

WYROK

Warszawa, dnia 26 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawcę NAFIBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim w postępowaniu prowadzonym przez Powiat Grodziski przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy KONTUR BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Wiskitkach

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 2. *petitum* odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – NAFIBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę NAFIBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim tytułem wpisu o odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Powiat Grodziski tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od odwołującego – wykonawcy NAFIBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim na rzecz zamawiającego - Powiatu Grodzkiego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Grodziski [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *rozbudowę budynku Centrum Kształcenia Zawodowego o Branżowe Centrum Umiejętności w dziedzinie logistyki z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim, wchodzącego w skład Zespołu Szkół Technicznych i Licealnych Nr 2 w Grodzisku Mazowieckim przy ul. Żyrardowskiej 48, w ramach przedsięwzięcia pn. "Branżowe Centrum Umiejętności w dziedzinie logistyki z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim"* (znak postępowania: ZP.272.1.22.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 grudnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00553290.

W dniu 5 lutego 2024 r. wykonawca NAFIBUD S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kontur Budownictwo Sp. z o.o. [dalej: „Kontur Budownictwo”], pomimo że przedmiotowy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej wskazanej w Rozdziale IX pkt. 4a SWZ, tj. nie wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat wykonał: co najmniej dwie roboty budowlane o zbliżonym charakterze i wielkości tj. robotę budowlaną polegającą na wykonaniu (budowie lub przebudowie) podobnego obiektu o wielkości i kubaturze o wartości minimum 6.000.000,00 złotych brutto każda, w związku z czym doszło do podjęcia decyzji przez Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;
2. art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w oraz art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Kontur Budownictwo z Postępowania, pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w tym postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ

na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawcę Kontur Budownictwo warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej;

3. art. 226 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp, art. 85 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt. 1-3 ustawy Pzp poprzez niepodjęcie odpowiednich środków mających na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania Kontur Budownictwo w przygotowanie Postępowania, w szczególności poprzez brak przekazania pozostałym wykonawcom wszystkich dokumentów, co spowodowało brak przekazania im istotnych informacji, które znalazły się w posiadaniu Kontur Budownictwo, co w konsekwencji doprowadziło do zakłócenia konkurencji

w Postępowaniu i zaburzyło przeprowadzenie Postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

4. art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez wybór oferty Kontur Budownictwo jako najkorzystniejszej z naruszeniem powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp;

ewentualnie (w przypadku nie uznania zarzutów wskazanych w pkt. 1-2)

5. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie skierowania do Kontur Budownictwo wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego Rozdziale IX pkt. 4a) SWZ dotyczącego zdolności technicznej.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Kontur Budownictwo z dnia 1 lutego 2024 roku;

2. powtórzenia badania i oceny ofert;

3. wykluczenia wykonawcy Kontur Budownictwo i odrzucenie jego oferty z uwagi na to że:

a) wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa lub lekkomyślności przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd i mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w tym na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

b) wykonawca ten był zaangażowany w przygotowanie Postępowania, co spowodowało, że doszło do zakłócenia konkurencji.

względnie (w przypadku nieuwzględnienia wniosku nr 1-3 powyżej):

4. wezwania Kontur Budownictwo do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, poprzez przedłożenie dowodu potwierdzającego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wskazanej w Rozdziale IX pkt. 4a) SWZ.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał m.in. brzmienie Rozdziału IX pkt 4a SWZ oraz Rozdziału IV pkt. 1 SWZ.

Odwołujący przedstawił wyliczenia dotyczące spełnienia warunku w zakresie dotyczącym wielkości i kubatury budynku, które wprost można przyjąć dla określenia podobieństwa w zakresie spełnienia warunku.

- Wymiary hali obejmującej realizowane zamówienie w rzucie poziomym wynosi: dł./szer. 20,00m x 17,0m, wysokość w kalenicy H=8,49m, tj. o wielkości min. 340,00m² i kubaturze min. 2 890,00 m³;

- Wymiary części socjalno-biurowej z pomieszczeniami dydaktycznymi dwukondygnacyjnej obejmującej realizowane zamówienie w rzucie poziomym wynosi: dł./szer. 20,00m x 16,73m, wysokość w kalenicy H=8,55m, tj. o wielkości min. 669,20 m² i kubaturze min. 2 860,83 m³;

- Łącznie część magazynowa wraz z częścią socjalno-biurową z pomieszczeniami dydaktycznymi (obejmująca realizowane zamówienie) posiada wielkość min. ok. 1 010,00 m² oraz kubaturę min. 5 750,83 m³.

Z przytoczonego brzmienia warunku jednoznacznie wynika, że wykonawcy na potwierdzenie warunku dotyczącego zdolności technicznej zobowiązani byli wykazać wykonanie podobnej inwestycji polegającej na budowie lub rozbudowie budynku składającego się z przestrzeni magazynowej oraz z części socjalno-biurowej o powierzchni ok 1 010,00 m² oraz kubaturze 5 750,00 m³ o wartości minimum 6 000 000,00 PLN brutto każda.

Odwołujący wskazał, że ocena spełniania warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, które

nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis oceny sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatny do przedmiotu zamówienia (wyrok z 17 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 33/12, wyrok z 21 października 2013 r. sygn. akt KIO 2384/13).

Odwołujący przywołał treść wykazu wykonanych robót budowlanych złożonego przez Kontur Budownictwo i wskazał, że zawarte w nim roboty budowlane budzą uzasadnione wątpliwości, że nie spełniają warunku Zamawiającego w zakresie zdolności technicznej,

a w szczególności inwestycja pn. „Budowa hali magazynowej z częścią socjalnobiurową, ścianą oddzielenia pożarowego, infrastrukturą zewnętrzną (pow. zabudowy: 1013,63 m²),” nie została wykonana przez Kontur Budownictwo, a jeżeli została wykonana to nie w takim zakresie w jakim wskazuje Kontur Budownictwo.

Odwołujący podkreślał, iż protokół wraz z załącznikami otrzymał dopiero w dniu 02.02.2024 r. (piątek). Tym samym z uwagi na krótki okres czasu pomiędzy otrzymaniem protokołu wraz z załącznikami obejmujący dni wolne od pracy (weekend), a terminem na złożenie odwołania – 5.02.2024 r. dowody zostaną przedstawione na rozprawie.

Odwołujący zwracał uwagę na treść oraz użyte wyrażenia w treści referencji, które powinny budzić uzasadniające wątpliwości Zamawiającego. Podmiot wystawiający referencje wskazał, że rozpoczął współpracę z Kontur Budownictwo w sierpniu 2022 r. oraz że „współpraca polegała na świadczeniu usług budowlano-montażowych związanych z budową hali magazynowych z zapleczem biurowo – socjalnym, ścianą oddzielenia pożarowego i infrastrukturą zewnętrzną.” Użyte wyrażenia nie wskazują, że Kontur Budownictwo wykonał roboty budowlane tj. budowę hali magazynowej, a tym samym cały zakres zamówienia. Wystawione referencje wskazują, że Kontur Budownictwo wykonał jedynie usługi budowlano-montażowe związane z budową hali magazynowej. Powyższe wyrażenie potwierdza, że istnieją uzasadnione wątpliwości czy usługi te zostały w ogóle wykonane oraz czy wystawiający referencje był podmiotem mogącym potwierdzić należyte wykonanie. Odwołujący podkreślał, że w niniejszych okolicznościach uznanie referencji za prawidłowe prowadziłoby do niedopuszczalnej sytuacji, w której dowolna prywatna firma wystawia innej prywatnej firmie referencje, o treści odpowiadającej dokładnie warunkom postawionym przez zamawiającego, oczekując uznania ich za prawidłowe. Tak przygotowane referencje są praktycznie niemożliwe do sprawdzenia przez zamawiającego. Odwołujący wskazał, że dokumenty potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia powinny w sposób wystarczający identyfikować wykonane zamówienia, wykonawcę, który wykonał zamówienie oraz stwierdzać czy zostało ono wykonane zgodnie z umową. Wobec powyższego, wątpliwości zaistniałe w toku prowadzonego postępowania, co do treści złożonych przez Kontur Budownictwo dokumentów, powinny podlegać wyjaśnieniu. Logicznym i oczekiwanym ze strony zamawiającego działaniem powinno być, co najmniej wyjaśnienie wątpliwości dotyczących spełnienia przez Kontur Budownictwo warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Zasada zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako jedna z naczelných zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązuje zamawiającego do rzetelnego zbadania i wyjaśnienia wszelkich wątpliwości.

Mając na uwadze powyższe okoliczności uznać należy, że oferta wykonawcy Kontur Budownictwo powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do ostatniego zarzutu Odwołujący wskazał brzmienie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 85 ust. 1 ustawy Pzp. Podał, iż w Rozdziale VI pkt. 6 SWZ Zamawiający przewidział przesłanki wykluczenia z Postępowania wykonawcy, jeżeli w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1 Pzp, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że celem powyższych przepisów jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nabyli w trakcie uczestnictwa w przygotowaniu postępowania wiedzę, która może ich stawiać w lepszej sytuacji w stosunku do pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz nakłada na Zamawiającego, który korzystał czy to z doradztwa, czy to z innego rodzaju wsparcia zewnętrznego podczas przygotowywania postępowania, obowiązki związane z koniecznością minimalizowania wpływu tych okoliczności na konkurencję. Powołał się na wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2022 r. sygn. akt: 1680/22 oraz KIO z dnia 18 marca 2022 r.

sygn. akt: KIO 560/22.

Odwołujący podkreślał, iż w zakresie przedmiotu zamówienia jest do wykonania wiele skomplikowanych robót budowlanych m.in. konstrukcja stalową, konstrukcja aluminiowa, połączenie budynku nowego z istniejącym, dach, elewacja, instalacje teletechniczne, instalacje sanitarne, szyb windowy. Podkreśla, że przez "przygotowanie postępowania"

w niniejszym stanie faktycznym należy rozumieć sporządzenie przez Kontur Budownictwo opisu przedmiotu zamówienia w postaci dokumentacji projektowej, stanowiącej załączniki do SWZ. W Rozdziale IV pkt. 2 SWZ, Zamawiający wprost wskazał, że szczegółowy zakres prac będąc przedmiotem niniejszego Postępowania został opracowany przez Kontur Budownictwo i jest załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zgodnie z pkt. 3 Protokołu z Postępowania wartość zamówienia została ustalona

w oparciu m.in. o kosztorys inwestorski budowlany i drogowy sporządzony przez Stanisława Kurackiego z dnia 07.08.2023 r. (6 729 371,23 zł netto) oraz o kosztorys inwestorski elektryczny sporządzony przez Jana Rucińskiego z dnia 13.09.2023 r. (417 482,61 zł netto). Odwołujący wskazał, że Pan Stanisław Kuracki jest współnikiem w spółce Kontur Budownictwo oraz brał udział w przygotowaniu Projektu Budowlanego w zakresie opracowania dróg wewnętrznych, placów manewrowych i miejsc parkingowych. Odwołujący wskazał również, że w Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego (Załącznik nr 7 do SWZ) jako Kierownika robót elektrycznych

i elektroenergetycznych, Kontur Budownictwo wskazał Jana Rucińskiego, który jak wynika z załączonego wykazu osób zatrudniony jest w Kontur Budownictwo na podstawie umowy o pracę.

Jednocześnie z uwagi na fakt, iż Kontur Budownictwo był zaangażowany

w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, a tym samym dysponował znacznie większą wiedzą w zakresie przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy Kontur Budownictwo do wyjaśnień, w ramach których miałby możliwość wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie ma wpływu na konkurencję, czego Zamawiający zaniechał w niniejszym Postępowaniu. Powyższe potwierdza utrwalony pogląd doktryny, gdzie wyraźnie zostało wskazane, że: jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej

w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający musi podjąć odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy

w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. W takim przypadku zamawiający musi przekazać pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku

z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert oraz wskazać w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Użyte w art. 85 ust. 1 p.z.p. sformułowanie „wyznaczyć odpowiedni termin na złożenie ofert” oznacza obowiązek wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. Ustalając czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty, zamawiający powinien uwzględnić wpływ rodzaju istotnych informacji, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania.

Odwołujący podkreślał, że Protokół z Postępowania wprost potwierdza, że Zamawiający nie podjął żadnych środków mających na celu zapobieżenie zakłócenia uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślał, że w ramach zadawania pytań wykonawcy dwukrotnie zwracali się do Zamawiającego z pytaniami o udostępnienie dodatkowych dokumentów (pyt. 2, 3, 4 i 20).

Dodatkowo, Zamawiający wprost wskazał, że nie wymaga odbycia wizji lokalnej, pomimo pytania zadanego przez jednego z wykonawców. Odwołujący podkreśla, że analiza wizualna istniejącej konstrukcji budynku, jej stanu technicznego jest niezwykle pomocna dla wyliczenia i zaplanowania kosztów związanych z jej rozbudową, które istotnie wpływają na ofertę przetargową.

W związku z powyższym fakt, że Kontur Budownictwo był zaangażowany

w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia niewątpliwie nabył informacje o przedmiocie zamówienia, które na etapie składania ofert nie były znane jeszcze innym uczestnikom postępowania, co buduje domniemanie, że doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy Kontur Budownictwo w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie

wykonawcy z udziału w Postępowaniu.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 108 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp w zw.

z art. 85 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1-3 ustawy Pzp jest w pełni uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w dniu 19 lutego 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1) i 2) w zw.

z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

Zamawiający wskazał, iż uzasadniając powyższy zarzut Odwołujący zawarł

w odwołaniu również odniesienie do szczegółowych wymiarów w m2 obiektów, ujętych

w opisie przedmiotu zamówienia a następnie wyciągnął z tego tytułu nieuprawnione wnioski. Wskazał bowiem, że cyt. „z przytoczonego brzmienia warunku jednoznacznie wynika, że wykonawcy na potwierdzenie warunku dotyczącego zdolności technicznej zobowiązani byli wykazać wykonanie podobnej inwestycji polegającej na budowie lub rozbudowie budynku składającego się z przestrzeni magazynowej oraz z części socjalno-biurowej o powierzchni ok 1 010,00 m2 oraz kubaturze 5 750,00 m3 o wartości minimum 6 000 000,00 PLN brutto każda.” (pkt 5 str. 9 odwołania).

Otóż, Zamawiający nie postawił warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu

o ww. treści. Jest to wyłącznie oderwana od rzeczywistości interpretacja odwołującego. Zamawiający nie powiązał warunku udziału dotyczącego wymogu wylegitymowania się doświadczeniem w zakresie wykonania roboty budowlanej, (polegającej na wykonaniu podobnego obiektu o wielkości i kubaturze) z dokładnymi wymiarami budynku (w m2), które są przedmiotem niniejszego zamówienia. Innymi słowy, zamawiający nie sprecyzował tego

w warunku udziału w sposób jaki przedstawia to odwołujący, co oznacza, że „podobny obiekt o wielkości i kubaturze” o którym mowa w warunku udziału, to obiekt wykonany w ramach roboty o wartości minimum 6.000.000,00 złotych.

Jeżeli zatem kwestie dokładnych wymiarów obiektu nie były sprecyzowane w ramach warunku udziału, to nie można żądać, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem

w zakresie roboty budowlanej - tak jak chciałby tego odwołujący – a więc z odniesieniem do konkretnych wielkości powierzchni m2. Warto zauważyć, że załącznik nr 6 do SWZ – wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 5 lat robót budowlanych nie miał przewidzianej w tabeli pozycji na wpisanie metrażu czy też wielkości powierzchni obiektu.

Oznacza, to że wykonawcy nie byli w ogóle zobowiązani do podawania Zamawiającemu tych danych.

Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z treścią warunku udziału, miał na etapie prowadzenia Postępowania możliwość wniesienia odwołania na treść ogłoszenia/dokumentacji zamówienia do Krajowej Izby Odwoławczej. Takie odwołanie nie zostało wniesione. Obecnie ewentualny zarzut dotyczący ww. kwestii (zapisów dokumentacji dotyczących warunku udziału) należy uznać za spóźniony.

Ponadto, należy wskazać, że wszelkie ewentualne nieścisłości (jeżeli takie mogły wystąpić) w opisie warunków udziału, należy interpretować na korzyść wykonawców, w tym przypadku na korzyść Kontur Budownictwo.

Odwołujący zarzucił, że roboty budowlane wskazane przez Kontur Budownictwo

w wykazie budzą uzasadnione wątpliwości, że nie spełniają warunku Zamawiającego

w zakresie zdolności technicznej, a w szczególności inwestycja pn. „Budowa hali magazynowej z częścią socjalno-biurową, ścianą oddzielenia pożarowego, infrastrukturą zewnętrzną (pow. zabudowy: 1013,63 m2),” nie została wykonana przez Kontur Budownictwo, a jeżeli została wykonana to nie w takim zakresie w jakim wskazuje Kontur Budownictwo. Odwołujący nie przedstawił na tę okoliczność jednak szerszego uzasadnienia oraz dowodów.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść referencji oraz użyte wyrażenia, które powinny budzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego. Podmiot wystawiający referencje wskazał, że rozpoczął współpracę z Kontur Budownictwo w sierpniu 2022 r. oraz że „współpraca polegała na świadczeniu usług budowlano-montażowych związanych z budową hali magazynowych z zapleczem biurowo – socjalnym, ścianą oddzielenia pożarowego

i infrastrukturą zewnętrzną.” Zdaniem Odwołującego użyte wyrażenia nie wskazują, że Kontur Budownictwo wykonał roboty budowlane tj. budowę hali magazynowej, a tym samym cały zakres zamówienia. W jego ocenie wystawione referencje wskazują, że Kontur Budownictwo wykonał jedynie usługi budowlano-montażowe związane z budową hali magazynowej.

Otóż, przedmiotowy zarzut jest całkowicie niedorzeczny. Złożony przez Kontur Budownictwo wykaz oraz referencje potwierdzają spełnienie warunku udziału. Przede wszystkim Zamawiający w dokumentach zamówienia nie może żądać od Wykonawców aby przedstawiane przez nich referencje powielały niejako informacje zawarte w wykazie. Potwierdzeniu spełnienia warunku udziału służy wykaz robót, rolą referencji jest potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych. Jak podkreśla się w ugruntowanym orzecznictwie KIO „referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Ponadto, Zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci.” (Wyrok KIO z 17.08.2018 r., KIO 1498/18, LEX nr 2575433).

Dodatkowo, dokument referencji nie musi zawierać w sobie ściśle określonych sformułowań (Por. Wyrok KIO z 23.09.2009 r., KIO/UZP 1158/09, LEX nr 519678). Określenie zawarte w referencjach „usługi budowlano – montażowe” które kwestionuje Odwołujący, definitywnie odnosi się do robót budowlanych. Sformułowania „usługa budowlano - montażowa” używa się powszechnie w odniesieniu do robót budowlanych zarówno w języku potocznym jak np. na gruncie prawa podatkowego. Co ważne

w referencjach zawarto również zapis, że „prace zostały wykonane na wysokim poziomie technicznym, zgodnie ze sztuką budowlaną i dokumentacją projektową.” co wskazuje, jednoznacznie że referencje odnoszą się do robót budowlanych.

Odwołujący bezzasadnie kwestionuje również referencje z uwagi na fakt, że wystawiła je „prywatna firma prywatnej firmie”. Taki zarzut jest całkowicie chybiony i gdyby bowiem uznać go za zasadny, takie działanie stanowiłoby kardynalne naruszenie art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, albowiem nie można dyskryminować wykonawcy ze względu na to dla jakiego podmiotu wykonał robotę budowlaną (czy dla „podmiot publiczny” czy „podmiotu prywatnego”). Biorąc pod uwagę powyższe, przedłożone przez Kontur Budownictwo referencje należało uznać za prawidłowe, co z kolei oznacza, że brak było podstaw do występowania o przedłożenie przez tego wykonawcę dodatkowych wyjaśnień czy też uzupełnienie dokumentów.

3. Zarzut odwołującego jest całkowicie bezzasadny.

Zamawiający przyznaje, że w rozdziale IV pkt. 2 SWZ, wprost wskazał, że szczegółowy zakres prac będąc przedmiotem niniejszego Postępowania został opracowany przez Kontur Budownictwo i jest załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia. Wszyscy wykonawcy mieli jednak zapewniony taki sam dostęp do dokumentacji postępowania. Odwołujący wskazuje że skoro Kontur Budownictwo był zaangażowany

w przygotowanie postępowania, to dysponował większą wiedzą w zakresie przedmiotu zamówienia. W ocenie odwołującego, Zamawiający nie podjął żadnych środków mających na celu zapobieżenie zakłócenia uczciwej konkurencji, w szczególności nie wymagał odbycia wizji lokalnej.

Zamawiający poinformował, że cała przygotowana dokumentacja została zamieszczona na stronie postępowania, budynki, będące przedmiotem zamówienia

(w ramach realizacji robót) są widoczne na planie zagospodarowania terenu wraz

z uzbrojeniem podziemnym. Roboty budowlane będące przedmiotem postępowania nie należą do skomplikowanych z punktu widzenia technicznego, zatem wymóg obowiązkowej wizji lokalnej w takiej sytuacji był całkowicie zbędny, a mógłby dyskryminować wykonawców z siedzibą odległą od miejsca inwestycji. Podkreślenia wymaga, że żaden z potencjalnych wykonawców, na żadnym etapie postępowania, nie zwracał się z zapytaniem czy może przyjechać, aby dokonać wizji lokalnej i obejrzeć istniejący budynek i teren na którym ma być wybudowane BCU. Takie działania są dopuszczalne jednak nie wystąpiono

z przedmiotowym wnioskiem/pytaniem. Dodatkowo, co istotne ceny dwóch z trzech złożonych ofert w postępowaniu były bardzo zbliżone – cena Nafibud – 8.567.262,59 zł brutto oraz cena Kontur Budownictwo – 8.351.603,80 zł brutto, co oznacza, że zarówno wybrany wykonawca jak i odwołujący podobnie ocenili stopień skomplikowania i rozmiar robót. Odwołujący zarzuca, że w ramach zadawania pytań wykonawcy dwukrotnie zwracali się do Zamawiającego z pytaniami o udostępnienie dodatkowych dokumentów. Zamawiający wyjaśnia, że w dniu 20 grudnia 2023 r. otrzymał następujące pytania:

Pytanie nr 1: W związku z krótkim terminem złożenia ofert, prosimy o przedłużenie terminu złożenia ofert?

Pytanie nr 2: Jako, że rozliczenie Zamówienia jest ilościowe/kosztorysowe, proszę o udostępnienie przedmiarów lub kosztorysu ślepego instalacji sanitarnych wod-kan.

Pytanie nr 3: W dokumentach brakuje projektów wykonawczych instalacji wentylacji mechanicznej. Prosimy o udostępnienie.

Odpowiedź zamieścił w stronie prowadzonego postępowania w dniu 21.12.2023 r.

Ad. 1. W związku z pytaniami i koniecznością dodania kosztorysów ślepych do dokumentacji przetargowej zmieniamy termin składania i otwarcia ofert z dnia 29.12.2023 roku na dzień 05.01.2024 roku bez zmiany godzin.

Ad. 2. Dołączono brakujące kosztorysy ślepe zał. Nr 8.2.i 8.3 do SWZ.

Ad. 3. Projekty wykonawcze wentylacji mechanicznej znajdują się w Dokumentach zamówienia w poz. 27 - Projekty Techniczne Wentylacja i Klimatyzacja zał. 10F do SWZ. Dodatkowo zamieszczamy przedmiary dotyczące wentylacji.

Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że dokumenty: Elektryczny inwestorski ślepy 8.2.kstx oraz Kosztorys inwestorski ślepy 8.3.kstx - były przygotowane w formatach

w których na platformie market planet nie można opublikować. Dopiero sformatowanie dokumentu na format „zip” pozwoliło na taką czynność, dlatego też w dniu 21.12.2023 r. zostały one zamieszczone na stronie postępowania. W tym dniu został także zamieszczony Przedmiar wentylacja i klimatyzacja.pdf. Termin składania ofert został zmieniony z 29.12.2023 r. na dzień 05.01.2024 r.

W dniu 21.12.2023 r. Zamawiający otrzymał następujące pytanie:

„Zwracamy się z uprzejmą prośbą o udostępnienie przedmiarów robót w ath.”

Odpowiedź 20: „Zamawiający udostępnia kosztorys ślepy instalacji teletechnicznej

i pozostałe brakujące przedmiary (Zamawiający przypomina, że w normie Pro aby uzyskać przedmiar należy wcisnąć klawisz F8, w Normie Expert jest to osobna kolumna na lewo od kosztorysów)”.

W dniu 28.12.2023 r. Zamawiający załączył do dokumentacji następujące dokumenty: Przedmiar poprawiony budowlany i drogowy.zip, Elektryczny przedmiar.pdf, Elektryczny przedmiar.zip, dokument - Co, woda i kanaliz przedmiar.pdf, dokument- CO co, woda i kanaliz przedmiar.zip, instalacja teletechniczna ślepy.pdf

Fakt, iż w protokole postępowania nie wpisano środków mających na celu zapobieżenie zakłócenia uczciwej konkurencji nie ma żadnego wpływu na przebieg postępowania

i prawidłowy wybór oferty.

Odwołujący złożył ważną ofertą w postępowaniu, która cenowo była zbliżona do oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że był w stanie prawidłowo ocenić zakres zamówienia. Zamawiający przedłużył termin składania ofert, oraz załączył do postępowania całość dokumentacji, co oznacza, że nie doszło do naruszenia art. 85 ustawy Pzp. Zamawiający podjął odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział Kontur Budownictwo w postępowaniu nie zakłóci konkurencji w szczególności poprzez wyznaczenie odpowiedniego terminu na składanie ofert.

4. Zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Kontur Budownictwo jako najkorzystniejszej z naruszeniem powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp. Zamawiający uważa zarzut za bezzasadny, albowiem Kontur Budownictwo został wybrany zgodnie z ustawą Pzp.

5. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1-3 ustawy Pzp

W ocenie Zamawiającego, zarzut jest całkowicie bezpodstawny. W postępowaniu nie było podstaw do wzywania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia spełniania warunku udziału

w postępowaniu postawionego Rozdziale IX pkt. 4a) SWZ dotyczącego zdolności technicznej.

W dniu 20 lutego 2024 r. pismo w sprawie złożył również Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę KONTUR BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Wiskitkach [dalej „Przystępujący” lub „Kontur Budownictwo”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 31 stycznia 2024 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 lutego 2024 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumenty złożone przez Odwołującego, tj.:

1. Projekt Budowlany (strona tytułowa);
2. Decyzja nr 1010/23 z dnia 28.08.2023 r.;
3. tabelę porównawczą złożonych ofert – opracowanie własne;
4. analizę kosztorysu Kontur Budownictwo zawierającą symulację cen – opracowanie własne.

Ponadto akt sprawy Izba zaliczyła złożony przez Przystępującego protokół odbioru końcowego robót z dnia 31 lipca 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 2 SWZ, szczegółowy zakres prac związanych z rozbudową budynku Centrum Kształcenia Zawodowego o Branżowe Centrum Umiejętności na terenie posesji Żyrardowska 48 w Grodzisku Mazowieckim na terenie działek nr ewid. 12/2, 12/3, 12/4, 12/5, 12/6, 12/7, 12/11 i 13 obręb ewid. 0040 Grodzisk Mazowiecki został opracowany przez KONTUR Budownictwo Sp. z o.o. ul. Błomska 13, 96-315 Wiskitki i jest załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W skład dokumentacji wchodzi:

- Projekt Zagospodarowania Działki załącznik nr 10,
- Projekt Techniczny Zagospodarowania Działki załącznik nr 10a,
- Projekt Techniczny Architektura załącznik nr 10b,
- Projekt Techniczny Konstrukcja załącznik nr 10c,
- Projekt Techniczny Elektryczny stanowi załącznik nr 10d,
- Projekt Techniczny Instalacje Sanitarne (c.o. i wod-kan.) załącznik nr 10e
- Projekt Techniczny Instalacji Sanitarnych (wentylacja mechaniczna i klimatyzacja) załącznik nr 10f
- Projekt Techniczny Drogi stanowi załącznik nr 10g
- Projekt wykonawczy instalacji teletechnicznych załącznik nr 10h - został opracowany przez firmę ELNET A.Z. ul. Środkowa 37/2, 96-300 Żyrardów.

Zgodnie z rozdziałem IX pkt 4a SWZ: warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że:

a. na podstawie wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał: co najmniej dwie roboty budowlane o zbliżonym charakterze i wielkości. Przez robotę budowlaną o zbliżonym charakterze i wielkości Zamawiający rozumie robotę polegającą na wykonaniu (budowie lub przebudowie) podobnego obiektu o wielkości i kubaturze o wartości minimum 6.000.000,00 złotych brutto każda.

Termin składania ofert upłynął w dniu 5 stycznia 2024 r. (pierwotnie termin składania ofert wyznaczono na 29 grudnia 2023 r.). W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 3 wykonawców, w tym Odwołujący z ceną 8 567 262,59 zł oraz Przystępujący z ceną 8 351 603,81 zł.

Pismem z dnia 11 stycznia 2024 r. Zamawiający na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia dokumentów podmiotowych, w tym wykazu wykonanych robót budowlanych (załącznik nr 6 do SWZ) wraz z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane.

W dniu 15 stycznia 2024 r. Przystępujący złożył m. in. załącznik nr 6 do SWZ.

Wykonawca Kontur Budownictwo w zakresie spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wskazał 2 roboty budowlane:

1) inwestycję pn. „Budowa hali produkcyjno-magazynowej z zapleczem administracyjnosocjalnym z infrastrukturą zewnętrzną (pow. zabudowy: 6077,80 m²)” wykonaną na rzecz Carpol Sp. z o.o. (ul. Orłąt Lwowskich 48 lok. 2, 02-495 Warszawa).

2) inwestycję pn. „Budowa hali magazynowej z częścią socjalno-biurową, ścianą oddzielenia pożarowego, infrastrukturą zewnętrzną (pow. zabudowy: 1013,63 m²)” wykonaną na rzecz ALINA COSMETICS NICKA WOŹNIAK S JAWNA (UL. BŁOŃSKA 25, 96-315 WISKITKI).

Ponadto Przystępujący złożył referencje dotyczące ww. robót budowlanych.

W dniu 31 stycznia 2024 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy KONTUR BUDOWNICTWO Sp. o.o. z siedzibą w Wiskitkach. Oferta Odwołującego znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Jednocześnie Izba ustaliła, iż w punkcie 4. Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącym wstępnych konsultacji rynkowych/wcześniejszego zaangażowania wykonawcy Zamawiający nie wskazał środków mających na celu zapobieżeniu zakłócenia konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, iż wobec złożonego przez Odwołującego w toku posiedzenia z udziałem Stron i Uczestnika oświadczenia o wycofaniu zarzutu naruszenia

art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 oraz art. 16 ustawy Pzp zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania, postępowanie odwoławcze w tym zakresie podlegało umorzeniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że w pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 pkt 1

i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Kontur Budownictwo, jak również

podniesiony jako ewentualny zarzut naruszenia art. 128 ust. 1

w zw. z art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp przez zaniechanie skierowania do ww. Wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dotyczących złożonych podmiotowych środków dowodowych składanych w postępowaniu w odniesieniu do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX pkt 4a SWZ w zakresie zdolności technicznej.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie natomiast z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia,

o którym mowa w , podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Po myśli art. 226

ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Przedmiotem niniejszego sporu było rozstrzygnięcie, czy Zamawiający prawidłowo zweryfikował, iż Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej opisany w rozdziale IX pkt 4a specyfikacji warunków zamówienia. Podstawa faktyczna podniesionego przez Odwołującego zarzutu osadzona została na brzmieniu treści referencji wystawionych przez Alina Cosmetics Nicka Woźniak Sp. j., w której użyto sformułowania „*współpraca ta polegała na świadczeniu usług budowlano-montażowych związanych z budową hali magazynowych z zapleczem biurowo – socjalnym, ścianą oddzielenia pożarowego i infrastrukturą zewnętrzną*”. Z powyższego brzmienia referencji Odwołujący wywodził jakoby Przystępujący nie wykonał samodzielnie robót budowlanych wskazanych w wykazie. Zdaniem Odwołującego wystawione referencje wskazywały, iż Kontur Budownictwo wykonał jedynie usługi budowlano-montażowe związane z budową hali magazynowej.

Izba w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp zarzucanych przez Odwołującego. Zdaniem Izby wykaz robót budowlanych oraz referencje złożone przez Kontur Budownictwo potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej. Wskazać należy, iż potwierdzeniu spełnienia warunku udziału służy przede wszystkim wykaz robót budowlanych, w którym wykonawca składa oświadczenie dotyczące m.in. przedmiotu/rodzaju wykonanej roboty budowlanej. Ze złożonego przez Przystępującego dokumentu wprost wynika, iż przedmiotem zadania wskazanego pod pozycją 2. była budowa hali magazynowej z częścią socjalno - biurową, ścianą oddzielenia pożarowego oraz infrastrukturą zewnętrzną (pow. zabudowy: 1013,63 m²). Rolą referencji jest natomiast potwierdzenie, że roboty budowlane zostały wykonane należycie i nie budzi wątpliwości pogląd, iż treść referencji nie musi zawierać identycznych określeń jak używane przez Wykonawcę celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. W złożonych referencjach czytamy m.in., że „*Współpraca ta polegała na świadczeniu usług budowlano-montażowych związanych z budową hali magazynowych z zapleczem biurowo – socjalnym, ścianą oddzielenia pożarowego i infrastrukturą zewnętrzną. (...) Budowę zakończono w lipcu 2023 r.(...) Prace zostały wykonane na wysokim poziomie technicznym, zgodnie ze sztuką budowlaną i dokumentacją projektową*”. Za Zamawiającym wskazać należy, iż użyte w referencjach określenie „*usługi budowlano – montażowe*” odnosi się do robót budowlanych. Sformułowania „*usługa budowlano - montażowa*” używa się powszechnie w odniesieniu do robót budowlanych zarówno w języku potocznym jak np. na gruncie prawa podatkowego. Ponadto

w referencjach zawarto również postanowienie że „*prace zostały wykonane na wysokim poziomie technicznym, zgodnie ze sztuką budowlaną i dokumentacją projektową*.” co wskazuje, jednoznacznie że referencje odnoszą się do robót budowlanych. Z powyższą argumentacją nie polemizował Odwołujący w toku rozprawy. Treść złożonych przez Przystępującego omówionych powyżej podmiotowych środków dowodowych dodatkowo potwierdza złożony przez Kontur Budownictwo protokół końcowego odbioru robót, który nie został zakwestionowany przez Odwołującego.

Podsumowując powyższe stwierdzić należy, iż złożone przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe, w sposób jednoznaczny identyfikują przede wszystkim przedmiot robót, w związku z czym stanowisko prezentowane przez Odwołującego jakoby Przystępujący nie wykonał samodzielnie robót budowlanych, o których mowa w pozycji drugiej wykazu robót należało uznać za niewykazane. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie podnoszonej argumentacji. Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do podważenia złożonych przez Przystępującego podmiotowych środków dowodowych oraz przedłożonego w toku rozprawy protokołu końcowego odbioru robót potwierdzającego treść oświadczeń złożonych Zamawiającemu w toku

postępowania. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2

lit. b w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz podniesiony jako ewentualny zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 128 ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy Pzp, należało oddalić.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp, art. 85 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt. 1- 3 ustawy Pzp poprzez niepodjęcie odpowiednich środków mających na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania Kontur Budownictwo w przygotowanie Postępowania, w szczególności poprzez brak przekazania pozostałym wykonawcom wszystkich dokumentów, co spowodowało brak przekazania im istotnych informacji, które znalazły się w posiadaniu Kontur Budownictwo, co w konsekwencji doprowadziło do zakłócenia konkurencji w Postępowaniu i zaburzyło przeprowadzenie Postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przywołując podstawy prawne zarzutu Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 108 ust. 1

pkt 6 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę jeżeli,

w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r.

o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W myśl art. 85 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej

w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany

w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji. Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, wykonawca zaangażowany

w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy

z udziału w tym postępowaniu. Przed wykluczeniem wykonawcy zamawiający zapewnia temu wykonawcy możliwość udowodnienia, że jego zaangażowanie w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia nie zakłóci konkurencji.

Na wstępie wskazania wymaga, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ma na celu wyeliminowanie niebezpieczeństwa, że wykonawca, który wcześniej doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek pozyskanej w ten sposób wiedzy złoży korzystniejszą ofertę w postępowaniu bądź wywrze wpływ na warunki zamówienia. Bez znaczenia pozostaje zakres i stopień zaangażowania wykonawcy w przygotowanie postępowania, jeżeli tylko w jego wyniku wykonawca może uzyskać przewagę konkurencyjną. Takie zaangażowanie wykonawcy musi ostatecznie spowodować zakłócenie konkurencji w postępowaniu i nie może zostać wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

We wniesionym odwołaniu Odwołujący wskazał następujące okoliczności faktyczne, które zdaniem Wykonawcy miały uzasadniać zakłócenie konkurencji w postępowaniu,

w konsekwencji czego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu, tj. 1. Sporządzenie przez Kontur Budownictwo opisu przedmiotu zamówienia w postaci dokumentacji projektowej;

2. Ustalenie wartości zamówienia w oparciu o kosztorys inwestorski budowlany i drogowy sporządzony przez p. Stanisława Kurackiego będącego współnikiem spółki Kontur Budownictwo, który jednocześnie brał udział w przygotowaniu Projektu budowlanego

w zakresie opracowania dróg wewnętrznych, placów manewrowych i miejsc parkingowych; 3. Ustalenie wartości zamówienia w oparciu o kosztorys inwestorski elektryczny sporządzony przez p. Jana Rucińskiego – pracownika Przystępującego, który został wskazany w wykazie osób jako kierownik robót elektrycznych i elektroenergetycznych; 4. Brak wymogu odbycia wizji lokalnej, mimo pytania jednego z wykonawców, która w ocenie Odwołującego jest pomocna dla wyliczenia i zaplanowania kosztów związanych z ofertą; 5. Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach pytań wykonawcy dwukrotnie zwracali się do Zamawiającego

o udostępnienie dodatkowych dokumentów oraz 6. Odwołujący stwierdził, że protokół postępowania potwierdza, że

Zamawiający nie podjął żadnych środków mających na celu zapobieżenie zakłócenia uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do ww. zarzutu w ocenie Izby zasadne jest zwrócenie uwagi na jego konstrukcję zawartą w punkcie 3. *petitum* odwołania. Odwołujący w tym punkcie zarzucił Zamawiającemu naruszenie właściwych przepisów ustawy Pzp przez „niepodjęcie odpowiednich środków mających na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania Kontur Budownictwo w przygotowanie Postępowania, w szczególności poprzez brak przekazania pozostałym wykonawcom wszystkich dokumentów, co spowodowało brak przekazania im istotnych informacji, które znalazły się w posiadaniu Kontur Budownictwo, co w konsekwencji doprowadziło do zakłócenia konkurencji w Postępowaniu i zaburzyło przeprowadzenie Postępowania

z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. Tym samym konstrukcja zarzutu wskazuje, iż Odwołujący upatrywał zakłócenia konkurencji

w postępowaniu poprzez niepodjęcie odpowiednich środków mających na celu wyeliminowanie zakłócenia konkurencji wynikające z wcześniejszego zaangażowania Kontur Budownictwo w przygotowanie postępowania, w szczególności ze względu na brak przekazania pozostałym wykonawcom wszystkich dokumentów zawierających istotne informacje o przedmiocie zamówienia, które pozyskał Zamawiający. Nie jest Izbie wiadome, ponieważ Odwołujący nie wskazał tego w odwołaniu ani nie wyjaśnił na rozprawie, jakie konkretnie dokumenty zawierające istotne informacje nie zostały udostępnione potencjalnym wykonawcom zamówienia, w tym Odwołującemu, co w konsekwencji miało prowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Okolicznością bezsporną był natomiast fakt, iż Przystępujący brał udział w przygotowaniu niniejszego postępowania, bowiem sporządził opis przedmiotu zamówienia w postaci dokumentacji projektowej. Poza sporem było, że dokumentacja projektowa została udostępniona wszystkim potencjalnym wykonawcom zamówienia w chwili wszczęcia przedmiotowego postępowania jako załączniki do SWZ. Ponadto niesporne było, że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia udostępnił wykonawcom wszystkie dodatkowe dokumenty, o które wnioskowali wykonawcy, co potwierdzają wyjaśnienia treści SWZ. W świetle powyższego omawiany zarzut zasługiwał na oddalenie już tylko z tej przyczyny, iż nie zostało przez Odwołującego wykazane na czym polegała przewaga konkurencyjna Przystępującego, tj. jakimi dodatkowymi informacjami dysponował, czy też jakie informacje mające wpływ na przygotowanie oferty nie zostały Odwołującemu udostępnione. W istocie nie wiadomo jaki miał być zakres tych dokumentów

i czego one miały dotyczyć.

Następnie wskazać należy, iż bezsporna między Stronami była również okoliczność, iż Zamawiający wydłużył pierwotnie wyznaczony termin składania ofert o tydzień (z 29 grudnia 2023 r. na dzień 5 stycznia 2024 r.). Powyższe oznacza, że Zamawiający faktycznie podjął odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że nie dojdzie w postępowaniu do zakłócenia konkurencji, w szczególności przekazał wykonawcom istotne informacje, które pozyskał w związku z zaangażowaniem Kontur Budownictwo w przygotowanie postępowania oraz wydłużył termin składania ofert. Brak w protokole wskazania tych środków jest zdaniem Izby wyłącznie uchybieniem formalnym, które nie może skutkować automatycznie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zgodnie bowiem z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia podlega wykluczeniu z tego postępowania wyłącznie w przypadku, gdy spowodowane tym zaangażowaniem zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w tym postępowaniu. Wykluczenie wykonawcy nie następuje więc z uwagi na brak podania w protokole postępowania środków, które podjął zamawiający, aby przeciwdziałać zakłóceniu konkurencji.

Odnosząc się do kwestii kosztorysów inwestorskich sporządzonych przez p. Stanisława Kurackiego – współnika Spółki oraz p. Jana Rucińskiego – pracownika Przystępującego wskazać należy, iż Odwołujący poza wskazaniem ww. okoliczności nie wyjaśnił w jaki sposób powyższe miało prowadzić do zakłócenia konkurencji w tym postępowaniu. Rację ma w tej kwestii Przystępujący, iż odwołanie jest w dużej mierze blankietowe. Jakkolwiek Odwołujący wskazał pewne okoliczności faktyczne wymienione powyżej (pkt. 1 – 6), ale nie wyjaśnił w jaki sposób miały one wpływać czy też przekładać się na zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Analogicznie rzecz ma się w przypadku podnoszonej przez Odwołującego kwestii braku wymogu odbicia wizji lokalnej przez wykonawców. Z przywołanych w odwołaniu wyjaśnień treści SWZ na pytanie 17 wynika wyłącznie, że Zamawiający nie postawił wymogu w tym zakresie. Nie oznacza to jednak, iż Zamawiający nie wyraziłby zgody na przeprowadzenie wizji lokalnej, gdyby uzyskał wniosek w tym zakresie. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w niniejszym postępowaniu.

W końcu Izba wskazuje, iż oś sporu podczas rozprawy skoncentrowała się wokół zaoferowanych przez Odwołującego i Przystępującego cen ofertowych z rozbiorem na poszczególne branże, w szczególności branżę teletechniczną, elektryczną oraz sanitarną, które zostały przez Odwołującego wycenione na poziomie o ok. 30% - 40% wyższym niż przez Przystępującego. Odwołujący podnosił, że oferta Przystępującego była tańsza

w szczególności w branży elektrycznej i teletechnicznej, a zatem w tych branżach, w których wystąpiła osoba projektanta będąca jednocześnie personelem kluczowym w postępowaniu. To właśnie w tych branżach w opinii

Odwołującego wygrał wykonawca Kontur Budownictwo. Jednocześnie odwołujący się Wykonawca wywodził, że nadzór autorski nad realizacją robót będących przedmiotem inwestycji w branży elektrycznej i teletechnicznej będzie sprawował autor dokumentacji projektowej, tj. wykonawca robót oraz że wprowadzenie rozwiązań zamiennych będzie akceptowane przez nadzór autorski. Powyższa argumentacja jako wykraczająca poza zakres zarzutów odwołania, którymi związana jest Izba nie mogła zostać wzięta pod uwagę przy orzekaniu (por. art. 555 ustawy Pzp). Z tej przyczyny oddaleniu podlegały także dowody Odwołującego nr 3 i 4 wskazane na s. 14 powyżej.

Izba wzięła również pod uwagę, iż stanowisko prezentowane przez Odwołującego było niespójne. Odwołujący w punkcie 59. odwołania wskazał, że z uwagi na zaangażowanie Kontur Budownictwo w przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy do wyjaśnień, w ramach których miałby możliwość wykazania, że jego udział w przygotowaniu postępowania nie ma wpływu na konkurencję. W powyższym zakresie nie postawiono jednak zarzutu w *petitum* odwołania

(z całą pewnością ww. kwestii nie dotyczył zarzut ewentualny, o którym mowa w punkcie 5. *petitum* odwołania). Z drugiej strony w odwołaniu jak i w toku rozprawy Odwołujący argumentował, że zaangażowanie Przystępującego w przygotowanie postępowania

o udzielenie zamówienia i spowodowane tym zakłócenie konkurencji nie mogło być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu (tak w punkcie 64 odwołania).

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie wykazał, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do zakłócenia konkurencji, co mogłoby skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania i odrzuceniem jego oferty. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 1) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 6) ustawy Pzp, art. 85 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt. 1- 3 ustawy Pzp należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodnicząca: