienia;

- Spółka BUDIMEX wyczerpująco wyjaśniła fakty i okoliczności związane z naruszeniem; - Spółka BUDIMEX podjęła określone działania organizacyjne i kadrowe, poprzez zerwanie powiązań i relacji biznesowych, reorganizację personelu wraz z kontynuacją szkoleń dotyczących przetargów na terenie Czech, usprawnianie systemu sprawozdawczości i kontroli, utrzymywanie struktur nadzoru i audytu, wprowadzanie regulacji nakierowanych na wyeliminowanie możliwości powtórzenia podobnych sytuacji w przyszłości – oczywistym jest jednak, że przez „podobne sytuacje” rozumie się sytuacje dotyczące wystąpienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, a nie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 7) Pzp.

Nadto, analiza sytuacji związanej z wystąpieniem przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp doprowadziła do wyciągnięcia konkretnych wniosków dotyczących przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, a nie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt. 7) Pzp.

Podobnie dalsze szczegółowo opisane działania naprawcze i zapobiegawcze, takie jak szkolenia dla pracowników pionów ofertowania z zakresu ofertowania w Czechach, pozostałe szkolenia dla pracowników uczestniczących z procesie ofertowania, zmierzają w kierunku zapobieżenia okolicznościom związanym z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp), a nie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnych zobowiązań wynikających z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady (art. 109 ust. 1 pkt 7) Pzp). W tym drugim przypadku bowiem konieczne jest wprowadzenie kompletnie innych procedur, związanych z wykonywaniem umów w sprawach o udzielenie zamówienia publicznego, a nie z pozyskiwaniem zamówień publicznych.

<u>Zarzut nr 7 - naruszenie przepisów art. 226 ust 1 pkt 5) Pzp</u>

Na temat faktycznego znaczenia Rozbicia Cenowego Oferty, tj. załącznika nr 4 do SWZ Odwołujący wypowiedział się szerzej w uzasadnieniu zarzutu nr 1. W tym miejscu Odwołujący podtrzymuje to uzasadnienie, jako mające zastosowanie także w zakresie tego zarzutu.

Treść oferty musi odpowiadać treści Specyfikacji Warunków Zamówienia a Rozbicie cenowe oferty stanowi integralną część oferty. Przypomnienia wymaga także pouczenie zawarte w SWZ, zgodnie z którym: „W przypadku niezłożenia wskazanego dokumentu, pominięcia lub dopisania pozycji, brak ceny jakiejkolwiek pozycji Rozbicia Cenowego Oferty, spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 Ustawy Pzp z uwagi na fakt, że służyć będzie jako element niezbędny do rozliczania poszczególnych rodzajów robót budowlanych”. Faktycznie bowiem bez podania opisanych cen istotnych części składowych ceny oferty nie będzie możliwe – w razie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Spółki CLIMAMEDIC, gdyż jej wybór nie pozwoli na zastosowanie postanowień umowy dotyczących, m.in.:

- paragrafu 1 pkt 29) i paragrafu 14 ust. 6 i ust. 7 lit. a) i b) oraz ust. 9. i 10. w zakresie znaczenia ww. RCO dla

odbiorów częściowych,

- paragrafu 3 ust. 5. w zakresie znaczenia RCO dla sporządzenia i stosowania harmonogramów,

paragrafu 13 ust. 1. I ust. 2. lit. a) i b) w zakresie warunków płatności częściowych, -

paragrafu 20 ust. 7 lit. b) i e) w zakresie rozliczeń z podwykonawcami,

- paragrafu 29 ust. 4., 5. i 13. – 15., w zakresie zmian umowy i sporządzania kosztorysów różnicowych, rozliczania robót zamiennych, robót dodatkowych lub robót zaniechanych lub rozbijania RCO na pozycje częściowe, w związku ze zmianami umowy.

Ad. 7.1.

Zaniechanie podania cen istotnych części składowych ceny oferty Spółki CLIMAMEDIC ma praktyczne znaczenie i w ten sposób wprost skutkuje brakiem możliwości wyboru oferty CLIMAMEDIC, jako najkorzystniejszej w postępowaniu. W konsekwencji oferta powinna zostać odrzucona.

Ad. 7.2.

W przypadku firmy PRK7 zaniechanie wycenienia RCO dotyczy, jednego wiersza: 1. Roboty budowlane.

Zamawiający w sposób nieuprawniony poprawił wadę oferty Spółki PRK7 poprzez samodzielne skalkulowanie przez Zamawiającego cen jednostkowych, które wpisał następnie w kolumnach 5, 6 i 7 scalonego wiersza: „Całkowita wartość robót". W efekcie wartość oferty Spółki KRP7 zmniejszyła się o 213.230,47 złotych. Jednocześnie Zamawiający zaniechał poprawienia RCO oferty Spółki KRP7 w zakresie scalonej kolumny: „Szacunkowa wartość robót i kwoty wynagrodzenia przysługujące Podwykonawcom". Powyższe skutkuje pozostawieniem takiej samej wartości kwot przeznaczonych na wynagrodzenie podwykonawców przy zmianie kwot podstawowego wynagrodzenia Spółki KRP7. W konsekwencji nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia przez Wykonawcę, ponieważ nie jest możliwe zastosowanie Rozbicia Cenowego Oferty zgodnie z celem, któremu ma służyć;

Końcowo podano, że termin do wniesienia odwołania, został zachowany, kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wyjaśnił, że w jego ocenie interes prawny w uzyskaniu zamówienia jest niewątpliwy. W razie bowiem uprawomocnienia się kwestionowanych czynności Zamawiającego, naruszenie prawa związane z tymi czynnościami narazi Odwołującego na szkodę. Oferta Odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania zostanie bowiem najwyżej oceniona przy uwzględnieniu wszystkich kryteriów oceny ofert przewidzianych przez Zamawiającego, a zatem, jeśli odwołanie zostanie uwzględnione, Zamawiający powinien dokonać wyboru jego oferty. Nadto Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z jakiejkolwiek przyczyny, a także spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzą w stosunku do niego i jego oferty jakiekolwiek inne podstawy odrzucenia oferty wskazane w art. 226 ust. 1 Pzp i w takim przypadku zamówienie zostanie udzielone Odwołującemu.

