

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2024 r. przez **wykonawcę ALTERECO sp. z o.o. z siedzibą w Iwierzycach** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Teatr im. W.S. w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Rembud” sp. z o.o. z siedzibą w Strzyżowie** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy TREEBUD sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach**

orzeka:

1. **Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności zaproszenia do negocjacji oraz dalszych czynności mających miejsce w postępowaniu, które nastąpiły po czynności zaproszenia, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ALTERECO sp. z o.o. z siedzibą w Iwierzycach oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**
2. **Zarzuty ewentualne odwołania pozostawia bez rozpoznania.**
3. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Teatr im. W.S. w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie i**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ALTERECO sp. z o.o. z siedzibą w Iwierzycach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 329 zł 45 gr (słownie: trzysta dwadzieścia dziewięć złotych czterdzieści pięć groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego na posiedzenie i rozprawę,

3.2. zasądza od zamawiającego Teatru im. W.S. w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie na rzecz wykonawcy ALTERECO sp. z o.o. z siedzibą w Iwierzycach kwotę 13 929 zł 45 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia dziewięć złotych czterdzieści pięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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 1916/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Teatr im. W.S. w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Modernizacja dachu i elewacji budynku Małej Sceny*”, znak *MI.2610.2.2024*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 kwietnia 2024 r., za numerem 2024/BZP 00277921/01.

W dniu 3 czerwca 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca ALTERECO sp. z o.o. z siedzibą w Iwierzycach – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania zaproszenia Wykonawcy do negocjacji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy pzp i art. 16 pkt 1-3) ustawy pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż rzeczona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co nastąpiło na skutek badania oferty Odwołującego z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz naruszenie art. 16 pkt 1-3) ustawy pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego w sposób jednoznaczny i zrozumiały (niebudzący żadnych wątpliwości) dla Wykonawcy,

w przypadku nieuwzględnienia wyżej podniesionego zarzutu (1), działając z tzw. ostrożności procesowej zarzut ewentualny, tj.:

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy pzp i art. 16 pkt 1-3) ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień potwierdzających, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny ze wskazaniem konkretnych informacji jasno wyartykułowanych w dodatkowym wezwaniu tj. w zakresie składników kosztów pracy robotników zatrudnionych przy wykonywaniu robót budowlanych,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w związku z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp i postanowienia Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, tj. wykazał, iż budynek nr 5 przy ul Reformackiej 5 w Rzeszowie jest zabytkiem nieruchomym wpisanym do rejestru, a co nastąpiło na skutek oceny podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego w sposób odmienny od wynikającego z całościowej i celowościowej wykładni wymagań Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), a w konsekwencji naruszenia zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób proporcjonalny;

w przypadku nieuwzględnienia wyżej podniesionego zarzutu (2), działając z tzw. ostrożności procesowej zarzut ewentualny, tj.:

- naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie unieważnienia czynności wezwania z dnia 7 maja 2024 r. i zaniechanie wystosowania prawidłowego i kompleksowego wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp tj. z uwzględnieniem wszystkich okoliczności i braków stwierdzonych podczas badania podmiotowych środków dowodowych złożonych na wezwanie w trybie art. 274 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności zaproszenia Wykonawców Treebud sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo remontowo budowlane REMBUD sp. z o.o. do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu,
- 3) przeprowadzenia ponownego badania ofert i oceny, a w ramach czynności badania – w przypadku uwzględnienia zarzutów ewentualnych o nakazanie odpowiednio Zamawiającemu wezwanie Altereco sp. z o.o. do uzupełnienia w wyznaczonym terminie referencji potwierdzającej należyte wykonanie roboty budowlanej wskazanej w poz. 3 Wykazu robót (zał. Nr 10 do SWZ) bądź przedstawienia nowej roboty w celu wykazania spełnienia warunku określonego w Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ oraz wezwanie do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do poszczególnych składników kosztów pracy robotników zatrudnionych przy wykonywaniu robót budowlanych.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zgodnie z Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykazał m.in., iż wykonał jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu lub modernizacji elewacji o pow. 400 m² oraz minimalnym koszcie realizacji zadania na poziomie 400 000 zł brutto, prowadzoną przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury. Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2024 r. wystosował do Odwołującego wezwanie na do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a następnie w dniu 7 maja br. wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do złożenia dokumentów wskazanych w ww. piśmie na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp wezwał do wyjaśnień istotnej ceny składowej tj. ceny robót remontowych i renowacyjnych: remont elewacji z uwagi, iż cena ta w ocenie Zamawiającego wydaje się rażąco niska w stosunku do oszacowanej przez niego wartości zamówienia. Wykonawca zastosował się do ww. wezwania i w dniu 10 maja 2024 r. złożył wyjaśnienia poparte stosownymi dowodami oraz ustosunkował się do podmiotowych środków dowodowych w zakresie roboty budowlanej dotyczącej Remontu budynku nr 5 w Rzeszowie wg Projektu etap II. Zamawiający w dniu 28 maja 2024 r. zaprosił do negocjacji ofert Wykonawców: Treebud sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo remontowo budowlane REMBUD sp. z o.o. i jednocześnie poinformował pozostałych Wykonawców w tym Odwołującego o odrzuceniu ich ofert.

Co do zarzutu 1 odwołania Odwołujący podniósł, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego budzi istotną wątpliwość czy Zamawiający wnikliwie zapoznał się ze złożonymi wyjaśnieniami. Jeżeli tak, to zupełnie niezrozumiałym jest fakt, dlaczego posługuje się stawką 27 zł, skoro Odwołujący wskazał, iż przy kosztorysowaniu robót przyjął do kalkulacji stawkę godzinową na poziomie 27,00 zł netto (bez narzutów) a z narzutami 43,94 zł uwzględniając wszystkie składniki kosztów pracowników, zarządu, organizacji itp. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, iż w związku rozliczeniem ryczałtowym oraz brakiem doprecyzowania kalkulacji oferty w SWZ Zamawiający powinien brać pod uwagę jedynie całość wartości zamówienia/oferty, a nie jej czynniki składowe. W wyroku z dnia 22 grudnia 2017 r., KIO 2588/17, Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła pogląd wyrażany w przeważającej części orzecznictwa, iż co do zasady w zakresie

rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty. Natomiast, ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji, kiedy mogą zaważyć na należytych wykonaniu przyszłej umowy. Regulacje dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego (w tym interesu publicznego), przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należyście. A zatem, przesłanką stosowania regulacji dotyczących rażąco niskiej ceny powinno być zagrożenie należytego wykonania umowy. W sytuacji, kiedy podczas wykonywania umowy rozliczenia zamawiającego i wykonawcy będą odbywały się na podstawie cen jednostkowych, z całą pewnością zamawiający powinien dokonać weryfikacji tych cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny. W sytuacji wynagrodzenia ryczałtowego za całość przedmiotu umowy, ceny jednostkowe czy też poszczególne koszty w zakresie rażąco niskiej ceny przestają mieć znaczenie. Powyższe wskazuje, iż Zamawiający całkowicie dowolnie uznał, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a podane powody odrzucenia oferty nie tylko budzą poważne wątpliwości, ale są również sprzeczne z wyjaśnieniami Odwołującego. Zamawiający oparł się przy tym na własnej i nieuprawnionej interpretacji treści wyjaśnień Odwołującego, co doprowadziło go do błędnych wniosków i uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie ze stosowanym per analogia legis przepisem art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp - przy podjęciu czynności odrzucenia oferty przed wyborem oferty najkorzystniejszej - Zamawiający zobowiązany jest przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne czynności odrzucenia w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty, bowiem to na podstawie uzyskanych od zamawiającego informacji, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Dlatego też uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Odwołujący podkreślił, iż czynność odrzucenia oferty danego wykonawcy jest najdalej idącą w skutkach prawnych czynnością, pozbawiającą wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym bardziej czynność ta powinna być kompleksowo uzasadniona, tak aby była ona weryfikowalna, nie tylko przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, ale przez każdy podmiot, który byłby zainteresowany prześledzeniem procesu decyzyjnego zamawiającego. Zamawiający powinien zatem w sposób jasny, przejrzysty i rzeczowy wyjaśnić i opisać przyczyny, które legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty danego wykonawcy. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy Odwołujący wskazał, iż lektura uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego potwierdza, że czynność ta jest obarczona wadą, a niniejsze odwołanie i formułowane zarzuty w zakresie odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę składane jest niejako na wyczucie. Odwołujący podkreślił, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie powinna zostać odrzucona. Przedstawione wyjaśnienia zawierają bowiem wszystkie elementy jakie Zamawiający przewidział w przedmiocie zamówienia, zaś wskazane wyliczenia wykazują, że Odwołujący skalkulował wszystkie wymagane koszty z uwzględnieniem swojego zysku, co znajduje uzasadnienie w cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie przedłożonym wraz z wyjaśnieniami oraz stosownych dowodach (m.in. oferta dostawcy, koszt zatrudnienia pracowników skierowanych do realizacji zamówienia ze wskazaniem wysokości miesięcznego wynagrodzenia poszczególnych osób). Największy koszt realizacji przedmiotu zamówienia stanowią materiały budowlane, a nie koszty związane z zatrudnieniem pracowników.

Odwołujący zaznaczył, iż rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione. Zgodnie z powyższym poglądem orzecznictwa i doktryny Odwołujący podkreślił, że jeżeli wykonawca na wezwanie Zamawiającego przedstawi prawidłowe założenia i sposób kalkulacji ceny, a także okoliczności, które pozwalają ograniczyć koszty, oferowana cena - nawet jeśli jest niższa od cen oferowanych przez niektórych innych wykonawców - nie może być uznana za nieprawidłową. Zatem jeśli wyjaśnienia jako całość są wiarygodne, rzetelnie przedstawiają przyjęte przez wykonawcę założenia, a wartości przyjęte do kalkulacji ceny nie są nierealne, to nie ma podstaw do odrzucenia oferty. W swej istocie uzasadnienie Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego polega jedynie na wskazaniu treści art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, i stwierdzenia cyt: „iż „(...) przyjęta stawka jest poniżej kosztów samej minimalnej płacy zasadniczej (...)” a do tego ogólnikowego, a przede

wszystkim sprzecznego ze złożonymi wyjaśnieniami twierdzenia, nie sposób się odnieść.

Odnosnie do zarzutu ewentualnego Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnienia ceny całkowitej oferty, a wyłącznie do wyjaśnienia w zakresie istotnej ceny składowej tj. ceny robót remontowych i renowacyjnych: remont elewacji Ponadto, Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane powinny obligatoryjnie obejmować zakres wymieniony w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy pzp. Zamawiający nie żądał wyszczególnienia składników kosztów pracy robotników zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu robót budowlanych, tj. z rozbiciem na m.in. płace zasadnicze, premie regulaminowe, płace dodatkowe – dodatki funkcyjne, płace uzupełniające (zasiłki, wynagrodzenia za czas urlopu, odprawy emerytalne, obligatoryjne obciążenia płac z tytułu składek na rzecz ZUS, Fundusz Pracy, FGŚP czy też odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych). Treść wezwania ma istotne znaczenie dla wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućcenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacji) wykonawca nie może się domyslać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie -treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (tak: wyrok z dnia 17 marca 2021 r., KIO 520/21). W związku z powyższym, wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (tak: wyrok z dnia 16 marca 2021 r., KIO 293/21). Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji, gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach zawarł wszystkie żądane w wezwaniu informacje. W sposób spójny i przekonujący wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący przedstawił bowiem kosztorys ofertowy robót ze wskazaniem czynników cenotwórczych, przedstawił również wykaz pracowników sporządzony wraz z wysokością ich miesięcznego wynagrodzenia. Głównym elementem, stanowiącym największy koszt realizacji przedmiotu zamówienia stanowią materiały budowlane, a nie koszty związane z zatrudnieniem pracowników W ocenie Odwołującego - jeśli udzielone wyjaśnienia były nieprecyzyjne, Zamawiający winien zwrócić się z wnioskiem o ich doprecyzowanie, a przede wszystkim wskazać zakres swojego żądania. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości w zakresie ujęcia ww. kosztów w cenie oferty to jego obowiązkiem było skierowanie do Wykonawcy dodatkowego wezwania do wyjaśnień, a nie oparcie się na bezpodstawnym założeniu, że „przyjęta stawka jest poniżej kosztów samej minimalnej płacy zasadniczej (...)”

Ponadto Odwołujący wskazał, że przy realizacji przedmiotowego zakresu robót, zaangażowanie pracowników będzie mniejsze niż 100% ich czasu pracy. Oznacza to, że koszty wynagrodzenia wykonawca może rozłożyć również na zamówienia realizowane na rzecz innych podmiotów niż Zamawiający, proporcjonalnie do ich faktycznego zaangażowania czasowego. Wszyscy pracownicy zatrudnieni są na umowę o pracę a wynagrodzenie tych pracowników jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w tym uwzględnia wzrost tego wynagrodzenia od 1 stycznia 2024 r. a także od 1 lipca 2024 r. Wykonawca oświadczył, że przy kalkulacji kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia uwzględnił wszystkie koszty wynikające z przepisów prawa pracy (BHP, fundusz świadczeń socjalnych), jak i koszty zabezpieczenia społecznego pracowników. Wchodzą w to również koszty z tytułu obligatoryjnych składek na ubezpieczenia społeczne. Wykonawca ma tutaj na względzie zaliczenie w poczet wyliczenia kosztów realizacji zamówienia także kosztów obowiązków w zakresie ubezpieczenia społecznego (emerytalnego, rentowego, chorobowego, wypadkowego) i zdrowotnego, określonych w ustawach regulujących system ubezpieczeń społecznych, w tym ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień musi dokonać ich rzetelnej oceny. Skoro Zamawiający nie uznał, iż wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, a zatem nie są ogólnikowo zobowiązany był do skierowania ponownego wezwania do wyjaśnień w zakresie budzącym wątpliwości czy też doprecyzowania kwestii składników kosztów pracy, które nie zostały uprzednio wyartykułowane albo były wyartykułowane w sposób ogólnikowy i uniemożliwiały Odwołującemu prawidłowe wypełnienie obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia uszczegółowionych wyjaśnień doprowadziło do przedwczesnego odrzucenia jego oferty i naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy pzp i art. 16 pkt 1-3) ustawy pzp.

Co do zarzutu 2 odwołania Odwołujący wskazał, że próbuje odkodować jaka była rzeczywista podstawa decyzji Zamawiającego i wg. swego domysłu wskazał, iż najprawdopodobniej może chodzić o fakt, iż Budynek nr 5 nie posiada wpisu do rejestru zabytków na podstawie decyzji wydanej przez właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków.

Mając na uwadze powyższe należy jednak podkreślić, iż Zamawiający w treści warunku opisanego w Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ, odwołał się jedynie do pojęcia „rejestr”, a nie do rejestru zabytków, który to rejestr jest podstawową formą ochrony zabytków i prowadzony jest na podstawie ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Tym samym nie sposób w ocenie Odwołującego przyjąć, iż warunkiem koniecznym do wykazania spełnienia tego warunku przez Odwołującego było prowadzenie prac przy zabytku nieruchomym wpisanym do rejestru zabytków prowadzonego zgodnie z powołaną wyżej ustawą. Gdyby zaś takie było takie oczekiwanie Zamawiającego to powinno ono być jasno wyartykułowane w treści Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ. Ponadto, podkreślił, iż Zamawiający w treści kolejnego warunku (Rozdz. XXI pkt 2.4. lit a SWZ), tj. w zakresie doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia (kierownik budowy) odwołuje się wprost do ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, zatem gdyby taka była intencja przy warunku dotyczącym doświadczenia Wykonawcy, Zamawiający zawarłby stosowny wymóg i w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów i Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie wątpliwości na gruncie dokumentacji postępowania interpretowane powinny być na korzyść Wykonawców (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie sygn. akt VIII Ga 102/18). Odwołujący podniósł, że wyrażona w art. 16 pkt 2 ustawy pzp zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez Zamawiającego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk. Zatem wszelkie niedoprecyzowania (pominięcia) w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez Zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu (vide wyrok KIO z dnia 14 września 2022 sygn. akt: KIO 2249/22, KIO 2250/22). Skoro w treści ww. warunku Zamawiający nie odwołał się do „rejestr zabytków” tylko „rejestr”, którego pojęcia Zamawiający na potrzeby ww. warunku również sam nie zdefiniował, należy przyjąć powszechne rozumienie tego słowa, gdzie przez „rejestr” za słownikiem języka polskiego należy rozumieć uporządkowany według jednego kryterium spis lub wykaz czegoś. W oparciu o powyższe Odwołujący wskazał, iż przy tak sformułowanym warunku wykazanie przez Wykonawcę, iż budynek Nr 5 położony przy ulicy Reformatorskiej 5 - wpisany do Gminnej Ewidencji Zabytków miasta Rzeszowa, mieści się w pojęciu rejestru. „Ewidencja” jest synonimem pojęcia rejestr, czyli równoważnym znaczeniowo i stosowanym zamiennie. W związku z powyższym czynność odrzucenia oferty Odwołującego w tym stanie faktycznym sprawy nie znajduje uzasadnionej podstawy, co skutkuje naruszeniem przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w związku z postanowieniem Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ oraz art. 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp.

Odnosnie do zarzutu ewentualnego Odwołujący wskazał, że wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu musi być jednoznaczne i zrozumiałe dla wykonawcy, tak aby był on w stanie stwierdzić, jakich oświadczeń lub dokumentów, zamawiający żąda w wezwaniu. Treść wezwania nie może prowadzić do sytuacji, w której wykonawca zmuszony będzie domyslać się, w jakim zakresie ma np. uzupełnić lub poprawić podmiotowy środek dowodowy, dlatego w wezwaniu zamawiający musi wskazać, jakich wymaganych oświadczeń lub dokumentów, na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy pzp, wykonawca nie złożył, złożył niekompletne lub z błędami, a także na czym polega błąd w tych oświadczeniach lub dokumentach. Dokonanie wezwania w sposób ogólny, bez wskazania konkretnych problemów występujących w ocenie zamawiającego, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, co potwierdza bogate orzecznictwo wyrażone w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej - zachowujące aktualność w obowiązującym stanie prawnym (m.in. wyroki z dnia 16 stycznia 2009 r., KIO/UZP 1530/08, z dnia 19 października 2011 r., KIO 2148/11, z dnia 14 lipca 2010 r., KIO 1359/10, z dnia 10 sierpnia 2010 r., KIO 1582/10) Wezwanie powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia przedłożonej dokumentacji oraz sposób ich usunięcia. W sytuacji, w której ww. warunki nie zostaną zachowane możliwym jest skierowanie ponownego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp (m.in. wyrok z dnia 4 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1560/22, wyrok z dnia 12 kwietnia 2023 r. sygn. akt. KIO 868/23, wyrok z dnia 20 kwietnia 2023 r. sygn. akt KIO 886/23). Zamawiający wadliwie sformułował wezwanie z dnia 7 maja 2024 r. czym pozbawił Wykonawcę możliwości prawidłowego uzupełnienia / poprawienia podmiotowych środków dowodowych, a co w konsekwencji skutkowało przedwczesnym odrzuceniem oferty Odwołującego. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp wezwał Wykonawcę do złożenia niżej wymienionych dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu, tj.:

- a) poz. 1 Wykaz robót budowlanych (zał. Nr 10 do SWZ), tj. by wykazał, że Remont budynku nr 5 w Rzeszowie (...) prowadzony był przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury
- b) poz. 2 Wykaz robót budowlanych (zał. Nr 10 do SWZ), tj. by przedłożył dokument dla inwestycji pn.: Rewaloryzacja zespołu Parkowo - Pałacowego w Oleszycach potwierdzający należyte wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób

należyty.

