

WYROK

Warszawa dnia 21 maja 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Jolanta Markowska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w Warszawie w dniach 9,10, 20 maja 2024r. w sprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2024 r. przez **odwołujących**:

1.RE-Bau sp. o.o. ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków (KIO 1329/24) z udziałem **przystępującego po stronie zamawiającego**: ERBUD Spółka Akcyjna ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa,

2.Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (KIO 1346/24), z udziałem **przystępujących po stronie zamawiającego**: 1.ERBUD Spółka Akcyjna ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa 2. RE-Bau sp. o.o. ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków,

3.A. Sp. z o.o. ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie (KIO 1347/24), z udziałem **przystępujących po stronie zamawiającego**: 1. RE-Bau sp. o.o. ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków 2. ERBUD Spółka Akcyjna ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego**: Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu ul. Janusza Kurtyki 1, 02-676 Warszawa

orzeka:

oddala odwołania

kosztami postępowania obciąża **odwołujących**: RE-Bau sp. o.o. ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków (KIO 1329/24), Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (KIO 1346/24), A. Sp. z o.o. ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie (KIO 1347/24)

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołujących**: RE-Bau sp. o.o. ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków (KIO 1329/24), Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (KIO 1346/24), A. Sp. z o.o. ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie (KIO 1347/24), przez każdego z odwołujących w kwocie po 20.000,00zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisów od odwołania

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. j.t. 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

uzasadnienie

Odwołania dotyczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie w trybie zaprojektuj i wybuduj zadania inwestycyjnego pn. „Budowa nowego budynku Oddziału IPN w Krakowie”

Numer referencyjny postępowania: BAG-81/23

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 023/S 191-598067 z dnia 4 października 2023 roku.

Sygn. akt KIO 1329/24

Odwołanie RE-Bau sp. z o.o. Kraków z dnia 19 kwietnia 2024r.

Odwołanie dotyczy czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. niezgodnym z przepisami ustawy Pzp wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę ERBUD S.A. („ERBUD”),
2. niezgodnym z przepisami ustawy Pzp zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy ERBUD w związku z niespełnieniem przez niego warunków udziału w postępowaniu,
3. niezgodnym z przepisami ustawy Pzp zaniechaniu wezwania wykonawcy ERBUD do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wyjaśnień w tym zakresie.

Zamawiającemu zarzucił Odwołujący naruszenie:

1. art. 226 ust.1pkt 2b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ERBUD, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 226 ust.1pkt 2c Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ERBUD w sytuacji, kiedy nie złożył on w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wystarczających wyjaśnień odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. art.128 ust.1 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy ERBUD do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu względnie do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. wykluczenie wykonawcy ERBUD z postępowania względnie wezwanie go do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wyjaśnień w tym zakresie,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania znalazły się w szczególności następujące argumenty formalne i prawne.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie w trybie zaprojektuj i wybuduj zadania inwestycyjnego pn. „Budowa nowego budynku Oddziału IPN w Krakowie” złożono 7 ofert.

W dniu 9 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu trzech spośród złożonych ofert.

Zamawiający w odniesieniu do nieodrzuconych ofert poinformował o przyznanych punktach w poszczególnych kryteriach oceny ofert oraz łącznej punktacji.

Zgodnie z informacją Zamawiającego, najwięcej punktów otrzymała oferta wykonawcy ERBUD - 98,71 punktów. Oferta odwołującego otrzymała 89,68 punktów i została sklasyfikowana przez Zamawiającego na drugim miejscu w rankingu ofert.

Odwołujący twierdzi, że oferta ERBUD nie powinna zostać uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, ale powinna zostać odrzucona, względnie zamawiający powinien wezwać wykonawcę ERBUD do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień.

Zamawiający w Ogłoszeniu i w SWZ opisał warunki udziału w postępowaniu odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy:

1. Wykażą się odpowiednią zdolnością techniczną, tj. realizacją w okresie ostatnich 7 lat (po zmianie SWZ, przed zmianą - 5 lat), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:
 - a) dwóch usług polegających na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m2 każda, z pomieszczeniami archiwalnymi lub innymi z kontrolą jakości powietrza (temperatury i wilgotności) o powierzchni archiwów min. 300 m2 każda,
 - b) jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m2 każda, na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków),

c) dwóch robót budowlanych polegających na budowie nowego budynku o funkcji biurowo- konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m2 każdy.

Wykonawca ERBUD na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu do oferty załączył wykaz robót oraz wykaz osób.

Wykonawca A. sp. z o.o. w Strzelcach Opolskich (odwołujący w sprawie 1347/24), złożył Zamawiającemu pismo z dnia 25 marca 2024 r. (dowód w załączeniu), z wnioskiem o rzetelną weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę ERBUD.

Zamawiający pismem z dnia 26 marca 2024r. wezwał wykonawcę ERBUD do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp w następujących kwestiach:

I.W zakresie złożonego wykazu zrealizowanych zamówień:

1) dot. pkt 2 - usługi zrealizowanej dla B.W. - WILK STUDIO, 30-049 Kraków ul. Czarnowiejska 49/3: W związku z faktem, że z treści załączonej do wykazu referencji wynika, że usługa dotyczyła wykonania dokumentacji projektowej budowy, prosimy o potwierdzenie, że dokumentacja ta zawierała również część kosztorysową;

2) dot. pkt 3 - usługi zrealizowanej dla KONSTAL sp. z o.o. Krasne- Lasocice 102, 34- 620 Jodłownik: Prosimy o doszczegółowienie (podanie nr działki) lokalizacji wskazanego budynku biurowego przy ul. Dietla w Krakowie.

Jednocześnie mając na uwadze, że treść załączonej do wykazu referencji mówi o wykonaniu dokumentacji projektowej budynku biurowego w Krakowie, prosimy o potwierdzenie, że dokumentacja ta zawierała również część kosztorysową oraz dotyczyła budowy nowego budynku.

3) dot. pkt 4 - inwestycji zrealizowanej dla Martinique Investment Sp. z o.o. ul. Forteczna 35-37, 87-100 Toruń: W związku z faktem, że z treści załączonej do wykazu referencji nie wynika, że wybudowany budynek posiada funkcję biurowo-konferencyjną, prosimy o potwierdzenie, że wskazana robota budowlana spełnia wymagania w tym zakresie;

4) dot. pkt 5 - inwestycji zrealizowanej dla Ghelamco Poland Sp. z o.o. S.K., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa: Z treści załączonej do wykazu referencji wynika, że wybudowany budynek pełni funkcję głównie biurową. Zamawiający prosi o potwierdzenie, że posiada on funkcję biurowo - konferencyjną.

Zgodnie z wiedzą powziętą przez zamawiającego, wskazane przy ww. inwestycjach numery w rejestrze zabytków nie odpowiadają opisowi inwestycji. Prosimy o wyjaśnienie powyższych rozbieżności.

Na tak sformułowane wezwanie wykonawca ERBUD pismem z dnia 2 kwietnia 2024 r. złożył „Pismo Wykonawcy”, które było bardzo lakoniczne i praktycznie nie zawierało żadnych nowych informacji, mogących pozwolić Zamawiającemu na ustalenie, czy wykonawca ERBUD spełnia warunki udziału w postępowaniu. Pismo to wobec tego trudno nawet nazwać „wyjaśnieniami” i sam wykonawca ERBUD tak pisma nie zatytułował.

W zakresie złożonego wykazu zrealizowanych zamówień wykonawca ERBUD „wyjaśnił”:

1) dot. pkt 2 - usługi zrealizowanej dla B.W. - WILK STUDIO, 30-049 Kraków, ul. Czarnowiejska 49/3 Wykonawca ERBUD S.A. oświadcza i potwierdza, że wskazana dokumentacja zawierała również część kosztorysową.

2) dot. pkt 3 - usługi zrealizowanej dla KONSTAL Sp. z o.o. Krasne - Lasocice 102, 34- 620 Jodłownik Wykonawca ERBUD S.A. informuje, że budynek biurowy został zaprojektowany na działkach ewidencyjnych nr 48 i 49 Obręb S-11 przy ul. J.D. w Krakowie. Wykonawca ERBUD S.A. oświadcza i potwierdza, że wskazana dokumentacja zawierała również część kosztorysową. Wykonawca ERBUD S.A. oświadcza i potwierdza, że wskazana dokumentacja dotyczyła budowy nowego budynku.

3) dot. pkt 4 - inwestycji zrealizowanej dla Martinique Investment Sp. z o.o., ul. Forteczna 35-37, 87-100 Toruń Wykonawca ERBUD S.A. oświadcza i potwierdza, że wskazana robota budowlana spełnia wymagania w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego, tj. w zakresie posiadania funkcji biurowo - konferencyjnej.

4) dot. pkt 5 - inwestycji zrealizowanej dla Ghelamco Poland Sp. z o.o. S.K., ul. Wołoska 22, 02-675 Warszawa Wykonawca ERBUD S.A. oświadcza i potwierdza, że wskazany budynek posiada funkcję biurowo - konferencyjną.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia z dnia 2 kwietnia 2024 r. wykonawcy ERBUD nie powinny rozwiązać wątpliwości Zamawiającego odnośnie spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Nie wnoszą nic nowego, i stanowią jedynie podtrzymanie poprzednich informacji złożonych w ofercie - wykonawca ERBUD poprzestaje na głoślowym oświadczeniu, że „oświadcza i potwierdza”, że wskazana dokumentacja posiadała cechy wymagane przez

Zamawiającego, nie przedstawiając nie tylko żadnej dokumentacji i dowodów, mogących wykazać prawdziwość jego twierdzeń, nie przedstawia nawet żadnej argumentacji.

Odwołujący w opisanych wyżej okolicznościach wywodzi, że oferta wykonawcy ERBUD powinna zostać odrzucona już na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 c w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp. Zamawiający wezwał wykonawcę ERBUD do wyjaśnień, a wykonawca ERBUD takich wyjaśnień w wyznaczonym terminie nie złożył, ponieważ złożone przez ERBUD pismo z dnia 2 kwietnia 2024 r. takich wyjaśnień, biorąc pod uwagę jego treść, nie zawiera.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący jak już wyżej wskazano, podziela zgłoszone przez wykonawcę A. wątpliwości co do niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę ERBUD.

W uzupełnieniu zastrzeżeń wykonawcy A. odnośnie spełnienia przez ERBUD warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt b) (jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2.500m², na terenie objętym ochroną konserwatorską wpisanym do rejestru zabytków) odwołujący wskazuje, że:

1. projekt nowego budynku na wskazanych działkach o nr 48 i 49 Obręb S-11 przy ul. Dietla w Krakowie wykluczają w sposób jednoznaczny zapisy Miejsowego Planu Zagospodarowania Przestrzennego "Kazimierz" (Uchwała NR LXXXVNI/2145/17 Rady Miasta Krakowa z dnia 8 listopada 2017 r. w załączeniu);
2. działka nr 48 jest zabudowana budynkiem frontowym (ul. Dietla nr 77/św. Sebastiana 26) wpisanym do ewidencji zabytków;
3. działka nr 49 jest zabudowana budynkiem frontowym (ul. św. Sebastiana nr 28); wpisanym do ewidencji zabytków;
4. zapis planu (Zasady ochrony i kształtowania ładu przestrzennego i kształtowania zabudowy § 7.2, w załączeniu) jednoznacznie stwierdza, że :

"W odniesieniu do:

1) budynków frontowych ustala się możliwość prowadzenia jedynie robót budowlanych polegających na odbudowie, przebudowie, nadbudowie w zakresie lukarn, rozbudowie, remoncie i rozbiórce oraz robót wymienionych w ustaleniach szczegółowych, pod warunkiem zgodności z ustaleniami planu;"

oraz zapis planu:" § 26.1. Wyznacza się Teren zabudowy mieszkalno-usługowej, oznaczony symbolem MW/U.7 o podstawowym przeznaczeniu pod zabudowę budynkami mieszkalnymi wielorodzinnymi, mieszkalno-usługowymi lub budynkami usługowymi. (...)

3. W wyznaczonym terenie znajdują się obiekty objęte ochroną konserwatorską, ujęte w gminnej ewidencji zabytków, oznaczone na rysunku planu pod adresem:

8) ul. J.D. 77/ul. św. Sebastiana 26 - kamienica;

20) ul. św. Sebastiana 28 - kamienica;"

Zdaniem Odwołującego oczywiste jest, że powyższe zapisy planu jednoznacznie wykluczają na wskazanych przez wykonawcę ERBUD działkach nr 48 i 49 budowę nowego budynku a zatem realizacja ta nie spełnia wymagania warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym należało wykazać usługę polegającą na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku.

W związku z powyższym można przyjąć założenie, że albo wykonawca ERBUD złożył fałszywe oświadczenie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, albo został wykonany całkowicie wadliwy projekt, który jest niezgodny z MPZP "Kazimierz", który nie uzyskał pozwolenie konserwatorskiego i pozwolenia na budowę i nie będzie mógł być zrealizowany. Bez względu na to, który z wniosków jest poprawny, to każdy z nich prowadzi do konkluzji, że wykonawca ERBUD nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, zatem jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp.

Gdyby Izba nie podzieliła argumentacji : biurowo - konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2 500 m², na terenie objętym ochroną konserwatorską wpisanym do rejestru zabytków.

Ani z przedstawionych przez wykonawcę ERBUD dokumentów wraz z ofertą, ani ze złożonych „wyjaśnień” w dniu 2 kwietnia 2024 r. nie wynika, że wykonawca ERBUD warunek ten spełnia; względnie Zamawiający mógłby ewentualnie wezwać do złożenia precyzyjnych wyjaśnień z zastrzeżeniem, że nie może być to ponowne wezwanie w tej samej sprawie. Powyższe uzasadnia postawienie Zamawiający zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp przez zaniechanie

wezwania wykonawcy ERBUD do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu względnie do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie.

Reasumując, w zaistniałych okolicznościach sprawy, zamawiający powinien albo wykluczyć wykonawcę ERBUD z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, albo przynajmniej wezwać go do uzupełnienia dokumentów względnie złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Z tych względów, wniesienie odwołania stało się konieczne.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 1329/24

Zarówno zamawiający jak i przystępujący po jego stronie ERBUD złożyli odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przy czym zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie zaprzecza wszystkim twierdzeniom odwołującego, które w sposób wyraźny nie zostały przyznane w odpowiedzi na odwołanie.

Izba podziela przedstawioną argumentację zamawiającego oraz przystępującego i oddala odwołanie w całości.

Odwołaniem odwołujący objął czynności i zaniechania polegające na:

- 1) dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ERBUD S.A. („Erbud”),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty Erbuda w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu;
- 3) zaniechaniu wezwania Erbuda do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wyjaśnień w tym zakresie.

2. Wskazując na powyższe działania i zaniechania odwołujący zarzucił zamawiającemu, naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Erbuda, w sytuacji, gdy została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Erbuda, w sytuacji, kiedy nie złożył on wyznaczonym przez zamawiającego terminie wystarczających wyjaśnień odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 128 ust. 1 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Erbuda do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, względnie do złożenia wyczerpujących wyjaśnień w tym zakresie.

3. Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 2) wykluczenie wykonawcy Erbuda z postępowania względnie wezwanie go do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wyjaśnień w tym zakresie,
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Treść warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdziale IX pkt 1.4.1 SWZ została ustalona pismem zamawiającego z dnia 12 października 2023 r. przez nadanie pkt 1.4.1 brzmienia:

„ 1.4.1 wykażą się odpowiednią zdolnością techniczną, tj. zrealizowali w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- a) dwóch usług polegających na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m² każda, z pomieszczeniami archiwalnymi lub innymi z kontrolą jakości powietrza (temperatury i wilgotności) o powierzchni min. 300 m² każda,
- b) jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m², na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków),
- c) dwóch robót budowlanych polegających na budowie nowego budynku o funkcji biurowo- konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m² każdy.”

Dowód: pismo z dnia 12 października 2023 r. (znakBAG-V4-280-108(3)/23) - w aktach sprawy.

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków wykonawca zgodnie z rozdziałem XI SWZ był zobowiązany do złożenia wykazu:

- zrealizowanych zamówień, o których mowa wyżej w pkt 1.4.1, wraz z podaniem powierzchni użytkowej, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których zamówienia zostały wykonane oraz dowodów, czy zostały wykonane należycie (według załącznika nr 3 do SWZ), przy czym dowodami tymi mogły być referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmioty, na rzecz których usługi były wykonane (...), a w przypadku gdy wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy (pkt 1.5).

W dniu 6 marca 2024 r. Zamawiający wezwał Erbud S.A. do złożenia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 18 marca 2024 r.

Wskazane w wezwaniu dokumenty zostały złożone przez Erbud w dniu 18 marca 24 r.

W dniu 9 kwietnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Erbud.

W tym stanie rzeczy:

Erbud spełnia warunki udziału w postępowaniu opisane w rozdziale pkt 1.4.1 SWZ. Erbud przedłożył wykaz zrealizowanych zamówień, w którym wskazał usługi zrealizowane przez PPA Podczaszy Pracownia Architektoniczna sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (na zdolnościach tego podmiotu polega Erbud w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) na rzecz:

1) Zamawiającego oraz B.W. - Wilk Studio - jako spełnienie warunku obejmującego wykonanie dwóch usług polegających na opracowaniu dokumentacji projektowo- kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m2 każda, z pomieszczeniami archiwalnymi lub innymi z kontrolą jakości powietrza (temperatury i wilgotności) o powierzchni min. 300 m2 każda;

2) Konstal sp. z o.o. z siedzibą w Krasne-Lasocice - jako spełnienie warunku obejmującego wykonanie jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m2, na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków).

Do wykazu tego zostały dołączone referencje wystawione przez Zamawiającego, B.W.k - WILK STUDIO oraz Konstal ; o.o. potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie.

Dowód: wykaz zamówień załącznik nr 3 - w aktach sprawy katalog 13. ERBUD.zip\ODPOWIEDZ NA WEZWANIE DNIA 06-03-2024.7z\Wykaz zamówień zał 3 + referencje\

Zamawiający badając doświadczenie Erbud szczegółowo przeanalizował przedłożone przez niego dokumenty i informacje i wobec powziętych wątpliwości skierował w dniu 26 marca 2024 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie:

1) usługi zrealizowanej dla B.W. - potwierdzenia, że obejmowała również część kosztorysową;

2) usługi zrealizowanej dla KONSTAL sp. z o.o. - podania numeru działki, na której zlokalizowany jest budynek przy ul. Dietla w Krakowie oraz potwierdzenia, że obejmowała również część kosztorysową oraz dotyczyła budowy nowego budynku;

3) inwestycji zrealizowanej dla Martinique Investment Sp. z o.o. - potwierdzenia, że wskazana robota budowlana dotyczy budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej;

4) inwestycji zrealizowanej dla Ghelamco Poland Sp. z o.o. S.K. - potwierdzenia, że wybudowany budynek pełni funkcję biurowo- konferencyjną.

Erbud w wyjaśnieniach z dnia 2 kwietnia 2024 r. potwierdził, że wskazana dokumentacja stworzona dla B.W. oraz KONSTAL sp. o.o. zawierała również część kosztorysową, a usługa zrealizowana dla KONSTAL sp. z o.o. dotyczyła nowego budynku zaprojektowanego na działkach ewidencyjnych nr 48 i 49 Obręb S-11 przy ul. J.D. w Krakowie. Erbud potwierdził również, że inwestycje zrealizowane dla Martinique Investment Sp. z o.o. oraz Ghelamco Poland Sp. z o.o. S.K. dotyczyły budynków o funkcji biurowo- konferencyjnej.

Dowód: 1) pismo Zamawiającego z dnia 26 marca 2024 r. - w aktach sprawy katalog 13. ERBUD.zip 2) pismo Erbud z dnia 2 kwietnia 2024 r. - w aktach sprawy katalog 13. ERBUD.zip

Po otrzymaniu wyjaśnień zamawiający jak oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, badając doświadczenie firmy Erbud przeanalizował warunki miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obszaru „Kazimierz” uchwalonego uchwałą nr LXXXVIII/2145/17 Rady Miasta Krakowa z dnia 8 listopada 2017 r. (Dziennik Urzędowy Województwa Małopolskiego z 2017 r. poz. 7618) (dalej „MPZP”), dla działek nr 48 i 49 w obrębie S-11. Działki te są położone na terenie wchodzącym w skład układu urbanistycznego oraz zespołu zabudowy Kazimierza w obrębie tzw. „nowego miasta” wraz z historycznymi przedmieściami: Łąką Św. Sebastiana, Podbrzeziem oraz Polami Kazimierzowskimi wpisanym do rejestru zabytków nieruchomości województwa małopolskiego pod numerem rejestru A-1273/M decyzją Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Krakowie z dnia 18 lipca 2011 r.

Dowód: decyzja małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Krakowie z dnia 18 lipca 2011 r. nr OZKr.DW.410-A-49/II

Powyższe dokumenty potwierdzają, że usługa wykonana na rzecz KONSTAL sp. z o.o. dotyczyła budynku zlokalizowanego na terenie objętym ochroną konserwatorską.

Wyjaśnienia Erbud z dnia 2 kwietnia 2024 r. są również zgodne MPZP zgodnie z którymi w odniesieniu do budynków frontowych istnieje możliwość prowadzenia robót budowlanych polegających na odbudowie, przebudowie (...), rozbudowie (...) i rozbiórce (...) pod warunkiem zgodności z ustaleniami planu (§ 7 ust. 2 pkt 1 MPZP), a teren, na którym znajdują się działki może być zabudowany budynkami usługowymi (§ 26 ust. 1 MPZP). Zapisy MPZP dla wskazanych działek dopuszczają zatem rozbiórkę i budowę w tym miejscu nowej części budynku na przykład z pozostawieniem elewacji frontalnej, co akurat jest zjawiskiem spotykanym dość często na terenach objętych ochroną konserwatorską. MPZP dla wskazanych działek dopuszcza również zabudowę usługową, czyli taką jaką zamawiający ma na swojej inwestycji. Dlatego w ocenie zamawiającego brak jest podstaw, aby uznać iż oświadczenie Erbud w tym zakresie zawierało informacje nieprawdziwe, a tym samym aby podważyć doświadczenie oferenta. Powyższe przesądza również o tym, że brak było podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Erbud, gdyż spełniał on postawiony warunek udziału w postępowaniu (rozdział IX pkt 1.4.1 lit. b) obejmujący realizację jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m², na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków), co znalazło odzwierciedlenie w złożonym oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz złożonych podmiotowych środkach dowodowych.

Podnieść wreszcie należy, że zamawiający skorzystał z przewidzianej w art. 128 ust. 4 Pzp instytucji wyjaśnień co do złożonych podmiotowych środków dowodowych. W skierowanym do Erbud wezwaniu zamawiający precyzyjnie wskazał w jakim zakresie wyjaśnienia te mają być udzielone. Skoro Erbud udzielił wyjaśnień w wymaganym przez zamawiającego zakresie i wyjaśnienia te pozwoliły stwierdzić, że złożone podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale IX pkt 1.4.1 lit. b, są kompletne oraz nie zawierają błędów, to zamawiający nie musiał nie tylko ponownie wzywać Erbud do złożenia wyjaśnień, ale również nie miał podstaw do wzywania do ich poprawienia lub uzupełnienia.

Izba podziela konkluzję zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, stwierdzającą, że podniesione przez odwołującego zarzuty nie znajdują uzasadnienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a czynności zamawiającego zostały dokonane zgodnie z przepisami Pzp i:

1) nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Erbud, w oparciu o:

a) przesłanki wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp - gdyż Erbud spełnia warunki udziału w postępowaniu;

b) przesłanki wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp - gdyż Erbud złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz przedłożył wymagane podmiotowe środki dowodowe;

2) brak było podstaw do wzywania Erbud do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz jako zasadny Izba stwierdza wniosek zamawiającego, że odwołanie powinno zostać oddalone w całości.

Izba oceniając i rozważając przedstawiony w sprawie stan faktyczny, jak i prawny w oparciu o przedstawione w sprawie wnioski dowodowe (wykaz usług, referencje, zgłoszone zastrzeżenia do oferty ERBUD przez konkurentów, wezwania od zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez ERBUD w związku z zastrzeżeniami, złożone wyjaśnienia, akty prawa miejscowego, Rejestr wniosków, decyzji i zgłoszeń dla dz.48 i 49 oraz oświadczenia spółki Konstal sp. z o.o. o kosztorysie do dokumentacji projektowej oraz kosztorys inwestorski do dokumentacji z obowiązującą tajemnicą

przedsiębiorstwa), nie stwierdza naruszeń prawa przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu, ponieważ odwołujący nie udowodnił braku dokumentacji projektowo - kosztorysowej po stronie wykonawcy ERBUD.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdzając naruszeń Pzp wskazanych w odwołaniu, które miałyby wpływ na wynik postępowania, oddaliła odwołanie na mocy art. 554 ust.1 pkt 1) ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych.

Sygn. akt KIO 1346/24

Odwołanie BUDIMEX S.A. Warszawa z dnia 19 kwietnia 2024r.

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie w trybie zaprojektuj i wybuduj zadania inwestycyjnego pn. „Budowa nowego budynku Oddziału IPN w Krakowie”

Numer referencyjny postępowania: BAG-81/23

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 191-598067 z dnia 4 października 2024 roku

odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy Erbud S.A. z siedzibą w Warszawie („Erbud”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odrzuceniu oferty odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. art. 16 ustawy Pzp i w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wobec niezasadnego przyjęcia przez zamawiającego, że odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny, jak również wobec niezasadnego przyjęcia, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej ceny i nie potwierdzają, że odwołujący uwzględnił w swojej wycenie wszystkie koszty związane z wykonaniem prac, gdy tymczasem odwołujący udzielił zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień w pełnym zakresie, przedłożył zamawiającemu dowody potwierdzające zasadność i realność zaoferowanej ceny, w tym w szczególności odpowiednie kalkulacje i oferty podwykonawców, a tym samym zadośćuczynił wezwaniu zamawiającego. Odrzucenie oferty odwołującego w tych okolicznościach świadczy o tym, że zamawiający zaniechał przeprowadzenia pogłębionej, merytorycznej analizy tych wyjaśnień, co z kolei świadczy o naruszeniu przez zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców. Ponadto zamawiający nie uzasadnił w sposób należyty podstaw prawnych i faktycznych swojej decyzji.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty Erbud i powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 ustawy Pzp odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Odwołujący zachował terminy i wymogi formalne narzucone ustawą Pzp. Termin 19 kwietnia 2024r. został dochowany przez odwołującego. Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami zamawiającemu.

Odwołujący przywołał w szczególności następujące okoliczności faktyczne i prawne, na których oparł odwołanie

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę 106.727.166,57 zł brutto

(86.770.054,12 zł netto).

Oferty na realizację zamówienia złożyło 7 wykonawców:

1. Budimex S.A. Warszawa 72 488 820,00 zł.
2. PORR S.A. Warszawa 98 291 046,60 zł.
3. Warbud S.A. Warszawa 104 685 300,00 zł.
4. A. Sp. z o.o. Strzelce Opolskie 79 176 176,98 zł.
5. Erbud S A. Warszawa 89 769 090,00 zł.
6. RE-Bau Sp. z o.o. Kraków 89 777 700,00 zł.
7. DEKPOL Budownictwo Sp. z o.o. Pinczyn73 051 756.49 60

Dowód:informacja z otwarcia ofert (w aktach Postępowania)

Pismami z dnia 23 stycznia 2024 r., 14 lutego 2024 r. i 26 lutego 2024 r. zamawiający wzywał odwołującego w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny oraz jej istotnych części składowych, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dniach 5 lutego 2024 r., 21 lutego 2024 r. i 1 marca 2024 r. odwołujący złożył odpowiednie wyjaśnienia wraz z dowodami dotyczącymi zaoferowanej ceny oraz jej istotnych części składowych.

W dniu 9 kwietnia 2024 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Erbud, a także zawiadomił o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Wśród ofert odrzuconych znalazła się oferta Odwołującego, a także oferta wykonawcy A. sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich oraz oferta wykonawcy DEKPOL Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Pinczynie.

W treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający w pierwszej części informacji cytuje treść przekazanych w toku postępowania trzech wezwań do złożenia

wyjaśnień, a następnie wskazuje, że „bez szczegółowych wyjaśnień pozostały szczególnie istotne dla wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zgłoszone przez Zamawiającego wątpliwości dotyczące sposobu kalkulacji kosztów bezpośrednich budowy, tj. wartości bezpośredniej robót budowlanych”. W tym kontekście zamawiający stwierdził, że odwołujący „ograniczył się wyłącznie do ogólnych sformułowań i oświadczeń, które jednak nie znajdują potwierdzenia w przeprowadzonych przez zamawiającego analizach. Wykonawca, pomimo iż posiadał opracowany przez zamawiającego otwarty arkusz analizy kosztów, w żaden sposób nie wykazał w dokonanych tam wyliczeniach istnienia błędów logicznych bądź matematycznych i co ważniejsze, nie dokonał jego korekty w celu potwierdzenia deklarowanego poziomu kosztów bezpośrednich.” Ostatecznie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący „nie sprostował obowiązкови wskazanemu w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia (ich zakres i szczegółowość), nie pozwalają na jednoznaczne potwierdzenie, że wykonawca w sposób prawidłowy i szczegółowy wykazał zakładane przychody, a także że zamawiający jest w ogóle uprawniony do dalszej korespondencji z Wykonawcą w przedmiocie wyjaśnienia zagadnienia rażąco niskiej ceny. Na podstawie przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień niemożliwe jest jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.”

Zamawiający skonkludował wyjaśnienia sformułowaniem, zgodnie z którym w ocenie Zamawiającego „przedstawione przez Wykonawcę kalkulacje i wyjaśnienia nie potwierdzają, że skalkulowana cena ofertowa zawiera wszelkie koszty jakie należało uwzględnić. Jako najistotniejsze należy tu wskazać wątpliwości dotyczące wykazanej w zestawieniu „Tabelaryczne zestawienie pełnej kalkulacji ceny ofertowej” (załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 01.03.2024.r) kosztów bezpośrednich budowy i braku jej potwierdzenia w przekazanych wcześniej ofertach cenowych potencjalnych podwykonawców. Nie bez znaczenia pozostają tu jednak również inne okoliczności kalkulacji ceny ofertowej, jak np. wybiórcze przyjmowanie w kalkulacjach cen jednostkowych z różnych ofert podwykonawców, co może sprawiać wrażenie, że określone roboty budowlane realizowane będą jednocześnie przez kilku podwykonawców. Powyższe podważa rzetelność sporządzonych kalkulacji i wskazuje na próbę sztucznego zaniżenia cen rynkowych określonych robót”.

Dodatkowo, w ocenie zamawiającego, „Jakkolwiek wyjaśnienia Wykonawcy wydają się bardzo obszerne, to jedynie część z nich można uznać jako odpowiadające treści wezwań Zamawiającego. Nie można przyjąć jako w całości wyczerpujących kwestii, dotyczących deklarowanych oszczędności czy też atutów Wykonawcy umożliwiających

obniżenie wynagrodzenia. Ocena wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę odbywała się w kontekście wezwania Zamawiającego, tj. w odniesieniu do konkretnych aspektów wskazanych w piśmie, które budziły wątpliwości Zamawiającego."

Ostatecznie zamawiający ocenił, że „Po analizie przedstawionych wyjaśnień oraz załączonych dokumentów, mających stanowić dowód na poparcie twierdzeń wykonawcy stwierdzono, że nie korelują one z treścią samych wyjaśnień w sposób wystarczający, mogący w dostatecznej mierze udowodnić wpływ wskazanych czynników na tak znaczną różnicę pomiędzy ceną ofertową a wartością zamówienia, którą Zamawiający ustalił z należytą starannością przed rozpoczęciem postępowania na kwotę 106.727.166,57 zł brutto. W świetle powyższego oferta złożona przez Budimex S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w tym w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu."

2024 r., 21 lutego 2024 r. i 1 marca 2024 r. (zawierają informacje skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w aktach Postępowania)

W ocenie odwołującego nie można czynić mu zarzutu co do rzekomo nieprawidłowo złożonych wyjaśnień, skoro odwołujący kierował się w swoich wyjaśnieniach przede wszystkim literalną treścią wezwania zamawiającego, oraz udostępnioną przez zamawiającego dokumentacją postępowania.

W wyniku ich analizy Wykonawca wezwany został do złożenia dalszych wyjaśnień odnośnie następujących kwestii:

1)zgodnie z PFU i udzielonymi odpowiedziami do postępowania pytanie 22 i 23 z dnia 30.10.2023 r. proszono o potwierdzenie, że Wykonawca uwzględnił wszystkie stropy, ściany fundamentowe i piwniczne z betonu wodoszczelnego W8;

Wykonawca udzielił wyjaśnień w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONEJ OFERTY" z dnia 21 lu 2024 r. str. 1, pkt. 1.

2)zgodnie z PFU pkt 2.6.1 - minimalna powierzchnia ogrodu wertykalnego wynosi 300m2, proszono o potwierdzenie, że uwzględniono w ofercie odpowiednią powierzchnią,

Wykonawca udzielił wyjaśnień w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONEJ OFERTY" z dnia 21 lu 2024 r. str. 1, pkt. 2.

3)zgodnie z udzieloną odpowiedzią do postępowania pytanie 27 z dnia 19.12.2023 r. proszono o potwierdzenie, że uwzględniono w ofercie duże formaty luster wklejanych w płytki o szerokości wszystkich umywalk;

Wykonawca udzielił odpowiedzi w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONEJ OFERTY" z dnia 21 lu 2024 r. str. 1, pkt. 3.

4)w jaki sposób i w jakim stopniu przywołane w wyjaśnieniach Wykonawcy stwierdzenie

„dobra organizacja pracy, stosowane rozwiązania techniczne zwiększające wydajność, posiadana kadra i pracownicy" przekłada się na obniżenie kosztów wykonania zamówienia;

Wykonawca udzielił odpowiedzi w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONEJ OFERTY" z dnia 21 lu 2024 r. str. 1 i 2, pkt. 4.

5)w złożonych przez Wykonawcę wyjaśnieniach brakuje informacji na temat istotnych, określonych w OPZ kosztów budowy, takich jak:

-instalacja fotowoltaiczna,

-stacja ładowania samochodów elektrycznych,

-przyłączenia sieci zewnętrznych elektrycznych (uzgodnionych z gestorem sieci), w tym budowa stacji traf o,

-monitoring, zabezpieczenie i ewentualne naprawy sąsiednich budynków i budowli;

Wykonawca udzielił odpowiedzi i wyjaśnień w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONEJ OFERTY" z dnia 21 lutego 2024 r. str. 2, pkt. 5 oraz Załącznik nr 2 - Oświadczenie podwykonawcy w przedmiocie złożonej oferty.

6)w ramach przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w żaden sposób nie odniesiono się do kwestii prac projektowych;

Wykonawca udzielił stosowne odpowiedzi i wyjaśnień w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONYCH OFERTY” z dnia 21 lutego 2024 r. str. 2, pkt. 6.

7)w wyjaśnieniach brakuje również szczegółowej kalkulacji kosztów, jakie zostaną poniesione, z podziałem na:

- koszty prowadzenia biura (obsługa finansowa, prawna, transport, itp.), a w przypadku gdy biuro obsługuje kilka inwestycji, alokacja kosztów do inwestycji Zamawiającego,
- koszty zatrudnienia obsługi inżynierskiej (ilość osób i przewidywane koszty osobowe),
- koszty obsługi finansowej inwestycji (koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczeń, itp.),
- koszty utrzymania zaplecza budowy (najem nieruchomości, kontenerów biurowych i socjalnych, zakup energii, wody, ścieków),
- koszty zajęcia pasa drogowego.

Ponadto poproszono o załączenie do wyjaśnień tabelarycznego zestawienia pełnej kalkulacji ceny ofertowej z podziałem na:

- koszty prac projektowych i nadzorów autorskich,
- koszty realizacji robót budowlanych, w tym koszty prac realizowanych przez podwykonawców i roboty realizowane we własnym zakresie,
- opłaty i podatki,
- koszty ogólne przedsiębiorstwa, takie jak: koszty osobowe, obsługa finansowa inwestycji, w tym opłaty za ubezpieczenia i zabezpieczenia, zaplecze budowy,
- inne nie wymienione wyżej koszty (np. rezerwa na prace nie przewidziane),
- zysk."

Wykonawca udzielił odpowiedzi i przekazał wyjaśnienia w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONYCH OFERTY” z dnia 21 lutego 2024 r., str. 2 - 4, pkt. 7 wraz z Załącznikiem nr 1 - Tabelaryczne zestawienie kosztów bezpośrednich i pośrednich.

[poniższa treść pochodzi z wezwania nr 3 z dnia 26 lutego 2024 r.]

„Na podstawie danych zawartych w ww. wyjaśnieniach Wykonawcy, dokonano kalkulacji finansowej kosztów realizacji robót budowlanych (kosztów bezpośrednich). Kalkulacja obejmuje trzy rodzaje kosztów:

- 1) Koszty ofertowe tj. kalkulacja kosztów oparta o jednostki przedmiarowe ujawnione w ramach tabel poszczególnych pozycji wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla poszczególnych sortymentów robót i przypisane do nich ceny jednostkowe ujawnione w załącznikach do wyjaśnień - ofertach potencjalnych podwykonawców.
- 2)Własne kalkulacje oferenta tj- wyceny, w odniesieniu do których Wykonawca nie ujawnił w wyjaśnieniach szczegółowych danych i metodyki kalkulacji, w zakresie jakiegoby niezbędny do weryfikacji poprawności wyceny,
- 3)Koszty materiałów, w cenach rynkowych zastosowane w odniesieniu do pozycji, w których ceny ofertowe podwykonawców wskazywały na konieczność doliczenia materiału do poszczególnych pozycji."

Wykonawca udzielił stosowne odpowiedzi i wyjaśnień w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONYCH OFERTY” z dnia 1 marca 2024 r., str. 1 - 3.

Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że w odniesieniu do wezwania nr 3 z dnia 26 lutego 2024 r., które stanowiło ostatnie z wezwań i posłużyło za jedną z podstaw dokonania odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający w istocie nie zadał żadnego konkretnego pytania. Treść pisma stanowi zbiór twierdzeń zamawiającego na temat tego, że zamawiający dokonał kalkulacji finansowej kosztów realizacji robót budowlanych (kosztów bezpośrednich), i że kalkulacja obejmowała trzy rodzaje kosztów. Ponadto w treści pisma Zamawiający odniósł się do wyliczonej przez siebie wartości realizacji robót przekazując tabelę, z której w ocenie Zamawiającego sumaryczne koszty realizacji inwestycji przekraczają cenę ofertową Odwołującego o ponad 2 mln złotych. Mimo to, że treść wezwania nie zawierała żadnego pytania czy wątpliwości, którą należało rozwiązać, Odwołujący odniósł się również i do tego pisma w sposób kompleksowy, rzetelny i w sposób najpełniej oddający intencje dopełnienia należytej staranności wymaganej od profesjonalnego wykonawcy. Pomimo zatem braku sprecyzowanego pytania, wychodząc naprzeciw prośbie Zamawiającego, Odwołujący

ustosunkował się do kwestii rzekomej różnicy (założeniu) w wysokości 2.286.502,44 zł w kosztach bezpośrednich ujętych w ofercie Odwołującego, która to kwota powstała w wyniku dokonania przez Zamawiającego własnej kalkulacji (założenia).

Jednym z przykładów do „Wyjaśnień wykonawcy Budimex S.A. - część szczegółowa, I. Roboty Budowlane, Pozycja nr 3 - str. 27-31, w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONEJ OFERTY” z dnia 5 lutego 2024 r. „Konstrukcja żelbetowa”, która została uznana jako kalkulacja własna przez Zamawiającego, a na którą zostały przedstawione oferty złożone przez podwykonawców i dokładnie wskazano w tabeli oferty, które obejmowały zakres robót konstrukcji żelbetowej. W tym miejscu Odwołujący powołuje się na fragment wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 5 lutego 2024 r. odnośnie zakresu robót konstrukcyjnych, które znajdują się na końcu strony 29 pisma z wyjaśnieniami (od słów: „Kalkulacja wartości” do słów „z firmami dostarczającymi zbrojenie” na stronie 30) i następnie na tabelę znajdującą się pod zdaniem „Podsumowując, na wycenę tego zakresu prac składają się następujące składowe:”, w zakresie pozycji 3.1, 3.2, 3.3. Z uwagi na fakt, że informacje znajdujące się w tej części pisma zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący w celu zachowania w tajemnicy rzeczonych informacji, w treści niniejszego odwołania jedynie powołuje się na odpowiednie fragmenty pisma, znajdującego się w całości w aktach sprawy.

W treści pisma z odrzuceniem oferty odwołującego, zamawiający zawarł również twierdzenie, z którym w żaden sposób nie można się zgodzić biorąc pod uwagę podstawową zasadę rzetelności przygotowywanej kalkulacji. Zamawiający bowiem (str. 5 pisma z odrzuceniem) wskazuje, że „określone roboty budowlane będą realizowane jednocześnie przez kilku podwykonawców co podważa rzetelność sporządzonych kalkulacji przez Zamawiającego”. Po pierwsze, na podstawie powyższego przykładu Odwołujący wskazuje, że stwierdzenie to jest z gruntu błędne w związku z tym, że odwołujący w sposób bardzo szczegółowy i dokładny opisuje, jaki zakres robót planuje wykonać wraz ze wskazanymi podwykonawcami oraz dostawcami materiałów czy sprzętu. Mianowicie, w zakresie robót związanych z układaniem mieszanki betonowej, robót ciesielskich i dostawy szalunków oraz materiałów drobnych potrzebnych do wymienionych prac przyjęto ceny jednostkowe zaoferowane przez firmę Remax, natomiast na dostawę mieszanki betonowej wraz ze sprzętem (pompa, betonowóz) przyjęto ceny jednostkowe zaoferowane przez firmę „Mężyk”, a dostawę stali konstrukcyjnej przyjęto na podstawie szacunków biura zakupów centralnych Odwołującego, w cenie jedn. 3,16 zł/kg. Nie ma najmniejszych przeciwwskazań, by różne roboty w ramach jednej kategorii prac wykonywać z pomocą kilku podwykonawców, a wręcz takie działanie świadczy o skrupulatności podejścia do dokonanej wyceny oferty, czego Zamawiający zdaje się zupełnie nie dostrzegać.

Niezależnie od powyższego i na marginesie, nawiązując do argumentu Zamawiającego odnoszącego się do faktu, że całkowita cena brutto oferty złożonej przez Odwołującego jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek, Odwołujący zwraca uwagę na fakt, że w jego ocenie kalkulacje służące do ustalenia wartości zamówienia przedstawionej przez Zamawiającego zostały w sposób rażący zawyżone, co stanowi dodatkowy (choć poboczny) argument odnoszący się do braku uzasadnienia dla odrzucenia oferty Odwołującego. Mianowicie, w udostępnionym przez Zamawiającego dokumencie „Wskaźnikowa wartość kosztorysowa Inwestycji - roboty budowlane, prace przygotowawcze, projektowe” w pozycji prace przygotowawcze projektowe wskazano, że wartość tych robót brutto wynosi 7.523.598,59 zł, przy czym średnia ze złożonych przez wykonawców ofert stanowi kwotę 2.922.986,30 zł brutto (kwota o 61,15 % większa niż średnia - min. kwota z złożonych ofert za prace przygotowawcze, projektowe 1.517.182,07 zł brutto).

W innym z kolei przykładzie dotyczącym wykonania muru oporowego z balustradą szklaną, w kosztorysie udostępnionym przez Zamawiającego 1 mb wykonania takiego muru kosztuje 13.573,00 zł brutto, a cały zakres (71mb) kosztuje 1.185.330,09 zł brutto, podczas gdy według Odwołującego i otrzymanych ofert z rynku zakres ten szacuje się na kwotę 195.024,56 zł netto, 239.880,21 zł brutto, co z kolei stanowi kwotę o 79,76 % wyższą od przedstawionej w kosztorysie przekazanym przez Zamawiającego. W odniesieniu do tej kwestii Odwołujący udzielił stosownych wyjaśnień w piśmie „WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE TREŚCI ZŁOŻONEJ OFERTY” z dnia 5 lutego 2024 r. (str. 49 pkt. 13.1.1 i 13.1.2, Pozycja nr 13 Roboty zewnętrzne.

Dla oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego nie bez znaczenia pozostaje też fakt, że zamówienie realizowane będzie w formule „zaprojektuj i wybuduj”, a poziom szczegółowości przedstawionych wyjaśnień, szczególnie tych przedstawionych w ramach pierwszego pisma z dnia 5 lutego 2024 r., świadczy o rzetelnym rozpoznaniu tematu i skrupulatnej kalkulacji ceny, której poziom szczegółowości bliski jest tematowi realizowanemu w formule „buduj”, gdzie mamy do czynienia z gotowym projektem budowlanym i wykonawczym. Postępowania realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj” oparte są zazwyczaj na pewnych przyjmowanych przez Wykonawców założeniach i wyliczeniach, natomiast projekt będzie powstawał w pierwszej fazie realizacji inwestycji. Dlatego zdaniem Odwołującego stopień szczegółowości przedstawionych wyjaśnień i rozpoznania tematu, bazując na udostępnionych przez

Zamawiającego na tym etapie dokumentach tj. koncepcji czy PFU, nie powinien budzić dalszych wątpliwości Zamawiającego co do zaoferowanej przez Wykonawcę ceny ofertowej.

W ocenie Odwołującego, porównując treść skierowanych do niego wezwań do złożenia wyjaśnień, i konfrontując ich cel z treścią złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, należy podsumować, że Zamawiający w sposób wadliwy ocenił złożone kalkulacje, przedstawione rysunki, tabele i oferty podwykonawców i dostawców, a przede wszystkim kompleksowe wyjaśnienia, co prowadzi do wypaczenia ratio legis badania ceny rażąco niskiej, o którym mowa w art. 224 ustawy Pzp. Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega wyłącznie oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Żadna z tych przesłanek nie została wypełniona w niniejszym przypadku.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 1346/24

Zarówno zamawiający jak i przystępujący po jego stronie ERBUD złożyli odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przy czym zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie zaprzecza wszystkim twierdzeniom odwołującego, które w sposób wyraźny nie zostały przyznane w odpowiedzi na odwołanie.

Izba podziela przedstawioną argumentację zamawiającego oraz przystępujących i oddala odwołanie w całości, uwzględniając dokumentację przekazaną do akt sprawy przez zamawiającego, jak i Analizę wyjaśnień Odwołującego dot. Inwestycji Budowa nowego budynku Oddziału IPN w Krakowie, wykonaną przez przystępującego ERBUD z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba dokonując oceny i rozważenia zarzutów odwołania uwzględniła stanowisko zamawiającego z dnia 8 i 16 maja 2024r. przyjmując je za własne.

Odwołaniem zostały objęte czynności zamawiającego polegające na:

- 1)wyborze oferty Erbud S.A. („Erbud”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2)odrzuceniu oferty odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2.wskazując na powyższe czynności odwołujący zarzucił zamawiającemu, naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że:

- 1)oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2)odwołujący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny,
- 3.Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- 1)unieważnienie czynności wyboru oferty Erbud i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w związku z niezasadnym przyjęciem, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił: 1)Erbud S.A. Warszawa w dniu 25 kwietnia 2024 r. - po stronie zamawiającego; 2) RE-Bau sp. z o.o. Kraków w dniu 25 kwietnia 2024 r. - po stronie zamawiającego.

3.Postępowanie jest prowadzone zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), której treść została zamieszczona w dniu 4 października 2023 r. na stronie internetowej wskazanej w SWZ, na której udostępniane są zmiany i wyjaśnienia treści SWZ oraz inne dokumenty zamówienia.

4.Wartość zamówienia wynosi 106 727 166, 57 zł brutto.

5.W postępowaniu oferty złożone zostały przez:

- 1) Budimex S.A. Warszawa;
- 2)PORR S.A. Warszawa;

3)Warbud S.A. Warszawa;

4)A. Sp. z o.o. Strzelce Opolskie;

5)Erbud S.A. Warszawa;

6)RE-Bau Sp. z o.o. Kraków;

7)DEKPOL Budownictwo Sp. z o.o. Pinczyn.

Odwolujący złożył ofertę z ceną 58 934 000,00 zł netto i ceną 72 488 820,00 zł brutto, która to cena jest niższa o 32,8% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług. Na zaoferowaną cenę składa się cena za:

-ETAP I - dokumentacja projektowa; w wysokości 2 282 000,00 zł netto i 2 806 860,00 zł brutto;

-ETAP II - roboty budowlane: w wysokości 56 652 000,00 zł netto i 69 681 960,00 zł brutto.

Pismami z dnia 23 stycznia 2024 r., 14 lutego 2024 r. i 26 lutego 2024 r. zamawiający wzywał odwołującego w trybie art. 224 ust. w zw. z art. 224 ust. 2 Pzp do złożenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny oraz jej istotnych części składowych. Na powyższe wezwania odwołujący odpowiedział pismami z dnia 5 lutego 2024 r., 21 lutego 2024 r. i 1 marca 2024 r.

Dowód: pisma zamawiającego z dnia 23 stycznia 2024 r., 14 lutego 2024 r. i 26 lutego 2024 r. oraz pisma odwołującego z dnia 5 lutego 2024 r., 21 lutego 2024 r. i 1 marca 2024 r.-w aktach sprawy

W dniu 9 kwietnia 2024 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Erbud. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. Uzasadniając odrzucenie oferty zamawiający wskazał, że na podstawie danych zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, dokonał kalkulacji finansowej kosztów realizacji robót budowlanych (kosztów bezpośrednich). W kalkulacji tej ujęte zostały trzy rodzaje kosztów:

1)koszty ofertowe tj. kalkulacja kosztów oparta o jednostki przedmiarowe ujawnione w ramach tabel poszczególnych pozycji wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla poszczególnych asortymentów robót i przypisane do nich ceny jednostkowe ujawnione w załącznikach do wyjaśnień - ofertach potencjalnych podwykonawców.

2)własne kalkulacje odwołującego tj. wyceny, w odniesieniu do których wykonawca nie ujawnił w wyjaśnieniach szczegółowych danych i metodyki kalkulacji, w zakresie jaki jest niezbędny do weryfikacji poprawności wyceny,

3)koszty materiałów, w cenach rynkowych zastosowane w odniesieniu do pozycji, w których ceny ofertowe podwykonawców wskazywały na konieczność doliczenia materiału do poszczególnych pozycji.

Dodatkowo, z uwagi na fakt, że przedstawione w ramach wyjaśnień wyceny prac podwykonawców zostały już obciążone narzutami w wysokości średnio ok. 20%, w odniesieniu do własnych kalkulacji odwołującego, również zastosowano narzut w wysokości 25%. Wyliczona w ten sposób wartość realizacji robót budowlanych (bez narzutów) wynosi około 46 912 268,44 zł. Jest ona większa od przedstawionej w tabelarycznym zestawieniu pełnej kalkulacji ceny ofertowej - 44 625 766,00 zł o kwotę 2 286 502,44 zł. Tym samym sumaryczne koszty realizacji robót budowlanych (kosztów bezpośrednich) przekraczają cenę ofertową o kwotę 2 286 502,44 zł.

Zamawiający wskazał, że wykonawca, pomimo iż posiadał opracowany przez zamawiającego otwarty, arkusz analizy kosztów, w żaden sposób nie wykazał w dokonanych tam wycenach istnienia błędów logicznych bądź matematycznych i co ważniejsze, nie dokonał jego korekty ■ w celu potwierdzenia deklarowanego poziomu kosztów bezpośrednich. Zamawiający wskazał wreszcie, że szczegółowa analiza i weryfikacja wszystkich złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień nie potwierdziła, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zamawiający podkreślił, że jakkolwiek wyjaśnienia Wykonawcy wydają się bardzo obszerne, to jedynie część z nich można było uznać jako odpowiadające treści wezwań zamawiającego. Nie przyjęto wyjaśnień dotyczących deklarowanych oszczędności czy też atutów Wykonawcy umożliwiających obniżenie wynagrodzenia. Po analizie przedstawionych wyjaśnień oraz załączonych dokumentów, mających stanowić dowód na poparcie twierdzeń, zamawiający stwierdził, że nie korelują one z treścią samych wyjaśnień w sposób wystarczający, mogący w dostatecznej mierze udowodnić wpływ wskazanych czynników na zaoferowaną cenę.

Złożenie przez Odwołującego oferty z ceną niższą o 32,8% od wartości zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług spowodowało, stosownie do dyspozycji art. 224 ust. 2 Pzp, powstanie po stronie zamawianego obowiązku zwrócenia się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny.

Pismem z dnia 23 stycznia 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów mających na celu potwierdzenie, że sposób ukształtowania ceny ofertowej stoi w 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, a także, że stoi w zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Oceniając wyjaśnienia, zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności: w zakresie zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług; oryginalności dostaw, usług oferowanych przez Wykonawcę; 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 za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; wypełnienia obowiązków związanych z powierzaniem wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz innych czynników mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W związku z powyższym, udzielone wyjaśnienia mają udowodnić Zamawiającemu, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana i zawiera wszystkie elementy niezbędne do prawidłowej realizacji umowy. Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, powinny wykazać w szczególności co spowodowało obniżenie ceny, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Wyjaśnienia, nie mogą budzić żadnych wątpliwości co do tego, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia."

W piśmie z dnia 5 lutego 2024 r. odwołujący, w części szczegółowej przedstawił szczegółowe kalkulacje z rozbiem na poszczególne elementy obejmujące wyłącznie roboty budowlane (część I) oraz roboty elektryczne (część II). W przedstawionych wyliczeniach Odwołujący łączną wartość obu elementów wycenił na 54 949 090,84 zł netto.

Odwołujący pominął kilka istotnych elementów, które zostały wskazane w Programie Funkcjonalno - Użytkowym (dalej „PFU”) oraz Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiących załącznik do SWZ. W wyjaśnieniach tych w zakresie wyliczenia ceny oferty pojawiły się również błędy i niewłaściwie przyjęte ilości robót jak np. powierzchnia ogrodu wertykalnego, która zgodnie z PFU powinna wynosić minimum 300m², a Odwołujący przyjął tylko 150m² za łączną kwotę 600 000,00 zł. Dlatego też Zamawiający pismem z dnia 14 lutego 2024 r. wezwał Odwołującego, wskazując precyzyjnie żądane elementy, do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie:

- 1)uwzględnienia wykonania wszystkich stropów, ścian fundamentowych i piwnicznych z betonu wodoszczelnego W8;
- 2)uwzględnienia minimalnej powierzchni ogrodu wertykalnego o powierzchni 300m²;
- 3)uwzględnienia w ofercie dużych formatów luster wklejanych w płytki o szerokości wszystkich umywalek;
- 4)wskazania w jaki sposób i w jakim stopniu przywołane w odpowiedzi stwierdzenie „dobra organizacja pracy, stosowane, rozwiązania techniczne zwiększające wydajność, posiadana kadra i pracownicy” przekłada się na obniżenie kosztów wykonania zamówienia;
- 5)brakujących informacji na temat istotnych, określonych w OPZ kosztów budowy, takich jak:
 - instalacja fotowoltaiczna,
 - stacja ładowania samochodów elektrycznych,
 - przyłączenia sieci zewnętrznych elektrycznych (uzgodnionych z gestorem sieci), w tym budowa stacji trafo,
 - monitoringi, zabezpieczenie i ewentualne naprawy sąsiednich budynków i budowli;
- 6)braku wyjaśnień w zakresie kwestii prac projektowych;
- 7)braku szczegółowej kalkulacji kosztów, jakie zostaną poniesione, z podziałem na:
 - koszty prowadzenia biura (obsługa finansowa, prawna, transport, itp.), a w przypadku gdy biuro obsługuje kilka inwestycji, alokacja kosztów do inwestycji zamawiającego,
 - koszty zatrudnienia obsługi inżynierskiej (ilość osób i przewidywane koszty osobowe), koszty obsługi finansowej

inwestycji (koszt zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczeń, itp.), koszty utrzymania zaplecza budowy (najem nieruchomości, kontenerów biurowych i socjalnych, zakup energii, wody, ścieków), koszty zajęcia pasa drogowego.

Zamawiający wezwał również odwołującego do załączenia do wyjaśnień tabelarycznego zestawienia pełnej kalkulacji ceny ofertowej z podziałem na: koszty prac projektowych i nadzorów autorskich, koszty realizacji robót budowlanych, w tym koszty prac realizowanych przez podwykonawców i roboty realizowane we własnym zakresie, opłaty i podatki, koszty ogólne przedsiębiorstwa, takie jak: koszty osobowe, obsługa finansowa inwestycji, w tym opłaty za ubezpieczenia i zabezpieczenia, zaplecze budowy, inne nie wymienione wyżej koszty (np. rezerwa na prace nie przewidziane), zysk.

Na powyższe wezwanie odwołujący odpowiedział pismem z dnia 21 lutego 2024 r., w którym w zakresie objętym pkt 1 - 6 pisma Zamawiającego, Odwołujący ograniczył się do słownych wyjaśnień. Do pisma załączone zostało również tabelaryczne zestawienie pełnej kalkulacji ceny ofertowej. W tabeli tej w lp. 1, 3 oraz 28 Odwołujących wskazał

Lp. Tabelaryczne zestawienie pełnej kalkulacji ceny ofertowej

1 KOSZT BEZPOŚREDNI BUDOWY 44 625 766,00 zł

(...)

3 REZERWA NA RYCZAŁT (PRACE NIE PRZEWIDZIANE) 469 078,00 zł

(...)

28 ZYSK NETTO 1 178 884,00 zł

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 21 lutego 2024 r. wraz z załącznikiem nr 1 — w aktach sprawy

Pismem z dnia 26 lutego 2024 r. zamawiający przedstawił kalkulację sporządzoną przez siebie, w oparciu o dane znajdujące się w wyjaśnianych odwołującego oraz przyjętą metodologię, z której wynika, że koszt bezpośredni budowy to 46 912 268,44 zł netto. W kalkulacji tej kolumna:

-, „C” nazwana „kalkulacja BUDIMEX” - obejmuje kwoty spod poszczególnych tabeli na stronach 27-53 wyjaśnień Oferenta z dnia 05.02.2024 r., tj. wykazane przez oferenta koszty bezpośrednio budowy wraz z kosztami pośrednimi,

-, „D” nazwana „[1] koszty ofertowe” - obejmuje kwoty wyliczone przez zamawiającego na podstawie ofert podwykonawców stanowiących załączniki do wyjaśnień oferenta z dnia 05.02.2024r, każda z kwot jest rozpisana poniżej pod tabelą z wyszczególnieniem na podwykonawców w przypadku gdy dla danego działu oferent wskazał ich kilku, kwoty te uwzględniają koszty netto podwykonawców za poszczególne pozycje przedmiarowe,

-, „E” nazwana „[2] koszty materiałów” - obejmuje koszt materiałów w przypadku gdy nie był on wliczony w oferty podwykonawców i możliwy do oszacowania przez zamawiającego,

-, „F” nazwana „[3] własne kalkulacje oferenta” - stanowi sumę wartości dla poszczególnych pozycji przedmiarowych z tabel na stronach 27-53 gdzie w kolumnie uwagi oferent wpisał „kalkulacja własna”, w przypadku działów, które były niemożliwe do policzenia przez zamawiającego na podstawie ofert podwykonawców, tj. konstrukcja, konstrukcja stalowa, roboty wykończeniowe - ściany, ściany i elementy akustyczne, roboty sanitarne - zamawiający przyjął kwotę spod tabeli dla danego działu jako zbiorczą kalkulację własną,

-, „G” nazwana „[4] kalkulacja własna *0,8” - stanowi kwotę z kolumny poprzedzającej „F” pomniejszoną o 20% (gdyż w takiej wielkości zamawiający wyliczył średni narzut w przypadku pozycji dla których były wkalkulowane oferty podwykonawców),

-, „H” nazwana „suma koszty bezpośrednie [1]+[2]+[4]” - stanowi sumę z kolumn „D”, „E” oraz „G” co sumuje się do kwoty 46 912 268,44 zł,

-, „I” nazwana „narzut [%]” - stanowi wyliczony przez Zamawiającego narzut (tj. koszty pośrednie) dla każdego działu względem kwoty wyliczonej przez Oferenta, tj. kolumna „C”, a kwotą wyliczoną przez Zamawiającego stanowiącą sumę kosztów bezpośrednich tj. kolumna „H”.

W związku z powyższym wyliczeniem, zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśniania różnicy w sumarycznych kosztach realizacji inwestycji w kwocie 2 286 502,44 zł.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 26 lutego 2024 r. wraz z plikiem Kalkulacja finansowa - „analiza koszty bezpośrednie.xlsx” zawierając informacje skutecznie zastrzeżone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa w

aktach sprawy)

W odpowiedzi na powyższe pismo odwołujący w piśmie z dnia 01 marca 2024 r. przedstawił dalsze wyjaśnienia. W wyjaśnieniach tych pominięte pozostały najistotniejsze dla sprawy różnice pomiędzy wartością robót wykazaną przez odwołującego i wyliczoną przez zamawiającego. Co ważne, problem ten został również całkowicie zmarginalizowany w złożonym odwołaniu. W tym zakresie odwołujący ograniczył się wyłącznie do ogólnych sformułowań i oświadczeń, które jednak nie znajdują potwierdzenia w przeprowadzonych przez zamawiającego analizach. Odwołujący pomimo iż posiadał opracowany przez zamawianego otwarty arkusz analizy kosztów, w żaden sposób nie wykazał w dokonanych tam wyliczeniach istnienia błędów logicznych bądź matematycznych i co ważniejsze nie dokonał jego korekty, w celu potwierdzenia deklarowanego poziomu kosztów bezpośrednich.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 1 marca 2024 r.-w aktach sprawy

Dodatkowo wskazać należy, że ustalona przez zamawiającego różnica w kosztach bezpośrednich budowy w wysokości 2 286 502,44 zł przewyższa kwotę założonego przez Odwołującego zysku (1 178 884 zł) oraz kwoty rezerwy na roboty nieprzewidziane (469 078,00 zł) i nawet gdyby odwołujący pokrył wskazywaną przez zamawiającego różnicę w kosztach w całości z ww. kwot, to nadal będziemy mieli do czynienia z potencjalną stratą na poziomie 638 540,44 zł. Nie można pominąć również, że w wyjaśnieniach z dnia 21 lutego 2024 r. odwołujący potwierdził, że zgodnie z PFU pkt 2.6.1 uwzględniono w ofercie odpowiednią powierzchnię tj. minimalną powierzchnię ogrodu wertykalnego, która wynosi 300 m², ale nie dokonał w tym zakresie stosownego przeliczenia kosztów. Skorygowanie kalkulacji o dodatkowe 150m² ogrodu wertykalnego zwiększa koszty bezpośrednie o dodatkowe 600 000,00 zł, a w konsekwencji powiększa opisaną powyżej potencjalną stratą do wysokości 1 238 540,44 zł.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Złożone przez odwołującego wyjaśnienia (ich zakres i szczegółowość), nie pozwalają na potwierdzenie, że odwołujący w sposób prawidłowy skalkulował cenę oferty.

Przedstawione przez odwołującego kalkulacje i dowody nie potwierdzają, że skalkulowana cena ofertowa zawiera wszelkie koszty jakie należało uwzględnić. Przepisy Pzp nie określają katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza argumentację przedstawioną w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny przy dokonywanej przez zamawiającego ocenie.

W niniejszej sprawie najistotniejsze wątpliwości dotyczyły wykazanej w zestawieniu „Tabelarycznym zestawieniu pełnej kalkulacji ceny ofertowej” (załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 21; lutego 2024 r.) kosztów bezpośrednich budowy i braku ich potwierdzenia w przekazanych wcześniej ofertach cenowych potencjalnych podwykonawców. Nie bez znaczenia pozostają tu jednak również inne okoliczności kalkulacji ceny ofertowej jak np. wybiórcze przyjmowanie w kalkulacjach cen jednostkowych z różnych ofert podwykonawców, co może sprawiać wrażenie, że określone roboty budowlane realizowane będą jednocześnie przez kilku podwykonawców. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący nie chodzi tu o roboty betoniarskie, które faktycznie co do zasady mogą być realizowane przez kilka niezależnych podmiotów, ale np. o roboty drogowe, gdzie każdą z kolejnych warstw podbudowy Odwołujący kalkulował w oparciu o różne oferty. Powyższe podważa rzetelność sporządzonych kalkulacji i wskazuje na próbę sztucznego zaniżenia cen rynkowych określonych robót.

Zamawiający potwierdził swoje stanowisko w piśmie z dnia 16 maja 2024r., w którym w szczególności wskazał na tak istotne elementy braków w wycenie zamówienia przez odwołującego:

Zamawiający zaprzecza twierdzeniu Budimex S.A., że jego oświadczenia (twierdzenia) złożone w toku procedury badania rażąco niskiej ceny (dalej „RNC”) określonej przepisami art. 224 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn.zm.), zwanej dalej „Pzp” powinny być tak samo oceniane jak oświadczenia (twierdzenia) ERBUD S.A. („Erbud”) złożone w toku procedury wyjaśniania podmiotowych środków dowodowych określonej przepisem art. 128 ust. 4 Pzp. Ponieważ oświadczenia zostały złożone w ramach dwóch różnych procedur dlatego oświadczeniom tym należy nadać takie znaczenie jakie wynika z powołanych wyżej przepisów i stanowiska doktryny i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „KIO”).

Przy ocenie złożonych przez Budimex wyjaśnień w ramach procedury badania RNC nie można zapomnieć, że zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Budimex. W tym zakresie Zamawiający w pełni podziela stanowisko Erbud wyrażone w piśmie z dnia 9 maja 2024 r. i powołane tam orzecznictwo, które Zamawiający przyjmuje jako własne.

Wyjaśnienia składane przez Budimex w odpowiedzi na skierowane do niego wezwania nie mogą mieć charakteru ogólnikowego, ale muszą prowadzić do szczegółowego, konkretnego i rzeczywistego wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości. Twierdzenie to znajduje oparcie w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym „wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny uwzględniać oczekiwania zamawiającego w nim wskazane. Powinny być konkretne, wyczerpujące i w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, nadto wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno w szczególności wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności właściwe dla danego wykonawcy umożliwiły obniżenie ceny jego oferty, jakie oszczędności mógł dzięki nim osiągnąć” (tak KIO wyroku z dnia 10 lutego 2023 r., sygn. akt 193/23). Takie samo stanowisko zostało zaprezentowane w uzasadnieniu kolejnego wyroku KIO, w którym podkreślono, że „wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie takich składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami” (tak KIO w wyroku z dnia 9 listopada 2023 r., sygn. akt 3191/23).

Za niewypełniające dyspozycji art. 224 ust. 5 Pzp, jak również powołanego wyżej orzecznictwa, uznać należy treść pisma Budimex z dnia 21 lutego 2024 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 lutego 2024 r. W odniesieniu do wskazanych przez Zamawiającego elementów, Budimex w zakresie wyjaśnienia, czy oferta:

1)uwzględnienia wykonania wszystkich stropów, ścian fundamentowych i piwnicznych z betonu wodoszczelnego W8 - ograniczył się jedynie do potwierdzenia tej okoliczności nie wskazując w tym zakresie jakie koszty z tego tytułu uwzględnił w kalkulacji;

2)uwzględnienia minimalnej powierzchni ogrodu wertykalnego o powierzchni 300m² - ograniczył się jedynie do potwierdzenia tej okoliczności nie wskazując w tym zakresie jakie koszty z tego tytułu uwzględnił w kalkulacji;

3)uwzględnienia w ofercie dużych formatów luster wklejanych w płytki o szerokości wszystkich umywalk- ograniczył się jedynie do potwierdzenia tej okoliczności nie wskazując w tym zakresie jakie koszty z tego tytułu uwzględnił w kalkulacji;

4)wskazania w jaki sposób i w jakim stopniu przywołane w odpowiedzi stwierdzenie „dobra organizacja pracy, stosowane rozwiązania techniczne zwiększające wydajność, posiadana kadra i pracownicy” przekłada się na obniżenie kosztów wykonania zamówienia - ograniczył się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń nie wskazując w tym zakresie jakie koszty z tego tytułu uwzględnił w kalkulacji;

5)brakujących informacji na temat istotnych, określonych w programie funkcjonalno- użytkowym (dalej „PFU”) kosztów budowy, takich jak:

a)instalacja fotowoltaiczna, stacja ładowania samochodów elektrycznych, przyłączenia sieci zewnętrznych elektrycznych (uzgodnionych z gestorem sieci), w tym budowa stacji trafo - poprzestał na ogólnikowym stwierdzeniu, że „dokonał wyceny instalacji fotowoltaicznej, stacji ładowania samochodów elektrycznych oraz przyłączenia sieci zewnętrznych elektrycznych (uzgodnionych z gestorem sieci), w tym budowy stacji trafo w ramach robót elektrycznych, których koszty i podstawę wyceny Wykonawca zaprezentował w ramach pkt II wyjaśnień z dnia 05.02.2024 r. (Roboty elektryczne);

b)monitoring, zabezpieczenie i ewentualne naprawy sąsiednich budynków i budowli - poprzestał na stwierdzeniu, że „zostały natomiast uwzględnione w kosztach ogólnych budowy”.

W wyjaśnieniach tych Budimex nie wykazał stosownych pozycji kosztorysowych, kosztów tych realizacji ani tym bardziej ofert podwykonawców. Wykazany został jedynie koszt wykonania „zielonej ściany - ogrodu wertykalnego”, która przez podwykonawcę Budimex (firmę (...)) (nazwa ukryta z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa) - załączniki 36 i 37 do wyjaśnień z dnia 5 lutego 2024r.) została wyceniona dla powierzchni 308m², natomiast zgodnie z tabelą zawartą w części szczegółowej tych wyjaśnień przyjęto powierzchnię 150m². Wskazuje to, że realizując te zobowiązanie w wielkości zgodnej z PFU (min. 300m²) Odwołujący będzie musiał pokryć z własnych, nie wykazanych w wyjaśnieniach środków dodatkowy koszt ok. 600 tys. zł. Również budowa stacji TRAFO i montaż ładowarek samochodowych, które to pomimo znacznej wartości (łącznie powyżej 0.5 mln. zł), nie zostały ujawnione w wycenach i z uwagi na bardzo duży stopień ogólności kalkulacji robót elektrycznych powodują brak możliwości weryfikacji wycen przez Zamawiającego. Ta okoliczność dodatkowo podważa oświadczenia i wyjaśnienia składane przez Budimex w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Stanowisko Budimex prezentowane w trakcie rozprawy w odniesieniu do ściany zielonej (ogrodu wertykalnego) poddaje w wątpliwość rzetelność złożonych oświadczeń oraz przygotowania oferty. W szczególności chodzi tu o interpretację zapisów pkt. 2.6.1 PFU stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym „Minimalna powierzchnia ogrodu wertykalnego wynosi 300m² - które należy wliczyć do bilansu powierzchni biologicznie czynnej jako min. 150m² (50%). Prezentowana na rozprawie próba połączenia znaczeń tych dwóch, różnych co do istoty zagadnień (ogrodu zielonego jako instalacji na elewacji budynku oraz powierzchni biologicznie czynnej jako zagadnienia regulowanego przepisami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obszaru „Zabłocie - Zachód” przyjętego UCHWAŁĄ NR LV/1528/21 RADY MIASTA KRAKOWA z dnia 7 kwietnia 2021 r. w sprawie uchwalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obszaru „Zabłocie - Zachód” (Dziennik Urzędowy Województwa Małopolskiego z dnia 30 kwietnia 2021 r. poz. 2481 (dalej „MPZP”) oraz marginalizacja tego warunku i sprowadzanie tej instalacji do funkcji ozdoby, wskazuje na niedostateczne rozpoznanie warunku i zakresu niezbędnych do realizacji prac. Wykonanie ściany zielonej wynika z konieczności spełnienia warunku MPZP oraz narzuconego przez ten plan współczynnika zdefiniowanego jako „parametr, wyrażony jako procentowy udział powierzchni terenu biologicznie czynnego w powierzchni terenu działki budowlanej objętej projektem zagospodarowania terenu do decyzji o pozwoleniu na budowę albo zgłoszeniem” (§ 6 ust. 1 pkt 15 MPZP). Tak więc prezentowane na rozprawie stanowisko, zgodnie z którym Budimex deklaruje wykonanie 150m² ściany zielonej prowadzi do podważenia zgodności oferty Budimex z PFU i jednocześnie poddaje w wątpliwość prawidłowość jego własnego oświadczenia złożonego w ramach wyjaśnień z dnia 21 lutego 2024r. (pkt 2).

Odnosząc się do zasadniczej części przeprowadzonej procedury badania RNC Zamawiający wykazał w trakcie rozprawy, że przedstawione przez Budimex wyjaśnienia z dnia 5 lutego 2024 r. są niespójne i nie wyjaśniają wątpliwości co do realności zaproponowanej ceny. Przedstawione przez Budimex wyjaśnienia, a w szczególności przedstawiona w części szczegółowej (str. 26 do 56) kalkulacja jest niespójna z „Tabelarycznym zestawieniem pełnej kalkulacji ceny ofertowej” stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 21 lutego 2024 r.

W odniesieniu do przedstawionych w ramach wyjaśnień z dnia 5 lutego 2024 r. wyliczeń, Zamawiający zwrócił również uwagę na inną istotną wątpliwość dotyczącą wyceny prac. W odniesieniu do określonych robót Budimex korzystał z cen z różnych ofert, zaniżając w ocenie Zamawiającego faktyczne koszty realizacji. Najbardziej rażące było np. kalkulowanie prac związanych z wykonaniem nawierzchni drogowych (pozycja 13.3), gdzie w odniesieniu do ściśle związanych ze sobą prac (wykonywania podsypki cementowo-piaskowej i układania na niej kostki) zastosowano ceny z dwóch niezależnych ofert: firmy (...) i firmy (...) (nazwy ukryte z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa). Podobne mechanizmy wyceny były stosowane również w odniesieniu np. do elewacji i obróbek z blachy CORTEN (pozycja 11). W tym zakresie Zamawiający zaprzecza twierdzeniu Budimex, jakoby takie działanie miało na celu optymalizację kosztów oraz było wyrazem gospodarności wykonawcy. W powyższym zakresie prace te tworzą nierozdzielalną całość, a podział ich na części mógłby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu robót oraz mógłby prowadzić do rozmycia odpowiedzialności wykonawców. Taki sposób wyceny podważa również realność zastosowanych składników cenotwórczych i może to być postrzegane jako próba sztucznego zaniżenia ceny. Jednocześnie odnosząc się do złożonego w trakcie rozprawy oświadczenia Budimex, jakoby na taki „podział” ofert uzyskał on zgodę podwykonawców stwierdzić należy, że jest ono gołosłowne i nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Zamawiający niezależnie od wyjaśnień Budimex zawartych w pismach z dnia 5 lutego 2024 r. oraz 21 lutego 2024 r. przeprowadził analizę rachunkową złożonych wyjaśnień, której efektem była załączona do wezwania Zamawiającego z dnia 26 lutego 2024 r. kalkulacja finansowa kosztów realizacji robót budowlanych. Podkreślić należy, że jest to ta część oferty, która w ponad 50% wpływa na zaoferowaną cenę. Zamawiający przekazał Budimex powyższą kalkulację również w formie otwartego arkusza kalkulacyjnego (załącznik do wezwania z dnia 22 lutego 2024 r.) z analizą kosztów, gdzie na podstawie umieszczonych w tym arkuszu formuł i opisów Budimex miał możliwość pełnej weryfikacji poprawności analizy Zamawiającego.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że z uwagi na fakt, że przedstawione w ramach wyjaśnień z dnia 5 lutego 2024 r. ceny jednostkowe zostały już obciążone przez Budimex narzutami, brak było możliwości prostego sprawdzenia przez porównanie cen jednostkowych (CJ) z tabeli i z załączonych ofert (załączniki od 1 do 90 do ww. wyjaśnień). Wobec powyższego Zamawiający działając z należytą starannością zastosował pracochłonną analizę i ustalił, że dla prac wymienionych w ww. wyjaśnieniach Budimex pod pozycją: 2. (zabezpieczenie wykopów-), 4. (izolacje stanu zero), 6. (dach pokrycie) 7. (roboty murowane i ściany działowe), 8.1 (posadzki), 12.1 (windy), 12.3 (wyposażenie Sali konferencyjnej) oraz 14 (zieleni) Odwołujący zastosował narzuty odpowiednio 8,41%, 41,91%, 18,23%, 26,45%, 8,40%, 41,62%, 14,44%, 15,81%. W pozostałym zakresie, z uwagi na stosowanie własnych kalkulacji i alokacji kosztów z różnych ofert, ustalenie narzutu na podstawie wyliczeń Budimex nie było możliwe. Dlatego Zamawiający ustalił średni

narzut zastosowany przez Budimex, który wynosi 21.9%, przy czym zauważalna jest tu prawidłowość, że im większa kwota określonego zakresu prac tym mniejszy narzut, co potwierdził w toku rozprawy również pełnomocnik Budimex. Stosując jednak zasadę obiektywizmu Zamawiający dla wszystkich pozycji postanowił przyjąć uśredniony (bardziej korzystny dla Odwołującego) współczynnik na poziomie 25%. Wyliczona w ten sposób wartość realizacji robót (bez narzutów) wynosi 46 912 268,44 zł i jest większa od przedstawionych w tabelarycznym zestawieniu pełnej kalkulacji kosztów bezpośrednich budowy (załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 21 lutego 2024 r.) w wysokości 44 625 766,00 zł o kwotę 2 286 502,44 zł.

W dniu 1 marca 2024 r. Zamawiający otrzymał od Budimex odpowiedź na wezwanie, w ramach której Budimex w sposób bardzo ogólnikowy potwierdził „prawidłowość dokonanej przez siebie wyceny”, nie odnosząc się jednak w żaden konkretny sposób do przeprowadzonej przez Zamawiającego kalkulacji finansowej kosztów realizacji robót budowlanych. Z całą pewnością za rzeczowe nie można uznać stanowiska Budimex, w którym informuje, „że przyjęte przez Wykonawcę narzuty są różne dla różnych pozycji, a podział kosztów ogólnych został przez Wykonawcę uwzględniony w różnych proporcjach, w zależności od rodzaju i skomplikowania prac(...)”. W ten sposób Budimex nie tylko nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego w zakresie zaoferowanej ceny, ale wręcz je spotęgował. Budimex nie odniósł się do przedawnionej kalkulacji, a co najistotniejsze, nie podważył w żaden konkretny sposób dokonanych przez Zamawiającego wyliczeń. Dlatego Zamawiający opierając się na przedłożonych przez Budimex wyjaśnieniach z dnia 5 lutego, 21 lutego i 1 marca 2024 r., w odpowiedzi na trzykrotne wezwanie do wyjaśnienia RNC stwierdził, że Budimex nie udowodnił, iż jego oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny i jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia straty na tym zamówieniu. Stwierdzenie, że złożone przez Budimex wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej ceny w ofercie, obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp. Zamawiający stanowisko to nadal podtrzymuje.

Ustalenie Zamawiającego, że przy zaoferowanej przez Budimex cenie nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia bez ponoszenia straty na tym zamówieniu jest zbieżne ze stanowiskiem Erbud, który podniósł, że analiza odtajnionej części wyjaśnień Budimex wskazuje na szereg braków, skutkujących zaniżeniem wartości zamówienia o ok. 10 599 420 zł netto. Stanowisko Erbud oraz przedłożone przez niego dowody potwierdzają wątpliwości co do realności zaproponowanej przez Budimex ceny. Potwierdzają one chociażby opisane wyżej zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące wyceny „zielonej ściany” oraz robót drogowych (zewnętrznych) i elewacyjnych. Podkreślenia wymaga również fakt, że o ile w odniesieniu do robót budowlanych Budimex przedstawił dość szczegółowe wyjaśnienia, to w stosunku do robót sanitarnych i elektrycznych były to wyłącznie zdawkowe informacje, w dużej mierze odwołujące się do własnych, niedostępnych Zamawiającemu kalkulacji. Analiza Erbud złożona jako dowód w sprawie, wskazująca na niedoszacowanie w tych branżach na kwoty odpowiednio 2 900 000 zł i 1 264 000 zł dodatkowo wzmacnia wątpliwości Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej zaproponowanej przez Odwołującego.

Działanie Zamawiającego w tym zakresie znajduje potwierdzenie również w orzecznictwie KIO. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28 października 2022 r. (sygn. akt KIO 2747/22) zamawiający nie może zastępować Wykonawcy w wykazywaniu, że cena jego oferty jest realna. To Wykonawca ma udowodnić realność oferowanej przez siebie ceny. Zamawiający nie może poszukiwać, czy domniemywać informacji w tym zakresie. Rolą Zamawiającego jest wyłącznie ocena przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień wraz z ewentualnymi dowodami, a nie wyręczanie Wykonawcy w wykazywaniu, że za podaną cenę można należycie wykonać zamówienie. Jeśli zatem Wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub udzieli wyjaśnień, w których nie udowodni, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia oferty.

Także w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 9 września 2022 r. (sygn. akt KIO 2200/22) podniesiono, że „Przepisy ustawy Pzp wskazują jednoznacznie, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy, który złożył ofertę z ceną budzącą wątpliwości. W przepisie mowa jest o „wykazaniu”, czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie Zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień Wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności Wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, Wykonawca winien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację prac, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe, koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem Wykonawcy

jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że Wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo przepisy Pzp wymagają, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji i zakładany zysk. Brak udzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień lub udzielenie wyjaśnień, w których wykonawca nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska, obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty. Tym samym od rzetelności wyjaśnień wykonawcy zależy jego dalszy udział w postępowaniu."

Mając na uwadze powyższe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdzając naruszeń Pzp wskazanych w odwołaniu, które miałyby wpływ na wynik postępowania, oddaliła odwołanie na mocy art. 554 ust.1 pkt 1) ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych.

Sygn. akt KIO 1347/24

Odwołanie A sp. z o.o. Strzelce Opolskie z dnia 19 kwietnia 2024r.

odwołanie wniesiono wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na rzekome nieprawidłowe zabezpieczenie wadium;
- uznania, że Erbud S. A. Warszawa („Erbud”) spełnia warunek udziału, o którym mowa w rozdziale IX ppkt 1.4 punkt a) i b) Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) i w konsekwencji tego zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót przez zastąpienie doświadczenia podmiotu trzeciego doświadczeniem innego podmiotu trzeciego bądź samodzielnie wykazanie się przez Erbud spełnieniem warunku udziału, o którym mowa w rozdziale IX ppkt 1.4 punkt a) i b) SWZ;
- zaniechania uznania, że doświadczenie p. M.B., który jako zasób własny udostępniony została przez podmiot trzeci - ATP Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - wykonawcom: Budimex S.A., PORR S.A., Warbud S.A. oraz RE-BA Sp. z o.o. - nie odpowiada wymogom Zamawiającego określonym dla osoby mającej zostać skierowaną do pełnienia funkcji projektanta/architekta, a omówionym w szczegółach w treści odwołania;

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w zw. z art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny („kc”) przez bezpodstawne uznanie, że odwołujący złożył nieprawidłowy dokument wadium niezabezpieczający oferty (lub też złożył go w sposób nieprawidłowy etc.) i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy przedłożony zamawiającemu dokument w postaci ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty wadium nr D4/1219/2024/00020/00 wraz z aneksem nr D4/1219/2024/0002/01 został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz zabezpieczal i zabezpiecza ofertę przez cały okres terminu związania oferty odwołującego, albowiem w treści wadium widnieje podpis przedstawiciela gwaranta, a tym samym w sposób jednoznaczny wyrażono wolę udzielenia wadium w postaci ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty, a ponadto brak jest przepisu, który zastrzega dla ww. czynności prawnej formę szczególną pod rygorem nieważności;

(2) art. 122 Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Erbud do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót oraz zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem bądź przez samodzielne wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, pomimo że przedstawione przez tego wykonawcę doświadczenie zawodowe nie potwierdza spełnienia warunków udziału, o których mowa w rozdziale IX p.pkt 1.4. pkt a) i b) SWZ, a zatem nie wykazał Erbud spełnienia ww. warunku;

(3) art. 122 Pzp oraz art. 112 Pzp przez zaniechanie uznania, że doświadczenie p. M.B., który jako zasób własny udostępniony został przez podmiot trzeci - ATP Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - wykonawcom: Budimex S.A., PORR S.A., Warbud S.A. oraz RE-BAU Sp. z o.o. - nie odpowiada wymogom zamawiającego określonym dla osob mającej zostać skierowaną do pełnienia funkcji projektanta/architekta, która to osoba winna spełniać oczekiwania zamawiającego wyrażone w treści warunku udziału, o którym mowa w IX pkt 1.4.2 SWZ, albowiem udostępniony ww.

wykonawcom potencjał w postaci osoby - p. M.B. i jego doświadczenia zawodowego zdobytego przy realizacji usługi opracowania dokumentacji projektowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej, tj. przy zadaniach:

-Galeria Krakowska oraz

-Centrum Handlowo-Usługowo-Rozrywkowe Wrocławia

nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem obiekty te nie są budynkami biurowo-konferencyjnymi (nie pełnią takiej funkcji), zaś są budynkami usługowo-handlowymi;

a w konsekwencji powyższego;

(1) art. 16 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) Pzp wniesiono o rozpatrzenie

i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

(2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;

(3) wezwanie wykonawcy Erbud do uzupełnienia wykazu robót w zakresie wykazania się spełnieniem warunku udziału o którym mowa w rozdziale IX pkt 1.4. p.pkt a) i b) SWZ;

w przypadku przywrócenia do postępowania oferty wykonawcy Budimex S.A.

(4) wezwanie wykonawcy Budimex S.A., do zastąpienia podmiotu trzeciego ATP Kraków Sp. z o.o. innym podmiotem lub samodzielnym wykazaniem się spełnieniem warunku udziału, o którym mowa w IX pkt 1.4.2 SWZ;

w każdym przypadku:

(5) wezwanie wykonawców PORR S.A., Warbud S.A. oraz RE-BAU Sp. z o.o. do zastąpienia podmiotu trzeciego ATP Kraków Sp. z o.o. innym podmiotem lub samodzielnym wykazaniem się spełnieniem warunku udziału, o którym mowa w IX pkt 1.4.2 SWZ;

(6) dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego

IV. Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

V. Na podstawie art. 573 Pzp wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazał na interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa. Gdyby bowiem zamawiający przeprowadził czynności podjęte w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp wówczas nie odrzuciłby oferty odwołującego. Zaś przy prawidłowej weryfikacji oferty złożonej przez Erbud, zamawiający doszedłby do przekonania, że wykonawca ten nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu i powinien co najmniej zostać wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Ewentualny brak wykazania takich warunków przy ponownym wezwaniu skutkować będzie odrzuceniem oferty Erbud. Mieć przy tym należy na względzie, że podobny los może spotkać innych wykonawców, których oferty nie zostały jeszcze odrzucone. Zamawiający zaniechał bowiem również weryfikacji udostępnionych wykonawcom zasobów tożsamego podmiotu trzeciego, co w rezultacie doprowadziło do utrzymania ofert tych wykonawców w postępowaniu. Już tylko to może wskazywać na konieczność odrzucenia ofert pozostałych oferentów (niezależnie od tego, że Zamawiający przewidział procedurę odwróconą). Gdyby więc Zamawiający przeprowadził wszystkie zarzucane mu czynności zgodnie z przepisami Pzp, wówczas odwołujący miałby realne szanse na wybór jego oferty jako najkorzystniejszą w postępowaniu. Ewentualnie, nie jest wykluczone, że uwzględnienie zarzutów odwołującego, wprost prowadzić będzie do wezwania pozostałych wykonawców do uzupełnienia dokumentów, co jeśli nie będzie miało miejsce z kolei doprowadzić do konieczności unieważnienia postępowania. Ponadto odwołujący wskazuje, iż w orzecznictwie lżby dostrzegalne jest również, że wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania, które zmierza do zapewnienia

prawidłowego toku postępowania. Tym samym odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Termin na wniesienie odwołania

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu została przekazana przez Zamawiającego w dniu 9 kwietnia 2024 r., co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 19 kwietnia 2024 r., tym samym odwołanie zostało złożone w ustawowym terminie.

Pozostałe wymogi formalne

Do odwołania załączono dowód wniesienia wpisu w wymaganej wysokości oraz potwierdzenie przekazania odwołania zamawiającemu.

uzasadnienie odwołania

I. Istotne dla sprawy elementy stanu faktycznego.

W toku postępowania termin składania ofert był kilkakrotnie zmieniany. Ostatecznym terminem składania ofert był 18 stycznia 2024 roku.

Na dzień składania ofert w postępowaniu wpłynęło 7 ofert.

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył dokument wadium - ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr D4/1219/2024/00020/00 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych, która określała okres ważności wadium od dnia 10 stycznia 2024 r. do 8 kwietnia 2024 roku.

Z uwagi na dynamiczne zmiany terminu składania oferty w postępowaniu (a co za tym idzie - terminu związania ofertą), odwołujący przedłożył również aneks do Wadium z dnia 16 stycznia 2024 r., którego ważność pokrywała się z ostatecznie uregulowanym terminem związania ofertą, tj. od 18 stycznia 2024 r. do 16 kwietnia 2024 roku („Wadium”).

W toku Postępowania Odwołujący uzyskał również aneks nr 2 do Wadium (z dnia 8 kwietnia 2024 r.), który wydłużał zabezpieczenie oferty do 30 maja 2024 r., oraz aneks nr 3 do Wadium (z dnia 12 kwietnia 2024 r.), który wydłużał zabezpieczenie oferty do 17 czerwca 2024 roku.

Po złożeniu ofert w postępowaniu odwołujący wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o dostęp do protokołu postępowania. Po uzyskaniu protokołu odwołujący powziął wiedzę o piśmie wykonawcy Erbud z dnia 30 stycznia 2024 r., w którym to piśmie Erbud zakwestionował złożone przez odwołującego wadium, podnosząc, że dokument nie został podpisany za pomocą ważnego i możliwego do zweryfikowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Odwołujący odniósł się do ujawnionego w protokołu pisma Erbud i pismem z dnia 13 lutego 2024 r. przedstawił zamawiającemu swoje stanowisko w zakresie prawidłowości wniesionego przez siebie wadium.

W rozdziale IX pkt 1.4 SWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. Zgodnie z pkt 1.4.1 wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni byli wykazać się następującym doświadczeniem zawodowym : wykażą się odpowiednią zdolnością techniczną, tj. zrealizowali w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

a) dwóch usług polegających na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m² każda, z pomieszczeniami archiwalnymi lub innymi z kontrolą jakości powietrza (temperatury i wilgotności) o powierzchni min. 300 m² każda,

b) jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m², na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków),

c) dwóch robót budowlanych polegających na budowie nowego budynku o funkcji biurowo- konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m² każdy.

W odniesieniu do personelu wykonawcy, zamawiający w tym samym rozdziale SWZ, w punkcie 1.4.2. wskazał wymogi dla osoby, która skierowana ma być do pełnienia funkcji projektanta/architekta :

1) co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji projektanta/architekta posiadającego uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą doświadczenie w realizacji co najmniej 2 usług w zakresie

opracowania dokumentacji projektowej budowy nowego budynku na funkcje biurowo konferencyjne o powierzchni użytkowej min. 2500 m² każda na terenie objętym ochroną konserwatorską (należy wskazać Inwestora, nazwę i adres inwestycji);

Jak zostanie wykazane, Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego jak również w sposób nieuprawniony dokonał wyboru oferty Erbud jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a ponadto nie dokonał pełnej oceny wszystkich ofert.

uzasadnienie prawne

Bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.

Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rzekomy brak prawidłowego zabezpieczenia oferty. W ocenie Zamawiającego, w związku z brakiem możliwości zweryfikowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego z jego strony („dokument nie jest podpisany za pomocą ważnego i możliwego do zweryfikowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego”) Zamawiający uznaje, że wadium w ogóle nie zostało wniesione lub też zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Co więcej, w ocenie odwołującego, zamawiający niesłusznie uznaje, że dokument wadium nie był (nie jest) podpisany za pomocą ważnego kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Dlatego uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego pozostaje z gruntu rzeczy nieprawidłowe.

Odnosząc się do powyższego, na wstępie ponownie należy podkreślić, że Zamawiający już tylko z powodu braku możliwości dokonania przez siebie weryfikacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego wywodzi, że wadium w ogóle nie zostało złożone lub też zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Takie stanowisko zostało wprost wyrażone w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, w której Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty A.

Tym samym dokument nie jest podpisany za pomocą ważnego i możliwego do zweryfikowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

W świetle powyższego, należy stwierdzić, że oferta złożona przez A. Sp. z o.o. nie jest zabezpieczona prawidłowo, w związku podlega ona odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli Wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioszek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W powyższym kontekście w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że obowiązek podpisania wadium (czy też gwarancji ubezpieczeniowej) kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie wynika z żadnego przepisu prawa, w tym prawa zamówień publicznych. Mimo tego, jak wynika z przywołanego uzasadnienia, zamawiający wprost wiąże z tą kwestią ważność wadium (stawia znak równości - brak kwalifikowanego podpisu elektronicznego = brak ważności wadium), co w ocenie odwołującego - jak zostanie wykazane poniżej - jest nieprawidłowe z punktu widzenia prawa.

Co przy tym ważne, kwalifikowany podpis elektroniczny, jak wynika z regulacji kodeksu cywilnego (art. 781 § 1 k.c.), który znajdzie zastosowanie w postępowaniu na zasadzie art. 8 ust. 1 Pzp, wymagany jest do zachowanie formy szczególnej jaką jest forma elektroniczna. Oznacza to również, że zamawiający uważa (faktycznie oczekuje), że wadium musi mieć formę elektroniczną, aby było ważne.

Według Odwołującego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Niebagatelne znaczenie w tym kontekście ma fakt, iż gwarancja ubezpieczeniowa (dopuszczona przez zamawiającego forma wadium) jest umową nienazwaną. Powyższe oznacza, że taki dokument nie jest uregulowany w przepisach prawa, które bezpośrednio by się do niej odnosiły. Jest to wprawdzie instytucja podobna (analogiczna) do gwarancji bankowej (jednej z dozwolonej form wadium). Niemniej jednak - jak zostanie poniżej zaprezentowane - słowo „podobna” jest kluczowe, albowiem pomimo podobieństw obu dokumentów, to wyłącznie dla gwarancji bankowej, z punktu widzenia przepisów prawa, ustawodawca przewidział rygor nieważności w przypadku niezachowania odpowiedniej formy tego dokumentu. Zgodnie bowiem z art. 81 § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe „Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności”.

W systemie prawa brak jest analogicznego przepisu odnoszącego się do gwarancji ubezpieczeniowej. Gdyby ustawodawca podobnie chciał uregulować kwestię gwarancji ubezpieczeniowej, tym bardziej gdy idzie o jej formę i konsekwencje, z pewnością by tak uczynił. Ze względu na to, że przepisy przewidujące konieczność zachowania formy szczególnej ograniczają autonomię podmiotów prawa cywilnego w odniesieniu do kształtowania formy czynności prawnych, nie mogą być one interpretowane rozszerzająco. Forma szczególna zwłaszcza pod rygorem nieważności,

musi być wymagana przez przepisy prawa lub wyraźnie wynikać z umowy.

Istotna z punktu widzenia powyższego jest okoliczność, iż przepisy prawa nie przewidują żadnej formy szczególnej (w tym formy elektronicznej), która musi być zachowana w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej, tym bardziej pod rygorem nieważności. W przypadku braku zastrzeżenia takiej formy w przepisach prawa, tym bardziej pod rygorem nieważności, brak jest podstaw do wymagania jej spełnienia. Tego natomiast, jak wskazano, oczekuje Zamawiający.

Powyższe zapatrywania w całości znajdują potwierdzenie w doktrynie i orzecznictwo sądów, w tym orzecznictwie Sądu Najwyższego. Jak wskazuje się bowiem, obowiązek zachowania formy szczególnej musi wynikać z wyraźnego przepisu ustawy lub postanowienia umowy i nie można kreować wymogu formalnego w drodze analogicznego stosowania przepisu odnoszącego się do innych czynności prawnych (zob. wyrok SN z 19.02.2002 r., IV CKN 784/00, OSNC 2003/1, poz. 14, z glosami J. Góreckiego, OSP 2003/1, poz. 4, oraz M. Warcińskiego, Rejent 2006/3, s. 148, i z omówieniem Z. Strusa, Palestra 2002/11-12, s. 183; wyrok SN z 21.11.2003 r., V CK 53/03, LEX nr 182110; wyrok SN z 10.06.2016 r., IV CSK 609/15, LEX nr 2109480, a także uzasadnienie uchwały SN z 9.12.2011 r., III CZP 79/11, OSNC 2012/6, poz. 74, i glosami K.P. Sokołowskiego, OSP 2013/3, poz. 30, M. Warcińskiego, OSP 2012/7-8, poz. 77, i M. Hejbudzkiego, Studia Prawnoustrojowe 2014/24, s. 303, oraz z omówieniem K. Osajdy, PPH 2012/4, s. 4, i K. Pałki, Forum Prawnicze 2012/2, s. 133).

Powyższe potwierdza także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, chociażby wyrok z dnia 1 kwietnia 2011 r., gdzie Izba wskazała, że: „Niemniej jednak nie zachowanie formy pisemnej w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej nie oznacza, że gwarancja ta jest nieważna. W myśl bowiem art. 73 § 1 k.c. jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Oznacza to, iż nieważność gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na nie zachowanie formy pisemnej miałaby miejsce wówczas, gdy - po pierwsze - konieczność zachowania formy pisemnej wynikałaby z przepisu ustawy oraz - po drugie - ustawa przewidywałaby rygor nieważności za nie zachowanie formy pisemnej dla tej czynności prawnej. Tymczasem, jak to już wyżej wskazano, żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych nie reguluje w żaden sposób formy gwarancji ubezpieczeniowej”. Podobne wnioski wyprowadziła Izba w wyroku z dnia 13 października 2020 r.: „Dla skuteczności zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nie jest wymagana żadna forma kwalifikowana. Dokument gwarancji stanowi dowód (potwierdzenie) zawarcia umowy, podlegający ocenie zgodnie z zasadami z art. 74 k.c.”. Co oczywiste, choć w powyższym mowa jest o formie pisemnej, słuszne konkluzje do jakich dochodzi Izba znajdują również zastosowanie do każdej formy szczególnej, w tym formy elektronicznej (która również musi być zastrzeżona ustawowo (1), pod rygorem nieważności (2)).

W konsekwencji, zgodnie z art. 607 kodeksu cywilnego, oświadczenie woli o udzieleniu gwarancji ubezpieczeniowej może być złożone w jakiegokolwiek formie, która dostatecznie ujawnia wolę podmiotu, który je składa, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli). Co przy tym ważne, powyższe pozostaje w pełni spójne z zaistniałym stanem faktycznym oraz wyrażoną (podwójnie) wolą Wystawcy. W treści Wadium Wystawca oznajmił bowiem, że w określonych przepisami prawa sytuacjach wypłaci Zamawiającemu sumę wadialną, a powyższe zostało dodatkowo potwierdzone odrębnym, skierowanym bezpośrednio do Zamawiającego oświadczeniem TUW z 8 lutego 2024 roku. Uwzględniając zatem treść przepisów prawa, brak jest podstaw do uchylenia się przez gwaranta od zapłaty wadium.

Powyższe powinno prowadzić więc do wniosku, iż wadium zostało złożone w formie prawidłowej - (i) jego treść zapewnia wypłatę środków nieodwołalnie i bezwarunkowo Zamawiającemu, (ii) dokument zabezpiecza interesy Zamawiającego, (iii) (ponadto) ważność i skuteczność dokumentu potwierdził Wystawca.

Odwołujący wskazuje, że czynność wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej obejmuje dwa elementy - ustanowienie gwarancji oraz przekazanie dokumentu gwarancji Zamawiającemu. Skuteczność wobec Zamawiającego uzyskują one dopiero po przekazaniu dokumentu Zamawiającemu. W analizowanym przypadku oba elementy ziszczy się - Odwołujący ustanowił bowiem gwarancję ubezpieczeniową, którą przedłożył wraz z ofertą Zamawiającemu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający oceniając okoliczności sprawy doszedł do zdecydowanie zbyt daleko idącej konkluzji i stracił z pola widzenia podstawowy cel, jakiemu wadium służy, a mianowicie - czy Zamawiający mógł w każdym momencie zaspokoić swoje roszczenia z wniesionego wadium. Odpowiedź na to pytanie jest twierdząca. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 kwietnia 2017 r.: „Prawidłowe zabezpieczenie wadium polega na istnieniu po stronie zamawiającego pewności, że w przypadkach określonych w ustawie, kwota wadium rzeczywiście zostanie zamawiającemu wypłacona”

Zamawiający cały okres związania ofertą, a nawet okres znacznie dłuższy, bo do 17 czerwca 2024 r., może zaspokoić

swoje ewentualne roszczenia z gwarancji wadialnej. Wystawione przez Wystawcę wadium jest dla Wystawcy wiążące i umożliwi w przyszłości Zamawiającemu dochodzenie roszczeń.

Jedynie w uzupełnieniu do powyższego warto wskazać na jeszcze kilka innych kwestii, które również przemawiają m.in. za tym, że Zamawiający powinien mieć pewność, co do możliwości skorzystania z wadium.

Po pierwsze, dokument wadium został podpisany, albo za pomocą ważnego kwalifikowanego podpisu elektronicznego, albo - ewentualnie - zaawansowanego podpisu elektronicznego, co potwierdza, iż wadium ma co najmniej postać elektroniczną.

Weryfikacja podpisu Pana P.J. (podpisującego aneks nr 1 do gwarancji wadialnej) dokonywana za pomocą aplikacji Szafir (dostarczanej przez Krajową Izbę Rozliczeniową) pozwala bowiem uznać, że Pan P.J. dysponował ważnym podpisem elektronicznym (wyposażonym w kwalifikowany certyfikat) w momencie składania podpisu na aneksie nr 1 (16 stycznia 2024 r.). Ważność tego podpisu, zgodnie z płynącymi z raportu informacjami, upływa w dniu 26 lipca 2025 r.:

Co więcej, z informacji jakie udało się obecnie pozyskać przez Odwołującego (które są nadal badane), wynika, iż złożony przez p. J. kwalifikowany podpis elektroniczny posiada cechy poprawnie złożonego podpisu. W świetle tego wątpliwe są już same wnioski Zamawiającego co do nieważności tego podpisu. W ocenie Odwołującego są one nieuprawnione.

Po drugie, niezależnie od powyższego podkreślenia wymaga, że wadium podpisane jest co najmniej zaawansowanym podpisem elektronicznym. Jak wynika bowiem z treści Rozporządzenia eIDAS, w tym art. 3 pkt 12, kwalifikowany podpis elektroniczny, z którym niewątpliwie mamy do czynienia (Zamawiający podważa jedynie jego ważność), oznacza zaawansowany podpis elektroniczny, który jest składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego i który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego. Każdy zatem kwalifikowany podpis elektroniczny (ważny czy nieważny) jest podpisem zaawansowanym, ale nie każdy podpis zaawansowany będzie podpisem kwalifikowanym. Takim będzie jedynie podpis z certyfikatem i innymi posiadanymi przez niego cechami.

Po trzecie, znaczenie w kontekście możliwości zaspokojenia się przez Zamawiającego, a także ważności przedłożonego Wadium, jak i ważności podpisu p. J., ma stanowisko samego wystawcy gwarancji - Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” z siedzibą w Warszawie („Wystawca”, „TUW”), które przedstawione zostało Zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert. W stanowisku tym Gwarant wprost wskazuje, iż wystawił Odwołującemu Wadium (w tym aneks nr 1, który uwzględniał okoliczność zmiany terminu składania ofert i terminu związania ofertą), który podpisany został kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez umocowaną od tego osobę. Co najistotniejsze - Wystawca wprost oświadczył, iż Wadium ma moc obowiązującą i beneficjent (Zamawiający) będzie mógł skorzystać ze wszystkich swoich uprawnień na podstawie tego dokumentu. Mimo problemów Zamawiającego z podpisem, Wystawca złożył jednoznaczne oświadczenie (kierowane bezpośrednio do Zamawiającego), że traktuje wystawione przez siebie Wadium (aneks nr 1) jako ważne i umożliwiające Zamawiającemu dochodzenie roszczeń.

Niniejszym Gwarant potwierdza, że wyżej wymieniony aneks do gwarancji:

1. został podpisany przez pracownika Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych P.J., zgodnie z umocowaniem, na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11.01.2024 r. (w załączeniu)
2. Został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym wydanym przez Centrum Kwalifikowane Eurocert dla P.J., ważnym od dnia 27.07.2023 r. do dnia 26.07.2025 r.
3. W związku z pkt 1 i 2 powyżej zobowiązanie Gwaranta, określone treścią gwarancji numer D4/1219/2024/00020/00 wraz z aneksem D4/1219/2024/00020/01 ma moc obowiązującą i Beneficjent gwarancji może skorzystać ze wszystkich swoich uprawnień wynikających z ww. gwarancji.

Już więc z tego względu uznać należy, iż czynność odrzucenia oferty Odwołującego była bezzasadna. Przedłożony Zamawiającemu dokument został więc podpisany przez uprawnioną do tego osobę, zaś względem Wystawcy okoliczność błędnej walidacji podpisu nie implikuje po jego stronie jakichkolwiek podstaw ku temu, by odmówić ważności wystawionego Wadium. Dokument ze swej istoty pozostaje ważny i spełnia swoją funkcję - tj. zabezpieczenia ofertę Odwołującego, a przede wszystkim - zabezpiecza interesy tj. zabezpieczenia ofertę Odwołującego, a przede wszystkim - zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Wobec powyższego, zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp było niezgodne, a przy tym wypaczało sens istoty wadium, tj. oferta Odwołującego została odrzucona pomimo, iż złożone wadium zabezpieczało interesy Zamawiającego i Zamawiający mógł w każdym momencie zaspokoić się z tak wniesionego wadium.

Brak spełnienia przez Erbud warunków udziału.

Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Erbud do uzupełnienia wykazu robót - niespełnienie przez Erbud warunku udziału, o którym mowa w rozdziale IX ppkt 1.4 pkt a) i b) SWZ.

Oprócz nieprawidłowych działań Zamawiającego odnoszących się do bezpośrednio do oferty Odwołującego, A. dostrzega również zaniechanie Zamawiającego w dokonaniu rzetelnego badania i oceny oferty wykonawcy Erbud. Powyższe doprowadziło do niezgodnego z przepisami Pzp wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Erbud nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, które określone zostały przez Zamawiającego w rozdziale IX ppkt 1.4 pkt a) i b) SWZ. W celu spełnienia powyższych warunków udziału Erbud posłużył się następującym doświadczeniem :

1) w ramach warunku udziału wskazanego w rozdziale IX ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.1 lit. a SWZ, poniższą usługę: Nazwa usługi projektowej: Budowa budynku biurowo-konferencyjnego z zapleczem magazynowo hotelowym w Glichowie B.W. – WILK STUDIO. Zakres prac obejmował opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej, z pomieszczeniami archiwalnymi, z kontrolą jakości powietrza powierzchnia użytkowa: ul. Czarnowiejska 49/3 2 866,4 m² Powierzchnia pomieszczeń archiwum z kontrolą jakości powietrza (temperatury i wilgotności) 355,9 m². luty 2019 - wrzesień 2019r. („Zadanie Glichów”);

2) w ramach warunku udziału wskazanego w rozdziale IX ust. 1 pkt 1.4 ppkt 1.4.1 lit. b SWZ, poniższą usługę:

KONSTAL sp. z o.o. Nazwa usługi projektowej: Budowa budynku biurowego w Krakowie przy ul. Dietla Zakres prac obejmował opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków). Powierzchnia Krasne- Lasocice 10234-620 Jodłownik Budynek znajduje się w obszarze układu urbanistycznego dawnej zabudowy Kazimierza w obrębie tzw. „Nowego Miasta” wraz z historycznymi przedmieściami: Łąka św. Sebastiana, Podbrzeziem oraz Polami Kazimierzowskimi, wpisanymi do rejestru A-1273/M z dnia 18.07.2011 oraz pomnika historii „Kraków- historyczny zespół miasta” zarządzeniem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 08.09.1994 r. użytkowa: 2 934,3 m² kwiecień 2020 - październik 2022r („Zadanie Dietla”).

Celem potwierdzenia rzetelnej realizacji ww. dokumentacji projektowo- kosztorysowych, Erbud przedłożył dwie referencje. Żadna z nich nie potwierdza jednak dysponowania przez Erbud doświadczeniem pozwalającym spełnić warunek udziału.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że w ramach realizacji niniejszego zamówienia, wybrany wykonawca będzie musiał zarówno opracować dokumentację projektową (projekt budowlany), jak i uzyskać ostateczną decyzję pozwolenia na budowę (do realizacji na etapie I). Dokonując wykładni i oceny warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający winien kierować się faktem, że rękojmię należytej realizacji zamówienia gwarantuje wykonawca, który już w przeszłości przygotował taką dokumentację, która uzyskała pozwolenie na budowę. Uzyskanie bowiem takiej decyzji jest niejako bezpośrednim potwierdzeniem, że sama dokumentacja została wykonana w sposób należyty, zgodnie i przy uwzględnieniu obowiązujących przepisów prawa. Analiza zadań, którymi legitymuje się Erbud w żadnym wypadku nie potwierdza powyższego.

W kontekście wykładni warunków udziału - a w szczególności postawionym wymogiem wykonania usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej - Odwołujący ma oczywiście świadomość, iż „dokumentacja projektowo-kosztorysowa” nie została wprost zdefiniowana przez Zamawiającego. Nie ulega jednak wątpliwości, iż pojęcie to nie może być traktowane w sposób nieograniczony. W zakresie wykładni powyższego pojęcia odwołać należy się do jej definicji legalnej zawartej w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. W treści § 4 pkt 1 ww. rozporządzenia ustawodawca wskazał na obligatoryjne elementy dokumentacji projektowo-kosztorysowej:

„Dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę albo zgłoszenie robót budowlanych, do którego dołącza się projekt budowlany zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane, składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;
- 2) projektu wykonawczego w zakresie, o którym mowa w § 5;
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6.”

Z kolei w § 3 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, doprecyzowano minimalny zakres, który musi spełniać projekt budowlany wchodzący w skład dokumentacji projektowej. Zgodnie z powyższą regulacją: „zakres projektu budowlanego uwzględnia stopień skomplikowania robót budowlanych, specyfikę i charakter obiektu budowlanego, warunki ochrony przeciwpożarowej, o których mowa w przepisach odrębnych, oraz w zależności od przeznaczenia projektowanego obiektu budowlanego - niezbędne warunki do korzystania z obiektu przez osoby ze szczególnymi potrzebami, o których mowa w ustawie z dnia 19 lipca 2019 r. o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami (Dz. U. z 2020 r. poz. 1062 oraz z 2022 r. poz. 975 i 1079)".

Biorąc pod uwagę powyższe, aby móc wykazać się odpowiednim doświadczeniem zawodowym - prawidłowym z punktu widzenia brzmienia warunków udziału oraz zakresem samego przedmiotu zamówienia - koniecznym było przedstawienie takich inwestycji (dokumentacji) w oparciu o które uzyskano pozwolenie na budowę. Tak jak wspomniano bowiem, Zamawiającemu z pewnością nie chodziło o opracowanie jakiegokolwiek dokumentacji (w tym błędnej, która następnie nie stała się podstawą realizacji robót), ale prawidłowej, zgodnej z przepisami prawa i uwzględniającej wszystkie wymogi z niej wynikające.

W zakresie Zadania Glichów, Odwołujący wskazuje, że z przedłożonych przez Erbud referencji nie wynika, jakoby budowa budynku biurowo-konferencyjnego z zapleczem magazynowo hotelowym w Glichowie została zrealizowana w oparciu o przygotowaną dokumentację projektowo-kosztorysową, na którą powołuje się Erbud. Jak wynika z rejestru pozwoleń na budowę w latach 2016-2024 nie uzyskano w ogóle pozwolenia na budowę takiego budynku. Nie sposób zatem utrzymywać, że dokumentacja projektowo-kosztorysowa powstała z dochowaniem zasad i reguł wymaganych przez Zamawiającego. Być może jest to dokumentacja, która co najwyżej „trafiła do szuflady”. Trudno zatem uznać, że została w sposób należyty i pożądaną zweryfikowana.

Za powyższym dodatkowo przemawia fakt, iż projekt ten nie widnieje w rejestrze pozwoleń na budowę dla lat 2016-2024, mimo, że Miejscowy Plan Zagospodarowania Przestrzennego z dn. 16 czerwca 2008 r. wraz z późniejszymi zmianami, nie zabrania powstania obiektu o przeznaczeniu konferencyjno - biurowym, jako budynku z nieuciążliwymi usługami komercyjnymi. Jednakże wszystkie budynki powstałe w ostatnich latach to budownictwo mieszkaniowe lub jednorodzinne.

Tym samym, nie sposób uznać by Zadanie Glichów mogło zostać uznane za spełniające warunek udziału w Postępowaniu, w sytuacji gdy w wyniku opracowanej dokumentacji nie doszło do uzyskania pozwolenia na budowę, a w rezultacie projekt nie został przy tym faktycznie zrealizowany.

Odnosnie zaś Zadania Dietla Odwołujący wskazuje, iż również w jego zakresie nie doszło do uzyskania pozwolenia na budowę.

Pozwolenie na budowę nowego budynku biurowego w Krakowie przy ul. Dietla 77 nie została do tej pory wydane (co wynika z rejestru pozwoleń na budowę w latach 2016-2024). Jedyne pozwolenia budowlane, które dotyczą prac budowlanych, obejmujących znajdujący się pod przedmiotowym adres obiekt, to dwa pozwolenia na prace budowlane (wniosek nr. AU-01-2.6740.2.80.2021 - decyzja pozytywna z dnia 2021.05.20 i AU-01-2.6740.2.142.2023 - w trakcie rozpatrywania) w istniejącym budynku wielorodzinnym kat. XIII (wymiana pokrycia dachowego, więźby dachowej i okien).

Odwołujący dostrzega również, że powierzchnia działki przy ul. Dietla 77 w Krakowie to 636 m² przy maksymalnej powierzchni zabudowy - 483 m². Z przedłożonych przez Erbud referencji wynika, że łączna powierzchnia użytkowa budynku wynosi 2 934.3 m². W związku z tym, ilość kondygnacji budynku, winna wynosić minimum siedem. Co do zasady, średnia wysokości kondygnacji brutto dla budynku biurowo- konferencyjnego wynosi 4 metry, co daje łączną wysokość obiektu będącego przedmiotem prac projektowo-kosztorysowych, na które powołuje się Erbud - 28 metrów.

Projekt budowlany wykonany w powyższy sposób w żadnym wypadku nie spełnia wymagań Zamawiającego wyrażonych treścią warunków udziału w Postępowaniu. Realizacja robót budowlanych w oparciu o niego, doprowadziłaby do naruszenie postanowień miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, zgodnie z którym, wysokość budynku m.in. przy ul. Dietla 77 w Krakowie nie może wynosić powyżej 24 metrów. Okoliczności te przeczą jakoby takie opracowanie mogło w ogóle powstać.

Co więcej, projekt budowlany dot. Inwestycji Dietla potencjalnie narusza postanowienia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, dotyczące ochrony obiektów zabytkowych wpisanych do Gminnej Ewidencji Zabytków.

Aktualnie przy ul. Dietla 77 w Krakowie znajduje się zabytkowa kamienica, co implikuje obowiązek uzyskania zgody na

dokonanie jej rozbiórki w Wydziale Architektury i Urbanistyki miasta Krakowa po uzgodnieniu z Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków. Słusznie należy uznać, że Zamawiający winien mieć do niej wgląd, oceniając spełnienie niniejszego warunku (przykładowo po uzyskaniu od inwestora). Jeśli natomiast - Erbud (jak i podmiot trzeci, na zasoby którego się powołuje) oraz Konstal sp. z o.o. owej zgody nie posiadają, to ponad wszelką wątpliwość, opracowany projekt projektowo-kosztorysowy nie dotyczy budowy nowego budynku - a co najwyżej - robót budowlanych przeprowadzanych w istniejącym już budynku. Jest to w sposób oczywisty niezgodne z warunkiem udziału.

W świetle powyższych ustaleń dojść należy do przekonania, iż Erbud nie wykazał się spełnieniem warunków udziału w Postępowaniu, zaś sam Zamawiający zaniechał prawidłowego i rzetelnego zbadania przedstawionego przez tego wykonawcę doświadczenia i w konsekwencji zaniechał wezwania Erbud do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wyrazu robót.

Osoba przedstawiona przez Budimex, Re-Bau, PORR oraz Warbud do pełnienia funkcji projektanta/architekta nie posiada wymaganego doświadczenia zawodowego

Wreszcie - nie sposób przejść obojętnie wobec akceptacji przez Zamawiającego doświadczenia zawodowego, które przedstawione zostało przez wykonawców: Budimex S.A., Re-Bau Sp. z o.o., PORR S.A. oraz Warbud S.A.

Odwolujący ma oczywiście świadomość, że oferta wykonawcy Budimex została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, niemniej jednak nie sposób pominąć, iż Zamawiający względem tego wykonawcy - ale również tych wskazanych powyżej - zbadać powinien doświadczenie podmiotu trzeciego, który udostępnił je wszystkim ww. wykonawcom. Jednocześnie Odwołujący musi mieć na uwadze, iż m.in. wykonawca Budimex może wnieść odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty z postępowania, które może doprowadzić do przywrócenia go do postępowania. Brak zaskarżenia zaniechań Zamawiającego względem tego wykonawcy, jak i pozostałych wykonawców i zaskarżenie takiej czynności na późniejszym etapie postępowania, oceniane może być jako spóźnione (wszak na obecnym etapie znane są Odwołującemu, przynajmniej w części, dokumenty pozostałych oferentów, w tym doświadczenia/ osoby, na które powołują się oni celem spełnienia warunku udziału).

Odwolujący dostrzega uchybienie Zamawiającego w dokładnym zbadaniu doświadczenia podmiotu trzeciego (ATP Kraków Sp. z o.o.), który udostępnił powyższym wykonawcom swoje zasoby w postaci udostępnienia osoby - p. M.B. - który skierowany miał zostać do pełnienia funkcji projektanta/architekta.

Osoba skierowana do pełnienia funkcji projektanta/architekta winna była legitymować się następującymi kwalifikacjami i doświadczeniem zawodowym :

a)Uprawnienia budowlane do projektowanie w specjalności architektonicznej bez ograniczeń;

b)Posiadanie zaświadczenie o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego;

c)Posiadanie doświadczenia zawodowego w realizacji co najmniej 2 usług w zakresie opracowania dokumentacji projektowej budowy:

-nowego budynku na funkcję biurowo-konferencyjnego;

-każdy o powierzchni użytkowej min. 2500 m²;

-każdy na terenie objętym ochroną konserwatorską.

Wskazani wyżej wykonawcy wraz z ofertą złożyli zobowiązanie ATP Kraków Sp. z o.o., w którym udostępniony został zasób w postaci p. Borkowskiego oraz jego doświadczenie, które miało odpowiadać postawionym wymogom w warunku udziału w Postępowaniu. Wśród udostępnionego doświadczenia znalazło się doświadczenie zdobyte przy opracowaniu dokumentacji projektowej:

1) Galerii Krakowskiej

- Galeria Krakowska o powierzchni użytkowej ok. 130 000,00 m² - w tym część biurowa i konferencyjna ok. 4 188,00 m² - ul. Pawia 5, 31-154 Kraków - realizacja projektu w okresie od 2003 do 2006 - obiekt na terenie objętym ochroną konserwatorską na podstawie wpisu do Małopolskiego Rejestru Zabytków pod nr A-648 jako historyczny zespół urbanistyczno-architektoniczny Kleparza - nazwa i adres inwestora: Tishman Speier Properties Polska Sp. z o. o., Al. Ujazdowskie 13, 00-567 Warszawa oraz ECE Projektmanagement Polska Sp. z o.o., ul. Ciasna 6, 00-232 Warszawa;

oraz

2) Centrum handlowo-usługowo rozrywkowe Wrocławia:

- Centrum handlowo-usługowo-rozrywkowe Wrocławia o powierzchni użytkowej 173 568,00 m² z częścią biurową i konferencyjną o powierzchni użytkowej ok. 7 000 m² - ul. Sucha 1, 50-086 Wrocław - realizacja projektu w okresie od 2012 do 2017 - obiekt na terenie wrocławskiej dzielnicy Krzyki, objętej obszarowo ochroną konserwatorską na podstawie wpisu do Gminnej Ewidencji Zabytków Zarządzeniem Prezydenta Wrocławia nr 12549/14 z 24-11-2014 - nazwa i adres inwestora: Wood Sp. z o. o., część Unibail Rodamco Group, ul. Złota 59, 11-120 Warszawa.

W ocenie Odwołującego nie sposób uznać powyżej wskazane (udostępnione) doświadczenie p. Borkowskiego jako spełniające wymogi Zamawiającego.

Przede wszystkim, to czego zdaje się nie dostrzegać Zamawiający, to fakt, iż obie inwestycje nie są budynkami o funkcji biurowo-konferencyjnej. Nie sposób akceptować doświadczenia, które jednoznacznie wskazuje, iż funkcja obu budynków jest zgoła odmienna, a mianowicie - budynki te mają funkcję usługowo-handlową.

W odniesieniu do budynku wskazanego w ppkt 1) - tj. Galerii Krakowskiej - wskazać należy, że budynek ten należy do kategorii XVII budynków, do której zaliczamy: budynki handlu, gastronomii i usług, jak: sklepy, centra handlowe, domy towarowe, hale targowe, restauracje, bary, kasyna, dyskoteki, warsztaty rzemieślnicze, stacje obsługi pojazdów, myjnie samochodowe, garaże powyżej dwóch stanowisk, budynki dworcowe. Bynajmniej nie są to zatem budynki biurowe, czy też z przeznaczeniem na potrzeby konferencyjne.

Budynek został również zakwalifikowany do klasy PKOB1230 tj. - Budynki handlowo - usługowe, która obejmuje: centra handlowe, domy towarowe, samodzielne sklepy i butiki, hale używane do targów, aukcji i wystaw, targowiska pod dachem, stacje paliw, stacje obsługi, apteki itp. Zatem podstawową funkcją budynku jest funkcja handlowo-usługowa, a nie funkcja biurowo-konferencyjna. Wskazują na to zarówno klasa PKOB, jak i kategoria budynku. Nie jest to zatem budynek biurowo-konferencyjny a usługowo-handlowy.

Nie można przejść też obojętnie wobec tego, iż część biurowo-konferencyjna budynku Galeria Krakowska stanowi zaledwie 3 % powierzchni całego obiektu. Trudno w takim wypadku mówić, o zdobyciu doświadczenia w budowie nowego budynku biurowo-konferencyjnego, skoro jego znaczącą część (97%) przeznaczona jest do zgoła odmiennych funkcji.

Do analogicznych wniosków dojść należy w zakresie budynku wskazanego w ppkt 2), tj. Centrum handlowo-usługowo-rozrywkowe Wrocławia. Również i ten budynek nie spełnia wymogu w postaci budynku biurowo-konferencyjnego. Budynek ten należy do kategorii XVII budynków, do której zalicza się: budynki handlu, gastronomii i usług, jak: sklepy, centra handlowe, domy towarowe, hale targowe, restauracje, bary, kasyna, dyskoteki, warsztaty rzemieślnicze, stacje obsługi pojazdów, myjnie samochodowe, garaże powyżej dwóch stanowisk, budynki dworcowe.

Budynek należy zakwalifikować do klasy PKOB 1230, tj. Budynki handlowo - usługowe, która obejmuje: centra handlowe, domy towarowe, samodzielne sklepy i butiki, hale używane do targów, aukcji i wystaw, targowiska pod dachem, stacje paliw, stacje obsługi, apteki itp. Zatem podstawową funkcją budynku jest funkcja handlowo-usługowa, a nie funkcja biurowo-konferencyjna. Wskazują na to zarówno klasa PKOB, jak i kategoria budynku. Nie jest to zatem budynek biurowo- konferencyjny a usługowo-handlowy.

Również w odniesieniu do tego obiektu nie sposób przejść obojętnie wobec faktu, iż powierzchnia biurowo-konferencyjna zajmuje zaledwie 4% powierzchni całego centrum handlowego. Już takie zestawienie daje oczywistą konkluzję, iż p. Borkowski nie nabył doświadczenia polegającego na wykonaniu dokumentacji projektowej obiektu biurowo-konferencyjnego.

Podkreślenia wymaga, że choćby zgodnie z PKOB budynki biurowe i handlowe należą do zupełnie innych grup czy klas obiektów:

W kontekście obu obiektów podkreślić należy, iż ich przeważającą funkcją jest funkcja usługowo-handlowa, natomiast przez główną funkcję budynku rozumie się sposób użytkowania w przeważającej, pod względem powierzchni użytkowej, części tego budynku.

Badanie przynależności budynku do określonej kategorii należy odnieść do głównej funkcji, jaką sprawuje budynek. Zgodnie z w pkt 5 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB „Wskazówki dotyczące klasyfikowania obiektów budowlanych”: „W przypadku obiektów budowlanych użytkowanych lub przeznaczonych do wielu celów (np. budynek mieszkalny będący jednocześnie hotelem i biurem) klasyfikuje się je w jednej pozycji, zgodnie z ich głównym użytkowaniem. Główne użytkowanie powinno być określane następująco:

-należy określić jaki procent całkowitej powierzchni użytkowej przeznaczony jest na różne cele, zgodnie z grupowaniami klasyfikacji - na najbardziej szczegółowym poziomie.

-następnie obiekt budowlany klasyfikowany jest zgodnie z metodą "góra - dół": najpierw określa się sekcję -1 cyfra (budynek lub obiekt inżynierii lądowej i wodnej), następnie dział na poziomie 2 znaków (budynek mieszkalny, budynek niemieszkalny, infrastruktura transportu, itp.) najbardziej znaczący w ramach sekcji, następnie grupę (3 cyfry) najważniejszą w ramach działu, klasę (4 cyfry) mającą największy udział w powierzchni użytkowej w ramach grupy".

Także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dostrzega się, że pod uwagę należy brać przede wszystkim główną funkcję, jaką pełnią dane obiekty/ budynki. Gdyby bowiem podchodzić inaczej, np. supermarket, który przecież również posiada mniejsze czy większe biuro, uznawany byłby za budynek biurowy, co w sposób oczywisty jest niezgodne z jego przeznaczeniem

Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że kwestię przynależności budynku do określonej kategorii ustala się w oparciu o jego dominujący sposób użytkowania (jego dominujące przeznaczenie).Skoro zatem część biurowo-konferencyjna obu obiektów stanowi zaledwie kilka procent powierzchni całego obiektu, to uznać należy, że oba obiekty nie spełniające postawionego przez Zamawiającego warunku udziału odnoszącego się do doświadczenia projektanta/architekta. Odwołujący z wyżej opisanych względów odwołanie wnosi o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Sygn. akt KIO 1347/24

Zarówno zamawiający jak i przystępujący po jego stronie w tym ERBUD złożyli odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przy czym zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie zaprzecza wszystkim twierdzeniom odwołującego, które w sposób wyraźny nie zostały przyznane w odpowiedzi na odwołanie.

Izba podziela przedstawioną argumentację zamawiającego oraz przystępujących i oddala odwołanie w całości, na podstawie dokonanych ustaleń w związku z przeprowadzonym postępowaniem dowodowym obejmującym dokumentację przekazaną do akt sprawy przez zamawiającego odnoszącą się do przedstawionych zarzutów odwołania jak i dowodów złożonych na rozprawie w tym wyjaśnień SWZ z dnia 12.10.23r., 30.10.23r. i 09.11.23r., przykładowych kart tytułowych projektów budowlanych, opinii z 18.04.24 biegłego Piotra Rzuchowskiego w zakresie przyczyn braku możliwości zweryfikowania złożenia podpisu na gwarancji ubezpieczeniowej).

Odwołaniem Odwołujący objął czynności i zaniechania w odniesieniu do:

1)odrzucenia oferty Odwołującego;

2)uznania, że oferta Erbud S.A. („Erbud”) spełnia warunek udziału, o którym mowa w rozdziale IX ppkt 1.4 lit. a) i b) Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) i w konsekwencji tego zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót przez zastąpienie doświadczenia podmiotu trzeciego doświadczeniem innego podmiotu trzeciego bądź samodzielnie wykazanie się przez Erbud spełnieniem warunku udziału, o którym mowa w rozdziale IX ppkt 1.4 lit. a) i b) SWZ;

3)zaniechania uznania, że doświadczenie p. M.B., który jako zasób własny udostępniony został przez podmiot trzeci - ATP Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - wykonawcom: Budimex S.A., PORR S.A., Warbud S.A. oraz RE-Bau s.r.l. z o.o. - nie odpowiada wymogom Zamawiającego określonym dla osoby mającej zostać skierowaną do pełnienia funkcji projektanta/architekta

Wskazując na powyższe działania i zaniechania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w zw. z art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny („kc”) przez bezpodstawne uznanie, że Odwołujący złożył nieprawidłowy dokument wadium niezabezpieczający oferty (lub też złożył go w sposób nieprawidłowy) i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy przedłożony Zamawiającemu dokument w postaci Ubezpieczeniowej Gwarancji Zapłaty wadium nr - D4/1219/2024/00020/00 wraz z aneksem nr D4/1219/2024/0002/01 został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym oraz zabezpieczal i zabezpiecza ofertę przez cały okres terminu związania oferty Odwołującego, albowiem w treści wadium widnieje podpis przedstawiciela gwaranta, a tym samym w sposób jednoznaczny wyrażono wolę udzielenia wadium w postaci ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty, a ponadto brak jest przepisu, który zastrzega dla ww. czynności prawnej formę szczególną pod rygorem nieważności,

2) art. 122 Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Erbud do uzupełnienia

podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót oraz zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem bądź przez samodzielne wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu, pomimo że przedstawione przez tego wykonawcę doświadczenie zawodowe nie potwierdza spełnienia warunków udziału, o których mowa w rozdziale IX ppkt 1.4. pkt a) i b) SWZ, a zatem nie wykazał Erbud spełnienia ww. warunku,

3) art. 122 Pzp oraz art. 112 Pzp przez zaniechania uznania, iż doświadczenie p. M.B., który jako zasób własny udostępniony została przez podmiot trzeci - ATP Kraków Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - wykonawcom: Budimex S.A., PORR S.A., Warbud S.A. oraz RE-BAU Sp. z o.o. - nie odpowiada wymogom Zamawiającego określonym dla osob mającej zostać skierowaną do pełnienia funkcji projektanta/architekta, która to osoba winna spełniać oczekiwania Zamawiającego wyrażone w treści warunku udziału, o którym mowa w IX pkt 1.4.2 SWZ, albowiem udostępniony ww. wykonawcom potencjał w postaci osoby - p. M.B. i jego doświadczenia zawodowego zdobytego przy realizacji usługi opracowania dokumentacji projektowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej, tj. przy zadaniach:

-Galeria Krakowska oraz

-Centrum handlowo-usługowo-rozrywkowe Wrocławia

nie potwierdza spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, albowiem obiekty te nie są budynkami biurowo-konferencyjnymi (nie pełnią takiej funkcji), zaś są budynkami usługowo- handlowymi;

a w konsekwencji powyższego;

4) art. 16 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystość

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3)wezwanie wykonawcy Erbud do uzupełnienia wykazu robót w zakresie wykazania się spełnieniem warunku udziału, o którym mowa w rozdziale IX ppkt 1.4. pkt a) i b) SWZ;

w przypadku przywrócenia do postępowania oferty wykonawcy Budimex S.A.

4)wezwanie wykonawcy Budimex S.A., do zastąpienia podmiotu trzeciego ATP Kraków Sp. z o.o. innym podmiotem lub samodzielnym wykazaniem się spełnieniem warunku udziału, o którym mowa w IX pkt 1.4.2 SWZ;

w każdym przypadku:

5)wezwanie wykonawców PORR S.A., Warbud S.A. oraz RE-BAU Sp. z o.o. do zastąpienia podmiotu trzeciego ATF Kraków Sp. z o.o. innym podmiotem lub samodzielnym wykazaniem się spełnieniem warunku udziału, o którym mowa w IX pkt 1.4.2 SWZ;

6)dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił:

1)Erbud S.A. w dniu 25 kwietnia 2024 r. - po stronie Zamawiającego;

2)RE-Bau sp. z o.o. w dniu 25 kwietnia 2024 r. - po stronie Zamawiającego.

Określając wymagania dotyczące wadium Zamawiający ustalił, że „W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia, Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej, zaopatrzonej w kwalifikowany podpis elektroniczny pracownika instytucji udzielającej tego poręczenia lub gwarancji, który upoważniony jest do sporządzenia tego dokumentu” (rozdział XV pkt 3 SWZ).

Treść warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w rozdziale IX pkt 1.4.1 i 1.4.2 ppkt 1 została ustalona pismem Zamawiającego z dnia 12 października 2023 r. przez nadanie:

1) pkt 1.4.1 brzmienia:

„1.4.1 wykażą się odpowiednią zdolnością techniczną, tj. zrealizowali w okresie ostatnich 7 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej:

a)dwóch usług polegających na opracowaniu dokumentacji projektowo- kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji

biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m2 każda, z pomieszczeniami archiwalnymi lub innymi z kontrolą jakości powietrza (temperatury i wilgotności) o powierzchni min. 300 m2 każda,

b) jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m2, na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków),

c) dwóch robót budowlanych polegających na budowie nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m2 każdy."

2) w pkt 1.4.2 ppkt 1 brzmienia :

„1) co najmniej jedną osobą przewidzianą do pełnienia funkcji projektanta/architekta posiadającego uprawnienia do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą doświadczenie w realizacji co najmniej 2 usług w zakresie opracowania dokumentacji projektowej budowy nowego budynku na funkcje biurowo konferencyjne o powierzchni użytkowej min. 2500 m2 każda na terenie objętym ochroną konserwatorską (należy wskazać Inwestora, nazwę i adres inwestycji);”.

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków wykonawca zgodnie z rozdziałem XI

SWZ był zobowiązany do złożenia wykazu:

1) zrealizowanych zamówień, o których mowa w rozdziale IX w pkt 1.4.1 SWZ, wraz z podaniem powierzchni użytkowej, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których zamówienia zostały wykonane oraz dowodów, czy zostały wykonane należycie (według załącznika nr 3 do SWZ), przy czym dowodami tymi mogły być referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmioty, na rzecz których usługi były wykonane (...) a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy (pkt 1.5);

2) wykazu zawierającego listę osób, o których mowa w rozdziale IX pkt 1.4.2 SWZ, które będą skierowane przez Wykonawcę do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich doświadczenia zawodowego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami (wg załącznika nr 12 do SWZ) (pkt 1.6).

Termin składania ofert oraz termin związania ofertą były kilkukrotnie modyfikowane. Ostatecznie termin składania ofert został ustalony na dzień 18 stycznia 2024 r. a termin związania ofertą został ustalony na dzień 16 kwietnia 2024 r., o czym wykonawcy zostali poinformowani pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. 2023 r. (znak BAG-V4-280-108 (30)/23).

Dowód: pismo z dnia 9 stycznia 2024 r. (znak BAG-V4-280-108 (30)/23) — w aktach sprawy

7. W postępowaniu oferty złożone zostały przez:

1) Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa;

2) PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa;

3) Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa;

4) A. Sp. z o.o., ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie;

5) Erbud S.A., ul. Klimczaka 1, 02-797 Warszawa;

6) RE-Bau Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 19, 30-150 Kraków;

7) DEKPOL Budownictwo Sp. z o.o., ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyna.

Odwolujący wraz z ofertą przedłożył ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium nr D4/1219/2024/00020/00 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW”, która określała okres ważności wadium od dnia 10 stycznia 2024 r. do 8 kwietnia 2024 r. Gwarancję podpisał M.M.. Wraz z ubezpieczeniową gwarancją zapłaty wadium został złożony aneks z dnia 16 stycznia 2024 r. D4/1219/2024/00020/01, na wydruku którego znajduje się informacja „Elektronicznie podpisany przez P.J.". W treści aneksu wskazano, że ważność gwarancji została ustalona na okres od 18 stycznia 2024 r. do 16 kwietnia 2024 r.

W dniu 9 kwietnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Erbud. Jednocześnie Zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. Uzasadniając odrzucenie oferty Zamawiający wskazał, że podczas dokonywania weryfikacji czy aneks jest

podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, za pośrednictwem czterech następujących narzędzi: www.weryfikacjapodpisu.pl; KIR Szafir elektronicznypodpis.pl;

<https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/DSS/webapp-demo/validation> oraz

<https://puesc.gov.pl/wer/>; pozyskano informacje, że każda z weryfikacji ma wynik negatywny. Tym samym dokument nie jest podpisany za pomocą ważnego i możliwego do zweryfikowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Izba w wyniku rozpoznania odwołania, przeprowadzenia postępowania dowodowego na podstawie dokumentacji zamawiającej przekazanej do akt sprawy, oddaliła odwołanie.

Co do odrzucenia oferty Odwołującego, wbrew twierdzeniu Odwołującego uznanie przez Zamawiającego, że złożona oferta jest niezabezpieczona wadium znajduje oparcie w postanowieniach SWZ oraz przepisach Pzp.

Poza sporem w niniejszej sprawie jest to, że wadium powinno zostać wniesione na okres od dnia 18 stycznia 2024 r. (termin składania ofert) do dnia 16 kwietnia 2024 r. (termin związania ofertą). Poza sporem jest również to, że do oferty powinien być załączony oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, a sama gwarancja powinna być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pracownika instytucji udzielającej gwarancji, który jest upoważniony do sporządzenia dokumentu.

Dla oceny prawidłowości wniesienia wadium nie ma znaczenia jaki charakter ma umowa gwarancji ubezpieczeniowej oraz czy w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej mamy do czynienia z formą szczególną pod rygorem nieważności.

Zamawiający dokonując prawidłowości wniesionego wadium przede wszystkim był związany postanowieniami SWZ, w których określił w precyzyjnie jak ma być wniesione wadium w przypadku gdy ma ona formę gwarancji ubezpieczeniowej. W rozdziale XV pkt 3 SWZ w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości zostało wskazane, że „W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia, Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej, zaopatrzonej w kwalifikowany podpis elektroniczny pracownika instytucji udzielającej tego poręczenia lub gwarancji, który upoważniony jest do sporządzenia tego dokumentu”. Dokonując oceny prawidłowości wniesionego wadium Zamawiający związany był również przepisami Pzp, które jednoznacznie określają, że jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji w postaci elektronicznej (art. 97 ust. 10 Pzp).

Odwołujący w postępowaniu jako formę zabezpieczenia złożonej oferty wybrał wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący załączył niżej wymienione dokumenty, mające stanowić wadium w postępowaniu:

- 1) gwarancję zapłaty wadium nr D4/1219/2024/00020/00 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” z siedzibą w Warszawie, która określała okres ważności wadium od dnia 10 stycznia 2024 r. do 8 kwietnia 2024 r., którą podpisał M.M.,
- 2) aneks z dnia 16 stycznia 2024 r. D4/1219/2024/00020/01, na wydruku którego znajduje się informacja „Elektronicznie podpisany przez P.J.”, w którym wskazano, że ważność gwarancji została ustalona na okres od 18 stycznia 2024 r. do 16 kwietnia 2024 r.

Weryfikacja podpisu na gwarancji zapłaty wadium wskazała, że dokument został podpisany w sposób prawidłowy. Natomiast weryfikacja aneksu nr 1 do gwarancji zapłaty wadium dokonana przy użyciu kilku narzędzi wykazała, że:

- 1) dokument nie jest podpisany - narzędzie dostępne na stronie <https://puesc.gov.pl/wer/>
- 2) podpis został zweryfikowany negatywnie - KIR Szafir elektronicznypodpis.pl,
- 3) brak podpisu - narzędzie dostępne na stronie www.weryfikacjapodpisu.pl
- 4) brak ważnych podpisów - <https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/DSS/webapp-demo/validation>.

Dowód: raporty z weryfikacji podpisu w aktach sprawy

Nie mógł być również przeprowadzony proces walidacji dokumentu przy wykorzystaniu świadczonych przez Asseco Data Systems S.A. usługi kwalifikowanej walidacji podpisu elektronicznego i pieczęci elektronicznej. Podjęta próba walidacji przy wykorzystaniu narzędzi udostępnionych przez wskazaną wyżej spółkę zakończyła się wygenerowaniem komunikatu „brak jest wymaganych danych wejściowych”.

Dowód: wydruk z raportu z walidacji podpisu przez Asseco Data Systems S.A.

Skutki braku możliwości zweryfikowania podpisu na dokumencie elektronicznym należy oceniać przy zastosowaniu

przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz.Urz. UE seria L 2014 Nr 257, str. 73 z późn.zm.) - dalej „eIDAS”. Zgodnie z art. 3 pkt 41 eIDAS walidacja oznacza proces weryfikacji i potwierdzenia ważności podpisu elektronicznego lub pieczęci. Proces walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego potwierdza ważność kwalifikowanego podpisu elektronicznego (art. 32 eIDAS), pod warunkiem że:

- a) certyfikat, który towarzyszy podpisowi, był w momencie składania podpisu kwalifikowanym certyfikatem podpisu elektronicznego zgodnym z załącznikiem i;
- b) kwalifikowany certyfikat został wydany przez kwalifikowanego dostawcę usług zaufania i był ważny w momencie składania podpisu;
- c) dane służące do walidacji podpisu odpowiadają danym dostarczonym stronie ufającej;
- d) unikalny zestaw danych reprezentujących podpisującego umieszczony w certyfikacie jest prawidłowo dostarczony stronie ufającej;
- e) jeżeli w momencie składania podpisu użyty został pseudonim, zostaje to wyraźnie wskazane stronie ufającej;
- f) podpis elektroniczny został złożony za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego;
- g) integralność podpisanych danych nie została naruszona;
- h) w momencie składania podpisu podpis:
 - jest unikalnie przyporządkowany podpisującemu,
 - umożliwia ustalenie tożsamości podpisującego,
 - jest składany przy użyciu danych służących do składania podpisu elektronicznego, których podpisujący może, z dużą dozą pewności użyć pod wyłączną swoją kontrolą, oraz jest powiązany z danymi podpisanymi w taki sposób, że każda późniejsza zmiana danych jest rozpoznawalna.

W świetle powołanych przepisów eIDAS walidacja podpisu elektronicznego jest możliwa tylko jeżeli dokument został opatrzony podpisem w sposób prawidłowy a co za tym idzie podpis jest autentyczny. A contrario jeżeli dokument nie został opatrzony podpisem elektronicznym w sposób prawidłowy nie jest możliwe przeprowadzenie w sposób prawidłowy procesu walidacji. W świetle komunikatów wygenerowanych przez narzędzia służące do weryfikacji (walidacji) kwalifikowanego podpisu elektronicznego uzasadnione jest stwierdzenie, że aneks nr 1 do gwarancji zapłaty wadium nie został podpisany w sposób prawidłowy kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub inaczej mówiąc podpis nie jest autentyczny. Tym samym dokument ten nie może wywołać skutków prawnych, jakie wiążą się ze złożeniem gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, tj. zabezpieczenia oferty wadium.

W tym miejscu podnieść należy, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu składania ofert (art.97 ust. 5 Pzp). Oznacza to, że dla skuteczności zabezpieczenia oferty wadium, wadium należy badać na dzień składania ofert. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej badaniu podlega czy została ona przekazana w oryginale, wysokość wadium, treść, moment wniesienia oraz okres zabezpieczenia oferty wadium. Uchybienie w zakresie któregośkolwiek z ww. elementów podlegających weryfikacji prowadzi do ustalenia, że wykonawca nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy. Przepisy Pzp nie przewidują przy tym narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium, jak również na wyjaśnienie wątpliwości dotyczących np. treści złożonego dokumentu gwarancji. Dlatego też bez znaczenia są przedłożone przez Odwołującego oświadczenia Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” złożone po otwarciu ofert a odnoszące się do aneksu nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej.

Wniesienie wadium powinno obejmować przekazanie dokumentu wadialnego w takiej formie, w jakiej został on wystawiony przez gwaranta, czyli w przypadku gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym wystawcy (gwaranta) (tak w wyroku KIO z 16.12.2019 r., sygn. akt KIO 2464/19). Dokumentem takim w niniejszej sprawie jest wyłącznie dokument gwarancji zapłaty wadium nr D4/1219/2024/00020/00 wystawiony przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW”, która określa okres ważności wadium od dnia 10 stycznia 2024 r. do 8 kwietnia 2024 r. i został podpisany przez Marcina Mateusza Kaźmierczaka.

Ponieważ przedłożona gwarancja ubezpieczeniowa zabezpieczała ofertę Odwołującego jedynie do dnia 8 kwietnia 2024 r., a nie do ostatniego dnia, do którego Odwołujący pozostawał związany ofertą, tj. do dnia 16 kwietnia 2024 r.,

Zamawiający stosowanie do dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp był obowiązany odrzucić ofertę Odwołującego.

Co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Erbud.

Erbud na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale IX pkt 1.4.1 przedłożył wykaz zrealizowanych zamówień, w którym wskazał usługi zrealizowane przez PPA Podczaszy Pracownia Architektoniczna sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (na zdolnościach tego podmiotu polega Erbud w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) na rzecz:

1) Zamawiającego oraz B.W. - Wilk Studio - jako spełnienie warunku obejmującego wykonanie dwóch usług polegających na opracowaniu dokumentacji projektowo - kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m² każda, z pomieszczeniami archiwalnymi lub innymi z kontrolą jakości powietrza (temperatury i wilgotności) o powierzchni min. 300 m² każda (lit. a);

2) Konstal sp. z o.o. z siedzibą w Krasne-Lasocice - jako spełnienie warunku obejmującego wykonanie jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo - kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m², na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków).

Do wykazu tego zostały dołączone referencje wystawione przez Zamawiającego, B.W.- Wilk Studio oraz Konstal sp. z o.o. potwierdzające, że usługi zostały wykonane należyście.

Dowód: wykaz zamówień załącznik nr 3-w aktach sprawy katalog 13. ERBUD.zip\ODPOWIEDZ NA WEZWANIE Z DN 06-03-2024.7z\Wykaz zamówień zał 3 + referencje\

Zamawiający badając doświadczenie Erbud szczegółowo przeanalizował przedłożone przez niego dokumenty i informacje i wobec powziętych wątpliwości skierował w dniu 26 marca 2024 r. wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie:

1) usługi zrealizowanej dla B.W. - potwierdzenia, że obejmowała również część kosztorysową;

2) usługi zrealizowanej dla KONSTAL sp. z o.o. - podania numeru działki, na której zlokalizowany jest budynek przy ul. Dietla w Krakowie oraz potwierdzenia, że obejmowała również część kosztorysową oraz dotyczyła budowy nowego budynku.

Erbud w wyjaśnieniach z dnia 2 kwietnia 2024 r. potwierdził, że wskazana dokumentacja w obu wskazanych wyżej usługach zawierała również część kosztorysową, a usługa zrealizowana dla KONSTAL sp. z o.o. dotyczyła nowego budynku zaprojektowanego na działkach ewidencyjnych nr 48 i 49 Obręb S-I 1 przy ul. J.D. w Krakowie.

Dowód: 1) pismo Zamawiającego z dnia 26 marca 2024 r.- w aktach sprawy katalog 13. ERBUD.zip

2) pismo Erbud z dnia 2 kwietnia 2024 r.-w aktach sprawy katalog 13. ERBUD.zip.

Po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający badając doświadczenie firmy Erbud szczegółowo przeanalizował warunki miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego obszaru „Kazimierz” uchwalonego uchwałą nr LXXXVTII/2145/17 Rady Miasta Krakowa z dnia 8 listopada 2017 r. (Dziennik Urzędowy Województwa Małopolskiego z 2017 r. poz. 7618) (dalej „MPZP”), dla działek nr 48 i 49 w obrębie S-I 1. Działki te są położone na terenie wchodzącym w skład układu urbanistycznego oraz zespołu zabudowy Kazimierza w obrębie tzw. „nowego miasta” wraz z historycznymi przedmieściami: Łąką Św. Sebastiana, Podbrzeziem oraz Polami Kazimierzowskimi wpisanym do rejestru zabytków nieruchomości województwa małopolskiego pod numerem rejestru AU273/M decyzja Małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Krakowie z dnia 18 lipca 2011 r.

Dowód: decyzja małopolskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Krakowie z dnia 18 lipca 2011 r. nr OZKr.DW.410-A-49/II

Powyższe dokumenty potwierdzają, że usługa wykonana na rzecz KONSTAL sp. z o.o. dotyczyła budynku zlokalizowanego na terenie objętym ochroną konserwatorską.

W tym miejscu podnieść należy, że powierzchnia działek nr 48 i 49 w obrębie S-I 1 wynosi łącznie 0,1131 ha (0,0636 ha dla działki nr 48 oraz 0,0495 ha dla działki nr 49) co stanowi łącznie 1131 m². Tym samym twierdzenia Odwołującego oparte wyłącznie na powierzchni działki nr 48 z pominięciem powierzchni działki nr 49 uznać należy za nie mające znaczenia w sprawie. Powierzchnia obu działek przy określonych z MPZP warunkach zabudowy pozwala zatem na realizację budynku o powierzchni użytkowej 2934 m², która przewyższa parametr wymagany przez Zamawiającego

Dowód: dane z geoportalu dla działek nr 48 i 49.

Wyjaśnienia Erbud z dnia 2 kwietnia 2024 r. są również zgodne MPZP zgodnie z którymi w odniesieniu do budynków frontowych istnieje możliwość prowadzenia robót budowlanych polegających na odbudowie, przebudowie (...), rozbudowie (...) i rozbiórce (...) pod warunkiem zgodności z ustaleniami planu (§ 7 ust. 2 pkt 1 MPZP), a teren na którym znajdują się działki może być zabudowany budynkami usługowymi (§ 26 ust. 1 MPZP). Zapisy MPZP dla wskazanych działek dopuszczają zatem rozbiórkę i budowę w tym miejscu nowej części budynku na przykład z pozostawieniem elewacji frontalnej, co akurat jest zjawiskiem spotykanym dość często na terenach objętych ochroną konserwatorską. MPZP dla wskazanych działek dopuszcza również zabudowę usługową, czyli taką jaką Zamawiający ma na swojej inwestycji. Dlatego brak jest podstaw, aby uznać iż oświadczenie Erbud w tym zakresie zawierało informacje nieprawdziwe, a tym samym aby podważyć doświadczenie oferenta. Powyższe przesądza również o tym, że brak było podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Erbud, gdyż spełniał on postawiony warunek udziału w postępowaniu (rozdział DC pkt 1.4.1 lit. b) obejmujący realizację jednej usługi polegającej na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy nowego budynku o funkcji biurowo-konferencyjnej o powierzchni użytkowej min. 2500 m², na terenie objętym ochroną konserwatorską (wpisanym do rejestru zabytków), co znalazło odzwierciedlenie w złożonym oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp oraz złożonych podmiotowych środkach dowodowych.

Za nieznajdujące oparcia w zapisach SWZ jak i przepisach prawa uznać należy stanowisko Odwołującego, jakoby złożone przez Erbud referencje powinny potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Istotą referencji jest potwierdzenie, że usługa wskazana w referencjach została wykonana należycie, natomiast badanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu należy prowadzić w oparciu o nie tylko o materiał dowodowy złożony przez Erbud, ale również w oparciu o dane dostępne w Internecie takie jak np. akty prawa miejscowego.

Za nieuprawnione uznać należy również twierdzenia Odwołującego, że opracowana dokumentacja projektowo-kosztorysowa opracowana dla B.W. oraz KONSTAL sp. z o.o. powinna być zweryfikowana poprzez wydanie ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę. Wymóg taki nie został zwarty w warunkach udziału w postępowaniu wskazanych rozdziale IX pkt 1.4.1 SWZ. Zamawiający również nie wymagał, aby budynek powstał na podstawie opracowanej dokumentacji projektowej, tak więc również ten argument Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zaniechanie badania doświadczenia P.M..

Postępowanie jest prowadzone w tzw. „procedurze odwróconej” zgodnie z art. 139 Pzp, w której najpierw bada się i ocenia oferty, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Za najkorzystniejszą ofertę na tym etapie postępowania została uznana oferta złożona przez Erbud i tylko w stosunku do tego podmiotu została dokonana kwalifikacja podmiotowa. Erbud nie wskazał wśród personelu, którym dysponowanie było wymagane w warunkach udziału w postępowaniu, Pana M.B., a tym samym Zamawiający nie miał obowiązku weryfikowania jego osoby pod kątem spełniania wymogów określonych w SWZ. Brak obowiązku weryfikacji w powyższym zakresie oznacza, że nie mogło dojść do zaniechania przez Zamawiającego czynności wskazanej w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdzając naruszeń Pzp wskazanych w odwołaniu, które miałyby wpływ na wynik postępowania, oddaliła odwołanie na mocy art. 554 ust.1 pkt 1) ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....