Z powyższych względów Odwołujący wnosił jak w petitum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk pisemnych Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy:

1) ZAB-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie;

2) Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;

3) Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa

z siedzibą w Regułach.

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła poszczególnych wykonawców jako Przystępujących.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Poszczególni Przystępujący złożyli stanowiska pisemne wraz z dowodami, wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

<u>Zarzut nr 1.</u>

Według art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli 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.

Zgodnie z rozdziałem XV SWZ (Sposób obliczenia ceny oferty) w celu obliczenia ceny oferty, wykonawca wypełniał formularz oferty, stanowiący Załącznik nr 3 do SWZ oraz załącznik nr 4 do SWZ - Rozbicie cenowe oferty, które stanowiło integralną część oferty.

W formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ należało wpisać łączną cenę (brutto) w pkt. 1 formularza oferty, wynikającą z sumy brutto Rozbicia cenowego oferty stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ. W ten sposób obliczona łączna ryczałtowa cena brutto podana w złotych jest ceną ofertową i służyć będzie do porównania złożonych ofert.

Integralną częścią oferty było także zawarte w Załączniku Nr 4 do SWZ - Rozbicie Cenowe Oferty. W przypadku niezłożenia wskazanego dokumentu, pominięcia lub dopisania pozycji, brak ceny jakiejkolwiek pozycji Rozbicia Cenowego Oferty, spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 Ustawy Pzp z uwagi na fakt, że służyć będzie jako element niezbędny do rozliczania poszczególnych rodzajów robót budowlanych.

Cena podana w formularzu ofertowym - Załącznik nr 3 do SWZ miała uwzględniać wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, wszystkie inne koszty oraz ewentualne upusty i rabaty a także wszystkie potencjalne ryzyka ekonomiczne, jakie mogą wystąpić przy realizacji przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności ponieść należy, iż zarzut sformułowany w odwołaniu ma charakter wysoce blankietowy. Zarzut, oprócz przywołania z ofert poszczególnych wykonawców kilku lub kilkunastu pozycji Rozbicia Cenowego Oferty nie zawiera uzasadnienia merytorycznego. Odwołujący w żaden sposób nie próbuje nawet wykazać, że pozycje wskazywane w poszczególnych ofertach mają istotny charakter dla wykonania przedmiotu zamówienia, czy też, że zaniżenie ceny danej pozycji wpływa na możliwość należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego, każdą z pozycji RCO należałoby uznać za istotną. Takie zaś twierdzenia wydają się nieuprawnione.

Odwołujący koncentruje uwagę na znaczeniu dokumentu Rozbicia Cenowego Oferty dla przyszłej umowy, jako stanowiącego podstawę do rozliczenia poszczególnych rodzajów robót budowlanych, na podstawie którego tworzy się Tabelę Cen Jednostkowych.

Zamawiający nie zaprzecza, iż dokument RCO ma znaczenie dla oceny ceny oferty, nie marginalizuje jego znaczenia, jednak celnie podkreśla, że nie stanowi on szczegółowego kosztorysu ofertowego, a jedynie pokazuje wstępnie w jaki sposób poszczególni wykonawcy dokonali alokacji środków w ramach konkretnych pozycji. Przy czym istotne jest, że Zamawiający nie narzucił reguł wypełnienia tego dokumentu i nie określił w sposób konkretny jakie rodzaje prac ujęto w poszczególnych pozycjach RCO. Tylko pobieżna analiza tego dokumentu w poszczególnych ofertach rodzi wniosek, że wycena prac dla poszczególnych kategorii miała charakter indywidualny i zależała od koncepcji przyjętej przez danego wykonawcę. Odwołujący nie zaprzeczył, że możliwe jest przenikanie się pozycji w ramach wycenianych w niej prac i nie było jednego, z góry narzuconego, wzorca ujęcia poszczególnych robót i ich kosztów w danej pozycji RCO. Dlatego też za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sporu Izba uznała dowody złożone przez Odwołującego w piśmie

przygotowawczym, w postaci umowy wiążącej Odwołującego z Zamawiającym i 8 zgłoszeń podwykonawców. Jak celnie zauważył Przystępujący Budimex w piśmie procesowym RCO ma być podstawą rozliczenia „rodzajów robót budowalnych", a nie rozliczenia jednostkowego pozycji.

Gdyby uznać twierdzenia odwołania za zasługujące na uwzględnienie, to każda z pozycji RCO stanowiłaby istotną część składową dla przedmiotu zamówienia. Tymczasem pozycje kwestionowane przez Odwołującego stanowią minimalny procent robót dla danej grupy prac albo ich cena w ofercie samego Odwołującego jest dużo niższa niż u innych wykonawców. Przykłady takich pozycji podał zarówno Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, jak również pozostali Przystępujący w pismach procesowych. Celem wyodrębnienia istotnych cen składowych dla przedmiotu zamówienia jest ustalenie istotności ich wysokości przekładającej się na możliwość należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie posłużył się tak zdefiniowaną kategorią „istotnych części składowych dla przedmiotu zamówienia" ale zastosował (i to wybiórczo) proste podejście arytmetyczne, bez uzasadnienia merytorycznego.

Warto także zwrócić uwagę, że Odwołujący w żądaniach wnosił o odrzucenie ofert, podczas gdy żaden z wykonawców nie był dotychczas przez Zamawiającego wzywany do złożenia wyjaśnień. Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, odrzucenie oferty z powodu stwierdzenia rażąco niskiej ceny musi być poprzedzone wezwaniem do złożenie wyjaśnień i umożliwieniem danemu Wykonawcy przedstawienia choćby przyjętego sposobu kalkulacji oraz wyjaśnienia okoliczności, które wypłynęły na możliwość obniżenia ceny ofertowej. Dlatego też Zamawiający nie mógł naruszyć art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a zarzut ten należało uznać co najmniej za przedwczesny.

Jeżeli zaś Odwołujący kategorycznie twierdził, że oferty podlegają odrzuceniu, ponieważ ceny składowe są zaniżone, to powyższe winien wykazać. Tymczasem Odwołujący nie podjął nawet próby analizy przywoływanych dla poszczególnych ofert z RCO cen w odniesieniu do ich zaniżenia ze względu na rodzaj robót składających się na daną pozycję. Dla uznania zasadności zarzutu nie jest wystarczające samo przywołanie wysokości ceny dla danej pozycji i stwierdzenie, że wysokość ta powinna budzić wątpliwości. Przekroczenie progu różnicy 30% dla danej pozycji nie jest wystarczające do odrzucenia oferty. W przypadku badania wpływu istotnych części składowych na wykonanie przedmiotu zamówienia w przepisie nie ma mowy o arytmetycznym podejściu. Wystraczające jest wykazanie, że dana część ceny jest istotną

częścią składową dla wykonania przedmiotu zamówienia i wykazanie jakie wątpliwości jej wysokość powinna budzić u Zamawiającego. Żadnej z tych okoliczności nie wykazano w odwołaniu.

Żaden z uczestników sporu, jak również Izba nie zaprzecza, że weryfikacja istotnych części składowych ceny ofertowej jest dopuszczalna i uzasadniona na gruncie przepisów

ustawy Pzp. W przedmiotowej sytuacji nie mamy jednak do czynienia z „weryfikacją", ponieważ Odwołujący ograniczył się do wskazania pozycji w ofertach Przystępujących, natomiast zabrało merytorycznej analizy tych pozycji.

Końcowo zauważyć również należy, iż odwołanie nie zawiera uzasadnienia dla zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i pkt 7 ustawy Pzp. Zarzuty te są puste merytorycznie, Odwołujący ograniczył się do przywołania przepisu, nie przedstawiając jakiegokolwiek uzasadnienia wystąpienia przesłanek nakazujących odrzucenie oferty z powodów wskazanych w przywołanych przepisach ustawy Pzp. Nie wykazano również naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ ten przepis odnosi się do ceny całkowitej oferty, której to Odwołujący w stosunku do żadnego z Przystępujących nie kwestionował. Odwołujący jedynie posiłkowo zastosował próg 30% do wyliczeń przy zarzucie dotyczącym istotnych części składowych. Ponadto zastosowanie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, a w przedmiotowej sprawie okoliczności wynikające z przywołanej regulacji ustawowej nie występowały.

Zarzut nr 2 i zarzut nr 3 oraz zarzut nr 4

Według SWZ o zamówienie mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu, w tym:

- dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

a) w okresie ostatnich 10 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 przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 45.000.000 zł brutto oraz zakończone podpisaniem świadectwa przejęcia robót, protokołu odbioru bądź innego dokumentu równoważnego potwierdzającego należyte wykonanie robót oraz potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;

- b) dysponuje zespołem składającym się z min. 5 osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia: b1) Kierownik budowy – wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, określone przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351, z 2022 r. poz. 88, 1557, 1768, 1783, 1846, 2206, 2687 z późn. zm.),

- co najmniej 18 miesięczny udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury potwierdzony świadectwami oraz innymi dokumentami, o których jest mowa w art. 37g Ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2022 r.poz. 840. z póź. zm.),

- co najmniej 7 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjnobudowlanej,

- doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego robót budowlanych związanych z przebudową lub remontem obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto.

b2) Kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych –wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, określone przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351, z 2022 r. poz. 88, 1557, 1768, 1783, 1846, 2206, 2687 z późn. zm.),

- co najmniej 18 miesięczny udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury potwierdzony świadectwami oraz innymi dokumentami, o których jest mowa w art. 37g Ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 840 z póź. zm.),

- co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

- doświadczenie w kierowaniu robotami instalacyjnymi nieprzerwanie przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego wykonania instalacji w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych w obiekcie użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie

mniejszej niż 20.000.000 zł brutto.

b3) Kierownik robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych – wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, określone przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351, z 2022 r. poz. 88, 1557, 1768, 1783, 1846, 2206, 2687 z późn. zm.),

- co najmniej 18 miesięczny udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury potwierdzony świadectwami oraz innymi dokumentami, o których jest mowa w art. 37g Ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 840 z póź. zm.),

- co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,

- doświadczenie w kierowaniu robotami elektrycznymi nieprzerwanie przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego wykonanie instalacji elektrycznych w obiekcie użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto.

b4) Kierownik robót w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych –wymagania:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń, określone przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351, z 2022 r. poz. 88, 1557, 1768, 1783, 1846, 2206, 2687 z późn. zm.),

- co najmniej 18 miesięczny udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury potwierdzony świadectwami oraz innymi dokumentami, o których jest mowa w art. 37g Ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 840. Z póź. zm.),

- co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe (liczone od dnia uzyskania uprawnień) w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych,

- doświadczenie w kierowaniu robotami telekomunikacyjnymi nieprzerwanie przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego wykonanie instalacji telekomunikacyjnymi w obiekcie użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto.

b5) Kierownik robót w specjalności inżynieryjnej drogowej posiadający uprawnienia do kierowania robotami budowalnymi bez ograniczeń związanymi z obiektem budowalnym określone przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2021 r. poz. 2351, z 2022 r. poz. 88, 1557, 1768, 1783, 1846, 2206, 2687 z późn. zm.).

Uwaga:

a) Zamawiający dopuszcza możliwość łączenia w/w funkcji przez jedną osobę spełniającą jednocześnie więcej niż jedno z w/w wymagań.

b) Wszyscy kierownicy wskazani w pkt 5) lit. b muszą być czynnymi członkami Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

c) Doświadczenia zawodowe ustala się, licząc lata kalendarzowe łącznie z rokiem uzyskania uprawnień.

Przystępujący ZAB-BUD złożył Wykaz robót budowlanych, gdzie wskazał zadanie Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Uniwersyteckiego Szpitala Dziecięcego w Krakowie, wykonane na rzecz tego podmiotu przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „Chemobudowa-Kraków" SA z siedzibą w Krakowie, w latach od 10.04.2017 r. do 30.11.2020 r., wartość robót wynosiła 60 133 010,41 zł brutto (w tym przebudowa ponad 45 000 000,00 zł brutto ). Jako podstawę dysponowania wskazano zasoby innych podmiotów. Wraz z wykazem złożono referencje, które potwierdzały dane z Wykazu.

Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w odwołaniu wyraził jedynie „wątpliwości" co do wysokości kwoty przypadającej na wykonanie robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 45.000.000 zł brutto. Odwołujący nawet nie sprecyzował, na czym owe wątpliwości miałyby polegać. Nie przedstawiono dowodów, z których wynikałoby, że wartość robót wymaganych warunkiem została zaniżona, wynosi mniej niż Zamawiający wymagał w warunku. Biorąc pod uwagę, że z referencji wynika, iż na zadaniu wykonano prace ogólnobudowlane, instalacje sanitarne (wod.-kan, c.o., ciepła technologicznego, klimatyzacja i wentylacja, gazy medyczne), wewnętrzne instalacje elektryczne, instalacje niskoprądowe (DSO iSSP), zewnętrzne instalacje wod - kan. oraz zagospodarowanie terenu, sam zakres rzeczowy wyczerpuje praktycznie w całości wymaganie Zamawiającego do posiadania doświadczenia w wykonaniu robót

instalacyjno-budowlanych. Skoro więc wartość wszystkich robót wynosiła 60 133 010,41 zł, trudno nawet dywagować, iż wartość dla robót budowlano-instalacyjnych mogła być niższa niż 45 000 000,00 zł.

W przypadku Wykazu osób Przystępujący ZAB-BUD wskazał osoby dla poszczególnych stanowisk i przy wymaganiach ustalonych w warunku wskazał zadania referencyjne, na których dane osoby uzyskały wymagane doświadczenie z okresem pełnienia funkcji i wartością robót, przy czym powtórzono w wykazie brzmienie warunku udziału co do wymaganej wartości robót i wymaganej liczby lat doświadczenia.

Ponownie podkreślić należy, iż Odwołujący nie podważa prawdziwości żadnego ze złożonych oświadczeń. Z odwołania nie wynika, że Przystępujący ZAB-BUD poświadczył nieprawdę lub próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd przy opisie liczby lat posiadanego doświadczenia zawodowego przez osoby wskazane do pełnienia określonych funkcji.

Z żadnego zapisu SWZ czy innych dokumentów postępowania, w tym wzorów Wykazów, nie wynika, by Zamawiający wymagał szczegółowego rozpisania posiadanego doświadczenia na poszczególne lata. Poza tym, przy każdej z osób ZAB-BUD podał numer uprawnień i datę ich uzyskania, na podstawie których to danych można ustalić ile lat doświadczenia zawodowego posiada dana osoba. Celem Zamawiającego nie było uzyskanie szczegółowych życiorysów dla każdej z osób, ze szczegółowym rozpisaniem przebiegu kariery

zawodowej. Daty uzyskania uprawnień wskazują, że każda z osób z Wykazu dysponuje znacząco wyższą liczbą lat wykonywania zawodu, niż wymagał tego Zamawiający. Jeżeli zaś Odwołujący uważał inaczej i dysponował materiałem dowodowym, z którego wynikałoby odmiennie niż z Wykazu, to winien taki materiał przedstawić.

Poza tym Wykonawca ZAB-BUD zastosował się wprost do wzoru dokumentu przygotowanego przez Zamawiającego, gdzie także powtórzono brzmienie warunku udziału co do wymaganej liczby lat doświadczenia, a rolą wykonawcy było jedynie wskazanie projektów referencyjnych, wartości tych projektów (o ile była istotna dla warunku udziału) i wskazanie, że dana osoba jest czynnym członkiem izby zawodowej.

Tym samym wykonawcy nie byli zobligowani do podania informacji w wykazie osób w sposób wskazywany przez Odwołującego, możliwe było przedstawienie wymaganych informacji w każdy sposób dogodny i wiarygodny dla Wykonawcy. Warto także podkreślić, że Zamawiający ustalił wymaganie dysponowania odpowiednim doświadczeniem zawodowym w rozbudowany sposób. Zamawiający wymagał posiadania uprawnień budowlanych w danej specjalności, następnie wymagał liczby lat ogólnego doświadczenia zawodowego (i tu właśnie nie wymagał szczegółowości) oraz wymagał doświadczenia przy realizacji robót o opisanym charakterze, gdzie należało podać dane o wykonanych pracach, ich wartości oraz czasie trwania. W ocenie Izby Przystępujący ZAB-BUD zastosował się do tych wymagań.

Zamawiający ustalił w postępowaniu pozacenowe kryteria oceny ofert, w tym oceniał doświadczenie kierownika budowy (12%). Zamawiający podał, że przyzna 4 punkty za każde dodatkowe pełnienie funkcji Kierownika Budowy ponad wskazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu zawarte w treści rozdziału VII ust. 1. pkt 5) lit. b1) tiret 4 SWZ, czyli „doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Budowy przez okres minimum 7 miesięcy obejmujący uzyskanie pozwolenia na użytkowanie przy realizacji co najmniej 1 kontraktu dotyczącego robót budowlanych związanych z przebudową lub remontem obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto".

W celu dokonania oceny w kryterium należało wypełnić tabelę „Doświadczenie Kierownika Budowy w kryteriach oceny ofert" (załącznik nr 5 do SWZ). Wykonawca miał opisać w tabeli doświadczenie w taki sposób, aby jego zakres, w świetle postawionych przez Zamawiającego wymagań, nie budził wątpliwości i stanowił podstawę do jednoznacznej oceny. Nie podanie wszystkich informacji niezbędnych do jednoznacznej oceny doświadczenia w świetle postawionych wymagań w kryteriach oceny ofert skutkować będzie nie przyznaniem punktów za każdy niedostatecznie opisany nadzór. Do oceny w tym kryterium Zamawiający przyjął doświadczenie Kierownika Budowy bez ograniczeń czasowych.

Zgodnie z wzorem dokumentu należało podać zakres, nazwę i adres obiektu, nazwę, adres i dane kontaktowe inwestora/zamawiającego, wartość robót budowlanych, których dotyczył nadzór). ZAB-BUD złożył załącznik nr 5, gdzie wskazał Pana D.M. i następujące doświadczenie:

1) Zakres: Przebudowa Bloku Operacyjnego i Centralnej Sterylizatorni w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym w Warszawie"

Nazwa i adres obiektu: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny w Warszawie, ul Banacha 1 A

Nazwa, adres i dane kontaktowe inwestora/zamawiającego: Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny w Warszawie, ul Banacha 1 A

Wartość robót budowlanych związanych z przebudową lub remontem obiektu użyteczności publicznej, których dotyczył kontrakt: 27.000.000,00 zł brutto;

2) Zakres: „Rozbudowa i przebudowa skrzydła północnego budynku głównego Szpitala na pięciu kondygnacjach wraz z dostawą wyposażenia "

Nazwa i adres obiektu: SPZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Norberta Barlickiego, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 ŁÓDŹ

Nazwa, adres i dane kontaktowe inwestora/zamawiającego: SPZOZ Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Norberta

Barlickiego, ul. Kopcińskiego 22, 90-153 ŁÓDŹ

Wartość robót budowlanych związanych z przebudową lub remontem obiektu użyteczności publicznej, których dotyczył kontrakt: 37 379 766,21zł brutto (w tym przebudowa ponad 20 000 000,00 mln brutto );

3) Zakres: Przebudowa i rozbudowa budynku „C", rozbiórka istniejącego i budowa nowego łącznika komunikacyjnego pomiędzy budynkiem „B" i „C", przebudowa podziemnego łącznika technicznego pomiędzy budynkiem „B" i „C" oraz przebudowa części budynku „B" związana z budową nowego dźwigu szpitalnego w SPWSZ w Szczecinie

Nazwa i adres obiektu: Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie, ul. Arkońska 4, 71-455 Szczecin

Nazwa, adres i dane kontaktowe inwestora/zamawiającego: Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Zespolony w Szczecinie, ul. Arkońska 4, 71-455 Szczecin

Wartość robót budowlanych związanych z przebudową lub remontem obiektu użyteczności publicznej, których dotyczył kontrakt: Przebudowa ponad 25 000 000,00 zł brutto.

Na wstępie Izba podziela stanowisko przedstawione przez Przystępującego ZAB-BUD w piśmie procesowym, że Odwołujący nie wykazał interesu i możliwości poniesienia szkody w kwestii przedmiotowego zarzutu. Nawet bowiem nieprzyznanie ZAB-BUD punktów w ramach ustalonego kryterium nie pozwoli Odwołującemu uzyskać zamówienia, zatem zasadność lub niezasadność tego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, co samo w sobie prowadzi do oddalenia zarzutu jako niezasadnego.

Następnie ponownie pokreślić należy, iż ZAB-BUD wypełnił załącznik nr 5 zgodnie z wymogami ustalonymi przez Zamawiającego. W dokumencie wymagano podania zakresu, nazwy i adresu obiektu, danych kontaktowych zamawiającego i wartości robót budowlanych związanych z przebudową lub remontem obiektu użyteczności publicznej, której dotyczył kontrakt. Dla Izby ustalony krąg informacji jest logiczny względem treści warunku, bowiem należało przedstawić takie doświadczenie, w którym każdorazowo okres pełnienia funkcji wynosił minimum 7 miesięcy, ponieważ tak stanowił warunek główny, natomiast pozostałe cechy warunku udziału referowały do elementów przedmiotowych dla zadania inwestycyjnego (charakter robót, ich wartość).

Odwołujący ponownie nie zakwestionował prawdziwości danych przedstawionych w zestawieniu, odnośnie do długości wykonywania funkcji przez wskazaną osobę. W wykazie nie wymagano także wskazania, czy i kiedy inwestycja uzyskała pozwolenie na użytkowanie. W ocenie Izby nie są to informacje trudne do pozyskania, ponieważ wszystkie wymienione projekty są dużymi inwestycjami dla budynków użyteczności publicznej, z pewnością wykonywanymi w reżimie ustawy Pzp, poza tym możliwy jest dostęp w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej do dokumentów takich jak dzienniki budowy danej inwestycji, wniosek o wydanie pozwolenia na użytkowanie i inne. Odwołujący zarzut sformułował bazując na swoich dywagacjach.

Jeżeli chodzi o inwestycję podaną przez ZAB-BUD jako doświadczenie nabyte przez Pana M.R. i Pana R.S. w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, czyli „Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi – Projekt 6 – Zadanie 2 – Prace konserwatorskie, restauratorskie, roboty budowlane prowadzące do przywrócenia lub nadania obiektom nowych funkcji, wraz z zakupem sprzętu i wyposażenia niezbędnego do realizacji projektu w zakresie obiektu przy ul. Roosevelta 15" wartość : 21 952 023,13 zł brutto, w tym 20 906 000 zł brutto wartość robót budowlano – instalacyjnych, to po pierwsze Izba podziela interpretację warunku przedstawioną w piśmie procesowym przez ZAB-BUD.

Zdaniem Izby treść warunku dla wartości prac referowała do łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto, a nie jak podnosił Odwołujący do wartości po 20.000.000,00 zł brutto dla każdej z branż, tj. sanitarnej oraz elektrycznej. Wystarczające jest w tym zakresie zastosowanie literalnej wykładni zapisów SWZ, z których wynika, że wolą Zamawiającego było, aby łączna wartość prac o określonym charakterze wynosiła określoną warunkiem kwotę [„(…) obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości

robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 20.000.000 zł brutto (...)"]. Zatem Odwołujący dokonał nadinterpretacji znaczenia pojęć przyjętych w warunku. Takie rozumienie warunku, jak wskazuje Przystępujący oraz Izba, jest właściwe także przy zastosowaniu wykładni celowościowej. Skoro Zamawiający zamierza wykonać przedmiot zamówienia w postaci gotowego budynku, którego wartość określił na 43 117 661,21 zł brutto za wykonanie wszystkich prac, to ustalenie wymagania dla każdej z branż na poziomie 20 000 000 zł byłoby wymaganiem nieproporcjonalnym i nadmiernym.

Co do wartości całości prac i wartości prac budowlano – instalacyjnych dla zadania referencyjnego, Odwołujący nie wyjaśnił na czym opiera tezy przedstawione w odwołaniu. Odwołujący operuje kwotami, które nie wynikają z wykazu złożonego przez Przystępującego ani z innych dokumentów składających się na ofertę czy przedstawionych w ramach podmiotowych środków dowodowych.

W opozycji do sytuacji wynikającej z odwołania, ZAB-BUD spójnie i wiarygodnie wyjaśnił w jaki sposób obliczono ogólną wartość inwestycji i wartość prac budowlano-montażowych. Przystępujący wskazał, że na zadaniu miało miejsce kilkukrotne aneksowanie pierwotnej umowy, ostatecznie zaś doszło do podpisania ugody i jako finalnie poziom osiągnęło

wynagrodzenie dla wykonawcy. Przystępujący wyjaśnił także jaką kwotę w ramach zadania referencyjnego przeznaczono na zakup wyposażenia, a także wskazał, że kwota ta została odjęta od wartości głównej. Za logiczne Izba uznała również wyjaśnienia Przystępującego, że w momencie składania podmiotowych środków dowodowych wiedział jaka kwota wynikała będzie z zawartej 1 lipca 2024 roku ugody.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp lub art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Nie sprecyzowano jednak w jaki sposób ZAB-BUD w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp znajduje zastosowanie do wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie przedstawił okoliczności, które uzasadniałby tezy odwołania. Co więcej zarzut zbudował na zasadzie alternatywy, nie precyzując, czy działania Przystępującego miały charakter zawiniony, czy wykonawca działał na zasadzie lekkomyślności lub niedbalstwa. Nie jest wiadomym, czy to Izba, czy Zamawiający ma wybrać, czy działania danego podmiotu wypełniają dyspozycję jednego bądź drugiego przepisu. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się nawet, czy ZAB-BUD działał w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. O ile działanie noszące cechy lekkomyślności lub niedbalstwa polegają na

nieumyślności, a więc na niezamierzonym działaniu strony, o tyle działanie w sposób umyślny Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, musi danemu Wykonawcy udowodnić. Odwołujący nie przedstawił natomiast żadnej argumentacji, z której wynikałoby, że Przystępujący działał w sposób celowy, z winy umyślnej, dążąc do wystąpienia po jego stronie rażącego niedbalstwa. Skoro zaś przedstawione informacje nie spełniały kryterium informacji nieprawdziwych, wprowadzających Zamawiającego w błąd, to nie mogły one rzutować na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut nr 5

Z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Według art. 118 ust. 4 ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;

2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W ocenie Odwołującego w przypadku wykonawców ZAB-BUD oraz PRK7 udostępnienie zasobów ma charakter pozorny. Odwołujący uważa, że żaden z Wykonawców

nie wykazał, czy na etapie realizacji zamówienia, rzeczywiście będzie dysponował udostępnionymi zasobami, ani w jakim zakresie. Z załączonych dokumentów nie wynika, co faktycznie udostępnił każdy z podmiotów, ani w jakim zakresie będzie brał udział w realizacji zamówienia.

Przystępujący ZAB-BUD złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie. Z dokumentu wynika, że podmiot oddaje do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby, tj. zdolności techniczne: doświadczenie przy realizacji polegającej na przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 45.000.000 zł brutto (co określono jako zakres zobowiązania). Następnie podmiot trzeci wskazuje, że udostępnienie będzie obowiązywało na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (okres). Potem podmiot trzeci oświadcza, że „będziemy brali udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca w zakresie następujących robót/prac ogólnobudowlanych, wykończeniowych i instalacyjnych oraz udzielając doradztwa i konsultacji w zakresie realizacji zamówienia" (zakres). Co do sposobu wykorzystania zasobów podano, że „będziemy brali udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca oraz udzielając doradztwa i konsultacji; Wykonawca jest uprawniony do korzystania z podmiotu trzeciego jako podwykonawcy,

a także doradcy i konsultanta". Podmiot trzeci zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia przez cały czas niezbędny do jego wykonania. Zaznaczono, że Wykonawca może korzystać z udostępnianych zasobów przez cały okres niezbędny do realizacji zamówienia. Podmiot udostępniający zasoby oświadczył, że zrealizuje roboty budowlane, których zdolności dotyczą, w następującym zakresie: prace ogólnobudowlane, wykończeniowe i instalacyjne do realizacji których udostępnione doświadczenie jest wymagane oraz udzielając doradztwa i konsultacji (art. 118 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp). Na końcu złożonego zobowiązania znalazło się także twierdzenie, że podmioty łączy umowa o podwykonawstwo oraz doradztwo i konsultacje.

Owszem, jak zauważył w odwołaniu Odwołujący, w pkt 8 formularza ofertowego ZAB-BUD oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona przy udziale podwykonawców (część robót ogólnobudowlanych, konserwatorskich, wykończeniowych i instalacyjnych, roboty ziemnie, rozbiórkowe, zagospodarowanie terenu) ale nie podano nazw podwykonawców, zaznaczając, że nie są oni znani na tym etapie postępowania.

Jednocześnie Odwołujący całkowicie pomija pozostałą treść formularza ofertowego i inne dokumenty złożone w terminie składania ofert. Z pkt 6 formularza wynika, że Przystępujący będzie korzystał przy potwierdzeniu spełniania warunku udziału z zasobów podmiotu trzeciego, następnie Przystępujący złożył JEDZ dla podmiotu trzeciego i zobowiązanie o przywołanej treści. Odwołujący zarówno w treści odwołania, jak również

w treści pisma przygotowawczego oraz stanowisku przedstawionym na rozprawie całkowicie pomija te okoliczności.

Izba nie podziela tez odwołania, że złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego nie określa zakresu dostępnych zasobów. Chemobudowa jasno oświadcza, iż zasobem, który udostępnia jest doświadczenie zdobyte na opisanym zadaniu referencyjnym, którego poziom wpisuje się w treść warunku udziału odnośnie do dysponowania określonym potencjałem zawodowym i wymaganym doświadczeniem w realizacji robót wymaganych warunkiem. Czytając ze zrozumieniem, zobowiązanie do udostępnienia zasobów jasno i precyzyjne określa zatem przekazywany potencjał, na którym ZAB-BUD może polegać.

Co do sposobu i okresu udostępnienia, trudno w ogóle zrozumieć myśl przewodnią odwołania. O ile można zgodzić się, że w pkt 8 Przystępujący powinien był wskazać nazwę podwykonawcy, ponieważ jest to podmiot mu znany, to jednak całokształt pozostałych dokumentów, a przede wszystkim zobowiązanie, klarownie określa okres udostępnienia i sposób tego udostępnienia. Nie można także zapominać, że sam zakres powierzenia określonych prac podwykonawcy ma jedynie charakter informacyjny, co wynika z jednolitego stanowiska doktryny i orzecznictwa, przywołanego choćby przez Przystępującego ZAB-BUD w piśmie procesowym. Niewskazanie nazwy podwykonawcy na tym etapie postępowania, pozbawione jest doniosłości prawnej, bowiem Zamawiający nie zastrzegł osobistego wykonania zamówienia, możliwa jest natomiast zmiana podwykonawców w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

Jeżeli zaś Odwołujący ma problem z interpretacją zapisu, że udział podmiotu trzeciego będzie miał miejsce „przez czas niezbędny do jego wykonania" (przedmiotu zamówienia), to jednocześnie Odwołujący nie precyzuje jaki zapis określający czasookres udostępnienia byłby dla niego zadowalający.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że Przystępujący nie zamierza zlecić podmiotowi udostępniającemu zasoby wykonania prac wymienionych w pkt 8 formularza ofertowego. Z pozostałych dokumentów oferty wynika, że zakres ten pokrywa się z zakresem rzeczowym udostępnianym przez Chemobudowę. Jasno także określono jaki zakres będzie wykonywał podwykonawca, wskazując na konkretne grupy robót. Przepisy ustawy Pzp nie wymagają, jak podnosi się w odwołaniu, wskazania wielkości lub wartości robót. Wymagane jest podanie części zamówienia. Zdaniem składu orzekającego takie części zamówienia ZAB-BUD w ofercie wskazał.

W przypadku zobowiązania złożonego przez Wykonawcę PRK7 przez firmę PTB NICKEL Sp. z o.o., Jelonek k/Poznania, w ocenie Izby zawiera ono wszystkie niezbędne elementy określone przepisami ustawy Pzp. W zobowiązaniu wskazuje się jak zakres zostanie udostępniony – mowa jest o zdolności zawodowej. Następnie dla sposobu wykorzystania

zasobu podano, że „Na podstawie umowy podwykonawczej, w charakterze podwykonawcy zrealizujemy roboty budowlane (których udostępniane przez nas zdolności dotyczą) tj. roboty budowlane polegające na wykonaniu zamówienia. Będzie to polegać na realnym wykonywaniu robót budowlanych". Co do zakresu i okresu udostępnienia podano, że „jedna robota budowlana polegającą na przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej o łącznej wartości robót budowlano-instalacyjnych nie mniejszej niż 45.000.000 zł brutto przez cały okres realizacji kontraktu", a podmiot udostępniający wykona „część robót budowlano -instalacyjnych". PRK7 w formularzu oferty zaznaczyło, że będzie korzystało ze zdolności podmiotu trzeciego, wskazując zakres udostępnienia, natomiast w pkt 8 formularza zaznaczono, że podmiot korzystał będzie z podwykonawców, gdzie podano nazwę PTB NICKEL Sp. z o.o. a zakres określono jako część robót instalacyjno-budowlanych.

Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną w zakresie charakteru i sposobu przedstawiania zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, którą wyraziła przy zarzutach dotyczących Przystępującego ZAB-BUD.

Reasumując, zarzut oparto na subiektywnych odczuciach Odwołującego, co do poziomu szczegółowości zobowiązań podmiotów trzecich składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie wskazał z jakich przepisów ustawy Pzp wywodzi, iż zakres informacji przekazany w zobowiązaniach do udostępnienia zasobów jest niewystarczający, jaki poziom szczegółowości powinna przyjąć treść zobowiązań, by odpowiadała standardom Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący zapomina, że nawet gdyby uznać, że treść zobowiązań jest niewystarczająca i nie dowodzi realności przekazania zasobów, to w tym zakresie istnieje możliwość zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co Odwołujący również pomija w zarzutach i żądaniach odwołania.

Zarzut nr 6

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Zdaniem składu orzekającego Izby zaznaczenie w odpowiedniej sekcji odpowiedzi „TAK" w stosunku do pytania „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje

w związku z tą wcześniejszą umową" nie oznacza automatycznie, że wobec takiego wykonawcy znajdują zastosowanie przesłanki wykluczenia określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zwrócić należy uwagę na dalszą treść przedmiotowej sekcji, mianowicie: „Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat". Tym samym szczegółowe opisanie okoliczności, w których doszło do rozwiązania umowy przed czasem umożliwia Zamawiającemu ocenę spełniania podmiotowych warunków przez wykonawcę składającego oświadczenie. Nie jest to z drugiej strony jednoznaczne z koniecznością przeprowadzenia procedury samooczyszczenia przez Wykonawcę, co słusznie podkreślał Przystępujący Budimex w złożonym piśmie procesowym. Jak wynika ze stanowiska orzecznictwa i doktryny, warunkiem skutecznego samooczyszczenia jest uznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt (tak m. in. wyrok KIO z 8 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1034/17, wyrok KIO z 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17). Pytania zamieszczone w JEDZ-u należy odczytywać również przez pryzmat uregulowań unijnych, z uwzględnieniem brzmienia przepisów prawa krajowego, implementującego prawa wspólnotowe. W ten sam sposób ocenić trzeba udzielane przez Wykonawców w jego treści odpowiedzi. Przy udzieleniu odpowiedzi twierdzącej nie należy od razu domniemywać, że Wykonawca przyznaje, że zachodzą wobec niego przesłanki wykluczenia, choćby z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W ocenie Izby konieczne jest każdorazowe zbadanie przez danego zamawiającego, czy występują okoliczności, które skutkować muszą wykluczeniem Wykonawcy w ramach wyjaśnień złożonych wraz z JEDZ. Tym samym Izba oceniła jako prawidłowe zachowanie Przystępującego Budmiex, który udzielając odpowiedzi twierdzącej w JEDZ, przedstawił okoliczności istotne dla danej odpowiedzi na pytanie, ale oświadczył, że nie podjął czynności samooczyszczenia i wyjaśnił przyczyny takiego postępowania. Zamawiający dysponował więc wiedzą o okolicznościach związanych z realizacją innych umów, nakładaniem kar (w tym kar o bagatelnej wysokości) i mógł samodzielnie ocenić, czy dany Wykonawca zobowiązany jest jednocześnie do przeprowadzenia procedury samooczyszczenia. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie „Z przedstawionych wyjaśnień wynikają szczegółowe okoliczności zakończenia w określony sposób umów zawartych przez Budimex, co powoduje że Zamawiający nie ma podstaw do zakwestionowania ich prawdziwości i uznania, że Budimex podlega wykluczeniu", zatem Zamawiający przeprowadził analizę złożonych mu wyjaśnień i uznał je za wystarczające i wiarygodne.

Izba podziela argumentację Budimex, że na Odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, że doszło do kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a niewykonanie procedury samooczyszczenia powinno prowadzić do wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Tymczasem Odwołujący nawet

w minimalnym stopniu nie przeprowadził analizy argumentacji merytorycznej przedstawionej przez Budimex razem z JEDZ w ofercie. W uzasadnieniu podstaw faktycznych zarzutu Odwołujący przedstawił ogólnikowe twierdzenia, subiektywną ocenę stanu faktycznego. Przebieg rozprawy przed Izbą pokazał, że Odwołującemu znane jest stanowisko doktryny, potwierdzone orzecznictwem zarówno Izby, jak i sądów powszechnych, że udzielenie odpowiedzi twierdzącej w JEDZ nie oznacza automatyzmu i nie prowadzi bezwzględnie do wykluczenia wykonawcy jeżeli ze złożonych wyjaśnień nie wynika wprost, że doszło do przeprowadzenia procesu samooczyszczenia. Odwołujący jednak postawił znak równości pomiędzy odpowiedzią TAK a koniecznością przeprowadzenia procesu samooczyszczenia.

Jak wynika z pisma procesowego Budimex, przedmiotowa sytuacja podlegała ocenie Izby, gdzie w wyroku z 14 marca 2022 r. w sprawie o sygn. KIO 449/22 uznano praktykę stosowaną przez Przystępującego za prawidłową. Nie było to także jedyne postępowanie odwoławcze, gdzie oceniano, czy sposób składania dokumentów przez Budimex przebiega prawidłowo. W żadnym z dotychczas prowadzonych postępowań nie uznano, że sposób działania Budimex jest nieprawidłowy.

W piśmie procesowym Przystępujący Budimex przywołał szereg orzeczeń Izby oraz sądów powszechnych, potwierdzających, że zastosowana przez Wykonawcę praktyka jest prawidłowa. Izba przywołane tezy orzecznictwa podziela i przyjmuje za własne. W konsekwencji na uwzględnienie nie zasługiwał zarzut naruszenia art. 110 ust. 1 i 2 ustawy Pzp bowiem może być zastosowany, jeżeli wobec danego wykonawcy wystąpią przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Za spóźnione uznano dowody złożone na posiedzeniu przed Izbą uzyskane przez Odwołującego od Tramwajów Warszawskich. Okoliczności te winien Odwołujący podnieść w odwołaniu w ramach przedstawiania okoliczności faktycznych, które w ocenie Wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej prowadzić powinny do eliminacji innego Wykonawcy z postępowania.

Zarzut nr 7

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Choć w SWZ Zamawiający zastrzegł, że W przypadku niezłożenia wskazanego

dokumentu, pominięcia lub dopisania pozycji, brak ceny jakiejkolwiek pozycji Rozbicia Cenowego Oferty, spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 Ustawy Pzp z uwagi na fakt, że służyć będzie jako element niezbędny do rozliczania poszczególnych rodzajów robót budowlanych", to nie można pominąć treści przepisów powszechnie obowiązujących. Zwrócić uwagę ponadto należy, iż zastrzeżenie SWZ odnosiło się do braku wyceny pozycji, pominięcia pozycji, dopisania pozycji w RCO, tymczasem Przystępujący Climamedic wycenił wszystkie pozycje, żadnej nie pominął i nie dopisał. Z uwagi na brak wiedzy na temat podwykonawców na etapie składania

oferty Wykonawca nie dokonał rozbicia kwot przysługującym podwykonawcom, co Izba uważa za działanie logiczne. Skoro w momencie składania oferty nie jest wiadomym, jaki ostatecznie zakres zostanie powierzony podwykonawcy i na jaką ostatecznie kwotę, trudno takie informacje zamieścić w RCO. Ostateczne rozliczenie z podwykonawcą i tak będzie musiało mieścić się w kwocie przewidzianej przez wykonawcę dla danej kategorii robót. Zamawiający bowiem szczegółowo uregulował sytuację podwykonawcy w postanowieniach umownych. Climamedic podało także w formularzu oferty jaki zakres prac zamierza powierzyć podwykonawcom, to jest roboty ogólnobudowlane, elektryczne, sanitarne. Zamawiający dysponuje wiedzą w jakim zakresie wynagrodzenie Wykonawcy zostanie rozdzielone między ten podmiot a podwykonawcę.

Co do zasady odrzuceniu podlega oferta, której merytoryczna treść oferty – rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy – nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do zakresu, rodzaju lub sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Z niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia mamy do czynienia w sytuacji wystąpienia niezgodności zobowiązania danego wykonawcy ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest weryfikacja, czy oferowane mu roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają tym wymaganiom co do rodzaju, zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, jakie uznał za istotne dla zaspokojenia jego potrzeb, jeżeli znalazło to odzwierciedlenie w ramach opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wyjaśnił na jakiej podstawie brak podania wynagrodzenia dla podwykonawców powodować ma niezgodność treści oferty z treścią SWZ. Przystępujący uwzględnił merytoryczny zakres do wykonania, dokonał jego wyceny, pozostałe informacje, które znajdować miały się w kolumnach 4,5,6 nie stanowią ceny oferty, ta bowiem wynika z sumowania kolumn 5 do 7 RCO – Całkowita Wartość Robót. Dane składające się na kolumny niewypełnione przez Przystępującego odnoszą się do Szacunkowej wartości robót i kwoty wynagrodzenia przysługującego podwykonawcom.

W przypadku oferty PRK7 Zamawiający dokonał samodzielnego poprawienia omyłek rachunkowych w RCO, sumując pozycje od 1.1. do 1.9 i wpisując sumę do pozycji nr 1 RCO. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, że „(..) dokonał w zakresie poprawy wyłącznie zsumowanie pozycji składających się na punkt 1 RCO". Taki sposób poprawy oferty Izba uznała za dopuszczalny.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie i oddaliła odwołanie w całości. Nie uznano zasadności zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie

podlegających odrzuceniu, do czego był zobowiązany. Zamawiający nie naruszył również przepisów art. 16 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem i zachowaniem zasad określonych w ustawie Pzp, równo traktując wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty, dokonując ich oceny przestrzegając zasady uczciwej konkurencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca: