

WYROK

z dnia 21 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Ewa Sikorska

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 roku przez wykonawcę **HOCHTIEF Polska Spółka akcyjna w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Narodowy Bank Polski w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ed. Züblin A.G. w Stuttgarcie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **HOCHTIEF Polska Spółka akcyjna w Warszawie** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr**
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez wykonawcę **HOCHTIEF Polska Spółka akcyjna w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zmianami), 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Bank Polski w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie remontu i przebudowy bloku A Centrali NBP w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 11/21.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 6 listopada 2023 roku wykonawca HOCHTIEF Polska Spółka akcyjna w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności i zaniechań zamawiającego:

- a) zaniechania dokonania pogłębionej i merytorycznej analizy (badania) wyjaśnień i oferty Konsorcjum Strabag (lider konsorcjum) oraz Ed. ZUBLIN AG. (partner konsorcjum) (dalej jako: „Konsorcjum Strabag” lub „przystępujący”) z dnia 17 października 2023 roku oraz zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag, pomimo iż jej analiza połączona z przedstawionymi wyjaśnieniami powinna doprowadzić zamawiającego do wniosku, iż złożone wyjaśnienia są niewystarczające, niezgodne z wytycznymi wskazanymi w wyroku z dnia 18 września 2023 roku przez KIO 2591/23 gdyż Konsorcjum Strabag nadal nie wskazało i nie wyceniło: ścian łącznika z fasadą wentylowaną, a jedynie spód i boki spodu łącznika od środka i nie wykazało, że posiada środki finansowe na zrealizowanie tego zakresu robót oraz automatu do wymiany bilonu ;
- b) czynności zamawiającego oceny ofert i nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag, pomimo iż przedmiotowa oferta powinna polegać na odrzuceniu oraz zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu;
- c) nieprawidłowej oceny podmiotowych środków dowodowych przedłożonych przez Konsorcjum Strabag oraz dokonania wyboru oferty Konsorcjum Strabag pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w odniesieniu do oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p., złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy treść tego oświadczenia w sposób oczywisty narusza art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p. wobec braku jednoznacznego określenia, które roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy, co z kolei uniemożliwia zamawiającemu ocenę spełnienia przez Konsorcjum Strabag warunków udziału w postępowaniu, co jest zasadniczym celem oświadczenia składanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na

podstawie art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p.;

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy P.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty i wykluczenia Konsorcjum Strabag z postępowania, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu a wykonawca wykluczeniu, w sytuacji, gdy przedmiotowa oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale 16 punkt 3 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), a przedstawiane w tym zakresie wyjaśnienia z piśmie z dnia 17 października 2023 roku przez Konsorcjum Strabag są sprzeczne i nie są zgodne z wytycznymi wskazanymi w wyroku z dnia 18 września 2023 roku przez KIO 2591/23, gdyż Konsorcjum Strabag nadal nie wskazało i nie wyceniło: ścian łącznika z fasadą wentylowaną, a jedynie spód i boki spodu łącznika od środka i nie wykazało, że posiada środki finansowe na zrealizowanie tego zakresu robót oraz automatu do wymiany bilonu, co powoduje, iż można uznać za celowe działanie Konsorcjum Strabag i podawanie przez niego błędnych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd co powinno skutkować jego wykluczeniem w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy P.z.p., bowiem Konsorcjum STRABAG nie zastosowało się do wytycznych KIO z wyroku z dnia 18 września 2023 roku KIO 2591/23 i zignorowało je całkowicie, o czym świadczy nawet to, iż zamawiający wystosował do wykonawcy kolejne wezwania ze szczególnym uwzględnieniem i podkreśleniem, że realizuje wytyczne ww. wyroku (pismo NBP z dnia 19 października 2023 roku);

b) art. 17 ust. 2 ustawy PZP, w zw. z art. 239 ust. 1, w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, iż oświadczenie o podziale zadań wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów zostało złożone w sposób prawidłowy, mimo iż z jego treści w żaden sposób nie wynika, które dokładnie prace zostaną wykonane przez poszczególnych konsorcjantów;

c) art. 17 ust. 2 ustawy w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy P.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, z uwagi na wprowadzenie przez Konsorcjum Strabag zamawiającego w błąd i przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, iż Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak też nie jest w stanie przedstawić podmiotowych środków dowodowych tj. oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p., gdyż mimo ponownego wezwania przez zamawiającego takie oświadczenie nie zostało złożone poprawnie i nadal nie jest wiadomym, jaki zakres prac wykonają poszczególni członkowie Konsorcjum, co doprowadziło do dokonania wyboru oferty Konsorcjum sprzecznie z przepisami ustawy - powyższe miało niewątpliwie istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

d) art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. w zw. rozdz. 17 ust. 1 SWZ, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie wobec: poddania ocenie zamawiającego oferty Konsorcjum Strabag podlegającej odrzuceniu i dokonaniu jej wyboru jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu i zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

e) art. 226 ust. 1 pkt. lit. a, b i c ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, które skutkowało brakiem odrzucenia oferty Konsorcjum STRABAG, w sytuacji, gdy poprzez złożone wyjaśnienia dot. oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p. nie zostało wykazane, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu oraz złożony przez niego podmiotowy środek dowodowy okazał się niekompletny, bowiem ze złożonych wyjaśnień nadal nie wynika, jaki zakres prac zostanie wykonany przez poszczególnych Konsorcjantów.

Odwolujący wniósł o:

1. uwzględnienia odwołania,

2. nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag, z uwagi na jej złożenie przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,

c) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

3. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwolujący oświadczył, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. Odwołujący jako wykonawca robót w branży jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia w postępowaniu organizowanym przez zamawiającego. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. odwołujący poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy P.z.p., to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie

dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. W konsekwencji, zgodnie z określonym w ust. 8 SWZ kryterium oceny ofert, oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 listopada 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, Ed. Züblin A.G. w Stuttgarcie W piśmie procesowym z dnia 17 listopada 2023 roku przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem postępowania jest realizacja inwestycji pn.: „Wykonanie remontu i przebudowy bloku A Centrali NBP w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 11/21”, która obejmuje wykonanie robót budowlanych w obiekcie bloku A Centrali Narodowego Banku Polskiego NBP oraz w pozostałych budynkach kompleksu Centrali NBP, do których należy doprowadzić instalację z bloku A.

Jedynym przewidzianym przez zamawiającego w SWZ kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena brutto oferty, podana przez wykonawcę w „Ofercie — Formularzu ofertowym” (Rozdz. 17 SWZ — Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wad tych kryteriów i sposobu oceny ofert).

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ Uszczegółowienie Formularza ofertowego (pkt. 1.1) — na cenę brutto oferty składały się: cena za wykonanie Robót (cena wynikająca z Kosztorysu ofertowego) oraz cena za wykonanie przeglądów okresowych w okresie 36 miesięcy, w tym cena jednostkowa za wykonanie przeglądów okresowych za okres 6 miesięcy.

W rozdz. 16 SWZ zamawiający określił zasady dotyczące sposobu obliczania ceny, wskazując, że:

- Cenę brutto oferty należy wyliczyć w oparciu o „Kosztorys ofertowy” stanowiący załącznik nr 4a do SWZ, a podstawą obliczenia Ceny brutto oferty jest dokumentacja projektowa, a w szczególności przedmiary robót (w wersji pdf.) oraz Projektowane postanowienia umowy stanowiące załącznik nr 5 do SWZ;
- Kosztorys ofertowy, należało sporządzić metodą kalkulacji szczegółowej ściśle według kolejności pozycji w nim wyszczególnionych;
- Wykonawca zobowiązany był do określenia w Kosztorysie ofertowym cen jednostkowych netto dla wszystkich wskazanych pozycji w złotych; brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji „Kosztorysu ofertowego”, spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy;
- w celu prawidłowego przygotowania „Kosztorysu ofertowego” Zamawiający udostępnia na stronie zamówienia przedmiar w dwóch formatach: pdf. i ath.;
- Cena brutto Oferty powinna obejmować wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia (koszty i ceny materiałów), warunki i obowiązki umowne określone w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 5 do SWZ oraz ma zawierać wszelkie opłaty publicznoprawne;
- Wykonawca uwzględni w Cenie brutto Oferty wszelkie korzyści wynikające z prowadzonych robót, w szczególności obejmujące uzysk wynikający np. ze sprzedaży surowców wtórnych.

Załącznik 4a do SWZ („Kosztorys ofertowy”) stanowiły pliki przedmiarów zamieszczonych przez zamawiającego w formatach pdf. i ath. Zamawiający udostępnił wykonawcom 27 przedmiarów, na podstawie których wykonawcy zobowiązani byli sporządzić kosztorysy szczegółowe dotyczące następujących branż i zakresów, ściśle według kolejności pozycji w nich wyszczególnionych.

W rozdziale 14 „Sposób przygotowania oferty” zamawiający wskazał:

Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami określonymi w SWZ.

Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, zgodnie z postanowieniami SWZ.

Na ofertę, zwaną dalej Ofertą, składa się:

- 1) „Oferta – Formularz ofertowy” (wypełniony na Platformie Zakupowej NBP na portalu ONEPLACE);
- 2) „Uszczegółowienie Formularza ofertowego” (załącznik nr 4 do SWZ);
- 3) „Kosztorys ofertowy” (załącznik nr 4a do SWZ w formacie pdf, ath. i xlsx); którą Wykonawca sporządzi i przekaze zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 2 do SWZ. Do Oferty Wykonawca dołączy dokumenty wskazane w załączniku nr 2 do SWZ (pozycje zaznaczone kolorem żółtym: „w terminie składania Ofert”).

W rozdziale 16 „Sposób obliczenia ceny” zamawiający wskazał:

1. Wykonawca określi cenę w „Ofercie - Formularzu ofertowym” na Platformie Zakupowej NBP zawierającym wyodrębnione miejsce na informacje dotyczące ceny Oferty (zakładka „Oferta”, sekcja „Lista pozycji”, pole „Cena

jednostkowa brutto"). Cenę brutto Oferty, wyliczoną zgodnie ze sposobem podanym w ust. 2 należy przepisać w aktywnym oknie w kolumnie „Cena jednostkowa brutto”, a następnie przeliczyć systemowym kalkulatorem na „Cenę jednostkową netto”. Metoda wpisania i przeliczania ceny została szczegółowo przedstawiona w załączniku nr 1 do SWZ.

2. Cenę brutto oferty należy wyliczyć w ust. 11 „Uszczegółowienia Formularza ofertowego”, w oparciu o „Kosztorys ofertowy” stanowiący załącznik nr 4a do SWZ. Podstawą obliczenia Ceny brutto oferty jest dokumentacja projektowa, a w szczególności przedmiary robót (w wersji pdf.), oraz Projektowane postanowienia umowy stanowiące załącznik nr 5 do SWZ. Wykonawca w Cenie oferty brutto uwzględni podatek VAT, z zastrzeżeniem ust. 8.
3. „Kosztorys ofertowy”, o którym mowa w ust. 2. należy sporządzić metodą kalkulacji szczegółowej ściśle według kolejności pozycji w nim wyszczególnionych. Wykonawca określi w „Kosztorysie ofertowym” ceny jednostkowe netto dla wszystkich wskazanych pozycji w złotych. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie Ofert brana będzie pod uwagę cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy. Brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji „Kosztorysu ofertowego”, spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. W celu prawidłowego przygotowania „Kosztorysu ofertowego” Zamawiający udostępnia, na stronie zamówienia przedmiar w dwóch formatach: pdf. i ath.
4. Wyliczone w „Kosztorysie ofertowym” wartości netto Wykonawca powinien wpisać odpowiednio do pozycji wskazanych w „Kosztorysie ofertowym”, oraz wyliczyć razem cenę netto, podatek VAT oraz cenę brutto, z zastrzeżeniem ust. 7.
5. Cena brutto Oferty powinna obejmować wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia (koszty i ceny materiałów), warunki i obowiązki umowne określone w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 5 do SWZ oraz ma zawierać wszelkie opłaty publicznoprawne, w tym z uwzględnieniem postanowień ust. 7.
6. Wykonawca uwzględni w Cenie brutto Oferty wszelkie korzyści wynikające z prowadzonych robót, w szczególności obejmujące uzysk wynikający np. ze sprzedaży surowców wtórnych.
7. Cena oferty i elementy (składniki) cenotwórcze podane przez Wykonawcę będą - co do zasady - stałe przez okres realizacji Umowy, zaś zmianie będą mogły podlegać na zasadach i w zakresie określonym w postanowieniach zawartych w Projektowanych postanowieniach Umowy, w szczególności z uwzględnieniem postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia, o których mowa w ustawie.

W udostępnionych przez zamawiającego przedmiarach robót, stanowiących część Dokumentacji projektowej i będących jednocześnie podstawą do obliczenia ceny brutto oferty oraz prawidłowego przygotowania „Kosztorysu ofertowego” (zgodnie z rozdz. 16 ust. 3 SWZ), zamawiający oprócz wyszczególnionych elementów rozliczeniowych oraz jednostek obmiaru wskazał także numer specyfikacji technicznej opisujący warunki wykonania i odbioru konkretnych robót. Konieczność podania numeru STWiORB, zawierającej wymagania dla danej pozycji przedmiaru wynika z § 10 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia 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.

Zamawiający w § 1 pkt 20 Projektowanych postanowień Umowy (dalej także jako „PPU”), stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ, wskazał: Wykonawca w żadnym przypadku nie może powoływać się na ewentualne pominięcie niektórych Robót w dostarczonych przez Zamawiającego przedmiarach, jeżeli Roboty te zostały ujęte w DP. Wykonawca zobowiązany jest zaplanować wszystkie czynności dla realizacji Umowy, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i obowiązującymi przepisami bez względu na to, czy czynności te/prace są odrębnie wymienione w jakimkolwiek dokumencie. Przyjmuje się, że zestawienie planowanych prac, na podstawie którego zostało ustalone wynagrodzenie, sporządził Wykonawca. W takich okolicznościach Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za niewycenione Roboty w kosztorysie ofertowym, a uwzględnione w DP.

Jednocześnie w §6 PPU, Zamawiający wskazał:

1. Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem ust. 2-4 oraz 8, wynosi brutto:
..... zł (słownie.....), zgodnie z ceną podaną w „Ofercie” i „Kosztorysie ofertowym”, stanowiących łącznie Załącznik nr 12 do Umowy, z zastrzeżeniem ust. 2.
2. Na wynagrodzenie Wykonawcy określone w ust. 1 składa się:
 - 1) wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie RB w wysokościzł brutto (słownie.....), określone na podstawie stawek i cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w Kosztorysie ofertowym,
 - 2) wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości zł brutto (słownie:) za wykonane Przeglądy okresowe, zgodnie z Ofertą Wykonawcy, w tym za Przeglądy okresowe wykonywane w okresie półrocznymzł brutto (słownie.....).

3. W przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych RB (powykonawczy obmiar robót) na podstawie książki obmiarów niezbędnej do wykonania kosztorysu powykonawczego, będzie odbiegała od ilości RB wynikających z zestawienia prac planowanych (przedmiaru robót) będącego podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, wynagrodzenie określone w ust. 2 pkt 1 zostanie zmniejszone lub zwiększone przy zachowaniu cen jednostkowych zawartych w Kosztorysie ofertowym.
4. Ilość faktycznie wykonanych RB i ich wartość zostaną określone wykonanymi i potwierdzonymi przez INI w danej specjalności obmiarami powykonawczymi na podstawie książki obmiarów Robót niewykraczającymi poza zakres RB oraz sporządzonymi na ich podstawie zatwierdzonymi przez INI i Zamawiającego kosztorysami powykonawczymi.

W postępowaniu złożono następujące oferty:

Nr oferty	Nazwa albo imię i nazwisko Wykonawcy	Siedziba lub miejsce prowadzenia działalności albo miejsce zamieszkania Wykonawcy	Cena brutto oferty w zł
1	BUDIMEX S.A.	Warszawa	368 280 531,05
2	HOCHTIEF Polska S.A.	Warszawa	344 821 386,52
3	Konsorcjum firm 1. STRABAG Sp. z o.o. 2. Ed. ZÜBLIN AG	1. Pruszków 2. Stuttgart	319 413 243,45
4	WARBUD S.A.	Warszawa	356 085 000,01
5	FORR S.A.	Warszawa	386 568 664,52

Wraz z ofertą Konsorcjum Strabag złożyło wymagane przez zamawiającego kosztorysy. Przystępujący wycenił na 0 zł poz. 725 i 726 (ściany łącznika z fasadą wentylowaną) oraz poz. 38 (automat do wymiany bilonu).

Zgodnie z rozdz. 8 ust. 1 pkt 1 lit. a SWZ, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykażą, że w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali: co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości nie mniejszej niż 200 000 000 PLN brutto, polegające na wykonaniu robót budowlanych, obejmujących budowę co najmniej 3 - kondygnacyjnego budynku biurowego, szpitala, obiektu sportu, budynku handlu, gastronomii i usług o powierzchni całkowitej budowy co najmniej 15 tys. m², oraz potwierdzi, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie, oraz ii. co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości nie mniejszej niż 100 000 000 PLN brutto, polegające na wykonaniu robót budowlanych, obejmujących przebudowę lub remont co najmniej 3-kondygnacyjnego budynku biurowego, szpitala, obiektu sportu, budynku handlu, gastronomii i usług lub jego części o powierzchni całkowitej przebudowy lub remontu co najmniej 10 tys. m², oraz potwierdzi, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie. Jak wynika z Wykazu robót budowlanych przedłożonego przez Konsorcjum Strabag, warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdz. 8 ust. 1 pkt 1 lit. a podpunkt ii. Konsorcjum Strabag wykazało poprzez powołanie się na realizację przez Ed. ZÜBLIN AG. (partner konsorcjum) robót budowlanych polegających na przebudowie istniejącego domu towarowego (obejmujących również jego modernizację) w wysokiej jakości budynek handlowy z lokalami do wynajęcia dla handlu detalicznego, oraz powierzchnie biurowe, a także renowację parkingu podziemnego, które to roboty zrealizowane zostały na rzecz KHS Baugesellschaft S. á r.l.

Konsorcjum Strabag złożyło oświadczenie wymagane z art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p. o następującej treści:

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zrealizuje następujące usługi, roboty budowlane: wykona roboty budowlane składające się na przedmiot Zamówienia. Z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia.

Wykonawca Ed. ZÜBLIN AG, D-70567 Stuttgart, Albstadtweg 3, (Republika Niemiec) zrealizuje następujące usługi, roboty budowlane: wykona roboty budowlane składające się na przedmiot Zamówienia. Z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia.

Konsorcjum Strabag złożyło zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów ELEKS J. K. Spółka Jawna 04-497 Warszawa. W złożonym oświadczeniu, podmiot ten wskazał, m.in., że:

- 1)nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;
- 2)nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4, art. 109 ust. 1 pkt. 7, art. 109 ust. 1 pkt. 8, art. 109 ust. 1 pkt. 9, oraz art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp; 3. nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 835);
- 3)nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 5k ust. 1 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie;
- 4)zobowiązuję się udostępnić swoje zasoby ww. Wykonawcy.

W dniu 4 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Hochtief Polska S. A., w którym odwołujący zakwestionował m.in. następujące czynności i zaniechania zamawiającego:

1)zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag w sytuacji, gdy przedmiotowa oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale 16 ust. 3 SWZ wobec braku podania ceny jednostkowej w szeregu pozycji Kosztorysów ofertowych, pomimo wyraźnego zastrzeżenia Zamawiającego, że „Brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji „Kosztorysu ofertowego» spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy”; jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale 16 ust. 5 SWZ oraz w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, wobec nieuwzględnienia w cenie brutto oferty wszystkich elementów cenotwórczych realizacji zamówienia (kosztów i cen materiałów) bowiem z analizy Kosztorysów ofertowych Konsorcjum Strabag wynika, iż w wielu pozycjach z określonymi przez Zamawiającego ilościami przedmiarowymi (większymi od zera) wartość składników cenotwórczych pozycji kosztorysowej określona przez Konsorcjum Strabag wynosi zero; została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”), wobec stosowania przez Konsorcjum Strabag inżynierii cenowej polegającej na nieuprawnionym przerzucaniu kosztów wykonania danych części zamówienia pomiędzy poszczególnymi Kosztorysami ofertowymi i określeniu cen za roboty rozbiórkowe realizowane na początku każdego z etapów robót, na poziomie rażąco wysokim w odniesieniu do pozostałych Wykonawców, tak, aby w ten sposób zrekompensować zaniżenie cen za pozostałe roboty, w tym prace dotyczące przebudowy, które zostały określone w sposób oderwany od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, s które to działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz zagraża interesom pozostałych wykonawców oraz Zamawiającego;

2)czynności Zamawiającego oceny ofert i nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag, pomimo iż przedmiotowa oferta powinna polegać odrzuceniu oraz zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu;

4)ponadto, w przypadku ewentualnego nieuwzględnienia przez Izbę odwołania w powyższym zakresie, Odwołujący wniósł odwołanie także wobec nieprawidłowej oceny podmiotowych środków dowodowych przedłożonych przez Konsorcjum Strabag oraz dokonania wyboru oferty Konsorcjum Strabag pomimo niewykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz wobec zaniechania Zamawiającego wezwania Konsorcjum Strabag do wyjaśnień, złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie braku podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w odniesieniu m.in. do oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p., złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy treść tego oświadczenia w sposób oczywisty narusza art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p. wobec braku jednoznacznego określenia które roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy, co z kolei uniemożliwia Zamawiającemu ocenę spełnienia przez Konsorcjum Strabag warunków udziału w postępowaniu, co jest zasadniczym celem oświadczenia składanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p..