Mając na uwadze treść warunku określonego w Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymagał aby Wykonawca w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykazał m.in., iż wykonał jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu lub modernizacji elewacji o pow. 400 m² oraz minimalnym koszcie realizacji zadania na poziomie 400 000 zł brutto, prowadzoną przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury i fakt, że Zamawiający odwołał się jedynie do pojęcia „rejestru”, a nie do rejestru zabytków, który to rejestr jest podstawową formą ochrony zabytków i prowadzony jest na podstawie ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami - Odwołujący pozostawał w uzasadnionym przekonaniu, że wystarczającym jest wykazanie, iż ww. robota prowadzona była przy zabytku nieruchomym wpisanym do Gminnej Ewidencji Zabytków i powyższy fakt potwierdził w złożonych wyjaśnieniach. Odwołujący podkreślił, iż skoro w treści ww. warunku Zamawiający nie odwołał się do „rejestru zabytków” tylko „rejestru”, którego pojęcia Zamawiający na potrzeby ww. warunku również sam nie zdefiniował, należy przyjąć powszechne rozumienie tego słowa, gdzie przez „rejestr” za słownikiem języka polskiego należy rozumieć uporządkowany według jednego kryterium spis lub wykaz czegoś. Uwzględniając jednak obecny stan sprawy i domyslną przyczynę odrzucenia oferty (tj. brak wpisu nieruchomości zabytkowej do rejestru zabytków prowadzonego zgodnie z ustawą o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) stwierdzić w ocenie Odwołującego należy, iż Zamawiający na etapie wezwania miał pełną świadomość na czym polega uchybienie Wykonawcy, a nawet pewne jest, że Zamawiający na podstawie danych publicznie dostępnych, sam ustalił, że budynek nr 5 nie jest wpisany do rejestru zabytków. Zatem skoro niewyartykułowaną wprost w warunku intencją Zamawiającego było żeby Wykonawca wykazał, iż posiada doświadczenie w realizacji robót przy zabytku nieruchomym wpisanym do rejestru zabytków powinien tą okoliczność odpowiednio podkreślić, zanegować przedstawioną robotę przez Odwołującego w poz. 1 jako niespełniającą warunku określonego w SWZ i wezwać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie innej roboty (m.in. wskazanej w poz. 3 Wykazu) bądź przedstawienia nowej roboty spełniającej określony w SWZ warunek udziału. Ponadto, w ocenie Odwołującego Zamawiający świadomie dokonał wezwania w sposób wybiórczy, bowiem bezpodstawnie zaniechał wezwania Odwołującego do przedstawienia referencji potwierdzającej należyte wykonanie roboty wykazanej w poz. 3 Wykazu tj. roboty budowlanej, której przedmiotem była rewaloryzacja obiektu spichlerza dworskiego w Nowym Siole. Obiekt ten spełnia „niedoprecyzowany” warunek udziału (tj. posiada wpis do rejestru zabytków), a robota ta w zakresie wymaganym została odebrana przez Inwestora i Odwołujący legitymuje się stosownym dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie (protokół odbioru częściowego). Odwołujący przy ww. sformułowanym warunku był przeświadczony, iż robota budowlana przy budynku nr 5 w Rzeszowie potwierdzi jego spełnienie. Uprowadzając jednocześnie stanowisko Zamawiającego negujące twierdzenie o możliwości uzupełnienia referencji wskazał, iż zgodnie z ww. warunkiem wykonawca miał wykazać się robotą budowlaną a nie zamówieniem, zatem pomimo iż zamówienie (umowa) zostało kompleksowo wykonane dopiero 6 maja 2024 r. (tj. po dniu otwarcia ofert), roboty w zakresie elewacji z tynków renowacyjnych zostały zakończone przed otwarciem ofert w przedmiotowym postępowaniu - o czym Odwołujący poinformował Zamawiającego w ww. poz. 3 wykazu. cyt. „wymienione roboty zostały wykonane przed postępowaniem pozostał tylko montaż stolarki – zakończenie 6.05.2024 r.” Mając na uwadze powyższe wskazał, iż należycie działający Zamawiający po zapoznaniu się z uzupełnionym przez Odwołującego oświadczeniem co do budynku nr 5, powinien zweryfikować ponownie treść swojego wezwania i stwierdzić jego wadliwość, skutkującą obowiązkiem skierowania ponownego wezwania Odwołującego w trybie art 128 ust.1 ustawy pzp do uzupełnienia referencji potwierdzającej należyte wykonanie inwestycji polegającej na rewaloryzacji obiektu spichlerza dworskiego Nowym Siole bądź do przedstawienia nowej roboty w celu wykazania spełnienia warunku opisanego w Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ. W wyroku z dnia 24 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2098/16, Krajowa Izba Odwoławcza za wyrokiem z dnia 26 maja 2015 r., sygn. akt KIO 983/15 - zachowującymi aktualność w obowiązującym stanie prawnym zwróciła uwagę, że cyt.: „z uwagi na wadliwość pierwotnego wezwania z (...), które miało charakter sugerujący i wprowadzający w błąd, konieczne jest powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp2004. W takiej sytuacji nie będzie bowiem mowy o kolejnym wezwaniu (nie będzie miało miejsca naruszenie art. 26 ust. 3 zdanie 1 Pzp2004 - jak błędnie sugeruje Odwołujący), ale powtórzeniu wezwania z uwagi na wadliwy charakter pierwotnego wezwania z (...), które Izba uznaje za „niebyłe”. Zaniechanie w powyższym zakresie stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy pzp, ponieważ ponowienie wezwania w stosunku do dokumentu nie ujętego w pierwotnym wezwaniu nie narusza zasady jednokrotności wezwania do podmiotowych środków dowodowych. Ponowione wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, w przypadku nieprawidłowego (niekompletnego) pierwszego wezwania, nie stanowi wezwania drugiego, lecz nadal jest pierwsze, gdyż tylko takie wezwanie odzwierciedla prawidłowe zastosowanie się zamawiającego do obowiązku wynikającego z art. 128 ust. 1 ustawy pzp.

W dniu 17 czerwca 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego

odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto, w dniu 18 czerwca 2024 r. Przystępujący Treebud złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości argumentując swoje stanowisko w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Rembud” sp. z o.o. z siedzibą w Strzyżowie oraz wykonawca TREEBUD sp. z o.o. z siedzibą w Myślenicach.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym dowód: wydruk ze strony www.zzbudowlani.pl), zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Treebud wraz z załącznikami (w tym dowód: fragment gminnej ewidencji zabytków, gdzie w kolumnie 5 pod nr 754 brak jest adnotacji o wpisie do rejestru zabytków).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „Rozdział XV. Sposób obliczenia ceny. 1. Wykonawca określi cenę oferty w PLN w Formularzu oferty, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ. 2. Cena oferty powinna obejmować wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia, w tym warunki i obowiązki umowne.”

- „Rozdział XXI. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli Zamawiający je przewiduje. (...) 2. Zamawiający wymaga wykazania spełniania następujących warunków określonych w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, dotyczących: (...) 2.4 Zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający wymaga, a Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, należycie nie mniej niż:

a) jedną robotę budowlaną odpowiadającą swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, tj. polegającą na pracach związanych z wymianą pokrycia dachowego wraz ze wznoszeniem konstrukcji dachowych lub też ich naprawy, o koszcie realizacji zadania minimum 300 000 zł brutto,

b) jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu lub modernizacji elewacji o pow. 400 m² oraz o minimalnym koszcie realizacji zadania na poziomie 400 000 zł brutto, prowadzoną przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury,

c) Zamawiający dopuszcza, aby roboty budowlane wymienione w literach a) i b) zostały zrealizowane w ramach jednego zamierzenia budowlanego tj. mogą być zrealizowane na podstawie jednej umowy oraz w ramach jednej inwestycji. W takim przypadku wystarczy wykazanie jednej roboty budowlanej obejmującej wymagane przez Zamawiającego roboty budowlane wraz z dowodami ich należytego wykonania.

Wykonawca musi wykazać, że dysponuje osobami na następujące stanowiska:

a) co najmniej 1 osobą przeznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika budowy:

Wymieniona osoba musi posiadać odpowiednie uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w

sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz ustawą z dnia 9 maja 2014 r. o ułatwieniu dostępu do wykonywania niektórych zawodów regulowanych, albo odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Zamawiający, określając wymogi dla osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów Prawa Budowlanego oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Ponadto, zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r., o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, Kierownik budowy powinien przez co najmniej 18 miesięcy brać udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.”

Zgodnie z projektem umowy: „WYNAGRODZENIE WYKONAWCY § 3 1. Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie umowne brutto (tj. wynagrodzenie ryczałtowe brutto) zgodnie z ceną ofertową brutto zawartą w Formularzu ofertowym (Załącznik Nr... do umowy) w wysokości: zł, słownie:złotych, w tym wartość netto w wysokości: zł oraz podatek VAT (23 %) w wysokości zł, w tym: 2. Wykonawca oświadcza, że wynagrodzenie umowne brutto obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy.”

Izba ustaliła, że Zamawiający planuje przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 1 289 219,00 zł brutto.

Szacowana wartość zamówienia wynosiła: 1 048 145,56 zł, w tym Roboty budowlane i konstrukcyjne: remont dachu: 289 105,61 zł netto, Roboty remontowe i renowacyjne: remont elewacji: 725 608,09 zł netto. Zgodnie z kosztorysem inwestorskim Zamawiający przyjął stawkę roboczogodziny: odpowiednio: 32 zł i 33 zł.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert oferty w postępowaniu złożyli: J.BUD Jacek Leszczak: 1 558 230,15 zł, w tym remont elewacji: 892 264,61 zł netto, Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane REMBUD sp. z o.o.: 1 963 859,28 zł, w tym remont elewacji: 1 104 835,74 zł netto, Odwołujący: 1 448 000,00 zł, TREEBUD sp. z o.o.: 1 453 522,03 zł, w tym remont elewacji: 657 886,15 zł netto, KORABUD sp. z o.o.: 1 474 411,57 zł, w tym remont elewacji: 709 588,58 zł netto.

Zgodnie z formularzem ofertowym Odwołujący zaoferował: Roboty budowlane i konstrukcyjne: remont dachu: 683 642,68 zł netto, Roboty remontowe i renowacyjne: remont elewacji: 493 593,09 zł netto.

Pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący złożył m.in. wykaz robót budowlanych z dnia 30 kwietnia 2024 r., w którym wskazał:

1. Remont budynku nr 5 w Rzeszowie ul. Reformacka 5 - wykonanie i montaż stolarki - wykonanie tynków renowacyjnych wewnętrznych - wykonanie posadzki betonowej - wykonanie stropów EI60 – wykonanie elewacji zewnętrznej: tynk renowacyjny + wyprawa i cokół o powierzchni: ok. 450 m² – instalacje elektryczne - wykonanie opaski chodnikowej i placu wokół budynku - roboty rozbiórkowe; Adres: Reformacka 5, Rzeszów Podmiot: 34 WOG Rzeszów, ul. Krakowska 11 B, realizacja pod konserwatorem zabytków, 07.09.2023 r. - 29.11.2023 r., 1 094 700,00 zł.
2. Rewaloryzacja zespołu Parkowo-Pałacowego w Oleszycach - przebudowa, rozbudowa i zmiana sposobu użytkowania budynku mieszkalnego jednorodzinnego wraz ze zmianą sposobu użytkowania na budynek administracyjny (w tym wymiana więźby oraz pokrycia na dachówkę ceramiczną) - budowa elementów małej architektury, Park w Oleszycach, realizacja pod konserwatorem zabytków Podmiot: Gmina Oleszyce z siedzibą ul. Rynek 1, 37-630 Oleszyce, 04.10.2023 r. - 31.12.2023 r., 2 000 000,00 zł;
3. Rewaloryzacja obiektu spichlerza dworskiego w Nowym Siole – fundamenty - ściany murowe - remont podłóg drewnianych i stropów - remont ścian – wzmocnienie konstrukcji więźby wraz z wymianą pokrycia na dachówkę ceramiczną - ok. 480 m² – wykonanie elewacji z tynków renowacyjnych zewnętrznych: ok. 580 m² - wykonanie iniekcji ciśnieniowej, Spichlerz w Nowym Siole, realizacja pod konserwatorem zabytków Podmiot: Gmina Cieszanów, ul. Rynek 1, 37-611 Cieszanów, 10.11.2023 r. – Wymienione roboty zostały wykonane przed postępowaniem, pozostał tylko montaż stolarki – zakończenie 06.05.2024 r., 940 230,00 zł.

Do wykazu Odwołujący dołączył:

- dla poz. 1 protokół odbioru końcowego robót – nie stwierdzono braków, usterek, jakość robót określono na dobrą, wykonane zgodnie z umową i ze sztuką budowlaną;
- dla poz. 2 protokół z odbioru końcowego robót – stwierdzono niekompletną dokumentację powykonawczą oraz wady nieistotne,

Pismem z dnia 7 maja 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego: „do złożenia niżej wymienionych wyjaśnień i dokumentów w terminie do dnia 10 maja 2024 r.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej "PZP" Zamawiający żąda od Wykonawcy wyjaśnień, a w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, gdy zaoferowana przez Wykonawcę cena, zaoferowany koszt lub ich istotne części składowe, wydają się Zamawiającemu 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. W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, gdzie istotna część składowa tj.: Roboty remontowe i renowacyjne: remont elewacji w kwocie netto 493 593,09 zł tj. 607 119,50 zł brutto, wydaje się być rażąco niska w stosunku do oszacowanej wartości zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 PZP Państwa wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Z uwagi na to, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, Zamawiający żąda by wyjaśnienia Wykonawcy obligatoryjnie obejmowały zakres wymieniony w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP. Zgodnie z treścią art. 224 ust. 5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.

Niewystarczające będą lakoniczne i ogólnikowe wyjaśnienia lub ogólne zapewnienie o wykonaniu zamówienia po wskazanej cenie, a także wyjaśnienia nieoparte dowodami. Zakres przedłożonych wyjaśnień i dowodów nie powinien rodzić po stronie Zamawiającego konieczności dokonywania kolejnych wezwań o doprecyzowanie i dodatkowe uzasadnienie złożonych wyjaśnień.

Dodatkowo, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r., Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023. 1605 z dnia 14.08.2023 r. z późn. zm) wzywa Wykonawcę do złożenia niżej wymienionych dokumentów, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem” tj.:

a) poz. 1 Wykaz robót budowlanych — załącznik nr 10 do SWZ

Zamawiający wzywa Wykonawcę by wykazał, że Remont budynku nr 5 w Rzeszowie, ul. Reformacka 5 wg, Projektu II etap był prowadzony przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury,

b) Poz. 2 Wykaz robót budowlanych - załącznik nr 10 do SWZ

Zamawiający wzywa Wykonawcę by przedłożył dokument dla inwestycji pn.: Rewaloryzacja zespołu Parkowo-Pałacowego w Oleszycach, potwierdzający wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty.”

Pismem z dnia 10 maja 2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie ceny wskazując: „oświadczam, że cena ofertowa brutto uwzględnia wszystkie koszty, które zostaną poniesione podczas wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz obowiązującymi przepisami prawa. Oferowana cena została skalkulowana przez Wykonawcę zgodnie z najlepszą wiedzą oraz doświadczeniem, w tym zgodnie z zasadami sztuki i wiedzy technicznej, przy zachowaniu staranności zawodowej, uwzględniając profesjonalny charakter działalności prowadzonej przez Wykonawcę, zgodnie ze stosowanymi w branży najlepszymi standardami oraz z uwzględnieniem wszystkich

wymogów realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca informuje, że wykonanie umowy za cenę wskazaną w ofercie zapewnia osiągnięcie zakładanego przez niego zysku i jest opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych. Oferta Wykonawcy wynika z rozpoznania przedmiotu zamówienia, doświadczenia Wykonawcy, założonego ryzyka finansowego, a zarazem gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie w kosztorysie ofertowym zgodnym z dokumentacją projektową, który przedkładam w załączeniu. Ponadto zwracamy uwagę, że zamówienie stanowi całość, a kwota zaproponowana przez Wykonawcę na całość jest większa niż kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia przez Zamawiającego o ponad 12%, a Zamawiający szacował przecież wartość zamówienia oraz nieznacznie odbiega od konkurencyjnych Wykonawców – tj. od oferty firmy TREEBUD sp. z o.o. – różnica 5 522,03 zł. co stanowi niespełna 0,4% różnicy w całości przedmiotu Zamówienia, od oferty KORABUD sp. z o.o. – różnica 26 411,57 zł, co stanowi niespełna 2,0% różnicy w całości przedmiotu Zamówienia. Ponadto oświadczam, że oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu uwzględnia wszelkie koszty wynagrodzeń niezbędnych do realizacji zamówienia publicznego. Wykonawca oświadcza, że przygotowując ofertę na potrzeby postępowania uwzględnił przy obliczaniu kosztów związanych z wynagrodzeniami obowiązujące przepisy prawa pracy. Wyjaśniam, że koszty pracy, których wartość została uwzględniona w cenie oferty zostały skalkulowane z uwzględnieniem, iż nie może ona być niższa od minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 20 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Uwzględniając, iż zgodnie z przywołanymi przepisami minimalne wynagrodzenie brutto od 1 stycznia 2024 roku wynosi 4242 zł brutto a od 1 lipca 2024 - 4 300 zł brutto miesięcznie, co przekłada się na wysokość minimalnej stawki godzinowej, która wynosi odpowiednio 27,70 brutto - Wykonawca przyjął do kosztów kalkulacji stawkę godzinową na poziomie 27,00 zł netto bez narzutów (z narzutami ok. 43 zł netto). zatem przyjęte przez Wykonawcę wynagrodzenie godzinowe zagregowane w kosztorysie ofertowym jest wynagrodzeniem zgodnym z obowiązującymi przepisami. Ponadto Wykonawca wskazuje, iż personel skierowany do realizacji zamówienia jest zasobem własnym, ubezpieczonym, przeszkolonym i co najistotniejsze doświadczone - co znacznie ogranicza koszty związane z wprowadzaniem i koordynacją pracowników nowozatrudnionych. Przyjęcie do oferty kosztów na odpowiednio atrakcyjnym poziomie możliwe było między innymi dzięki optymalizacji zatrudnienia poprzez zaangażowanie pracowników o odpowiednich kwalifikacjach i motywacji do pracy, w ilości minimalnej jaka jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania kontraktu. Dodatkowo wskazuję, iż koszty pracownicze rozkładają się na więcej niż jedno przedsięwzięcie w ramach stałych kosztów firmy. Ponadto pracownicy mają doświadczenie przy wykonywaniu elewacji zabytkowych i publicznych m.in. realizację elewacji w magazynie przy ul. Reformackiej 5 (budynek pod konserwatorem zabytków), elewacji Spichlerza w Nowym Siole (budynek pod konserwatorem zabytków), elewacji Domu Opieki Społecznej w Rudzie (elewacja o powierzchni ok. 4000 m²), elewacje wielu innych budynków publicznych – wszystko wykonywane własnymi siłami i własnymi pracownikami. – co przekłada się na efektywne zarządzanie czasem kontraktu, gwarantując tym samym wykonanie określonych zadań w założonym terminie, bez zbędnych przestoїв. Na potwierdzenie powyższego przedkładam wykaz osób ze wskazaniem podstawy zatrudnienia. Kolejną przyczyną pozwalającą Wykonawcy na taką kalkulację ceny oferty jest fakt, że Wykonawca posiada własny sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia – w tym własne rusztowanie elewacyjne do wykonania elewacji, ładowarkę teleskopową manitou, samochody do przewożenia materiałów oraz pozostały drobny sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia. Kolejną przyczyną pozwalającą Wykonawcy na taką kalkulację ceny oferty jest fakt, że Wykonawca posiada własny zakład stolarski, bogato wyposażony w zaplecze maszynowe oraz lakiernię co pozwala zdecydowanie obniżyć koszty realizacji zadania w tym zakresie – m.in. w zakresie wymiany drzwi dębowych. Ponadto firma posiada do dyspozycji sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wykazem przedstawionym w załączeniu, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu. Podczas realizacji przedmiotowej inwestycji Wykonawca zasadniczo będzie pracował własnym sprzętem, zatem koszty przyjęte przy sporządzeniu ceny uległy obniżeniu o około 5%. Wykonawca nie musi bowiem uwzględniać w cenie kosztów najmu sprzętu oraz związanych z tym narzutów. Przyjęcie do oferty kosztów na odpowiednio atrakcyjnym poziomie możliwe było między innymi dzięki optymalizacji cen zakupu materiałów. Wykonawca jako prowadzący działalność gospodarczą w branży budowlanej i pozostający w biznesowych stosunkach z dostawcami materiałów jest w stanie wynegocjować ceny niższe nawet o 10%-20% od ofert wyjściowych. W tym bardzo dobre stosunki i współpraca partnerska z wiodącą firmą dostarczającą materiały do obiektów zabytkowych – Remmers. Na potwierdzenie powyższego przedstawiam wykaz dostawców, z którymi firma współpracuje i uzyskuje korzystne upusty: - Remmers - uzyskiwany upust (20%). Na poparcie realności własnej wyceny przedstawiam również oferty podwykonawców pozyskane na etapie przygotowania oferty. Oczywiście jest, że Wykonawca nie zleca całości zadania podwykonawcom, ale przedstawione oferty odzwierciedlają aktualne ceny rynkowe wykonania zadania, porównywalne do złożonej oferty, co bezspornie potwierdza, że cena oferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska. Ponadto z każdej z ofert Podwykonawców na ten zakres zadania, Wykonawcy pozostaje zysk na poziomie minimum 5%. Działając z tzw. ostrożności procesowej wskazuję, iż Zamawiający wystosowując przedmiotowe wezwanie powinien wziąć pod uwagę całość przedmiotu zamówienia, która ma charakter ryczałtowy, a nie jego część składową. W związku z

powyższym subiektywna ocena Zamawiającego dot. wyceny części składowej nie może stanowić wyłącznej podstawy uznania ceny oferty ALTERECO Sp. z o.o. za rażąco niską. Najważniejszym elementem zapewniającym prawidłowość wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny składowej jest uzasadnienie wątpliwości Zamawiającego wobec wartości oferty. Z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że cena oferty musi się wydawać Zamawiającemu rażąco niska i budzić jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SWZ lub z przepisami prawa. Samo stwierdzenie wątpliwości co do treści oferty nie uzasadnia należyte działań Zamawiającego, zatem aby ww. wątpliwości mogły powstać muszą zaistnieć określone okoliczności, które te wątpliwości wywołują. Nie chodzi zatem o sytuację, w której Zamawiający wg swobodnego uznania stwierdza, że „ma wątpliwości” ale o sytuację, w której Zamawiający wywodzi swoje wątpliwości z obiektywnych okoliczności. Brak dostatecznego uzasadniania wezwania do złożenia wyjaśnień stanowi istotne naruszenie interesu Wykonawcy. Brak szczegółowego wskazania co wzbudziło wątpliwości Zamawiającego co najmniej utrudnia wykonawcy złożenie wyczerpujących wyjaśnień. Dodatkowo brak szczegółowego wskazania wątpliwości Zamawiającego w sytuacji niespełniającej przesłanek z art. 224 ust 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, rodzi niepewność co do zasadności samego wezwania (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 czerwca 2020 r. (KIO 709/20, 715/20). Niezależnie od powyższego Wykonawca w sposób wyczerpujący wykonał zobowiązanie Zamawiającego z dnia 07 maja 2024 r. Równocześnie wskazuję, że Zamawiający ma prawo, a zarazem i obowiązek żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień w odniesieniu do badania, o którym mowa w art. 224 ust. 1 -3 ustawy Pzp. Na możliwość kilkukrotnego wzywiania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie dokonanej przez wykonawcę wyceny oferty, wskazuje również dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych w zakresie wcześniej obowiązującego przepisu art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Przykładowo wskazuję, że w wyroku z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15, KIO 1577/15; KIO 1584/15) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: "(...) nie ma też przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (oczywiście poza przypadkiem, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)". Pomimo iż ugruntowane orzecznictwo w tym zakresie wypracowane zostało na podstawie przepisów przed nowelizacją to dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle poprzednio obowiązujących przepisów pozostaje aktualny do obecnie obowiązujących przepisów.

Ponadto, Odwołujący w zakresie wykazu robót budowlanych wskazał:

a) Remont budynku nr. 5 w Rzeszowie, ul. Reformacka 5 był prowadzony przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru co można zweryfikować na stronie:

<https://bip.erzeszow.pl/pl/261-biuro-miejskiego-konserwatora-zabytkow/4937-aktualnywykazgminnej-ewidencji-zabytkow-miasta-rzeszowa.html>

Gdzie widnieje aktualny wykaz Gminnej Ewidencji zabytków Miasta Rzeszowa. Na stronie 51 wykazu mamy informację dotyczącą tego budynku – pozycja 754. (...) Ponadto w dokumentacji projektowej i do pozwolenia na budowę wydawana była decyzja konserwatorska – strona 3 opisu do projektu. (...)

Decyzja konserwatorska znajduje się w posiadaniu inwestora – 34 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Rzeszowie.

b) Odnośnie Rewaloryzacji zespołu Parkowo-Pałacowego w Oleszycach, Wykonawca nie posiada na ten moment innego dokumentu.

Oświadczamy, że wykonywaliśmy kilka inwestycji tego rodzaju tj. jedna robota polegająca na pracach związanych z wymianą pokrycia wraz z wnoszeniem lub naprawą konstrukcji dachowej o koszcie realizacji minimum 300 000 zł brutto. W celu uwiarygodnienia - przedkładamy więc jeszcze raz wykaz robót z dodatkowymi referencjami na przebudowę budynku, w której zakres wchodziła wymiana dachu od firmy B&B Doris Dorota Szostak z siedzibą przy ul. Leszczyny 33, 34-425 Biały Dunajec, dla której wykonywaliśmy przebudowę budynku. Ponadto wykonywaliśmy roboty o podobnym zakresie np. „Budowa i przebudowa bazy technicznej Wydziału Dróg w Ropczycach”, gdzie powstał budynek – miejsce do składowania materiałów sypkich (magazyn soli) składający się również z całej nowej więźby dachowej drewnianej wraz z pokryciem i obórkami – dach o powierzchni prawie 500 m², a dodatkowo na istniejącym budynku magazynowo warsztatowym wymieniane było pokrycie w całości a wartość inwestycji jest o wiele wyższa niż wymagana – 2 698 662,73 zł brutto.”

Odwołujący dołączył do wyjaśnień:

- kosztorys ofertowy, w którym wskazał m.in. „Stawka roboczogodziny 27,00 zł Stawka roboczogodziny z narzutami 43,94 zł NARZUTY Koszty zakupu doliczane do cen jedn. M 1% materiały wykonawcy Koszty pośrednie [Kp] 55% (R+S) Zys [Z] 5% (R+S+Kp(R+S)) VAT [V] 23%(R+M+S+O+U+Kp(R+S)+Z(R+S)).” Kosztorys nie zawiera zestawienia robocizny.

- wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia sporządzony przez Optimum Consulting Group sp. z o.o.: 12 osób zatrudnionych na umowę o pracę z wynagrodzeniem wyższym od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

- wykaz sprzętu oraz oferty podwykonawców

Odwołujący złożył również wykaz robót z dnia 10 maja 2024 r., gdzie poza wcześniejszymi realizacjami wskazał także:

4. Przebudowa budynku w Białym Dunajcu: - wymiana pokrycia - wymiana więźby - izolacja termiczna poddasza - zabudowa poddasza - wymiana stolarki - montaż okien połaciowych - wykonanie elewacji w systemie BSO - wykonanie stropu żelbetowego - wykonanie instalacji elektrycznych - wykonanie instalacji sanitarnych - wykonanie ścianek działowych - roboty wykończeniowe na poddaszu, B&B DORIS Dorota Szostak Ul. Leszczyzny 33, 34-425 Biały Dunajec NIP: 7352586681, 04.03.2022 r. - 10.12.2022 r., 586 000,00 zł.

5. Budowa i przebudowa bazy technicznej Wydziału Dróg Powiatowych w Ropczycach: - budowa budynku magazynowego - przebudowa budynku magazynowowarsztatowego (wymiana pokrycia) - budowa miejsca do składowania materiałów sypkich/magazynu soli (nowa więźba i pokrycie – ok. 500 m2) - place asfaltowe i tereny zielone - kanalizacja deszczowa - instalacje elektryczne, 14.04.2022 r. - 21.12.2022 r., 2 698 662,73 zł.

Do wykazu Odwołujący dołączył:

- dla poz. 4 referencje z dnia 24 maja 2023 r. – m.in. wymiana pokrycia dachowego i więźby dachowej, potwierdzenie należytego wykonania robót;

- dla poz. 5 protokół z dnia 21 grudnia 2022 r., – stwierdzono jakość robót bez zastrzeżeń.

Izba ustaliła ponadto, że w dniu 28 maja 2024 r. Zamawiający przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu zaproszenie do negocjacji. Z zaproszenia wynika, że oferty złożyło pięciu wykonawców, dwóch Zamawiający zaprosił do negocjacji (oferty Przystępujących), natomiast trzy oferty zostały odrzucone, w tym oferta Odwołującego. Uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający wskazał: „Wykonawca na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień tzw. rażąco niskiej ceny przedstawił informacje, z których wynika, że do kalkulacji oferty przyjął wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone na podstawie przepisów Ustawy z dnia 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzenia za pracę, co powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych. Przyjęta przez Wykonawcę stawka roboczogodziny w wysokości 27 zł uniemożliwia zatrudnienie, zgodnie z obowiązującymi przepisami, pracownika z zapewnieniem mu co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zgodnie z wytycznymi kosztorysowania w skład ceny robocizny wchodzi następujące składniki kosztów pracy robotników zatrudnionych bezpośrednio przy wykonywaniu robót budowlanych: 1) płace zasadnicze według osobistego zaszerogowania, przyjmowane jako średnie ważone, 2) premie regulaminowe, 3) płace dodatkowe (np. za kierowanie brygadą, dodatki funkcyjne, stażowe itp.), 4) płace uzupełniające (np. wynagrodzenia za okres urlopu i inne płatne nieobecności w pracy, zasiłki chorobowe nierefundowane przez ZUS, odprawy emerytalne, nagrody jubileuszowe), 5) obowiązkowe obciążenia płac, np. z tytułu składek na rzecz ZUS, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, 6) odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych, mieszkaniowy itp. Prawidłowość takiego wyliczenia kosztów robocizny (roboczogodziny) potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 czerwca 2021 KIO 1441/21. Tymczasem przyjęta stawka jest poniżej kosztów samej minimalnej płacy zasadniczej. Dodatkowo, Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust.1 ustawy z dnia 11.10.2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie:

a) poz. 1 Wykaz robót budowlanych – załącznik nr 10 do SWZ - Zamawiający wezwał Wykonawcę by wykazał, że Remont budynku nr 5 w Rzeszowie, ul. Reformacka 5 wg. Projektu II etap był prowadzony przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury,

b) Poz. 2 Wykaz robót budowlanych – załącznik nr 10 do SWZ - Zamawiający wezwał Wykonawcę by przedłożył dokument dla inwestycji pn.: Rewaloryzacja zespołu Parkowo-Pałacowego w Oleszycach, potwierdzający wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

Z dostarczonych dokumentów nie wynika, że budynek nr 5 w Rzeszowie, ul. Reformacka 5 jest zabytkiem nieruchomym wpisanym do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury. Ponadto, nie przedstawiono żadnych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie inwestycji pn.: Rewaloryzacja zespołu Parkowo-Pałacowego w Oleszycach. Powyższe, powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych, z uwag na fakt, iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.”

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że negocjacje już się odbyły i zostały złożone oferty dodatkowe.

Dowód Zamawiający: dowód ze strony internetowej www.zzbudowlalni.pl WYLICZENIE MINIMALNEJ KALKULACJI STAWKI WYNAGRODZENIA W BUDOWNICTWIE DLA ROBÓT BUDOWLANO-MONTAŻOWYCH W POLSCE PIERWSZEJ POŁOWE 2024 ROKU. *„Po podzieleniu ww. kwoty przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczo-godzinę wynosi 25,4012 zł. (...) Powyższą stawkę uzupełnia się o: 1. narzuty podstawowe: (...) 2. narzuty uzupełniające do jednej roboczogodziny przy miesięcznym czasie pracy wynoszącym 167 godzin i miesięcznym urlopem wypoczynkowym: (...) Wartość minimalnej kalkulacyjnej stawki godzinowej w Polsce dla robót budowlanych i montażowych w pierwszej połowie 2024 roku wynosi: (...) 35,68 zł.”*

Dowód Przystępujący: Zaktualizowany wykaz zabytków ujętych w Gminnej Ewidencji Zabytków Miasta Rzeszowa, zgodnie z Zarządzeniem Nr 0050/226/2024 Prezydenta Miasta Rzeszowa z dn. 11 kwietnia 2024 r., poz. 754, Rzeszów, Budynek, Reformacka, 5, pocz. XX w.

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz pkt 8 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Artykuł 287 ust. 3 ustawy pzp stanowi: „3. W przypadku, o którym mowa w art. 275 pkt 2, zamawiający informuje równocześnie wszystkich wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o wykonawcach: 1) których oferty nie zostały odrzucone, oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, 2) których oferty zostały odrzucone, 3) którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji, w przypadku, o którym mowa w art. 288 ust. 1 – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.”

Zgodnie z art. 224 ustawy pzp: „1. 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. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (...) 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. Odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. (...)”

Zarzut nr 1 odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy pzp i art. 16 pkt 1-3) ustawy pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż rzeczona oferta nie zawiera rażąco niskiej

ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co nastąpiło na skutek badania oferty Odwołującego z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz naruszenie art. 16 pkt 1-3) ustawy pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie sporządzenia uzasadnienia faktycznego w sposób jednoznaczny i zrozumiały (niebudzący żadnych wątpliwości) dla Wykonawcy.

Zarzut potwierdził się.

Przedmiot sporu w zakresie powyższego zarzutu sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone w postępowaniu przez Odwołującego uznając, że Wykonawca przedstawił informacje, z których wynika, że do kalkulacji oferty przyjął wynagrodzenie z tytułu umowy o pracę niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Rozpoznając zarzut nr 1 odwołania Izba dokonała analizy treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów złożonych na wezwanie Zamawiającego, zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty w konsekwencji czego uznała, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy ustalił stan faktyczny w oparciu o wyjaśnienia Wykonawcy co doprowadziło do podjęcia niezasadnej czynności odrzucenia oferty.

W pierwszej kolejności zauważyć należy zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, że za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Jak wskazano w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: *„Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.”*

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszerne wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: *„(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”*

Zaznaczyć również należy, że wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy pzp dopuszcza nie tylko badanie ceny całkowitej oferty, ale również jej istotnych części składowych. Konieczne zatem jest ustalenie czy badane elementy ceny mają charakter istotny. W orzecznictwie wskazuje się, że: „Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty.” (wyrok KIO z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3043/21); „należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3005/21). Ponadto, w myśl art. 224 ust. 4 ustawy pzp Zamawiający w przypadku zamówień na roboty budowlane jest obowiązany żądać wyjaśnień, co najmniej m.in. w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba zwraca w pierwszej kolejności uwagę na treść wezwania Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnienia ceny całkowitej oferty, a wyłącznie do wyjaśnienia przyczyn i możliwości Odwołującego co do zaoferowania niższej od innych Wykonawców ceny za roboty remontowe i renowacyjne. Zamawiający uznał tą część zamówienia za istotną część składową, a ponadto żądał wyjaśnień powielając właściwie regulację ustawową art. 224 ust. 3 i 4 ustawy pzp. Zamawiający nie określił jak szczegółowych wyjaśnień oczekuje, a jedynie, że nie mogą być one ogólne, lakoniczne i niepoparte dowodami. Analizując w dalszej kolejności treść wyjaśnień Wykonawcy nie sposób zdaniem Izby uznać, że Wykonawca w kalkulował w cenę koszty pracy poniżej minimalnego wynagrodzenia. Izba zauważa, że fragment wyjaśnień Wykonawcy odnoszący się do kosztów pracy nie pozostawia wątpliwości, że stawka roboczogodziny przyjęta przez Odwołującego do wyliczenia ceny jest wyższa niż minimalna określona Rozporządzeniem od 1 stycznia 2024 r. oraz od 1 lipca 2024. Odwołujący jednoznacznie wskazał w wyjaśnieniach odwołując się do minimalnego wynagrodzenia określonego ustawą, że „zgodnie z przywołanymi przepisami minimalne wynagrodzenie brutto od 1 stycznia 2024 roku wynosi 4242 zł brutto a od 1 lipca 2024 - 4 300 zł brutto miesięcznie, co przekłada się na wysokość minimalnej stawki godzinowej, która wynosi odpowiednio 27,70 brutto - Wykonawca przyjął do kosztów kalkulacji stawkę godzinową na poziomie 27,00 zł netto bez narzutów (z narzutami ok. 43 zł netto). zatem przyjęte przez Wykonawcę wynagrodzenie godzinowe zagregowane w kosztorysie ofertowym jest wynagrodzeniem zgodnym z obowiązującymi przepisami.” Stawka 27,70 zł z Rozporządzenia jest stawką brutto, a Odwołujący oświadczył, że przyjął stawkę 27 zł netto bez narzutów, a z narzutami 43 zł netto. Jak wynika z kosztorysów inwestorskich Zamawiający przyjął stawki odpowiednio 32 zł i 33 zł, a z dowodu złożonego przez Zamawiającego wynika, że wyjściowa stawka za roboczogodzinę wynosi 25,4012 zł, a po uwzględnieniu narzutów podstawowych oraz uzupełniających wynosi w pierwszym półroczu 2024 r. 35,68 zł. Zdaniem Izby uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego pozostaje w oderwaniu od wyjaśnień Wykonawcy, a co kluczowe, to właśnie w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający jest zobowiązany szczegółowo wskazać jakie okoliczności doprowadziły do podjęcia czynności w postępowaniu. Zamawiający w uzasadnieniu wskazuje, że Wykonawca zastosował stawkę 27 zł pomijając okoliczność, że stawka wynikająca z wyjaśnień to 27 zł netto bez narzutów. Następnie Zamawiający odwołał się do wytycznych kosztorysowania wskazując jakie koszty powinny wchodzić w skład stawki roboczogodziny, przy czym trudno ustalić jaki związek z wyjaśnieniami Odwołującego ma przywołana przez Zamawiającego okoliczność. Izba zauważa za Odwołującym, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu jest wynagrodzeniem ryczałtowym, a nie kosztorysowym. Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, a rozliczenie z Zamawiającym nie będzie następowało po cenach wskazanych w kosztorysie. Odwołujący złożył co prawda wraz z wyjaśnieniami kosztorys ofertowy, ale wskazał w nim podobnie jak w wyjaśnieniach stawkę roboczogodziny 27 zł bez narzutów i 43 zł z narzutami. Odwołujący nie składał przy tym zestawienia robocizny. Nie ulega także wątpliwości mając na względzie treść wezwania, że Zamawiający nie wymagał, aby koszty pracy zostały przedstawione w wyjaśnieniach w sposób rozbity na poszczególne składniki wynagrodzenia. Stąd uznać należało, że wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy odpowiadały wezwaniu. Co więcej, Odwołujący w wyjaśnieniach wskazywał, że wszyscy pracownicy, których planuje skierować do realizacji zamówienia są zatrudnieni na umowę o pracę z wynagrodzeniami wyższymi niż minimalne określone Rozporządzeniem na 2024 r. na dowód czego zostało złożone zestawienie przygotowane przez zewnętrzną firmę obsługującą Odwołującego. Odwołujący wykazał więc wyjaśnieniami, że osoby skierowane do realizacji zamówienia otrzymują wyższe wynagrodzenia niż minimalne, jak również, że przyjął do kalkulacji stawkę wyższą niż wynikającą z Rozporządzenia na

2024 r., a zatem nie występuje niezgodność z przepisami o kosztach pracy. Powyższe okoliczności przesądzają, że Zamawiający niezasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do twierdzeń wynikających z odpowiedzi na odwołanie wskazania wymaga, że Zamawiający w sposób dowolny, oderwany od faktycznej treści dokonał interpretacji wyjaśnień Wykonawcy. Zamawiający wskazał bowiem, że Wykonawca zastosował nieprawidłową metodologię wyliczenia stawki roboczo-godzinnej, gdyż zapewne „narzuty” doliczone do stawki 27 zł to zysk i koszty pośrednie, a w kosztach pośrednich zgodnie z zasadami kosztorysowania przyjmuje się inne koszty nieobejmujące składników wynagrodzenia. Pomijając, że taka argumentacja nie znajduje się w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego to podnieść należy, że w świetle przyjętego w przedmiotowym postępowaniu sposobu rozliczenia jest ona chybiona. Jak już wskazano, Zamawiający nie określił kosztorysowego wynagrodzenia, a więc sposób kalkulacji poszczególnych kosztów i ich zaszeregowania w kosztorysie, który dołączył Odwołujący do wyjaśnień pozostawał irrelevantny dla oceny czy Wykonawca wkalkulował w cenę wynagrodzenia zgodne z przepisami. Co więcej, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, pomimo że nie dokonał w postępowaniu jednoznacznych ustaleń w zakresie powoływanej w odpowiedzi na odwołanie okoliczności na co wskazuje stwierdzenie: *„koszty pośrednie i zysk, bo te zapewne zostały doliczone do stawki roboczogodzinnej jako „narzuty”*. Z twierdzenia tego wynika, że Zamawiający miał wątpliwości, których nie wyjaśnił. Abstrahując jednak od powyższego, zdaniem Izby Odwołujący oświadczył w wyjaśnieniach, że wkalkulował w cenę oferty stawkę 43 zł netto z narzutami i odwołując się bezpośrednio do stawek wynikających z Rozporządzenia na 2024 r. wskazał, że jest ona zgodna z przepisami o kosztach pracy. Nie sposób zatem uznać, że „narzuty” oznaczają wyłącznie inne koszty wykonawcy, a nie składniki wynagrodzenia. Odwołujący stwierdził co prawda w wyjaśnieniach, że: *„Dodatkowo wskazuję, iż koszty pracownicze rozkładają się na więcej niż jedno przedsięwzięcie w ramach stałych kosztów firmy.”* niemniej jednak ta część wyjaśnień dotyczy pracowników zatrudnionych przez Wykonawcę w ramach umowy o pracę i ich doświadczenia. Koszty pracownicze związane z zatrudnieniem obejmują również np. szkolenia, premie itp. i są to niewątpliwie koszty, które rozkładają się proporcjonalnie dla różnych realizacji Wykonawcy. Nie oznacza to bynajmniej, że Wykonawca uzasadniał stawkę 27 zł za godzinę okolicznością, że zaangażowanie pracowników zatrudnionych na umowę o pracę w realizację przedmiotowego zamówienia będzie mniejsze niż 100 % ich czasu pracy. Odwołujący w odwołaniu argumentował, że: *„przy realizacji przedmiotowego zakresu robót, zaangażowanie pracowników będzie mniejsze niż 100% ich czasu pracy. Oznacza to, że koszty wynagrodzenia wykonawca może rozłożyć również na zamówienia realizowane na rzecz innych podmiotów niż Zamawiający, proporcjonalnie do ich faktycznego zaangażowania czasowego. Wszyscy pracownicy zatrudnieni są na umowę o pracę a wynagrodzenie tych pracowników jest wyższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w tym uwzględnia wzrost tego wynagrodzenia od 1 stycznia 2024 r. a także od 1 lipca 2024 r.”* Zamawiający dokonał jednak błędnej interpretacji również tego twierdzenia. Odwołujący wskazuje w powyższym fragmencie na okoliczność zatrudniania na umowę o pracę z wyższym wynagrodzeniem od minimalnego i jednocześnie zaznacza, że koszt pracy został w ofercie wkalkulowany proporcjonalnie do faktycznego zaangażowania czasowego tych pracowników w realizację zamówienia, a to jest właśnie odpowiednikiem stawki roboczogodzinnej, co zresztą wyjaśnia Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Innymi słowy, Odwołujący argumentował, że zatrudnia pracowników na umowę o pracę za wynagrodzeniem wyższym od minimalnego, a podanych w załączonym do wyjaśnień wykazie osób, natomiast koszt pracy dla realizacji tego zamówienia został wyliczony z uwzględnieniem czasu pracy koniecznego do jego wykonania (stawka roboczogodzinnej 43 zł netto z narzutami). Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający dokonał własnej, niezgodnej z faktycznym brzmieniem interpretacji treści wyjaśnień Odwołującego, co w konsekwencji skutkowało nieprawidłową decyzją o odrzuceniu oferty Wykonawcy, którą to czynność Izba nakazała unieważnić uwzględniając zarzut odwołania.

Izba za zasadny uznała także zarzut sporządzenia niewyczerpującego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy. Odwołujący co prawda powołał się na art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp chociaż właściwy dla przedmiotowego postępowania jest art. 287 ust. 3 ustawy pzp niemniej jednak zarzut to przede wszystkim okoliczności faktyczne uzasadniające jego podniesienie. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09: *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu odwołujący.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący słusznie więc podnosił, że nie poznał przyczyn uznania ceny oferty za rażąco niską. Z uzasadnienia odrzucenia oferty nie sposób wywieść, dlaczego Zamawiający przyjął wyłącznie stawkę 27 zł, pomimo że wyjaśnienia wskazywały na stawkę 43 zł netto z narzutami. Zamawiający w uzasadnieniu w ogóle nie odniósł się do treści wyjaśnień Wykonawcy. Przywołał natomiast wytyczne kosztorysowania, chociaż ani wyjaśnienia Wykonawcy ani wezwanie do ich złożenia nie odnosiło się do rozbicia stawki roboczogodziny na poszczególne składniki, a wynagrodzenie w postępowaniu jest wynagrodzeniem ryczałtowym. W konsekwencji Odwołujący formułując i uzasadniając zarzuty odwołania mógł jedynie przytoczyć treść własnych wyjaśnień, które odwoływały się do kosztów pracy. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały odrzucenie oferty Odwołującego za rażąco niską cenę. W świetle zasady przejrzystości takie działanie Zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne, gdyż utrudnia bądź w ogóle uniemożliwia poddanie ocenie czynności dokonywanych w postępowaniu. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1845/19: „*Postawienie Wykonawcy w sytuacji, w której nie może sformułować zarzutu wobec braku wskazania przyczyn, dla których ocena jego oferty była negatywna, prowadzi do naruszenia nie tylko obowiązku podania uzasadnienia faktycznego, ale również naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (...) Wykonawca nie może w takiej sytuacji domyślać się jakie elementy były decydujące dla końcowego wyniku oferty. Zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymaga od Zamawiającego zapewnienia przejrzystości dokonywanych czynności, a temu sprzeciwia się stan, w którym wykonawca nie może poznać argumentacji, która prowadziła do negatywnej oceny jego oferty.*”

W konsekwencji powyższego zarzut należało uwzględnić.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w związku z art. 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp i postanowienia Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, tj. wykazał, iż budynek nr 5 przy ul Reformackiej 5 w Rzeszowie jest zabytkiem nieruchomym wpisanym do rejestru, a co nastąpiło na skutek oceny podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego w sposób odmienny od wynikającego z całościowej i celowościowej wykładni wymagań SWZ, a w konsekwencji naruszenia zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób proporcjonalny.

Zarzut Izba uznała za zasadny.

Przedmiot sporu w zakresie tego zarzutu sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający prawidłowo ocenił spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego w zakresie doświadczenia wykonawcy, tj. warunku z Rozdz. XXI pkt 2.4 lit b) SWZ. Zdaniem Izby w świetle postanowień SWZ, wezwania i podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego, a także uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, Zamawiający niezasadnie dokonał tej czynności.

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie interpretacji postawionego warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że wykonał: „*b) jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu lub modernizacji elewacji o pow. 400 m² oraz o minimalnym koszcie realizacji zadania na poziomie 400 000 zł brutto, prowadzoną przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.*” Izba zauważyła za Odwołującym, że Zamawiający nie wyjaśnił w SWZ co rozumie pod pojęciem „rejestr”, a co kluczowe nie zastrzegł, że warunek obejmuje zabytki nieruchome wpisane do rejestru zabytków zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r., o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Słusznie wskazywał Odwołujący, że kierując się wykładnią językową przez „rejestr” należy rozumieć „uporządkowany według jednego kryterium spis lub wykaz czegoś” (słownik PWN). Synonimem pojęcia rejestr jest przykładowo lista, wykaz, spis, zestawienie, ewidencja. W konsekwencji warunek należało uznać za spełniony, jeśli wykonawca wykaże się realizacją (robotą budowlaną) o określonym w warunku zakresie prowadzoną przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru, spisu, ewidencji, wykazu itp. Za taką interpretacją przemawia nie tylko brak jednoznacznego wskazania w warunku co Zamawiający rozumiał pod pojęciem „rejestr” ale także sposób ukształtowania treści warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający bowiem w warunku dotyczącym osób wprost sformułował wymaganie, aby Kierownik budowy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r., o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami: „*Ponadto, zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r., o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, Kierownik budowy powinien przez co najmniej 18 miesięcy brać udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego*

instytucją kultury.” Takie rozróżnienie wymagań postawionych w warunkach udziału w postępowaniu przesądza zdaniem Izby, że tam, gdzie Zamawiający oczekiwał, aby przez rejestr rozumieć rejestr, o którym mowa w ww. ustawie to zostało to jednoznacznie zaznaczone.

Dalej Izba zauważa, że również treść wezwania do uzupełnienia nie wskazuje, aby Zamawiający rozumiał warunek w ten sposób, że „rejestr” należało interpretować jako „rejestr zabytków”. Zamawiający w wezwaniu odniósł się do poz. 1 wykazu robót i wskazał, że „*wzywa Wykonawcę by wykazał, że Remont budynku nr 5 w Rzeszowie, ul. Reformacka 5 wg, Projektu II etap był prowadzony przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.*” Zamawiający nie odwołał się w treści wezwania do ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Nie wezwał Wykonawcy do wykazania, że budynek nr 5 w Rzeszowie przy ul. Reformackiej 5 stanowi zabytek nieruchomy wpisany do rejestru zabytków. Nie uzasadnił także, dlaczego na tym etapie nie uznał warunku za spełniony, a ograniczył się wyłącznie do przytoczenia brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Słusznie Odwołujący podnosił, że także uzasadnienie odrzucenia oferty Wykonawcy w tym zakresie jest lakoniczne, a Odwołujący formułuje zarzuty niejako „w ciemno” domyślając się przyczyn odrzucenia jego oferty. Zamawiający również w uzasadnieniu odrzucenia przytacza wyłącznie treść warunku wskazując, że: „*Z dostarczonych dokumentów nie wynika, że budynek nr 5 w Rzeszowie, ul. Reformacja 5 jest zabytkiem nieruchomym wpisanym do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.*” Zamawiający nie wyjaśnił w uzasadnieniu, który warunek udziału w postępowaniu i z jakich konkretnie przyczyn uznał za niespełniony w kontekście wykazu robót zawierającego różne realizacje. Zamawiający nie sprecyzował, że Wykonawca w odniesieniu do poz. 1 wykazu nie wykazał, że budynek nr 5 w Rzeszowie, ul. Reformacja 5 jest zabytkiem nieruchomym wpisanym do rejestru zabytków.

Izba zauważa, że faktyczne okoliczności odrzucenia oferty Zamawiający przywołał dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający podnosił, że w wykazie robót Wykonawca powołał się tylko na realizację „pod konserwatorem zabytków”, co Zamawiający uznał za niewystarczające dla spełnienia warunku i co zdeterminowało wezwanie do wyjaśnienia i uzupełnienia, a co nie wynikało z treści wezwania. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił dopiero, że w jego ocenie oczywistym było, że zabytek nieruchomy miał być wpisany do rejestru zabytków. Zamawiający odwołał się przy tym do samej ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami i różnicy pomiędzy rejestrem i ewidencją w jej rozumieniu. Dodatkowo Zamawiający podnosił, że skoro przedmiot zamówienia dotyczy zabytku wpisanego do rejestru zabytków to oczywistym było, iż warunek również obejmował taki rodzaj nieruchomości.

Odnosząc się do pierwszej okoliczności Izba zauważa, że w trakcie postępowania zarówno na etapie ogłoszonego postępowania (postanowienia SWZ dotyczące warunku), ani na etapie wezwania do wyjaśnień/uzupełnień ani w decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający nie sprecyzował, że wymagał, aby referencyjna nieruchomość była wpisana do rejestru zabytków. Rozróżnienie, które Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie miałoby znaczenie dla wykładni warunku (wykładni legalnej jak to podnosił Przystępujący Treebud), gdyby Zamawiający w jego treści odwołał się do ww. ustawy i sprecyzował wprost, że ma być to rejestr zabytków w jej rozumieniu. W zakresie natomiast odwołania się do przedmiotu zamówienia to Izba zauważa, że Zamawiający formułuje warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Oznacza to, że warunek udziału musi pozostawać w powiązaniu z przedmiotem zamówienia co nie jest równoznaczne z odzwierciedleniem w warunku przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie. Jak stanowi przepis, warunek powinien badać minimalne poziomy zdolności wykonawcy do rzetelnego wykonania zamówienia i być w proporcji do opisu przedmiotu zamówienia w stopniu wystarczającym dla zapewnienia tej zdolności. W tym kontekście, okoliczność, że przedmiotowa realizacja dotyczy nieruchomości wpisanej do rejestru zabytków nie oznacza a priori, że Zamawiający określił warunek w sposób tożsamy. Wręcz przeciwnie, za proporcjonalnością warunku w tym przypadku przemawia interpretacja Odwołującego, że Zamawiający mając na względzie badanie minimalnych poziomów zdolności uznał za wystarczające wykazanie się realizacją obejmującą nieruchomość – zabytek wpisany do rejestru czy też ewidencji. Izba zwraca uwagę, że warunek z Rozdziału XXI pkt 2.4 lit a) SWZ w ogóle nie odnosi się do rodzaju budynku, gdzie miały być wykonywane roboty budowlane w zakresie wskazanym warunkiem. Chybiona zdaniem Izby jest również argumentacja Zamawiającego prezentowana na rozprawie, że gdyby Zamawiający nie miał na myśli rejestru zabytków, to warunek określałby budynek wyłącznie jako zabytek nieruchomy. W ocenie Izby, w takim przypadku „zabytek” mógłby być rozumiany w znaczeniu potocznym, a nie uznanym jako taki przez odpowiednie organy, co widnieje w spisie przez nich prowadzonym. Podkreślić należy, że zamawiający jako gospodarz postępowania jest zobowiązany formułować warunki udziału w sposób precyzyjny, co oznacza, że wszelkie niejednoznaczności postanowień SWZ, pominięcia obciążają zamawiającego. Oczywiście wykonawca ma możliwość zwrócenia się na etapie postępowania o wyjaśnienie treści postanowień dokumentacji zamówienia, niemniej jednak jest to jego uprawnienie. Obowiązkiem zamawiającego jest

natomiaś takie sprecyzowanie warunków, aby nie pozostawiały one wątpliwości jakie były oczekiwania co do ich spełnienia. Zdaniem Izby, nawet jeśli postawiony warunek można by uznać za niejednoznaczny, to zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby wszelkie wątpliwości należy w takim przypadku interpretować na korzyść wykonawcy.

Mając na względzie, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący wyjaśnił, że: „a) Remont budynku nr. 5 w Rzeszowie, ul. Reformacka 5 był prowadzony przy zabytkach nieruchomości wpisanych do rejestru co można zweryfikować na stronie:

<https://bip.erzeczow.pl/pl/261-biuro-miejskiego-konserwatora-zabytkow/4937-aktualnywykazgminnej-ewidencji-zabytkow-miasta-rzeszowa.html>

Gdzie widnieje aktualny wykaz Gminnej Ewidencji zabytków Miasta Rzeszowa. Na stronie 51 wykazu mamy informację dotyczącą tego budynku – pozycja 754. (...)” to warunek należało uznać za spełniony. W konsekwencji zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego potwierdził się, dlatego też Izba nakazała unieważnienie tej czynności. Izba za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia uznała dowód złożony przez Przystępującego Treebud, gdyż okoliczność, że referencyjny budynek nie jest wpisany do rejestru zabytków była okolicznością bezsporną pomiędzy Stronami.

Zważywszy, że potwierdziły się zarzuty główne odwołania Izba zgodnie z wnioskami Odwołującego zarzuty ewentualne pozostawiła bez rozpoznania. Izba nakazała unieważnienie czynności zaproszenia do negocjacji oraz dalszych czynności podjętych w postępowaniu mając na względzie, że Zamawiający pomimo wniesionego odwołania kontynuował czynności w postępowaniu. Zdaniem Izby unieważnienie także dalszych czynności po zaproszeniu do negocjacji jest konieczne celem skutecznego przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania. Izba kierowała się przy tym rozważaniami TSUE w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 Partner Apelski Dariusz, gdzie Trybunał odpowiedział na pytanie w postępowaniu, w którym została przeprowadzona aukcja elektroniczna: „Czy wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 [...] zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasada przejrzystości zezwala na unieważnienie przeprowadzonej aukcji i powtórzenie aukcji elektronicznej, w przypadku gdy została ona przeprowadzona w istotny sposób nieprawidłowo, np. nie zostali zaproszeni do niej wszyscy wykonawcy, którzy złożyli dopuszczalne oferty?” Trybunał wywiódł, że: „jeżeli oferent przedstawia dopuszczalną ofertę i spełnia w związku z tym kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, instytucja zamawiająca, zgodnie z art. 54 ust. 4 dyrektywy 2004/18, ma zapewnić, że ten oferent może, stosownie do okoliczności, skorzystać z przysługującego mu prawa do udziału w aukcji elektronicznej. W rezultacie, jeżeli taki oferent nie został zaproszony do udziału w rzeczowej aukcji, to jak zauważył rzecznik generalny w pkt 52 opinii, zasady równego traktowania i niedyskryminacji wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 nakazują instytucji zamawiającej unieważnienie i powtórzenie takiej aukcji. W tym względzie należy dodać, że taki wniosek narzuca się niezależnie od kwestii, czy udział wykluczonego wykonawcy zmieniłby wynik danej aukcji.” W konsekwencji TSUE zważył, że: „wyrażone w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców należy interpretować w ten sposób, że wymagają one unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej, do udziału w której nie został zaproszony wykonawca, który złożył dopuszczalną ofertę, także w przypadku, gdy nie można stwierdzić, czy udział pominiętego wykonawcy zmieniłby wynik tej aukcji.” Powyższe zdaniem Izby uzasadnia nakazanie unieważnienia zaproszenia do negocjacji, a także dalszych czynności, które nastąpiły po czynności zaproszenia, a w których Odwołujący z uwagi na niezasadne odrzucenie jego oferty nie wziął udziału.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 10 000,00 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 329,45 zł na podstawie faktur Vat złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: