sygn. akt: **KIO 740/23,**
KIO 743/23
KIO 745/23

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Kuszel - Kowalczyk
Członkowie: Piotr Kozłowski
Emil Kuriata
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca oraz 5 kwietnia 2023 roku, w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2023 r. przez:

A.wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 740/23),

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Polimex Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Siedlcach, Electra M&E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsorcjum Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 743/23),

C.wykonawcę **MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach** (KIO 745/23),

w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu** przy udziale:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Polimex Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Siedlcach, Electra M&E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsorcjum Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 740/23 po stronie odwołującego oraz KIO 745/23 po stronie zamawiającego.

B.wykonawcy **MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 740/23 i KIO 743/23 po stronie zamawiającego;

C.wykonawcy **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 740/23, KIO 743/23 i KIO 745/23 po stronie zamawiającego;

D.wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 743/23 i KIO 745/23 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1.Oddala odwołania,

2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 740/23); **Konsorcjum Polimex Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Siedlcach, Electra M&E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsorcjum Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 743/23); **MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach** (KIO 745/23) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **60 000 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: 1) wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 740/23) **(20 000,00 zł)** oraz 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Polimex Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Siedlcach, Electra M&E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsorcjum Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 743/23) **(20 000,00 zł)** oraz 3) wykonawcę **MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach** (KIO 745/23) **(20 000,00 zł)**, tytułem wpisu od odwołań,

2.2. zasądza od każdego z odwołujących: 1) **Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 740/23); 2) **Konsorcjum Polimex Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Siedlcach, Electra M&E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsorcjum Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie** (KIO 743/23); 3) **MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach** (KIO 745/23) - na rzecz zamawiającego **Dolnośląskiego Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów 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. poz. 2022, poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……
Członkowie: ……
……

Sygn. akt: KIO 740/23; KIO 743/23; KIO 745/23

U z a s a d n i e n i e

Dolnośląskie Centrum Onkologii, Pulmonologii i Hematologii we Wrocławiu (dalej „Zamawiający"), prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1170 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Szpitala Onkologicznego we Wrocławiu" (nr postępowania: ZP/PN/41/22/RN/AW).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 maja 2022 r. pod nr 2022/S 090-246383.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne.

KIO 740/23

17 marca 2023 r. Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie(dalej „Mostostal" lub „Odwołujący I")wniósł wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty PORR S.A. (dalej „PORR") podlegającej odrzuceniu oraz zaniechaniu odrzucenia drugiej w kolejności rankingowej oferty złożonej przez MIRBUD S.A. (dalej „MIRBUD") odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

W odwołaniu Odwołujący Mostostal zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy PORR jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w związku z udzieleniem wyjaśnień elementów cenotwórczych w stopniu niewystarczającym, czyli takich, które wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i kosztów, co w konsekwencji stanowi naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

2)art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu w sposób nieprawidłowy, bo nieodnoszący się do wszystkich istotnych składników ceny, które zostały zaniżone w ofercie wybranego wykonawcy.

3)art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny, co stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

4)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD jako niezgodnej z warunkami zamówienia, co stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne, jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

5)art. 223 ust. 1 ustawy w związku z art. 223 ust. 2 ustawy i art. 16 pkt 1 ustaw Pzp poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą MIRBUD służących dokonaniu bezprawnego sanowania oferty, w istocie prowadzących do zmiany jej treści.

6)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, §2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „Rozporządzenie") i art. 20 ust. 1 lit. d) ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym (dalej: „ustawa o KRK") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z powodu złożenia w ofercie tego wykonawcy dla członków rady nadzorczej i członka zarządu, mających obywatelstwo zagraniczne (austriackie i niemieckie) informacji z polskiego Krajowego Rejestru Karnego niezawierających dodatkowej informacji z państwa obywatelstwa wnioskodawcy, czyli dokumentu bez właściwego załącznika z Europejskiego Systemu Przekazywania Informacji z Rejestrów Karnych - ECRIS (dalej: „ECRIS') potwierdzającego niekaralność w rejestrze karnym państwa obywatelstwa wnioskodawcy, uzyskiwanego na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 5a ustawy o KRK, przez co dokumenty przedstawione dla tych osób są niekompletne, z zastrzeżeniem możliwości wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, o ile nie ziszczą się inne zarzuty w zakresie odrzucenia oferty.

7)innych przywołanych w treści uzasadnienia do niniejszego odwołania.

Odwołujący Mostostal wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;

2)dokonanie odrzucenia ofert PORR i MIRBUD w oparciu o wyżej wskazane podstawy prawne odrzucenia, z zastrzeżeniem ewentualnego wezwania wykonawcy PORR do uzupełnienia dokumentów w przypadku nieziszczenia się pozostałych przesłanek odrzucenia;

Odwołujący Mostostal wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Uzasadniając odwołanie, Mostostal wskazał:

Uwagi ogólne

Zamawiający w dniu 7 marca 2023 roku dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty PORR. W wyniku tej czynności Odwołujący powziął wiedzę o zaniechaniu przez Zamawiającego dokonania odrzucenia oferty PORR i MIRBUD poprzedzających w rankingu cenowym ofertę Odwołującego, podczas gdy oferty obu wymienionych wykonawców winny zostać odrzucone w postępowaniu w oparciu o wyżej wskazane podstawy prawne.

I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5,8 i 10 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, a także art. 224 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący podnosi, że w ofercie PORR cena oferty, a konkretnie ceny za poszczególne kategorie/rodzaje robót, znacznie odbiegają od średniej ceny ofert pozostałych wykonawców, co w sposób ewidentny poddaje w wątpliwość ich realność i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a tym samym powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Jednocześnie, pomimo wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do niektórych składników ceny, wyjaśnienia tego wykonawcy nadal budzą wątpliwości w zakresie realności poszczególnych elementów ceny, co więcej potwierdzają wątpliwości co do uwzględnienia w wycenie wszystkich wymaganych elementów treści oferty, co tym samym potwierdza również ziszczenie się przesłanki z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którą winno dojść do odrzucenia oferty jako rażąco niskiej, w odniesieniu do której udzielone wyjaśnienia ani dowody nie uzasadniają określonej ceny czy kosztu.

Mostostal Warszawa wskazuje, że już z pobieżnej analizy podsumowania poszczególnych grup kosztów zawartych w Specyfikacji cenowej PORR widać wyraźnie, że w grupie IV - „Koszty robót wykończeniowych" wartość tych robót odbiega znacznie od cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Różnice cen pomiędzy poszczególnymi wykonawcami są co do zasady naturalne, jednakże tylko jeśli mieszczą się one w rozsądnych granicach.

W ustawodawstwie przyjmuje się, że ta rozsądna granica to 30%, co potwierdził również Zamawiający w wezwaniu skierowanym do PORR w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W przypadku PORR koszty robót wykończeniowych nie przekraczają 60% średniej wartości z pozostałych ofert, co przekłada się na obniżenie ceny oferty PORR o ok. 70 mln zł. To w połączeniu z kolejnymi 70 mln obniżonymi na robotach instalacyjnych, a także kolejnymi milionami na poszczególnych działach, dało PORR pierwsze miejsce w rankingu ofert.

Odwołujący, dla zobrazowania rozbieżności pomiędzy poszczególnymi ofertami przedstawia tabelę zawierającą w podziale na rodzaje robót i wyposażenia jednoznacznie wskazujące na dysonans pomiędzy cenami PORR a cenami pozostałych wykonawców, co w ogólnym rozrachunku tworzy różnicę w stosunku do średniej ceny pozostałych wykonawców w wysokości aż 80 mln zł.

Dołączona do niniejszego pisma tabela zestawienia obejmuje 12 pozycji kluczowych (istotnych) rodzajów/ kategorii robót i elementów wyposażenia danego przedmiotu zamówienia, przy czym średnia cena większości rodzajów robót nie sięga nawet połowy średniej ceny pozostałych ofert tworząc gigantyczną wręcz przepaść cenową, sugerując wystąpienie w ofercie rażąco niskiej ceny,

W niektórych przypadkach wartość procentowa danego typu robót nie stanowi nawet 10% średniej ceny pozostałych ofert.

Powyższe bezspornie wskazuje więc, że w przypadku oferty PORR doszło do znacznego niedoszacowania poszczególnych elementów robót, co w konsekwencji powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako zawierającej rażąco niską cenę i w konsekwencji stanowi również wyraz naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne wyrażonych w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Pragniemy przy tym zauważyć, że udzielone przez wykonawcę w dniu 16 lutego 2023 r. wyjaśnienia dotyczące ceny oferty udzielone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. w odniesieniu do wskazanych w wezwaniu Zamawiającego części składowych ceny, które - co należy podkreślić - nie odpowiadają zakresowi robót i wyposażenia z wyżej wskazanej tabeli Zestawienia, nie rozwiały wątpliwości, a wręcz utwierdziły w przekonaniu, że zaoferowana przez wykonawcę cena ma charakter nierealny. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że przez fakt, iż zakres wezwania

Zamawiającego nie obejmował wszystkich istotnych elementów ceny, również samo wezwanie dokonane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP jako nieobejmujące wszystkich istotnych składników ceny, w istocie nie było prawidłowe i nie mogło dać miarodajnego obrazu o ogromie nierealności zaoferowanej ceny.

Niezależnie od tego nawet wyjaśnienia już udzielone winny zostać uznane przez Zamawiającego za niewystarczające i zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy PZP winny prowadzić Zamawiającego do konkluzji o odrzuceniu oferty PORR, jako oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają w ofercie ceny lub kosztu i winna ona zostać odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem.

I tak - odnosząc się do poszczególnych kategorii kosztów, Odwołujący wskazuje, co następuje.

W zestawieniu wykazano, że takie elementy jak ściany zewnętrzne i wewnętrzne, sufity, warstwy podposadzkowe czy stolarka ledwie przekraczają wartością 50% średniej ceny pozostałych wykonawców.

Część z nich była przedmiotem wyjaśnień udzielanych na wezwanie Zamawiającego, jednakże PORR w żaden sposób nie wyjaśnił, w jaki sposób mógłby zrealizować zamówienie o połowę taniej od innych wykonawców. Każdy z podmiotów, który ubiega się o przedmiotowe zamówienie, ma w mniejszym lub większym zakresie stałych partnerów handlowych i zawarte z nimi umowy ramowe, i może w związku z tym liczyć na pewne rabaty z uwagi na skalę zamówienia czy dotychczasową współpracę. Nie istnieją jednak żadne nadzwyczajne okoliczności, które pozwoliłyby na osiągnięcie połowy rynkowych cen w tak szerokim asortymencie robót.

Na szczególną uwagę zasługuje fakt, że PORR zamierza wykonać osłony radiologiczne w planowanym szpitalu za 8 76% średniej ceny z pozostałych ofert. Nic nie uzasadnia ponad 90% rabatu, kwota zaoferowana w ofercie PORR nie wystarczy nawet na zakup blachy ołowianej, jaka w tym przypadku powinna być zastosowana, nie mówiąc już o koszcie jej montażu.

Na podstawie analizy cenowej jednoznacznie można zatem stwierdzić, że PORR nie uwzględnił wymaganych osłon radiologicznych w pomieszczeniach szpitala. W zakresie osłon z płyt ołowiowych w podanej cenie nie ma żadnej technologii na rynku, która zabezpieczyłaby pacjentów i/lub otoczenie przed promieniowaniem. Osłony spełniają istotną funkcję użytkową. Według PFU powierzchnie pomieszczeń wymagających osłony radiologicznej (biorąc pod uwagę fakt możliwości optymalizacji powierzchni objętej osłonami poprzez wykonanie stropów żelbetowych o grubości min. 25 cm, a także wykonanie ścian w technologii murowanej) to ok. 2.400 m^2. Oferty zebrane z rynku firm (INNOWATOR, ALVO, WI E JAK) przyjmując najniższą z nich to 563,87 PLN/m^2 dla 2 mm ołowiu oraz 439,92 PLN/m^2 dla grubości ołowiu 1 mm.

Koszt wykonania nie powinien więc być niższy niż: 2400 x 439,92 = 1055.808 netto PLN,

Tymczasem w ofercie PORR znajdujemy cenę sprzedażową na poziomie 328.362 netto PLN za całość.

328.326/2.400 m^2 = 136,80 PLN/m^2

Sama blacha ołowiana według cenników producenta grubości 1 mm za I m^2 to koszt około 221 PLN (cena osiągalna przy zakupie znacznych ilości - wg oferty Innowator).

Należy zauważyć, że istotnym kosztem będzie tu również montaż, na który składa się przygotowanie powierzchni, klej, transport, montaż, projekt i nadzór szczelności.

Nie jest możliwe zatem zrealizowanie bezpiecznego i funkcjonalnego szpitala przy minimalnych założeniach, w zakresie optymalizacji powierzchni i minimalnej grubości, bez szkody dla spełnienia funkcji i założeń PFU.

Z analizy oferty PORR wynika również, że na wykonanie robót żelbetowych, w tym te, które mają zapewnić osłonę radiologiczną w jednym ze skrzydeł szpitala (C) - wykonawca ten przyjął ok. 51% wartości średniej ceny pozostałych oferentów.

Prace te dotyczą pomieszczeń akceleratorów o szczególnych wymaganiach radiologicznych. Zgodnie z PFU przyjęto pomieszczenia z betonu barytowego o odpowiedniej grubości ścian, gdzie objętość betonu specjalistycznego wynosi ok. 3.466 m^3

Beton barytowy to koszt około 4400 PLN/m^3 (bazując na ofertach Dyckerhoff, ABET, Górażdże), Licząc koszt betonu: 3.466 x 4,400 = 15.250.400 PLN netto to koszt samej mieszanki betonowej tylko dla pomieszczeń akceleratorów znajdujących się w skrzydle C.

Do powyższych kosztów należy doliczyć jeszcze koszty wbudowania, zbrojenia, robocizny, pompowania betonu, szalunków, strat normowych, dodatków do betonu. Sumarycznie będzie to więc koszt dużo wyższy.

Tymczasem PORR na roboty żelbetowe skrzydła C przyjął kwotę ok. 13 mln PLN, za którą zamierza wykonać wszystkie ściany i stropy żelbetowe w skrzydle C (w tym te z betonu barytowego oraz pozostałej konstrukcji żelbetowej, która średnio dla poszczególnych skrzydeł kształtuje się na poziomie ok. 9 mln PLN), która także obejmie wszystkie wyżej wymienione koszty dodatkowe.

Rzetelność kalkulacji PORR podważa również fakt, iż dokonali wyceny ścian i stropów żelbetowych skrzydła D (gdzie nie występuje beton barytowy) drożej niż skrzydła C (gdzie ten drogi rodzaj betonu występuje).

W orzecznictwie KIO ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym „za istotne składniki ceny uznaje się te elementy,

których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Będą to zatem elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości." (wyrok KIO z 17.03.2022.; sygn. akt: KIO 548/22).

Skoro PORR tak znacząco odbiega od cen rynkowych w zakresie podstawowych elementów wymaganych do zabezpieczenia pacjentów i personelu szpitala przed promieniowaniem, uzasadnione są wszelkie wątpliwości czy PORR faktycznie dokonał wyceny wszystkich elementów zamówienia i czy faktycznie takich, jakie są wymagane w obiektach szpitalnych. Szpital bez właściwych osłon radiologicznych lub w ich niewystarczającej ilości, nie zostanie dopuszczony do użytkowania i nie będzie mógł spełniać żadnych ze swoich statutowych funkcji.

Analogicznie PORR postąpił w przypadku specjalistycznego wyposażenia szpitala w kolumny chirurgiczne i anestezjologiczne, gdzie cena PORR wynosi od 28% do 30% średniej ceny pozostałych ofert. Jako że jest to sprzęt specjalistyczny, o szczegółowych wymaganiach, produkowany jest jedynie przez kilku producentów i żaden z nich nie ma ofercie sprzętu spełniającego wymagania Zamawiającego w takiej cenie, co Odwołujący bezspornie wykaże stosownymi dowodami podczas rozprawy. Poziom cen proponowanych przez PORR poddaje w wątpliwość czy urządzenia zaproponowane w jego ofercie faktycznie spełnią wszystkie rygorystyczne wymagania PFU (udźwig, długość ramion, wyposażenie dodatkowe itp.).

Ponadto, PORR w pozycji 403 Specyfikacji cenowej wycenił „Trafostacje w budynku głównym i technicznym" na kwotę 2 127 980,00 PLN netto. Dodatkowo, wskazał w wyjaśnieniach skierowanych do Zamawiającego, że kwota ta obejmuje: robociznę, materiały, sprzęt, inne oraz zysk.

Należy wskazać, że zakup samego materiału (transformatorów) to koszt rzędu 7 mln PLN netto natomiast koszt wykonania związanych z nim prac oscyluje w granicach 1,1 mln PLN netto.

W cenie należy wykonać i wyposażyć całe pomieszczenia trafostacji, co wiąże się dostawą i montażem urządzeń i instalacji towarzyszących, a nie tylko dostawy i montażu transformatora. Cena podana przez PORR za ten zakres jest nierealna.

Pragniemy dodatkowo zwrócić uwagę, że w ramach udzielonych 1 lutego 2023 r. wyjaśnień PORR powołał się na umowę ramową (umowa partnerska zlecenia usług lub zamawiania materiałów ze spółką Euroklimat sp. z o. o, jako mającą zapewnić dostawy w zakresie instalacji budowlanych (mechanicznych, sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych w Polsce, podczas gdy to Mostostal Warszawa w odniesieniu do tego, konkretnego zamówienia na „Budowę Szpitala Onkologicznego we Wrocławiu" ma zawartą odrębną umowę (list intencyjny) na wyłączność.

Z listu tego wynika jednoznacznie, że „Euroklimat" nie przedłoży oferty na analogiczny zakres żadnym innym podmiotom (oferentom) niż Mostostal, chyba, że w drodze wzajemnych uzgodnień w formie aneksu do niniejszego Listu intencyjnego Strony postanowią inaczej."

Mostostal Warszawa oświadcza, że żadnych uzgodnień ani aneksu do wskazanego Listu intencyjnego nie było, co Odwołujący bezspornie wykaże podczas rozprawy. Tym samym, wyjaśnienia PORR w tym zakresie należy uznać za niezgodne z prawdą.

Niezależnie od zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny, zdaniem Odwołującego mamy również do czynienia z wadami oferty polegającymi na naruszeniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czyli polegającymi na niezgodnościach z warunkami zamówienia.

Szczególną uwagę warto tu zwrócić na poz. 10 dołączonej tabeli (Mosty sufitowe), gdzie poza niską ceną uwagę zwraca sam przedmiot. Jest bowiem prawdopodobne, że dla potrzeb wyceny wykonawca przyjął inny przedmiot zamówienia niż wymagany przez Zamawiającego, a konkretnie przyjął 11 mostów jednostanowiskowych w miejsce 11 mostów dwustanowiskowych, co sugeruje, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia ze złożeniem oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, a więc podlegającej odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z załącznikiem 15d do SWZ - mosty sufitowe dwustanowiskowe znajdują się w lokalizacji:

- sale łóżkowe Oddziału Intensywnej Terapii na kondygnacji +2 w ilości - 5 szt.

- sale łóżkowe Pacjentów wentylowanych mechanicznie na kondygnacji +2 w ilości - 6 szt.

W skład jednego stanowiska wchodzą, z kolei, dwa ruchome wózki (infuzyjny i aparaturowy), które po połączeniu w dwa zestawy, na jednej belce sufitowej, obsługują dwóch pacjentów.

Pragniemy tu zauważyć, że zgodnie z naszą wiedzą - wykonanie 11 szt. mostów sufitowych dwustanowiskowych w cenie 39 tys. zł budzi wątpliwość, iż parametry z załącznika 15d do PFU zostaną spełnione.

Potwierdzają to jednoznacznie oferty zebrane z rynku wyposażenia medycznego.

Powyższe potwierdza de facto, że mamy tu do czynienia nie tylko z wystąpienia niezgodności kwalifikującej ofertę do jej odrzucenia jako nieodpowiadającej warunkom zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, lecz również z błędem w obliczeniu ceny wynikającym z błędnego ustalenia przez wykonawcę co do faktu, co stanowi przedmiot

zamówienia, a tym samym - co faktycznie przyjął on do wyceny, co powoduje tym samym ziszczenie się przesłanki odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący, odnośnie zdefiniowania błędu w obliczeniu ceny, przywołał wyrok Izby z dnia 24 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 34/22.

Nie ulega wątpliwości, że powstałe w ten sposób w ofercie wybranego wykonawcy „oszczędności" w istocie stanowią istotne niezgodności z treścią specyfikacji (warunkami zamówienia), powodujące przyjęcie błędnych podstaw wyceny oferty, a tym samym - uzasadniające wystąpienie rażąco niskiej ceny.

Mając na względzie fakt, że Zamawiający dokonał już oceny oferty PORR i w toku dokonanych wyjaśnień uznał je za wystarczające, za w pełni uzasadnione jest podniesienie zarzutów w zakresie wszystkich wcześniej przywołanych podstaw zaniechania odrzucenia oferty i naruszenia podstawowych zasada prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy z całą mocą podkreślić, bowiem, że taka wycena poszczególnych rodzajów robót nie jest uzasadniona w żadnej mierze ani cenami rynkowymi ani nie usprawiedliwia jej ryczałtowy charakter wynagrodzenia. A co kluczowe - w konsekwencji nie daje Zamawiającemu rękojmi należytego wykonania zamówienia zgodnie z jego warunkami, powodując, że cel gospodarczy prowadzonego postępowania nie zostanie przez Zamawiającego osiągnięty, a sama realizacja napotka szereg trudności wynikających z ewidentnych wad i niedoszacowania oferty.

Ponadto należy wskazać, że wyjaśnienia złożone przez PORR na okoliczność tego, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie są w żadnym razie wystarczające.

Po pierwsze dlatego, że Zamawiający ograniczył się w swym wezwaniu do wyjaśnienia jedynie wybranych elementów oferty pomijając przy tym choćby te, które zostały wskazane w załączonej tabeli i to pomimo faktu, że niektóre z nich nie przekraczają nawet 10% średniej ceny pozostałych oferentów, a także, pomimo że część z nich dotyczy istotnych funkcjonalności i bezpieczeństwa szpitala czy jego kluczowego wyposażenia.

Po drugie dlatego, że PORR w żaden sposób nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego co do wysokości poszczególnych cen. Zamawiający oczekiwał wprost by PORR opisał założenia projektowe, jakie zostały przyjęte dla potrzeb sporządzenia oferty.

Tymczasem PORR w wyjaśnieniu ogólnikowo jedynie przedstawił charakter swojej działalności nie wykazując, w jaki sposób jest w stanie proponować wykonanie szerokiego asortymentu robót (o wartości ok. 100 mln zł) za połowę rynkowej ceny, a niektórych prac i specjalistycznego wyposażenia - za kilkanaście % ich wartości. Z uwagi na utajnienie parametrów poszczególnych umów o współpracy Odwołujący nie może wprost podać, jakie rabaty uzyskuje PORR z takiej współpracy z dostawcami i podwykonawcami, jednakże Zamawiający sam może zweryfikować, że z pewnością nie oscylują one w granicach 50-90% gdyż nie jest to model biznesowy funkcjonujący na rynku.

Doświadczenie, którym PORR uzasadnia znajomość cen lokalnego rynku opiera się na inwestycjach mieszkaniowych lub hotelowych, które nie będzie pomocne przy wykonaniu np. osłon radiologicznych niezbędnych do funkcjonowania szpitala. Z kolei zamortyzowane urządzenia czy moduły kontenerowe są promilem kosztu inwestycji i nie uzasadniają w żaden sposób możliwości stosowania nierynkowych cen.

Należy także wspomnieć, że kilka miesięcy temu PORR wycenił przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu na kwotę ponad 40% wyższą niż obecnie (ponad 400 mln drożej). Można zatem przyjąć, że PORR złożył ofertę rażąco niską nawet wobec swojej własnej wcześniejszej oferty, w związku z czym jego obecna oferta powinna być przedmiotem szczególnego badania i wyjaśnień, gdyż trudno nie mieć wątpliwości co do jakości wyceny, gdy w tak krótkim czasie cena tak istotnie się zmienia, i to w kierunku odwrotnym od postępującej inflacji i wskaźników cen produkcji budowlano-montażowej. Obecnie poszczególne firmy dążą raczej do waloryzacji zawartych kontraktów niż obniżają swoje ceny o 40%.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp jako wezwania niekompletnego, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w dniu 01.02.2023 wezwał, co prawda, PORR do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny wskazanej w ofercie, jednakże zakres tego wezwania obejmował tylko niektóre z elementów wymienionych w tabeli stanowiącej załącznik do niniejszego odwołania.

„Wyjaśnienie" PORR w dużej mierze polegało na przedłożeniu kalkulacji własnych na część elementów określonych w wezwaniu, jednak takie rozbicie ceny nic de facto nie wyjaśnia.

Przykładowo, PORR został wezwany o wyjaśnienie cen elementów wymaganych dla całego budynku (pkt 37 Specyfikacji cenowej). Jednym z tych elementów jest poz. 403 „Trafostacja w budynku głównym i technicznym", Jak widać wyraźnie w załączonej tabeli - pkt. 12 najniższa cena na ten element u konkurencji to ponad 11,5 mln PLN netto (PORR ma tutaj 13,05% średniej ceny z innych ofert). Wycena PORR tego elementu wynosi ok. 2,1 mln PLN netto, a „wyjaśnienie" tak rażącej różnicy polega na rozbiciu jego ceny na elementy składowe: robocizna, materiały, sprzęt, inne oraz zysk.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiający nie uzyskał więc żadnych informacji, które uzasadniłyby tak nadzwyczajną

różnicę w cenie i w naszej ocenie nieprawidłowo przyjął takie wyjaśnienia za wystarczające.
Ponadto, Zamawiający wzywał PORR do wyjaśnienia cen zawartych w Specyfikacji cenowej, w dziale 6.1 Sprzęt specjalistyczny.
W odpowiedzi PORR załączył ofertę na wykonanie gazów medycznych zawierającą w sobie pozycje 782 i 783 (panele przyłóżkowe pionowe i poziome). PORR w żaden sposób nie odniósł się nawet do pozostałych elementów tego działu, a jak wykazano w tabeli będącej załącznikiem do Odwołania (pozycje 8, 9, 10, 11) zawierają one rażąco niskie ceny.
Należy zatem podkreślić, że wyjaśnienia udzielone przez PORR nie wykazują żadnych nadzwyczajnych okoliczności uprawdopodobniających zastosowanie tak niskich cen i nie są kompletne, gdyż pominięto w nim istotne elementy, o których wyjaśnienie zwracał się Zamawiający. Ponadto Zamawiający w naszej ocenie nie powinien poprzestać na niekompletnych i nieadekwatnych wyjaśnieniach i nie miał podstaw by uznać je za wystarczające.
Powyższe tym bardziej wskazuje na brak rzetelności Zamawiającego w odniesieniu do zakresu wezwania dokonanego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast udzielone dotychczas wyjaśnienia elementów cenotwórczych w istocie potwierdzają występowanie rażąco niskiej ceny.
II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z prowadzeniem niedopuszczalnych negocjacji prowadzących do bezprawnej zmiany treści oferty.
W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wskazać należy, że nie spełnia ona wymagań dotyczących limitu kosztów (założeń) określonych w pkt 14.7 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ").
Zamawiający w powołanym postanowieniu określił następująco: „Wykonawca zobowiązany jest dokonać podziału kosztów realizacji zamówienia w składanej przez siebie ofercie z uwzględnieniem założeń wynikających ze Specyfikacji cenowej, stanowiącej załącznik nr 4 do SWZ. Wykonawca uwzględnia stawkę VAT dla poszczególnych pozycji, zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego założeniami. Wartości wskazane w tabeli służą m. in. ocenie i porównaniu złożonych ofert. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca uwzględnił założenia dotyczące limitu kosztów w przedziale wskazanym w specyfikacji cenowej pod rygorem uznania oferty za nieodpowiadającą treści SWZ i jej odrzucenia z zastrzeżeniem możliwości poprawienia omyłek w zakresie przewidzianym w Pzp"
W świetle powyższego, należy zauważyć, iż w załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający jednoznacznie określił ściśle określone limity kosztów, których przekroczenie determinować powinno zastosowanie sankcji odrzucenia oferty.
Jednocześnie Zamawiający określił tu, że do 100% wartości ceny nie można wliczać kosztów z grupy VIII,co w przypadku oferty tego wykonawcy nastąpiło, powodując tym samym powstanie nienadającej się do naprawienia wady oferty, skutkującej jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści SWZ, czyli której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
Zwracamy uwagę, że już w wyniku prostego porównania limitów kosztów dla poszczególnych pozycji ujętych w Opisie Specyfikacji Cenowej Zamawiającego kosztów z kwotami wycenionymi w ofercie MIRBUDu, widoczne jest, że nie zostały zachowane określone w załączniku nr 4 do SWZ limity kosztów.
Powyższe obrazują jednoznacznie dołączone do niniejszego pisma wyciągi z załącznika nr 4 do SWZ z oferty MIRBUD, które w porównaniu do stworzonego przez Zamawiającego wzoru załącznika specyfikacji cenowej Zamawiającego wyraźnie potwierdzają wystąpienie wyżej opisanych niezgodności, ponieważ ujęte w Grupie VIII koszty stałe budowy mimo wyraźnego zakazu jednak zostały wliczone do 100% wartości ceny, a przekroczenia limitów w Grupie I i Grupie III, w przypadku określonych przez Zamawiającego limitów na poziomie 5,50 i 38,50%, zostały istotnie przekroczone wynoszą odpowiednio 0 0,15 i 0,33% więcej.
Oznacza to więc, że w zakresie tej wady oferty MIRBUD, brak było podstaw do wzywania tego wykonawcy do udzielenia jakichkolwiek wyjaśnień treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a tym bardziej nie było tu możliwe dokonanie jej poprawy w trybie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.
Tymczasem Zamawiający dnia 8 lutego 2023 r. wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, czym dopuścił się prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty, których celem w istocie było dokonanie sanowania rzeczonej oferty, naruszając tym samym w sposób ewidentny art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.
Odwołujący zauważa, że już w samym wezwaniu Zamawiający zwrócił uwagę na przekroczenia zakładanych wartości limitów procentowych wynagrodzenia w odniesieniu do Działu I i III w stosunku do limitów określonych na poziomie odpowiednio 5,5 i 38,5% łącznej wysokości wynagrodzenia z Działów I -VII
W wezwaniu wskazał jednocześnie, że „w ocenie Zamawiającego przekroczenia mają związek z włączeniem do podstawy obliczania procentów kosztów z Działu VIII. W szczególności przekroczenie limitu procentowego wartości Działu I może być konsekwencją m. in. ujęcia części kosztów z Grupy V (Koszty robót związane z zagospodarowaniem terenu i budową obiektów pomocniczych), szczególnie w zakresie wymiany gruntów
Nie powinno ulegać wątpliwości, że formułując w ten sposób wezwanie do wyjaśnień, Zamawiający w istocie zasugerował

sposób udzielenia odpowiedzi i w konsekwencji przyszłej poprawy oferty, domagając się później pismem z dnia 28 lutego 2023 r. od wykonawcy potwierdzenia tego działania poprzez wyrażenie zgody na poprawę omyłek nieistotnych w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje, że takie działanie Zamawiającego, nie dość, że potwierdza, iż Zamawiający nie jest w stanie dokonać poprawy oferty samodzielnie, lecz przede wszystkim jest ze wszech miar niedopuszczalne i rażąco narusza nie tylko powołane przepisy, ale także zasady prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne wyrażone w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Działanie Zamawiającego poprzez niedozwolone negocjacje spowodowało tu bowiem zmiany co do sposobu finansowania prac w czasie, przesuwając same roboty, ale i ich koszty.

Odwołujący pragnie z całą mocą podkreślić, że w ramach poprawy omyłek zgodnie z przepisami ustawy Pzp nie mieści się przesuwanie dowolnych kwot między pozycjami w różnych grupach robót.

Dopuszczalna omyłka w przedmiotowym przypadku mogła polegać co najwyżej na zaokrągleniu kwot, gdzie dla kilkudziesięciu pozycji skorygowano wartość najczęściej +- 1 grosz, nie zaś na przesuwaniu kwot między pozycjami i grupami robót.

Odwołujący zwraca uwagę, że już sama analiza tabeli podziału kosztów w Grupach robót wyraźnie wskazuje, że wada oferty dotyczy błędnie przyjętej podstawy 100%, czego Zamawiający jest w pełni świadomy i wprost wskazuje to w swojej korespondencji.

Podkreślenia wymaga fakt, że MIRBUD jako 100% przyjął całość ceny, a Zamawiający wyraźnie wskazał, że do 100% nie należy wliczać ostatniej Grupy. Tymczasem w ofercie MIRBUD zrobiono inaczej i błąd jest oczywisty.

Stosując podejście Zmawiającego postanowienie pkt 14.7 SWZ miałoby charakter martwy (stricte iluzoryczny), bo prowadziłoby do dopuszczalności istotnych przesunięć między grupami robót, co w konsekwencji nigdy nie stanowiłoby niezgodności z SWZ.

Odwołujący wskazuje, że w wyniku złożonego wyjaśnienia w istocie doszło do istotnych zmian treści oferty MIRBUD w sposób następujący:

- z Grupy I, poz 4 wyceniona na kwotę 11.715.058,93 (92 grosze po korekcie Zamawiającego) PLN wyciąga 1.742.154,56 pln brutto, czyli zmienia ofertę twierdząc, że wykop pod budynek wykona taniej, a drogi wykona drożej. Należy zauważyć, że w poz. 765 Grupy V, czyli ponad 6 krotnie więcej niż podał to w Specyfikacji cenowej.

- w Grupie III dział 3.7 poz 410 kotłownia proponuje zmniejszyć pozycję o kwotę 3.764.471,87 (1/3 kosztu) i przenieść do Grupy V 5.1 poz 753, w której mamy zaledwie 2.116.181,13, czyli chce zwiększyć o dodatkowe 78% aktualnego kosztu.

W tym przypadku MIRBUD sugeruje przesunięcie kosztu wykonania technologii kotłowni do budowy obiektów pomocniczych.

Nie ulega wątpliwości, że sugerowane przeniesienie kosztu polega na przesunięciu robót instalacyjnych zawartych w Grupie III „Koszty robót instalacyjnych" do Grupy V „Koszty robót związanych z zagospodarowaniem terenu i budową obiektów", które w oczywisty sposób nie są tożsame.

Roboty wymienione w Grupie V to typowe prace związane z powstawaniem niewielkich budynków stanowiących obiekty pomocnicze/techniczne dla budynku głównego. Z kolei prace wymienione w pozycji 3.7 Specyfikacji cenowej to roboty instalacyjne związane z funkcjonowaniem głównego obiektu. Pod nazwą „Kotłownia" nie jest więc wyceniony budynek a technologia związana z rozprowadzeniem ciepła dla całego obiektu.

Korzystając z faktu, że w toku postępowania firma PORR została wezwana do wyjaśnień tego, co m.in. zawiera pozycja 753 (Budynek techniczny trigeneracja) można obiektywnie wskazać, jakie roboty ta pozycja powinna zawierać.

Widać wyraźnie, że nie ma tu miejsca na dodatkowe 3,7 mln na technologię kotłowni, a dodanie tego kosztu prawie potroi koszt wykonania obiektu.

„Żonglowanie" kosztami wykonania robót budowlanych ma też szczególne znaczenie w aspekcie dokonywania rozliczeń wykonanych robót. Oczywiste jest, że zgodnie ze sztuką budowlaną w pierwszej kolejności powstaną obiekty, w których następnie będą wykonywane instalacje. Przerzucenie kosztu wykonywania instalacji do kosztu wykonania obiektu uprawni zatem MIRBUD do przedwczesnego i zawyżonego zafakturowania robót de facto instalacyjnych, których nie wykona.

Potwierdzają to również postanowienia umowy, które wskazują, że rozbicie fakturowania będzie uzależnione od treści Specyfikacji cenowej:

„12. Płatności

(…)

12.2.2 w Etapie 2:

a) od dnia wpisu w dzienniku budowy rozpoczęcia Robót Budowlanych Wykonawca będzie wystawiał faktury raz w miesiącu, z uwzględnieniem rozbicia kosztów w czasie wynikającego z treści złożonej oferty (Specyfikacja cenowa/ Tabela Rozbicia Ceny Kontraktowej);"

Ponadto, wskazać należy, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień MIRBUD na wyraźną sugestię Zamawiającego wskazuje, że co prawda można poprzesuwać poszczególne koszty (a nie roboty budowlane) pomiędzy poszczególnymi grupami kosztów, ale „składając ofertę uwzględnił zakładane przez Zamawiającego limity." - podczas gdy nie miało to w istocie miejsca - uważa zatem, że jego oferta nie zawiera żadnych błędów, i to pomimo wezwania Zamawiającego. Następujące później „poprawienie" Specyfikacji cenowej MIRBUDu odbywa się, pomimo że oferent ten uważa, że żadnego błędu nie popełnił.

Zaskakujące jest również, z jaką swobodą Zamawiający wraz z Wykonawcą „przesuwają" sobie miliony złotych po Specyfikacji cenowej. To, jaka wartość ma być przesunięta nie wynika bowiem z omyłki czy z wyliczeń wartości zakresu robót do wykonania, nie wynika z ilości robót ziemnych, jakie należy wykonać w większej czy mniejszej ilości, nie wynika z wartości zakresu robót, jakie należy wykonać budując budynek przyszłej kotłowni, nie wynika z tego, ile kosztują prace instalacyjne. Szeroki zakres robót o wartości kilku milionów złotych jest przesuwany z uwagi na odgórne założenie, „by pasowało" do limitów narzuconych przez Zamawiającego.

Nie ma przy tym żadnego znaczenia czy roboty te są mniej czy bardziej podobne. Z jakichś powodów Zamawiający chciał poznać ich ceny oddzielnie i po to stworzył tak ułożoną Specyfikację cenową. Pozycje zawarte w Specyfikacji cenowej to nie tylko liczby, to przede wszystkim wartość konkretnych robót budowlanych, które się za nimi kryją. Przesunięte kilka milinów złotych to wartość pracy ludzi, sprzętu i koszt materiałów, a Zamawiający nie ma żadnej wiedzy, czym jest (jaką robotę budowlaną odzwierciedla) przesunięte 1.742.154,56 zł czy 3.764.471,87 zł i dlaczego to akurat takie wartości, a nie np. milion złotych większe.

Gdyby hipotetycznie przyjąć, że poprawienie oferty MIRBUDu poprzez przesuwanie liczb było dopuszczalne - to istnieją dosłownie miliony sposobów, by wpasować ofertę MIRBUDu w limity Zamawiającego - skąd Zamawiający ma wiedzę, które z milionów rozwiązań należy "brać? Dlaczego wybrał pierwsze pasujące rozwiązanie, a nie wybrał żadnego z milionów innych - również pasujących? Dlaczego kwota zasugerowana przez MIRBUD jest równa takiej wartości, która doprowadza Specyfikację cenową MIRBUD do wejścia w limity procentowe Zamawiającego co do grosza nie zważając na zakres rzeczowy, który powinien być ujęty w poszczególnych pozycjach?

Czemu ograniczać się do instalacji technologii kotłowni, skoro w zasadzie wszystkie instalacje można poprzesuwać do robót związanych ze wznoszeniem poszczególnych obiektów?

Odwołujący pragnie zauważyć, że w wyniku wezwania Zamawiającego, Odwołujący dokonał zmian treści oferty w celu wypełnienia wymogu nieprzekraczalności limitów, przerzucając koszty w dowolnych kwotach do pozycji podobnych. Tym samym każda pozycja z Kosztorysu MIRBUDU może być tak naprawdę „płynna". I docelowo jest wielce prawdopodobne, że przed podpisaniem Umowy MIRBUD może dalej proponować zmiany w kosztorysie.

III. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy i w konsekwencji odrzucenia oferty PORR na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a/ w związku z art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, S2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia i art. 20 ust. 1 lit d/ ustawy o KRK oraz innych przepisów przywołanych w treści uzasadnienia

Odwołujący podnosi, że w związku z określonym w pkt 5.1 ppkt 1 i 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ") wymogiem co do braku podstaw do wykluczenia w zakresie potwierdzenia niekaralności dla osób fizycznych będących urzędującymi członkami organu zarządzającego lub nadzorczego, w przypadku wykonawcy PORR nie doszło do wykazania niekaralności osób mających obywatelstwo zagraniczne w sposób zgodny z przepisami 52 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia oraz art. 20 ust. 1 lit d/ ustawy o KRK. Wada ta dotyczy informacji o niekaralności wydanych dla członka zarządu - pana Siegfrieda Josefa Weindoka -obywatela Niemiec oraz mających obywatelstwo austriackie członków rady nadzorczej - pana Klemensa Alfreda Ettera, pana Jurgena Manfreda Raschendorfera i pana Reinholda Pfeifera.

Mostostal Warszawa podkreśla, że zgodnie z powołanym Rozporządzeniem w zakresie art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp dla osób fizycznych, niezależnie od ich obywatelstwa, istnieje obowiązek pozyskania dokumentu z polskiego KRK, przy czym zakres tej informacji wyznacza przepis art. 20 ust. 1 lit d/ ustawy o KRK.

Przywołany przepis ustawy o KRK określa, że informacja o osobie sporządzona na wniosek osoby, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o KRK, czyli będącej obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej innego niż Rzeczpospolita Polska, a więc również w przypadku osób mających obywatelstwo austriackie lub niemieckie, powinna zawierać dane zgromadzone zarówno w polskim Krajowym Rejestrze Karnym<u>jak i w rejestrze karnym państwa obywatelstwa wnioskodawcy, uzyskane na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 5a ustawy o KRK</u>.

Odwołujący wskazuje, że w myśl art. 4 ust. 1 pkt. 5a ustawy o KRK, z kolei, do zadań biura informacyjnego należy występowanie do organów centralnych państw członkowskich Unii Europejskiej, zgodnie z prawem danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, z zapytaniem o udzielenie informacji z rejestru karnego tego państwa o osobie będącej jego obywatelem, w przypadku, gdy osoba ta złożyła wniosek o udzielenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Należy tu zauważyć, że zgodnie z § 8 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 lipca 2015 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze

Karnym (dalej: „Rozporządzenie dot. KRK"), w przypadku złożenia wniosku o udzielenie informacji z Rejestru przez osobę będącą obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej innego niż Rzeczpospolita Polska, przed udzieleniem informacji KRK występuje z zapytaniem o informację o wnioskodawcy z rejestru karnego państwa, którego obywatelem jest wnioskodawca, czyli dana osoba fizyczna, której ta informacja dotyczy.

Z kolei, w myśl § 9 ust. 1 Rozporządzenia dot. KRK - po wpłynięciu zapytania lub wniosku zawarte w nich dane porównuje się z danymi zgromadzonymi w kartotekach i w bazie danych systemu teleinformatycznego Rejestru. Dopiero po ustaleniu zgodności tych danych sporządza się informację o osobie lub informację o podmiocie zbiorowym.

Z kolei, § 10 ust. 1 Rozporządzenia dotyczącego KRK określa jednoznacznie, że informacja z Rejestru przed przekazaniem podmiotowi kierującemu zapytanie lub wniosek podlega kontroli pod względem kompletności. Kontrolę przeprowadza osoba upoważniona przez Ministra Sprawiedliwości.

Ostatecznie, od strony technicznej, informacja z KRK dla osoby obywatelstwa zagranicznego opatrzona zostaje dodatkowym załącznikiem ECRIS zawierającym potwierdzenie niekaralności z właściwego rejestru państwa obywatelstwa danej, której dokument dotyczy.

Oznacza to więc, że informacja z polskiego Krajowego Rejestru Karnego dla osoby obywatelstwa zagranicznego winna obejmować dane po kompletnej weryfikacji, w odniesieniu do rejestru polskiego, jak też w odniesieniu do rejestru karnego państwa, którego obywatelem jest dana osoba będąca obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej innego niż RP.

Tym samym, zdaniem Odwołującego, w przypadku wyżej wymienionych osób z obywatelstwem zagranicznym, przedstawione w ofercie PORR informacje z KRK winny być opatrzone dodatkowym załącznikiem ECRIS z państwa obywatelstwa wnioskodawcy, tak ja to ma miejsce w przypadku osób będących członkami organu zarządzającego i rady nadzorczej z obywatelstwem zagranicznym z ramienia Odwołującego. Jako przykładowy dołączamy do niniejszego odwołania kopię informacji z polskiego KRK dla pana J.S. - członka rady nadzorczej Mostostal Warszawa, mającego obywatelstwo hiszpańskie, z której jasno wynika, że poza standardowym potwierdzeniem niekaralności z polskiego KRK, zawiera ona dodatkowy załącznik ECRIS, potwierdzający zaciągnięcie informacji także z hiszpańskiego rejestru karnego (Registro Central de Penados).

Mając na uwadze fakt, że w chwili obecnej dokumenty złożone w tym zakresie nie są kompletne, a Zamawiający nie dokonywał wezwania wykonawcy PORR do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, w pierwszej kolejności winno dojść do wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, o ile oferta tego wykonawcy nie będzie podlegała odrzuceniu na podstawie innych przepisów podnoszonych w niniejszym odwołaniu.

KIO 743/23

17 marca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Polimex Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Siedlcach, Electra M&E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Konsorcjum Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie(dalej „Konsorcjum Polimex" lub „Odwołujący II")wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie od:

1)czynności wyboru oferty PORR S.A. (dalej "PORR") jako oferty najkorzystniejszej pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania, a oferta tego wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą i wykonawca ten nie wykazał spełniania określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej "SWZ") warunków udziału w Postępowaniu;

2)zaniechania czynności odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ warunku udziału w Postępowaniu oraz nie przedstawił wymaganych w pkt 6.2.1 ppkt 9) SWZ dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie warunku udziału w Postępowaniu,

ewentualnie zaniechanie czynności wezwania PORR w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez PORR warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ;

3)zaniechania czynności odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w pkt 5.4.2 ppkt 3) lit. a) SWZ warunku udziału w Postępowaniu oraz nie przedstawił wymaganych w pkt 6.2.1 ppkt 11) SWZ dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie warunku udziału w Postępowaniu,

ewentualnie zaniechanie czynności wezwania PORR w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez PORR warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w 5.4.2 ppkt 3) lit. a) SWZ;

4)zaniechania czynności odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez

PORR wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
ewentualnie zaniechanie czynności zwrócenia się do PORR w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich istotnych części składowych ceny wskazanej w ofercie, których wartość jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert w zakresie pozycji wskazanych w załączniku 13 do niniejszego odwołania;

5)zaniechania czynności uznania dokonanego przez PORR zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej "uznk") jako zastrzeżenia bezskutecznego i w związku z tym zaniechania czynności udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez PORR z naruszeniem art. 18 ust. 1 i art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;

6)czynności poprawienia w trybie art. 226 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP nieprawidłowości w Specyfikacji Cenowej dołączonej do oferty MIRBUD S.A. (dalej "MIRBUD") pomimo tego, że błędy zawarte w tym dokumencie nie stanowią inne omyłki w rozumieniu tego przepisu oraz nie mogą zostać poprawione w trybie określonym w tym przepisie;

7)zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ;

8)zaniechania czynności odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp, w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ warunku udziału w Postępowaniu,
ewentualnie zaniechanie czynności wezwania MIRBUD w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia Jednolitego Dokumentu potwierdzającego spełnianie przez MIRBUD warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1 SWZ;

9)zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. (dalej "Mostostal") na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ,

10)zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. (dalej "Doraco") na podstawie art- 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w złączniku nr 4 do SWZ;

W odwołaniu Konsorcjum Polimex zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w pkt 5.4.2 ppkt 1) warunku udziału w Postepowaniu oraz nie przedstawił wymaganych w pkt 6.2.1 ppkt 9) SWZ dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie warunków udziału w Postępowaniu,
ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania PORR w trybie tego przepisu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przez PORR warunku udziału w Postepowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ,

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w pkt 5.4.2 ppkt 3) lit. a) warunku udziału w Postepowaniu oraz nie przedstawił wymaganych w pkt 6.2.1 ppkt 11) SWZ dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie warunków udziału w Postępowaniu,
ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania PORR w trybie tego przepisu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przez PORR warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 3) lit. a) SWZ;

3)art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez PORR wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
ewentualnie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności zwrócenia sic do PORR do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich istotnych części składowych ceny wskazanej w ofercie, których wartość jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert w zakresie pozycji wskazanych w załączniku 13 do niniejszego odwołania;

4)art. 18 ust. 1 i art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności uznania dokonanego przez PORR zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk jako zastrzeżenia bezskutecznego i w związku z tym zaniechania czynności udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez PORR;

5)art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez czynność polegającą na bezpodstawnej poprawie nieprawidłowości w Specyfikacji Cenowej dołączonej do oferty MIRBUD pomimo tego, że błędy zawarte w tym dokumencie nie stanowią innej omyłki w rozumieniu tego przepisu oraz nie mogą zostać poprawione w trybie określonym w tym

przepisie;

6)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty MIRBUD pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ;

7)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty MIRBUD w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ warunku udziału w Postępowaniu,
ewentualnie zaniechanie czynności wezwania MIRBUD w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wymaganego Jednolitego Dokumentu potwierdzającego spełnianie przez MIRBUD warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ;

8)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Mostostal pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ;

9)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Doraco pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ;

Konsorcjum Polimex wniosło o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)unieważnienia wyboru oferty PORR, jako oferty najkorzystniejszej;

2)dokonania powtórnego badania i oceny ofert;

3)udostępnienia Odwołującemu całości dokumentów PORR, tj. utajnionej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz załączników do tych wyjaśnień;

4)odrzucenia oferty PORR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp,
ewentualnie wezwanie PORR do uzupełnienia wymaganych w pkt 6.2.1 ppkt 9) i 11) SWZ dokumentów potwierdzających spełnianie przez PORR warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1) oraz ppkt 3) lit. a) SWZ lub także zwrócenia się do PORR w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich istotnych części składowych ceny wskazanej w ofercie, których wartość jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert w zakresie pozycji wskazanych w załączniku 13 do niniejszego odwołania;

5)unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu oferty MIRBUD w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nakazanie odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ;

6)odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp,
ewentualnie wezwanie MIRBUD do uzupełnienia wymaganych w pkt 6.2.1 ppkt 9) i 11) SWZ dokumentów potwierdzających spełnianie przez MIRBUD warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1) oraz ppkt 3) lit. a) SWZ;

7)odrzucenia oferty Mostostal na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ,

8)odrzucenia oferty Doraco na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ;

Odwołujący Konsorcjum Polimex wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Uzasadniając odwołanie, Konsorcjum Polimex wskazało:

I. Stan faktyczny

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane. W Postępowaniu Zamawiający przewidział zastosowanie art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

2. W Postępowaniu w dniu 9 stycznia 2023 r. oferty złożyli następujący wykonawcy oferujący następujące ceny:

- PORR: 1.055.999.999,16 zł

- MIRBUD: 1.177.000.000,00 zł

- Mostostal Warszawa: 1.197.963.640,50 zł

- Doraco: 1.328.379.592,92 zł

- Odwołujący: 1.419.856.235,36 zł

3.W dniu 16 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał PORR na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty poprzez wskazanie z jakich przyczyn PORR w 20 pozycjach wyceny przedmiotu zamówienia nie dokonał wyceny przedmiotu zamówienia wskazując na wycenę O złotych.

4.PORR w dniu 23 stycznia 2023 r. udzielił stosownych wyjaśnień.

5.W dniu 1 lutego 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp wezwał PORR do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny wskazanej w ofercie, których wartość jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Zamawiający wskazał na 41 takich pozycji.

6.W dniu 16 lutego 2023 r. PORR udzielił Zamawiającemu wyjaśnień (dalej "Wyjaśnienia RNC"), dokonując zastrzeżenia części Wyjaśnień RNC, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

7.W dniu 28 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował PORR o uznaniu w części zastrzeżenia Wyjaśnień RNC, jako tajemnicę przedsiębiorstwa PORR, jako zastrzeżenia nieskutecznego i w związku z tym o podlegających udostępnieniu kalkulacji własnych (zał. 4 oraz 11-14), fragmentów umów partnerskich)zał. 1.1 - 1.9) oraz oferty podwykonawców i dostawców, których poufności nie zastrzeżono (czyli za wyjątkiem zał. 16).

8.Pismem z dnia 7 marca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wybory oferty PORR, jako oferty najkorzystniejszej.

9.Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o otrzymanie kopii protokołu Postępowania, w tym korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z PORR.

10.Zamawiający przekazał Odwołującemu prowadzoną z PORR korespondencję, jednak Wyjaśnienia RNC zostały przekazane wyłącznie w części nie zastrzeżonej przez PORR, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

11.Pismem z dnia 10 marca 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu Wyjaśnienia RNC z odtajnioną częścią dokumentacji.

12.Zdaniem Odwołującego wybór przez Zamawiającego oferty PORR, jako najkorzystniejszej jest nieuzasadniony, a Zamawiający zaniechał w toku Postępowania czynności wskazanych w petitum odwołania. Z tego względu, czynność wyboru oferty PORR, jako najkorzystniejszej winna być unieważniona i Zamawiający powinien powtórzyć czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem dokonania czynności żądanych przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu.

II. Zarzuty

II.1. Zarzut dotyczący niewykazania przez PORR spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ

II.1.1 Krótki opis stanu faktycznego

13.Zamawiający w pkt 5.4.2 pkt 1) SWZ określił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którym "wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia (umowy), których zakres przedmiotowy każdego obejmował budowę obiektu użyteczności publicznej <u>o powierzchni użytkowej co najmniej 15 tys. m2</u>."

14.Jednocześnie Zamawiający określił w Rozdziale 5 pkt 4) SWZ definicję "powierzchni użytkowej" wskazując, że: "należy ją rozumieć oraz obliczać <u>wg Polskiej Normy,</u> o której mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1609)".

15.PORR w Jednolitym Dokumencie wskazał na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa powyżej, doświadczenie polegające na realizacji inwestycji pn. "Budowa budynku biurowego „Mogilska Office" w Krakowie".

16.W odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp PORR przedstawił Wykaz robót, w którym przedstawił szczegółowe informacje dotyczące przedmiotowej inwestycji.

17.Do Wykazu robót PORR dołączył referencję.

18.W ocenie Odwołującego przedmiotowa inwestycja nie spełnia przywołanego powyżej warunku udziału w Postępowaniu, gdyż inwestycja nie dotyczyła budowy obiektu o powierzchni użytkowej — obliczonej zgodnie z Polską Normą - min. 15.000 m2.

<u>II.1.2 Pojęcie "powierzchni użytkowej"</u>

19.Powierzchnia użytkowa to jeden z parametrów powierzchniowych. Parametr ten jest wykładnikiem, określającym wielkość budynku. Parametr ten wykorzystywany jest również do określenia wartości nieruchomości zabudowanej w postępowaniu podatkowym lub spadkowym.

20.W obowiązujących przepisach prawa można znaleźć kilka definicji pojęcia "powierzchnia użytkowa" i w zależności od podstawy prawnej przyjętej dla obliczenia powierzchni użytkowej danego budynku powierzchnia ta będzie miała inną

wartość. Definicja powierzchni użytkowej została określona m.in. w przepisach wykonawczych do ustawy Prawo budowlane (w tym także w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, który odwołuję się do Polskiej Normy 9836), ustawie o podatkach i opłatach lokalnych, czy ustawie o ochronie praw lokatorów.

21. *Zamawiający, jak zostało wskazane powyżej, na potrzeby oceny zdolności podmiotowej wykonawców zdefiniował pojęcie powierzchni użytkowej: "należy ją rozumieć oraz obliczać wg Polskiej Normy, o której mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r, w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1609)".*
22. *Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego w § 12 [Określenie powierzchni budynku] wskazuje, że: „Powierzchnie budynku określa się zgodnie z zasadami zawartymi w Polskiej Normie dotyczącej określania i obliczania wskaźników powierzchniowych i kubaturowych wymienionej w załączniku nr 2 do rozporządzenia, uwzględniając przepisy 5 14 pkt 4 lit. a oraz S 20 ust. 1 pkt 4 lit. b."*
23. *W załączniku nr 2 do wyżej wskazanego rozporządzenia określono Polską Normę jako normę PN-ISO 9836 (dalej jako: "Norma" lub "Polska Norma").*
24. *W Polskiej Normie określono wskaźniki powierzchniowe takie jak:*
    a. *Powierzchnia zabudowy (pkt 5.1.2 Normy): "Przez powierzchnię zabudowy rozumie się powierzchnię terenu zajętą przez budynek w stanie wykończonym. Powierzchnia zabudowy jest wyznaczona przez rzut pionowy zewnętrznych krawędzi budynku na powierzchnię terenu";*
    b. *Powierzchnia całkowita kondygnacji (5.1.3 Normy): "Powierzchnia całkowita budynku jest sumą powierzchni całkowitych wszystkich kondygnacji budynku. Jako kondygnacja mogą być traktowane kondygnacje znajdujące się całkowicie lub częściowo poniżej poziomu terenu, kondygnacje powyżej poziomu terenu, poddasza, tarasy, tarasy na dachach, kondygnacje techniczne i kondygnacje magazynowe";*
    c. *Powierzchnia wewnętrzna kondygnacji (pkt 5.1.4): "Powierzchnia wewnętrzna kondygnacji jest powierzchnią całkowitą kondygnacji (5.1.3) zmniejszoną o powierzchnię zajętą przez ściany zewnętrzne*
    d. *Powierzchnia kondygnacji netto (5.1.5): "Powierzchnia kondygnacji netto jest powierzchnią ograniczoną przez elementy zamykające. Do powierzchni kondygnacji netto wliczane są także elementy nadające się do demontażu takie jak: ścianki działowe, rury, kanały. Do powierzchni kondygnacji netto nie są wliczane powierzchnie otworów na drzwi i okna oraz nisze w elementach zamykających.*

    Powierzchnia kondygnacji netto dzieli się na: powierzchnię użytkową, usługową oraz ruchu".

    i. powierzchnia użytkowa (5.1.7):

    5.1.7.1 Powierzchnia użytkowa jest to część powierzchni kondygnacji netto która odpowiada celom i przeznaczeniu budynku

    5.1.7.2 Powierzchnia użytkowa określana jest oddzielnie dla każdej kondygnacji i dodatkowo dzielona zgodnie z 5.1.3.1.

    5.1.7.3 Powierzchnie użytkowe klasyfikowane są zgodnie z celem i przeznaczeniem budynków, dla których są one wznoszone. Dzieli się je zwykle na powierzchnie użytkowe podstawowe i powierzchnie użytkowe pomocnicze. Klasyfikacja podstawowych i pomocniczych powierzchni użytkowych jest zależna od przeznaczenia budynku. Patrz tablica 1 i 2 ISO 6241:1984.

    ii. powierzchnia usługowa (5.1.8):

    5.1.8.1. Powierzchnia usługowa jest to część powierzchni kondygnacji netto, przeznaczona na usytuowanie instalacji i urządzeń technicznych, takich jak: instalacje kanalizacyjne; instalacje wodne; instalacje ogrzewania i ciepłej wody; instalacje gazowe (inne niż dla celów ogrzewania) i na paliwa płynne; instalacje elektryczne, prądnice; wentylacja, klimatyzacja i systemy chłodnicze; instalacje telefoniczne i urządzenia rozdzielcze; dźwigi, schody ruchome i przenośniki (patrz 5.1.9.3); inne instalacje wspólnego użytku; powierzchnię ruchu (5.1.9)

    iii. powierzchnia ruchu (5.1.9):

    Powierzchnia ruchu jest to część powierzchni netto, która przeznaczona jest dla ruchu wewnątrz budynku (np. powierzchnia klatek schodowych, korytarzy, wewnętrznych ramp i pochylni, poczekalni, balkonów ewakuacyjnych).

    Dowód: Dokument pn. Właściwości użytkowe w budownictwie - Określanie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych PN-ISO 9836:1997
25. *W Polskiej Normie wskazano również zestawienie wszystkich powierzchni, które zostały zdefiniowane i opisane w dokumencie.*
26. Podsumowując powyższe, Odwołujący II zaprezentował podział wskaźników powierzchniowych za pomocą grafu.

27.W Polskiej Normie "powierzchnia użytkowa" została określona jako<u>odrębny wskaźnik powierzchniowy</u>, który razem z powierzchnią usługową oraz ruchu tworzą, jako suma wartości, wskaźnik powierzchni kondygnacji.

II.1.2 Powierzchnia użytkowa budynku przy ul. Mogileńskiej 43 w Krakowie

28.Odwołujący wskazuje, że powierzchnia użytkowa budynku przy ul. Mogileńskiej 43 w Krakowie jest mniejsza niż 15.000 m2.

29.Zgodnie z referencją dołączoną do Wykazu osób "powierzchnia użytkowa" tego budynku miała rzekomo wynosić 17.927 m2.

30.Wskazana w referencji wartość nie jest powierzchnią użytkową budynku w rozumieniu Polskiej Normy, a powierzchnią (kondygnacji) netto. Powyższe wynika wprost z pozyskanych przez Odwołującego dokumentów, które dołączył do niniejszego odwołania:

a.Decyzja o pozwoleniu na budowę budynku przy ul. Mogileńskiej 43 w Krakowie: decyzja o nr 73/6740.1/2018 z dnia 11 stycznia 2018 r., decyzja o nr 1166/6740.1/2018 z dnia 26 czerwca 2018 r., decyzja o nr 2314/6440.1./2018 z dnia 12 grudnia 2018 r.;

b.Projekt zamienny budowlany, na podstawie którego została wydana decyzja o pozwoleniu na roboty budowlane o nr 2314/6440.1./2018 z dnia 12 grudnia 2018 r.

31.Przed przystąpieniem do omówienia informacji wynikających z załączników do odwołania Odwołujący pragnie wskazać, że budynek przy ul. Mogileńskiej 43 w Krakowie uzyskał decyzje o pozwoleniu na budowę (decyzja nr 180/6740.1.2017 z dnia 8 lutego 2017 r.), a także trzy decyzje zmieniające pierwotną decyzję o pozwoleniu na budowę: decyzja o nr 73/6740.1/2018 z dnia 11 stycznia 2018 r., decyzja o nr 1166/6740.1/2018 z dnia 26 czerwca 2018 r., decyzja o nr 2314/6440.1./2018 z dnia 12 grudnia 2018 r.

32.Inwestor każdorazowo do wniosku o wydanie pozwolenia na budowę dołączał projekt budowlany lub projekt budowalny zamienny, w którym projektant określał powierzchnię oraz kubaturę zaprojektowanego budynku. Informacje zawarte w projekcie budowalnym stanowią miarodajne źródło wiedzy o parametrach przedmiotowego budynku, gdyż (i) operują na wartościach i stosowanym w branży nazewnictwie zgodnym z Polską Normą, (ii) zostały określone przez podmiot odpowiedzialny za projekt, jak również (iii) wynikają z dokumentów urzędowych, jakimi są decyzja o pozwoleniu na budowę i projekt budowlany zamienny, na podstawie którego została wydana.

33.W Projekcie zamiennym budowlanym na podstawie którego została wydana decyzja o pozwoleniu na roboty budowlane o nr 2314/6440.1./2018 z dnia 12 grudnia 2018 r. (ostania z wydanych decyzji o pozwoleniu na budowę) określono w sposób szczegółowy parametry i wartości wskaźników powierzchniowych budynku, w tym powierzchnię użytkową (określoną odrębnie od powierzchni usługowej oraz powierzchni ruchu).

34.Z Projektu budowalnego zamiennego wynika w sposób jednoznaczny, że powierzchnia użytkowa budynku określona wynosi 9.317 m2. Co więcej, powierzchnia użytkowa jest jedyną wartością, która została określona w sposób odmienny w referencji i Projekcie budowlanym zamiennym.

35.Z dokumentu wynika wprost, że w referencji błędnie posłużono się sformułowaniem powierzchnia użytkowa przy wskazaniu powierzchni (kondygnacji) netto co może wynikać z faktu, że np. osoby podpisujące referencję nie posiadały specjalistycznej wiedzy pozwalającej na stwierdzenie zaistniałej pomyłki w niewłaściwym doborze nomenklatury lub powierzchnia została określona na podstawie innych przepisów aniżeli Polska Norma.

36.Niemniej jednak bez względu na przyczyny zaistniałej pomyłki, przedmiotowa inwestycja, w sposób oczywisty, nie pozwala na uznanie, że PORR potwierdził spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2. pkt 1) SWZ.

37.Co więcej, nawet jeśli przyjąć, że do powierzchni użytkowej obiektu należałoby doliczyć również powierzchnię użytkową garaży (co może zostać wywiedzione z treści wyżej wskazanego rozporządzenia) to i tak obiekt ten nie spełnia wymagań określonych w SWZ{Odwołujący obliczył, iż w takim przypadku suma powierzchni użytkowej 9317m^2 oraz powierzchni garaży 4709m^2 wynosi 14 026 m^2}.

38.Niemniej jednak Odwołujący pragnie podkreślić, że definicja powierzchni użytkowej odnosi się do Polskiej Normy, a nie do wyżej wskazanego rozporządzenia (powierzchnię użytkową "należy ją rozumieć oraz obliczać wg <u>Polskiej Normy</u>" a nie według rozporządzenia), zatem przyjęcie określenia powierzchni użytkowej razem z garażem byłoby sprzeczne z definicją przyjętą przez Zamawiającego SWZ. Dodatkowo wielkość powierzchni użytkowej danego budynku jest zawsze określana przez projektantów - autorów projektów budowlanych w projekcie. Wskazana w projekcie powierzchnia stanowi przedmiot wydanej przez właściwe organy decyzji administracyjnej o pozwoleniu na budowę (i nie może być dowolnie zmieniana w trakcie realizacji robót budowlanych na podstawie tego projektu). Zatem wskazana w projekcie budowlanym zamiennym powierzchnia stanowi miarodajne i obiektywne źródło wiedzy o parametrach przedmiotowego budynku.

39.Bez względu na powyższe, przedmiotowa inwestycja nie potwierdza spełniania przez PORR warunku udziału w

Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 pkt 1) SWZ.

40.W świetle powyższego Zamawiający jest zobowiązany wezwać Wykonawcę do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

II.2. Zarzut dotyczący niewykazania przez PORR spełnienia warunku działu w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ

II.2.1 Krótki opis stanu faktycznego

41.Zamawiający w pkt 5.4.2 pkt 3) lit. a) SWZ wskazał, że wymaga od wykonawcy skierowania do realizacji zamówienia następującej osoby: "menedżer (kierownik) projektu legitymuje się następującym doświadczeniem: w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił tę funkcję przez okres co najmniej 12 miesięcy (w powyższym okresie) przy budowie jednego obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 15 tys. m2."

42.Jednocześnie Zamawiający określił w Rozdziale 5 pkt 4) SWZ definicję powierzchni użytkowej wskazując, że: "należy ją rozumieć oraz obliczać wg Polskiej Normy, o której mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (t.j. Dz U. z 2020 r. poz. 1609)".

43.Podsumowując powyższe, Zamawiający określił w SWZ wymagania dotyczące doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko menadżera (kierownika) projektu analogiczne, jakie zostały określone w pkt 5.4.2 pkt 1) SWZ w zakresie doświadczenia przy budowie obiektu o powierzchni użytkowej wg Polskiej Normy - min. 15.000 m2.

44.Zamawiający w pkt 2.5 SWZ wskazał, że: "Zamawiający nie przewiduje możliwości żądania oświadczenia JEDZ, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP wyłącznie od Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona - oświadczenie JEDZ powinni złożyć wszyscy Wykonawcy wraz z ofertą na warunkach określonych w SWZ."

45.W pkt 6.1.3 SWZ zostało wskazane, że: "Zamawiający nie dopuszcza złożenia jedynie ogólnego oświadczenia dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu (sekcja a). Celem wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca powinien wypełnić w Części IV: Kryteria kwalifikacji:

- *sekcję B (sytuacja ekonomiczna i finansowa) w zakresie wskazania rocznego obrotu (celem potwierdzenia warunku z pkt 5,41. ppkt 3 SWZ), ubezpieczenie z tytułu ryzyka zawodowego (celem potwierdzenia warunku z pkt 5.4.1, ppkt 2 SWZ) oraz inne wymogi ekonomiczne lub finansowe (celem potwierdzenia warunku dot. posiadanych środków lub zdolności kredytowej - pkt 5.4.1. ppkt 1 SWZ) oraz*
- *sekcję C (zdolność techniczna i zawodowa) w zakresie wskazania zamówień na roboty budowlane (celem potwierdzenia warunku z pkt 5.4.2. ppkt 1 SWZ) zamówień na realizację usług (celem potwierdzeniawarunku z pkt 5.4.2. ppkt 2 SWZ) oraz w zakresie pracowników technicznych lub służb technicznych (celem potwierdzenia spełnienia warunku z pkt 5.4.2. ppkt 3 SWZ).*

  Zakres informacji zawartych w JEDZ powinien być wystarczający dla tymczasowego potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu."

46.w pkt 12.8.3 SWZ: „Złożona oferta musi składać się z oświadczenia/oświadczeń w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), o którym mowa w pkt 6.1. SWZ".

47.PORR wraz z ofertą przedstawił Jednolity Dokument, w którym na stanowisko menedżera (kierownika) projektu wskazał I.K..

48.Dalej, PORR w odpowiedzi na wezwanie do przedstawienia dokumentów w trybie art. 126 ust. 1 ustawy PZP w piśmie przewodnim, które przedłożył wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi wskazał, że dokonuje autouzupełnienia Jednolitego Dokumentu w zakresie informacji dysponowania osobą spełniającą warunek udziału w postępowaniu określony dla menadżera (kierownika) projektu:

10. wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami według wzoru wykazu osób zawartego w załączniku nr 10 SWZ;

➢ *Wykonawca informuje, że z uwagi na aktualne zaangażowanie Pana I.K. w realizację i koordynację innych kluczowych projektów Regionu Wrocław, dokonuje zmiany osoby wskazanej w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia na stanowisko Menadżera (Kierownika) Projektu i wskazuje do pełnienia tej funkcji Pana J.Z. posiadającego kwalifikacje i doświadczenie spełniające wymagania Zamawiającego.*

49.Jednocześnie wraz z pismem przewodnim PORR przedstawił Wykaz osób, w którym wskazał na powyższe stanowisko J.Z..

II.2.2 Wewnętrzna sprzeczność w dokumentach przedstawianych przez PORR. Skutki samouzupełnienia Jednolitego Dokumentu

50.PORR, na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia informacji wskazanych w Jednolitym Dokumencie w zakresie spełniania warunku dotyczącym zdolności finansowej i ekonomicznej, o

którym mowa w pkt 5.4.1 lit. c) SWZ (wezwanie dotyczyło faktu, że zadeklarowane w Jednolitym Dokumencie średnioroczne przychody z działalności operacyjnej nie pokrywały się z informacjami wynikającymi z przedstawionych sprawozdań finansowych), przedstawił nowy, poprawiony Jednolity Dokument (PORR przekazał Zamawiającemu de facto dwa Jednolite Dokumenty - datowane odpowiednio na dzień 2 oraz 3 lutego 2023 r. JEDZ z dnia 2 marca różnił się od JEDZ z 3 marca w JEDZ z 2 marca wykazano tylko jeden obiekt referencyjny). W Jednolitym Dokumencie, który miał stanowić zgodnie z pismem przewodnim -"zrewidowany" dokument pojawiła się znowu informacja, że funkcję menadżera (kierownika) projektu pełnić ma Pan Irenerusz Kordalski.

51.{Odwołujący przedstawia tabelę obrazującą czynności PORR w tym zakresie}.

52.Z powyższego zestawienia wynika, że pomiędzy informacjami zawartymi w Jednolitym Dokumencie PORR oraz Wykazie osób PORR istniała sprzeczność. Zamawiający zaniechał wezwania PORR do uzupełnienia Jednolitego Dokumentu w powyższym zakresie przyjmując, że oświadczenie złożone przez PORR w piśmie przewodnim stanowiło samouzupełnienie/poprawienie informacji zawartych w Jednolitym Dokumencie przez PORR.

53.Działanie Zamawiającego, który zaniechał wezwania PORR do uzupełnieniaJednolitego Dokumentu wpisywało się w aktualnie prezentowane w orzecznictwie KIO stanowisko dotyczące samouzupełnienia / poprawienia dokumentów przez wykonawców. Zgodnie z aktualnym poglądem Izby w przypadku, gdy wykonawca z własnej inicjatywy przedstawi lub przekaże zamawiającemu informacje lub dokumenty, zamawiający jest zwolniony z obowiązku wzywania wykonawcy do ich uzupełnienia w trybach przewidzianych w ustawie. Zamawiający jest zobowiązany zbadać i ocenić przedstawione przez wykonawcę informacje i dokumenty bez konieczności kierowania do wykonawcy dodatkowego wezwania (KIO 529/20; KIO 355/21, KIO 1581/22).

54.Powyższe ustalenia mają daleko idące konsekwencje dla badania i oceny zdolności podmiotowej PORR, jak i możliwości konwalidacji dostrzeżonych w niniejszym odwołaniu nieprawidłowości.

55.Jak zostało bowiem wskazane w pkt II.1 odwołania, inwestycja polegająca na budowie budynku przy ul. Mogileńskiej 43 w Krakowie nie dotyczyła budowy budynku o powierzchni użytkowej min. 15.000 m2. Zatem, doświadczenie Pana J.Z. polegające na pełnieniu funkcji kierownika projektu w ramach tej inwestycji, nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 pkt 3) lit. a) SWZ.

56.W konsekwencji PORR nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa powyżej. Dalej, z uwagi na fakt, że PORR dokonał samoouzupełnienia osoby wskazanej na powyższe stanowisko, Zamawiający nie posiada podstaw prawnych do kierowania do PORR wezwania do uzupełnienia Jednolitego Dokumentu czy Wykazu osób w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż procedura ta została wyczerpana.

57.Jednolity Dokument stanowi podmiotowy środek dowodowy (przepis art. 125 ust. 1 ustawy Pzp określający zasady przedkładania Jednolitych Dokumentów znajduje się w ustawie Pzp w oddziale 4 zatytułowanym "Podmiotowe środki dowodowe"). Celem tego dokumentu jest potwierdzenie, że wykonawca już na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu. Stan posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej oraz stan braku przesłanek wykluczenia wykonawca jest zobowiązany utrzymywać w całym toku postępowania przetargowego.

58.Powyższe również oznacza, że do Jednolitego Dokumentu ma zastosowanie zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, która stanowi, że dany dokument / informacja zawarta w dokumencie może być uzupełniona w toku postępowania przetargowego wyłącznie jeden raz. (np. KIO 261/16; KIO 939/21; KIO 422/21 i inne).

59.Skierowanie do PORR wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp douzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wyżej wskazanego warunku udziału w Postępowaniu stanowiłoby pogwałcenie tej zasady i umożliwienie PORR po raz drugi "wymiany" osoby wskazanej na stanowisko menadżera (kierownika) projektu, co prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

60.Z kolei przyjęcie, że przedmiotem uzupełnienia / poprawy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp może być Wykaz osób (który formalnie nie był wcześniej uzupełniany) z jednoczesnym zaniechaniem wezwania PORR do uzupełnienia Jednolitego Dokumentu prowadziłoby do sytuacji, w której z dwóch podmiotowych środków dowodowych wynikałyby różne informacje co do tego, jaka osoba jest wskazywana przez PORR na powyższe stanowisko. Co więcej, gdyby PORR byt uprawniony do uzupełnienia Wykazu osób i wskazania w nim innej osoby, niż p. Jarosław Ząbik, doszłoby do sytuacji, w której PORR trzykrotnie dokonałby zmiany osoby dedykowanej na stanowisko menadżera (kierownika) projektu. To z kolei prowadziłoby do konstatacji, które informacje czy zwarte w Jednolitym Dokumencie czy w Wykazie osób - powinny stanowić przedmiot oceny i badania ofert. Podkreślić należy, że ustawa Pzp nie określa hierarchii czy pierwszeństwa dokumentów składanych w postępowaniu przetargowym. Podmiotowe środki dowodowe nie zastępują Jednolitego Dokumentu, ale potwierdzają, że dane w nim zawarte są prawdziwe i aktualne, a zatem dokumenty składane przez wykonawcę powinny być ze sobą spójne.

61.Za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której w Jednolitym Dokumencie są zawarte informacje, które są niezgodne z podmiotowymi środkami dowodowymi (co potwierdził sam Zamawiający wzywając PORR do uzupełnienia Jednolitego Dokumentu w przypadku, gdy zawierał on informacje niezgodne ze sprawozdaniami

finansowymi sprawozdaniami finansowymi przedstawionymi na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.1.3 SWZ).

62.Z uwagi na brak możliwości konwalidacji dostrzeżonych przez Odwołującego okoliczności poprzez wskazania nowej osoby na stanowisko menadżera (kierownika) projektu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp uznać należy, że PORR nie potwierdził spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp.

63.W sytuacji, w której Izba nie podzieli argumentacji prawnej Odwołującego w powyższym zakresie winna nakazać Zamawiającemu wezwanie PORR do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że PORR spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa powyżej w trybie określonym w przepisie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

II.3 Zarzut dotyczący złożenia przez PORR oferty, która zawiera rażąco niską cenę, zaniechanie wyjaśnienia wszystkich rażąco niskich istotnych części składowych ceny

II.3.1 Krótki opis stanu faktycznego

64.W piśmie z dnia 1 lutego 2023 r. Zamawiający zwrócił się do PORR w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie 41 pozycji cenowych zawartych w ofercie PORR, mając na względzie, że zaoferowana przez PORR ceny ich wykonania jest ponad 30% niższa od średniej arytmetycznej cen zawartych w ofertach wszystkich wykonawców.

65.W dniu 16 lutego 2023 r. PORR udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień (dalej "Wyjaśnienia RNC"), dokonując zastrzeżenia części Wyjaśnień RNC, jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk.

II.3.2. Nieprawidłowość kalkulacji PORR, ogólnikowe przedstawienie sposobu kalkulacji ceny

66.W podpunkcie [Zarządzanie procesem produkcji, świadczonych usług lub metod budowy] PORR podnosi, iż rzekomo wynagrodzenie za realizację tych pozycji zostało skalkulowane w oparciu o aktualne stawki rynkowe, które dla PORR są najbardziej miarodajne i ich przyjęcie jest niezbędne do uzyskania założonego zysku. Niemniej jednak wskazania wymaga, że PORR wbrew swoim twierdzeniom<u>nie wskazał</u> w tym miejscu na jakiekolwiek stawki rynkowe dla 41 pozycji, o które pyta się Zamawiający. Nadto, niezbicie poczynione przez Zamawiającego ustalenia wskazały, że zaoferowane w 41 pozycjach ceny PORR zostały zaoferowane na poziomie odbiegającym o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Oznacza to, że wbrew twierdzeniom PORR, zaoferowane przez tego wykonawcę ceny w tych pozycjach nie są rynkowe. PORR wskazał na rzekome dysponowanie a) bazą stałych podwykonawców i dostawców, b) własnym potencjałem osobowym, c) własnym potencjałem organizacyjnym, ale żadnej mierze nie wykazał, jak te okoliczności konkretnie wpłynęły na możliwość obniżenia przez PORR cen na wskazane przez Zamawiającego 41 pozycji. Także nie wykazał PORR w jakie sposób dysponowanie własną kadrą pozwala mu na obniżenie cen za wskazane pozycje. Wskazania przy tym wymaga, że także Odwołujący, jak i inni wykonawcy biorący udział w Postępowaniu, są doświadczonymi wykonawcami na rynku budownictwa kubaturowego i dysponują a) bazą stałych podwykonawców i dostawców, b) własnym potencjałem osobowym oraz c) własnym potencjałem organizacyjnym. Zatem PORR nie wykazał w żadnej mierze jakichkolwiek okoliczności, które konkretnie przekładałyby się na możliwość zaoferowania przez PORR dla wskazanych 41 pozycji ceny niższej o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

67.Także w punkcie [Wybrane rozwiązanie techniczne, wyjątkowo korzystne warunki dostaw, usług albo związane z realizacją robót budowlanych] PORR nie wykazał w jaki sposób realizacja w rejonie południowej Polski różnych inwestycji konkretnie przekładałaby się na możliwość zaoferowania przez PORR dla wskazanych 41 pozycji ceny niższej o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert (np. poprzez wykazanie, że aktualnie w tym regionie realizuje inne inwestycje lub posiada w tym rejonie geograficznym zaplecze kadrowe lub sprzętowe).

68.PORR nie wskazał także w jaki sposób umowy ramowe i partnerskie pozwoliły PORR na zaoferowanie tak niskich cen. PORR nie przedstawił, w jakiej proporcji uwzględnił w wycenie wskazanych 41 pozycji koszty ogólne budowy, a także jaki wpływ na wycenę tych pozycji miały wpływ zamortyzowane urządzenia i moduły kontenerowe służące do wykonania urządzeń i robót tymczasowych oraz zaplecza kontenerowego. Również w pozostałych punktach tj. [Oryginalność dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę] i kolejnych aż do punktu IV Wyjaśnień RNC PORR nie przedstawił jakichkolwiek konkretnych dowodów lub argumentów wskazujących na to, że zasiniały konkretne okoliczności właściwe tylko dla PORR, a nie innych wykonawców, jak Odwołujący, które umożliwiły PORR zaoferowanie w 41 wskazanych przez Zamawiającego pozycjach tak niskich cen. Nie wskazał w szczególności jaki konkretny wpływ na wycenę tych pozycji ma formuła Zaprojektuj i Wybuduj zamówienia lub użycie modelu BIM przekazanego przez Zamawiającego, ani powierzenie części robót do wykonania podwykonawcom. Nie wskazał PORR, jaką część w tych wycenach stanowi marża PORR, obejmująca jego koszty ogólne działalności oraz zysk na poziomie przeciętnie występującym na rynku w spółkach podobnej wielkości do PORR.<u>Twierdzenia PORR w tym zakresie pozostają gołosłowne i bez jakiejkolwiek pogłębionej analizy.</u>

II.3.3 Oferty podwykonawców

69. *Odnosząc się zaś do przedstawionych przez PORR poszczególnych ofert podwykonawców i dostawców to wskazać należy, że:*
    a) *Betoniarnie Odra Sp. z o.o. - nie przekazano załączników do umowy. Umowa nie określa nawet zakresu świadczeń dostawcy. Można domniemać (z opisu działalności firmy dostępnej choćby na stronie internetowej), że umowa może dotyczyć dostaw mieszanek betonowych. Żadna wytwórnia należąca do firmy nie jest w stanie obsłużyć budowy we Wrocławiu ze względu na odległość dzielącą te lokalizacje, a która przekracza 100km. Zamawiający nie wskazał pozycji objętych Grupą 2 w zakresie Konstrukcji obiektu, gdzie mieszanki betonowe mają istotny udział. W umowie wskazano, że "Dostawca zobowiązuje się nieodwołalnie do oferowania PORR swoich świadczeń". Brak określenia definicji i zakresu świadczeń Dostawcy, co uniemożliwia przyporządkowanie umowy do pozycji cenowej będącej przedmiotem wyjaśnień.*
    b) *CMC Poland Sp. z o.o. - nie przekazano stron od 2 do 11 umowy oraz załączników co uniemożliwia ocenę przydatności umowy na potrzeby wyjaśnienia potencjalnie RNC. Zamawiający nie wskazał pozycji objętych Grupą 2 w zakresie Konstrukcji obiektu, gdzie stal zbrojeniowa ma istotny udział.*
    c) *TeknoAmerBIok Sp. z o.o. nie przekazano strony 2 umowy oraz załączników co uniemożliwia ocenę przydatności umowy na potrzeby wyjaśnienia potencjalnie RNC. Dokumentacja przetargowa określa materiał, z którego mają być wykonane ściany murowane jako pustaki silikatowe. Firma specjalizuje się w pustakach betonowych i nie ma w swoim asortymencie pustaków silikatowych. Zastosowanie do wykonania ścian pustaków betonowych nie jest uzasadnione technicznie ani ekonomicznie. Brak określenia definicji i zakresu świadczeń Dostawcy uniemożliwia przyporządkowanie umowy do pozycji cenowej będącej przedmiotem wyjaśnień.*
    d) *3W Dystrybucja Budowlana S.A. - nie przekazano stron od 2 do 4 umowy co uniemożliwia ocenę przydatności umowy na potrzeby wyjaśnienia potencjalnie RNC.*
    e) *"AB Bechcicki" Sp. z o.o. - nie przekazano strony 2 umowy oraz załączników co uniemożliwia ocenę przydatności umowy na potrzeby wyjaśnienia potencjalnie RNC. Brak określenia definicji i zakresu świadczeń Dostawcy uniemożliwia przyporządkowanie umowy do pozycji cenowej będącej przedmiotem wyjaśnień.*
    f) *Aluprof S.A. - nie przekazano większości stron umowy (brak możliwości stwierdzenia ilu ze względu na brak numeracji) oraz załączników co uniemożliwia ocenę przydatności umowy na potrzeby wyjaśnienia potencjalnie RNC. Materiały oferowane przez Firmę nie są gotowymi produktami, które mogą mieć zastosowania w realizacji inwestycji budowlanych. Model działania firmy nie obejmuje bezpośredniej sprzedaży produktów firmom budowlanym. Aluprof sprzedaje materiały producentom stolarki i ślusarki aluminiowej (Systemodawca), którzy wykorzystują je do produkcji wyrobów budowlanych wykorzystywanych w realizacji inwestycji.*
    g) *Oninen Sp. z o.o. - nie przekazano stron od 2 d03 umowy oraz załączników co uniemożliwia ocenę przydatności umowy na potrzeby wyjaśnienia potencjalnie RNC. Brak określenia definicji i zakresu świadczeń Dostawcy uniemożliwia przyporządkowanie umowy do pozycji cenowej będącej przedmiotem wyjaśnień.*
    h) *Euroklimat Sp. z o.o. - nie przekazano strony 2 umowy oraz załączników co uniemożliwia ocenę przydatności umowy na potrzeby wyjaśnienia potencjalnie RNC. Brak określenia definicji i zakresu świadczeń Dostawcy uniemożliwia przyporządkowanie umowy do pozycji cenowej będącej przedmiotem wyjaśnień.*
    i) *Schindler Polska Sp. z o.o. nie przekazano strony 2 umowy oraz załączników co uniemożliwia ocenę przydatności umowy na potrzeby wyjaśnienia potencjalnie RNC. Brak określenia definicji i zakresu świadczeń Dostawcy uniemożliwia przyporządkowanie umowy do pozycji cenowej będącej przedmiotem wyjaśnień.*
70. *Według art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.*
71. *Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2023 r. (sygn. akt KIO 232/23)*
72. *Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 30 maja 2022 r. (sygn. akt XXIII Zs 69/22).*
73. *Tymczasem PORR złożył Wyjaśnienia RNC, które są ogólnikowe i nieskonkretyzowane i nie obalają domniemania rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Powyższy pogląd prawny Izby został oparty o jednolitą linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyroki KIO 1894/19, KIO 1362/19, KIO 1295/19) wykluczającej możliwość uznania za dowiedziony przez wykonawcę brak rażąco niskiej ceny w sytuacji przedłożenia przez niego ogólnych, niewyczerpujących i lakonicznych wyjaśnień. W wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 wyraziła pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba uznała, że Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art.*

89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP z 2004 r. (odpowiednik art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp), z uwagi na fakt, że wykonawca składając swoje wyjaśnienia wraz z kalkulacjami oraz dowodami nie udowodnił, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. PORR w jawnej części Wyjaśnień RNC nie przedstawił wyjaśnień, które uzasadniałyby obniżenie cen za wskazane przez Zamawiającego 41 pozycji o ponad 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych cen i nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny.

II.3.4 Zaniechanie czynności wyjaśnienia wszystkich rażąco niskich istotnych części składowych ceny PORR

74. Wymaga wskazania, że Zamawiający pismem z dnia 1 lutego 2023 r. wezwał PORR do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnych części składowych ceny wskazanej w ofercie, których wartość jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert i wskazał 41 pozycji względem których wymagał wyjaśnień od PORR. Tymczasem, co umknęło Zamawiającemu, w ofercie PORR istnieje szereg innych, istotnie ważniejszych i o większej wartości pozycji, w przypadku których cena zaoferowana przez PORR jest co najmniej 0 30% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert dotyczącej tych cen. Odwołujący załącza do niniejszego odwołania listę 343 pozycji, w przypadku których zaoferowana przez PORR cena jest o co najmniej 30% niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert dotyczących tych cen, gdzie w niektórych przypadkach zaoferowana przez PORR cena odbiega nawet 0 89% od średniej arytmetycznej. Z nieznanych Odwołującemu powodów Zamawiający zaniechał wezwania PORR do udzielenia wyjaśnień w zakresie tych 343 pozycji, których łączna wartość jest równa 380.751.337,00 złotych, co stanowi 30,81% wartości całkowitej ceny zaoferowanej przez PORR.

75. Wskazane pozycje stanowią pozycje o najniższych zaszeregowaniu kosztorysowym w Specyfikacji Cenowej. Na poziomie 1 stopnia zaszeregowania, liczba pozycji z zaoferowanymi przez PORR cenami odbiegającymi od średniej arytmetycznej o co najmniej 30% wynosi 36 pozycji o wartości 173.940.146,00 złotych, co odpowiada 20,65% wartości całkowitej ceny zaoferowanej przez PORR. Na poziomie 2 stopniu zaszeregowania pozycji o charakterze rażąco niskim jest już 12 0 łącznej wartości 376.420.980,00 złotych, co odpowiada 35,49% wartości całkowitej ceny zaoferowanej przez PORR. Na 3 stopniu zaszeregowania pozycji o charakterze rażąco niskim jest 5 0 łącznej wartości 262.197.985,00 złotych, co odpowiada 21,22% wartości całkowitej ceny zaoferowanej przez PORR.

76. Mając na uwadze, że na każdym stopniu zaszeregowania łączna wartość pozycji stanowi co najmniej 20% do nawet 35% ceny zaoferowanej przez PORR, z pewnością są to istotne składowe oferty PORR i przygotowanej wyceny przedmiotu zamówienia. Trudno znaleźć uzasadnienie dla działania Zamawiającego, który zwrócił się do PORR o wyjaśnienie 41 pozycji, które istotnie są znaczące dla realizacji zamówienia i winny być wyjaśnione, ale zaniechał wyjaśnienia znacząco zaniżonych pozycji wyceny PORR, które zarówno samodzielnie, jak i łącznie stanowią bardzo istotą składową wyceny oferty. W ten sposób Zamawiający stworzył jedynie pozory wyjaśnienia rażąco niskich cen istotnych elementów oferty zaoferowanych przez PORR, podczas gdy zaniechał w istocie do wyjaśnienia innych nawet bardziej istotnych elementów składowych, które Odwołujący wskazuje w Załączniku 13 do niniejszego odwołania, a które są istotne dla realizacji zamówienia. Ponieważ każda z tych pozycji, na poszczególnych stopniach zaszeregowania jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej wszystkich ofert, Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 224 ust. 1 ust. 1 ustawy PZP do zwrócenia się do PORR o udzielenie wyjaśnień w zakresie sposobu ich wyceny i przedstawienia na tę okoliczność dowodów. Mając na uwadze, że Zamawiający zaniechał tej czynności, niniejsze odwołanie jest zasadne i winno być uwzględnione, w konsekwencji czego Zamawiający winien być zobowiązany do wezwania PORR w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny pozycji wskazanych w Załączniku 13 do niniejszego odwołania.

II.4 Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia pełnej części wyjaśnień złożonych przez PORR w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty

II.4.1 Krótki opis stanu faktycznego

77. Pismem z dnia 10 marca 2023 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu Wyjaśnienia RNC z uwzględnieniem odtajnienia części tych wyjaśnień na podstawie decyzji Zamawiającego z dnia 28 lutego 2023 r. Zatem w zakresie części Wyjaśnień RNC, które nie zostały uznane przez Zamawiającego za podlegające udostępnieniu Odwołującemu, Zamawiający uznał, że zostały one zasadnie zastrzeżone przez PORR, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zakres informacji zastrzeżonych w Wyjaśnieniach RNC PORR, który Zamawiający uznał za skutecznie zastrzeżony, jako tajemnica przedsiębiorstwa obejmuje:

a) Pkt IV Szczegółowe Wyjaśnienia Kalkulacji Elementów Objętych Wezwaniem z dnia 1.02.2013R. (strony 16 do 26 Wyjaśnień RNC);

b) Dane zawarte Załącznikach nr 1.3, 1.5, 1.8, 1.9, 2, 3, 4, 5, 6, 6.1, 7, 8, 9, 10, 15, 16, 17, 18,

78. Na stronach 5 do 11 Wyjaśnień RNC PORR zawarł zastrzeżenie tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Ustawa prawo zamówień publicznych

wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż Zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że mogą być one ogólnie udostępnione. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki tj.:

a)ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,

b)nie została ujawniona do wiadomości publicznej,

c)podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304(00, OSNC 200t Nr 4, poz.59).

79. *Wyjątek od zasady jawności, przewidziany w przepisie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyraźnego podkreślenia wymaga jednak, że podstawową zasadą obowiązującą w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 18 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, w świetle którego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Jak wynika z przywołanego przepisu, na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei rolą zamawiającego, w toku badania złożonych dokumentów jest ustalenie czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał udowadniając, że zastrzeżone informacje taką tajemnicę stanowią.*

80. *PORR nie wykazał, że dokonane utajnienie w wyniku spełnienia warunków, o których mowa w przywołanym wyroku Sądu Najwyższego, jest zasadne i uzasadnione stanem faktycznym i prawnym. Ocena, czy dowolna informacja, zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego wyrażonym (por. aktualne tezy z wyroku KIO z dnia 1 sierpnia 2008 r. - sygn. akt: KIO/UZP 745/08; wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 595/08). Ponadto, zgodnie z utrwalonym stanowiskiem zarówno orzecznictwa jak i doktryny, pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne powinno być interpretowane ściśle. Zaniechanie odtajnienia Wyjaśnień RNC uniemożliwia Odwołującemu ocenę prawidłowości kalkulacji PORR.*

81. *Nie może zostać uznana jako tajemnica przedsiębiorstwa kalkulacja ceny dla poszczególnych pozycji, gdyż ze względu na swoją jednorazowość i jako odzwierciedlenie warunków wykonywania wyłącznie tego konkretnego zamówienia ustanowionych przez Zamawiającego nie przedstawia żadnej wartości gospodarczej. Treść kalkulacji nie pozwala na odtworzenie stałych uwarunkowań wykonawcy, dotyczących kalkulacji realizacji robót. Na podstawie treści kalkulacji nie sposób poznać również metodologii wykonywania robót, bowiem wykonawca ograniczony jest konkretnymi wymogami w zakresie realizacji zamówienia, a kalkulacja ceny jest jedynie odzwierciedleniem tych wymogów. Odwołujący podkreśla, że każde zamówienie charakteryzuje się innymi wymogami i nie sposób przenosić rozwiązań i założeń, przyjętych przez wykonawcę w ramach jednego z zamówień na inne, bowiem w stosunku do innych zamówień będą one nieaktualne. W ocenie Odwołującego, kalkulacja ceny nie stanowi również informacji organizacyjnych przedsiębiorstwa. Z treści kalkulacji nie sposób wywieść jakichkolwiek informacji o organizacji przedsiębiorstwa wykonawcy. Kalkulacja stanowi jedynie wycinek potencjału wykonawcy. Dodatkowo w przypadku niniejszego zamówienia w związku ze szczegółowym określeniem wymogów w zakresie realizacji zamówienia, ustanowionych w SWZ, trudno uznawać, że kalkulacja oparta na jednakowych dla wszystkich wykonawców wymogach, może w jakikolwiek sposób obrazować organizację przedsiębiorstwa wykonawcy.*

82. *Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2022 r. sygn. akt KIO 2519/22 i KIO 2533/22.*

83. *PORR nie wykazał wartości gospodarczej zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa Wyjaśnień RNC zawartych na stronach 16-26. Poza gołosłownym przytoczeniem ogólnych sformułowań PORR nie wykazał konkretnych procesów organizacyjnych czy technologicznych stosowanych przez Wykonawcę unikalnych dla PORR zasługujący na ochronę. Wskazania przy tym wymaga, że w ramach ubiegania się o udzielenie zamówienia, jak obecnie, PORR podaje do publicznej wiadomości swój personel i jego uprawnienia i kompetencje, swoje doświadczenie, a więc tego rodzaju elementy nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Nadto, w większości*

upublicznione zostały oferty podwykonawców. PORR nie wykazał także, a jest to niezbędne przesłanka zastrzeżenia danych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, że ujawnienie wskazanych w pkt 6 (i)-(viii) danych narazi PORR na jakąkolwiek szkodę, poza gołosłownym twierdzeniem, iż będzie to skutkować uzyskaniem przez konkurentów PORR bezpłatnego dostępu do wiarygodnych zestawień dotyczących istotnych cech PORR mających bezpośredni wpływ na jego sytuację rynkową, których pozyskanie przez nich w innych okolicznościach nie byłoby możliwe. Jak wskazała Izba w powyższym wyroku "taka argumentacja nie może zyskać w ocenie Izby aprobaty głównie z tego powodu, iż wykonawca oprócz gołosłownych twierdzeń jak to (...), gromadząc te dane, buduje swoją przewagę konkurencyjną, i w konsekwencji osiąga korzystniejsze ceny ofertowe, z kolei jeśli informacje te zostaną ujawnione podmiotom konkurencyjnym, z pewnością utraci zbudowaną przewagę gospodarczą - nie wskazał nawet w czym tej przewagi upatruje i w jaki sposób ujawnienie danych (i jakich konkretnie) spowoduje utratę jego przewagi na określonym rynku".

84. *Także PORR w żaden sposób nie wykazał, ani nie objaśnił, jakie konkretnie skutki będzie miało ujawnienie zastrzeżonych informacji i w czym upatruje PORR swojej przewagi konkurencyjnej, którą mógłby potencjalnie utracić i w jaki sposób. PORR nie objaśnia w żadnej mierze, z jakiego powodu poznanie przez konkurentów elementów wskazanych w pkt (i)-(viii) i to w dodatku wyłącznie w odniesieniu do 41 pozycji wskazanych przez Zamawiającego, a więc nie w odniesieniu do całej ceny, mogłoby być wykorzystane przez innych wykonawców.*
85. *Odnośnie zastrzeżenia, jako tajemnica przedsiębiorstwa oferty podwykonawców Odwołujący przywołał wyrok Izby w sprawie KIO 2519/22 i KIO 2533/22. PORR twierdzi, że konieczność zachowania w poufności danych podwykonawców i uzyskanych od nich cen wynika z tej okoliczności, że w przypadku ich ujawnienia konkurenci PORR mogliby pozyskać współpracę z tymi podwykonawcami na analogicznych warunkach i ich przejąć.*
86. *Niemniej jednak PORR nie wskazał ani konkretnych przykładów, ani też nie wskazał jaką szkodę z tego tytułu kiedykolwiek poniósł, że obawia się ujawnienia tych danych. Niezbędne w takim przypadku jest co najmniej opisanie, kiedy taka sytuacja miała miejsce, jakich projektów czy podmiotów dotyczyła, a dodatkowo fakty te należałoby wykazać stosownymi dowodami. Bez tego elementu, twierdzenia PORR należy uznać za gołosłowne, gdyż nie poparte żadną szczegółową argumentacją.*
87. *Wreszcie wskazania wymaga, że PORR nie wykazał w żadnej mierze podjęcia przez PORR niezbędnych działań w celu zachowania w poufności zastrzeżonych informacji. Wskazania wymaga, że poza gołosłownymi twierdzeniami PORR na stronie 10 Wyjaśnień RNC, PORR w żaden sposób nie udokumentował podjętych przez siebie działań. Do Wyjaśnień RNC załączono bowiem wyłącznie kopie pierwszych stron dokumentów, spisu treści, czy wreszcie wprowadzenia do tych dokumentów, które w żądnym stopniu nie potwierdzają podjęcia przez PORR działań opisanych w Wyjaśnieniach RNC mających na celu zachowanie zastrzeżonych danych w poufności. W szczególności, z żadnych z tych dokumentów nie wynikają procesy obiegu dokumentów związanych ze składaniem ofert czy wyjaśnień w toku postępowania, pracy osobnych zespołów i umieszczania wrażliwych danych wyłącznie w wewnętrznych zasobach sieciowych Działu Ofertowania. Próżno szukać w Wyjaśnieniach RNC dokumentów, którymi PORR wykazałby przeprowadzenie jakiegokolwiek szkolenia z ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa PORR, pomimo tego, iż twierdzi, że takie szkolenia przeprowadza się w przedsiębiorstwie regularnie. PORR nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na to, że także podjął stosowne środki ochrony fizycznej w celu zachowania informacji w poufności, a mógł PORR przedstawić chociażby umowę na ochronę fizyczną, regulamin użytkowania kart dostępu do budynku lub stosowne oświadczenie zarządcy budynku, procedury zapewniające bezpieczeństwo danych poufnych w sieci informatycznej - skoro na takie środki PORR zdecydował się powołać.*
88. *W konsekwencji, PORR nie wykazał ziszczenia się określonych w art. 11 ust. 2 uznk przesłanek objęcia jakiejkolwiek części Wyjaśnień RNC, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i z tego powodu, Zamawiający winien był udostępnić całą treść Wyjaśnień RNC, a zaniechawszy tej czynności, naruszył przepisy ustawy Pzp. Z tego względu niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie.*

II.5 Zarzut dotyczący dokonania poprawy nieprawidłowości w Specyfikacji Cenowej MIRBUD oraz zaniechanie odrzucenia oferty MIRBUD jako niezgodnej z warunkami zamówienia

89. *Zamawiający w pkt 14.7 SWZ określił zasady przygotowania oferty „Wykonawca zobowiązany jest dokonać podziału kosztów realizacji zamówienia w składanej przez siebie ofercie z uwzględnieniem założeń wynikających ze Specyfikacji cenowej, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ. Wykonawca uwzględnia stawkę VAT dla poszczególnych pozycji, zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego założeniami. Wartości wskazane w tabeli służą m. in. ocenie i porównaniu złożonych ofert. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca uwzględnił założenia dotyczące limitu kosztów w przedziale wskazanym w specyfikacji cenowej pod rygorem uznania oferty za nieodpowiadającą treści SWZ i jej odrzucenia z zastrzeżeniem możliwości poprawienia omyłek w zakresie przewidzianym w PZP."*
90. *Podkreślenia wymaga, że powyższe zastrzeżenie zostało przez Zamawiającego dodatkowo wyboldowane oraz*

oznaczone kolorem czerwonym - dla zwrócenia uwagi wykonawców oraz podkreślenia ważności i rangi określonego wymogu.

91.W Załączniku nr 4 do SWZ Zamawiający określił limity wartościowe dla poszczególnych pozycji formularza cenowego (Specyfikacji Cenowej) w podziale na Grupy robót I - VII - tj.

92.Zamawiający określił górne "limity kosztów brutto" dla każdej z Grup robót, jak i składowych pozycji danej Grupy.

93.Wykonawcy zainteresowani uzyskaniem zamówienia byli zobowiązani przygotować Specyfikacje Cenowe w taki sposób, aby wskazane w dokumencie wartości nie przekroczyły narzuconych przez Zamawiającego limitów- niedochowanie tego wymogu, zgodnie z przywołaną powyżej regulacją powoduje, że oferta "nie odpowiada treści SWZ".

94.Specyfikacje Cenowe stanowiły załączniki do ofert wykonawców i na ich podstawie wykonawcy określali wartość cen ofertowych.

95.Zamawiający w Załączniku nr 4 do SWZ dla Grupy I przyjął limit wartości na poziomie "do 5,50%" Pozycji brutto, natomiast dla Grupy III na poziomie "do 38,50%"

96.MIRBUD w Specyfikacji Cenowej złożonej wraz z ofertą zaoferował następujące wartości dla poszczególnych Grup

97.Dokonując zestawienia wyżej wskazanych wartości z wymaganiami Zamawiającego należy zauważyć, że w Specyfikacji Cenowej MIRBUD doszło do przekroczenia tych limitów.

98.Zatem, oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań określonych w dokumentacji przetargowej i w tym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oferta MIRBUD powinna zatem zostać odrzucona jako niespełniająca wymagań określonych w dokumentach zamówienia.

99.Pomimo istnienia powyższej niezgodności Zamawiający w dniu 8 lutego 2023 r. wezwał MIRBUD do złożenia wyjaśnień w zakresie ujawnionych przez Zamawiającego niezgodności:

> *Zamawiający zwraca uwagę. że zgodnie z pkt 14.7 SWZ wykonawca zobowiązany był dokonał podziału kosztów z uwzględnieniem Specyfikacji cenowej, w tym uwzględnić założenia dotyczące limitu kosztów w przedziale wskazanym w specyfikacji cenowej pod rygorem uznania oferty za nieodpowiadającą treści SWZ i jej odrzucenia, z zastrzeżeniem możliwości poprawienia omyłek w zakresie przewidzianym w PZP.*
>
> *W formularzu cenowym ujawniono nieznaczne przekroczenia zakładanych wartości limitów procentowych wynagrodzenia w odniesieniu do Działu I i do Działu III w stosunku do limitów określonych przez Zamawiającego na poziomie odpowiednio: 5,5% oraz 385% łącznej wartości wynagrodzenia z Działów I-VII.*
>
> *W ocenie Zamawiającego przekroczenia mają związek z włączeniem do podstawy obliczania procentów kosztów z Działu VIII. W szczególności przekroczenie limitu procentowego wartości Działu I może być konsekwencją m.in. ujęcia części kosztów z Grupy V (Koszty robót związanych z zagospodarowaniem terenu i budową obiektów pomocniczych), szczególnie w zakresie wymiany gruntów.*

100.MIRBUD w dniu 16 lutego 2023 r. przedstawił wyjaśnienia, w których wskazał, w jaki sposób Zamawiający powinien poprawić jego ofertę, aby umożliwić osiągnięcie wymaganych przez Zamawiającego limitów:

> *Wykonawca wskazuje, że Grupa I — Koszty robót przygotowania terenu i przyłączenia do sieci — wg słownika CPV 45100000-8 - pozycja 4 wymiana gruntów i Grupa V Koszty robót związanychz zagospodarowaniem terenu budową obiektów pomocniczych według słownika CPV 45111291-4 dział 5.2 pozycja 764 - wymiana gruntów obejmują swoim zakresem takie same rodzaje robót i tym samym możliwe jest rozliczenie w ich ramach Wymiany gruntów objętej przedmiotem zamówienia.*
>
> *W oparciu o powyższe:*
>
> *- Grupa i pozycja nr 4 Wymiana gruntów związana z budową budynków i sieci może zostać zmniejszona o kwotę 1.742.154,56 zł brutto a,*
>
> *- Grupa V dział 5.2 pozycja nr 764 — Wymiana gruntów związana z budową dróg — może zostać zwiększona o kwotę 1.742.154,56 zł brutto.*
>
> *Podobna sytuacja występuje w przypadku kwalifikacji robót związanych z budową kotłowni, którą można rozliczyć w ramach Grupy III i V.*
>
> *Grupa III Koszty robót instalacyjnych wg słownika CPV45300000-O w dziale 3.7 pozycja 410 • roboty związane z wykonaniem technologii kotłowni, a Grupa V — Koszty robót związanych z zagospodarowaniem terenu i budową obiektów pomocniczych według słownika CPV 45111291-4 w dziale 5.1 pozycja 753 - roboty budowlane związane z wykonaniem budynku technicznego — trigeneracja, które to również dotyczą budynku kotłowni.*
>
> *W oparciu o powyższe:*
>
> *-Grupa III dział 3.7 pozycja nr 410 — Kotłownia - może zostać zmniejszona o kwotę 3.764.471,87 zł brutto,*
>
> *- Grupa V dział 5.1 pozycja nr 753 — budynek techniczny - trigeneracja — może zostać zwiększona o kwotę 3.764.471,87 zł brutto.*

101.W oparciu o powyższe dane Zamawiający dokonał w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp poprawy omyłki w

ofercie MIRBUD.

102. *Powyższe działanie Zamawiającego narusza dyspozycję szeregu przepisów wskazanych w petitum odwołania.*
103. *Okolicznością bezsporną pozostaje fakt, że MIRBUD dokonując wypełnienia Specyfikacji Cenowej przekroczył narzucone w SWZ limity procentowe dla wartości określonych w Grupie I oraz Grupie III. Powyższa okoliczność została stwierdzona i potwierdzona przez samego Zamawiającego w treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 8 lutego 2023 r. W świetle powyższego przedmiotem badania Izby nie powinno być czy w ofercie MIRBUD doszło do przekroczenia limitów wartościowych dla poszczególnych Grup, ale czy (i) przekroczenie to stanowiło niezgodność z wymaganiami Zamawiającego oraz czy (ii) Zamawiający był uprawniony do wezwania MIRBUD S.A. do złożenia wyjaśnień, w jaki sposób dokonać poprawy Specyfikacji Cenowej, a następnie na podstawie złożonych wyjaśnień dokonać stosownej korekty tego dokumentu.*
104. *W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób ewidentny przekroczył uprawnienie wynikające z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym: "Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona."*
105. *Odwołujący przywołał wyrok KIO 987/22.*
106. *Podkreślić należy, że Izba niejednokrotnie orzekała również w sprawach analogicznych do tej, która jest przedmiotem niniejszej sprawy tj. oceniała czy zamawiający, nie posiadając żadnych danych wynikających z oferty, posiada uprawnienie do tego, aby poprawić ofertę wykonawcy w celu dostosowania jej do narzuconych w SWZ pułapów kwotowych czy procentowych. Izba niejednokrotnie wskazywała, że takie działanie jest niedopuszczalne. (KIO 3613/21).*
107. *Podobnie KIO 1662/21.*
108. *Odnosząc się do powyższego wskazać należy, że nie sposób uznać, że Zamawiający posiadał instrumenty umożliwiające dokonanie poprawy oferty MIRBUD. Z przedstawionego powyżej stanu faktycznego wynika wniosek, że MIRBUD - w związku z przedstawionymi przez Zamawiającego wątpliwościami dokonał wyliczenia wartości, które należałoby przetransferować pomiędzy poszczególnymi pozycjami Specyfikacji Cenowej, tak aby możliwym byłoby zachowanie maksymalnych limitów wartości poszczególnych Grup. W ocenie Odwołującego MIRBUD dokonał tym sposobem zmiany pierwotnego oświadczenia złożonego w ofercie co do wartości poszczególnych prac i jako takie było to działanie niedopuszczalne i służyło jedynie, w ocenie Odwołującego, uniknięciu konsekwencji związanych ze złożeniem oferty niezgodnej z wymaganiami SWZ.*
109. *W niniejszej sprawie nie mówimy o transferze niewielkich kwot pomiędzy pozycjami w różnych Grupach (jak sugeruje Zamawiający w informacji o dokonaniu poprawy innej omyłki), ale o przeniesieniu kwot rzędu 1,8 - 2 mln złotych. Zatem, niewątpliwie mamy do czynienia z poprawą istotnej z punktu widzenia wartości oferty - "omyłki".*
110. *Po drugie powyższe kwoty zostały przetransferowane pomiędzy Grupy zupełnie różnych prac np. z Grupy obejmującej budowę obiektów podstawowych do Grupy obejmującej prace nad obiektami pomocniczymi.*
111. *Po trzecie, transfer wartości został dokonany na skutek wyjaśnień (zaproponowania sposobu wycięcia pewnych pozycji z Grupy I i III, aby obniżyć ich wartości) złożonych przez MIRBUD, które w sposób całkowicie dowolny określiły wartości, które miały zostać "wyjęte" z Grupy I i Grupy III i "przeniesione" w inne miejsce Specyfikacji Cenowej. Zamawiający po przeprowadzeniu negocjacji z MIRBUD ustalił, które pozycje — i w jakim zakresie powinny zostać przeniesione.*
112. *MIRBUD nie wskazał na jakiej podstawie określił wartość, która ma zostać transferowana — w tym zakresie Zamawiający opierał się wyłącznie o wyliczenia i sugestie wykonawcy. Powyższe prowadzi do sytuacji, w której strony wynegocjowały sposób zmiany treści oferty MIRBUD. Działanie to stanowiło naruszenie art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp: "Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. "*
113. *Zważyć należy, że przygotowany przez Zamawiającego wzór Specyfikacji Cenowej stanowił szczegółowy dokument zawierający szereg danych, które uniemożliwiają dokonanie zaproponowanego przez MIRBUD transferu. Wskazać bowiem należy, że oprócz samych wartości kwotowych poszczególnych prac, dokument zawiera informacje dotyczące stawek podatku VAT dla poszczególnych prac, jak i podstawy dokonania ewentualnej waloryzacji tych wartości. Każdy z wykonawców biorących udział w Postępowaniu był obowiązany wziąć pod uwagę te informacje i odpowiednio skalkulować wartość poszczególnych pozycji. Zasady przygotowania Specyfikacji Cenowych były jasne, precyzyjne i jednakowe dla wszystkich potencjalnych oferentów. Dokonanie poprawy omyłki w ofercie MIRBUD umożliwiło temu wykonawcy skorygowanie swoich błędów na etapie uzupełnienia dokumentu oraz szacowania kosztów realizacji zamówienia.*
114. *Dodatkowo zaaprobowanie sytuacji w której Zamawiający posiada uprawnienie do prowadzenia z wykonawcą negocjacji na temat przeniesienia poszczególnych wartości w Specyfikacji Cenowej prowadziłoby do tego, że*

postanowienie określone w pkt 14.7 SWZ byłoby martwe gdyż Zamawiający każdorazowo mógłby z wykonawcą negocjować sposób dokonania poprawy. pomyłek i błędów w tym dokumencie, a do niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia nigdy by nie dochodziło.

115. *Mając na względzie powyższe nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że Zamawiający nie posiadał podstaw prawnych do poprawy nieprawidłowości w Specyfikacji Cenowej MIRBUD S.A., co w konsekwencji prowadzi do tego, że oferta tego wykonawcy powinna zostać uznana jako niezgodna z warunkami zamówienia, co powinno stanowić podstawę jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a czynność Zamawiającego polegająca na poprawieniu oferty MIRBUD winna być unieważniona.*

II.6 Zarzut niewykazania przez MIRBUD spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 pkt 1) SWZ

116. *Zamawiający w pkt 5.4.2 pkt 1) SWZ określił warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej. Zgodnie z treścią tej regulacji: "wykonawca musi wykazać, że w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia (umowy), których zakres przedmiotowy każdego obejmował budowę obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 15 tys. m2."*
117. *Zgodnie z "Uwagą" zawartą pod opisem spełnienia warunku udziału w Postępowaniu: „Przez wykonanie zamówienia rozumie się proces zakończony uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie."*
118. *MIRBUD na potrzeby wykazania się warunkiem udziału w Postępowaniu, o którym mowa powyżej w Jednolitym Dokumencie zadeklarował, że legitymuje się następującym doświadczeniem: Centrum Handlowo - Usługowe "Galeria Bawełnianka: w Bełchatowie.*
119. *Z ogólnodostępnych informacji wynika, że w 2014 r. dla obiektu nie zostało wydane pozwolenie na użytkowanie całego obiektu. Po wykonaniu robót budowlanych okazało bowiem się, że niezbędne jest wykonanie dodatkowych prac, W konsekwencji wydano warunkowe pozwolenie na użytkowanie, ale jedynie dla części obiektu (z wyłączeniem obiektów przeznaczonych na sale kinowe, gdzie nie wydano pozwolenia na użytkowanie). Finalnie otwarcie centrum handlowego zaplanowano dopiero na I kwartał 2023 r.*
120. *Jak wynika z informacji dostępnych z portalu miasta Bełchatów*

    Po blisko czterech latach, pustostanem w centrum miasta zainteresował się przedsiębiorca, który chciał uruchomić obiekt zgodnie z jego pierwotnym przeznaczeniem. Kilka miesięcy proceduralnych zawiłości doprowadziło ostatecznie do złożenia w sądzie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki Bawełnianka z jednoczesną ofertą zakupu obiektu. Kiedy wydawało się, że powstanie galerii znajduje się już na ostatniej prostej, a wszystko jest tylko kwestią kilku miesięcy, zaczęły się schody ze sfinalizowaniem umowy między bankiem, a inwestorem. Ciągle do tego nie doszło. Tymczasem kilka tygodni temu pojawił się kolejny kłopotliwy fakt, który nie tylko okazał się niemałym zaskoczeniem, ale przede wszystkim poważnie piętrzy trudności w uruchomieniu "Bawełnianki".

    Zgodnie z przepisami prawa budowlanego każdy nowo wybudowany obiekt - sklep, magazyn czy w tym przypadku galeria, zanim rozpocznie działalność musi otrzymać pozwolenie na użytkowanie budynku. Takowe wydaje nadzór budowlany. Prawo dopuszcza też możliwość uzyskania pozwolenia na użytkowanie części obiektu budowlanego - i jak się okazało, tak stało się w przypadku "Bawełnianki". Galeria otrzymała pozwolenie, ale cała część kina ma "dane warunkowe pozwolenie na użytkowanie, które traci moc z końcem lipca tego roku. Co po tym terminie?

121. *Podobnie także:*

    Z końcem lipca upływa termin ważności pozwolenia na użytkowanie budynku, wydanego dla galerii „Bawełnianka". To oznacza kolejne komplikacje dla potencjalnego nabywcy tej nieruchomości. Pozwolenie na użytkowanie istniejących obiektów galerii „Bawełnianka" zostało wydane pod warunkiem wykonania określonych robót. Termin ich wykonania określono na koniec lipca 2018 roku. Jeśli nie do tego czasu wskazane prace nie zostaną przeprowadzone, pozwolenie wygaśnie. A to dla właściciela nieruchomości może wiązać się z poważnymi konsekwencjami - w ostateczności nawet z koniecznością rozbiórki obiektu.

122. *Powyższą informację potwierdza również w decyzji o pozwoleniu na użytkowanie z dnia 14 marca 2013 r.*
123. *W świetle powyższego uznać należy, że przedmiotowa inwestycja nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, zgodnie z którym wykonanie zamówienia jest utożsamiane z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, tj. wydaniem ostatecznej decyzji administracyjnej umożliwiającej pełne korzystanie z obiektu.*
124. *MIRBUD nie doprowadził inwestycji do uzyskania decyzji o pozwolenie na użytkowanie obiektu, gdyż ta została wydana 4 lata po zakończeniu realizacji prac przez generalnego wykonawcę (2023 r.). W konsekwencji MIRBUD nie potwierdził, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa powyżej.*
125. *W świetle powyższych informacji pojawia się również wątpliwość czy wykonane przez MIRBUD S.A. prace budowlane w ogóle zostały wykonane należycie.*
126. *Ewentualnie Zamawiający powinien zostać zobowiązany do wezwania MIRBUD w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do*

uzupełnienia Jednolitego Dokumentu w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 5.4.2 pkt 1) SWZ.

II.7 Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia ofert Doraco i Mostostal Warszawa jako niezgodnych z warunkami zamówienia

127. W Załączniku nr 4 do SWZ dla Grupy VII Zamawiający określił prace oraz limity.

128. Wykonawca Doraco w Specyfikacji Cenowej wycenił w Specyfikacji Cenowej pozycje Grupy VII przekraczając powyższe limity w zakresie wyceny projektu budowlanego.

129. Doszło do przekroczenia limitu w przypadku wartości przyjętej za wykonanie Projektu budowalnego (Grupa VII poz. 1), a zatem oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego co do sposobu wypełnienia tego dokumentu.

130. Analogiczna nieprawidłowość została zidentyfikowana w ofercie wykonawcy Mostostal Warszawa.

131. Z powyższego zestawienia wynika, że w Specyfikacji Cenowej Mostostal Warszawa doszło do przekroczenia limitu w przypadku wartości przyjętych za wykonanie Projektu wykonawczego oraz dokumentacji powykonawczej (Grupa VII poz. 2 i poz. 3) i tutaj również istnieje niezgodność treści oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego.

132. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". W niniejszym stanie faktycznym nie powinno budzić żadnych wątpliwości, że Doraco oraz Mostostal Warszawa złożyli wraz z ofertami Specyfikacje Cenowe, które są niezgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

133. Przygotowany przez Zamawiającego wzór Specyfikacji Cenowej w sposób jasny oraz niebudzący żadnych wątpliwości określał sposób wypełnienia poszczególnych pozycji formularza. Trudno w takiej sytuacji przyjąć, że w niniejszym stanie faktycznym doszło do błędnego zrozumienia wymagań Zamawiającego przez w/w wykonawców.

134. Z uwagi na sposób przygotowania przez Zamawiającego Specyfikacji Cenowej Zamawiający nie ma możliwości dokonania poprawy omyłki w ofertach wykonawców na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie posiada bowiem danych, które umożliwiłyby dokonanie właściwych obliczeń pozwalających na skorygowanie błędnych pozycji. Podane w poszczególnych pozycjach wartości mogły bowiem przyjąć wielkość od 0 do określonego przez Zamawiającego limitu. Maksymalna wartość danej pozycji była uzależniona od wartości pozostałych wielkości podanych w dokumencie (np. 100% wartości kosztów czy sumy pozycji dla Grupy VII).

135. W świetle powyższego, Zamawiający nie ma możliwości poprawy omyłki np. poprzez wykonanie działań matematycznych lub poprzez przeniesienie/ powielenie wartości wskazanych w innych miejscach w dokumencie.

136. W takiej sytuacji Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia ofert wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Podjęcie próby dokonania poprawy omyłki w ofertach tych wykonawców byłoby daleką ingerencją w treść oświadczenia złożonego w ofercie, co prowadziłoby do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp statuującego zakaz prowadzenia negocjacji treści oferty.

137. Stanowisko Wykonawcy znajduje swoje potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) zapadłych w analogicznych stanach faktycznych. Jako reprezentatywne można wskazać orzeczenie Izby w sprawie KIO 827/17 (Wyrok zapadł w odniesieniu do przepisów ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a art. 89 ust. 1 pkt 2 tejże ustawy jest odpowiednikiem obecnego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

138. Podobne stanowisko KIO przyjęła w uchwale z dnia 5 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO/KU 5/19

139. Podsumowując powyższe oferty wykonawców: Doraco oraz Mostostal Warszawa powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodne z warunkami zamówienia. Z uwagi na charakter oraz formę Specyfikacji Cenowych nie jest możliwa konwalidacja dostrzeżonych przez Wykonawcę niezgodności w drodze poprawy omyłki w trybie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

KIO 745/23

17 marca 2023 r. MIRBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „MIRBUD" lub „Odwołujący III") wniósł, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty PORR S.A. (dalej „PORR"), badaniu i ocenie ofert oraz zaniechaniu odrzucenia oferty PORR S.A., Korporacja Budowlana Doraco Sp. z.o.o., Mostostal Warszawa S.A., a także Konsorcjum: Polimex Budownictwo Sp. z.o.o. sp.k. (Lider), Electra M&E Polska Sp. z o.o., (Partner I), Polimex Mostostal S.A. (Partner II) odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie.

W odwołaniu Odwołujący MIRBUD zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp oraz naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców:

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

2)Korporacja Budowlana Doraco Sp. z.o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk,

3)Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa,

4)Konsorcjum: Polimex Budownictwo Sp. z.o.o. sp.k. ul. Terespolska 12, 08-110 Siedlce (Lider), Electra M&E Polska Sp. z o.o., ul. Aleje Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa (Partner I), Polimex Mostostal S.A. ul. Aleje Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa (Partner II),

- pomimo niezłożenia przez tych wykonawców wraz z ofertą wymaganych przez Zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący MIRBUD wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia ofert wykonawców PORR S.A., Korporacja Budowlana Doraco Sp. z.o.o., Mostostal Warszawa S.A., a także Konsorcjum: Polimex Budownictwo Sp. z.o.o. sp.k. (Lider), Electra M&E Polska Sp. z o.o., (Partner I), Polimex Mostostal S.A. (Partner II) ;

2)dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący MIRBUD wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zasądzenie kosztów Postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Uzasadniając odwołanie, MIRBUD wskazał:

A.Naruszenie art. 16 pkt 1) 12) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. C) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu, tych z wykonawców, którzy nie złożyli wraz z ofertą wymaganych przez zamawiającego przedmiotowych środków dowodowych należy podnieść co następuje

I. .... Przedmiotowe środki dowodowe

Ustawodawca przewidział instytucję przedmiotowych środków dowodowych, które zdefiniował w art. 7 pkt 20 ustawy Pzp wskazując, że są to środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

W niniejszym Postępowaniu zgodnie z art. 103 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, stanowi program funkcjonalno-użytkowy, który obejmuje opis zadania budowlanego, w którym podaje się przeznaczenie ukończonych robót budowlanych oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, architektoniczne, materiałowe i funkcjonalne. Program funkcjonalno-użytkowy zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy PZP mieści się w definicji dokumentu zamówienia służącego do określenia lub opisania warunków zamówienia, stanowiąc element specyfikacji warunków zamówienia (SWZ).

Zamawiający wskazał w punkcie 3.2 SWZ, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik nr 1 do SWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy.

Zamawiający w załączniku nr 00_Załącznik PFU — Koncepcja Wielobranżowa w punkcie 6.1.4 „Standard central wentylacyjnych" (str. 205) wskazał:

Wykonanie higieniczne: (...)

- *Dla zwiększenia bezpieczeństwa epidemiologicznego pacjentów i personelu szpitala, niezbędne jest wyposażenie central wentylacji nawiewnej w system aktywnej dezynfekcji oparty o technologię promieniowej jonizacji katalitycznej z powłoką hydrofilową zapewniającą ciągłą, 24 godzinną czystość mikrobiologiczną powietrza i powierzchni. System ten działa aktywnie na kanały nawiewne, powietrze w pomieszczeniach szpitalnych oraz wszelkiego rodzaju powierzchnie.*

Technologia umożliwiająca bezpieczną dezynfekcję prowadzoną w obecności pacjentów i personelu szpitala. Montaż systemu w sekcji centrali wentylacyjnej.

Wymaga się od Wykonawcy załączenia do oferty deklarację zgodności z polskimi normami, certyfikat RoHS(2), certyfikat PZH wydany przez Państwowy Zakład Higieny oraz certyfikat gwarantujący autentyczność technologii — potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wyłącznego dystrybutora na terytorium Polski. Dodatkowo wymaga się załączenia dokumentu potwierdzającego skuteczność technologii w eliminacji zagrożeń mikrobiologicznych z powietrza i z powierzchni, w tym SARS-CoV-2, Klebsiella PneumoniaeNDM-I, Clostridium Difficile, Pseudomonas aeruginosa, Acinetobacter baumannii, MRSA".

Mając na uwadze przywołaną powyżej definicję przedmiotowych środków dowodowych, nie może budzić wątpliwości, że wymagane przez Zamawiającego wyżej wskazane dokumenty mieszczą się zakresowo w pojęciu przedmiotowych środków dowodowych jako potwierdzających wymagania postawione przez Zamawiającego w opisie przedmiotu

zamówienia, w tym konkretnym przypadku w programie funkcjonalno-użytkowym.

II. ... Składanie i uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych

Treść art. 107 ust. 1 ustawy Pzp, jak również zgodne z nim postanowienia 6.1.4 „Standard central wentylacyjnych", przesądzają o kategorycznym obowiązku dołączenia do oferty:

- deklaracji zgodności z polskimi normami,

- certyfikatu RoHS(2),

- certyfikatu PZH wydanego przez Państwowy Zakład Higieny,

- certyfikatu gwarantującego autentyczność technologii,

- dokumentu potwierdzającego skuteczność technologii w eliminacji zagrożeń mikrobiologicznych z powietrza i z powierzchni, w tym SARS-CoV-2, KlebsiellaPneumoniae NDM-I, Clostridium Difficile, Pseudomonas aeruginosa, Acinetobacter baumannii, MRSA".

Należy podkreślić, że w przypadku niezłożenia przedmiotowych środków dowodowych ustawodawca dopuścił możliwość ich uzupełnienia wyłącznie wtedy gdy zamawiający wprost przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dopuścił takiej możliwości co jednoznacznie wskazuje, iż nie jest uprawniony do wezwania wykonawców, którzy nie dopełnili tego obowiązku do złożenia lub uzupełnienia wymaganych dokumentami zamówienia przedmiotowych środków dowodowych. Stwierdzenie to znajduje potwierdzenie w jednolitych stanowiskach doktryny:

- „ Ustawodawca jednoznacznie przesądził, że jeżeli zamawiający określił w dokumentach zamówienia wymóg złożenia przedmiotowych środków dowodowych, to wykonawcy winni je przedłożyć wraz z ofertą. Zupełnym novum jest obowiązek przesądzenia przez zamawiającego, czy dopuści możliwość uzupełnienia takich dokumentów. W przypadku gdy zamawiający dopuszcza taką możliwość, winien wyraźnie to określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Brak stosownej informacji w tym zakresie wyklucza możliwość późniejszego wzywania wykonawców do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych: (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/ el. 2023, art. 107.),

- „Brak zamieszczenia stosownej informacji w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia uniemożliwia zamawiającemu uzupełnianie dokumentów, pozostawiając mu jedynie uprawnienie do wezwania o wyjaśnienia przedmiotowego środka dowodowego (art. 107 ust. 4 Pzp). Brak uprawnień zamawiającego do uzupełniania znajduje przełożenie także na uprawnienia wykonawcy, który nie może z własnej inicjatywy uzupełnić dokumentu, którego nie załączył (lub załączył niekompletny) w ofercie" („Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz." pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021).

Wobec powyższego nie może budzić wątpliwości, że Zamawiający nakładając w dokumentach zamówienia na wszystkich wykonawców obowiązek załączenia do oferty stosownych środków dowodowych, nie przewidział w treści tych dokumentów ani w treści ogłoszenia o zamówieniu możliwości ich uzupełnienia w przypadku nie wywiązania się wykonawców z tego obowiązku.

III. ... Skutki nie złożenia przedmiotowych środków dowodowych

Nie przewidując w ogłoszeniu o zamówieniu ani w dokumentach zamówienia możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych Zamawiający nie może bez naruszenia przepisów ustawy Pzp wezwać wykonawców do ich uzupełnienia.

W takim przypadku Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia ofert wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych dokumentów wraz z ofertą. Stanowi o tym art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp nakazujący bezwzględne odrzucenie oferty wykonawcy, 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.

IV. .. Związanie warunkami zamówienia na etapie badania i oceny ofert

Zaznaczenia wymaga, że zarówno Zamawiający jak i wykonawcy są związani postanowieniami dokumentów zamówienia, których zmiana po dacie składania ofert nie jest możliwa. Wprowadzenie takiej zmiany naruszałoby bowiem podstawowe zasady obowiązujące na gruncie systemu zamówień publicznych, w tym zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, czy też zasadę przejrzystości.

Na obecnym etapie postępowania przypisywanie jasnym postanowieniom dokumentów zamówienia dotyczących warunków zamówienia wynikających w tym przypadku z opisu przedmiotu zamówienia innej treści niż literalnie w niej przedstawiona, nie może korzystać z ochrony, co skutkuje brakiem możliwości odstąpienia przez Zamawiającego od badania ofert pod kątem wyartykułowanego w treści dokumentów obowiązku załączenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych, co miało miejsce w zaistniałym stanie faktycznym.

V. Istotność wymagania złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych w niniejszym postępowaniu

Wymaganie zawarte w punkcie 3.2 SWZ w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (Załącznik nr 1 do SWZ) w załączniku - Koncepcja Wielobranżowa w punkcie 6.1.4 „Standard central wentylacyjnych" (00_Załącznik PFU str. 205) zastosowania central wentylacyjnych wyposażonych w ponadstandardowy system aktywnej dezynfekcji oparty o technologię promieniowej jonizacji katalitycznej z powłoką hydrofilową zapewniającą ciągłą, 24 godzinną czystość mikrobiologiczną powietrza i powierzchni miało na celu niezwykle istotne dla funkcjonowania nowego szpitala, po doświadczeniach z epidemii SARS-CoV-2, zwiększenie bezpieczeństwa epidemiologicznego pacjentów i personelu szpitala.

Wymaganie to Zamawiający wskazał po raz pierwszy w unieważnionym postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego, a 12.12.2022 r. w niniejszym Postępowaniu w odpowiedzi na pytanie nr 708 (przetarg nieograniczony) nie wyraził zgody na rezygnację z wymogu, pozostawiając zapisy PFU bez zmian.

CZĘŚĆ I - PYTANIA I ODPOWIEDZI

Pytanie nr 708

Dotyczy odpowiedzi na pytanie nr 30 plik „Notatka ze spotkania informacyjnego 24.10.2022"

„Pragniemy zwrócić uwagę Zamawiającego na fakt, że w dokumentacji przetargowej wprowadził wymóg wyposażenia central wentylacyjnych w technologię promieniowej jonizacji katalitycznej, dla której skuteczność kliniczna nie została nigdy potwierdzona wynikami jakichkolwiek znanych nam badań klinicznych z randomizacją, a istniejące prace naukowe dowodzą jej skuteczności tylko w badaniach in vitro lub są pojedynczymi opisami ekspertów. Dla będącego przedmiotem postępowania szpitala dodatkowy koszt związany z zakupem takich modułów "nosi około 6 mln zł, a co więcej co 2 lata konieczna jest ich wymiana na nowe. Zważywszy na wątpliwą, a wręcz nieudowodnioną skuteczność kliniczną oraz wobec chęci racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi prosimy Zamawiającego o rezygnację z wymogu wyposażenia central wentylacyjnych w moduły promieniowej jonizacji katalitycznej"

Odpowiedź na Pytanie nr 708

Zamawiający nie zgadza się na proponowaną zmianę i pozostawia zapisy bez zmian.

VI. Dokumenty - przedmiotowe środki dowodowe jakich Zamawiający wymagał do dołączenia z ofertą

Odwołujący przedstawia poniżej, jakie przedmiotowe środki dowodowe są wymagane w Postępowaniu oraz jaki jest charakter tych dokumentów:

1. Deklarację zgodności z polskimi normami.

Deklaracja zgodności UE, stanowiąca podstawę oznakowania wyrobu znakiem CE, jest dokumentem obowiązkowym, jest wystawiana i podpisywana przez Producenta, potwierdza, że wyroby spełniają wymogi UE dla danego typu wyrobów. Podpisując deklarację, Producent bierze pełną odpowiedzialność za zgodność produktu z odpowiednimi przepisami UE (Dyrektywami Nowego Podejścia). W dokumencie Producent wskazuje odpowiednie przepisy, z którymi produkt jest zgodny, jak również wszelkie zharmonizowane normy lub inne sposoby wykazania zgodności. Normy zharmonizowane z określoną Dyrektywą wyznaczają akceptowalny poziom bezpieczeństwa technicznego wyrobu, są definiowane jako normy krajowe transponujące/ przenoszące postanowienia europejskich normy zharmonizowanych.

2. Certyfikat RoHS (2).

Certyfikat stanowi poświadczenie, że produkt/wyrób nie zawiera substancji niebezpiecznych mogących przenikać do środowiska, wymienionych w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/ 65/ EU z dnia 8 czerwca 2011 roku o ograniczeniu zastosowania niebezpiecznych substancji w sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (ROHS 2) uzupełnionej i stosowanej razem z Dyrektywą Delegowaną Komisji (UE) 2015/863 z dnia 31 marca 2015 r. (ROHS 3) zmieniającą załącznik II do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/65/ UE w odniesieniu do wykazu substancji objętych ograniczeniem wraz z późniejszymi zmianami. Dyrektywa RoHS obejmuje swoim działaniem ograniczenia na etapie produkcji we wprowadzaniu substancji niebezpiecznych, przekłada się wymiernie na ograniczenie do minimum negatywnego wpływu wyrobu na środowisko naturalne.

3. Atest PZH.

Atest higieniczny wydany przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego PZH — Państwowy Instytut Badawczy (NIZP PZH - PIB) jest oceną danego, określonego wyrobu/ produktu w zakresie jego bezpieczeństwa dla zdrowia ludzi, pod warunkiem jego stosowania zgodnie z deklarowanym przeznaczeniem i sposobem użycia. Ocena produktów/wyrobów związanych z oczyszczaniem powietrza obejmuje także ocenę technologii zastosowanej w produkcie/ wyrobie. Wskazane przez Zamawiającego - będącego podmiotem wykonującym działalność leczniczą, miejsce montażu systemu: centrale wentylacyjne w wykonaniu higienicznym. Centrale higieniczne stosowane są w takich obiektach jak: szpitale (w tym układach przeznaczonych dla sal operacyjnych z najwyższą wymaganą do osiągnięcia klasą czystości powietrza S1; dla pomieszczeń o podwyższonych wymaganiach higienicznych z klasą czystości S2-S3), w laboratoriach, w zakładach farmaceutycznych oraz w pomieszczeniach przy procesach produkcji elektroniki.

4.Certyfikat gwarantujący autentyczność technologii.

5.Dokument potwierdzający skuteczność technologii w eliminacji zagrożeń mikrobiologicznych z powietrza i z powierzchni.

VII. Newralgiczność technologii dezynfekcji gwarant bezpieczeństwa epidemiologicznego pacjentów i personelu

szpitala

Zamawiający wymieniając zagrożenia mikrobiologiczne - określane jako czynniki alarmowe, ważne ze względu na obowiązek prowadzenia nadzoru epidemiologicznego (zapobieganie i zwalczanie zakażeń szpitalnych), uwzględniając także wirusa SARS-CoV-2 jako czynnika, który wywołał ogólnoświatową epidemię choroby zakaźnej Covid-19, postawił wykonawcom precyzyjny wymóg załączenia do oferty nie tylko deklaracji zgodności, atestów i certyfikatów wynikających z obowiązujących przepisów, dokumentów potwierdzających skuteczność oferowanej technologii w zakresie określonym w PFU czyli certyfikatu gwarantującego autentyczność technologii, ale także dokumentów potwierdzających skuteczność technologii w eliminacji zagrożeń mikrobiologicznych z powietrza i powierzchni.

Dokument potwierdzający skuteczność technologii w eliminacji zagrożeń mikrobiologicznych ma charakter stricte medyczny i jego celem jest potwierdzenie skuteczności technologii w eliminacji tychże zagrożeń z powietrza i powierzchni. Wynika to z postawionych przez Zamawiającego wymagań w zakresie czystości mikrobiologicznej powietrza i powierzchni kontaktującej się z uzdatnionym powietrzem (zaopatrzonym w czynniki działające aktywnie), w trybie ciągłym (tj. 24/7/365) w tym w kanałach i ograniczenie możliwości powstawania i rozwoju biofilmu odpornego na środki chemiczne używane do czyszczenia kanałów wentylacyjnych (eksploatacja; ograniczenie stosowania coraz silniejszych środków). Oferowane urządzenia muszą zapewniać działanie technologii w kanałach - przed filtrami, gwarantuje to przejście czynnika aktywnego przez filtry (w tym wysoko skuteczne HEPA, EPA, ULPA). Co ważne, oferowane urządzenia nie mogą wymagać obsługi bieżącej czy regulacji, nie może zmniejszać się ich wydajność w zależności od zapotrzebowania na wysoki przepływ powietrza lub spadki przepływu w cyklu dobowym (nasycenie). Wymagane dokumenty mają potwierdzać zgodność zaoferowanej technologii z wymaganiami Zamawiającego i dać Zamawiającemu możliwość weryfikacji, czy wynika z nich, że zaoferowana technologia zapewnia aktywne wsparcie procedur higienicznosanitarnych stosowanych w szpitalu, w ramach planu higieny; rozszerzenie stosowanej dezynfekcji interwencyjnej z wykorzystaniem urządzeń do dekontaminacji powierzchni środkami chemicznymi typu fumigatory, dodatkową dezynfekcję prewencyjną działającą w trybie ciągłym, w obecności ludzi, bez potrzeby wyłączania pomieszczeń z ruchu.

Wymóg posiadania i przedstawienia na etapie składania oferty, odpowiednich dokumentów świadczących o bezpieczeństwie stosowania wyrobów/ produktów dla zdrowia ludzi i „przyjazności" produktu/wyrobu dla środowiska w całym jego cyklu życia, zapewnienia zgodności z odpowiednimi Dyrektywami i normami zharmonizowanymi wraz z wykazaniem skuteczności technologii w eliminacji zagrożeń mikrobiologicznych - jest wyrazem szczególnej dbałości Zamawiającego o przyszłe bezpieczeństwo epidemiologiczne pacjentów, personelu szpitala i całego obiektu.

Nie może budzić wątpliwości, że Zamawiający wprowadzając wymóg załączenia do oferty wyżej wymienionych przedmiotowych środków dowodowych zamierzał, uzyskać pewność, że oferowane centrale wentylacyjne będą wyposażone w technologię promieniowej jonizacji katalitycznej, poprzez weryfikację spełnienia tego wymagania na etapie badania i oceny ofert. W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający w stosunku do oferty PORR S.A., jak również wymienionych w treści zarzutu wykonawców, takiego potwierdzenia nie pozyskał.

Podejmując czynności w Postępowaniu zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający jest zobligowany do odrzucenia w trybie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ofert tych wykonawców, którzy nie złożyli wraz z ofertą wymaganych w punkcie 6.1.4 Koncepcji Wielobranżowej „Standard central wentylacyjnych" przedmiotowych środków dowodowych i nie skonkretyzowali przedmiotu oferty w wymaganym w dokumentach zamówienia zakresie.

VIII. Stanowisko judykatury

Analogiczny stan prawny był przedmiotem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 2022-06-09, Sygn. akt KIO 1392/22 nakazała odrzucenie oferty wykonawcy, który nie załączył podmiotowych środków dowodowych wymaganych w Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik do SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza w tym samym wyroku potwierdziła, iż Zamawiający prawidłowo także odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zbliżony stan faktyczny był badany przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt 1170/11 z dnia 11 czerwca 2011 r., w sytuacji, gdy wymaganie dołączenia do oferty, w celu potwierdzenia spełnienia wymagań SIWZ przez oferowane wyroby takich dokumentów jak katalogi i foldery z opisami i szczegółowymi fotografiami oferowanych dostaw, świadectw, certyfikatów, atestów, raportów i protokołów z badań, atestu higienicznego na farbę, Świadectwa Jakości Zdrowotnej PZH, certyfikatu zgodności oferowanych mebli z wymaganiami norm PN-EN 13150:2004 i PN-EN 14727:2006 wydanego przez niezależną jednostkę badawczą akredytowaną w zakresie badań i certyfikacji tego typu wyrobów oraz stosownych deklaracji CE producenta i innych było zawarte w projekcie technicznym. W konsekwencji Izba uznała, że z samych zapisów zamieszczonych w załączniku pn. Projekt budowlany wynika, że brakujące dokumenty miały być dostarczone na dowód potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi spełniają wymagania zamawiającego i złożenia takich dokumentów zamawiający od wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty winien wymagać.

B. Zabezpieczenie przez zamawiającego środków finansowych na realizację zamówienia

Jedynie dla porządku Odwołujący wskazuje, że choć środki finansowe przeznaczone na finalizację przedmiotowego zamówienia zostały w dniu otwarcia ofert określone na kwotę 1.015.945.829,06 zł brutto, to jednak Zamawiający podjął działania mające na celu zwiększenie budżetu na realizację inwestycji do kwoty, która umożliwia wybór oferty (żadna z pięciu złożonych ofert nie mieści się w budżecie Zamawiającego, wskazanym przed otwarciem ofert).

Zgodnie z informacją opublikowaną przez Kancelarię Prezesa Rady Ministrów, zawartą na stronie, obecnie Zamawiający ma zabezpieczone środki o łącznej wysokości 1.337.775.720,00 zł na realizację inwestycji, które pochodzić mają z następujących źródeł finansowania:

- budżet Skarbu Państwa w części 85/02 - Województwo Dolnośląskie - środki w wysokości 550.000.000,00 zł,

- budżet Samorządu Województwa Dolnośląskiego - środki w wysokości 619.144.000,00 zł,

- budżet własny inwestora (DCOPiH) oraz środki w ramach KPO — kwota 168.631.720,00 zł (vide https: // www.gov.pl/web/premier/projekt-uchwaly-rady-ministrow-zmieniajacej-uchwale-w-sprawie-ustanowienia-programu-wieloletniego-pod-nazwa-budowa-nowego-szpitala-onkologicznego-we-wroclawiu3). Wartość oferty Odwołującego wynosi 1.177.000.000,00 zł brutto, a tym samym cena ofertowa Odwołującego wpisuje się w nowy, powiększony budżet Zamawiającego.

KIO 740/23; KIO 743/23; KIO 745/23

W dniu 29 marca 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania w których wnosił o oddalenie odwołań w całości oraz przedstawiał własne stanowisko względem zarzutów podnoszonych w odwołaniach.

Zamawiający wnosił również o zasądzenie od Odwołujących na jego rzecz kosztów zastępstwa procesowego.

W dniu 29 marca 2023 r. stanowiska pisemne do akt sprawy KIO 740/23, 743/23, 745/23 złożył Odwołujący MIRBUD.

W dniu 30 marca 2023 r. stanowisko pisemne do akt sprawy KIO 740/23, 743/23, 745/23 złożył wykonawca PORR S.A..

W dniach 28 marca 2023 r. stanowisko pisemne do akt sprawy KIO 473/23, 745/23 złożył Odwołujący Mostostal.

W dniach 24 marca 2023 r. (KIO 745/23) oraz 4 kwietnia 2023 r. (KIO 743/23) stanowisko pisemne do akt sprawy złożyło Konsorcjum Polimex.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia w tym całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę odpowiedzi na odwołania, dalsze pisma procesowe, oświadczenia i stanowiska wyrażone przez strony i uczestników postępowań, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 30 marca i 5 kwietnia 2023 r., Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

KIO 740/23; KIO 743/23; KIO 745/23

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołujących szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

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

Do postępowania odwoławczego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz strony do której zgłoszono przystąpienie, zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Polimex Budownictwo Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Siedlcach, Electra M&E Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 740/23 po stronie odwołującego oraz KIO 745/23 po stronie zamawiającego,
- MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 740/23 i KIO 743/23 po stronie zamawiającego;
- PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 740/23, KIO 743/23 i KIO 745/23 po stronie zamawiającego;
- Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 743/23 i KIO 745/23 po stronie zamawiającego.

Izba uznała zgłoszone przystąpienia za skuteczne.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, dokumentację postępowania oraz dowody składane w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że san faktyczny w sprawie, tj. brzmienie przywoływanych w odwołaniach postanowień SWZ oraz opis czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia został przytoczony przez każdego z Odwołujących w sposób adekwatny do treści SWZ i dokumentacji postępowania i nie wymaga ponownego omówienia.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Izba wyjaśnia na wstępie, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym dokonała oceny czynności podjętych oraz zaniechanych przez Zamawiającego w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego w oparciu o dokumenty tego zamówienia, w której określone zostały warunki tego zamówienia oraz wymagania co do treści składanych oświadczeń i zakresu składanych dokumentów.

Należy podkreślić, iż zgodnie przepisem ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym – strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z Kodeksu Cywilnego w zw. z ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Należy go rozumieć jako obarczenie strony procesu, z jednej strony obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), o słuszności swoich twierdzeń dzięki zawnioskowanym dowodom, a z drugiej – skutkiem zaniechania lub nieskutego dowodzenia, w postaci przegrania sprawy.

W przypadku rażąco niskiej ceny podkreślenia przy tym raz jeszcze wymaga, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie jak to określono w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia określonego tj. stosownie do art. 537 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie, iż ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak Odwołującego, który podnosi okoliczności dot. rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności wskazywanych przez niego jako podstawa zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (por. wyrok z dnia 21 stycznia 2019 r. KIO 2617/18). Art. ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i kwestionować wyłącznie formalny aspekt procedury wyjaśnienia RNC, bez merytorycznego wykazania zasadności swoich twierdzeń,z przerzuceniem na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężaru dowodowego.

Powyższe reguły dowodowe, przy uwzględnieniu zgromadzonego w sprawach materiału dowodowego, poczynionych ustaleń faktycznych oraz postawionych zarzutów zawartych w odwołaniach, doprowadziły Izbę do wniosku, iż zarzuty wobec zaniechań i czynności dokonanych przez zamawiającego nie potwierdziły się i jako takie nie podlegały uwzględnieniu.

Przechodząc do omawiania poszczególnych zarzutów Izba wskazuje:

KIO 740/23

Odwołujący Mostostal postawił zarzuty względem ceny w ofercie wykonawcy PORR w dwóch aspektach. Pierwszy aspekt dotyczył naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy PORR jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz w związku z udzieleniem wyjaśnień elementów cenotwórczych w stopniu niewystarczającym, czyli takich które wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i kosztów, co w konsekwencji stanowi naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Drugi aspekt dotyczył naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztu w sposób nieprawidłowy, bo nieodnoszący się do wszystkich istotnych składników ceny, które zostały zaniżone w ofercie wybranego wykonawcy.

W świetle okoliczności niniejszej sprawy nie sposób zgodzić się z zarzutami podnoszonymi przez Odwołującego Mostostal. Bezsporne jest, iż wobec oferty PORR nie zachodziła obligatoryjna przesłanka badania ceny z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Niemniej jednak Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia pewnych elementów ceny wykonawcy PORR na podstawie art. 224 ust.1 ustawy Pzp. Zamawiający, w toku postępowania odwoławczego argumentował, iż wystosowane wezwanie było działaniem ostrożnościowym i nadmiernym w okolicznościach prowadzonego postępowania. Wykonawca

PORR odpowiadając na to wezwanie, w pierwszej kolejności przedstawił specyfikę postępowania, reguł dotyczących wyceny oferty oraz ocenił „istotność" elementów, których wyjaśnienia Zamawiający zażądał, a następnie wyjaśnił zaoferowane ceny tych elementów.

Stosownie do ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z ww. przepisu wynika, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia. Przed zastosowaniem ww. przepisu zamawiający, gdy cena oferty danego wykonawcy budzi jego wątpliwości, winien wystąpić do tego wykonawcy o stosowne wyjaśnienia, odpowiednio formułując treść wezwania. W myśl bowiem ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zgodnie natomiast z ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Przesłanki odrzucenia oferty nie spełniły się. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami odpowiadały wezwaniu i nie pozwalały na przyjęcie, iż cena oferty PORR jest ceną rażąco niską.

Jak przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny.

Ponadto rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty PORR, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w kontekście treści wezwania do ich złożenia, opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentach zamówienia oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, przy czym zawsze punktem odniesienia do określenia istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że ocena złożonych wyjaśnień nie może sprowadzać się tylko do formalnego aspektu. Stricte formalne podejście mogłoby bowiem skutkować eliminacją ofert, które nie zawierają ceny rażąco niskiej, ofert, których cena jest realna i rynkowa. Izba uznała, że ocena wyjaśnień złożonych przez PORR dokonana została przez Zamawiającego w sposób prawidłowy. PORR przedstawił wyjaśnienia wraz z kalkulacjami dla poszczególnych pozycji oraz załączył jako dowody na potwierdzenie realności cen umowy ramowe oraz oferty. Wykonawca nie uchylał się od wyjaśnień chociaż jednocześnie przedstawiał argumentację mającą na celu wykazanie bezzasadności wezwania.

Ponadto Izba doszła do przekonania, że Odwołujący Mostostal nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, iż cena oferty zaoferowana przez PORR nosi charakter rażąco niskiej, a złożone wyjaśnienia w sposób niewystarczający odpowiadały na wezwanie zamawiającego. W szczególności w ocenie Izby nie potwierdzają tego złożone jako dowody oferty pozyskane przez Odwołującego. Izba podziela stanowisko PORR, iż dowody te odzwierciedlają możliwości negocjacyjne, handlowe Odwołującego Mostostal i jego koncepcję realizacji zamówienia w oparciu o skonkretyzowane produkty, nie mogą natomiast świadczyć o charakterze cen zaoferowanych przez Przystępującego PORR. Tym bardziej, że PORR, w toku postępowania polemizując z argumentacją Odwołującego Mostostal, przedłożył dowody w postaci aktów umowy oraz ofert (pakiet dowodów) dodatkowo wskazujących na realność zaoferowanych cen. Dokonując oceny wyjaśnień i ceny oferty PORR, Izba wzięła pod uwagę zarówno formułę postępowania „zaprojektuj i wybuduj" jak i narzucony przez Zamawiającego w SWZ sposób wyceny oferty.Formuła postępowania, czego zdaje się nie dostrzegać Odwołujący Mostostal, przerzuca na wykonawców całokształt obowiązków związanych z prawidłowym oszacowaniem oferty. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 3.02.2022 r., sygn. akt KIO 147/22, iż formuła zamówienia określona jako „zaprojektuj i wybuduj" daje tę przewagę wykonawcom, że w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację, w tym w szczególności PFU, wykonawca ma swobodę w takim ukształtowaniu oferty, że układ kalkulacji poszczególnych elementów wyceny pozycji ofertowych jest ustalany w oparciu o indywidualne właściwości przypisane danemu wykonawcy. To wykonawca w oparciu o swój potencjał, *know-how*, kontakty biznesowe oraz współpracę z innymi podmiotami na rynku - ma pełną wiedzę o możliwościach realizacji danego zamówienia za określoną kwotę. Projekt biznesowy, jakim z całą pewnością jest realizacja zamówienia publicznego, wymusza na wykonawcach wzięcie pod uwagę osiągnięcie godnego zysku, z takim założeniem jest bowiem prowadzona działalność gospodarcza. Formuła „zaprojektuj i wybuduj" powoduje jednocześnie, iż szczegółowe rozwiązania w zakresie przedmiotu zamówienia będą się kształtować dopiero po zawarciu umowy. Jak wskazano w pkt 2.1. PFU, œlem programu funkcjonalno-użytkowego jest

wskazanie układu pomieszczeń wraz z ich standardem wyposażenia i wykończenia, a także określenie wytycznych i standardów technicznych wymaganych przez Zamawiającego dla przedmiotowej inwestycji. Biorąc pod uwagę, że dokument stanowiący podstawę opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wyznacza de facto oczekiwane standardy, a nie zakreśla ostatecznych rozwiązań, trudno oczekiwać, iż wykonawcy w wyjaśnieniach będą w stanie przedstawić szczegółowe rozwiązania. Na tym etapie można mówić o pewnych założeniach co do sposobu realizacji zamówienia. Jednocześnie należy zwrócić uwagę, na co powoływał się również Zamawiający, iż w PFU dopuścił możliwość proponowania optymalizacji konkretnych rozwiązań projektowych, przy zachowaniu założenia z pkt 2.1.7.1 PFU. Dostrzeżenie również wymagało, iż przykładowo z oferty cenowej firmy INNOVATOR sp. z o.o. przedłożonej jako dowód przez Odwołującego Mostostal wprost wynikało, że przedkładana oferta jest jedynie propozycją biznesową dot. hipotetycznej powierzchni ścian, podłóg i sufitów niezbędnych do wyłożenia ołowiem, a dopiero wiedza uzyskana na podstawie niezbędnego do wykonania projektu ochrony radiologicznej pozwoli na sporządzenie precyzyjnej oferty. Tym samym, oferta ta w ocenie Izby nie stanowi dowodu, że przyjęte przez PORR założenia względem osłon radiologicznych są niewłaściwe, a cena zaniżona.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający zgodnie z pkt. 14.5 SWZ wskazał, iż cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia zawarte w SWZ. Ponadto stosownie do pkt 14.7 SWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do dokonania podziału kosztów realizacji zamówienia w składanej przez siebie ofercie z uwzględnieniem założeń wynikających ze Specyfikacji cenowej, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ. Wykonawca uwzględnia stawkę VAT dla poszczególnych pozycji zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego założeniami. Wartości wskazane w tabeli służą m. in. ocenie i porównaniu złożonych ofert. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca uwzględnił założenia dotyczące limitu kosztów w przedziale wskazanym w specyfikacji cenowej pod rygorem uznania oferty za nieodpowiadającą treści SWZ i jej odrzucenia z zastrzeżeniem możliwości poprawienia omyłek w zakresie przewidzianym w PZP. W związku z powyższym należy przychylić się do stanowiska Zamawiającego, iż dokument specyfikacji technicznej służył przyszłym celom rozliczeniowym i nie rodził skutków w kontekście merytorycznej oceny zgodności oferty z SWZ.

Jednocześnie Zamawiający formułując założenia w specyfikacji cenowej nałożył na wykonawców limity procentowe za poszczególne elementy oferty. Ponadto odpowiadając na pytanie nr 750 Zamawiający wskazał, że „Wykonawca jest odpowiedzialny za wypełnienie specyfikacji cenowej. Specyfikacja cenowa zawiera pozycje zagregowane.

Wartości wskazane w poszczególnych pozycjach mają charakter zryczałtowany dla danego zakresu robót. Wykonawca w ramach wynagrodzenia ryczałtowego zobowiązany jest uwzględnić wszelkie koszty realizacji zamówienia niezbędne dla wykonania danego zakresu. W sytuacji, jeżeli Wykonawca wycenił dopuszczone przez Zamawiającego rozwiązanie w technologii zamiennej od wskazanej w formularzu – Zamawiający dopuszcza wskazanie wartości 0. Wartość 0 należy wskazać również w sytuacji, w której dana pozycja w dokumentacji nie występuje w odniesieniu do określonego zakresu prac".

Powyższe ukształtowanie postanowień SWZ, spowodowało, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że każdy z wykonawców skonstruował formularz cenowy w sposób odmienny. U każdego z wykonawców w innych pozycjach przyjęto wartości 0, co implikowałoby konieczność wezwania każdego z wykonawców do wyjaśnienia ceny tego elementu. W ocenie Izby słusznie wskazuje Zamawiający, iż takie ukształtowanie warunków zamówienia i nadanie specyfikacji cenowej charakteru dokumentu rozliczeniowego umożliwiało indywidualne podejście do wyceny i agregacji kosztów, co powoduje brak możliwości uznania poszczególnych pozycji formularza cenowego za istotne części składowe.

Ponadto, jak słusznie wskazali Zamawiający i przystępujący PORR, Odwołujący Mostostal nie zakwestionował ceny całkowitej oferty lecz jej poszczególne elementy, a to oznacza, że nie kwestionuje możliwości zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę przystępującego PORR. Okoliczność, iż przystępujący PORR rozłożył w inny sposób ciężar realizacji zamówienia, nie stanowi jeszcze przesłanki do stwierdzenia RNC, tym bardziej, że jak to wynika z porównania cen przedstawionego przez Zamawiającego, daje się zauważyć, że Odwołujący Mostostal przewidział niższą cenę za inne elementy niż przystępujący PORR i w niektórych przypadkach cena za określony rodzaj robót oferowana przez Odwołującego Mostostal jest niższa niż cena PORR oraz innych wykonawców.

Tym samym porównanie, jakie proponuje Odwołujący Mostostal w załączniku nr 6 do odwołania, nie jest zasadne. W zakresie bezzasadności stanowiska odwołującego należy przywołać wyrok Izby z dnia 26 lutego 2021 r., w sprawie KIO 28/21, KIO 32/21, w którym Izba wskazała, *„Zauważyć jednak trzeba, że aby można było badać części składowe ceny oferty należy ustalić czy mają one charakter istotny. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, należy wykazać, że jej zaniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty (...). Analizując porównawczo ceny (netto) ofert stwierdzić należy, że każdy z wykonawców w sposób charakterystyczny dla siebie przy uwzględnieniu potencjału właściwego dla danego wykonawcy, ustalił ceny za poszczególne elementy w sposób różny od konkurencji. Zdaniem*

Izby, każdy z wykonawców, znając swoje możliwości, po przeanalizowaniu całości dokumentacji z postępowania, przy uwzględnieniu profesjonalizmu firm ubiegających się o udzielenie zamówienia, miał podstawy do kalkulacji oferty w sposób, który umożliwiał mu realizację całego zamówienia za cenę podaną w ofercie, uwzględniając zysk, jaki przewiduje osiągnąć przy przedmiotowym zadaniu", potwierdzony wyrokiem SO w Warszawie, z dnia 31.08.2021 r., sygn. akt Zs 42/21 gdzie Sąd wskazał, że *„(…) jeżeli poszczególne ceny jednostkowe są niskie, ale nie znajduje to przełożenia na cenę oferty oraz możliwość wykonania całej umowy, brak jest podstaw do wyjaśniania tej ceny. Innymi słowy, zarzut „niewykonalności" danego elementu oferty za określoną cenę jest niewystarczający sam w sobie dla uznania go za uzasadniający wyjaśnianie ceny. Oferty wykonawców zostały sporządzone w zależności od ich potencjału, indywidualnych uwarunkowań różnią się w poszczególnych aspektach. W realiach sprawy różnice w kosztorysach ofertowych poszczególnych wykonawców mogą wynikać z przyjętej przez nich technologii wykonania robót, posiadania przez nich niezbędnego sprzętu i cen uzyskiwanych od dostawców na materiały i niezbędne urządzenia, a także wewnętrznej organizacji oraz związanych z nią kosztów*". Podobnie Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku wydanym w sprawie XXIII Zs 85/22 *„Niewątpliwie cena rażąco niska odnosi się do całości całego świadczenia tj. przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo jak i doktryna wskazują także, że o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy element świadczenia ceny jest oderwany od realnych cen rynkowych. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. […] Jedynie w sytuacji, gdy zaniżona cena jednostkowa skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia oferty."*

Za konstatacją, iż oferta PORR nie zawiera ceny rażąco niskiej przemawia również fakt, iż ceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu przekraczały wartość szacunkową zamówienia, i wobec żadnej z nich nie wystąpiła obligatoryjna przesłanka wezwania do wyjaśnienia ceny. Jak podnosili uczestnicy sporu, dopuszczalne było różne podejście do wyceny poszczególnych pozycji, i jak prezentował Zamawiający, w ofercie każdego z wykonawców występowały pozycje, w których jego oferta była niższa niż ceny w ofertach pozostałych wykonawców. Dlatego brak było podstaw do uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty PORR. Podobnie jak i związanego z tym zarzutem zarzutu braku dalszych wezwań do wyjaśnień ceny elementów oferty PORR. Odwołujący w ocenie Izby nie wykazał, że określone elementy ceny Zamawiającemu powinny wydawać się rażąco niskie i powinny budzić jego wątpliwości, a Zamawiający owych podejrzeń i wątpliwości nie powziął w sposób nieuzasadniony. W szczególności niewystarczające jest ku temu zestawienie porównawcze cen poszczególnych elementów. Jednocześnie wskazać należy, iż norma zawarta w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawę wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Przepis ten nie określa sztywnych reguł, dających podstawę do wystąpienia z takim żądaniem do wykonawcy, lecz daje taką sposobność również wówczas, gdy zamawiający poweźmie lub powinien powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, także w sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia lub które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia przy wynagrodzeniu kosztorysowym. O tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Stanowisko to potwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (sygn. akt).

Podkreślić również należy, że w rozstrzyganej sprawie ciężar dowodu, że nastąpiło rażące zaniżenie stawki zaoferowanej przez Przystępującego PORR w stosunku do przedmiotu zamówienia, spoczywa na wykonawcy, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci obowiązku zamawiającego odrzucenia ofert konkurentów (k.c. w zw. z Pzp, Pzp). W przypadku zarzutu zaniechania badania ceny oferty lub istotnej części składowej oferty ciężar dowodu nie jest przenoszony na zasadach ustalonych w Pzp w odniesieniu do badania ceny oferty po udzieleniu wyjaśnień, i nie obciąża wykonawcy, którego oferta miałaby być badana ani zamawiającego, lecz w całości spoczywa na odwołującym (tak m.in. wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1024/17). Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od

wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie ceny realizacji zamówienia może mieć negatywny skutek dla wykonania umowy biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w SWZ. W związku z powyższym, skład orzekający stwierdził, że Odwołujący nie spełnił swoich powinności dowodowych. W cenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy, nie można uznać za dowód rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego PORR zestawienia porównawczego cen wybranych pozycji z ofert poszczególnych wykonawców czy też ofert pozyskanych przez Odwołującego. Podkreślić należy, że to, iż inni wykonawcy zaoferowali stawki wyższe niż Przystępujący PORR, nie może stanowić argumentu za stwierdzeniem, iż stawki zaoferowane przez Przystępującego PORR są rażąco niskie. Podkreślić bowiem należy, że okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe w zakresie oferowanej usługi. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w na rynku konkurencyjnym znajdą się podmioty, które oferują wykonanie danej usługi w znacznie wyższej cenie niż ich konkurent. Podkreślić należy, że każdy z wykonawców będących profesjonalistą kalkuluje cenę oferty uwzględniając sprzyjające jemu okoliczności i uwzględniając stosowaną przez siebie politykę cenową.

Uwzględniając powyższe, Izba w składzie orzekającym za prawidłowe uznała przyjęcie przez Zamawiającego, jako podstawy do badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, ogólnej analizy, czy wykonawca za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

W konsekwencji Izba uznała, że skoro dokonana przez Zamawiającego ocena danych doprowadziła do wniosku, że wystąpiły przesłanki potwierdzające prawidłowość kalkulacji w ofercie Przystępującego, to Zamawiający nie miał obowiązku wzywania Przystępującego do dalszych wyjaśnień i słusznie po jego stronie nie powstały wątpliwości co do realności ceny oferty. W konsekwencji takiej oceny Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Na oddalenie zasługiwał również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PORR jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny, co stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania o zamówienia publiczne, jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowi podstawę odrzucenia oferty jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W ocenie Izby samo przypuszczenie czy też nawet przekonanie Odwołującego Mostostal o złożeniu przez Przystępującego PORR oferty niezgodnie z warunkami zamówienia i zawierającej błędy w obliczeniu ceny nie pozwala na uwzględnienie zarzutu.

Izba zważyła, iż w określonych sytuacjach możliwe jest odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia w wyniku informacji powziętych w toku wyjaśnienia ceny, lecz wówczas bezspornie z tych wyjaśnień musi wynikać, iż taka niezgodność występuje. Dla skutecznego postawienia zarzutu niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, Odwołujący musiałby wykazać, że przyjęte przez jego konkurenta założenia albo dane do kalkulacji ceny potwierdzają, że w istocie zaoferowane przez niego świadczenie na rzecz Zamawiającego nie jest tym, którego Zamawiający oczekiwał, tj. że przedstawiona przez niego wycena nie obejmowała wszystkich warunków realizacji zamówienia. Odwołujący powinien przy tym móc jednoznacznie wskazać w jakim zakresie oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nie wywodzić ten fakt jedynie z racji rażąco niskiej stawki za realizację określonej pozycji. W ocenie Izby, Odwołujący Mostostal takiej niezgodności oraz błędu w obliczeniu ceny nie wykazał, ani w przypadku mostów sufitowych ani w przypadku osłon radiologicznych. Odnośnie osłon radiologicznych dodatkowo należy wskazać, iż również w tym przypadku istotną dla oceny zarzutu okolicznością jest formuła w jakiej prowadzone jest postępowanie. Jak już wskazywano powyżej przy omówieniu zarzutu rażąco niskiej ceny, formuła „zaprojektuj i wybuduj" powoduje, że wykonawca składając ofertę zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia określonego w sposób dość ogólny. Szczegółowe rozwiązania projektowe będą znane dopiero na późniejszych etapach realizacji, a materiały opisane w szeroko rozumianej SWZ są materiałami proponowanymi, których konkretyzacja nastąpi dopiero na etapie wyboru rozwiązań projektowych. Powyższe potwierdza np. przywoływany przez Przystępującego PORR pkt 4.8.11 (Opis Wielobranżowy) PFU, który wprost stanowi, że w koncepcji Wielobranżowej założono szacunkowe grubości ścian oraz

stropów stanowiących osłony radiologiczne. Ponadto Zamawiający w ww. pkt PFU wskazuje że wykonawca na etapie Projektu Budowlanego i Wykonawczego opracuje dla wszystkich pomieszczeń, dla których jest to wymagane, Projekt Osłon przed promieniowaniem jonizującym zgodnie z wytycznymi z Załącznika 13 KW „Wytyczne dot. ochrony radiologicznej" i na jego podstawie wprowadzi do projektu wszystkie niezbędne i wymagane dla prawidłowego funkcjonowania szpitala elementy osłon.
Nie znając przyjętych rozwiązań trudno stwierdzić, że występuje niezgodność z warunkami zamówienia czy też błąd w obliczeniu ceny w zakresie wskazywanym przez Odwołującego Mostostal.
Również zarzut zaniechania odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy w zw. z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą MIRBUD, służących dokonaniu bezprawnego sanowania oferty, w istocie prowadzących do zmiany jej treści, nie potwierdził się. W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu nie doszło do nieuprawnionych negocjacji pomiędzy wykonawcą MIRBUD a Zamawiającym. Faktem jest, iż Zamawiający ustalił w pkt 14.7 SWZ, iż wykonawca zobowiązany jest dokonać podziału kosztów realizacji zamówienia w składanej przez siebie ofercie z uwzględnieniem założeń wynikających ze Specyfikacji cenowej, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ. Wykonawca uwzględnia stawkę VAT dla poszczególnych pozycji, zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego założeniami. Wartości wskazane w tabeli służą m. in. ocenie i porównaniu złożonych ofert. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca uwzględnił założenia dotyczące limitu kosztów w przedziale wskazanym w specyfikacji cenowej pod rygorem uznania oferty za nieodpowiadającą treści SWZ i jej odrzucenia z zastrzeżeniem możliwości poprawienia omyłek w zakresie przewidzianym w PZP. Jak wskazał Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień treści oferty kierowanym do wykonawcy MIRBUD, w złożonej ofercie (formularzu cenowym) ujawniono nieznaczne przekroczenia zakładanych wartości limitów procentowych w odniesieniu do Działu I i do Działu III w stosunku do limitów określonych przez Zamawiającego na poziomie odpowiednio 5,5 % oraz 38,5% łącznej wartości wynagrodzenia z Działów I-VII. Jak wyliczył Odwołujący Mostostal przekroczenia wynosiły odpowiednio 0,15 % dla Grupy I i 0,33% dla Grupy III. Odwołujący Mostostal wskazywał, że w tym zakresie niedopuszczalne było wezwanie wykonawcy do wyjaśnień treści oferty oraz dokonanie jej poprawy w oparciu o art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiący, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący Mostostal wskazał, że w jego ocenie dopuszczalna omyłka w przedmiotowym przypadku mogła polegać co najwyżej na zaokrągleniu kwot, gdzie dla kilkudziesięciu pozycji skorygowano wartość najczęściej +/- 1 grosz, nie zaś na przesuwaniu kwot pomiędzy pozycjami i grupami robót.
Izba nie podziela stanowiska Odwołującego Mostostal. W zakresie tego zarzutu Izba podziela stanowisko Zamawiającego, przedstawione w szczególności w odpowiedzi na odwołanie, oraz stanowisko MIRBUD wyrażone w piśmie procesowym. Kwestia poprawienia omyłek w ofercie MIRBUD w ramach poszczególnych pozycji formularza specyfikacji cenowej jest właśnie pochodną istoty przyjętych przez Zamawiającego założeń co do konstrukcji ceny ofertowej i znaczenia poszczególnych pozycji w ramach tej ceny. Aktualność zatem w tym zakresie znajduje również argumentacja podniesiona w odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie PORR i dowody przedłożone na okoliczność możliwości przyjęcia przez poszczególnych wykonawców indywidualnych założeń co do uwzględnienia poszczególnych kosztów w różnych grupach. W tym kontekście z istoty i specyfiki przedmiotu zamówienia przekroczenie limitu kosztów (zastrzeżonego dla potrzeb rozliczeniowych) było dla Zamawiającego oczywistą omyłką. Przekroczenie limitów – jak przyznaje sam Odwołujący – nastąpiło na poziomie: o 0,15% czyli 1.742.154,56 zł w Grupie I i 0,33% czyli 3.764.471,87 zł. w Grupie III. Wartości te zostały przesunięte do Grupy V w łącznej wartość 5.506.626,43 zł. Izba zgadza się z Zamawiającym, że powyższe już samo w sobie wskazuje na nieistotny charakter poprawienia omyłki. Aby oddać istotę problemu, za Zamawiającym należy wskazać, iż wartość korekty dokonanej w ofercie MIRBUD odnosiła się do 0,47% (5.506.154,56 zł brutto) ceny oferty. Wydaje się zatem oczywiste, że z punktu widzenia celowości przepisów dotyczących poprawienia omyłek, podjęte przez Zamawiającego czynności wezwania do wyjaśnień i poprawienia były w pełni uzasadnione i prawidłowe. Przyjęcie odmiennego sposobu rozumowania prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający odrzuciłby ofertę jako niezgodną z SWZ wyłącznie dlatego, że Wykonawca omyłkowo przekroczył limit rozliczeniowy dla poszczególnych grup kosztów, które i tak w świetle postanowień SWZ mógł zagregować dowolnie. Izba podziela również w tym zakresie stanowisko Przystępującego MIRBUD, że MIRBUD od samego początku chciał respektować określone przez Zamawiającego limity kosztów, co łatwo stwierdzić analizując Specyfikację cenową MIRBUD w brzmieniu sprzed dokonanych przez Zamawiającego poprawek. Otóż jeśli do podstawy 100 % wliczy się koszty z Grupy VIII, czyli koszty dla poszczególnych Grup policzyć jako procenty od sumy kosztów z Grupy I, II, III, IV, V, VI, VII i VIII, to arytmetyczna kalkulacja potwierdzi, że MIRBUD nie przekroczył żadnego z limitó ustalonych przez Zamawiającego, w szczególności nie przekroczył limitów określonych dla Grupy I i III. Zatem, omyłka MIRBUD polegała na tym, że obliczając wysokość limitów dla poszczególnych Grup policzył je od zbyt wysokiej kwoty, tj. od kwoty uwzględniającej także koszty z Grupy VIII. Nieznaczne, wręcz symboliczne przekroczenie przez MIRBUD

limitów kosztów w Grupie I i III było jedynie konsekwencją powyższej omyłki. Zamawiający, badając Specyfikację cenową MIRBUD, ustalił to samodzielnie, na podstawie własnych analiz i bez żadnych problemów.
Ponadto Izba zgadza się ze stwierdzeniem Zamawiającego i uznaje je za własne, że nie budzi wątpliwości, iż w świetle: art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, przyjętych przez Zamawiającego zasad wypełniania formularza cenowego umożliwiających dowolną agregację kosztów, charakteru formularza specyfikacji cenowej, jako dokumentu stanowiącego podstawę rozliczeń i w tym kontekście przyczyn, dla których limity kosztów zostały wprowadzone (jako zapobieżenie agregacji wynagrodzenia wykonawcy na wczesnych etapach realizacji inwestycji), orzecznictwa KIO wskazującego na obowiązek poprzedzenia wyjaśnieniami poprawienia omyłki - skutek w postaci odrzucenia oferty MIRBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp należało uznać za zbyt daleko idący.
Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z pkt 14.7 SWZ Zamawiający zastrzegł możliwość poprawienia omyłek zgodnie z Pzp. Skład orzekający stoi na stanowisku, że możliwość dokonania poprawy w ofercie złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winna być każdorazowo indywidualnie rozstrzygana w oparciu o stan faktyczny danej sprawy. Jednocześnie w przypadku wystąpienia okoliczności przewidzianych w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dokonanie poprawienia omyłki jest obowiązkiem zamawiającego. Słuszne jest stanowisko Zamawiającego, iż ze względu na przewidzenie w postępowaniu możliwości alokacji tych samych rodzajowo kosztów w ramach różnych Grup wyróżnionych w Załączniku nr 4, to poprawienie omyłki jest dopuszczalne na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, o ile odbędzie się w obrębie tej samego rodzaju kosztów. Ponadto, jak zasadnie podnosił Zamawiający, poprawienie omyłki zmierza do dostosowania oferty MIRBUD do treści SWZ jedynie w zakresie dostosowania jej do wyznaczonych przez Zamawiającego limitów. Zamawiający narzucił je dla poszczególnych Grup w Specyfikacji cenowej w powiązaniu z założonym harmonogramem płatności, przy jednoczesnym dopuszczeniu, że poszczególne pozycje ofertowe mogą mieć wartość „0". Skoro więc ofercie Wykonawcy nie można zarzucić, że konkretna kategoria kosztów została w całości w wycenie pominięta, to przesunięcia kosztów (wartości) w ramach tożsamych kategorii kosztów między Grupami nie mogą być odczytywane jako istotne zmiany oferty Wykonawcy, a zatem są dopuszczalne w myśl art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp. Taka alokacja kosztów nie prowadzi do istotnej zmiany oferty.
Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 102/09: *„poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwalifikator "istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty"*.
Skoro omyłka MIRBUD pozostaje bez żadnego wpływu na treść oferty w zakresie ceny, która sprowadzała się przecież do podania ceny sumarycznej, to przeniesienie wartości w ramach pozycji kosztowych nie zmienia wartości oferty, a także nie wpływa na zakres zobowiązań MIRBUD, nie powodując istotnych zmian w treści oferty. Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że marginalność omyłki, jaką zamierza skorygować Zamawiający, nie narusza istoty zobowiązania Wykonawcy wynikającego z jego oferty.
Analizując treść wezwania Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał wiedzę, w jaki sposób należy poprawić ofertę wykonawcy MIRBUD, jednakże w celu uzyskania pewności w tym zakresie zdecydował się wystąpić o wyjaśnienia, a wykonawca wyłącznie potwierdził prawidłowość analizy i wnioskowania Zamawiającego w tym zakresie. W związku z powyższym nie ma podstaw do twierdzenia, że doszło do nieuprawnionych negocjacji, czyli procesu komunikacyjno decyzyjnego w którym jego strony starają się dojść do porozumienia, a przy tym powstaje treść oferty uprzednio w niej nieujawniona.
Przechodząc do rozpoznania ostatniego z zarzutów podniesionych przez Odwołującego Mostostal, tj. zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w związku z art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, §2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „Rozporządzenie") i art. 20 ust. 1 lit. d) ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym (dalej: „ustawa o KRK") - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PORR jako oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z powodu złożenia w ofercie tego wykonawcy dla członków rady nadzorczej i członka zarządu, mających obywatelstwo zagraniczne (austriackie i niemieckie) informacji z polskiego Krajowego Rejestru Karnego niezawierających dodatkowej informacji z państwa obywatelstwa wnioskodawcy, czyli dokumentu bez właściwego załącznika z Europejskiego Systemu Przekazywania Informacji z Rejestrów Karnych ECRIS (dalej: „ECRIS") potwierdzającego niekaralność w rejestrze karnym państwa obywatelstwa wnioskodawcy, uzyskiwanego na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 5a ustawy o KRK, przez co dokumenty przedstawione dla tych osób są niekompletne, z zastrzeżeniem możliwości wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, o ile nie ziszczą się inne zarzuty w zakresie odrzucenia oferty, Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.
Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżelizostała złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Natomiast art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp reguluje przesłanki wykluczenia

wykonawcy z postępowania. § 2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia reguluje natomiast zakres, w jakim Zamawiający może żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnegow celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Art. 20 ust. 1 lit. d) ustawy o KRK stanowi, że nformacja o osobie sporządzona na wniosek osoby, o której mowa w art. 7 ust. 1, będącej obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej innego niż Rzeczpospolita Polska zawiera dane zgromadzone w Rejestrze oraz w rejestrze karnym państwa obywatelstwa wnioskodawcy, uzyskane na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 5a.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż Odwołujący nie podnosił, iż względem członka zarządu PORR obywatelstwa niemieckiego oraz członków rady nadzorczej PORR obywatelstwa austriackiego materialnie ziściły się przesłanki uzasadniające wykluczenie wykonawcy. Odwołujący Mostostal kwestionował wyłącznie formalny aspekt niewykazania niekaralności tych osób, w związku z nieprzedłożeniem dokumentów właściwych w ocenie Odwołującego. W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego Mostostal jest niesłuszne. Za takim rozstrzygnięciem przemawia całokształt regulacji prawnych związanych z informacjami z KRK oraz podmiotowymi środkami dowodowymi żądanymi i składanymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Izba doszła do przekonania, że przedłożone przez wykonawcę PORR dokumenty są wystarczające w świetle wymagań zakreślonych Rozporządzeniem. Należy podkreślić, iż Rozporządzenie rozróżnia sytuację wykonawców w zakresie składanych informacji z KRK wyłącznie przez pryzmat miejsca siedziby lub zamieszkania wykonawcy. Brak jest takiego rozróżnienia względem obywatelstwa członków organów wykonawców. W ocenie składu orzekającego przepisy Rozporządzenia wprost referują do informacji z KRK w rozumieniu polskiego Rejestru. Rozporządzenie stanowi, iż zamawiający może żądać informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Przy czym z art. 1 ustawy o KRK stanowi o utworzeniu Krajowego Rejestru Karnego oraz o zakresie gromadzonych w nim danych. Ponadto zgodnie z art. 1a ustawy o KRK ilekroć w ustawie jest mowa o systemie ECRIS należy przez to rozumieć zdecentralizowany system teleinformatyczny oparty na bazach danych rejestrów karnych, służący do wymiany informacji pomiędzy organami centralnymi państw członkowskich Unii Europejskiej poprzez zabezpieczoną sieć teleinformatyczną. Dalej zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 10a) ustawy o KRK prawo do uzyskania informacji o osobach, których dane osobowe zgromadzone zostały w Rejestrze, przysługuje osobom prawnym oraz jednostkom organizacyjnym niebędącym osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną - w przypadkach, w których z przepisów ustawy wynika wymóg niekaralności członków ich organów, wspólników lub prokurentów, w odniesieniu do członków lub kandydatów na członków tych organów, wspólników lub prokurentów. Zgodnie natomiast z art. 7 ust. 1a ustawy o KRK, łażdemu obywatelowi Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej oraz każdej osobie, która mieszka lub mieszkała w jednym z tych państw, przysługuje prawo do złożenia do Rejestru wniosku o wystąpienie z zapytaniem o informację dotyczącą jego osoby zawartą w rejestrze karnym innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jeżeli jest lub była obywatelem państwa, do którego kierowane jest zapytanie, lub mieszka albo mieszkała na jego terytorium. W ocenie Izby w aktualnym stanie prawnym brak jest podstaw prawnych do żądania przez Zamawiającego od wykonawcy złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego, względem osób obywatelstwa innego niż polskie a pełniących stosowne funkcje w organach wykonawcy, rozszerzonej o informacje z rejestru karnego państwa obywatelstwa. Informacja ECRIS stanowi de facto załącznik do informacji z Krajowego Rejestru Karnego w postaci informacji z rejestru karnego państwa obywatelstwa. Tak więc należy uznać, iż jest informacją odrębną od informacji z Krajowego Rejestru Karnego. Próżno szukać w obowiązujących przepisach zobowiązania wykonawcy do przedłożenia tego typu dokumentu. Oczywiście Izba dostrzega ułomność takiej konstrukcji względem faktycznego wykazania podstaw wykluczenia wykonawcy, lecz aby zobowiązać wykonawców do przedstawiania takiej rozszerzonej informacji z rejestru, w ocenie Izby konieczna byłaby zmiana przepisów prawa. Z obecnie obowiązujących regulacji w ocenie Izby nie można wywodzić dla wykonawców skutków negatywnych w postaci konieczności pozyskiwania dodatkowych dokumentów. Wykonawca działający z niezwykłą starannością może pozyskiwać informację w rozszerzonym zakresie i celowościowo byłoby to uzasadnione, jednakże w ocenie Izby przepisy nie obligują wykonawców do takiego działania.

Ponadto należy nadmienić, iż obowiązek złożenia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z Oddziałem 4 ustawy Pzp kierowany jest do wykonawcy, a nie osób fizycznych pełniących określone funkcje w organach wykonawcy. Jednocześnie, jak już wskazano powyżej, wykonawca jest podmiotem uprawnionym do występowania o udzielenie informacji z Krajowego Rejestru Karnego co do karalności osób pełniących określone w ustawie Pzp funkcje, a informacje z ECRIS może pozyskać wyłącznie osoba której one dotyczą (ewentualnie działając przez pełnomocnika). Istotną kwestią w rozpoznawanym zakresie jest również fakt, iż informacje w ramach ECRIS mogą być pozyskiwane wyłączenia względem obywateli państw członkowskich UE, tak więc w przypadku osób pełniących funkcje w określonych organach a będących obywatelami państw spoza UE brak byłoby możliwości pozyskiwania dodatkowych informacji, co mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Z tych też powodów zarówno zarzut zaniechania wezwania jak i odrzucenia oferty wykonawcy PORR uznać należało za bezzasadny.

Jednocześnie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z d. 26.01.2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 55/22.

Ponadto, zauważyć należy, iż zarzut co do zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PORR podlegał oddaleniu również ze względu na jego przedwczesność ewentualne braki w tym zakresie informacji z KRK mogłyby podlegać uzupełnieniu. Wobec powyższego odwołanie Odwołującego Mostostal o sygn. akt KIO 740/23 podlegało oddaleniu w całości.

KIO 743/23

Odwołujący Konsorcjum Polimex zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w pkt 5.4.2 ppkt 1) warunku udziału w Postępowaniu oraz nie przedstawił wymaganych w pkt 6.2.1 ppkt 9) SWZ dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, *ewentualnie* art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania PORR w trybie tego przepisu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przez PORR warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ. W ocenie Izby zarzuty te nie potwierdziły się. Odwołujący Konsorcjum Polimex argumentował, iż wykazana przez PORR jako referencyjna inwestycja „Mogilska Office" w Krakowie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej powierzchni użytkowej. Wskazać należy, iż Zamawiający w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZwymagał aby „w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – wykonawca wykazał, że w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia (umowy), których zakres przedmiotowy każdego obejmował budowę obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 15 tys. m^2;

UWAGA: Przez wykonanie zamówienia rozumie się proces zakończony uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie."

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że na potrzeby oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przyjmie następujące definicje: (…) 4. „powierzchnia użytkowa" należy ją rozumieć oraz obliczać wg Polskiej Normy, o której mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1609).

Stosownie do brzmienia Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego, Polską Normą właściwą dla określania i obliczania wskaźników powierzchniowych i kubaturowych jest norma PN-ISO 9836 „Właściwości użytkowe w budownictwie - Określanie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych". Przedmiotowe rozporządzenie nie odwołuje się do drugiego członu normy czyli daty jej publikacji, wskazując, że każdorazowo stosuje się najnowszą normę opublikowaną w języku polskim. Powyższe powoduje, że nie jest konieczna zmiana rozporządzenia w przypadku zmiany lub aktualizacji normy i obowiązuje ona od momenty jej publikacji przez Polski Komitet Normalizacyjny. Zamawiający odwołując się do przedmiotowego rozporządzenia w definicji powierzchni użytkowej ustalił, iż wykonawcy w postępowaniu winni przedstawić metraż powierzchni użytkowej obliczony zgodnie z Polską Normą PN-9836. Istotną dla sprawy okolicznością jest fakt, iż normą obowiązującą na moment wszczęcia postępowania była norma PN-ISO 9836:2015-12, natomiast normą obowiązującą na dzień składania ofert była norma PN-ISO 9836:2022-07, opublikowana w dniu18 lipca 2022 r. i zastępująca normę PN-ISO 9836:2015-12. W ocenie Izby, wobec niedookreślenia przez Zamawiającego, wg której konkretnie wersji normy z dwóch wyżej wymienionych będzie oceniany warunek udziału w postępowaniu, ogólna reguła, iż nieprecyzyjne postanowienia nie mogą działać na niekorzyść wykonawcy, prowadzi do wniosku, że Zamawiający powinien jako prawidłowe przyjąć dane co do powierzchni użytkowej wyliczane w oparciu o którąkolwiek z tych dwóch wersji normy. W ocenie Izby słusznie wskazywał Zamawiający, iż budynki wskazywane przez wykonawców jako referencyjne wykonywane były wcześniej, w momencie gdy obowiązywały inne wydania normy, co również rzutuje na sposób obliczania powierzchni użytkowej tych budynków. Ponadto okoliczność ta w ocenie składu orzekającego powodowała, iż w związku ze sposobem sformułowania warunku wykonawcy mieli kompetencję do wyliczenia powierzchni użytkowej zgodnie z normą PN-ISO 9836:2015-12 lub ISO 9836:2022-07. Słusznie również wskazywał Zamawiający, że w związku z rozbieżnościami w brzmieniu norm, pomimo staranności w formułowaniu warunku musiał dokonać pewnej jego interpretacji oraz własnej analizy i zaadaptować dokumenty wytworzone wcześniej do obowiązującego brzmienia norm. W ocenie Izby nieistotne dla sprawy są pewne drobne rozbieżności pomiędzy wyliczeniem powierzchni użytkowej kwestionowanej inwestycji przez Zamawiającego i Przystępującego PORR, gdyż w każdym z tych przypadków powierzchnia ta przewyższała minimalną wielkość zakreśloną warunkiem (co potwierdza np. argumentacja Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz opinie przedłożona przez Przystępującego PORR). Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż Odwołujący Konsorcjum Polimex budował argumentację dot. nie spełnienia ww. warunku przez wykonawcę PORR w oparciu o normę PN-ISO 9836:1997 (co potwierdza złożenie jako dowodu w sprawie właśnie tej wersji normy 9836), a tym samym nie referował do wersji normy. do których referował warunek ustalony przez Zamawiającego. Wobec powyższego Izba doszła do przekonania, że Odwołujący Konsorcjum Polimex nie wykazał w oparciu o właściwe normy, że inwestycja „Mogilska Office" nie posiada parametrów niezbędnych do uznania, że wykonawca PORR spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej powierzchni użytkowej. To

Odwołujący Konsorcjum Polimex był pomiotem, który kwestionował powierzchnię użytkową „Mogilska Office" w Krakowie i wywodził z tego skutki prawne, w związku z tym to na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Z tego powodu, w ocenie Izby nie było możliwe uwzględnienie tego zarzutu. Dowody w postaci dokumentu pn. Właściwości użytkowe w budownictwie – określenie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych PN-ISO 9836:1997, analizy prawnej z dn. 16.08.2018 r. Polskiego Związku Firm Deweloperskich w zakresie zasad obowiązywania Polskich Norm, wyciągu z informacji o wynikach kontroli NIK (znak KNO.410.004.00.2015) wraz z wykazem składników majątkowych (…) stanowiących Załącznik do Zarządzenia nr 1088/2015 Prezydenta m.st. Warszawy z dn. 29.07.2015 r. Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na częściowo na tożsamych podstawach faktycznych, Odwołujący Konsorcjum Polimex sformułował zarzut wobec osoby wskazanej przez PORR do pełnienia funkcji menedżera projektu. Odwołujący Konsorcjum Polimex zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w pkt 5.4.2 ppkt 3) lit. a) warunku udziału w Postępowaniu oraz nie przedstawił wymaganych w pkt 6.2.1 ppkt 11) SWZ dokumentów, które potwierdzałyby spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, ewentualnie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania PORR w trybie tego przepisu do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przez PORR warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 3) lit. a) SWZ. Zarzut ten podlegał oddaleniu.

Stosownie do pkt 5.4.2 ppkt 3) lit. a) SWZ,w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – wykonawca musi wykazać, że skieruje do realizacji zamówienia następujące osoby: menedżer (kierownik) projektu, który legitymuje się następującym doświadczeniem: w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełnił tę funkcję przez okres co najmniej 12 miesięcy (w powyższym okresie) przy budowie jednego obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 15 tys. m^2.

Bezsporne pomiędzy stronami było, że w treści JEDZ złożonej przez wykonawcę PORR jako osoba mająca sprawować funkcję menadżera (kierownika) projektu wskazany został Pan I.K., oraz że wraz ze złożonymi podmiotowymi środkami dowodowymi PORR wskazał do pełnienia tej funkcji, w treści Wykazu osób, Pana J.Z. (z uwagi na zaangażowanie Pana Kordalskiego w realizację i koordynację innych projektów). Jednocześnie, jako doświadczenie przypisane p. Ząbikowi wskazana została Inwestycja Mogilska (również okoliczność bezsporna). Odwołujący Konsorcjum Polimex kwestionował spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez PORR w dwóch aspektach. Pierwszy, dotyczył rozbieżności pomiędzy informacjami ujawnionymi w JEDZ, a informacjami ujawnionymi w wykazie osób co do osoby wskazanej do pełnienia funkcji menadżera projektu. Drugi natomiast dotyczył doświadczenia p. J. Ząbika i powołania się przez PORR na doświadczenie tej osoby przy realizacji inwestycji „Mogilska Office" – Odwołujący analogicznie jak przy zarzucie omawianym powyżej kwestionował powierzchnię użytkową inwestycji „Mogilska Office", a co się z tym wiąże podnosił brak wymaganego doświadczenia osoby skierowanej do pełnienia funkcji menadżera projektu. Co do aspektu drugiego ponieważ pozostaje aktualna argumentacja Izby, powołana do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PORR ze względu na niewykazanie wymaganego doświadczenia i nie ma potrzeby jej powtarzania.

Natomiast co do aspektu pierwszego zarzutu Izba podzieliła stanowisko Przystępującego PORR, iż niezasadne jest stanowisko Odwołującego Konsorcjum Polimex w zakresie skutków rzekomej sprzeczności zachodzącej pomiędzy Wykazem osób (gdzie widniał Pan Ząbik) a uzupełnionym (wraz z pismem z dnia 2 marca 2023 r.) JEDZem.

Słusznie wskazuje PORR, że Odwołujący Konsorcjum Polimex zdaje się nie dostrzegać, że JEDZ uzupełniony wraz z przywołanym pismem złożony został jedynie na okoliczność treści wezwania z dnia 28 lutego 2023 roku dot. konieczności uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia zagadnienia związanego jedynie z warunkiem w zakresie średniorocznych przychodów. Tego samego zakresu dotyczy pkt 3 wezwania (wskazujący na JEDZ), gdzie Zamawiający stwierdza, że informacje o obrocie zawarte zostały w niewłaściwej pozycji. Jako że okoliczność ta budziła wątpliwości Zamawiającego, wezwał on Przystępującego PORR do poprawienia dokumentu w opisanym zakresie. Przystępujący, uzupełniając JEDZ, odniósł się zatem do wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, wykonawca PORR w sposób jednoznaczny wskazał (w piśmie oraz w wykazie osób), że do pełnienia funkcji menadżera projektu mianował p. Ząbika.

Zgodnie z pkt. 6.1.3 SWZZakres informacji zawartych w JEDZ powinien być wystarczający dla tymczasowego potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast zgodnie z pkt 6.2.1. SWZ Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 126 PZP): (…) Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;

W ocenie Izby dla oceny spełniania warunku kluczowe znaczenie ma treść wykazu osób. Izba podziela stanowisko

Przystępującego PORR co do charakterudokumentu JEDZ. Słusznie Przystępujący PORR podnosi, że jak wynika z art. 59 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE („Dyrektywa klasyczna"):*„W chwili składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub ofert instytucje zamawiające przyjmują jednolity europejski dokument zamówienia obejmujący zaktualizowane oświadczenie własne jako dowód wstępny zastępujący zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie (…)".* Już zatem w oparciu o tę regulację Dyrektywy klasycznej stwierdzić można ponad wszelką wątpliwość, że JEDZ ma charakter wstępny, istotny dla oceny spełnienia warunków do czasu złożenia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych. Wstępny charakter JEDZ potwierdza również doktryna. Na takich rozumienie charakteru JEDZ wskazuje również ww. przytoczona treść SWZ w której Zamawiający stwierdza, że informacje z JEDZ służą do tymczasowego potwierdzenia spełniania warunków udziału.

Skład orzekający uznał również argumentację Przystępującego PORR, że wPostępowaniu Zamawiający zdecydował się na żądanie od wykonawców Wykazu osób, czym dał jednoznaczny wyraz swojej intencji, iż to właśnie ten dokument będzie dokumentem właściwym wykazującym spełnianie warunków udziału. To Wykaz, jako dokument składany na późniejszym etapie, niemający już charakteru wstępnego, podlegać powinien badaniu przez Zamawiającego. To z kolei, czyni fakt pozostawienia nazwiska p. Kordalskiego w treści złożonego JEDZ okolicznością pozbawioną jakiegokolwiek znaczenia. W ocenie Izby, wobec jednoznacznego oświadczenia wykonawcy PORR co do osoby mianowanej do pełnienia funkcji menadżera projektu, ewentualną konieczność żądania uzupełnienia JEDZ w tym zakresie należy uznać za nadmierny formalizm.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty PORR z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez PORR wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz postawionego jako zarzut ewentualny zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności zwrócenia się do PORR do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich istotnych części składowych ceny wskazanej w ofercie, których wartość jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert w zakresie pozycji wskazanych w załączniku 13 do niniejszego odwołania, Izba stwierdza, iż podlegają one oddaleniu. Aktualne i adekwatne pozostaje stanowisko Izby wyrażone względem analogicznych zarzutów podnoszonych przez Odwołującego Mostostal w sprawie o sygn. akt KIO 740/23. Wobec powyższego Izba nie będzie ponownie przytaczać tej argumentacji i odsyła do stosownego fragmentu uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 740/23.

Uzupełniająco należy dodać, iż Odwołujący Konsorcjum Polimexw załączniku nr 13 do odwołania przedstawił jako dowód na poparcie ww. zarzutów porównanie ofert – zestawienie zbiorcze 343 pozycji, w przypadku których zaoferowana przez PORR cena jest o co najmniej 30 % niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert dotyczących tych cen na różnych stopniach zaszeregowania, wywodząc z niego zaniechanie Zamawiającego co do wystosowania wezwania do wyjaśnień ceny z znacznie szerszym zakresie niż miało to miejsce. Jednocześnie Zamawiający za odpowiedzią na odwołanie przedstawił Tabelę nr 1 obrazującą pozycje wycenione w ofertach poszczególnych wykonawców (również Konsorcjum Polimex) na 0 zł, oraz wskazującą na pozycje których wartość w ofercie Konsorcjum Polimexjest niższa niż wartość analogicznych pozycji w ofercie PORR. Zamawiający przedstawił również Tabelę nr 2 obrazującą wybrane pozycje, gdzie jedna oferta zawyża mocno średnią lub rozrzut cen uniemożliwia porównanie cen. Powyższe zestawienia w ocenie Izby potwierdzają wcześniejsze tezy (por. wyrok KIO 740/23 w analogicznym zakresie), iż formuła postępowania „zaprojektuj i wybuduj", sposób ukształtowania procesu ofertowania i wyceny oferty (założone limity, dopuszczalność agregacji kosztów w różnych pozycjach) przez Zamawiającego powodują, iż zestawienia wyceny poszczególnych pozycji przez poszczególnych wykonawców nie są miarodajne dla ustalenia czy w ofercie PORR wystąpiła cena rażąco niska lub czy też Zamawiający odnośnie określonych pozycji powinien powziąć wątpliwości i żądać dalszych wyjaśnień od wykonawcy PORR. Jednocześnie należy zauważyć, iż Odwołujący Konsorcjum Polimex (podobnie jak Odwołujący Mostostal) nie kwestionował całkowitej ceny oferty PORR jako rażąco niskiej. Dostrzeżenia również wymagało, iż Odwołujący Konsorcjum Polimexpomimo postawienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty PORR ze względu na rażąco niską cenę lub koszt oraz nie uzasadnienie w złożonych przez PORR wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z dowodami podanej w ofercie ceny lub kosztu, de facto zaniechał merytorycznej polemiki względem cen wyjaśnianych pozycji, pomimo dysponowania znaczną częścią wyjaśnień, które zostały przez Zamawiającego odtajnione.

Faktem jest, iż Odwołujący nie miał dostępu do pełnej treści wyjaśnień ceny ze względu na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa, jednakże w takiej sytuacji podtrzymując zarzut zaniechania odrzucenia oferty PORR z powodu ceny rażąco niskiej, niejako sam zadecydował o niepowodzeniu tego zarzutu. W niniejszej sprawie Odwołujący zarzuty dot. zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz rażąco niskiej ceny postawił równolegle, czyli ten drugi zarzut nie był zarzutem ewentualnym na wypadek nieuwzględniania tego pierwszego przez Izbę. Co wobec sposobu ukształtowania

postępowania oraz zaniechania argumentowania w zakresie cen, kalkulacji, wyceny w złożonych wyjaśnieniach spowodowało to konieczność oddalenia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej cenę rażąco niską. Jednocześnie w ocenie Izby, orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie o sygn. akt XXIII Zs 69/22, przywoływane przez Odwołującego w odwołaniu zostało wydane w odmiennym stanie faktycznym i w związku z tym tezy w nim zawarte nie są adekwatne do niniejszej sprawy.

Odwołujący Konsorcjum Polimex zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 i art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności uznania dokonanego przez PORR zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 uznk jako zastrzeżenia bezskutecznego i w związku z tym zaniechania czynności udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez PORR. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Natomiast art. 74 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek, ustęp drugi tego artykułu określa terminy udostępnienia protokołu.

W okolicznościach niniejszej sprawy, wobec przyjętej przez Odwołującego Konsorcjum Polimex konstrukcji odwołania tj. równoległego skarżenia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień i oferty Przystępującego w zakresie ceny nie mógł zostać uwzględniony zarzut dot. zaniechania czynności uznania dokonanego przez PORR zastrzeżenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jako tajemnicy przedsiębiorstwa za zastrzeżenie bezskuteczne, gdyż, w ocenie Izby, nie ma on wpływu na wynik postępowania. Tylko zarzut mogący mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia może stanowić podstawę uwzględnienia odwołania (art. 554 ust. 1 ustawy Pzp). Odwołujący, wobec poddania pod rozstrzygnięcie Izby w niniejszym postępowaniu zarzutu dot. rażąco niskiej ceny w ofercie PORR, który podlegał oddaleniu, nie mógłby ponownie, w ocenie składu orzekającego, formułować zarzutu w tożsamym zakresie po otrzymaniu całości wyjaśnień. Tak więc ujawnienie pozostałych elementów wyjaśnień pozostaje bez wpływu na wynik, tym bardziej, że wykonawcy dysponowali zasadniczymi informacjami w postaci wyceny i kalkulacji, jakimi posłużył się PORR w wyjaśnieniach. Słuszność tej tezy potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie o sygn. akt sygn. akt XXIII ZS 43/22. Sąd wskazał, że „W pierwszej kolejności zgodzić się należy z ustaleniami Izby, iż z uwagi na konstrukcję zarzutów odwołania odwołujący Telekom pozbawił się niejako możliwości skorzystania z ochrony prawnej w zakresie dotyczącym dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie ceny oferty. Odwołujący bowiem kwestionował brak udostępnienia mu dokumentów złożonych przez Przystępującego (skarżącego), tj. treści wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami do tych wyjaśnień, jednocześnie stawiając zarzuty merytoryczne w zakresie braku wykazania przez przystępującego, że cena przez niego zaoferowana nie jest ceną rażąco niską, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażąco niskiej cery jego oferty. Co wymaga podkreślenia, odwołujący nie postawił zarzutów dalej idących (zmierzających do odrzucenia oferty przystępującego), a integralnie powiązanych z dokumentami objętymi tajemnicą przedsiębiorstwa, jako zarzutów ewentualnych, rozpoznawanych dopiero w przypadku uznania przez Izbę za skuteczne zastrzeżenia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym, odwołujący domagając się merytorycznego rozpoznania przez Izbę, już na obecnym etapie, zarzutów dotyczących dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień przystępującego w zakresie ceny oferty, sam pozbawił się możliwości podniesienia takich zarzutów po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Wobec czego, nawet w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego naruszenia przepisów ustawy — Prawo zamówień publicznych i nakazania ujawnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez skarżącego objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie będzie miało to wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z ww. kwalifikowanego naruszenia wskazanej ustawy, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 24 stycznia 2020 r., KIO 58/20)".

Jednocześnie w ocenie Izby nieujawnione przez Zamawiającego wyjaśnienia (za wyjątkiem ewentualnie nazw podwykonawców lub poddostawców oraz ofert objętych poufnością pomiędzy wykonawcami) podlegały ujawnieniu. Należy wskazać, że jedna z tych nazw została ujawniona przez Przystępującego PORR w toku postępowania odwoławczego. Wyjaśnienia na stronach - 16-26 w całości nie wypełniają przesłanek do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Do takiego przekonania Izba doszła, w szczególności uwzględniając słuszną argumentację Zamawiającego przedstawioną przy częściowym odtajnieniu wyjaśnień PORR oraz zakres informacji już ujawnionych. I

jako takie ww. informacje powinny zostać ujawnione.
Odnośnie zarzutów naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez czynność polegającą na bezpodstawnej poprawie nieprawidłowości w Specyfikacji Cenowej dołączonej do oferty MIRBUD pomimo tego, że błędy zawarte w tym dokumencie nie stanowią innej omyłki w rozumieniu tego przepisu oraz nie mogą zostać poprawione w trybie określonym w tym przepisie oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty MIRBUD pomimo tego, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ, Izba wskazuje, iż zarzuty to podlegały oddaleniu. Aktualne i adekwatne pozostaje stanowisko Izby wyrażone względem analogicznych zarzutów podnoszonych przez Odwołującego Mostostal w sprawie o sygn. akt KIO 740/23. Wobec powyższego Izba nie będzie ponownie przytaczać tej argumentacji i odsyła do stosownego fragmentu uzasadnienia wyroku w sprawie KIO 740/23.
Oddalając zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty MIRBUD w sytuacji, w której wykonawca ten nie spełnia określonego w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ warunku udziału w Postępowaniu, *ewentualnie* zaniechanie czynności wezwania MIRBUD w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wymaganego Jednolitego Dokumentu potwierdzającego spełnianie przez MIRBUD warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.4.2 ppkt 1) SWZ, Izba zważyła co następuje. Zamawiający w pkt 2.5. SWZ przewidział możliwość zastosowania tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 Pzp, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oferta wykonawcy MIRBUD uplasowała się na drugiej pozycji. Tym samym nie podlegała badaniu pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Izba uznała postawione w tym zakresie zarzuty, zarówno co do odrzucenia jak i wezwania do uzupełnienia dokumentów, za przedwczesne i jako takie podlegające oddaleniu.
Odnośnie zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Mostostal oraz Doraco pomimo tego, że treść ofert tych wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z pkt 14.7 SWZ w zw. z wytycznymi zawartymi w załączniku nr 4 do SWZ, Izba uznała, iż zarzuty te podlegają oddaleniu, gdyż ewentualne przekroczenia wartości w ramach grupy VII nie stanowią niezgodności skutkującej odrzuceniem ofert tych wykonawców. Istotną okolicznością dla rozstrzygnięcia przedmiotowych zarzutów był fakt, iż obaj wykonawcy nie przekroczyli ogólnego limitu przewidzianego dla Grupy VII. Niezgodności występują jedynie w stosunku do „podlimitów" wynagrodzenia przewidzianego przez Zamawiającego za projekt budowlany, projekt wykonawczy oraz dokumentację powykonawczą. Dostrzeżenia również wymaga, że wartość procentowa za poszczególne prace projektowe została na sztywno narzucona przez Zamawiającego i wynosiła: dla projektu budowlanego 40 %, dla projektu wykonawczego 55%, a dla dokumentacji powykonawczej 5%, wynagrodzenia dla grupy VII. Tym samym Zamawiający ma możliwość poprawienia owych niezgodności na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia ofert Mostostalu Warszawa i Doraco jest niezasadny, a prawidłowym zarzutem w tym zakresie mógłby by być ewentualnie zarzut zaniechania dokonania poprawy ofert tych wykonawców, który nie został postawiony przez Odwołującego. Ponadto zgodnie z tym załącznikiem wartości te są istotne wyłącznie dla płatności za poszczególne prace i nie mają wpływu na merytoryczną treść oferty. Odwołujący Konsorcjum Polimexnie podnosił zarzutu niezgodności ofert Mostostal i Doraco z warunkami zamówienia w odniesieniu do merytorycznego zakresu objętego wyceną w Grupie VII.
Jednocześnie należy zauważyć, że zarzuty podnoszone przez Odwołującego Konsorcjum Polimex względem ofert Mostostal oraz Doraco nie mają wpływu ani na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ani na wynik postępowania odwoławczego, ze względu na oddalenie zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej i chociażby z tych względów podlegają oddaleniu.
Skład orzekający uznał zasadność argumentacji Zamawiającego, że - zgodnie z wymogiem SWZ - wartość całej grupy VII stanowi maksymalnie 5,2% wartości grup I-VII, wobec czego przesunięcia kosztowe pomiędzy poszczególnymi pozycjami grupy VII, w celu doprowadzenia ich do żądanej przez Zamawiającego proporcji, stanowią wartości promilowe w kontekście wartości całego zamówienia.
Dokonanie przesunięć między poszczególnymi pozycjami w ofertach Mostostal Warszawa oraz Doraco nie spowodowałoby polepszenia miejsca Odwołującego ani w ogólnym rankingu ofert, ani jego klasyfikacji w ramach grupy VII. Skoro zaś porównanie ceny w kryterium oceny ofert odbywało się wyłącznie na poziomie ceny całego zamówienia, a porównanie wartości poszczególnych grup miało na celu weryfikację ujęcia w wycenie wszystkich niezbędnych pozycji oraz zastosowanie się do harmonogramu płatności przewidzianego przez Zamawiającego, to niedokonanie poprawy wartości pozycji jednostkowych w ofertach Doraco i Mostostal Warszawa, nie miało żadnego wpływu na wynik oceny oferty. Szczególnie, że harmonogram płatności wynagrodzenia za prace projektowe niezależnie od limitów określonych w Załączniku nr 4 został szczegółowo opisany w postanowieniach umowy.

Chybione i sprzeczne z treścią art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp jest kwestionowanie przez Odwołującego możliwości poprawy cen pozycji w grupie VII poprzez zastosowanie podziału zadanego przez Zamawiającego. Podział kosztów w ramach grupy VII był bowiem sztywny, przeciwnie niż to sugeruje Odwołujący. Wykonawcy Mostostal Warszawa i Doraco nie dokonali wycen z przekroczeniem określonych limitów, jak sugeruje to Odwołujący, a po prostu przeprowadzili złe równanie matematyczne.

Załącznik nr 4 w Grupie VII wymagał podziału kwoty alokowanej do tej grupy na 3 fazy realizacji zakresu pracy.

Podział ten został narzucony przez Zamawiającego na następujące części: 40% kosztów Grupy VII za etap projektu budowlanego, 55% kosztów Grupy VII za etap projektu wykonawczego oraz 5% kosztów alokowanych do Grupy VII za etap dokumentacji powykonawczej. Suma wartości prac poszczególnych etapów Grupy VII odpowiada 100% kosztów alokowanych do Grupy VII (40+55+5=100). Z żadnego zapisu SWZ bądź załącznika nr 4 nie wynika, aby wartości za zakresy prac w Grupie VII miały by być wyrażone w kwotach niższych niż wskazane wartości %, w szczególności, aby mogły wynosić 0. Brak jest bowiem wyrażenia „do …%", którym w złej wierze posługuje się Odwołujący (pkt 134 odwołania). Wykonawcy mogliby nawet nie wypełniać pozycji jednostkowych grupy VII i otrzymawszy taką ofertę Zamawiający mógłby to za nich zrobić samodzielnie, znając wyłącznie wartość całej grupy VII. Wpisanie trzech pozycji w tej grupie było zatem wyłącznie formalnością.

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 2) Pzp zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W analizowanym przypadku omyłka Mostostalu Warszawa i Doraco stanowi oczywistą omyłkę rachunkową, wynikającą z faktu, że 100% wartości grupy VII nie zostało podzielone przez tych wykonawców na 40%, 55% oraz 5%. Wynik równania na takich ułamkach jest jednak określony. A skoro określając wartość dla Grupy VII wykonawcy nie mieli żadnej dowolności w określaniu kosztów dla poszczególnych zadań, to w myśl załącznika nr 4, na który powołuje się Odwołujący, sposób poprawienia cen poszczególnych pozycji jest oczywisty.

W konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia ofert Mostostalu Warszawa i Doraco jest niezasadny.

Zamawiający co najwyżej zaniechał przeprowadzenia działania matematycznego, do którego w celu poprawy omyłek w tych ofertach byłby zobowiązany.

Zamawiający zauważa, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na ostatnim miejscu, wobec czego wykonawca ten atakuje wszystkie oferty sklasyfikowane wyżej od niego, próbując wykazać w ten sposób interes w uzyskaniu zamówienia. Jest to jednak działanie sztuczne, bowiem niezasadne, a wobec tego niepoważne.

Jeśli nawet Zamawiający zaniechał poprawy pozycji jednostkowych w grupie VII, to zaniechanie to nie pokrzywdziło Odwołującego, który nadal zostałby sklasyfikowany na piątym miejscu, podczas gdy oferty Mostostal Warszawa i Doraco nadal nie byłyby uznane ofertami najkorzystniejszymi. Nie miało to więc żadnego wpływu na wynik postępowania, tak w kontekście wyboru oferty najkorzystniejszej, jak w kontekście ustalenia kręgu wykonawców, a nawet rankingu ofert."

Wobec powyższego odwołanie Odwołującego Konsorcjum Polimexo sygn. akt KIO 743/23 podlegało oddaleniu w całości.

KIO 745/23

W ocenie Izby również odwołanie MIRBUD podlegało oddaleniu. Odwołujący wywiódł swoje odwołanie z faktu, iż wszyscy wykonawcy, poza nim, biorący udział w postępowaniu nie złożyli wraz z ofertą dokumentów opisanych w jednym z tiretów pkt 6.1.4 Standard central wentylacyjnych opisany w załączniku nr 00_Załącznik PFU – Koncepcja Wielobranżowa cyt. "Dla zwiększenia bezpieczeństwa epidemiologicznego pacjentów i personelu szpitala, niezbędne jest wyposażenie central wentylacji nawiewnej w system aktywnej dezynfekcji oparty o technologię promieniowej jonizacji katalitycznej z powłoką hydrofilową zapewniającą ciągłą, 24 godzinną czystość mikrobiologiczną powietrza i powierzchni. System ten działa aktywnie na kanały nawiewne, powietrze w pomieszczeniach szpitalnych oraz wszelkiego rodzaju powierzchnie. Technologia umożliwiająca bezpieczną dezynfekcję prowadzoną w obecności pacjentów i personelu szpitala. Montaż systemu w sekcji centrali wentylacyjnej.

Wymaga się od Wykonawcy załączenia do oferty deklarację zgodności z polskimi normami, certyfikat RoHS(2), certyfikat PZH wydany przez Państwowy Zakład Higieny oraz certyfikat gwarantujący autentyczność technologii – potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wyłącznego dystrybutora na terytorium Polski. Dodatkowo wymaga się załączenia dokumentu potwierdzającego skuteczność technologii w eliminacji zagrożeń mikrobiologicznych z powietrza i z powierzchni, w tym SARS-CoV-2, Klebsiella Pneumoniae NDM-1, Clostridium Difficile, Pseudomonas aeruginosa Acinetobacter baumannii, MRSA."

Odwołujący MIRBUD uznał, że ww. dokumenty stanowią przedmiotowe środki dowodowe, a ich niezłożenie skutkować winno odrzuceniem ofert wykonawców: PORR S.A., Korporacja Budowlana Doraco Sp. z.o.o., Mostostal Warszawa S.A., a także Konsorcjum: Polimex Budownictwo Sp. z.o.o. sp.k. (Lider), Electra M&E Polska Sp. z o.o., (Partner I) Polimex Mostostal S.A. (Partner II) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp.

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

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.

Nie sposób się zgodzić z twierdzeniami Odwołującego, że przywołane wyżej dokumenty stanowią dokumenty przedmiotowe żądane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Po analizie SWZ Izba doszła do przekonania, że Zamawiający w postępowaniu nie żądał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych na które wskazuje MIRBUD a dotyczących central wentylacyjnych. Faktem jest, że w pkt 6.1.4 Standard central wentylacyjnych opisany w załączniku nr 00_Załącznik PFU – Koncepcja Wielobranżowa zawarto wymaganie, aby wykonawca wraz z ofertą złożył określone dokumenty. Jednakże faktem jest również, że Zamawiający ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w SWZ nie wskazywał, iż takich dokumentów żąda do czego był zobligowany np. przez 134 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazujący, iż SWZ zawiera co najmniej informacje o przedmiotowych środkach dowodowych, a także pkt 14 ww. przepisu stanowiący, że SWZ zawiera opis sposobu przygotowania oferty (w procedurach o niższej wartości odpowiednie uregulowania w art. 281 ustawy Pzp). Zgodnie z tymi przepisami Zamawiający miał obowiązek określenia w treści SWZ opisu sposobu przygotowania oferty oraz wymienienia dokumentów jakie wykonawcy mają złożyć wraz z ofertą z uwzględnieniem przedmiotowych środków dowodowych, o ile takich żąda. Jak ustaliła Izba Zamawiający spełnił ww. obowiązki i w pkt. 12.8 SWZ określił z jakich dokumentów musi składać się złożona oferta „Złożona oferta musi składać się z:

1) wypełnionego formularza oferty – załącznik nr 3 do SIWZ;
2) wypełnionej specyfikacji cenowej – załącznik nr 4 do SIWZ;
3) oświadczenia/oświadczeń w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), o którym mowa w pkt 6.1. SWZ;
4) dokumentów podmiotu udostępniającego zasoby, o których mowa w pkt. 8.4. ppkt 1-3 SWZ (jeśli dotyczy);
5) dokumentów, potwierdzających, że osoba, która działa w imieniu Wykonawcy jest umocowana do jego reprezentowania tj. odpis lub informacja z odpowiedniego rejestru oraz odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy - vide: pkt 7.2. oraz pkt 11.3 – 11.4. SWZ);
6) oryginału wadium w formie niepieniężnej lub dowód dokonania przelewu wadium w formie pieniężnej (*vide:* pkt. 10.7. SWZ).

Brak w tym katalogu, dokumentów powoływanych przez Odwołującego MIRBUD Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępujących, że ewentualne niezgodności wewnętrzne dokumentacji zamówienia i ewentualne związane z tym wątpliwości nie mogą obciążać negatywnymi skutkami wykonawców. Skoro Zamawiający wśród wymaganych dokumentów wraz z ofertą nie wymienił dokumentów do których odwołuje się MIRBUD trudno czynić wykonawcom zarzut, iż ich nie załączyli do oferty. W świetle ww. przywołanych przepisów, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego MIRBUD, że ustawa Pzp nie konkretyzuje w sposób szczególny miejsca, w którym Zamawiający informuje wykonawców o swoim wymaganiu. W ocenie Izby, takim miejscem powinien być w szczególności opis sposobu przygotowania oferty. Zdaniem składu orzekającego, biorąc pod uwagę doniosłość i skutki żądania przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający zobowiązany jest do zadbania, aby informacja o wymaganiach w tym zakresie jednoznacznie została wyrażona w SWZ. Fakt, nie złożenia wskazanych dokumentów przez większość wykonawców w postępowaniu potwierdza co najmniej niejednoznaczność przedmiotowego wymagania, a idąc dalej można wskazać, że większość wykonawców nie miała wątpliwości, iż wskazanych przez Odwołującego MIRBUD dokumentów nie należy składać. Wpływ na takie stanowisko mogła mieć również formuła postępowania. Jak podnosił Zamawiający postępowanie przetargowe prowadzone jest w formule ”zaprojektuj i wybuduj”, gdzie w pierwszym etapie Generalny Wykonawca ma wykonać projekt budowalny i na jego bazie projekt wykonawczy który doprecyzuje zaproponowane rozwiązanie techniczne. (…) w celu poprawy dostępności do najnowszej technologii w korzystnych cenach, Zamawiający celowo nie wymagał doprecyzowania konkretnych materiałów zastosowanych na etapie oferty tak aby umożliwić potencjalnym uczestnikom postępowania optymalne podejście do budowania składowych cenotwórczych w zakreślonych normach jakościowych.

Wobec powyższych okoliczności stwierdzić należy, iż Zamawiający nie zawarł w SWZ obowiązku przedłożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych wskazanych przez Odwołującego MIRBUD, a skoro tak, wykonawcy nie byli zobowiązani do ich złożenia, co z kolei implikuje brak konieczności odrzucenia ofert tych wykonawców (por. wyrok KIO o sygn. akt KIO 1838/22).

Za brakiem woli Zamawiającego co do żądania dokumentów wskazywanych przez Odwołującego MIRBUD, jako przedmiotowych środków dowodowych, w ocenie Izby, przemawia również brak określenia przez Zamawiającego dokumentów równoważnych względem potencjalnie żądanych, brak dopuszczenia możliwości uzupełnienia ww. dokumentów czy też forma ich złożenia – niezgodna z formami przewidzianymi ustawą Pzp. Jednocześnie należy zauważyć, iż jak podnosili pozostali uczestnicy postępowania odwoławczego, również Odwołujący MIRBUD przedstawił

wymienione na wstępie dokumenty w sposób nieodpowiadający wymaganiom (częściowo np. w języku obcym bez ich tłumaczenia, co narusza art. 20 ustawy Pzp). Wobec czego, podnoszenie przez MIRBUD zarzutów w zakresie ww. dokumentów, należy uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, jak też zasadami prawa zamówień publicznych. Z art. 16 pkt 1 Pzp, wynikają bowiem dwie, fundamentalne dla systemu zamówień publicznych, zasady ogólne: zasada równości oraz zasada uczciwej konkurencji. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 Pzp mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy jeden z wykonawców podnosi zarzuty, które mogą mieć zastosowanie również w odniesieniu do jego oferty. Wykonawca bowiem licząc na wyeliminowanie innego wykonawcy z postępowania, doprowadza do sytuacji, w której w obiegu pozostaje jego oferta, która jest obarczona takimi samymi błędami. Takie działanie nie zasługuje zaś na aprobatę (por. wyrok SO W Warszawie o sygn. akt XIII Zs 43/22).

Wobec powyższych ustaleń odwołanie podlegało oddaleniu.

KIO 740/23; KIO 743/23; KIO 745/23

Biorąc pod uwagę zapadłe rozstrzygnięcie, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący ……

……

……