W wyroku z dnia 18 września 2023 roku sygn. akt: KIO 2591/23 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 oraz art. 117 ust. 4 w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy P.z.p. i nakazała zamawiającemu – Narodowemu Bankowi Polskiemu: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) wezwać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Ed. Zublin AG, Stuttgart do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy wycenionych na wartość „0” oraz do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia złożonego przez konsorcjum Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Ed. Zublin AG, Stuttgart dotyczącego podziału zadań pomiędzy członkami konsorcjum; (iii) dokonać ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Pismem z dnia 4 października 2023 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 5 października 2023 roku zamawiający, wykonując wyrok KIO 2591/23, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie:

1) wyjaśnienia treści oświadczenia, złożonego przez Wykonawcę na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy. Zdaniem KIO zakres informacji zawartych w oświadczeniu w żaden sposób nie pozwala na ustalenie podziału zadań pomiędzy członkami Konsorcjum. Zakres informacji przekazany w oświadczeniu nie umożliwia weryfikacji czy planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnienia w zakresie spornego oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy.

2) zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO 2591/23, Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia dotyczącego pozycji kosztorysów ofertowych w zakresie pozycji wycenionych na wartość „0”, tj. wskazanie Zamawiającemu, w których pozycjach kosztorysowych Konsorcjum uwzględniło koszt prac wycenionych na wartość „0” i dlaczego właśnie w tych pozycjach.

Pismem z dnia 17 października 2023 roku przystępujący udzielił odpowiedzi, w której, w zakresie informacji wskazanych wyżej, wskazał, co następuje:

1) Oświadczenie konsorcjalne z art. 117 ust 4 ustawy Pzp

Na początku podkreślić należy, że ustawa Pzp nie posługuje się pojęciem konsorcjum i nie zawiera takiego pojęcia. Niemniej jednak powszechnie jest zaś to pojęcie używane we wszelkich opracowaniach dotyczących tego aktu, a także w odnoszącym się do niego orzecznictwie sądowym, a w szczególności w orzecznictwie KIO.

Najbardziej ogólnie konsorcjum można zdefiniować jako formę organizacyjną kooperacji gospodarczej – formę współpracy dwóch lub więcej podmiotów, celem realizacji pewnego wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego. Konsorcjum jest formą organizacyjną kooperacji gospodarczej wytworzoną przez praktykę obrotu. W obecnym stanie prawnym, w prawie polskim, brak jest jego generalnej definicji, nie zostało ono też objęte kompleksową regulacją normatywną. Praktyka wykształciła dwa podstawowe modele współpracy konsorcjantów.

(i) pierwszy model zakłada, że każdy z konsorcjantów będzie posiadał ustalony udział procentowy w dochodach konsorcjum (tj. przychody i koszty będą dzielone pomiędzy nich wg z góry ustalonej proporcji). Oznacza to, że konsorcjant 1 faktycznie partycypuje w wydatkach ponoszonych przez konsorcjanta 2 w związku z realizacją wspólnego kontraktu z Zamawiającym, a konsorcjant 2 partycypuje w wydatkach konsorcjanta 1 z tego samego tytułu - zgodnie z określonym podziałem procentowym (np. konsorcjant 1- 60 %, a konsorcjant 2 - 40 %). W analogicznej wysokości konsorcjant 1 i konsorcjant 2 partycypują w zyskach uzyskanych w ramach realizacji umowy; (ii) drugi model natomiast zakłada, iż każdy z konsorcjantów odpowiada za określony przedmiotowo zakres prac (tj. bez ustalenia udziału procentowego w zysku konsorcjum i bez przenoszenia kosztów własnych prac na drugiego konsorcjanta). W takim przypadku członkowie konsorcjum otrzymują wynagrodzenie zgodnie z wyceną swoich prac przedstawionych we wspólnej ofercie Zamawiającemu. Oznacza to, że konsorcjanci będą otrzymywać dochody od Zamawiającego, ale nie będą one ustalone procentowo (np. 60 % konsorcjant 1 i 40 % konsorcjant 2), ale kwotowo zgodnie ze złożoną wyceną.

W praktyce opisane powyżej dwa rodzaje konsorcjów określone są jako: rzeczowe (model 2) oraz finansowe (model 1). W konsorcjum rzeczowym uczestnicy konsorcjum dzielą między sobą rzeczowo zakres zadań. Każdy z partnerów konsorcjum wykonuje wydzielony i niezależny zakres prac. Podział zysku w konsorcjum rzeczowym wynika z podziału rzeczowego prac. Z kolei w przypadku konsorcjum finansowego każdy z uczestników konsorcjum wykonuje wspólne przedsięwzięcie bez wydzielania zakresu rzeczowego robót.

Brak regulacji ustawowych na gruncie Pzp dotyczących stosunków wewnętrznych konsorcjum oznacza, że członkowie konsorcjum (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) mogą dowolnie ukształtować wewnętrzne prawa i obowiązki. Tym samym wykonawcy mogą wybrać którykolwiek ze wskazanych powyżej modeli. Wykonawca w niniejszym postępowaniu tworząc konsorcjum przyjął model 1 to jest konsorcjum finansowe. W konsekwencji Wykonawca wskazuje, iż w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą dot. podziału zadań w ramach konsorcjum zarówno Lider Konsorcjum jak i Partner Konsorcjum określono, że „wykona roboty budowlane składające się na przedmiot Zamówienia. Z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia”.

Wolą Wykonawcy wynikającą z treści złożonego oświadczenia miało być potwierdzenie, że całość prac dotyczących przedmiotu zamówienia tj. wykonanie remontu i przebudowy bloku A Centrali NBP w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 11/21 wykona zarówno STRABAG sp. z o.o. jak i Ed. ZÜBLIN AG.

Wykonawca przedłożył oświadczenie, które jest konsekwencją przyjętego modelu funkcjonowania konsorcjum zakładającego realizację zadania poprzez wspólny zespół wykonawczy. W tym modelu powoduje to realność wykonania wszystkich prac w ramach przedmiotu zamówienia przez obu konsorcjantów bez dzielenia się na poszczególne branże czy zakresy robót. Przyjęcie podziału na branże lub zakresy robót mogłoby doprowadzić do braku realnego udziału danego konsorcjanta w realizacji przedmiotu zamówienia.

Zaznaczyć należy, że taki model wykonywania prac budowlanych jest powszechny m.in. na rynku niemieckim, gdzie funkcjonuje on pod pojęciem ARGE. Jest to najściślejsza współpraca pomiędzy wykonawcami w ramach wspólnego przedsięwzięcia (Arbeitsgemeinschaft, rozpowszechniony jest również skrót ARGE oraz anglojęzyczne określenie Joint Venture). Polega on na tym, że kilku wykonawców łączy siły w celu zarządzania większymi projektami w formie grupy roboczej ARGE – , które jest formą przypominającą spółkę cywilną. W ramach tej współpracy członkowie ARGE ponoszą wspólną odpowiedzialność wobec zleceniodawcy. Każdy z nich jest zatem odpowiedzialny za wykonanie wszystkich części zamówienia, nawet jeżeli wykonywane są one faktycznie przez różnych wykonawców. Jednocześnie członkowie ARGE tworzą strukturę poziomą wymieniając kadre pracowniczą, materiały, urządzenia, wspólnie tworząc plan budowy itp. W takim modelu konsorcjum/ARGE doszło do realizacji m.in. odcinka linii szybkiej kolei ICE Kolonia – Frankfurt. Na rynku polskim w takim modelu realizowana była budowa Szpitala Południowego w Warszawie. Na potrzeby realizacji tego projektu STRABAG Sp. z o.o. wraz ze spółkami koncernowymi Ed.Zueblin AG oraz STRABAG AG zawarł umowę konsorcjum z ERBUD S.A. W ramach tego konsorcjum, funkcjonującego analogicznie do ARGE, powołany został wspólny zespół projektowy, w którym uczestniczyli pracownicy wszystkich członków konsorcjum. Ani na etapie zawierania umowy o współpracy ani w trakcie realizacji nie doszło do podziału zakresowego przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu Wykonawca założył współpracę w systemie analogicznym jak w przypadku ARGE czy też jak w przypadku Szpitala Południowego, jednak bez powoływania spółki cywilnej. Istotą zawartego porozumienia, w celu wspólnej realizacji zamówienia w rozumieniu art. 58 ust 1 ustawy Pzp nie musi być wyłącznie fizyczne dzielenie zadań na poszczególnych konsorcjantów, ale wykonanie ich w całości, przez delegowany zespół, składający się z zasobów obu wykonawców tj. zasobów ludzkich, materiałów, urządzeń, narzędzi i sprzętu niezbędnego do realizacji robót, samochodów itd. Taka współpraca przybiera jak wskazano powyżej postać tzw. konsorcjum finansowego, w ramach którego każdy z uczestników konsorcjum wykonuje wspólne przedsięwzięcie bez wydzielania zakresu rzeczowego robót. Partnerzy w konsorcjum finansowym wspólnie zarządzają przebiegiem procesu budowlanego wykorzystując wiedzę i doświadczenie członków konsorcjum. W tym wypadku wykorzystanie wiedzy i doświadczenia, poprzez wykorzystanie potencjału osobowego na potrzeby zespołu realizującego projekt, jest o tyle łatwiejsze i naturalne, że odbywa się między spółkami należącymi do tej samej grupy kapitałowej. W tym wypadku spółki koncernowe z różnych krajów nie konkurują ze sobą, ale mając uzupełniające się wiedzę i doświadczenia mogą wykorzystać je do wspólnej realizacji nowego projektu. Nie ma zatem gospodarczego uzasadnienia dla podziału zakresowego przedmiotu zamówienia pomiędzy spółki koncernowe, a zamiast tego spółki z jednej grupy wykonują części składające się na całość przedsięwzięcia sukcesywnie, stosownie do potrzeb i następujących po sobie prac, angażując własne aktywa adekwatnie do wiedzy i doświadczenia deklarowanego na etapie Postępowania. Z uwagi na to, że zarówno STRABAG sp. z o.o. jak i Ed. ZÜBLIN AG są dużymi spółkami zajmującymi się robotami budowlanymi, z jednej grupy kapitałowej, zrealizowały wspólnie wiele inwestycji, poprzez które nabyły umiejętności i doświadczenie w tworzeniu tego typu zespołów realizacyjnych. Realizacja zamówienia poprzez wspólny zespół jest zatem w pełni realna i sprowadza się do obojętnego wykonania wszystkich robót, składających się na jeden niepodzielny obiekt budowlany. W takim finansowym konsorcjum nie ma konieczności ani zasadności dzielenia poszczególnych robót na podmioty (spółki). Podkreślenia wymaga, że z uwagi na przedmiot zamówienia jak i wymagania w zakresie wiedzy i doświadczenia nie pozwalają na faktyczne czy też fizyczne podzielenie przedmiotu zamówienia na części, które mogłyby być przypisane do danego konsorcjanta. Niepodzielność przedmiotu zamówienia Wykonawca rozumiał jako wykonanie jednego i niepodzielnego obiektu budowlanego, na który składa się szereg powiązanych i przenikających się wzajemnie robót na jednym placu budowy. Na prace te składają się roboty architektoniczne, konstrukcyjno-budowlane, instalacyjne w zakresie sieci, instalacji i urządzeń.

W tym zakresie należy mieć na względzie, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie remontu i przebudowy bloku A Centrali NBP w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 11/21. Sam Zamawiający dostrzegł, że przy wskazanym przedmiocie zamówienia jego podział na części nie jest możliwy. W tym zakresie w pkt. 4 SWZ wskazał, że:

„Podział przedmiotowego zamówienia na części nie jest zasadny i powoduje ryzyko niezaspokojenia potrzeb Zamawiającego w określonym terminie, w sytuacji możliwych komplikacji terminowych i kolizji logistycznych (wynikających ze współpracy z różnymi wykonawcami w ramach kilku umów realizowanych w jednym czasie) – z doświadczenia Zamawiającego wynika, że dokonanie takiego podziału jedynie utrudni właściwy monitoring realizacji zamówienia Zamawiającemu. Brak podziału na części i decyzja o kompleksowej realizacji zamówienia wynika również z faktu, że Wykonawcy realizujący zamówienia tego typu, działają w sposób kompleksowy. Podział zamówienia skutkowałby nadmiernymi trudnościami technicznymi i kosztami wykonania zamówienia a potrzeba skoordynowania działań różnych Wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Podział zamówienia stanowiłby również zagrożenie dla uzyskania najlepszych efektów z przeznaczonych nakładów i mógłby przyczynić się do nieracjonalnego dysponowania środkami. Ponadto, podział zamówienia nie jest zasadny, ponieważ:

- 1) roboty będą wykonywane w tym samym czasie i miejscu – w jednym budynku,
- 2) jeden Wykonawca udzieli Zamawiającemu gwarancji na całość robót budowlanych, w tym na wszystkie

Urządzenia i instalacje. Umożliwi to Zamawiającemu dochodzenie uprawnień z tego tytułu, bez ponoszenia dodatkowego ryzyka, że w wyniku robót budowlanych zrealizowanych przez różnych Wykonawców wątpliwym będzie, z których warunków gwarancji należy skorzystać,

3) nie będzie możliwe zorganizowanie zaplecza budowy dla wielu ekip budowlanych z uwagi na ograniczone posiadanie takich powierzchni do ich udostępnienia.”

Wykonawca podziela to stanowisko Zamawiającego i uwzględniając te okoliczności, zakładając konsorcjum również uznał, że ze względów technicznych nie jest praktyczne dokonywanie podziału zadań między członków konsorcjum. 8 ust. 1 pkt 1 lit a) SWZ wymagał dwójakiego doświadczenia:

- w budowie budynku o określonych parametrach
- w remoncie lub przebudowie budynku o określonych parametrach

Doświadczenie w zakresie budowy budynku zostało zapewnione przez STRABAG Sp. z o.o. zaś doświadczenie w wykonaniu przebudowy lub remontu zostało zapewnione przez Ed.Zueblin AG. W tym zakresie istotne jest to, że Zamawiający nie wymagał legitymowania się doświadczeniem w wykonywaniu robót określonego zakresu czy też branży (np. branży elektrycznej, branży sanitarnej, branży konstrukcyjnej itp.). Oczekiwane przez Zamawiającego doświadczenie dotyczyło kompleksowej realizacji całego obiektu, a tym samym obejmującego wszystkie branże niezbędne dla realizacji danego obiektu (budynku). Tym samym w ramach konsorcjum nie jest konieczne wykazanie się doświadczeniem w danej branży, a następnie wykazanie, że w ramach podziału zadań wewnątrz konsorcjum dana branża będzie realizowana przez danego konsorcjanta.

Ma to związek z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z treścią decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę dla inwestycji, roboty budowlane obejmują „Remont i przebudowę bloku A w kompleksie budynków NBP w Warszawie (...)”. Przy czym zgodnie z pkt. 2 Opisu technicznego do Projektu Budowlanego w części architektonicznej, zakres remontu i częściowej przebudowy odnosi się do części podziemnej, natomiast przebudową objęte będą pozostałe części, w tym głównie część nadziemna budynku A. „Przedmiotem zamierzenia budowlanego jest remont oraz przebudowa budynku bloku A, zlokalizowanego przy Pl. Powstańców Warszawy 4, wchodzącego w skład kompleksu budynków Narodowego Banku Polskiego przy ul. Świętokrzyskiej 11/21 w Warszawie. Część podziemna budynku zostanie poddana remontowi i częściowej przebudowie, część nadziemna przebudowie, w tym frontowe schody zewnętrzne wejściowe do budynku oraz dziedzińiec wewnętrzny oddzielający blok A od bloku B.”

Definicję przebudowy określono w art. 3 pkt 7a) ustawy Prawo budowlane:

7a) przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;

Zatem w tym przypadku jako rezultat robót budowlanych powstanie obiekt, który posiadać będzie takie same charakterystyczne parametry jak istniejący w tym samym miejscu obiekt budowlany, tj. kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji pozostaną bez zmian.

Natomiast na podstawie art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane definicja budowy brzmi: „6) budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego”

Tym zaś różni się przebudowa od budowy, iż przebudowa zakłada, że w danym miejscu istnieje i funkcjonuje obiekt budowlany, który po wykonaniu robót budowlanych uzyska nowe parametry techniczne lub użytkowe, nie zmieniając parametrów charakterystycznych. Konieczność pozostawienia tych samych parametrów charakterystycznych obiektu po przebudowie (kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji) pozostaje jednak całkowicie bez wpływu na sposób wykonywania robót budowlanych objętych dokumentacją projektową.

Wynika to z faktu, że dokumentacja projektowa przewiduje etapowanie wyburzenia części obiektu budowlanego (części dokumentacji projektowej „03_WB wyburzenia”) a następnie budowę w miejscu nowych fragmentów obiektu budowlanego. Jako elementy nieprzewidziane do rozbioru a następnie budowy w ich miejscu nowej „substancji” budowlanej pozostaną wyłącznie fragmenty części podziemnej, które podlegać będą remontowi i przebudowie.

Oznacza to, że z punktu widzenia technicznego większość robót budowlanych do wykonania mogłaby zostać zakwalifikowana jako rozbioru a następnie budowa w ich miejscu nowego obiektu budowlanego. Wyburzenia obejmą ostatecznie całość części nadziemnej budynku „A” a w ich miejscu powstanie nowy obiekt budowlany z całkowicie nowych materiałów. Zatem dla wszystkich robót budowlanych, w tym robót zakwalifikowanych jako „przebudowa” czy „remont” potrzebne jest także doświadczenie w „budowie” ze względu na to, że znacząca część prac wykonywanych w ramach

„przebudowy” jest wykonywana dokładnie takimi samymi środkami, technologiami, jak gdyby zakresem prac objęta była „budowa” nowego obiektu budowlanego.

Co więcej, także część prac objęta remontem przenika się z pozostałą częścią prac, co obrazuje Dokumentacja projektowa. Poniżej na rysunku pochodzącym z Ekspertyzy określającej aktualny stan techniczny konstrukcji w aspekcie projektowanej przebudowy (str. 28) pokazano kolorem zielonym elementy konstrukcji obiektu przewidziane do pozostawienia i objęcia ich remontem, a kolorem żółtym elementy, które zostaną wyburzone i zastąpione nowymi elementami konstrukcyjnymi (tj. wymiana istniejącej konstrukcji na nową): oznacza budowanie nowych elementów konstrukcyjnych (np. belek, stropów) i posadowienie ich na dotychczasowej konstrukcji, która podlega tylko remontowi.

(...)

Jak wyraźnie widać elementy te pozostają we wzajemnej zależności od siebie, co dla przykładu oznacza budowanie nowych elementów konstrukcyjnych (np. belek, stropów) i posadowienie ich na dotychczasowej konstrukcji, która podlega tylko remontowi.

W tym układzie brak jest możliwości faktycznego przypisania określonych robót do danego konsorcjanta, a wręcz przeciwnie każdy z konsorcjantów musi brać udział cały czas w realizacji całości przedmiotu zamówienia. W celu zapewnienia realnego udziału konsorcjanta w realizacji musi on cały czas być obecny na budowie, gdyż w trakcie realizacji cały czas będą się ze sobą przeplatać roboty polegające zarówno na remoncie, przebudowie i budowie.

Należy również zauważyć, iż Zamawiający w Postępowaniu nie przewidział w rozumieniu art. 117 ust. 1 Pzp, szczególnego podziału wymagań związanych z realizacją zamówienia lub odmiennego sposobu wykazywania warunków udziału, w stosunku do podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie zastrzegł również w rozumieniu art. 121 Pzp kluczowych zadań do osobistego wykonania przez danego wykonawcę. Oznacza to, że podmioty występujące w konsorcjum powinny wspólnie wykazać spełnianie warunków, a podział między nimi zadań, powinien być odpowiedni do posiadanego doświadczenia, a w zasadzie powinien polegać nie na podziale, ale na wspólnej realizacji całości robót wchodzących w przedmiot zamówienia, gdyż z technicznego punktu widzenia nie jest zasadne dokonywanie takiego podziału.⁴ ustawy Pzp wskazują na obowiązek uczestnictwa w realizacji zamówienia tego podmiotu (członka konsorcjum), który wykazuje spełnienie warunku udziału. Z powyższej regulacji nie wynika jednak obowiązek realizacji zamówienia wyłącznie przez taki podmiot i to w całości. Zatem regulacja zawarta w art. 117 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu ochronę zamawiającego przed potencjalnie nienależytym wykonaniem zamówienia poprzez wymaganie wykonania danych części zamówienia przez wykonawcę posiadającego realne doświadczenie, jednak nie przesądza, że udział pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w wykonaniu tych części jest zupełnie wyłączony (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.11.2022 r KIO 2815/22).

Podobnie też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-03-22, KIO 642/22 stanowi: „Z artykułu 117 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika okoliczność, na którą powoływał się Odwołujący. Z całą pewnością tak z powyższego artykułu, jak i z treści warunku opisanego w SWZ nie wynika konieczność, aby wszyscy wykonawcy, którzy będą realizowali zamówienie legitymowali się określonym doświadczeniem”.

Właśnie w celu spełniania tych wymagań i zapewnienia realnego udziału konsorcjantów w realizacji zamówienia Wykonawca założył, że całość robót wchodzących w skład przedmiotu zamówienia będzie realizowana wspólnie przez zespół personelu obydwu konsorcjantów. Pozwoli to na pełne wykorzystanie doświadczenia obydwu konsorcjantów, z których jeden legitymuje się doświadczeniem w budowie zaś drugi doświadczeniem w przebudowie.

Powyższe po części ma związek z wykazywaniem doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum i powinno być analogicznie interpretowane. Oznacza to, że skoro wykonawcy wspólnie realizujący zamówienie mogą powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum, nawet jeśli faktycznie i bezpośrednio nie wykonywały konkretnych prac to tym samym podział zadań w ramach konsorcjum nie musi być rozłączny i dzielony zadaniowo pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum.

W zakresie pozycji wycenionych na 0 zł, tj. ścian łącznika z fasadą wentylowaną (poz. 725 i 726) oraz automatu do wymiany bilonu (poz. 38) przystępujący wyjaśnił, co następuje:

Roboty wskazane w pozycjach nr 725 d.2.4 i 726 d.2.4 w ramach kosztorysu nr NBP-PR-AR_NADZ-R01 znajdowały się w części kosztorysu 2.4 o tytule „ELEWACJE- 45443000-4 - Roboty elewacyjne” i w dziale 2 o tytule „Łącznik” i dotyczyły wykonania robót elewacyjnych łącznika. Łącznik to wydzielona, zamknięta przestrzeń znajdująca się na kondygnacji +1 łącząca przebudowywany budynek nr „A” z istniejącym i niepodlegającym przebudowie budynkiem nr „B”. Stanowi rodzaj „zamkniętego mostu” nad dziedzińcem, łączącego wspomniane dwa budynki. Przebudowywany łącznik jest widoczny od strony ul. Wareckiej (...)

W ramach dokumentacji projektowej przewidziano przebudowę łącznika między innymi w zakresie elewacji. Dotychczasowa elewacja miała zostać zastąpiona nową. Zgodnie z rysunkiem nr NBP-PW-AB-AR-AB-26 elewacja miała zostać wykonana z płyt z betonu architektonicznego jako fasada wentylowana oraz także posiadać okna.

(...)

O tym, że na łączniku występuje fasada wentylowana a nie słupowo-ryglowa przemawia także treść pozostałych rysunków znajdujących się w dokumentacji projektowej, w tym rysunków nr NBP-PW-AB-AR-AB-22 oraz NBP-PW-AB-AR-ABD-16, których fragmenty pokazano poniżej. Pokazują one detale łącznika określając, że na jego fasadzie mocowane zostaną płyty z betonu architektonicznego, na trzpieniach zamocowanych do konstrukcji łącznika, jednocześnie z uwzględnieniem koniecznej pustki powietrznej. Stanowią zatem fasadę wentylowaną a nie słupowo-ryglową (...)

Natomiast we wskazywanych przez Zamawiającego pozycjach nr 725 d.2.4 i 726 d.2.4 w ramach kosztorysu nr NBP-PR-AR_NADZ-R01 nie występuje fasada z płyt z betonu architektonicznego. Pozycje dotyczące elewacji łącznika wskazano odpowiednio jako „Zakup i montaż fasady w konstrukcji słupowo-ryglowej z wypełnieniem szkłem” oraz „Zakup i montaż fasady w konstrukcji słupowo-ryglowej z wypełnieniem panelem” mimo, iż dokumentacja projektowa takich robót dla łącznika nie przewiduje.

Fasada słupowo-ryglowa to zupełnie inne rozwiązanie konstrukcyjne niż fasada wentylowana. Fasada słupowo-ryglowa, jak wskazuje nazwa, składa się z pionowych elementów – słupów i poziomych belek – rygli je łączących, tworząc rodzaj pionowej samonośnej ściany z otworami. Następnie otwory wypełnia się szkłem – tworząc elementy przeziernie lub panelem z izolacją termiczną – tworząc elementy nieprzeziernie. Taka fasada również została zaprojektowana na przebudowywanym budynku „A”. Na powyższej legendzie wskazano ją jako rozwiązanie „4” i „5” a na rysunku widać ją po lewej stronie. Sam łącznik wykonany jest jako elewacja wentylowana. Ten rodzaj fasady nie jest samonośny. Izolację termiczną kotwi się do ściany murowanej lub żelbetowej. Następnie mocuje się do tej samej ściany kotwy, na których montuje się warstwę licową elewacji, w tym przypadku płyty z betonu architektonicznego. Pomiędzy płytami z betonu a elewacją pozostawia się pustkę powietrzną.

W związku z powyższymi wątpliwościami co do różnicy rozwiązań pomiędzy dokumentacją projektową a przedmiarem, oferenci składali wnioski o wyjaśnienie treści SWZ dla tego zakresu prac w trakcie postępowania przetargowego.

Zamawiający udzielił informacji w zakresie fasady łącznika w odpowiedzi na pytanie nr 8, 10 i 11 z zestawu nr 30 z dnia 07.04.2023 r. Zgodnie z odpowiedzią nr 11 Zamawiający na pytanie, czy dla łącznika należy przyjąć do oferty prace zgodnie z opisem pozycji nr 725-726 d.2.4 czy okna aluminiowe w ilości 5 szt. o powierzchni 16,57 zł zgodnie z projektem architektury Zamawiający wskazał, że należy przyjąć wykonanie przegród zgodnych z projektem, tj. 5 szt. okien w ścianie z fasadą wentylowaną:

11.	Przedmiary - projekt architektury	Informujemy o rozbieżności projektowej. W przedmiarze Inwestora "NBP-PR-AB_ROZB_NADZ" na str. 152 w pozycji 725-726 występują pozycje odnośnie fasady znajdującej się na powierzchni łącznika o powierzchni 61,16 m ² , natomiast w projekcie architektury występują okna aluminiowe w ilości 5 szt. o powierzchni 16.57 m ² . Prosimy o informację, którą opcję należy przyjąć do oferty.	Zamawiający informuje, że wskazane pozycje nie występują w przedmiarze "NBP-PR-AB_ROZB_NADZ", a w przedmiarze „NBP-PR-AR_NADZ”. Należy przyjąć wykonanie przegród zgodnych z projektem, tj. 5 szt. okien w ścianie z fasadą wentylowaną
-----	-----------------------------------	--	--

Dodatkowo jeden z oferentów zwrócił uwagę, że okna w łączniku można wykonać w odpowiedniej odporności ogniowej wyłącznie jako stałe a nie rozwierno-uchylne, czyli w sposób odmienny niż wskazany w pierwotnym zestawieniu okien zewnętrznych. Zamawiający w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 8 z tego samego zestawu nr 30 dokonał zmiany w dokumentacji projektowej, zmieniając okna na nieotwieralne. W związku z powyższym zmieniła się kwalifikacja ww prac i nie mogły one być dalej kwalifikowane jako część fasady słupowo-ryglowej,

8.	Przedmiary – projekt architektury	Wg. "Zestawienia okien zewnętrznych", okna aluminiowe łącznika należy wykonać jako rozwierno-uchylne EI120. W tej klasie odporności ogniowej można wykonać jedynie okna stałe. Wg. "Zestawienia okien zewnętrznych", okna aluminiowe łącznika należy wykonać jako rozwierno-uchylne EI120. W tej klasie odporności ogniowej można wykonać jedynie okna stałe.	Zamawiający informuje, że należy przyjąć do wyceny okna nieotwieralne o odporności ogniowej EI120. Zamawiający na podstawie art. 137 ust. 1 i 2 ustawy dokonuje zmiany dokumentacji projektowej tj. udostępnia w załączeniu skorygowane zestawienie NBP-PW-AB-AR-ZE-33 – zestawienie-okna zewnętrzne_R01
----	-----------------------------------	---	--

Zamawiający dołączył rewizję rysunku - NBP-PW-AB-AR-ZE-33-zestawienie-okna zewnętrzne_R01.pdf jako załącznik do ww wyjaśnień z zestawu nr 30. Zamawiający dokonał zmiany części rysunkowej wskazując na konieczność wykonania 5 szt. okien nieotwieranych o odporności ogniowej wynoszącej EI 120 oraz łącznej powierzchni wynoszącej 16,57 m2.

Wykonawca zatem koszt wykonania prac dla fasady łącznika przyjął w zakresie okien (części przeziernej) w pozycji 417 d.1.4.2 „Okna aluminiowe o powierzchni ponad 2,0 m2 - ODPORNOŚĆ OGNIOWA EI120” o powierzchni 16,568 m2, tj. zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego, gdyż zaprojektowane w łączniku okna miały mieć również odpowiednią odporność ogniową. Zwrócić należy uwagę, że okna w fasadzie łącznika znajdują się na kondygnacji +1, zatem Wykonawca przyjął je w jedynym możliwym miejscu – w części kosztorysu obejmującej „Stolarkę”, w dziale 1.4.2 – dotyczącym stolarki na kondygnacji +1.

Natomiast w zakresie fasady łącznika w części nieprzeziernej prace, kwestia ta również podlegała wyjaśnieniom Zamawiającego. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 10 zestawu nr 30 z dnia 07.04.2023 r. Zamawiający wskazał, iż dla łącznika w pozycji 728 w kosztorysie NBP-PR-AR_NADZ należy przyjąć układ warstw zgodny z dokumentacją, tj. ściana z elewacją wentylowaną, ocieplona wełną mineralną 16cm $\lambda=0,031$, wykończona płytami z betonu architektonicznego:

10.	Przedmiary - projekt architektury	Informujemy o rozbieżności projektowej. W przedmiarze Inwestora "NBP-PR-AB_ROZB_NADZ" na str. 152 w pozycji 728 ściany łącznika wykończone są izolacją termiczną ze styropianu gr. 10 cm oraz tynku, natomiast na podstawie przekroju VI-VI boki od środka wykończone są wełną mineralną o gr.16cm oraz tynkiem. Prosimy o informację jaką izolację oraz grubość należy przyjąć.	Zamawiający informuje, że wskazane pozycje nie występują w przedmiarze "NBP-PR-AB_ROZB_NADZ", a w przedmiarze „NBP-PR-AR_NADZ”. Należy przyjąć układ warstw zgodny z dokumentacją: ściana z elewacją wentylowaną, ocieplona wełną mineralną 16cm $\lambda=0,031$, wykończona płytami z betonu architektonicznego
-----	-----------------------------------	--	--

Zatem roboty dotyczące elewacji łącznika w części nieprzeziernej Wykonawca przyjął w ramach pozycji 728 d.2.4 „Ocieplenie ścian z gazobetonu płytami styropian metodą lekką-mokrą przy użyciu gotowych zapraw klejących. Wyprawa cienkowiejska z suchej mieszanki tynk. - boki od środka - STYROPIAN GR. 10,0 cm”, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego.

Mając na uwadze, że dla łącznika nie występowały inne roboty fasadowe niż wskazane powyżej, Wykonawca wycenił roboty wynikające z pozycji 725-726 d.2.4 dotyczące fasady słupowo-ryglowej w jedyny możliwy sposób, tj. przyjęcie ceny jednostkowej na poziomie „0”, również z powodu braku możliwości zmian ilości robót w poszczególnych pozycjach kosztorysu.

Podsumowując, roboty obejmujące wykonanie fasady łącznika w części przeziernej i nieprzeziernej zostały przez Wykonawcę wycenione w dwóch pozycjach kosztorysu nr NBP-PR-AR_NADZ-R01, tj. w pozycjach:

- 417 d.1.4.2 „Okna aluminiowe o powierzchni ponad 2,0 m2 - ODPORNOŚĆ OGNIOWA EI120” o powierzchni 16,568 m2 w zakresie części przeziernej fasady łącznika
- 728 d.2.4 „Ocieplenie ścian z gazobetonu płytami styropian metodą lekką-mokrą przy użyciu gotowych zapraw klejących. Wyprawa cienkowiejska z suchej mieszanki tynk. - boki od środka - STYROPIAN GR. 10,0 cm” w zakresie części

nieprzezierną fasadą łącznika

zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego do treści SWZ.

Wykonawca wskazuje, że w kosztorysach uwzględnił wykonanie elewacji łącznika (w tym okien), w sposób przewidziany dokumentacją projektową. Inne działanie Wykonawcy, tj. wpisanie innej niż „0” PLN kwoty w pozycjach 725 d.2.4 i 726 d.2.4 z kosztorysu nr NBP-PR-AR_NADZ-R01 skutkowałoby wyceną zakresu prac, którego nie przewiduje dokumentacja projektowa.

(...)

Wykonawca informuje, że w zakresie pozycji dostawy i montażu „Automatu do wymiany bilonu „bil”” tj. wskazanej przez Zamawiającego pozycji:

„NBP-PR-AB_WP_lada_boksy poz. 38 Automat do wymiany bilonu „bil”

przedstawia następujące wyjaśnienia.

Wykonawca wskazuje, że pozycja nr 38 w kosztorysie NBP-PR-AB_WP_lada_boksy z narzutami znajduje się w dziale 2.2 obejmującym dostawę i montaż wyposażenia wg rysunku nr NBP-PW-AB -AR-ABW-PR-04 - sala operacyjna. Wspomniany rysunek nazwany jest jako „Aranżacja sali operacyjnej” i obrazuje elementy wyposażenia sali operacyjnej. Z jednej strony są to elementy wyposażenia stałego takiego jak na przykład lamy dyspenserowe, boksy kasowe, ale również wyposażenia ruchomego takiego jak biurka, kontenery podbiurkowe czy krzesła.

Wspomniany rysunek jest częścią projektu aranżacji wnętrza z Projektu Wykonawczego. Zgodnie z opisem technicznym, do tego projektu, tj. dokumentem nr NBP-PW-AB-AR-ABW-PR-OT w części pkt. 5.1.2 przewidziano „Budki akustyczne, których ustawione zostaną maszyny do wymiany bilonu”:

5.1.2. Część dostępna dla klientów

Umeblowanie części dostępnej dla klientów banku:

- a) Krzesła przy stanowiskach dyspenserowych
- b) Sofy dla oczekujących
- c) Pulpity / stoliki wysokie oraz niskie
- d) Budki akustyczne, w których ustawione zostaną maszyny do wymiany bilonu

(...)

W związku z powyższym, Wykonawca potraktował maszyny (automaty) do wymiany bilonu jako integralną część pozycji - budki akustycznej podlegającą wycenie. Zatem automaty do wymiany bilonu „bil” Wykonawca wycenił w pozycji 37 d.2.2 „Budka akustyczna szczelna „Ak”, konstrukcja z profili aluminiowych, całkowicie przeszklona bezprogowa; drzwi na ścianie krótszej; wymiary - 250 x 200 x 220” z kosztorysu nr NBP-PR-AB_WP_lada_boksy — z narzutami.

Wykonawca zwraca także uwagę, że wspomniana budka akustyczna jako element wyposażenia nie posiada Karty Technicznej ze szczegółowymi wymaganiami tak, jak inne elementy wyposażenia, a dodatkowe wymogi w zakresie tego elementu wyposażenia Zamawiający określił w odpowiedzi na pytanie nr 27 z zestawu nr 8 z dnia 10.02.2023 r. oraz w odpowiedzi na pytanie nr 67 z zestawu nr 30 z dnia 07.04.2023 r.

Ponadto jak to określa rysunek nr NBP-PW-AB-AR-WY-25 „Rzut kond. 0 - wyposażenie stałe”, będący częścią dokumentacji projektowej, jako element wyposażenia stałego traktowana była budka akustyczna wyposażona w automat do wymiany bilonu. Rysunek ten nie traktował w/w elementów jako dwa elementy wyposażenia stałego, tj. budka akustyczna oraz automat do wymiany bilonu. (...)

Następnie na tym samym rysunku znajdowało się zestawienie całego wyposażenia na nim pokazanego, a także na wszystkich innych kondygnacjach. Za element wyposażenia stałego według w/w rysunku uznano Budkę akustyczną „AK” w ilości 2 szt.:

(...)

Na powyższym zestawieniu nie przewidziano osobnego wyposażenia stałego w postaci automatu do wymiany bilonu. Na powyższej liście żaden element o nazwie „bil” lub „automat do wymiany bilonu” się nie znajdował.

Wykonawca wskazuje, że w kosztorysie uwzględnił zatem dostawę i montaż 2 szt. Budek akustycznych wyposażonych w automaty do wymiany bilonu, których wykonanie przewiduje dokumentacja projektowa.

W związku z brakiem możliwości przez Wykonawcę zmiany ilości prac na prawidłową, tj. „wyzerowania” jednej pozycji Wykonawca mógł jedynie wpisać w jednej z nich cenę jednostkową „0”, z uwagi na sposób zdefiniowania elementu wyposażenia stałego w dokumentacji projektowej. Dlatego też Wykonawca w pozycji 38 d.2.2 przyjął cenę jednostkową obejmującą Budkę akustyczną wyposażoną w automat do wymiany bilonu a w pozycji 37 d.2.2 w kosztorysie NBP-PR-

AB_WP_lada_boksy przyjął cenę jednostkową wynoszącą „0”.

Pismem z dnia 19 października 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego do wyjaśnienia oświadczenia konsorcjum z art. 117 ust. 4 ustawy w związku z treścią „Wykazu osób” – załącznik nr 7 do SWA. Zamawiający poprosił o informacje, który z konsorcjantów dysponuje bezpośrednio osobami wskazanymi w wykazie.

Pismem z dnia 24 października 2023 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

Na wstępie Wykonawca pragnie wskazać, że załącznik nr 7 do SWZ „wykaz osób” stanowi wykaz personelu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w rozdz. 8 ust 1 pkt 1 lit b)-h) SWZ. Zamawiający w ramach zdolności technicznej i zawodowej wymagał, aby wykonawca wykazał się zespołem co najmniej:

1. Jednej osoby skierowanej do funkcji:

- 1) Kierownik budowy,*
- 2) Kierownik robót budowlanych,*
- 3) Kierownik robót elektrycznych,*
- 4) Kierownik robót telekomunikacyjnych,*
- 5) Kierownik robót sanitarnych*

2. Dwóch osób skierowanych do:

- 1) Wykonywania zamówienia w zakresie systemu sygnalizacji włamania i napadu oraz pozostałych systemów zabezpieczeniowych*

3. Jednej osoby skierowanej do:

- 1) Wykonywania zamówienia w zakresie systemu sygnalizacji włamania i napadu oraz pozostałych systemów zabezpieczeniowych, posiadającej zaświadczenie o ukończeniu kursu pracownika zabezpieczenia technicznego w zakresie projektowania systemów zabezpieczeń technicznych stopni 1–4 (świadcstwo MEN)*

4. Jednej osoby:

- 1) skierowanej do wykonywania zamówienia w zakresie systemów niskoprądowych,*
- 2) Specjalista ds. BIM,*
- 3) będącej Rzeczoznawcą ds. zabezpieczenia przeciwpożarowego,*
- 4) będącej Specjalistą ds. BHP*

z zastrzeżeniem, że niektóre funkcje i uprawnienia można łączyć i może je wykazać jedna osoba (zastrzeżenia wskazane w SWZ str. 9).

Powyższy wykaz stanowi minimalną liczbę personelu, jaką Zamawiający wymagał w ramach spełnienia określonych warunków udziału w Postępowaniu. W myśl art. 112 ust 1 ustawy Pzp „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ustawodawca wprost nadmienia w przepisie o minimalnych poziomach zdolności, a więc takich, których osiągnięcie zapewni zamawiającemu, że kontrakt publiczny zdobędzie wykonawca wiarygodny (tak m.in. KIO w wyr. z 25.5.2020 r., KIO 457/20, Legalis).

Należy podkreślić, iż zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych określenie warunków udziału w postępowaniu ma na celu doprowadzenie do wyboru wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. (Tak red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2023, legalis.pl).

Ponadto, jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, warunki udziału określone w danym postępowaniu kształtują pewien wzorzec wykonawcy, któremu Zamawiający może powierzyć realizację zamówienia. Wzorzec ten określają cechy dobrane w sposób obiektywny – powiązany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, zapewniający dostęp do zamówienia tylko tym wykonawcom, którzy gwarantują Zamawiającemu, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany zgodnie z celem danego postępowania (tak m.in. wyrok KIO z 4.3.2021 r., KIO 356/21).

Owa proporcjonalność warunków udziału dotyczy nie tylko odniesienia do wartości, zakresu czy stopnia złożoności zamówienia, ale także sposobu określenia tych warunków. Może się bowiem okazać, że Zamawiający słusznie wymagał posiadania doświadczenia w realizacji zamówień o określonej specyfice, jednakże określił ten warunek w sposób nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku (np. minimalny zakres przedmiotowy oraz liczba dotychczas

zrealizowanych zamówień). Każdy wykonawca, który wykaże spełnianie warunków udziału w postępowaniu przynajmniej na minimalnym poziomie wskazanym przez Zamawiającego, będzie uznany za posiadającego zdolności niezbędne do należytego wykonania zamówienia (Tak red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2023, legalis.pl).

W badanym Postępowaniu Zamawiający zażądał, aby wykonawca w ramach minimalnych zdolności wykazał zespół składający się z ww. osób. Same sformułowania użyte przy opisie warunków tj „dysponowanie co najmniej 1 osobą skierowaną do realizacji zamówienia, która spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale 8 ust. 1 pkt 1 lit. (...)” wskazuje, że chodzi o minimalną liczbę osób w zespole, legitymujących się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem. Zespół ten nie jest zespołem zamkniętym ani docelowo ostatecznym na etapie realizacji zamówienia. Może się zatem okazać, że sam zespół realizacyjny będzie znacznie szerszy, niż wymagany przez Zamawiającego i będzie zamiast jednej osoby wymagał skierowania dwóch czy trzech osób o tożsamym profilu zawodowym (tożsamych uprawnieniach) na analogiczne stanowisko.

Wykonawca, jako profesjonalista musi skierować do realizacji zamówienia kadrę zarówno kierowniczo-zarządzającą jak i wykonawczą, która w pełni pozwoli zrealizować zamówienie na odpowiednim poziomie jakości. Osoby wskazane w wykazie osób stanowią jedynie niewielką część docelowego zespołu realizacyjnego wykonawcy. W ramach warunków udziału Zamawiający wymagał legitymowania się personelem na 12 stanowisk, z tym że możliwe było łączenie pewnych funkcji w ramach jednego stanowiska lub zapewnienie większej ilości osób przez co sumaryczna liczba osób mogła być większa lub mniejsza, niż wskazana w wykazie osób stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ. Na chwilę obecną Wykonawca planuje stworzenie zespołu nadzorującego i kierującego budową w liczbie ponad 30 osób. W ślad za wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 17 października 2023 roku wskazujemy, że Wykonawca założył realizację zamówienia w modelu konsorcjum finansowego (marżowego), który będzie prowadzone przez wspólny zespół wykonawczy. Zespół zostanie powołany przez obu konsorcjantów i w skład docelowego zespołu realizacyjnego będą wchodzić zarówno osoby ze strony STRABAG sp. z o.o. jak i Ed. ZÜBLIN AG (Partner Konsorcjum) oraz osoby jakie udostępnione zostały przez podmioty trzecie, posiadające odpowiednią do wymagań wiedzę i doświadczenie. Osoby wskazane w wykazie osób tj. (...) wejdą w skład docelowego zespołu realizacyjnego, ale nie będą stanowić wyłącznych osób odpowiedzialnych za kierowanie i zarządzanie projektem. Wskazane ww. osoby znajdują się w bezpośrednich oraz pośrednich zasobach STRABAG sp. z o.o. z uwagi, iż to lider konsorcjum, działając na mocy umowy konsorcjalnej, zobowiązał się do zawarcia odpowiednich umów użyczających zasoby na potrzeby wykazania warunków udziału a następnie realizacji zamówienia. Jest to spowodowane również tym, że część osób z wykazu w trakcie realizacji będzie sprawować samodzielne funkcje techniczne w budownictwie zgodnie z wymaganiami polskiego Prawa budowlanego. Potwierdza to również bezpośrednio treść warunków określonych przez Zamawiającego w rozdziale 8 ust. 1 pkt 1) lit. b) SWZ, które to określają by osoby pełniące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie spełniały wymagania Prawa budowlanego i stosownych rozporządzeń oraz były wpisane na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego:

„(...) zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, zwane dalej „Prawem budowlanym” (Dz.U. z 2021 r. poz. 2351, ze zm.) i Rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie” (Dz.U. z 2019 r. poz. 831), albo inne uprawnienia umożliwiające wykonywanie tych samych czynności, do wykonywania których w aktualnym stanie prawnym uprawniają uprawnienia budowlane wykonawcze w ww. specjalności, oraz jest wpisana na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego,”

Zwrócić należy uwagę, że obywatele zagraniczni (dotyczy obywateli państw UE, Szwajcarii, Norwegii, Islandii i Lichtensteinu) mogą pełnić na terenie Rzeczypospolitej Polskiej samodzielne funkcje techniczne i zostać wpisani na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego na podstawie decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych. Powyższe zgodnie z art. 33a ust. 11 Ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa wymaga jednak znajomości języka polskiego w mowie i piśmie. Zatem osoby, które nie dysponują znajomością języka polskiego, pomimo możliwości wykorzystania ich umiejętności i doświadczenia w ramach przedmiotu zamówienia nie spełniają wymagań dla sprawowania samodzielnych funkcji technicznych na terenie RP. Ponadto osoby takie musiałyby być wpisane na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego na moment składania przez Wykonawcę wykazu osób.

Dlatego też niemożliwy byłby również tryb świadczenia usług transgranicznych określony w art. 20a Ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, gdyż w celu uzyskania wpisu na listę wymagałby określenia rodzaju czynności jakie dana osoba zamierza wykonywać na terenie RP, nie mając jakiegokolwiek pewności, że będą one rzeczywiście wykonywane. W związku z tym osoby na te stanowiska, w celu spełnienia polskich wymagań prawnych zostaną zapewnione przez lidera.

Jak już wskazano wcześniej, w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia konsorcjanci zamierzają powołać zespół kierownictwa projektu liczący ponad 30 osób, w skład którego wejdą osoby jak wyżej wskazane, będące w zasobach

STRABAG sp. z o.o. Ze strony Partnera Konsorcjum do zespołu kierownictwa projektu zostaną zapewnione osoby pełniące następujące funkcje:

1. Zastępca kierownika projektu;
2. Kierownik robót budowlanych;
3. Kierownik robót budowlanych;
4. Koordynator robót elektrycznych;
5. Koordynator robót sanitarnych

będące personelem Ed. ZÜBLIN AG (Partner Konsorcjum).

(...)

Podkreślenia wymaga, iż Wykonawca wskazuje część kierowniczą zespołu odpowiadającą za zorganizowanie, przygotowanie, kierowanie i nadzorowanie całością robót budowlanych składających się na przedmiot zamówienia. Jest to zatem zespół, który będzie bezpośrednio nadzorował i kierował pracami wspólnego zespołu wykonawczego, w związku z czym będzie nośnikiem wiedzy i doświadczenia, jakiego wymagał Zamawiający w ramach warunków udziału w Postępowaniu.

Ponieważ Zamawiający w rozdziale 8 ust. 1 pkt 1 lit a) SWZ wymagał dwójakiego doświadczenia: 1. w budowie budynku o określonych parametrach, 2. w remoncie lub przebudowie budynku o określonych parametrach - doświadczenie w zakresie budowy budynku zostało zapewnione przez STRABAG Sp. z o.o. zaś doświadczenie w wykonaniu przebudowy lub remontu zostało zapewnione przez Ed. ZÜBLIN AG. Zamawiający nie wymagał legitymowania się doświadczeniem w wykonywaniu robót określonego zakresu czy też branży (np. branży elektrycznej, branży sanitarnej, branży konstrukcyjnej itp.) a oczekiwane przez Zamawiającego doświadczenie dotyczyło kompleksowej realizacji całego obiektu, obejmującego wszystkie branże niezbędne do realizacji danego obiektu (budynku).

Mając na uwadze niepodzielność prac i nachodzących na siebie zakresów budowy/przebudowy/remontu Wykonawca powołuje jeden wspólny zespół realizacyjny, w tym kierownictwa projektu, składający się z zasobów ludzkich, którymi dysponuje zarówno STRABAG Sp. z o.o. jak i Ed. ZÜBLIN AG, co przenosi wiedzę i doświadczenie, stosownie i odpowiednio do złożonego oświadczenia konsorcjalnego z art. 117 ust 4 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27 października 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez przystępującego.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie wymienionych wyżej dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2023 roku sygn. akt: KIO 2591/23.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty naruszenia:

1) art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, iż oświadczenie o podziale zadań wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów zostało złożone w sposób prawidłowy, mimo, iż z jego treści w żaden sposób nie wynika, które dokładnie prace zostaną wykonane przez poszczególnych konsorcjantów;

2) art. 17 ust. 2 ustawy w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b i c w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy P.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty i wykluczenia z postępowania Konsorcjum Strabag, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu, z uwagi na wprowadzenie przez Konsorcjum Strabag zamawiającego w błąd i przedstawienie informacji wprowadzających w błąd, iż Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak też nie jest w stanie przedstawić podmiotowych środków dowodowych tj. oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p., gdyż mimo ponownego wezwania przez zamawiającego takie oświadczenie nie zostało złożone poprawnie i nadal nie jest wiadomym, jaki zakres prac wykonają poszczególni członkowie Konsorcjum, co doprowadziło do dokonania wyboru oferty Konsorcjum sprzecznie z przepisami ustawy - powyższe miało niewątpliwie istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3) art. 226 ust. 1 pkt. lit. a, b i c ustawy P.z.p. poprzez jego niezastosowanie, które skutkowało brakiem odrzucenia oferty Konsorcjum STRABAG, w sytuacji, gdy poprzez złożone wyjaśnienia dot. oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p. nie zostało wykazane, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu oraz złożony przez niego podmiotowy środek dowodowy okazał się niekompletny, bowiem ze złożonych wyjaśnień nadal nie wynika, jaki zakres prac zostanie wykonany przez poszczególnych Konsorcjantów.

Wskazać jednak należy, że powszechnie obowiązujące przepisy, w tym zarówno przepisy ustawy P.z.p., jak i przepisy Kodeksu cywilnego, nie regulują umowy konsorcjum, mimo szerokiego zastosowania tej instytucji w praktyce. Ustawa P.z.p. w art. 58 ust. 1 stanowi natomiast, iż wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W myśl ust. 4, w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.

Zgodnie z art. 117 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. W myśl ust. 2 warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Zgodnie z ust. 3, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Stosownie do ust. 4. w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Wskazane wyżej przepisy stanowią wynik implementacji to polskiego porządku prawnego uregulowań zawartych w art. 63 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/we (dalej: „dyrektywa zamówieniowa”). Zgodnie z ust. 1 wskazanego przepisu, w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia. Jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów. Zgodnie z ust. 2, w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, przez uczestnika tej grupy.

W ocenie Izby, z analizy art. 117 ust. 4 ustawy P.z.p. nie wynika obowiązek dokonywania podziału konkretnych robót pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum, ale wskazanie, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Brak jest przeszkód co do tego, by dane roboty, dostawy czy usługi wykonywane były przez więcej niż jednego członka konsorcjum. Wydaje się, że *ratio legis* wskazanego przepisu polega na tym, by dany zakres robót, dostaw czy usług nie był wykonywany przez wykonawcę, który nie ma odpowiedniego doświadczenia zawodowego wymaganego dla danego rodzaju zamówień. W rozpoznawanym przypadku takie niebezpieczeństwo nie istnieje. Doświadczenie, jakie jest wymagane w przedmiotowym postępowaniu, spełnia jedynie członek konsorcjum przystępującego, tj. Ed. Züblin A.G. w Stuttgarcie. Podmiot ten, zgodnie ze złożonym oświadczeniem, wykona roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia, co jest zgodnie z dyspozycją art. 117 ust. 3 ustawy P.z.p. Jednocześnie roboty te będzie wykonywał lider konsorcjum, Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w ramach powołanego przez członków konsorcjum zespołu zadaniowego, co przystępujący szczegółowo opisał w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2023 roku. Izba wskazuje, że przyjęty przez przystępującego model biznesowy, polegający na realizacji robót w ramach konsorcjum z tak określonym zakresem zadań, jaki wynika ze

złożonego oświadczenia i złożonych wyjaśnień, nie jest zakazany żadnym powszechnie obowiązującym przepisem prawa i jednocześnie jest zgodny z uregulowaniami zawartymi w art. 117 ustawy P.z.p. i art. 63 dyrektywy zamówieniowej. Wydaje się natomiast, że dokonanie sztucznego podziału poszczególnych robót pomiędzy członków konsorcjum, gdzie każdy z nich miałby wykonywać swój zakres niezależnie od drugiego, mogłoby rodzić zarzut, iż część robót zostanie wykonana przez niedoświadczonego wykonawcę. Przeczyłoby to istocie konsorcjum jako bytu, którego celem jest realizacja określonego zadania biznesowego przez podmioty łączące swoje potencjały nie tylko w celu wykazania warunków udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ale w celu wykonania zadania w sposób najbardziej racjonalny i efektywny.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy P.z.p. poprzez brak odrzucenia oferty i wykluczenia Konsorcjum Strabag z postępowania, pomimo iż oferta ta podlega odrzuceniu a wykonawca wykluczeniu, w sytuacji, gdy przedmiotowa oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w rozdziale 16 punkt 3 SWZ a przedstawiane w tym zakresie wyjaśnienia z piśmie z dnia 17 października 2023 roku przez Konsorcjum Strabag są sprzeczne i nie są zgodne z wytycznymi wskazanymi w wyroku z dnia 18 września 2023 roku przez KIO 2591/23, gdyż Konsorcjum Strabag nadal nie wskazało i nie wyceniło: ścian łącznika z fasadą wentylowaną, a jedynie spód i boki spodu łącznika od środka i nie wykazało, że posiada środki finansowe na zrealizowanie tego zakresu robót oraz automatu do wymiany bilonu co powoduje, iż można uznać za celowe działanie Konsorcjum Strabag i podawanie przez niego błędnych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, co powinno skutkować jego wykluczeniem w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy P.z.p., bowiem Konsorcjum STRABAG nie zastosowało się do wytycznych KIO z wyroku z dnia 18 września 2023 roku, KIO2591/23 i zignorowało je całkowicie, o czym świadczy nawet to, iż Zamawiający wystosował do Wykonawcy kolejne wezwania ze szczególnym uwzględnieniem i podkreśleniem, że realizuje wytyczne ww. wyroku (pismo NBP z dnia 19 października 2023 roku).

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wyrokiem z dnia 18 września 2023 roku sygn. akt: KIO 2591/23 Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygnęła, iż Konsorcjum Strabag byłouprawnione do uzupełnienia kosztorysu ofertowego poprzez wpisanie wartości „0” oraz że zamawiający dopuścił możliwość przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami. Izba zauważyła przy tym, że z akt sprawy nie wynika, w jakich innych pozycjach kosztorysowych Konsorcjum Strabag uwzględniło koszt prac wycenionych na wartość „0” i nakazała zamawiającemu wezwanie Konsorcjum Strabag do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny pozycji kosztorysowych uzupełnionych wartością „0”. Strony i uczestnik postępowania w sprawie rozpoznanej niniejszym wyrokiem nie wykazali, by którykolwiek z uczestników postępowania odwoławczego wniósł skuteczną, niepodlegającą odrzuceniu, skargę wobec wskazanego wyroku, w związku z czym wyrok ten uprawomocnił się, a zawarte w nim tezy są wiążące wobec uczestników postępowania.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu, iż przystępujący nie wycenił pozycji 725 i 728, Izba podkreśla, iż zarzut ten został już rozstrzygnięty wyrokiem z dnia 18 września 2023 roku sygn. akt: KIO 2591/23, co zostało wskazane wyżej. Izba pominęła zatem podniesioną w tym zakresie argumentację.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że w złożonych wyjaśnieniach z dnia 17 października 2023 roku przystępujący wyjaśnił, że koszt wykonania prac dla fasady łącznika przyjął w zakresie okien (części przeziernej) w pozycji 417 d.1.4.2 „Okna aluminiowe o powierzchni ponad 2,0 m² - ODPORNOŚĆ OGNIOWA EI120” o powierzchni 16,568 m² natomiast roboty dotyczące elewacji łącznika w części nieprzeziernej – w ramach pozycji 728 d.2.4 „Ocieplenie ścian z gazobetonu płytami styropian metodą lekką-mokrą przy użyciu gotowych zapraw klejących. Wyprawa cienkowarstwowa z suchej mieszanki tynk. - boki od środka - STYROPIAN GR. 10,0 cm”. Wyjaśnienia składane w tym zakresie czynią zadość wezwaniu zamawiającego z dnia 5 października 2023 roku oraz wytycznym zawartym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2023 roku sygn. akt: KIO 2591/23.

Izba zwraca uwagę na fakt, iż bezspornym w sprawie była okoliczność wystąpienia rozbieżności w dokumentacji projektowej i przedmiarach, co zostało potwierdzone odpowiedziami na pytanie nr 8, 10 i 11 z zestawu nr 30 z dnia 07.04.2023 r udzielonymi przez zamawiającego. Zamawiający wskazał tam m.in, że pozycje fasady nieprzeziernej należy wycenić jako okna nieotwieralne, tj. w pozycji 417 a nie jako część fasady (odpowiedź na pytanie nr 11 z zestawu nr 30 z dnia 07.04.2023 r) a w pozycji nr 728 należy wycenić roboty jak dla fasady wentylowanej łącznika. Izba wskazuje zatem, iż przystępujący miał podstawy do tego, by przyjąć, iż w zakwestionowanych w odwołaniu pozycjach (725 i 726) nie można było zatem wycenić fasady wentylowanej, skoro te pozycje kosztorysu dotyczą fasady w konstrukcji słupowo-ryglowej a zatem innego rozwiązania technicznego. Jednocześnie Izba podkreśla, że w związku z istniejącymi rozbieżnościami każdy wykonawca był uprawniony również do odmiennego stanowiska w zakresie wyceny wskazanych pozycji, w tym również w taki sposób, jak uczynił to odwołujący.

Odnosząc się natomiast do zawartej w odwołaniu argumentacji, iż nakłady materiałowe w pozycji 728, które zgodnie z odpowiedziami zamawiającego wykonawca mógł modyfikować, nie wskazują na to, że w pozycji tej została wyceniona fasada wentylowana z okładziną z betonu architektonicznego, Izba wskazuje w pierwszej kolejności, iż wykonawców przede wszystkim obowiązywały postanowienia § 1 ust. 20 załącznik nr 5 do SWZ - projektowane postanowienia Umowy,

zgodnie z którymi, w przypadku pominięcia określonych robót w kosztorysie, wykonawca odpowiadałby w ramach umowy nie tylko za ilości prac wynikające z kosztorysów, ale także odpowiada w ramach Umowy za wykonanie robót objętych Dokumentacją Projektową. Zgodnie bowiem ze wskazanym postanowieniem: „20. Wykonawca w żadnym przypadku nie może powoływać się na ewentualne pominięcie niektórych Robót w dostarczonych przez Zamawiającego przedmiarach, jeżeli Roboty te zostały ujęte w DP. Wykonawca zobowiązany jest zaplanować wszystkie czynności dla realizacji Umowy, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i obowiązującymi przepisami bez względu na to, czy czynności te/prace są odrębnie wymienione w jakimkolwiek dokumencie. Przyjmuje się, że zestawienie planowanych prac, na podstawie którego zostało ustalone wynagrodzenie, sporządził Wykonawca. W takich okolicznościach Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za niewycenione Roboty w kosztorysie ofertowym, a uwzględnione w DP.”

Ponadto Izba zwraca uwagę, że z odpowiedzi na pytania 12, 14 (pakiet 25) i 11 (pakiet 31) nie wynikał obowiązek dokonywania modyfikacji nakładów KMS w sytuacji, w której wykonawca wycenił dane pozycje w ramach innych. Zamawiający jedynie dopuścił taką możliwość, wskazując, iż wprowadzenie zmian w nakładach rzeczowych RMS nie będzie podstawą do odrzucenia oferty.

Jednocześnie Izba wskazuje, że odwołujący nie wykazał, by wykonawcy mieli obowiązek w przedmiotowym postępowaniu wykazywać posiadanie środków finansowych na wykonanie określonego zakresu robót.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu, iż przystępujący nie wycenił pozycji 38 oraz że pozycja, która została wskazana przez przystępującego jako ta, w której uwzględnił automaty do wymiany bilonu i pozycja 37 (budka akustyczna), to osobne elementy, Izba podkreśla, że zarzut ten został już rozstrzygnięty wyrokiem z dnia 18 września 2023 roku sygn. akt: KIO 2591/23, co zostało wskazane wyżej. Izba pominęła zatem podniesioną w tym zakresie argumentację.

Izba nie uwzględniła podniesionego w odwołaniu argumentu, iż w piśmie przystępującego stanowiącego odpowiedź na odwołanie Hochtief Polska S.A. w sprawie KIO 2591/23, Strabag odnosząc się do braku wyceny automatu do bilonu stwierdził, że sam zamawiający zrezygnował z automatu do bilonu, Izba wskazuje, że przystępujący nie brał udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2591/23, zatem jego oświadczenia składane w tamtym postępowaniu nie mogły zostać uwzględnione.

Odwołujący w treści odwołania, w zakresie wskazanego zarzutu, podniósł ponadto, że złożone przez Konsorcjum Strabag wyjaśnienia, do których został wezwany przez zamawiającego jako wykonanie wyroku KIO, w żaden sposób nie urealnijają zaproponowanej ceny i nie powodują, iż złożona przez przystępującego oferta jest zgodna z SWZ, Izba wskazuje, że stanowisko to nie zostało w żaden sposób uzasadnione i nie wskazano w jego zakresie żadnej szerszej argumentacji, w związku z czym nie mogło ono zostać przez Izbę uwzględnione.

Oddalenie powyższych zarzutów jest jednoznaczne z uznaniem za niezasadny i oddaleniem zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p w zw. rozdz. 17 ust. 1 SWZ, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie wobec poddania ocenie zamawiającego oferty Konsorcjum Strabag podlegającej odrzuceniu i dokonaniu jej wyboru jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu i zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....