

Sygn. akt: KIO 1703/23

**WYROK**  
z dnia 27 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez wykonawcę: **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Opolu**

przy udziale: wykonawcy **PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Polskiej Nowej Wsi** głaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółkę Akcyjną z siedzibą w Gliwicach**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego **Mostostal Zabrze Gliwickiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Spółki Akcyjnej z siedzibą w Gliwicach** na rzecz zamawiającego: **Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Opolu** kwotę **2 500 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 1703/23

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: *„Przebudowa oddziałów szpitalnych w formule zaprojektuj i wybuduj, w ramach realizacji projektu pn. „Wspieranie naprawy i zwiększanie odporności systemu ochrony zdrowia poprzez modernizację oddziałów szpitalnych Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Opolu”, część I*, numer referencyjny postępowania: DZP2-23/233/04/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 9.01.2023 r., numer: 2023/BZP 00015241.

Pismem z dnia 7.06.2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez wykonawcę PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Polskiej Nowej Wsi.

W dniu 12 czerwca 2023 roku wykonawca Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach, zwany dalej: „odwołującym”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych i zaniechanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.:

- 1) wyboru oferty PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Polskiej Nowej Wsi jako najkorzystniejszej oferty (dale zwany: BAUMAR),
- 2) zaniechania odrzucenia oferty BAUMAR Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania,
- 3) zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w tym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BAUMAR w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia

warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XVIII pkt. 4.1 Część 1 tiret drugi w zakresie posiadanego doświadczenia oraz, który w wyznaczonym terminie nie złożył podmiotowego środka dowodowego – wykazu wykonanych robót – załącznik nr 9 do SWZ, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

ewentualnie, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy odrzucenia na ww. podstawach prawnych

2) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BAUMAR, w sytuacji, gdy została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na przekazanie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego w zakresie przekazanych danych dotyczących roboty budowlanej, o której mowa w rozdziale XVIII pkt. 4.1 Część 1 tiret drugi w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy (Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej budynku biurowo-socjalnego wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6.), podczas gdy w ramach tego doświadczenia BAUMAR nie potwierdził wykonania kompleksowej roboty budowlanej w zakresie przebudowy obiektów w zakresie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznej o wartości co najmniej dwóch milionów (2.000.000) złotych, a jedynie robotę tego rodzaju obejmującą rozbudowę, nadbudowę i przebudowę obiektu, wskazując przy tym różne wartości i nie precyzując jaka kwota dotyczy poszczególnych zakresów, tj. rozbudowy, nadbudowy i przebudowy,

ewentualnie

3) art. 128 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania BAUMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionych dokumentów, w szczególności – Końcowego protokołu odbioru Przedmiotu umowy z dnia 31.01.2022 r. i Protokołu końcowego wykonania robót z zakresu umowy podstawowej z dnia 31.01.2022 r. oraz załącznika nr 9 do SWZ z dnia 09.03.2023 r. (przed unieważnieniem postępowania), a także pisma Zott Polska Sp. z o.o. w Opolu z dnia 11.04.2023 r. kierowanego do firmy BAUMAR, które zawierają informacje sprzeczne ze sobą i nie tworzące spójnej całości w zakresie informacji o stanie faktycznym sprawy związanej z wykazaniem się przez BAUMAR wymaganym w SWZ doświadczeniem, o którym mowa w rozdziale XVIII pkt. 4.1 Część 1 tiret drugi, także poprzez brak bezpośredniego zwrócenia się do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji i dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

4) naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty BAUMAR w sposób naruszający przepisy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty, mimo że oferta BAUMAR nie jest najkorzystniejsza oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty BAUMAR, a także nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty BAUMAR i dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu zgodnie z warunkami zamówienia. Ponadto, odwołujący wnosił o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym zasądzenie kosztów postępowania od zamawiającego na rzecz odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący wskazywał, że czynność wyboru oferty BAUMAR dokonana przez zamawiającego narusza postanowienia przepisów ustawy Pzp wymienionych na wstępie odwołania. W ocenie odwołującego zamawiający nie przeprowadził rzetelnego badania oceny ofert, gdyby to uczynił, to musiałby uznać, że oferta BAUMAR jest niezgodna z warunkami postępowania i winna zostać odrzucona.

Odwołujący zauważył, że wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy BAUMAR z dnia 7 czerwca 2023 r. jest już drugim wyborem BAUMAR w tym postępowaniu. Pierwszy wybór z dnia 30 marca 2023 r. został unieważniony przez zamawiającego po piśmie odwołującego z dnia 4 kwietnia 2023 r., wskazującego liczne wady oferty wykonawcy BAUMAR. Odwołujący wyjaśnił, że pismem z dnia 6 kwietnia 2023 r., na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, zamawiający wezwał BAUMAR do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, tj.:

- 1) wykaz osób – Załącznik nr 7 do SWZ,
- 2) wykaz usług – Załącznik nr 8 do SWZ,
- 3) wykaz wykonanych robót – Załącznik nr 9 do SWZ

wyznaczając wykonawcy BAUMAR termin na uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych do 13 kwietnia 2023 r.

W zakresie pkt 3) wykaz wykonanych robót – Załącznik nr 9 do SWZ zamawiający napisał:

„3) Wykaz wykonanych robót — załącznik nr 9 do SWZ.

Zamawiający wymagał w Rozdz. XVIII pkt 4.1 Część 1 tiret drugi, aby wykonawca spełnił warunek:

„w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonawca należycie wykonał:

minimum jedną (1) kompleksową robotę budowlaną w zakresie przebudowy obiektów w zakresie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznej o wartości co najmniej dwóch milionów [2.000.000] złotych [zł]”.

W przedłożonym wykazie robót wykonawca wskazał dwie roboty. W obu przypadkach złożył oświadczenie, że przedmiot zamówienia dotyczył przebudowy. Wykonawca wymienił w wykazie następujące zadania:

a) Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej budynku biurowo-socjalnego wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6.

Tytuł zadania wskazuje na „rozbudowę”, „nadbudowę” i „przebudowę”. Zamawiający wymagał w ww. warunku SWZ „przebudowy obiektu”. Dodatkowo Zamawiający wymagał aby wartość robót budowlanych w zakresie tej przebudowy obiektu wynosiła co najmniej 2.000.000 zł. Wskazana w wykazie wartość jest większa, a Wykonawca oświadczył, że przedmiot tego zadania dotyczył przebudowy bez wskazania, że podana wartość dotyczy tylko części w zakresie przebudowy obiektu (a nie wartość całej umowy na to zadanie), a to ten zakres miał wykazać.

b) Budowa łącznika pomiędzy budynkami Opolskiego Centrum Onkologii i Szpitala Wojewódzkiego wraz z dobudową części administracyjnych oddziałów chirurgii i ginekologii oraz Izby przyjęć na poziomie parteru w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

Tytuł zadania jak i treść złożonych referencji nie wskazują na przebudowę obiektu. Dodatkowo Zamawiający wymagał aby wartość robót budowlanych w zakresie tej przebudowy obiektu wynosiła co najmniej 2.000.000 zł. Wskazana w wykazie wartość jest większa, ale wykonawca oświadczył, że przedmiot tego zadania dotyczył budowy i przebudowy bez wskazania wartości poszczególnych zakresów, w szczególności nie złożył oświadczenia, jaka wartość tych robót dotyczy zakresu przebudowy obiektu w tym zadaniu (czy wynosiła co najmniej 2.000.000 zł).”.

Następnie odwołujący wskazał, że pismem z dnia 13 kwietnia 2023 r. zatytułowanym – Wyjaśnienia Wykonawcy – wykonawca BAUMAR odpowiedział na ww. pismo zamawiającego. W zakresie pkt 1) i pkt 2) BAUMAR przedłoży pełnomocnictwo dla Pana W. A. oraz oświadczenie oraz wykaz osób – Załącznik nr 7 do SWZ i wykaz usług – Załącznik nr 8 do SWZ.

Natomiast w zakresie wezwania do przedłożenia wykazu wykonanych robót – Załącznik nr 9 do SWZ, BAUMAR złożył jedynie oświadczenie/wyjaśnienie w zakresie jednej z robót, pierwotnie wskazanej w wykazie wykonanych robót (podpisane 9.03.2023r.), a co do drugiej wymienionej tam roboty oświadczył, że nie będzie składał wyjaśnień, ponieważ referencje dla pierwszego zadania są wystarczające do spełnienia wymagań zamawiającego:

„Ad 3 – Załącznik nr 9 do SWZ

a) W zakresie wskazania zadania „Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6 - Wykonawca PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp. k. w załączeniu przedkłada otrzymane od inwestora wyjaśnienia wskazujące, że wartość robót budowlanych polegających na przebudowie wynosiła ponad 4.000.000,00 zł.

Jednocześnie – na prośbę kontrahenta i w związku z zaciągniętymi zobowiązaniami umownymi do zachowania poufności (tajemnicy przedsiębiorstwa Inwestora) – Wykonawca na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP – zastrzegła wyraźnie, że informacje te (dokument Inwestora) nie mogą być udostępniane.

Wykonawca wskazuje, że dokument otrzymany od Inwestora, dla którego PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp.k. realizował roboty polegające na przebudowie obiektu budowlanego zawiera wyraźną klauzulę:

Jednocześnie wskazujemy, iż wszelkie szczegóły zrealizowanego zadania, w tym wysokość otrzymanego wynagrodzenia objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa i nie powinny być udostępniane podmiotom trzecim, za wyjątkiem Komisji Przetargowej przy Uniwersyteckim Szpitalu Klinicznym w Opolu.

b) W zakresie wskazania drugiego zadania – Wykonawca odstępuje od udzielenia wyjaśnień – wskazując, że referencje dla powyżej opisanego zadania są wystarczające do spełnienia wymagań Zamawiającego.”.

Przede wszystkim odwołujący zauważył, że pismem z dnia 6 kwietnia 2023 r. zamawiający nie wzywał BAUMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu wykonanych robót – Załącznik nr 9 do SWZ, ale wzywał BAUMAR, na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, do przedłożenia podmiotowego środka dowodowego – wykazu wykonanych robót – Załącznik nr 9 do SWZ, czego BAUMAR nie uczynił.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem użycie w przepisie art. 128 ust. 1 Pzp

kategorycznego sformułowania „wzywa” oznacza, że zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek warunkująca stosowanie tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów. Ponadto, wezwanie z art. 128 ust. 1 Pzp ma jednorazowy charakter, może być dokonywane tylko raz w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu, a także powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, sposób ich usunięcia poprzez wskazanie, czy powinno mieć miejsce złożenie, poprawienie lub uzupełnienie określonych oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte.

Odwołujący podniósł, że w tej sprawie zamawiający precyzyjnie sformułował wezwanie z dnia 6.04.20123 r., a mimo to wykonawca BAUMAR, nie przedłożył w odpowiedzi na nie Wykazu wykonanych robót – Załącznik nr 9 do SWZ, a tym samym stosownie do Rozdziału XIX SWZ pkt 4.1 lit. c) nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez dostarczenie wykazu robót budowlanych wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ - wykonawca BAUMAR nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu - Rozdz. XVIII pkt 4.1 Część 1 tiret drugi.

Odwołujący wskazał, że skoro wykonawca BAUMAR był już wzywany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia Wykazu wykonanych robót – Załącznik nr 9 do SWZ, to ponowne wezwanie w tym samym zakresie nie jest możliwe, a stwierdzone nieprawidłowości winny skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy BAMAR także na podstawie m.in. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zatem, zamawiający dokonując w dniu 7 czerwca 2023 r. wyboru oferty BAUMAR jako najkorzystniejszej naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c) w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BAUMAR w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XVIII pkt. 4.1 Część 1 tiret drugi w zakresie posiadanego doświadczenia oraz który w wyznaczonym terminie nie złożył podmiotowego środka dowodowego – wykazu wykonanych robót – załącznik nr 9 do SWZ, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, że z ostrożności procesowej, ewentualnie, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy odrzucenia na ww. podstawach prawnych, odwołujący składa zarzuty ewentualne.

Odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał w Rozdz. XVIII pkt 4.1 Część 1 tiret drugi aby wykonawca spełnił warunek:

„w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonawca należycie wykonał:

minimum jedną (1) kompleksową robotę budowlaną w zakresie przebudowy obiektów w zakresie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznej o wartości co najmniej dwóch milionów [2.000.000] złotych [zł]”.

Odwołujący powołał się na definicję legalną pojęcia „przebudowy” zawartą w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w art. 3 pkt 7a), zgodnie z którą: ilekroć w ustawie jest mowa o 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.

Odwołujący wskazał, że w przedłożonym pierwszym – z 9.03.2023 r., wadliwym, wykazie robót wykonawca BAUMAR wskazał dwie roboty. W obu przypadkach złożył oświadczenie, że przedmiot zamówienia dotyczył przebudowy. Wykonawca wymienił w wykazie następujące zadania:

a) Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej budynku biurowo-socjalnego wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6.

Odnosnie ww. zadania odwołujący podał, że tytuł wskazuje na „rozbudowę”, „nadbudowę” i „przebudowę”. Zamawiający wymagał w ww. warunku SWZ „przebudowy obiektu”. Dodatkowo Zamawiający wymagał aby wartość robót budowlanych w zakresie tej przebudowy obiektu wynosiła co najmniej 2.000.000 zł. Wskazana w wykazie wartość jest większa, a wykonawca BAUMAR oświadczył, że przedmiot tego zadania dotyczył przebudowy bez wskazania, że podana wartość dotyczy tylko części w zakresie przebudowy obiektu (a nie wartość całej umowy na to zadanie), a to ten zakres miał wykazać.

b) Budowa łącznika pomiędzy budynkami Opolskiego Centrum Onkologii i Szpitala Wojewódzkiego wraz z dobudową części administracyjnych oddziałów chirurgii i ginekologii oraz Izby przyjęć na poziomie parteru w trybie „zaprojektuj i wybuduj”.

Odnosnie ww. zadania odwołujący podał, że zarówno tytuł zadania, jak i treść złożonych referencji nie wskazują na przebudowę obiektu (mając na uwadze definicję przebudowy z ustawy Prawo budowlane). Dodatkowo Zamawiający wymagał aby wartość robót budowlanych w zakresie tej przebudowy obiektu wynosiła co najmniej 2.000.000 zł. Wskazana w wykazie wartość jest większa, ale wykonawca BAUMAR oświadczył, że przedmiot tego zadania dotyczył budowy i przebudowy bez wskazania wartości poszczególnych zakresów, w szczególności nie złożył oświadczenia, jaka wartość tych robót dotyczy zakresu przebudowy obiektu w tym zadaniu (czy wynosiła co najmniej 2.000.000 zł).

Zdaniem odwołującego w tej sytuacji zamawiający nie miał wystarczających danych dających możliwość zbadania i oceny spełnienia tego warunku SWZ. Odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do pierwszego przedłożonego przez przystępującego wykazu robót zamawiający nie dokonał żadnej czynności w zakresie sprawdzenia tej części oferty – nie wezwał wykonawcy do wyjaśnień, ani też nie zwrócił się do podmiotów, na rzecz których te zadania zostały zrealizowane. Odwołujący zauważył też, że pierwszy wybór z dnia 30.03.2023r. został unieważniony przez zamawiającego po piśmie odwołującego, wskazującego liczne wady oferty wykonawcy BAUMAR. Pismem z dnia 6.04.2023 r., na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, zamawiający wezwał BAUMAR do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazując na braki i nieścisłości w przekazanym wykazie wykonanych robót.

Odwołujący wskazał, że w zakresie roboty budowlanej – „Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej budynku biurowo-socjalnego wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6” w wykazie z dnia 9.03.2023 r. BAUMAR podał, że przedmiot zamówienia dotyczył przebudowy (całkowicie pomijając główny zakres zadania tj. rozbudowa i nadbudowa budynku) i wskazał wartość 6.150.147,59 zł. Natomiast w piśmie z dnia 13.04.2023 r. BAUMAR oświadczył, że przedkłada w załączeniu pismo od Inwestora tego zadania, czyli firmy Zott Polska Sp. z o.o. w Opolu zawierające wyjaśnienia wskazujące, że wartość robót budowlanych polegających na przebudowie wynosiła ponad 4.000.000 zł. Z treści tegoż pisma wynika, że inwestycja realizowana na terenie zakładu produkcyjnego Zott Polska obejmowała w szczególności kompleksową przebudowę obiektu obejmującą wykonanie przez firmę BAUMAR robót: budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznych na kwotę 4.251.356 zł.

Dalej odwołujący wskazywał, że ze strony internetowej Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego z wyszukiwarki publicznej RWDZ pozyskał dane dotyczące tej inwestycji, m.in.: kategoria obiektu, kubatura oraz nazwa zamierzenia inwestycyjnego: „Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej budynku biurowo-socjalnego”, rodzaj zamierzenia budowlanego: „rozbudowa istniejącego/istniejących obiektów budowlanych”, datę i nr decyzji pozwolenie na budowę: 920/20 z dnia 23.11.2020 r. Z kolei w ramach dostępu do informacji publicznej uzyskał decyzję pozwolenie na budowę: 920/20 z dnia 23.11.2020 r. Ponadto, w odwołaniu zamieścił link do facebooka wykonawcy BAUMAR, gdzie znajduje się film dokładnie pokazujący co zostało wykonane w ramach inwestycji „Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej budynku biurowo-socjalnego wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6”. W ocenie odwołującego film świetnie obrazuje zakres zadania i zawiera także opis „Rozbudowa i nadbudowa budynku socjalnego na terenie zakładu produkcyjnego Zott w Opolu”. Według odwołującego w filmie tym jasno i klarownie został przedstawiony zakres inwestycji – rozbudowa i nadbudowa – widać zmiany podstawowych, charakterystycznych parametrów obiektu tj. powierzchni zabudowy, wysokości, szerokości, zmiany ilości kondygnacji, kubatury. Odwołujący przywołał w tym zakresie legalną definicję pojęcia „przebudowy” zawartą w art. 3 pkt 7a) ustawy Prawo budowlane. Odwołujący podkreślił, że patrząc na przedmiotowy film nie ma wątpliwości, że wszystkie charakterystyczne parametry użytkowe obiektu na terenie zakładu Zott Polska Sp. z o.o. w Opolu uległy zmianie, czyli w żadnym razie inwestycja ta nie może stanowić przebudowy w rozumieniu prawa budowlanego i treści warunku SWZ. Rozmiar tych robót, które nie stanowią przebudowy, w ocenie odwołującego, widoczny jest doskonale na filmie. Odwołujący przywołał także definicję legalną pojęcia „budowy”, zawartą w ustawie Prawo budowlane w art. 3 pkt 6, zgodnie z którą: należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Według odwołującego, skoro prawo budowlane podaje różne definicje w zakresie przebudowy, rozbudowy i nadbudowy oznacza to, że właśnie w ten sposób należy interpretować warunek SWZ, tzn. jako kompleksową robotę budowlaną w zakresie przebudowy obiektów w zakresie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznej.

Odwołujący podkreślił, że Inwestor - firma Zott Polska Sp. z o.o. w Opolu w swoim piśmie z dnia 11.04.2023 r. użył potocznego określenia „kompleksowa przebudowa obiektu”, chcąc zapewne odwrócić uwagę od faktycznego zakresu, tj. rozbudowy i nadbudowy, przywołując przy tym jednak pełną nazwę swojej inwestycji. Zauważył też, że te

same informacje dotyczące zakresu tej inwestycji wynikają z decyzji 920/20 pozwolenie na budowę oraz z przedłożonych protokołów zakończenia robót dotyczących tej inwestycji.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia odnoszących się do wprowadzania zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji mających lub mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, tj. opisanych odpowiednio w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, co w ocenie odwołującego było przyczyną bardzo niefrasobliwego podejścia wykonawcy BAUMAR do przekazywanych zamawiającemu informacji. Odwołujący podnosił przy tym, że brak wskazania przez zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia go z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo decydują o tym, czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu czy też nie. Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien dokonać rzetelnej weryfikacji doświadczenia wskazanego przez BAUMAR w zakresie wykonanych robót, tym bardziej, że jak się okazało pierwotnie dokonał nieprawidłowej oceny tegoż doświadczenia i m.in. z tego powodu unieważnił swoją czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 30.03.2023 r. Odwołujący podkreślił, że nie można uznać, że jeżeli zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować oferty wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. Zauważył, że działanie nierzetelnego wykonawcy może także wyczerpywać znamiona przestępstwa, o którym mowa w art. 297 §1 kodeksu karnego.

Zdaniem odwołującego, właśnie eliminowaniu takich sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, która zawsze jest stosowana, a nie tak jak w przypadku fakultatywnych przesłanek wykluczenia, wtedy gdy zamawiający to przewidzi. Podkreślił, iż wykonawca BAUMAR przekazując zamawiającemu informacje nierzetelne, niezgodne z rzeczywistością, doprowadził do wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, co nie może zyskiwać aprobaty, a oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W ocenie odwołującego, powyższe obliuguje zamawiającego, jako stojącego na straży interesu publicznego przy wydatkowaniu środków publicznych, do odrzucenia oferty wykonawcy BAUMAR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działalnie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Z kolei art. 14 ww. ustawy przewiduje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Odwołujący stwierdził, że informacje wprowadzające w błąd/nieodpowiadające stanowi faktycznemu w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy BAUMAR zostały przekazane przez BAUMAR w celu uzyskania zamówienia. Jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i co najmniej zagrażające interesom innych, rzetelnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Według odwołującego, celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szanse na uzyskanie zamówienia. Tym samym – w ocenie odwołującego - działanie wykonawcy BAUMAR naruszało interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy nie mogli pozyskać zamówienia, choć BAUMAR nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Naruszało to także interes zamawiającego poprzez narażenie go na realizację zamówienia przez wykonawcę nieposiadającego wymaganego doświadczenia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 4 i ust. 5 w zw. z 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołujący podnosił, że zamawiający nie dokonał żadnej czynności w zakresie sprawdzenia oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę BAUMAR – nie wezwał wykonawcy do wyjaśnień, ani też nie zwrócił się do podmiotu, na rzecz którego to zadanie zostało zrealizowane. Tym samym zamawiający naruszył ww. przepisy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy BAUMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionych dokumentów, w szczególności – Końcowego protokołu odbioru Przedmiotu umowy z dnia 31.01.2022 r. i Protokołu końcowego wykonania robót z zakresu umowy podstawowej z dnia 31.01.2022 r. oraz załącznika nr 9 do SWZ z dnia 09.03.2023 r. (przed unieważnieniem postępowania), a także pisma Zott Polska Sp. z o.o. w Opolu z dnia 11.04.2023 r. kierowanego do firmy BAUMAR, które zawierają informacje sprzeczne ze sobą i nie tworzą spójnej całości w zakresie informacji o stanie faktycznym sprawy związanej z wykazaniem się przez BAUMAR wymaganym w SWZ doświadczeniem, o którym mowa w rozdziale XVIII pkt. 4.1 Część 1 tiret drugi, a także poprzez brak bezpośredniego zwrócenia się do podmiotu, który jest w

posiadaniu informacji i dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

W dalszej kolejności odwołujący wskazywał, że w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp zawarta jest jedna z fundamentalnych zasad zamówień publicznych, która stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok TSUE z dnia 10.10.2013 r. wydany w sprawie C-336/12, gdzie wskazano, iż: „Zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmiennie nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione”. Odwołujący zauważył, że w orzecznictwie TSUE ukształtował się pogląd, iż zasada równego traktowania wymaga jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań, a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełnienia.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy BAUMAR w sposób naruszający przepisy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty, mimo że oferta BAUMAR nie jest najkorzystniejsza oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości. Odwołujący zauważył, iż zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Uchybienia zarzucane zamawiającemu determinują konieczność unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, a następnie odrzucenia oferty BAUMAR. Tym samym – w ocenie odwołującego -zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę zasadności wszystkich pozostałych zarzutów odwołania.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 16.06.2023 r. wykonawca PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Polskiej Nowej Wsi (dalej „przystępujący” lub „BAUMAR”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W piśmie tym przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 22.06.2023 r. zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: Przebudowa oddziałów szpitalnych w formule zaprojektuj i wybuduj w ramach realizacji projektu pn. „*Wspieranie naprawy i zwiększanie odporności systemu ochrony zdrowia poprzez modernizację oddziałów szpitalnych Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Opolu*” –część 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W rozdziale XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SWZ”) pkt. 4.1 Część 1 tiret drug zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, w następującym zakresie:

„4) *Zdolności technicznej lub zawodowej*

4.1. *Warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej będą uznane za spełnione jeżeli, łącznie: Wykonawca wykaże, że:*

*Część 1*

*- w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca należycie wykonał:*

*minimum jedną [1] kompleksową robotę budowlaną w zakresie przebudowy obiektów w zakresie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznej o wartości co najmniej dwóch milionów [2.000.000] złotych [zł]”.*

W rozdziale XIX pkt 4.1. lit. c) SWZ zamawiający wskazał, że:

„4.1. *W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający będzie żądał dostarczenia:*

*c) Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania*

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ) z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów- inne dokumenty;

W przypadku składania oferty do kilku części wykazy należy złożyć odrębnie dla danej części wraz z dokumentami.”

Pismem z dnia 8.03.2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę BAUMAR do złożenia - aktualnych na dzień złożenia - podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na ww. wezwanie (dla części I) wykonawca BAUMAR złożył m.in. Załącznik nr 9 do SWZ -Wykaz wykonanych robót, w którym oświadczył, że: „zrealizowaliśmy w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca należycie wykonał: minimum jedną [1] kompleksową robotę budowlaną w zakresie budowy lub przebudowy obiektów , obejmujące swoim zakresem roboty budowlane, sanitarne, elektryczne i instalacji teletechnicznych o wartości co najmniej 2 000 000,00 [zł].”

W tabeli zawartej w Załączniku nr 9 do SWZ wykonawca wskazał na dwa zadania:

1) Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej budynku biurowo-socjalnego wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6. Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznych.

Przy czym:

- w kolumnie tabeli: „Przedmiot zamówienia dotyczył” - wykonawca wskazał: „Przebudowy”;

- w kolumnie tabeli: „Powierzchnia budynku, którego dotyczył przedmiot zamówienia” -wykonawca wskazał: „988,17 m2  
Wartość: 6 150 147,59 zł brutto”;

- w kolumnie tabeli: „Podmiot, na rzecz którego został wykonany przedmiot zamówienia” – wykonawca wskazał: „ZOTT Sp. z o.o.”.

2) Budowa łącznika pomiędzy budynkami Opolskiego Centrum Onkologii i Szpitala Wojewódzkiego wraz z dobudową części administracyjnych oddziałów chirurgii i ginekologii oraz izby przyjęć na poziomie parteru w trybie „zaprojektuj i wybuduj”. Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznych.

Przy czym:

- w kolumnie tabeli: „Przedmiot zamówienia dotyczył” - wykonawca wskazał: „Budowy i Przebudowy”;

- w kolumnie tabeli: „Powierzchnia budynku, którego dotyczył przedmiot zamówienia” -wykonawca wskazał: „772,59 m2  
Wartość: 5 409 243,43 zł brutto”.

- w kolumnie tabeli: „Podmiot, na rzecz którego został wykonany przedmiot zamówienia” – wykonawca wskazał: „SP ZOZ Opolskie Centrum Onkologii”.

Na potwierdzenie wykonania robót wskazanych w punkcie 1 powyżej wykonawca przedstawił „Końcowy protokół odbioru Przedmiotu Umowy” z dnia 31.01.2023 r.

Z kolei na potwierdzenie wykonania robót wskazanych w punkcie 2 powyżej wykonawca przedstawił referencje pochodzące od SPZOZ Opolskiego Centrum Onkologii, potwierdzające należyte wykonanie przedmiotowego zadania inwestycyjnego.

Pismem z dnia 30.03.2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę BAUMAR.

Pismem z dnia 4.04.2023 r. odwołujący poinformował zamawiającego o tym, że oferta wykonawcy BAUMAR zawiera liczne błędy, braki i niejasności, m.in. w zakresie dokumentu „Wykaz wykonanych robót - załącznik nr 9 do SWZ”.

Pismem z dnia 5.04.2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty w części I.

Jednocześnie pismem z dnia 6.04.2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę BAUMAR do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazując, że:

„3) Wykaz wykonanych robót —załącznik nr 9 do SWZ.

Zamawiający wymagał w Rozdz. XVIII pkt 4.1 Część 1 tiret drugi aby wykonawca spełnił warunek:

„w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest

krótszy — w tym okresie, wykonawca należycie wykonał:

minimum jedną (1) kompleksową robotę budowlaną w zakresie przebudowy obiektów w zakresie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznej o wartości co najmniej dwóch milionów [2.000.000] złotych [zł]"

W przedłożonym wykazie robót wykonawca wskazał dwie roboty. W obu przypadkach złożył oświadczenie, że przedmiot zamówienia dotyczył przebudowy. Wymienił w wykazie następujące zadania:

a) Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej budynku biurowo-socjalnego wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6.

Tytuł zadania wskazuje na „rozbudowę”, „nadbudowę” i „przebudowę”. Zamawiający wymagał w ww. warunku SWZ „przebudowy obiektu”. Dodatkowo Zamawiający wymagał aby wartość robót budowlanych w zakresie tej przebudowy obiektu wynosiła co najmniej 2.000.000 zł. Wskazana w wykazie wartość jest większa, a Wykonawca oświadczył, że przedmiot tego zadania dotyczył przebudowy bez wskazania, że podana wartość dotyczy tylko części w zakresie przebudowy obiektu (a nie wartość całej umowy na to zadanie), a to ten zakres miał wykazać.

b) Budowa łącznika pomiędzy budynkami Opolskiego Centrum Onkologii i Szpitala Wojewódzkiego wraz z dobudową części administracyjnych oddziałów chirurgii i ginekologii oraz Izby przyjęć na poziomie parteru w trybie „zaprojektuj i wybuduj”

Tytuł zadania jak i treść złożonych referencji nie wskazują na przebudowę obiektu. Dodatkowo Zamawiający wymagał aby wartość robót budowlanych w zakresie tej przebudowy obiektu wynosiła co najmniej 2.000.000 zł. Wskazana w wykazie wartość jest większa, ale wykonawca oświadczył, że przedmiot tego zadania dotyczył budowy i przebudowy bez wskazania wartości poszczególnych zakresów, w szczególności nie złożył oświadczenia, jaka wartość tych robót dotyczy zakresu przebudowy obiektu w tym zadaniu (czy wynosiła co najmniej 2.000.000 zł).”

W odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie wykonawca BAUMAR w piśmie z dnia 13.04.2023 r. wskazał m.in., że:

„Ad 3 – Załącznik nr 9 do SWZ

a) W zakresie wskazania zadania „Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6 - Wykonawca PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp. k. w załączeniu przedkłada otrzymane od inwestora wyjaśnienia wskazujące, że wartość robót budowlanych polegających na przebudowie wynosiła ponad 4.000.000,00 zł.

Jednocześnie – na prośbę kontrahenta i w związku z zaciągniętymi zobowiązaniami umownymi do zachowania poufności (tajemnicy przedsiębiorstwa Inwestora) – Wykonawca na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy PZP – zastrzega wyraźnie, że informacje te (dokument Inwestora) nie mogą być udostępniane. Wykonawca wskazuje, że dokument otrzymany od Inwestora, dla którego PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp.k. realizował roboty polegające na przebudowie obiektu budowlanego zawiera wyraźną klauzulę (...)

b) W zakresie wskazania drugiego zadania – Wykonawca odstępuje od udzielenia wyjaśnień – wskazując, że referencje dla powyżej opisanego zadania są wystarczające do spełnienia wymagań Zamawiającego.”

Do ww. pisma wykonawca BAUMAR załączył wyjaśnienia Inwestora – firmy Zott Polska Sp. z o.o. (dalej zwanej jako: „Zott”), w którym firma ta wskazała m.in., że przedmiotowa inwestycja obejmowała w szczególności kompleksową przebudowę obiektu obejmującą wykonanie robót budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznych na kwotę 4.251.356 zł.

Pismem z dnia 7 czerwca 2023 r. zamawiający poinformował, że dokonał wyboru oferty wykonawcy BAUMAR jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także dowody złożone przez odwołującego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołanie należało oddalić.

Zarzut nr 1 (zarzut podstawowy) – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp: zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty.

Natomiast stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Odwołujący uzasadniając ww. zarzut podnosił, że wykonawca BAUMAR wezwany przez zamawiającego pismem z dnia 6.04.2023 r. - na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - do przedłożenia podmiotowego środka dowodowego – Wykazu wykonanych robót – załącznik nr 9 do SWZ, nie uczynił tego, tj. nie przedłożył w odpowiedzi na wezwanie Wykazu wykonanych robót – załącznika nr 9 do SWZ, a tym samym stosownie do rozdziału XIX SWZ pkt 4.1 lit. c) nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej poprzez dostarczenie wykazu robót budowlanych, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ.

Prawdą jest, że pismem z dnia 6.04.2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę BAUMAR, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, m.in. do przedłożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu wykonanych robót — załącznika nr 9 do SWZ. Zamawiający w wezwaniu tym wskazał, że:

*„W przedłożonym wykazie robót wykonawca wskazał dwie roboty. W obu przypadkach złożył oświadczenie, że przedmiot zamówienia dotyczył przebudowy. Wymienił w wykazie następujące zadania:*

*a) Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej budynku biurowo-socjalnego wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6.*

*Tytuł zadania wskazuje na „rozbudowę”, „nadbudowę” i „przebudowę”. Zamawiający wymagał w ww. warunku SWZ „przebudowy obiektu”. Dodatkowo Zamawiający wymagał aby wartość robót budowlanych w zakresie tej przebudowy obiektu wynosiła co najmniej 2.000.000 zł. Wskazana w wykazie wartość jest większa, a Wykonawca oświadczył, że przedmiot tego zadania dotyczył przebudowy bez wskazania, że podana wartość dotyczy tylko części w zakresie przebudowy obiektu (a nie wartość całej umowy na to zadanie), a to ten zakres miał wykazać.*

*b) Budowa łącznika pomiędzy budynkami Opolskiego Centrum Onkologii i Szpitala Wojewódzkiego wraz z dobudową części administracyjnych oddziałów chirurgii i ginekologii oraz Izby przyjęć na poziomie parteru w trybie „zaprojektuj i wybuduj”*

*Tytuł zadania jak i treść złożonych referencji nie wskazują na przebudowę obiektu. Dodatkowo Zamawiający wymagał aby wartość robót budowlanych w zakresie tej przebudowy obiektu wynosiła co najmniej 2.000.000 zł. Wskazana w wykazie wartość jest większa, ale wykonawca oświadczył, że przedmiot tego zadania dotyczył budowy i przebudowy bez wskazania wartości poszczególnych zakresów, w szczególności nie złożył oświadczenia, jaka wartość tych robót dotyczy zakresu przebudowy obiektu w tym zadaniu (czy wynosiła co najmniej 2.000.000 zł).”*

Prawdą jest też to, że w odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie wykonawca BAUMAR nie przedłożył Wykazu wykonanych robót według załącznika nr 9 do SWZ, a jedynie przedstawił stosowne wyjaśnienia do uprzednio złożonego przez siebie Wykazu wykonanych robót - załącznika nr 9, wskazując, że:

*„a) W zakresie wskazania zadania „Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6 - Wykonawca PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp. k. w załączeniu przedkłada otrzymane od inwestora wyjaśnienia wskazujące, że wartość robót budowlanych polegających na przebudowie wynosiła ponad 4.000.000,00 zł.(...).*

*b) W zakresie wskazania drugiego zadania – Wykonawca odstępuje od udzielenia wyjaśnień – wskazując, że referencje dla powyżej opisanego zadania są wystarczające do spełnienia wymagań Zamawiającego.”*

Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślić należy, że wykonawca BAUMAR złożył już uprzednio Wykaz wykonanych robót — załącznik nr 9 do SWZ. Zauważyć też należy, że przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w sytuacji, gdy wykonawca w ogóle nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub są one niekompletne albo zawierają błędy. Jak wskazał na rozprawie zamawiający, jego wezwanie wystosowane do wykonawcy BAUMAR w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp było reakcją, nie do końca przemyślaną, na pismo pochodzące od innego wykonawcy, a wskazujące na nieprawidłowości w ofercie wykonawcy BAUMAR. Na rozprawie wskazywał, że już na podstawie pierwotnie złożonego Wykazu wykonanych robót mógł zweryfikować doświadczenie wykonawcy, a wyjaśnienia złożone przez wykonawcę BAUMAR tylko rozwiały ewentualne wątpliwości w tym zakresie.

Podkreślić należy, że odwołujący formułując przedmiotowy zarzut nie wskazał w jakim zakresie przedmiotowy dokument, czyli Wykaz wykonanych robót – załącznik nr 9 do SWZ – złożony przez wykonawcę BAUMAR jest obarczony błędami czy w jakim zakresie wymaga on uzupełnienia. Nie ma wątpliwości, że ten dokument był uprzednio złożony przez tego wykonawcę. A zatem wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp miałyby sens, gdyby wskazane zostały błędy czy braki w tym dokumencie, które wymagają uzupełnienia.

Nie można czynić zarzutu wykonawcy tylko z tego względu, że wykonawca wezwany do złożenia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp go nie złożył, a przedstawił jedynie wyjaśnienia, w sytuacji, gdy dokument ten był złożony zamawiającemu w odpowiedzi na jego wcześniejsze wezwanie - do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 8.03.2023 r. Takie rozumienie przepisu prowadziłoby do absurdu. Skoro dokument żądany przez zamawiającego znajduje się w dokumentacji postępowania i jest on prawidłowy, to brak jakichkolwiek uzasadnionych podstaw do formułowania zarzutu w takki sposób w jaki został on postawiony.

Należy zauważyć, że trudno czynić też wykonawcy zarzut co do sposobu wypełnienia tabeli, zawartej w załączniku nr 9 do SWZ, a w szczególności, że nie wskazał on w tabeli konkretnej wartości robót polegających na przebudowie, skoro nie ma takiej wyszczególnionej pozycji w tej tabeli. Jest tylko odniesienie do wartości w kolumnie pn.: „Powierzchnia budynku, którego dotyczył przedmiot zamówienia”, w której to wykonawca BAUMAR w odniesieniu do poz. 1 podał wartość całej inwestycji .

Reasumując, stwierdzić należy, że skoro żądany wezwaniem z dnia 6.04.2023 r. podmiotowy środek dowodowy w postaci Wykazu wykonanych robót – załącznika nr 9 do SWZ został złożony wcześniej przez wykonawcę i co do zasady jest on prawidłowy i nie zawiera błędów, to brak jest podstaw do żądania jego uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przy czym podkreślić też należy, że ewentualne wątpliwości w zakresie podanej w tym Wykazie wartości przebudowy „o wartości co najmniej 2 000 000,00” zostały wyjaśnione pismem z dnia 13.04.2023 r.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2 (zarzut ewentualny) - zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W konsekwencji oddalenia zarzutu nr 1 podlegał rozpoznaniu przez Izbę zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1

i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podnoszony przez odwołującego w dalszej kolejności jako zarzut ewentualny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Stosownie zaś do art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody.

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podnosił m.in., że: „*Informacje wprowadzające w błąd/nieodpowiadające stanowi faktycznemu w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy BAUMAR zostały przekazane przez BAUMAR w celu uzyskania zamówienia. Jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i co najmniej zagrażające interesom innych, rzetelnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem było uzyskanie zamówienia i*

wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szanse na uzyskanie zamówienia.”

Na wstępie należy podkreślić, że Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, wyrażonym w toku rozprawy, że skoro zamawiający nie zastrzegł w treści SWZ fakultatywnej przesłanki wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, związanej z przedstawieniem informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, to w tym zakresie nie może wyeliminować oferty z postępowania w oparciu o inne podstawy prawne, w tym z uwagi na złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego ww. zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przede wszystkim z tego względu, że odwołujący nie przedstawił dowodów, które w sposób jednoznaczny potwierdzałyby, że wykonawca BAUMAR w zakresie wykazywanego doświadczenia przedstawił informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy i wprowadzające w błąd zamawiającego w celu uzyskania zamówienia. Odwołujący zarzucał, że referencyjna Inwestycja „Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6” nie obejmowała robót budowlanych w zakresie przebudowy obiektu wartości co najmniej 2 mln zł. Podkreślić należy, że tej okoliczności odwołujący nie udowodnił. Odwołujący w tym zakresie przedstawił dwa dowody, tj. dowód nr 1 - dokumentację poglądową /wizualną obiektu referencyjnego oraz dowód nr 2 – porównanie wartości robót budowlanych dla obiektu referencyjnego.

Nie było sporu, że referencyjna inwestycja obejmowała roboty budowlane w zakresie przebudowy, sporna była tylko ich wartość.

W tym miejscu należy też wskazać, że Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, że skoro nie zdefiniował w SWZ pojęcia „przebudowa” i nie odesłał w tym zakresie do definicji zawartej w ustawie Prawo budowlane, to wykonawcy mogli rozumieć to pojęcie w sposób potoczny w oderwaniu od definicji legalnej zawartej w ustawie. Definicja legalna robót budowlanych polegających na „przebudowie” obiektu budowlanego, zawarta jest w art. 3 ust. 7a) ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 682, ze zm.). Skoro brak jest postanowień w SWZ dotyczących rozumienia pojęcia „przebudowa”, na potrzeby potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, to uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jako profesjonalści, w tej kwestii powinni odwoływać się do legalnej definicji zawartej w ustawie Prawo budowlane.

Co do kwestii samej wartości robót budowlanych polegających na przebudowie obiektu w ramach referencyjnej Inwestycji, to jak już powyżej wskazano, odwołujący nie wykazał, że wykonawca BAUMAR przedstawił w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. Zauważyć należy, że na podstawie przedstawionej dokumentacji zdjęciowej, zresztą bardzo ogólnej i fragmentarycznej (bez żadnych danych technicznych), można jedynie poglądowo zapoznać się z zakresem zmian na danym obiekcie (w zasadzie tylko co do bryły budynku). Z dowodu nr 1 - w żaden sposób nie można wywieść jaka była rzeczywista wartość przebudowy. Z kolei dowód nr 2 czyli porównanie wartości robót budowlanych dla obiektu referencyjnego – stanowi w istocie kalkulację porównawczą opartą na własnych założeniach odwołującego. To, że odwołujący w tej kalkulacji oparł się na obiektywnych wskaźnikach cenowych określonych wg SEKOCENBUD w żaden sposób nie potwierdza miarodajności obliczeń dla zakresu robót zrealizowanych w ramach referencyjnej Inwestycji. Już samo przyjęcie proporcji powierzchni robót budowlanych na przedmiotowym obiekcie, tj. powierzchni przebudowy w stosunku do powierzchni nadbudowy i rozbudowy jest oparte jedynie na samych domysłach i spekulacjach odwołującego. Brak jest jakichkolwiek wiarygodnych dowodów, które potwierdzałyby zarzuty odwołującego. Dowód nr 3 – wyciąg z SWZ z innego postępowania prowadzonego przez innego zamawiającego, stanowi dowód tylko na to, w jaki sposób inny zamawiający ukształtował postanowienia SWZ w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy, dowody przedstawione przez odwołującego nie mogą stanowić też żadnej podstawy do uznania, że wartość robót wykonanych w ramach referencyjnej Inwestycji nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na względzie Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nr 3 (zarzut ewentualny) – zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 i ust. 5 w zw. z 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania BAUMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionych dokumentów

W dalszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia 128 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, podnoszony przez odwołującego także jako zarzut ewentualny.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 i 5 ustawy Pzp:

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

5. Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podnosił, że: „*zamawiający nie dokonał żadnej czynności w zakresie sprawdzenia oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę BAUMAR – nie wezwał wykonawcy do wyjaśnień, ani też nie zwrócił się do podmiotu, na rzecz którego to zadanie zostało zrealizowane (naruszenie art. 128 ust. 4 i ust. 5 PZP w zw. z 16 pkt 1 i 2 PZP poprzez zaniechanie wezwania BAUMAR do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionych dokumentów, w szczególności – Końcowego protokołu odbioru Przedmiotu umowy z dnia 31.01.2022 r. i Protokołu końcowego wykonania robót z zakresu umowy podstawowej z dnia 31.01.2022 r. oraz załącznika nr 9 do SWZ z dnia 09.03.2023 r. (przed unieważnieniem postępowania) a także pisma Zott Polska Sp. z o.o. w Opolu z dnia 11.04.2023 r. kierowanego do firmy BAUMAR, które zawierają informacje sprzeczne ze sobą i nie tworzące spójnej całości w zakresie informacji o stanie faktycznym sprawy związanej z wykazaniem się przez BAUMAR wymaganym w SWZ doświadczeniem, o którym mowa w rozdziale XVIII pkt. 4.1 Część 1 tiret drugi, a także poprzez brak bezpośredniego zwrócenia się do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji i dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równej pozycji wykonawców w postępowaniu, przez co Postępowanie*

*straciło walor przejrzystości).*”.

Jak z powyższego wynika, odwołujący opierał ww. zarzut na sprzeczności dokumentów złożonych przez przystępującego BAUMAR na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Przede wszystkim, sam odwołujący w odwołaniu – w uzasadnieniu do ww. zarzutu - nie wskazał na czym konkretnie ta sprzeczność w złożonych dokumentach miałaby polegać. Można jedynie o tym wnioskować z treści uzasadnienia odwołania przedstawionego w kontekście pozostałych zarzutów oraz ze stanowiska odwołującego przedstawionego na rozprawie.

Izba nie stwierdziła, żeby w złożonych dokumentach, tj. w Wykazie wykonanych robót, stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, w Protokole odbioru Przedmiotu umowy, czy piśmie firmy Zott -Informacji uzupełniającej do Protokołu odbioru końcowego robót z dnia 31.01.2022 r., zachodziła sprzeczność, która wymagałaby wyjaśnienia.

W Wykazie wykonanych robót - załącznik nr 9 do SWZ nad tabelą wykonawca BAUMAR zawarł ogólne oświadczenie zgodne z treścią warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie: „*Oświadczamy, że zrealizowaliśmy w okresie ostatnich w okresie ostatnich pięciu [5] lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca należyście wykonał: minimum jedną [1] kompleksową robotę budowlaną w zakresie budowy lub przebudowy obiektów, obejmujące swoim zakresem roboty budowlane, sanitarne, elektryczne i instalacji teletechnicznych o wartości co najmniej 2 000 000,00 [zł].*”.

Z kolei w samej tabeli, zawartej w załączniku nr 9 do SWZ w kolumnie „Powierzchnia budynku, którego dotyczył przedmiot zamówienia” wykonawca podał wartość 6.150.147,59 zł.

Do Wykazu wykonanych robót – załącznika nr 9 do SWZ wykonawca załączył Końcowy protokół odbioru Przedmiotu Umowy, w którym zostały wskazane wartości za poszczególne zakresy robót oraz wartość całej inwestycji - 6.150.147,59 zł. Faktem jest, że w tych dokumentach nie wskazano konkretnej wartości samej przebudowy.

Z wyjaśnień wykonawcy BAUMAR złożonych pismem z dnia 13.04.2023 r. wynika, że: „*W zakresie wskazania zadania „Rozbudowa i nadbudowa części socjalnej wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącej szatni na jadalnię oraz przebudowa części budynku w Opolu przy ul. Chłodniczej nr 6 - Wykonawca PB BAUMAR Sp. z o.o. Sp. k. w załączeniu przedkłada otrzymane od inwestora wyjaśnienia wskazujące, że wartość robót budowlanych polegających na przebudowie wynosiła ponad 4.000.000,00 zł.*” Z kolei z załączonego do tych wyjaśnień pisma Zott –Informacji uzupełniającej do Protokołu odbioru końcowego robót z dnia 31.01.2022 r. wynika, że przedmiotowa inwestycja obejmowała w szczególności kompleksową przebudowę obiektu obejmującą wykonanie przez wykonawcę BAUMAR robót: budowlanych, sanitarnych, elektrycznych i instalacji teletechnicznych na kwotę 4.251.356 zł.

Wskazywane wartości nie stoją w sprzeczności ze sobą. Wykaz wykonanych robót wskazuje na wartość całej

inwestycji, a z wyjaśnień wykonawcy BAUMAR i załączonego do nich pisma Zott wynika jaka była faktycznie wartość przebudowy w ramach tej inwestycji.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 i ust. 5 w zw. z 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Bezzasadny jest także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w całości.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przedstawione dowody oraz stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 2.500 zł stanowiącą koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego.

Izba nie uwzględniła wniosku kosztowego złożonego przez przystępującego, albowiem brak jest podstawy prawnej do zasądzenia kosztów na jego rzecz od odwołującego. Jedynie w sytuacji, gdyby jako uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości lub w części, Izba miałaby podstawę do zasądzenia kosztów od odwołującego na rzecz przystępującego w przypadku oddalenia odwołania. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

**Przewodniczący: .....**