

WYROK

Warszawa, dnia 05.11.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 7 października 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Powiat Miechowski

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MURKRAK Sp. z o.o. Sp. k. oraz Z.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.M. Zakład Remontowo Budowlany „MURDZA” z siedzibą lidera w Węgrzcach

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3690/24

Uzasadnienie

Powiat Miechowski, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest Budowa przyszkolnej Hali sportowej wraz z przebudową boiska przy Liceum Ogólnokształcącym przy ul. M. Konopnickiej 2 w Miechowie w ramach Programu OLIMPIA wraz z zagospodarowaniem terenu i urządzeniami budowlanymi, numer postępowania: RGR-IPR.272.14.2024.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 sierpnia 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00473787.

W dniu 7 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcyPrzedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności zaniechań zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. w zw. z art. 218 ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10) p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1) p.z.p. poprzez wybór oferty i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców występujących wspólnie: MURKRAK Sp. z o. o. Sp. Komandytowa, Z.M. Zakład Remontowo-Budowlany MURDZA z uwagi na niezgodność oferty warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym i błędne obliczenie ceny oferty;

2) art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania MURKRAK Sp. z o. o. Sp. Komandytowa, Z.M. Zakład Remontowo- Budowlany MURDZA do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowane ceny istotnych części składowych kosztorysu (oferty), pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamych pozycji, co spowodowało brak odrzucenia oferty konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

3) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 pkt 1) i 126 ust. 1 ustawy PZP w zw. z pkt VII pkt 2.3) lit. a) w zw. pkt X ppkt 3.2.1 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawców MURKRAK Sp. z o. o. Sp. Komandytowa, Z.M. Zakład Remontowo-Budowlany MURDZA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. budowie hali sportowej o minimalnej kubaturze 8000 m3 wraz wykonaniem boiska sportowego o nawierzchni poliuretanowej pomimo,

gdyż że ze złożonego wykazu robót budowlanych nie wynika spełnienie warunków podmiotowych;

4) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 116 pkt 1) i 126 ust. 1 ustawy PZP w zw. z pkt VII pkt 2.3) lit. b) z pkt X ppkt 3.2.2 SWZ w zw. z pkt 3.6.1.1 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawców MURKRAK Sp. z o. o. Sp. Komandytowa, Z.M. Zakład Remontowo-Budowlany MURDZA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu osób, na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia pomimo, że ze złożonego wykazu osób nie wynikało spełnienie warunków podmiotowych;

5) art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane PER-MIR M.P. z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym i błędne obliczenie ceny;

6) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane PER-MIR M.P. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny istotnych części składowych kosztorysu (oferty), pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh pozycji, tj. istotnych części składowych, co spowodowało brak odrzucenia oferty konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;

7) art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 218 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10) w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym i błędne obliczenie ceny;

8) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny istotnych części składowych kosztorysu (oferty), pomimo ich rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności w porównaniu z średnią arytmetyczną złożonych ofert w zakresie tożsamyh pozycji, tj. istotnych części składowych, co spowodowało brak odrzucenia oferty konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę lub koszt.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania określonych czynności w szczegółach opisanych w uzasadnieniu odwołania.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał następująco:

W zakresie zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że MURKRAK konstruując cenę oferty, za podstawę wyceny w szeregu pozycji kosztorysu ofertowego, przyjął wartości wynikające z przedmiaru a nie z projektu, wbrew modyfikacji wymagań zamawiającego dokonanych w trakcie postępowania.

Odwołujący następnie opisał zaobserwowane przez niego nieprawidłowości odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztorysowych. Podkreślił, że przyjęcie w kosztorysie ofertowym jako podstawę wyceny ilości przyjętych w przedmiarach a nie w projekcie budowlanym stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, ponieważ zamawiający wprost i kilkakrotnie potwierdził, iż projekt jest nadrzędny i stanowi jedyną podstawę do wykonania kalkulacji cenowej przez oferenta.

Odwołujący dodał również, że MURKRAK pominął i nie wycenił pozycji, które wynikały z SWZ lub które Zamawiający dodał w trakcie Postępowania wskutek wyjaśnień do SWZ oraz opisał ww. nieprawidłowości odnosząc się do poszczególnych pozycji kosztorysowych, co jego zdaniem świadczy również o błędzie w obliczeniu ceny.

W zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał na ceny znajdujące się w poszczególnych rodzajach kosztorysów, tj. w Kosztorysie „Roboty budowlane i wyposażeniowe” oraz „Roboty Sanitarne wewnętrzne” wskazując, że są one niższe niż ceny rynkowe, co uzasadnia wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący powoływał się w tym zakresie na średnie ceny złożonych ofert oraz ceny wskazywane na podstawie wydawnictwa Sekocenbud.

Odwołujący dodał również, że wskazane przez niego elementy cenowe, ze względu na ich wielkość stanowią istotną część składową ceny. Pojęcie istotności części składowej ceny lub kosztu należy interpretować m.in. przez odniesienie się do istotności części przedmiotu zamówienia, przynależnej danej części składowej ceny lub kosztu. Przykładowo, jeżeli określone prace w ramach realizacji zamówienia mają dla zamawiającego istotne znaczenie, to powinien on mieć prawo zbadania, czy za prace te wykonawca oferuje cenę, która nie została przez niego rażąco zaniżona. Istotnymi częściami składowymi ceny lub kosztu będą te części składowe, które ze względu na ich wartość, a także wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia.

Odwołujący wskazał również na możliwość zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazał, że podstawą do określenia ilości robót zaniechanych będzie dokumentacja projektowa, a podstawą do określenia ich wartości będzie cena określona w kosztorysie ofertowym Wykonawcy (ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym).

Tym samym, pomimo ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego, ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym nie mają charakteru tylko poglądowego, lecz od sposobu ich określenia zależy wysokość wynagrodzenia za roboty dodatkowe lub zamienne, co w przypadku umowy o roboty budowlane, ze względu na ich specyfikę, jest zjawiskiem częstym.

Z powyższych powodów ceny jednostkowe w kosztorysie ofertowym powinny zostać wycenione przez wykonawców w sposób rzetelny i rzeczywisty.

W zakresie zarzutu nr 3 odniósł się do inwestycji referencyjnych wskazywanych przez Przystępującego w wykazie robót. Zdaniem Odwołującego z protokołów złożonych na potwierdzenie należytego wykonania robót nie wynikają elementy potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.:

- Z protokołu odbioru końcowego robót budowlanych - budowa sali gimnastycznej przy Specjalnym Ośrodku Szkolno-Wychowawczym Zagorzycach wraz z instalacją fotowoltaiczną" nie wynika aby wykonawca wykonał halę sportową, która spełnia wymóg o minimalnej kubatury 8000 m³;

- Z protokołu „Budowa basenu przy szkole podstawowej numer 155- osiedle drugiego pułku lotniczego 21 w Krakowie” nie wynika aby wykonawca wykonał halę sportową, przedmiotem umowy była bowiem budowa basenu. Ponadto inwestycja była realizowana od 21.11.2017r. czyli wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a poza tym była realizowana w Konsorcjum Firm i nie wynika z dokumentów i oświadczeń za co byli odpowiedzialni poszczególni konsorcjanci, jeżeli mowa o zakresie i wartości prac oraz ich powierzchni;

- Z protokołu pn. „Protokół odbioru dla poszczególnych zakresów wykonanych robót – końcowy” - Rewitalizacja w Gminie Iwanowice, zadanie numer 3 - Rewitalizacja wsi Maszków zakres robót roboty budowlano-montażowe nie wynika aby wykonawca wykonał boisko sportowe o powierzchni poliuretanowej. Ponadto roboty były wykonywane od 01.04. 2018 roku, czyli wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat.

W zakresie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że w złożonych przez wykonawcę podmiotowych środkach dowodowych brak informacji o doświadczeniu i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, co uniemożliwia zweryfikowanie, czy osoby te posiadają wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Ponadto MURKRAK nie wykazał dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności drogowej oraz nie złożył oświadczenia o treści zgodnej z załącznikiem nr 8 do SWZ.

Z kolei zarzuty nr 5-8 zawierały tożsamą argumentację jak zarzuty nr 1 i 2, ale dotyczyły pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, tj. wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane PER-MIR M.P. oraz wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Kartel S.A.

Odwołujący złożył również dodatkowe stanowisko procesowe, w którym odniósł się do wniosku o odrzucenie odwołania zawartego w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie.

Dokładna treść odwołania oraz dodatkowego stanowiska procesowego Odwołującego znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 28 października 2024 r. stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania, a w razie nieuwzględnienia tego wniosku, o jego oddalenie.

Jak wskazywał Zamawiający, w pierwszej kolejności odwołanie powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy PZP w zw. z art. 514 ust. 2 i art. 67 ustawy PZP.

Zamawiający przedstawił bardzo szeroką argumentację na poparcie postawionego wniosku, wskazując w niej m.in., że w dniu 24.10.2024 r. Zamawiający zarchiwizował skrzynkę mailową p.. Powyższe skutkowało również zwolnieniem miejsca w skrzynce - zakolejkowane wiadomości wpadły do skrzynki, po czym zostały pobrane przez pracowników Starostwa. W tym dniu Zamawiający powziął wiadomość o wniesionym odwołaniu.

Jak dodał Zamawiający, mając wiedzę, że skrzynka ww. adresu e-mail ma ograniczoną pojemność zamawiając zastrzegł w SWZ, że w sytuacjach awaryjnych np. w przypadku braku działania platformy zakupowej zamawiający może również komunikować się z Wykonawcami za pomocą ww. poczty elektronicznej. Zamawiający podkreślił, że ww. adres na który w dniu 07.10.2024 r., godz. 21:01) zostało przesłane odwołanie był jedynie adresem awaryjnym, a dodatkowo

zastrzeżonym jedynie na rzecz zamawiającego.

W związku z powyższym nie można uznać by Odwołujący w sposób prawidłowy poinformował Zamawiającego o wniesieniu odwołania.

Oprócz wniosku o odrzucenie odwołania Zamawiający zawarł również wniosek ewentualny o jego oddalenie, przedstawiając stosowną argumentację.

W zakresie zarzutu nr 1 wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Zamawiający wymagał załączenia do oferty Kosztorysu ofertowego, podał jednak wyraźnie, iż kosztorys ofertowy ma charakter pomocniczy, służyć będzie wzajemnym rozliczeniom Stron oraz wymagany jest z uwagi na fakt dofinansowania zadania (postanowienie części XIV ust. 3 pkt. 2) SWZ). Kosztorys ofertowy, nie określa zakresu rzeczowego zobowiązania wykonawcy, ale służy jedynie do ustalenia wysokości płatności częściowych i płatności końcowej oraz obliczenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku robót zamiennych lub zamówienia (postanowienie § 11 ust. 4 wzoru Umowy). Wobec powyższego kosztorys nie podlegał ocenie.

W zakresie zarzutu nr 2 wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu, jak wyjaśniono w odpowiedzi na zarzut 1, kosztorysy miały charakter pomocniczy. Nawet gdyby podlegały badaniu to, zgodnie z przyjętą doktryną dopuszczalne jest uznanie ceny za rażąco niską z powodu zakwestionowania jednego elementu składającego się na tę cenę, jeśli zostało wykazane, że jego znaczenie jest tak duże, że jego zaniżenie powoduje rażąco niski charakter ceny całej oferty. Dodał, że Odwołujący nie podjął się wykazania istotności elementu kosztu, podał jedynie porównanie cen w stosunku do oferty Odwołującego (droższej o prawie 1 800 000,- zł) cen bez wykazania istotności kwestionowanych elementów (pozycji) w przedmiocie zamówienia.

Jeśli chodzi o zarzut nr 3 to Zamawiający wskazał, że Odwołujący błędnie przyjmuje okres od rozpoczęcia prac i tym samym niezasadnie zarzuca brak wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Dodał, że W SWZ nie zdefiniowano, co należy rozumieć, jako hala sportowa, brak jest również takiego pojęcia przepisach prawa. Zgodnie z przyjętą terminologią:

„Kryte hale sportowe to wielofunkcyjne obiekty, w których można uprawiać szeroką gamę sportów, od badmintonu, tenisa stołowego i koszykówki po imprezy i wydarzenia”. Obiekty wykazane przez Przystępującego spełniają funkcję wielofunkcyjnego obiektu, o zwartej konstrukcji, w których można uprawiać szeroką gamę sportów, organizować zawody sportowe. Nadto dla uznania, iż basen stanowi obiekt hali sportowej zamawiający przyjął kategorię obiektu, do której należy. Zgodnie z załącznikiem do ustawy Prawo budowlane pn. „Kategorie obiektów budowlanych. Współczynnik kategorii obiektu (k). Współczynnik wielkości obiektu (w)”: budynki sportu i rekreacji, jak: hale sportowe i widowiskowe, kryte baseny - należą do kategorii XV.

Jak podkreślił Zamawiający informacje w wykazie są wystarczające bowiem inne dokumenty/referencje załącza się jedynie w celu wskazania, że roboty budowlane zostały wykonane należycie. Rolą referencji jest potwierdzenie należytego wykonania umowy, co wynika wprost z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia ministra rozwoju, pracy i technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (KIO z 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 609/23).

W zakresie zarzutu nr 4 Zamawiający wskazał, że wezwał Wykonawcę o przedłożenia podmiotowych środków dowodowych i w odpowiedzi na wezwanie uzyskał dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Tym samym nie zachodziła przesłanka art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Dodał, że wszelkie niezbędne informacje, potwierdzające że Wykonawca spełnia warunek udziału, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, umożliwiającymi jego realizację na odpowiednim poziomie jakości znajdują się w „wykazie osób”, w którym Wykonawca podał „Spełnia warunek pkt. VIII ppkt. b) dokumentu SWZ”.

W zakresie zarzutu nr 5 - 8 Zamawiający powołał się na argumentację przedstawioną dla odparcia zarzutu nr 1 i 2.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Przystępującego:

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. k. oraz Z.M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.M. Zakład Remontowo Budowlany „MURDZA” z siedzibą lidera w Węgrzcach, dalej jako „Przystępujący”.

Przystępujący przedstawił stanowisko procesowe w trakcie wypowiedzi na rozprawie, popierając stanowisko Zamawiającego.

Szczegółowe argumenty podnoszone przez Przystępującego odnotowane zostały w treści protokołu z rozprawy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Odnosząc się do wniosku Zamawiającego należy wskazać, że zgodnie z przepisem art. 528 pkt 6 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2. Jak stanowi przepis art. 514 ust. 2 ustawy PZP Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Z kolei zgodnie z ust. 3 domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W stanie faktycznym niniejszej sprawie bezspornym jest, że odwołanie zostało wysłane przez Odwołującego na jeden z adresów e-mail wskazanych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Adres ten pojawił się w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SWZ przy oznaczeniu danych adresowych Zamawiającego.

Niespornym jest również, że Zamawiający otrzymał odwołanie, chociaż dopiero w dniu 24 października, w sytuacji w której termin na wniesienie odwołania upływał 7 października 2024 r. Powodem takiej sytuacji było to, że skrzynka, na którą odwołanie zostało wysłane, była przepełniona. Dopiero po zarchiwizowaniu części z wiadomości, a tym samym uwolnieniu miejsca na skrzynce, odwołanie pojawiło się w skrzynce odbiorczej.

W SWZ, w dziale XIII punkt 7 znalazło się następujące zastrzeżenie:

„W sytuacjach awaryjnych np. w przypadku braku działania platformy zakupowej Zamawiający może również komunikować się z Wykonawcami za pomocą poczty elektronicznej.”

Z treści powyższego zastrzeżenia Zamawiający wywodzi, że po pierwsze: wskazany adres mógł być używany tylko w sytuacjach awaryjnych, natomiast komunikacja powinna odbywać się za pomocą platformy przetargowej, po drugie: możliwość korzystania z ww. adresu zastrzeżona została tylko dla Zamawiającego więc niemożliwym było wysyłanie jakichkolwiek wiadomości na tenże adres przez wykonawców, a co za tym idzie, odwołanie powinno zostać odrzucone, gdyż Odwołujący nie przekazał Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy PZP.

Zdaniem Izby argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Z przepisu art. 514 ust. 2 wynika, że odwołujący ma obowiązek przekazania zamawiającemu odwołania przed upływem terminu do jego złożenia. Przepis ten nie ogranicza jednak sposobu, w jaki odwołanie powinno zostać zamawiającemu dostarczone. Skoro tak, przekazanie odwołania na jeden z adresów wskazanych w dokumentacji postępowania, należy pożytywać jako zgodne z przytoczonym przepisem. Nie ma przy tym znaczenia zastrzeżenie, na które uwagę zwracał Zamawiający. Cel przepisu art. 514 ust. 2 ustawy PZP sprowadza się do tego, że Zamawiający ma otrzymać odwołanie by zapoznać się z jego treścią i podjąć określone czynności, jak np. jego uwzględnienie, wniesienie odpowiedzi na odwołanie itp. Przekazanie odwołania nie musi mieć przy tym miejsca w zgodzie z zasadami komunikacji określonymi w SWZ – chodzi po prostu o to, by Zamawiający otrzymał odwołanie i mógł zapoznać się z jego treścią. W niniejszej sprawie odwołanie zostało przekazane na jeden z adresów e-mail wskazanych w dokumentacji, a zatem spełnione zostały przesłanki z art. 514 ust. 2 ustawy PZP. W związku z powyższym wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania należało oddalić.

W zakresie ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, tj. przede wszystkim konkretnych zapisów SWZ, zostaną one przywołane w ramach uzasadnienia prawnego dla poszczególnych zarzutów. Izba ustaliła stan faktyczny sprawy przede wszystkim na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, która była kluczowa dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. W poczet materiału dowodowego przyjęte zostały również dokumenty składane przez strony i uczestnika wraz z pismami procesowymi lub w trakcie posiedzenia i rozprawy.

Na obecnym etapie uzasadnienia koniecznym jest jedynie podkreślenie, że Zamawiający zawarł w dniu 8 października 2024 r. umowę dla zadania objętego niniejszym postępowaniem, będąc w przekonaniu, że na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie wpłynęło odwołanie, co znalazło odzwierciedlenie w postawionym wniosku o odrzucenie odwołania.

Uzasadnienie prawne:

Zarzut nr 1:

Izba nie zgodziła się z postawionym zarzutem.

Dla rozstrzygnięcia niniejszego zarzutu kluczowe są postanowienia dokumentacji.

Zgodnie z Rozdziałem XV pkt 2 SWZ: „Obowiązującym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie ryczałtowe.”

Zgodnie z Rozdziałem XIV ust. 3 pkt 2 SWZ wykonawca wraz z ofertą zobowiązany był złożyć: *Uproszczony Kosztorys ofertowy - kosztorys ma charakter pomocniczy, służyć będzie wzajemnym rozliczeniom Stron. Wymagany jest z uwagi na fakt dofinansowania zadania.*

Uproszczony kosztorys należy opracować na podstawie przedmiarów robót znajdujących się w załączniku nr 4 – OPZ.”

Zgodnie z § 11 ust. 4 wzoru umowy: „Kosztorys ofertowy, o którym mowa w ust. 3, nie określa zakresu rzeczowego zobowiązania wykonawcy, ale służy jedynie do ustalenia wysokości płatności częściowych i płatności końcowej oraz obliczenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku robót zamiennych lub zamówienia dodatkowego, a w przypadku odstąpienia od umowy, do ustalenia wysokości wynagrodzenia wykonawcy.”

Z przywoływanych przez Odwołującego w treści odwołania odpowiedzi na pytania do SWZ wynika również, że: „Projekt jest nadrzędny i stanowi jedną podstawę do wykonania kalkulacji cenowej przez oferenta, przedmiary należy traktować w sposób pomocniczy.” oraz, że:

„Przedmiary należy traktować jako pomocniczy element, podstawą do wyceny jest dokumentacja projektowa w zakresie części rysunkowej oraz opisowej. Nadto informuje się, iż roboty nie ujęte w załączonych do postępowania przedmiarach robót, a ujęte w dokumentacji projektowej, technicznej, opinii geologicznej i STWIORB, a niezbędne do kompleksowego wykonania całego zadania dla poprawności użytkowania – Zamawiający uznaje za ujęte w cenie założonej oferty cenowej (art. 632 KC).”

Uwzględniając powyższe zapisy należy wyprowadzić następujące wnioski:

Po pierwsze, podstawą do skalkulowania ceny ofertowej, która następnie będzie uiszczana wykonawcy w formie wynagrodzenia ryczałtowego, są postanowienia projektu. Zamawiający wyraźnie przesądził to udzielając odpowiedzi na pytania oraz wskazując, że to co nie znajduje się w przedmiarach, a znajduje się w projektach, musi zostać ujęte w cenie ofertowej.

Po drugie, podstawą do sporządzenia kosztorysu składanego wraz z ofertą – były przedmiary, które jak wskazano wcześniej – mogły nie zawierać wszystkich elementów wymaganych do zrealizowania przedmiotu zamówienia i miały charakter pomocniczy, tak jak sam kosztorys.

Uwzględniając powyższe, jasno wynika z dokumentacji, że inne dokumenty stanowią podstawę do oszacowania zakresu prac, a tym samym skalkulowania ceny ofertowej (są to postanowienia projektu) oraz inne są podstawy dla opracowania kosztorysu (są to postanowienia przedmiaru).

Zamawiający wyraźnie wskazał, że kosztorys ma zostać opracowany na podstawie przedmiarów, co nie zmienia faktu, że zaoferowana cena ma uwzględniać wszelkie elementy ujęte w projekcie, które mogą nie być ujęte w przedmiarze. To, że Zamawiający w odpowiedziach na pytania potwierdził nadrzędność projektu nad przedmiarem nie zmienia faktu, iż wymagał on wzięcia pod uwagę różnych dokumentów przy opracowywaniu ceny ofertowej oraz kosztorysu. Potwierdzenie przez Zamawiającego konieczności skalkulowania ceny w oparciu o postanowienia projektu nie zmieniło tego, że kosztorys miał być opracowany w oparciu o przedmiary.

Tym samym Przystępujący postąpił w zgodzie z postanowieniami SWZ i opracował kosztorys w oparciu o dane i ilości, jakie zostały wskazane w przedmiarze – jak wymagał tego Zamawiający. Powyższe nie wyklucza tego, że cena podana przez niego w formularzu ofertowym skalkulowana została w oparciu o postanowienia projektu.

Tym samym twierdzenia Odwołującego są oczywiście błędne. Tym bardziej, iż zgodnie ze wzorem umowy kosztorys nie określa zakresu rzeczowego zobowiązania wykonawcy, a więc nie może być mowy o jakiegokolwiek niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia czy też błędzie w obliczeniu ceny.

Zdaniem Izby powyższe uregulowania SWZ i wyraźne określenie przez Zamawiającego roli kosztorysu i przedmiaru są wystarczające dla oddalenia odwołania w omawianym zakresie.

Zarzut nr 2:

Zarzut podlegał oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy przypomnieć, że cena za wykonanie niniejszego przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy.

Składany kosztorys ma jedynie charakter pomocniczy i opracowywany jest na podstawie przedmiaru, który również ma charakter pomocniczy, gdyż nie zawiera wszystkich elementów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia – zostało to wyraźnie przesądzone w dokumentacji postępowania oraz w drodze udzielania odpowiedzi do SWZ.

Skoro tak, kalkulacje ujęte w takim kosztorysie należy traktować wyłącznie poglądowo i informacyjnie – mogą być one obarczone niedokładnością. Kluczowa w tym zakresie jest podana w formularzu cena ryczałtowa za realizację całego przedmiotu zamówienia, której Odwołujący nie zakwestionował.

Zdaniem Izby, uwzględniając okoliczności faktyczne sprawy, tj. przede wszystkim pomocniczy charakter kosztorysu, który służy tylko i wyłącznie do wzajemnych rozliczeń między stronami w zakresie płatności częściowych, a także przy ewentualnych zmianach umowy oraz fakt, że kosztorys ten nie stanowi o rzeczowym zakresie zobowiązania wykonawcy, zarzut Odwołującego z góry skazany jest na niepowodzenie.

Odwołujący kwestionuje bowiem ceny, które mają charakter poglądowy i pomocniczy, nie kwestionując ceny globalnej. W sytuacji, w której cena ma charakter ryczałtowy, a ceny podane w kosztorysie mają jedynie charakter pomocniczy, kwestionowanie poszczególnych cen jednostkowych wydaje się być działaniem bezpodstawnym.

Niezależnie od powyższego, zgodzić należy się z Zamawiającym, że Odwołujący nie podjął się wykazania istotności kwestionowanych przez niego cen jednostkowych. Dla uwzględnienia zarzutu naruszenia przepisu art. 224 ust. 1 ustawy PZP niezbędnym jest wykazanie wszystkich przesłanek wskazanych w jego treści, tj. m. in. tego, że dane ceny jednostkowe mają charakter istotnych części składowych ceny. Odwołujący poświęcił wykazaniu tejże przesłanki jeden fragment, w którym zbiorczo odniósł się do pojęcia istotności, jednak zdaniem Izby kwestia ta powinna być przedmiotem rozważań w stosunku do każdego z elementów kwestionowanych odwołaniem, czego zabrakło.

Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

Zarzut nr 3:

Zarzut należało oddalić.

Zgodnie z treścią Rozdziałem VIII pkt 2 ppkt 3 lit. a) SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże że :

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną umowę dot. budowy hali sportowej o minimalnej kubaturze 8 000 m³ wraz z wykonaniem boiska sportowego o nawierzchni poliuretanowej.

Zamawiający dopuszcza realizację powyższego w dwóch odrębnych umowach.”

Na jego potwierdzenie Przystępujący przedłożył wykaz robót, w ramach którego wskazał na następujące realizacje:

- 1) Starostwo Powiatowe w Miechowie – Budowa hali sportowej o minimalnej kubaturze 8 000 m³, data i miejsce wykonania: 01.02.2022/09.08.2023 – wartość prac brutto: 9 004 802,08 zł,
- 2) Zarząd Infrastruktury Sportowej w Krakowie - Budowa hali sportowej o minimalnej kubaturze 8 000 m³, data i miejsce wykonania: 21.11.2017/26.03.2021/2023 – wartość prac brutto: 26 490 175,92 zł,
- 3) Gmina Iwanowice – wykonanie boiska sportowego o nawierzchni poliuretanowej, data i miejsce wykonania: 01.04.2018/10.10.2019 – wartość prac brutto: 1 554 701,94 zł.

Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego realizacja z punktu 1 została przez niego zweryfikowana negatywnie, a więc pod uwagę przy ocenie czy Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu brano jedynie realizacje z punktu 2 i 3. Wobec tego Izba w uzasadnieniu odniesie się do twierdzeń odwołania dotyczących właśnie inwestycji 2 i 3.

Na potwierdzenie, że ww. prace zostały wykonane prawidłowo przedłożono protokoły odbioru.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego należy stwierdzić następująco:

Po pierwsze, podstawą dla stwierdzenia czy spełnione są warunki udziału w postępowaniu, jest treść jaka zawiera się w wykazie robót. Protokoły odbioru w niniejszej sprawie złożone zostały tylko i wyłącznie jako dowód należytego wykonania prac – z ich treści nie muszą wynikać informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, np. jeśli chodzi o zakres prac czy też ich wartość. Jest to stanowisko od dawna prezentowane w orzecznictwie. Przykładowo można wskazać na wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2018 r., w którym Izba wskazała m. in., że to nie referencje, których

rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia.

Wobec tego, sam fakt, że w treści protokołów nie znalazły się określone dane nie stanowi jeszcze o wykazaniu przez Odwołującego, że doświadczenie opisane w wykazie nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec tego nie można uznać twierdzeń Odwołującego, że Przystępujący nie wykonał boiska sportowego o powierzchni poliuretanowej. Brak tych danych w protokole nie przesądza o zasadności twierdzenia Odwołującego.

Z kolei odnosząc się do pojęcia „hali sportowej”, zdaniem Izby jest to pojęcie na tyle szerokie, że w jego ramach mieści się także budowa basenu. W SWZ ww. pojęcie nie zostało zdefiniowane. Izba zgadza się z argumentacją prezentowaną przez Zamawiającego, że przez halę sportową należy rozumieć wielofunkcyjne obiekty, w których można uprawiać szeroką gamę sportów.

Zamawiający wykazał, że zgodnie z dokumentacją projektową referencyjnej inwestycji oprócz basenu w obiekcie znajduje się również sala fitness z zapleczem szatniowo sanitarnym. Można więc uznać, że jako całość obiekt ten stanowi halę sportową, na której można uprawiać różnego rodzaju sporty, a tym samym mieści się w kategorii określonej w treści warunku.

W końcu należy zgodzić się również z Zamawiającym, że błędnie przyjmuje Odwołujący okres od rozpoczęcia referencyjnych inwestycji i tym samym niezasadnie zarzuca, że zostały one wykonane w okresie wcześniejszym niż 5 lat przed terminem składania ofert. W przypadku inwestycji nr 2, zgodnie z informacjami zawartymi w wykazie, prace zostały zakończone 26.03.2021 r. Z kolei w przypadku inwestycji nr 3 10.10.2019 r. Termin składania ofert upływał w dniu 18 września 2024 r. Powyższe prowadzi do wniosku, że obie ww. inwestycje zostały wykonane nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert.

Zarzut nr 4:

Wskazany zarzut nie został przez Odwołującego udowodniony, a co za tym idzie należało go oddalić.

Wskazać należy, że w wykazie osób powinny znajdować się informacje, które pozwolą Zamawiającemu na zweryfikowanie spełniania postawionych warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie sprecyzował jakich informacji koniecznych z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu brakuje w wykazach złożonych przez Przystępującego.

Odwołujący wskazał w odwołaniu jedynie, że: „W złożonych przez wykonawcę podmiotowych środkach dowodowych brak informacji o doświadczeniu i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, co uniemożliwia zweryfikowanie, czy osoby te posiadają wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.”

oraz

„Ponadto MURKRAK nie wykazał dysponowania osobą posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności drogowej oraz nie złożył oświadczenia o treści zgodnej z załącznikiem nr 8 do SWZ.”

W złożonym przez Przystępującego wykazie znajduje się informacja, że każda ze wskazanych osób spełnia wymogi opisane warunkami udziału w postępowaniu, tj. wskazane w części VIII pkt. b) SWZ. Odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Skutkiem powyższego musi być więc oddalenie odwołania w omawianym zakresie.

Wobec braku dalszego uzasadnienia postawionego zarzutu Izba nie ma w zasadzie możliwości by odnieść się do niego w szerszym zakresie.

Zarzuty nr 5-8

Odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Podstawy faktyczne i prawne zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami od 5 do 8 są identyczne jak dla zarzutów nr 1 i 2. Wobec powyższego Izba nie widzi potrzeby sporządzania samodzielnego uzasadnienia dla tych zarzutów i odsyła do części uzasadnienia dla zarzutów 1 i 2 oraz do stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: