

WYROK

z dnia 22 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WEGNER sp. z o.o. sp. k., DB Serwis sp. z o.o. sp. j., ul. Bukowska 177; 60-196 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o., ul. Konfederacka 4; 60-281 Poznań**, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AGROBEX Budownictwo sp. z o.o., AGROBEX sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7; 60-845 Poznań**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WEGNER sp. z o.o. sp. k., DB Serwis sp. z o.o. sp. j., ul. Bukowska 177; 60-196 Poznań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WEGNER sp. z o.o. sp. k., DB Serwis sp. z o.o. sp. j., ul. Bukowska 177; 60-196 Poznań**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **WEGNER sp. z o.o. sp. k., DB Serwis sp. z o.o. sp. j., ul. Bukowska 177; 60-196 Poznań** na rzecz zamawiającego **Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o., ul. Konfederacka 4; 60-281 Poznań**, kwotę **3 970 zł 26 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset siedemdziesiąt złotych, dwadzieścia sześć groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Budowa zespołu budynków mieszkalnych na polu inwestycyjnym 6MW przy ul. Literackiej w Poznaniu*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 sierpnia 2022 r., pod nr 2022/S 150-425482.

Dnia 26 października 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 7 listopada 2022 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: WEGNER sp. z o.o. sp. k., DB Serwis sp. z o.o. sp. j. z siedzibą w Poznaniu (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- 1) nieodrzczeniu oferty wykonawcy działającego w ramach konsorcjum w składzie: AGROBEX BUDOWNICTWO sp. z o.o. w Poznaniu (Lider Konsorcjum); AGROBEX sp. z o.o. w Poznaniu (Partner Konsorcjum) – łącznie dalej także jako Agrobex lub wykonawca,
- 2) wyborze oferty wykonawcy Agrobex,
- 3) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 Pzp, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Agrobex i wykluczenia wykonawcy, pomimo, iż wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie publiczne, a nadto w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub zataił te informacje przed zamawiającym, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a co za tym idzie, wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agrobex, pomimo,

iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wskazanej w postanowieniu rozdziału VIII ust. 1 pkt 3 SWZ;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp, poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Agrobex, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy o doświadczeniu zawodowym wymaganym w postanowieniu rozdziału VIII ust. 1 pkt 4 SWZ;
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Agrobex, pomimo, że wykonawca ten przewidział w złożonej ofercie, iż wykona zamówienie w okresie 669 dni (od 1 stycznia 2023 r. do 31 października 2024 r.), zaś zgodnie z warunkami wykonania zamówienia określonymi w rozdziale VII SWZ, termin realizacji zamówienia wynosi 660 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy;
5. art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Agrobex, pomimo, że wykonawca ten w sposób niepoprawny i błędny określił w złożonym wraz z ofertą załączniku nr 10 Struktura finansowa/harmonogram rzeczowo-finansowy, strukturę finansową dotyczącą ceny oferty, zaś kalkulacja ceny ofertowej została w konsekwencji dokonana nieprawidłowo, a nadto kalkulacja ceny ofertowej zawarta w harmonogramie rzeczowo-finansowym jest niezgodna z ceną zawartą w formularzu oferty tego wykonawcy, w wyniku czego oferta tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny, a ponadto została sporządzona niezgodnie z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SWZ;
6. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez nieprawidłowe uznanie, że oferta wykonawcy Agrobex jest ofertą najkorzystniejszą i w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy, a zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo, że najkorzystniejszą nie podlegająca odrzuceniu ofertą jest oferta odwołującego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Agrobex, nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Agrobex i nakazanie ponownej oceny niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z przedłożonymi podczas rozprawy rachunkami.

Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie interes prawny w uzyskaniu zamówienia jest w niniejszej sprawie niewątpliwy i na wypadek uprawomocnienia się kwestionowanych

czynności zamawiającego, naruszenie prawa związane z tymi czynnościami naraża odwołującego na szkodę. Oferta odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania zostanie bowiem najwyżej oceniona przy uwzględnieniu wszystkich kryteriów oceny ofert przewidzianych przez zamawiającego (jedynym kryterium, zgodnie z SWZ, jest najniższa cena oferty, a odwołujący zaproponował w swej ofercie cenę najniższą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a zatem, jeśli niniejsze odwołanie zostanie uwzględnione, jego oferta powinna zostać oceniona jako najkorzystniejsza, zaś zamawiający powinien dokonać jej wyboru), a nadto odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z jakiegokolwiek przyczyny, a także spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie zachodzą w stosunku do niego i jego oferty jakiegokolwiek inne podstawy odrzucenia oferty wskazane w art. 226 ust. 1 Pzp i w takim przypadku zamówienie zostanie udzielone odwołującemu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wykonawca złożył pisemne stanowisko w sprawie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 – naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7, 8 i 10 Pzp.

Odwołujący wskazał, iż Agrobex wraz z ofertą złożył formularz JEDZ dotyczące partnera konsorcjum - Agrobex Sp. z o.o. w Poznaniu, z którego oświadczeń zawartych w części III formularza wynika, iż podmiot ten oświadczył, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania z jakichkolwiek przyczyn, a zatem także z przyczyn wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp, które to przyczyny, zgodnie z postanowieniami rozdziału IX ust. 4 SWZ stanowią podstawy wykluczenia z postępowania. Z dokonanych przez odwołującego ustaleń wynika, iż wykonawca Agrobex sp. z o.o. w Poznaniu w sposób nienależyty wykonał umowę o zamówienie publiczne w zakresie wykonania robót budowlanych na rzecz zamawiającego Gminy Swarzędz w zakresie inwestycji dotyczącej budynku Szkoły Podstawowej nr 2 im. Aleksandra Doby w Zalasewie przy ul. Jana Heweliusza 26 i toczy się w zakresie wad robót, które wykonywał Agrobex w ramach wykonawstwa tej inwestycji postępowanie sądowe przed Sądem Okręgowym w Poznaniu. Jednocześnie, ze sprawozdania z działalności wykonawcy Agrobex sp. z o.o. za rok obrotowy od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2021 r.,
na str. 13

„W zakresie Inwestycji, Spółka jest w sporze z Zamawiającym; sprawa toczy się przed Sądem Okręgowym w Poznaniu IX Wydział Gospodarczy, o zapłatę 1.273.992,00 zł, tytułem odszkodowania za wady budynku Szkoły Podstawowej w Zalasewie; w sprawie wniesiony został pozew”. Wskazać przy tym trzeba, iż ww. sprawozdaniu Agrobex błędnie opisał tę inwestycję, jako *„Rozbudowa i przebudowa części budynku Szkoły Podstawowej nr 1 przy ul. Planetarnej w Zalasewie, gmina Swarzędz”* (str. 13 sprawozdania), jednakże zamawiający zaprzeczył, by w sprawie tej inwestycji toczył się proces sądowy między inwestorem a wykonawcą, zaś spór toczy się w przedmiocie wadliwości robót dotyczących Szkoły Podstawowej nr 2 im. Aleksandra Doby w Zalasewie przy ul. Jana Heweliusza 26. Omyłka powyższa wynika prawdopodobnie z faktu, iż szkoła podstawowa nr 2 w Zalasewie mieści się na rogu ulic Jana Heweliusza i Planetarnej, zaś szkoła podstawowa nr 1 w Zalasewie przy

ul. Planetarnej. Wskazać trzeba, że już w trakcie robót prowadzonych przez Agrobex w zakresie inwestycji dotyczącej Szkoły Podstawowej nr 2 im. Aleksandra Doby w Zalasewie przy ul. Jana Heweliusza 26 doszło do zawalenia się budowanego dopiero dachu tej szkoły. Jak wynika z informacji medialnych na portalu epoznan.pl z dnia 18 listopada 2014 r., *„Runęła drewniana konstrukcja dachu budowanej szkoły podstawowej w Zalasewie. Z nieoficjalnych informacji wynika, że w wyniku zdarzenia nikt nie ucierpiał. Do zdarzenia miało dojść po godzinie 15 na terenie budowy szkoły w Zalasewie. Informacji na ten temat nie potwierdziła policja i straż pożarna, ale jeden z naszych czytelników przysłał zdjęcia z placu budowy,*

a wieczorem udało nam się potwierdzić informację u burmistrza Miasta i Gminy Swarzędz - Otrzymałam informację o takim zdarzeniu, to co ważne, to, że nikt w nim nie ucierpiał. Za

całe zdarzenie, także od strony finansowej odpowiada wykonawca robót i to on poniesie wszelkie koszty związane z ponowną konstrukcją dachu - mówi w rozmowie z epoznan.pl, A. T." https://epoznan.pl/news-news-53643-runal_dach_szkoly_budowanej_w_zalasewie.

Ponadto w dniu 30 listopada 2021 r., na oficjalnej stronie internetowej Urzędu Miasta i Gminy w Swarzędzu (http://www.swarzedz.pl/index.php?id=49&no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=18702&tx_ttnews%5BbackPid%5D=18&cHash=b37365a579854629a96a3ec2a2b32a03) opublikowane zostało oświadczenie Burmistrza Miasta i Gminy Swarzędz, z którego wynika m.in., że:

- Podczas okresowego przeglądu technicznego budynku Szkoły Podstawowej nr 2 w Zalasewie stwierdzono występowanie usterek, co spowodowało konieczność przeprowadzenia dodatkowych ekspertyz technicznych. Na zlecenie UMiG w Swarzędzu wykonały je dwa niezależne podmioty: EKSPERTIS Sp. z o. o. Sp. k. z Poznania (ekspertyza określająca przyczyny powstawania zarysowań ścian murowanych i nadmiernego rozszerzania się szczelin dylatacyjnych) oraz Politechnika Innowacje sp. z o.o. (opinia techniczna w sprawie powstałych spękań i uszkodzeń budynku Szkoły Podstawowej w Zalasewie, ul. Jana Heweliusza 26);

- Obydwie ekspertyzy jednoznacznie wskazują na konieczność zabezpieczenia konstrukcji hali sportowej przed skutkami możliwych obciążeń. Kierując się bezpieczeństwem użytkowników, czyli uczniów i kadry SP nr 2 w Zalasewie hala została wyłączona

z użytkowania począwszy od dnia 01 grudnia 2021 r. do czasu wykonania prac naprawczych;

- konieczne prace naprawcze w hali sportowej Szkoły Podstawowej nr 2 w Zalasewie przeznaczone zostało 1.200.000,00 zł. Zakres tych prac wynika z zaleceń zawartych w ekspertyzach technicznych;

- Podjęto kroki w celu przeanalizowania sprawy pod kątem ustalenia odpowiedzialnych za ewentualne błędy projektowe lub wykonawcze i przygotowanie procedury odszkodowawczej.

Oświadczenie powyższe opublikowano także w piśmie informacyjnym „*Prosto z ratusza*” nr 11 (384) z grudnia 2021 r. (str. 9). W artykule opublikowanym w dniu 01 grudnia 2021 r. na portalu epoznan.pl pt. „*Hala sportowa szkoły w Zalasewie wyłączona z użytkowania. "Ekspertyzy jednoznacznie wskazują na konieczność zabezpieczenia konstrukcji"*” (https://epoznan.pl/news-news-124010hala_sportowa_szkoly_w_zalasewie_wylaczona_z_uzytkowania_ekspertyzy_jednoznacznie_wskazuja_na_koniecznosc_zabezpieczenia_konstrukcji) wskazuje się, że „*to ta sama szkoła, gdzie pojawiły się problemy przy budowie. W połowie listopada 2014 roku podczas budowy obiektu runęła drewniana konstrukcja dachu*”.

Jak wynika z informacji medialnych na portalu radiowielkopolska.pl 01 grudnia 2021 r., w istocie zamawiający przeznaczył kwotę 1.200.000,00 zł na usunięcie stwierdzonych wad. Na tym samym portalu w dniu 04 lutego 2022 r. informowano, że *„Hala w Zalasewie naprawiona za ponad mln zł. Gmina domaga się odszkodowania”*. Usuwanie wad zakończyło się w styczniu 2022 r.

Wykonawca zataił ww. okoliczności i fakt nienależytego wykonania zamówienia przed zamawiającym i złożył niezgodne z prawdą oświadczenia w formularzu JEDZ o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania z jakichkolwiek przyczyn, w tym przyczyn fakultatywnych przewidzianych przez zamawiającego w SWZ. Jednocześnie jednak, biorąc pod uwagę, iż spór między zamawiającym a Agrobex sp. z o.o. dotyczy roszczenia pieniężnego o znacznej wysokości, zaś, jak wynika z przytoczonych okoliczności i dowodów wady przedmiotu robót przez Agrobex są niezwykle poważne, a co za tym idzie wskazać trzeba, iż w orzecznictwie zwraca się uwagę, że *„przesłanki wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 Prawa zamówień publicznych są fakultatywnymi przesłankami wykluczenia. Na powyższe wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot "może", a to oznacza, że zamawiający nie jest zobligowany do odrzucenia oferty wykonawcy. Nie każde też uchybienie w realizacji umowy stanowi przesłankę wykluczenia, ale takie, które ma charakter kwalifikowany. Muszą być to takie uchybienia, które zasadniczo zmieniają jakość przedmiotu zamówienia lub w ogóle uniemożliwiają osiągnięcie celu, w jakim została zawarta umowa. W konsekwencji wymagana jest ich ocena, a także odniesienie się do stwierdzonych nieprawidłowości do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i specyfiki”* (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 20 maja 2022 r., sygn. XXIII Zs 22/22).

Nawet jeśli w ocenie wykonawcy nie zachodziła przesłanka wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 Pp ze względu na spór sądowy z zamawiającym, to koniecznym było, zgodnie z poglądami orzecznictwa, przedstawienie zamawiającemu w sposób szczegółowy stanu faktycznego dotyczącego wykonywanego zamówienia, którego dotyczy spór, by mógł on ocenić, czy Agrobex w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności czy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie na rzecz Gminy Swarzędz dotyczące robót w zakresie budynku Szkoły podstawowej nr 2 w Zalasewie. Jednocześnie Agrobex nie poinformował zamawiającego o wskazanym wyżej sporze toczącym się przed Sądem Okręgowym w Poznaniu, wskazując, iż nie zachodzą wobec Agrobex sp. z o.o. jakiegokolwiek przesłanki wykluczenia z postępowania, choć powinien był powziąć w tym zakresie wątpliwości i działając w sposób należyty poinformować zamawiającego o prawdopodobnym

istnieniu przesłanek wykluczenia z postępowania, co zamawiający z kolei powinien mieć prawo

i możliwość ocenić w toku postępowania i na tej podstawie mieć możliwość ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tymczasem treść oświadczeń Agrobex, zgodnie z którymi wykonawca wprost stwierdził, iż wobec Agrobex sp. z o.o. nie zachodzą jakiegokolwiek podstawy wykluczenia z postępowania, należy z powyższych względów oceniać co najmniej w kategoriach przedstawienia w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzające w błąd w zakresie braku podstaw wykluczenia, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albowiem zamawiający mając możliwość dokonania oceny przypadku realizacji przez Agrobex Sp. z o.o. robót dotyczących budynku Szkoły Podstawowej nr 2 im. Aleksandra Doby

w Zalasewie przy ul. Jana Heweliusza 26 oraz toczącego się w sprawie wadliwości wykonanych w zakresie tego zamówienia robót – w tym przez pryzmat dokumentów procesu toczącego się przed Sądem Okręgowym w Poznaniu, mógłby ocenić, czy zachodzi wobec Agrobex przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp i wykluczyć z postępowania Agrobex w przypadku potwierdzenia tej okoliczności w wyniku przeprowadzonych czynności wyjaśniających. Jednocześnie, nie sposób wykluczyć, iż składając oświadczenie o braku podstaw wykluczenia z postępowania Agrobex, wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, co niewątpliwie miałyby istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia – w zakresie wykluczenia Agrobex z postępowania oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a nadto zataił informacje na temat sposobu wykonania ww. zamówienia, których ocena przez zamawiającego mogłaby doprowadzić do wykluczenia Agrobex z postępowania.

Wskazać należy przy tym, że w świetle powyższego, już sam fakt, iż pomiędzy zamawiającym Gminą Swarzędz a wykonawcą Agrobex Sp. z o.o. toczy się proces sądowy dotyczący nienależytego wykonania zamówienia, nakazuje uznać, iż zachodzą przesłanki pozwalające powziąć przez każdego przeciętnego zamawiającego wiedzę, iż istnieje wysokie prawdopodobieństwo nienależytego wykonania wcześniejszego zobowiązania przez Agrobex Sp. z o.o.

W SWZ zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp. Zamawiający nie zastosował ich jednak i zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Agrobex. Z przytoczonych wyżej okoliczności wynika, że o nienależytym wykonaniu robót przez Agrobex (wady konstrukcyjne dachu) zamawiający powziął wiedzę w listopadzie roku 2021 r. - w wyniku przeprowadzenia okresowego przeglądu technicznego

budynku Szkoły. Jednocześnie, nienależyte wykonanie ww. zamówienia doprowadziło do zlecenia podmiotowi trzeciemu, w ramach wykonania zastępczego, robót naprawczych, które miały miejsce na przełomie roku 2021 r. i 2022 r., na co wskazują informacje medialne oraz oświadczenia Burmistrza Miasta i Gminy Swarzędz wskazane jako dowody w niniejszym odwołaniu. Wskazuje to także na fakt, iż Agrobex nie usunął stwierdzonych wad, czego konsekwencją była konieczność zlecenia robót naprawczych podmiotowi trzeciemu.

Co więcej, Agrobex nie wykonał należycie także inwestycji wykonywanej na rzecz zamawiającego Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. Zamawiający pominął zatem okoliczność, iż zachodzą wobec Agrobex przesłanki wykluczenia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp w odniesieniu do okoliczności dotyczących zamówienia, w przypadku, którego zamawiający ten sam był inwestorem. Z jednej strony, Agrobex w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, przynajmniej w wyniku rażącego niedbalstwa nienależyte wykonując wcześniejsze zamówienie na rzecz zamawiającego, co zamawiający ten z oczywistych powodów jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów, bowiem jako inwestor dysponuje nimi (są nimi choćby dokumenty postępowań reklamacyjnych, o których mowa w piśmie zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r. stanowiącego odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej – numer odpowiedzi w dzienniku kancelaryjnym PTBS/NR/2396/07/2021). Z drugiej zaś strony, pomimo zaistnienia ww. okoliczności Agrobex w złożonych zamawiającemu dokumentach JEDZ złożył niezgodne z prawdą oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania z jakichkolwiek przyczyn, w tym przyczyn fakultatywnych przewidzianych przez zamawiającego w SWZ. Jak wynika zaś z pisma samego zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r. nr PTBS/NR/2396/07/2021 stanowiącego odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej 10 lipca 2021 r. – pkt Ad. 2 (pobranego ze strony internetowej BIP zamawiającego pod adresem https://bip.ptbs.pl/rejestr_wnioskow.html), w odniesieniu do inwestycji wskazanej w pkt 1 wykazu robót złożonego przez Agrobex, od dnia oddania inwestycji do użytku mieszkańców, zgłoszonych zostało 506 zgłoszeń reklamacyjnych dla wszystkich 291 mieszkań i części wspólnych, w tym garażu i pozostałej infrastruktury technicznej, przy czym według stanu na dzień sporządzenia ww. pisma 464 zgłoszenia zostały „załatwione pozytywnie”, co oznacza, że były zasadne. Pozostałych zaś zgłoszeń „nie załatwiono”.

Dowody:

1. *SWZ postępowania o udzielenie zamówienia wraz z załącznikami – w aktach postępowania;*
2. *Oferta Agrobex wraz z załącznikami – w tym JEDZ wykonawcy Agrobex Sp. z o.o. w Poznaniu – w aktach postępowania;*

3. 1 Pismo Gminy Swarzędz z dnia 24 października 2022 r.;
4. 2 Sprawozdanie z działalności Spółki Agrobex Sp. z o.o. za rok obrotowy od 1 stycznia 2021 r. do 31 grudnia 2021 r.;
5. 3 Artykuł z dnia 18 listopada 2014 r. pt. „Runął dach szkoły budowanej w Zalasewie” (https://epoznan.pl/news-news-53643-runal_dach_szkoly_budowanej_w_zalasewie);
6. 4 Oświadczenie Burmistrza Miasta i Gminy Swarzędz z dnia 30 listopada 2021 r. (http://www.swarzedz.pl/index.php?id=49&no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=18702&tx_ttnews%5BbackPid%5D=18&cHash=b37365a579854629a96a3ec2a2b32a03);
7. 5 Pismo informacyjne „Prosto z ratusza” nr 11 (384) z grudnia 2021 r. – str. 9;
8. 6 Artykuł z dnia 01 grudnia 2021 r. pt. „Hala sportowa szkoły w Zalasewie wyłączona z użytkowania. "Ekspertyzy jednoznacznie wskazują na konieczność zabezpieczenia konstrukcji"” (https://epoznan.pl/news-news-124010-hala_sportowa_szkoly_w_zalasewie_wylaczona_z_uzytkowania_ekspertyzy_jednoznacznie_wskazuja_na_koniecznosc_zabezpieczenia_konstrukcji);
9. 7 Artykuł z dnia 01 grudnia 2021 r. pt. „Hala sportowa w Zalasewie może się zawalić. Radni przeznaczyli 1,2 mln zł na remont obiektu” (<https://radiowielkopolska.pl/swarzedz/hala-sportowa-w-zalasewie-mozesz-zawalic-radni-przeznaczyli-12-mln-zl-na-remont-obiektu/>);
10. 8 Artykuł z dnia 04 lutego 2022 r. pt. „Hala w Zalasewie naprawiona za ponad mln zł. Gmina domaga się odszkodowania” (<https://radiowielkopolska.pl/swarzedz/hala-w-zalasewie-naprawiona-zaponad-mln-zl-gmina-domaga-sie-odszkodowania/>);
11. 9 Pismo informacyjne „Prosto z ratusza” nr 2 (386) z lutego 2022 r. str. 11;
12. 10 Wniosek o dostęp do informacji publicznej;
13. 11 Pismo zamawiającego z dnia 23 lipca 2021 r. nr PTBS/NR/2396/07/2021.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający zaprzeczył, że został wprowadzony w błąd, a konsorcjum, którego oferta została wybrana w ocenie zamawiającego nie podlega wykluczeniu z postępowania. Odnośnie tego zarzutu, nie został on udowodniony, a eliminacja wykonawcy z postępowania jako środek najdalej idący musi opierać się na udowodnionych lub w najwyższym stopniu uprawdopodobnionych zarzutach, natomiast w odwołaniu znajdują się wyłącznie doniesienia prasowe, bardzo ogólnikowe, stanowiące co najwyżej informacje, że zamawiający podjął wyjaśnienia w przedmiocie usterek konstrukcji drewnianej dachu. Z tej przyczyny absolutnie nie mogą one stanowić bazy do podjęcia żądanej czynności wykluczenia, Sprawozdanie z działalności spółki Agrobex sp. z o.o. za 2021 r. zawiera informacje, że nie upłynął nawet termin na wniesienie odpowiedzi na pozew, tym samym wzmianka o wniesieniu pozwu jest niewystarczająca i nie stanowi tego rodzaju dowodu, który przesądza o wykluczeniu z postępowania. Nadto gdyby nawet chcieć te nieistotne, przywołane okoliczności o których pisze odwołujący, wykorzystać jako podstawę do oceny nad podjęciem decyzji o wykluczeniu

(odrzućeniu oferty zgłaszającego przystąpienie, to z tych materiałów można się dowiedzieć, że zniszczeniu uległa konstrukcja dachu, a tym samym sugeruje to wadę projektową a nie wykonawczą, a postępowanie o udzielenie zamówienia w jakim wybrany został wykonawca w przedmiotowym postępowaniu (hali sportowej w której zniszczeniu uległa konstrukcja drewniana dachu), dotyczyło wyłącznie robót budowlanych, a nie połączenia prac projektowych z robotami budowlanymi. Powyższe wynika wprost z oświadczenia Burmistrza Swarzędza, który powoływał się na wyniki dwóch zleconych ekspertyz technicznych. Na marginesie ekspertyzy te jako dokumenty opłacone z pieniędzy publicznych podlegają udostępnieniu w trybie przepisów o dostępie do informacji publicznej, tym samym odwołujący mógł mieć do nich dostęp, zapewne jednak o to się nie zwrócił albowiem nie okazuje ich aby wykazać, okoliczność przeciwną że wada dotyczy wykonawstwa, a nie projektu. Tym samym wykonawca, który wykonywał roboty na podstawie dokumentacji projektowej uzyskanej przez inwestora, nie ponosi samodzielnej odpowiedzialności za wady projektu. Nadto z uwagi na fakt, że zamawiający zobowiązany jest do udzielania zamówień w trybie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ma ciągły dostęp do organów publikacyjnych (Biuletyn Zamówień Publicznych) w przedmiocie ogłoszeń o udzielonych zamówieniach, w których także zamieszcza swoje ogłoszenia i tam też znajdują się ogłoszenia o kolejnych umowach zawartych pomiędzy tym samym zamawiającym (tj. Gminą Swarzędz), a zgłaszającym przystąpienie Agrobex, który rzekomo miał działać na jego szkodę gdyby dać wiarę odwołującemu. Gdyby zatem zamawiający (tj. Gmina Swarzędz) uważał, że na tej podstawie zgłaszający przystąpienie podlega wykluczeniu to nie udzieliłby mu całego szeregu kolejnych zamówień. Z tej przyczyny, TBS jako zamawiający w niniejszym postępowaniu trudno, aby dokonał oceny odmiennej niż rzekomo sam poszkodowany. Ergo zarzut dotyczący hali sportowej w szkole podstawowej w Zalasewie, nie został wystarczająco uprawdopodobniony i na tym etapie jest niewspółmierny do żądania podjęcia decyzji o wykluczeniu z postępowania zgłaszającego przystąpienie. Sam zamawiający zresztą informuje co najwyżej o sporze sądowym, który jest „wniesiony” przeciwko projektantowi i wykonawcy. Odwołujący mógł zadać pytanie czy na tej podstawie zamawiający „skutecznie i prawomocnie” wykluczył zgłaszającego przystąpienie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co mogłoby stanowić dowód bardziej prawdopodobny dla podjęcia zbliżonej decyzji, nic takiego nie zrobił lub nie uzyskał potwierdzenia tego rodzaju zdarzeń. Tak samo faktów nie zastąpią przywołane orzeczenia sądów, które nie są dowodem w sprawie i dotyczą odmiennych stanów faktycznych. Także wszelkie pozostałe informacje dotyczące w/w hali sportowej nie stanowią żadnego dowodu dla poparcia zgłoszonych żądań, mają co najwyżej charakter medialnych doniesień, które będąc przekazywane do szeroko pojętej opinii publicznej, są ogólnikowe (mowa o błędach „takich” lub „innych”, autor artykułu nie rozpoznaje różnic pomiędzy nimi

i wymienia „ciągiem” bez pogłębionej refleksji), mając częstokroć wyolbrzymiony charakter aby przyciągnąć uwagę i wzbudzić emocje, którym zamawiający nie może się poddać w trakcie podejmowania decyzji o zasadności zarzutów odwołania i których nie podziela.

Taka sama dokładnie sytuacja ma miejsce w przypadku rzekomych wad dotyczących zamówienia realizowanego na rzecz samego zamawiającego. Narracja odwołania została zmanipulowana, oparta jak tylko się można domyślać na emocjonalnym mailu jednego z „niezadowolonych” mieszkańców. Zamawiający oświadcza, że wiele tzw. zgłoszonych usterek dotyczyło np. obsługi zamontowanych urządzeń, a nie wad wykonawczych, nadto jak wynika z pisma PTBS z dnia 23.07.2021 r. o numerze PTBS/NR/2396/07/2021, zgłoszenia dotyczyły drobnych nieistotnych rzeczy i zostały załatwione pozytywnie a tylko niewielka część była nadal procedowana. Ergo zgłoszenie interwencji dotyczących w większości sposobu obsługi zamontowanych urządzeń versus wybudowanie osiedla mieszkaniowego z pozytywnym protokołem odbioru, albowiem nie ujawniono wad istotnych, zakończone uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, absolutnie wyczerpuje znamiona pozostawania przez wykonawcę w stanie (o czym nota bene np. mowa w art. 109 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych), że wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne do powoływanych przyczyn. Nadto zamawiający pozytywnie ocenił wykonany przedmiot zamówienia udzielając wykonawcy poświadczenia na tę okoliczność.

Przystępujący wskazał, co następuje.

Odnosząc się do inwestycji wykonanej na rzecz Gminy Swarzędz zgłoszone wobec Agrobex sp. z o.o. roszczenie jest przedmiotem sporu i toczy się w tej sprawie postępowanie sądowe - spółka Agrobex sp. z o.o. nie jest jedynym pozwanym w tej sprawie. Wykonawca wykonał swoje zobowiązanie należycie i zgodnie z umową. W sprawie, której dotyczy spór sądowy nie zostało również nałożone odszkodowanie pytanie w treści JEDZ mówi o „nałożonym” odszkodowaniu. Przyczyną konieczności wykonania dodatkowych prac budowlanych w zakresie konstrukcji głównej żelbetowej Hali sportowej w Szkole Podstawowej w Zalasewie były błędy projektowe, za które odpowiedzialność ponosi projektant, a nie wykonawca Agrobex sp. z o.o. Gmina Swarzędz dochodzi roszczenia nie z tytułu wad robót budowlanych, a związanych ze zwrotem kosztów poprawy nośności konstrukcji głównej - żelbetowej budynku, na której wsparto dach budynku. Inwestycja, która była realizowana w Szkole Podstawowej nr 2 w Zalasewie dotyczyła wyłącznie wykonania robót budowlanych na podstawie projektu przekazanego przez inwestora. W dniu 31 października 2012 roku Gmina Swarzędz zawarła z E. O. oraz R. O. prowadzącymi działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Projektowo - Budowlane EKOBUD s.c. E. i R. O. umowę nr CRU-2650/2012/BZP.272-28/0040/001 /2012, w ramach której E. O. i R. O. zobowiązani byli wobec Gminy Swarzędz do opracowania

pełno branżowego projektu budowlano - wykonawczego Szkoły Podstawowej w Zalasewie, w tym projektu zadaszenia Sali gimnastycznej. W listopadzie 2013 roku Gmina Swarzędz ogłosiła przetarg na wykonanie budynku Szkoły Podstawowej nr 2 w Zalasewie, na podstawie projektu budowlanego, opracowanego przez E. O. i R. O. W trakcie postępowania przetargowego, jego uczestnicy zadali zamawiającemu szereg pytań dotyczących z postępowania, a w szczególności dotyczących dokumentacji projektowej. Jedno z pytań uczestników postępowania przetargowego brzmiało następująco: *„Według projektantów dostawców konstrukcji drewnianej dachu nie spełnia ona warunków wytrzymałościowych. Prosimy o wysłanie obliczeń statycznych oraz potwierdzenie ich poprawności”*. W odpowiedzi na ww. pytanie zamawiający zacytował to pytanie i wskazał: *„Odpowiedź: Załączono obliczenia i właściwe rysunki. Zawartość dokumentacji zostanie skorygowana”*. Do pisma z zamawiający załączył pismo firmy Konsbud P. Ż. z dnia 27 listopada 2013 roku, w którym oświadczone, że całość konstrukcji dachu sali gimnastycznej „spełnia wszystkie wymogi stawiane w normach”. W wyniku przeprowadzenia ww. postępowania o udzielenie zamówienia w dniu 8 kwietnia 2014 roku Gmina Swarzędz zawarła z Agrobex sp. z o.o. umowę nr CRU.1512.2014/BZP.272.18.2014-2/BZP.271-30/2013 na wykonanie robót budowlanych polegających na budowie Szkoły Podstawowej nr 2 w Zalasewie.

Zgodnie z § 6 ust. 1 lit. a) tej umowy do obowiązków Gminy Swarzędz należało przekazanie wykonawcy dokumentacji projektowej. Roboty budowlane polegały więc na realizacji robót budowlanych i nie były prowadzone w formule „zaprojektuj i wybuduj”.

Dalsza treść uzasadnienia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z faktem, iż dotyczy szczegółów wykonania inwestycji oraz przebiegu sporu pomiędzy stronami i powoływanej argumentacji. Pkt 11-22 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały zawarte w załączniku nr 1 do niniejszego pisma.

Jak wynika z powyższego, dochodzone przez Gminę Swarzędz roszczenie odszkodowawcze dotyczy zwrotu kosztów wykonania prac naprawczych przeprowadzonych w celu wzmocnienia konstrukcji nośnej głównej - żelbetowej budynku, na której wsparto dach budynku i odnosi się do wadliwych rozwiązań projektowych. Podkreślenia raz jeszcze wymaga, że wykonawca nie był autorem żadnego z projektów wchodzących w zakres dokumentacji projektowej i to stwierdzenie odnosi się zarówno do projektu udostępnionego wykonawcy na etapie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i projektów, które pojawiły się na etapie realizacji prac, w tym po zdarzeniu z listopada 2014 r. Agrobex sp. z o.o. nie miał obowiązku - jako wykonawca robót - dokonywać obliczeń w celu sprawdzenia prawidłowości rozwiązań projektowych ani w zakresie nośności dachu ani w zakresie jakichkolwiek innych rozwiązań projektowych. Dokonywanie takich obliczeń i analiz

wymaga posiadania wiedzy projektanta. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 6 lutego 2020 roku, sygn. akt I Aga 63/19 „Wykonawca nie ma obowiązku badać szczegółowo projektu, zatem art. 651 k.c. ma zastosowanie jedynie w razie pozytywnej wiedzy wykonawcy o wadzie. Tym samym chodzi o wady dostarczonej dokumentacji projektowej, które mają charakter oczywisty i mogą być dostrzeżone przy dołożeniu zwykłej staranności, jednakże bez potrzeby dokonywania specjalistycznych obliczeń i analiz projektu. Trudno bowiem przyjąć, że wykonawca ma obowiązek dokonywać w każdym przypadku szczegółowego sprawdzenia dostarczonego projektu w celu wykrycia jego ewentualnych wad. Wykonawca robót budowlanych nie musi bowiem dysponować specjalistyczną wiedzą z zakresu projektowania, musi jedynie umieć odczytać projekt i realizować inwestycję zgodnie z tym projektem oraz zasadami sztuki budowlanej. Obowiązek nałożony na wykonawcę przez art. 651 k.c. należy rozumieć w ten sposób, że musi on niezwłocznie zawiadomić inwestora o niemożliwości realizacji inwestycji na podstawie otrzymanego projektu lub też o tym, że realizacja dostarczonego projektu spowoduje powstanie obiektu wadliwego. W tym ostatnim przypadku chodzi jednak tylko o sytuacje, w których stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji nie wymaga specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Z przepisu art. 651 k.c. nie można natomiast domniemywać obowiązku każdorazowej, wszechstronnej kontroli projektu złożonego przez inwestora”.

Umowa z Gminą Swarzędz dotyczyła wykonania wyłącznie robót budowlanych a nie realizacji usług projektowych. Przedmiotem umowy o wykonanie robót budowlanych nie było wykonanie projektu konstrukcji nośnej dachu. Zgodnie z art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Co więcej, umowa łącząca Agrobex sp. z o.o. oraz Gminę Swarzędz nie została zmieniona aneksem rozszerzającym zakres prac wykonawcy - zmiana w powyższym zakresie byłaby z resztą unieważniona na podstawie art. 140 ust. 3, 144 ust. 1, ust. 1b oraz ust. 2 Pzp z 2004 r.

Nie sposób uznać, że wykonawca miałby być winny poważnego naruszenia obowiązków zawodowych (art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp) czy niewykonania lub nienależytego wykonania z jego przyczyn istotnego zobowiązania umownego (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp) w sytuacji, gdy nie był odpowiedzialny za wykonanie projektu, na podstawie którego realizowane były roboty budowlane. W odniesieniu do zawalenia się konstrukcji dachu podczas wykonywania prac w listopadzie 2014 r. należy wskazać, że wykonawca usunął skutki tego zdarzenia, a inwestor - Gmina Swarzędz nie miała wątpliwości co do jakości wykonanych prac odbierając roboty budowlane „bez uwag” (protokół odbioru z dnia 15 lipca 2015 r.) oraz wystawiając na rzecz Agrobex sp. z o.o. referencje (dokument z dnia 31 sierpnia 2015 r.), zgodnie z którymi wykonawca należycie wykonał prace budowlane. Dodatkowo, w wyniku zdarzenia z

listopada 2014 r. Zamawiający nie naliczył na wykonawcę kar umownych ani nie podjął wówczas jakichkolwiek innych środków prawnych zmierzających do dochodzenia odszkodowania. Pomimo wystąpienia ww. zdarzenia wykonawca Agrobex sp. z o.o. wykonał przedmiot zamówienia w terminie określonym w umowie. W dniu 7 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał odbioru pogwarancyjnego obiektu i nie zgłosił wobec wykonawcy roszczeń z tytułu wad robót budowlanych.

Niezależnie od powyższego, wykluczenie Konsorcjum Agrobex sp. z o.o. z postępowania byłoby nieuzasadnione również z tego względu, że hipotetyczne przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 Pzp uległy przedawnieniu. Zgodnie z art. 111 pkt 4 Pzp wykluczenie,

o którym mowa w ww. przepisach następuje na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Powołany przepis precyzuje datę, od której należy liczyć sankcję wykluczenia wykonawcy, przy czym przyjąć należy, że są to 3 lata od pierwszego zdarzenia będącego podstawą do wykluczenia. Powyższe ma istotne znaczenie, gdyż w przeciwnym razie po stronie wykonawcy powstać może niepewność co do terminu, w jakim wykluczony może on być wykluczony (por. wyrok KIO z 26 sierpnia 2020 r. sygn. akt KIO 1781 / 20). Sankcja wykluczenia wykonawcy z postępowania jest jedną z najbardziej dotkliwych, jakich może on doznać w postępowaniu, dlatego też winna być interpretowana ściśle, nie dając możliwości nadinterpretacji czy stosowania wykładni rozszerzającej. Realizacja zamówienia została zakończona w lipcu 2015 r. zatem jeżeliby przyjąć, iż roszczenie Gminy Swarzędz powiązane jest z nienależytym wykonaniem zamówienia przez Agrobex zamówienia to 3 lata, o których mowa w art. 111 pkt 4 Pzp upłynęły w lipcu 2018 r. Nawet jeżeliby przyjąć, iż okres, od którego powinien biec termin przedawnienia jest liczony od dnia powzięcia informacji o wadach to momentem, w którym wada została zgłoszona nie był kwiecień 2021 r. jak wskazało Konsorcjum Wegner w odwołaniu, a maj 2019 r. Wskazany moment jest ostatnim zdarzeniem będącym podstawą ewentualnego wykluczenia. W ramach przeglądu gwarancyjnego z maja 2019 r. konstrukcja ścian murowanych i żelbetowych, słupów żelbetowych otrzymała ocenę „ndst” a w zaleceniach określono co należy wykonać w związku z taką oceną tego elementu podczas przeglądu. Inwestor miał zatem wiedzę o stanie konstrukcji już w maju 2019 r. W dniu 7 grudnia 2020 r. Gmina Swarzędz dokonała odbioru pogwarancyjnego obiektu. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że momentem, w którym powzięto informację o ewentualnej wadzie konstrukcyjnej, na której wsparty jest dach był maj 2019 r., jednak w tamtym okresie inwestor nie zdecydował się na dochodzenie roszczeń wobec Agrobex sp. z o.o. Przeciwnie, zdecydował się dokonać odbioru pogwarancyjnego. Art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp mówi o naruszeniu obowiązków zawodowych w związku z czym, informacja o ich domniemanym naruszeniu była potencjalnie znana w ww.

dacie. Również art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp nawiązuje do niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania umownego, co doprowadziło do „wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”. Wypowiedzenie, odstąpienie od umowy ani wykonanie zastępcze nie dotyczą opisanej inwestycji. Co do odszkodowania należy zauważyć, że postępowanie sądowe nie zostało rozstrzygnięte, natomiast uprawnienia z tytułu rękojmi za wady zostały przez Gminę Swarzędz utracone wraz z upływem okresu gwarancyjnego oraz rękojmi za wady - wada w zakresie dachu była zgłaszana w maju 2019 r. a mimo to inwestor nie dochodził od wykonawcy roszczeń z tego tytułu. Także powództwo, którego dotyczy postępowanie sądowe nie jest dochodzeniem roszczenia z tytułu wad w ramach rękojmi.

Zarzucana wada konstrukcyjna budynku jako uchybienie (niezależnie od tego z czyjej winy wynikało) uległo zatem przedawnieniu na gruncie art. 111 pkt 4 Pzp w maju 2022 r. Tym samym, w dniu składania ofert, tj. 27 września 2022 r. Uczestnik postępowania nie był zobowiązany do składania oświadczenia o podleganiu wykluczeniu również zatem z tego względu, że potencjalne zarzuty były przedawnione. Nie sposób uznać, że każdorazowo po otrzymaniu informacji o roszczeniach wobec wykonawcy dotyczących zdarzeń sprzed 7-8 lat wykonawca będzie zobowiązany do oświadczenia w JEDZ, iż podlega wykluczeniu i przeprowadzania *self-cleaningu*, mimo iż potencjalny problem dotyczący konstrukcji budynku, na której wsparty jest dach był omawiany z inwestorem, a w szczególności był przedmiotem uwag w protokołach gwarancyjnych sprzed 3 lat przed terminem składania ofert

w postępowaniu. Dodatkowo, przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 PZP należy stosować z uwzględnieniem art. 109 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności, gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do "wykonania zamówienia". Skoro Gmina Swarzędz dokonała odbioru robót wykonanych przez Agrobex sp. z o.o. i potwierdziła ich należyłą jakość, jak również, skoro nie miała uwag do prac wykonawcy w ramach odbioru pogwarancyjnego, a zgłoszone po latach od zakończenia prac roszczenia są sporne, to nie sposób uznać, że wykonawca powinien na potrzeby przygotowania JEDZ potwierdzać swoją winę w ww. zakresie pod rygorem zastosowania dodatkowo art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp. Wykluczenie może mieć miejsce wyłącznie w przypadku obiektywnego stwierdzenia, że wszystkie przesłanki wykluczenia miały miejsce. W przedmiotowej sprawie przesłanki wykluczenia nie zaistniały

w związku z czym, zgodnie z rzeczywistością w JEDZ Agrobex sp. z o.o. znalazło się oświadczenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Co również istotne,

po odbiorze zamówienia dotyczącego Szkoły Podstawowej nr 2 w Zalasewie, tj. po lipcu 205 r. Agrobex sp. z o.o. uzyskiwała zamówienia od Gminy Swarzędz dotyczące wykonania robót budowlanych. Należy również zauważyć odnośnie przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp, że Krajowa Izba Odwoławcza wniosła m.in. w sprawie interpretacji pojęcia naruszenia obowiązków zawodowych dwa pytania prejudycjalne (wyr. TSUE z 13.12.2012 r. w sprawie C-465/11, Forposta SA i ABC Direct Contact sp. z o.o. v. Poczta Polska SA, EU:C:2012:801) i w wyniku ich rozpatrzenia Trybunał stwierdził, że możliwe jest potraktowanie niewykonania zamówienia jako naruszenia obowiązków zawodowych, brak jest jednak możliwości automatycznego wykluczenia wykonawców za niewykonanie zamówienia. Jednocześnie Trybunał dokonał interpretacji pojęcia poważnego wykroczenia zawodowego, wskazując, że jest to naruszenie norm zawodowych i etycznych, w zakresie których orzekają m.in. sądy dyscyplinarne. Art. 109 ust. 1 pkt 5 PZP jest wiązany z poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych, przy czym odwołujący nie wskazał jakiegokolwiek obowiązku zawodowego (np. wynikającego z prawa budowlanego), który miałby naruszyć Agrobex sp. z o.o. Nie każde niedokładne czy nienależyte wykonanie zobowiązań jest kwalifikowane pod kątem wypełnienia przesłanek z ww. przepisu prawa. Konsorcjum Wegner powołało się natomiast na sam fakt istnienia sporu sądowego przytaczając argumenty wyłącznie jednej ze stron oraz uznało,

że uchybienia mają charakter wynikający z art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W konsekwencji, bezzasadne są również zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP bowiem po pierwsze oświadczenie złożone przez Uczestnika postępowania było zgodne ze stanem faktycznym, a po drugie, Konsorcjum Wegner nie wykazało zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jeszcze raz należy podkreślić, że w sytuacji opisanej powyżej, która dotyczy inwestycji, w ramach której wykonawca otrzymał referencje oraz roszczeń, które są sporne zastosowanie wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp byłoby nieproporcjonalne w rozumieniu art. 109 ust. 3 Pzp. W motywie 101 Dyrektywy 2014/24/ UE wskazano, że *„Stosując fakultatywne podstawy wykluczenia, instytucje zamawiające powinny zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności”*. Powyższe prowadzi do wniosku, że szczególnie w odniesieniu do fakultatywnych przesłanek wykluczenia powinny być one stosowane w sposób ostrożny, a nie automatyczny. Analogiczne rozważania dotyczą zarzutu w zakresie, w jakim odnosi się on do inwestycji wykonanej na rzecz Zamawiającego *„Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu inwestycyjnym 5 MW zlokalizowanym w Poznaniu pomiędzy ulicami: Literacka/Żołnierzy Wyklętych wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie”*. Odwołujący podniósł, że w odniesieniu do tego zadania toczyło się 506 postępowań reklamacyjnych,

z czego 464 zgłoszenia zostały załatwione pozytywnie. Również w tym zakresie odwołujący stwierdził ogólnie, że ta sytuacja świadczy o nienależytym wykonaniu inwestycji co powinno prowadzić do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 Pzp. Odwołujący nie przedstawił szerszego uzasadnienia z czego wywodzi tego typu wnioski - w szczególności nie określa w uzasadnieniu zarzutu czego dotyczyły wady, czy były istotne etc. Odwołujący postawił zarzut bazując na jednej informacji uzyskanej od zamawiającego, przy czym nie wykazał nie tylko jakie konkretnie wady wystąpiły i nie zostały załatwione, ale nawet nie określił, dlaczego stanowią one poważne naruszenie obowiązków zawodowych w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jak wynika z dołączonego do odwołania pisma PTBS z dnia 23 lipca 2021 r. zgłoszenia dotyczyły sposobu obsługi wyposażenia oraz zamontowanych urządzeń a nie istotnych wad budynku, który został odebrany i jest użytkowany. Z ww. pisma PTBS (Ad. 2) wynika również, że *„Część spraw została rozwiązana przez Spółkę bez konieczności zgłaszania ich do wykonawcy obiektu”*, co potwierdza, że nie powinny wpływać na ocenę wykonawcy czy uznanie, że dopuścił się on poważnego zaniechania obowiązków zawodowych. Sam fakt wystąpienia postępowań reklamacyjnych nie może przesądzać o poważnym naruszeniu obowiązków zawodowych. Dodatkowo należy wskazać, iż zamawiający pismem z dnia 19 marca 2020 r. wystawił Agrobex referencje potwierdzające należyte wykonanie tego zamówienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, a ponadto wskazuje, co następuje.

W ocenie Izby nie zachodziły podstawy do wykluczenia przystępującego z przedmiotowego postępowania. Wskazać bowiem należy, iż odwołujący określone skutki prawne, niezmiernie sankcyjne dla wykonawcy przystępującego, wywodzi jedynie z doniesień prasowych, jakie w sprawie miały miejsce oraz z uwzględnienia przez grupę kapitałową przystępującego w sprawozdaniu finansowym zabezpieczenia środków finansowych na ewentualne przyszłe roszczenia mogące wynikać z orzeczenia sądu powszechnego, w związku z wytoczonym przez inwestora powództwem. Z uwagi na okoliczność, iż przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi doniosły skutek dla wykonawcy, konieczność bezwzględnego wykazania przesłanek skutkujących takim wykluczeniem spoczywa na wykonawcy, który takie okoliczności przywołuje. Jednakże samo przytoczenie ustalonego przez wykonawcę odwołującego określonego stanu faktycznego opartego o mało wiarygodne dowody w sprawie, skutkować musi oddaleniem zarzutów odwołania. W kontrze do stanowiska odwołującego zarówno zamawiający jak i przystępujący powołali dowody z dokumentów, z których jednoznacznie wynika prawidłowość wykonania zamówienia. Poświadczenia/referencje wystawione na rzecz przystępującego potwierdzają rzetelność

wykonawcy, jego zaangażowanie w wykonywane zamówienie oraz prawidłowość wykonania zamówienia. Tym bardziej, że protokoły odbiorów zostały wystawione i podpisane na koniec obowiązywania okresu gwarancji oraz rękojmi. Tym samym uznać należy, że przystępujący potwierdził rzetelność wykonawcy, co uprawnia do twierdzenia, że daje on rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Argumentacja odwołującego, że z faktu zabezpieczenia w sprawozdaniu finansowym określonych środków na zabezpieczenie ewentualnych przyszłych roszczeń przez grupę kapitałową przystępującego wymusza uznanie, że przystępujący niejako przyznaje się do wadliwego wykonania zamówienia, nie znajduje akceptacji. Okoliczność ta świadczy jedynie o tym, że wykonawca realizując przepisy ustawy o rachunkowości, w sytuacji, gdy inwestor wystąpił z pozwem o zapłatę, przewiduje zabezpieczenie określonych środków w przypadku negatywnego dla siebie orzeczenia. Związane jest to z racjonalnym prowadzeniem przez siebie działalności gospodarczej uwzględniającym odpowiedni bilans finansowy grupy. Zdaniem Izby z faktu, iż takie zabezpieczenie przewidział wykonawca, nie można wywodzić okoliczności skutkujących przyjęciem stanowiska, że wykonawca *de facto* przyznał się do winy. Jest to daleko posunięta dywagacja nie znajdująca oparcia w przepisach prawa.

Ponadto z okoliczności sprawy wynika, że odpowiedzialność za wady konstrukcji najprawdopodobniej będzie ponosił projektant, gdyż przystępujący w oparciu o przekazany mu projekt budowlany, robotę wykonał, która została odebrana bez uwag. Zadanie inwestycyjne odbywało się bowiem w trybie „wybuduj” w oparciu o przekazaną przez zamawiającego dokumentację projektową.

Biorąc pod uwagę powyższe, w sytuacji, w której przystępujący legitymuje się pozytywnymi dla siebie referencjami nie sposób uznać, iż po jego stronie wystąpił obowiązek wykazywania rzeczonyj inwestycji w dokumencie JEDZ z odpowiednią procedurą *self-cleaningu*. Izba nie stwierdziła również, że przystępujący swoim postępowaniem wprowadził zamawiającego w błąd.

Zarzut nr 2 – naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 i art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wskazał, że zamawiający przewidział w rozdziale VIII ust. 1 pkt 3 SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu warunek dotyczący zdolności technicznej wykonawcy polegający na wykazaniu, że posiada on zdolność techniczną polegającą na *„wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, prawidłowo, terminowo i zgodnie z zasadami wiedzy technicznej prac budowlanych, polegających na wykonaniu co najmniej jednego budynku mieszkalnego wielorodzinnego lub zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (elektrycznymi,*

teletechnicznymi i sanitarnymi, z kompleksową infrastrukturą zewnętrzną i urządzeniem terenu, o powierzchni użytkowej budynku/ów min. 5.000,00 m² (pięć tysięcy metrów kwadratowych) lub ze 100 lokalami mieszkalnymi, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych co najmniej jeden z nich ma powierzchnię użytkową min. 5.000,00 m² (pięć tysięcy metrów kwadratowych) lub 100 lokali mieszkalnych”.

Jednocześnie, w rozdziale X ust. 9 zamawiający przewidział obowiązek złożenia przez wykonawcę szeregu podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania ww. warunku oraz wykazania należytego wykonania robót przewidzianych tym warunkiem.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 października 2022 r. Agrobex wraz z pismem z dnia 17 października 2022 r. przedłożył zamawiającemu m.in. wykaz robót oraz dokumenty oznaczone w wykazie załączników pisma z dnia 17 października 2022 r. jako „Referencje Wilczak 20B” oraz „Referencje Wilczak 20A”.

Odwołujący wskazuje, że roboty wskazane w pkt 3 i 4 złożonego przez Agrobex wykazu robót budowlanych, tj. „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Poznaniu, przy ul. Wilczak 20B” oraz „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Poznaniu, przy ul. Wilczak 20A” są inwestycjami, których wykonawcą i inwestorem jest ten sam podmiot, tj. Agrobex Sp. z o.o., co wprost wynika z treści wykazu robót, bowiem w przypadku obydwu ww. inwestycji Agrobex wprost wskazuje, podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane poprzez zwrot „Inwestycja własna AGROBEX Sp. z o.o.”. Wykazywanie posiadania przez wykonawcę wymaganej przez zamawiającego zdolności technicznej za pomocą inwestycji własnych, tj. takich w których wykonawca – oferent jest jednocześnie wykonawcą robót, jak i inwestorem jest niedopuszczalne. W zakresie tym jasne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 stycznia 2014 r. w sprawie KIO 2873/13. Jest to oczywiste, bowiem brak jest w takim przypadku możliwości obiektywnego stwierdzenia czy zamówienie (w tym wypadku prywatne) zostało wykonane należycie, co, zgodnie z cytowanymi wyżej postanowieniami stanowi wymóg wskazany w SWZ, implementujący regulacje zawarte w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Jednocześnie, konsekwencją powyższego, jest fakt, iż wykonawca nie może „sam sobie” wystawiać referencji działając jednocześnie jako inwestor. Brak możliwości powoływania się dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej robotami czy inwestycjami własnymi – także w powiązaniu z koniecznością wykazania zamawiającemu ich należytego wykonania, wiąże się przede wszystkim z brakiem realnej możliwości wypełnienia tego drugiego obowiązku.

Z powyższego wynika także, że referencje to dokument, który pochodzić ma od podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy czy usługi zostały wykonane. Natomiast referencje z dnia 22 kwietnia 2022 r. dotyczące robót w zakresie ww. inwestycji nie zostały wystawione przez inwestora, ale przez administratora – spółkę Resideo Sp. z o.o. w Poznaniu, a więc nie przez podmiot, który według oświadczeń zawartych w wykazie robót złożonym przez Agrobex jest podmiotem, na rzecz którego roboty zostały wykonane. Na marginesie wskazać trzeba, że spółka Resideo Sp. z o.o. w Poznaniu (Numer KRS: 0000571684) jest spółką powiązaną osobowo z Agrobex Sp. z o.o. i Agrobex Budownictwo Sp. z o.o., co dodatkowo każe wątpić w obiektywny charakter oświadczeń zawartych w pismach Resideo Sp. z o.o. z dnia 22 kwietnia 2022 r. Wskazać należy m.in. na fakt, iż Pan (...) będący prezesem zarządu Agrobex Sp. z o.o. jest jednocześnie prokurentem spółek Agrobex Budownictwo Sp. z o.o. oraz Resideo Sp. z o.o., zaś współnikiem spółki Resideo Sp. z o.o. jest Pani (...).

W związku z powyższym, niezależnie od niedopuszczalności powoływania się przez Agrobex na roboty dotyczące inwestycji własnych, oświadczenia spółki Resideo Sp. z o.o. z dnia 22 kwietnia 2022 r. nie stanowią referencji, bowiem nie odpowiadają warunkom stawianym podmiotowym środkom dowodowym określonym w § 9 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia. Jednocześnie, biorąc także pod uwagę niedopuszczalność powoływania się na zdolność techniczną i doświadczenie wynikające z realizacji inwestycji własnych, w niniejszym przypadku nie jest także możliwe zastąpienie referencji lub innych dokumentów sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane „innymi odpowiednimi dokumentami”, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, albowiem wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać referencji lub innych dokumentów pochodzących od inwestora. Za takie nie można natomiast uznać okoliczności tożsamości podmiotu wykonującego roboty i podmiotu, na rzecz którego zostały one wykonane. Ponadto roboty dotyczące inwestycji wskazanej w pkt 4 wykazu robót złożonego przez Agrobex pn. „*Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Poznaniu, przy ul. Wilczak 20A*” nie spełnia warunku wskazanego w rozdziale VIII ust. 1 pkt 3 lit. b SWZ, tj. nie wykazano, by w jej ramach wykonano co najmniej jeden garaż podziemny, wielostanowiskowy o powierzchni użytkowej min. 1.500,00 m². Z dokumentu referencji nie wynika, by przedmiotem inwestycji objęta była także budowa parkingu podziemnego, zaś w wykazie robót Agrobex nie wskazał konkretnej powierzchni parkingu. Nie można zaś uznać oświadczenia zawartego w wykazie robót dla inwestycji wskazanej w pkt 4 wykazu („powierzchnia garażu ponad 1 500,00 m²”) za pozwalające na ocenę przez zamawiającego spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca zobowiązany jest bowiem do wskazania konkretnej, rzeczywistej wielkości powierzchni parkingu w ramach inwestycji, na której wykonanie powołuje się, by wykazać spełnianie tego warunku.

Warunków stawianych przez zamawiającego robotom, za pomocą których wykonawca wykazać ma spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 3 SWZ nie spełniają także roboty wskazane w pkt 1 i 2 wykazu robót złożonego przez Agrobex, tj. *„Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu inwestycyjnym 4 MW zlokalizowanym w Poznaniu pomiędzy ulicami: Literacka/Żołnierzy Wyklętych wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie”* oraz *„Zaprojektowanie i wybudowanie zespołu budynków mieszkalnych wraz z zagospodarowaniem terenu położonego w Poznaniu przy ulicy Koszalińskiej – 5 MW oraz 8 MW”*.

Obydwie wskazane wyżej inwestycje (z pkt 1 i 2 wykazu robót złożonego przez Agrobex) polegać miały, zgodnie z oświadczeniami Agrobex, na wybudowaniu zespołu budynków. W takim przypadku zaś zamawiający wymaga, by co najmniej jeden z budynków mieszkalnych wielorodzinnych wchodzących w skład zespołu miał powierzchnię użytkową min. 5.000,00 m² (pięć tysięcy metrów kwadratowych) lub 100 lokali mieszkalnych. Agrobex nie wykazał spełniania przez ww. inwestycje tego warunku. W przypadku inwestycji pn. *„Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu inwestycyjnym 4 MW zlokalizowanym w Poznaniu pomiędzy ulicami: Literacka/Żołnierzy Wyklętych* wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie” wskazał jedynie wybudowanie 4 budynków oraz wspólną dla nich wszystkich powierzchnię użytkową obliczoną łącznie, tj. mieszkalną i niemieszkalną jako jedną wartość (11 783,59 m²) oraz łączną ilość mieszkań w całym zespole budynków, tj. 180 mieszkań. Zakładając powtarzalność poszczególnych budynków, liczba mieszkań jednego budynku wynosiłaby 40, zaś powierzchnia użytkowa ok. 2 945,90 m², a zatem żaden z nich nie spełniałby warunków stawianych przez zamawiającego. Trudno jednocześnie dać wiarę, by w zespole 4 budynków o łącznej powierzchni użytkowej liczącej 11 783,59 m² oraz 180 mieszkań, znalazł się jeden budynek o powierzchni liczącej niemal połowę tej powierzchni (5000 m²) i 100 mieszkań. Na potwierdzenie prawidłowości powyższego odwołujący wskazuje, że powierzchnie poszczególnych budynków zostały wskazane w pkt 1.2. (str. 1-2) dokumentu pn. „OPIS TECHNICZNY DO PROJEKTU BUDOWLANEGO ARCHITEKTURY 4 MW” załączonego do niniejszego odwołania. Z kolei w przypadku inwestycji pn. *„Zaprojektowanie i wybudowanie zespołu budynków mieszkalnych wraz z zagospodarowaniem terenu położonego w Poznaniu przy ulicy Koszalińskiej – 5 MW oraz 8 MW”* Agrobex wskazał w wykazie robót, że w ramach inwestycji wybudowano łącznie 8 budynków (- pole inwestycyjne 5MW: 7 budynków mieszkalnych wielorodzinnych; - pole inwestycyjne 8MW: 1 budynek mieszkalny wielorodzinny). Jak wynika z wykazu robót Agrobex, w zakresie pola inwestycyjnego 5MW Agrobex wskazał, że powierzchnia użytkowa wszystkich (tj. siedmiu) budynków tego pola

inwestycyjnego wynosi 18 702,86 m², zaś liczba mieszkań wszystkich (tj. siedmiu) budynków tego pola inwestycyjnego liczy 291 mieszkań. Trudno dać wiarę, by w zespole 7 budynków

o łącznej powierzchni użytkowej liczącej 18 702,86 m² oraz 291 mieszkań, znalazł się jeden budynek o powierzchni liczącej niemal połowę tej powierzchni (5000 m²) i 100 mieszkań. Zakładając także zbliżoną konstrukcję poszczególnych budynków, każdy z nich liczyłby ok. 41-42 mieszkania, zaś powierzchnia użytkowa każdego z nich wynosiłaby ok. 2 671,83 m², a zatem żaden z nich nie spełniałby warunków stawianych przez zamawiającego. W przypadku pola inwestycyjnego 8MW parametry te wynoszą odpowiednio 4 702,24 m² (powierzchnia użytkowa mieszkań 3790,57 m² + powierzchnia użytkowa usługowa 911,67 m²) oraz 71 mieszkań, a zatem budynek ten w ogóle nie spełnia warunków stawianych przez zamawiającego. Także ze złożonych referencji dotyczących ww. inwestycji pn. *„Budowa zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu inwestycyjnym 4 MW zlokalizowanym w Poznaniu pomiędzy ulicami: Literacka/Żołnierzy Wyklętych wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie”* nie wynika, czy Agrobex zrealizował w jej ramach co najmniej jeden budynek mieszkalny wielorodzinny o powierzchni użytkowej min. 5.000,00 m² (pięć tysięcy metrów kwadratowych) lub liczący co najmniej 100 lokali mieszkalnych, bowiem wystawiający referencje wskazał jedynie łączną powierzchnię użytkową mieszkań oraz powierzchnię użytkową niemieszkalną i łączną liczbę mieszkań wszystkich budynków wchodzących w skład zespołów budynków poszczególnych inwestycji, bez wyszczególnienia tych wartości dla poszczególnych budynków. Na marginesie odwołujący wskazuje, że dla inwestycji pn. *„Zaprojektowanie i wybudowanie zespołu budynków mieszkalnych wraz z zagospodarowaniem terenu położonego w Poznaniu przy ulicy Koszalińskiej – 5 MW oraz 8 MW”* Agrobex w ogóle nie przedłożył na wezwanie zamawiającego referencji, ani jakichkolwiek innych podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia. Odnosząc się dalej do inwestycji wskazanych przez Agrobex w pkt 1 i 2 wykazu robót, wskazać trzeba, iż inwestycje te polegały na wybudowaniu zespołów budynków mieszkalnych wielorodzinnych. Przepisy prawa powszechnie obowiązującego nie zawierają definicji legalnej pojęcia „zespół budynków” ani też definicji legalnej pojęcia „budynek mieszkalny wielorodzinny”. Przepis art. 3 pkt 2 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane zawiera jednak definicję legalną budynku, zgodnie z którą budynek to obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Jednocześnie w art. 3 pkt 2a ww. ustawy zdefiniowano budynek mieszkalny jednorodzinny. Zgodnie z zawartą tam definicją, jest to budynek wolno stojący albo budynek w zabudowie bliźniaczej, szeregowej lub grupowej, służący zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych,

stanowiący konstrukcyjnie samodzielną całość, w którym dopuszcza się wydzielenie nie więcej niż dwóch lokali mieszkalnych albo jednego lokalu mieszkalnego i lokalu użytkowego o powierzchni całkowitej nieprzekraczającej 30% powierzchni całkowitej budynku. Z powyższego wynika, iż w przypadku budynku mieszkalnego wielorodzinnego, należy za taki uważać budynek spełniający warunki wymagane dla budynku w art. 3 pkt 2 ww. ustawy oraz powinien być to budynek wolnostojący, stanowiący samodzielną całość. W ten sposób uznać należy, iż każdy z wybudowanych przez Agrobex budynków w zakresie inwestycji wymienionych w pkt 1 i 2 złożonego przez tego wykonawcę wykazu robót należy rozpatrywać odrębnie – w tym w zakresie ustalenia wielkości ich powierzchni użytkowej oraz ilości mieszkań. W istocie, żaden z budynków składających się na inwestycję wskazaną w pkt 1 wykazu robót Agrobex nie liczy co najmniej 100 mieszkań. Agrobex wskazuje, że 3 budynki wykonywane w ramach ww. inwestycji były posadowione na tej samej płycie garażowej, co rzekomo uprawnia wykonawcę do wykazania spełnienia warunku w zakresie wymaganej wielkości powierzchni użytkowej oraz liczby mieszkań po zsumowaniu powierzchni i liczby mieszkań wspomnianych trzech budynków, a zatem Agrobex uznaje, iż można traktować je jak jeden budynek, co jest z gruntu nieprawidłowe.

W pytaniu nr 205 skierowanym do zamawiającego, jeden z wykonawców wystąpił o potwierdzenie spełnienia ww. warunku *„dla inwestycji polegającej na budowie zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych w skład, których wchodzi budynki na wspólnej płycie fundamentowej (również wspólnym garażu podziemnym) gdy łączna powierzchnia użytkowa tych budynków (budynku) przekracza 5 000,00 m² lub łączna ilość mieszkań jest większa bądź równa 100 mieszkań. Budynki posiadają wspólną płytę fundamentową oraz instalacje i nie mogą istnieć samodzielnie”*. Wskazać należy, że zamawiający potwierdzając ww. pytanie powinien zmienić treść tego warunku, ponieważ wykonawca pytał się wprost o to, czy jeśli wykaże posadowienie budynków na wspólnym garażu, zamawiający uzna, iż spełnił omawiany warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający tego nie uczynił, a zatem należy ww. warunek oceniać wedle jego faktycznej treści, zwłaszcza, iż nie budzi on wątpliwości interpretacyjnych. Jak wynika z dokumentu pn. „ARCHITEKTURA_OPIS” sporządzonego przez K.&K. Architekci Sp. z o.o., budynki wykonane przez Agrobex w ramach inwestycji, o której mowa w pkt 1 wykazu robót złożonego przez tego wykonawcę nie odpowiadają stanowi faktycznemu zawartemu w przytoczonym pytaniu nr 205. W punkcie 2 („Opis ogólny konstrukcji budynków mieszkalnych”) ww. opracowania (str. 5) wyraźnie wskazuje się bowiem, że *„Budynki mieszkalne podzielono na niezależne, oddylatowane od siebie segmenty, z których każdy posiada własną klatkę schodową i windę. Budynki posiadają w rzucie kształt zbliżony do prostokąta i litery L. Maksymalna szerokość segmentów w osiach konstrukcji to 13,2m, maksymalna długość segmentu w osiach konstrukcji to 36m. Poszczególne segmenty w budynkach są oddylatowane od siebie i każdy*

posiada niezależną konstrukcję nośną i usztywniającą.”. W pytaniu nr 205 mowa jest o zespole budynków, które połączone są instalacjami w taki sposób, że nie mogą bez siebie samodzielnie funkcjonować. W przypadku inwestycji wskazanej w pkt 1 wykazu robót Agrobex tak natomiast nie jest. Inwestycję tworzą niezależne od siebie budynki, które mogą w pełni funkcjonować niezależnie od siebie. Być może niektóre z budynków tej inwestycji łączy wspólna płyta garażowa, lecz są to odrębne od siebie budynki, na co wskazuje także zestawienie ich powierzchni i kubatury zawarte w pkt 1. 2. (str. 1-2) dokumentu pn. „OPIS TECHNICZNY DO PROJEKTU BUDOWLANEGO ARCHITEKTURY 4 MW”. Z ww. fragmentu wynika ponadto, że żaden z samoistnych budynków ww. inwestycji nie liczy co najmniej 5000 m² powierzchni użytkowej. O powyższym świadczy także treść rysunków projektowych inwestycji: Rzut garażu 4MW-G (nr rysunku A.4MW-G/1), Rzut garażu 4MW_G (nr rysunku 4MW.1.G), Rzut garażu 4MWG (A.4MW-G/2).

Powyższe okoliczności dotyczące sposobu rozumienia kwestii dotyczących odrębności budynków znajdują także pełne zastosowanie w przypadku inwestycji wskazanej w pkt 2 wykazu robót Agrobex, przy czym w tym zakresie wskazać można choćby na rysunek Rzut garażu 5MW_G (nr rysunku 5MW.1.G). Wskazać trzeba, że w ramach pola inwestycyjnego 5MW - wybudowane zostało 7 budynków (część z nich na wspólnej płycie garażowej, co jak wskazano wyżej nie ma znaczenia dla ustalenia spełniania warunku postępowania z rozdziału VIII ust. 1 pkt 3 lit a SWZ), z których żaden nie liczy co najmniej 5000 m² powierzchni użytkowej lub co najmniej 100 mieszkań. Budynek wybudowany przez Agrobex w ramach pola inwestycyjnego 8MW liczy z kolei jedynie 71 mieszkań. Nie spełnia nadto warunku minimalnej wielkości powierzchni użytkowej. Co prawda Agrobex wskazuje w wykazie robót, że liczy ona 8033,34 m², lecz na tę ilość składają się 3 790,57 m² PUM, 911,67 m² powierzchni usługowej oraz 3 331 m² powierzchni garażu podziemnego. Podkreślić natomiast należy, że zamawiający przewidział trzy odrębne warunki udziału w postępowaniu (litery a, b oraz c w rozdziale VIII ust. 1 pkt 3 SWZ). Z uwagi na powyższe wykonawca nie ma prawa uznawać za powierzchnię użytkową budynku, o której mowa w warunku z lit. c. powierzchni garażu, której dotyczy warunek z lit. c i wymiennie uzupełniać tymi wartościami poszczególnych warunków udziału w postępowaniu z rozdziału VIII ust. 1 pkt 3 SWZ. Należy przy tym zauważyć, iż tylko w ww. przypadku Agrobex dokonał doliczenia powierzchni garażu do powierzchni użytkowej budynku. Nie dokonał tego w przypadku inwestycji, o której mowa w pkt 1 wykazu robót - powierzchnia garażu nie została doliczona do powierzchni budynku, ponieważ nie można jednoznacznie stwierdzić, jaka część garażu przynależy do powierzchni danego budynku. Analogicznie, Agrobex nie dokonał doliczenia powierzchni garażu do

powierzchni użytkowej budynku w odniesieniu do inwestycji, o której mowa w pkt 2 wykazu robót w zakresie pola inwestycyjnego 5MW.

Uwzględniając powyższe oraz treść warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 1 pkt 3 lit. a SWZ, nie ulega wątpliwości, że warunek ten w zakresie powierzchni użytkowej budynku zamawiający wprost wiązał z zamierzeniem budowlanym dotyczącym powierzchni użytkowej największego budynku nr 2 i w żaden sposób nie dokonał uwzględnienia powierzchni garażu przy jego ustanowieniu. W ten sposób ujmowane są także odniesienia do powierzchni użytkowej budynków oraz garażu w przypadku wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia – zarówno wskazywanych przez Agrobex w pkt 1 i 2 wykazu robót, jak i w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze odwołanie. Znajduje to także odzwierciedlenie w sposobie sformułowania referencji dotyczących inwestycji wskazanych

w pkt 1 i 2 wykazu robót Agrobex.

Odwołujący wskazuje ponadto, że brak jest legalnej definicji pojęcia powierzchni użytkowej. W zakresie problematyki budownictwa wskazać jednak należy, że rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) z dnia 30 grudnia 1999 r. nie zalicza powierzchni garaży do powierzchni użytkowej budynków. W skład powierzchni użytkowej nie wchodzi garaż, strych, kotłownia, korytarze czy klatki schodowe. Ponadto, także na gruncie związanej z budownictwem mieszkaniowym – obowiązującej normy PN-ISO 9836:1997 nie można zaliczyć garażu podziemnego do powierzchni użytkowej budynku. Norma ta rozróżnia powierzchnię netto, powierzchnię użytkową oraz powierzchnię całkowitą budynku. Powierzchnia całkowita według normy jest sumą powierzchni netto (suma powierzchni użytkowej, powierzchni ruchu, powierzchni usługowej) oraz powierzchni konstrukcji. Nadto, „Według normy PNISO 9836:1997 powierzchnię kondygnacji netto dzieli się na:

- powierzchnię użytkową – jest to część powierzchni kondygnacji netto, która odpowiada celom i przeznaczeniu budynku. Jest ona określana indywidualnie dla każdej kondygnacji, dzieli się na powierzchnię użytkową podstawową i pomocniczą, nie wliczamy przejść drzwiowych i wnęk okiennych;

- powierzchnię usługową – jest to część powierzchni kondygnacji netto, która jest przeznaczona na usytuowanie instalacji i urządzeń technicznych, takich jak: instalacje kanalizacyjne, instalacje wodne, instalacje grzewcze, gazowe, wentylacja, telefoniczne, rozdzielnie, kominy, kanały, itp.;

- powierzchnię ruchu – jest także częścią powierzchni netto, która jest przeznaczona dla ruchu wewnątrz budynku, np.: klatki schodowe, korytarze i poczekalnie, wewnętrzne rampy

i pochylnie, balkony ewakuacyjne, powierzchnię szybów dźwigowych oraz powierzchnie

zajęte przez urządzenia wbudowane, które są przeznaczone do ruchu ogólnie dostępnego na każdej kondygnacji oddzielnie.” (A. Hołub, Norma pomiaru powierzchni PN-ISO 9836:1997 i PN-70/B-02365, NIERUCHOMOŚCI 2016, Nr 7, str. 40, Legalis).

Mając na uwadze powyższe odwołujący podnosi, iż brak jest podstaw do przyjęcia, że do powierzchni użytkowej budynków zalicza się powierzchnię garaży, w tym podziemnych.

Kontynuując zaś kwestię problematyki budynków i ich odrębności i samodzielności, jak wskazuje się w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24.11.2021 r. w sprawie II OSK 3486/18, o samodzielności budynków przesądza to, że *„będą wydzielone z przestrzeni poprzez posiadanie odrębnych ścian i dachów. Nie będą posiadały wspólnej, chociażby jednej, ściany nośnej czy wspólnych połączeń dachowych powiązanych konstrukcyjnie. Nie ulega też wątpliwości, co trafnie zauważył Sąd pierwszej instancji, że w kontekście zagospodarowania przestrzennego, ładu urbanistycznego, parametrów zabudowy, istotne znaczenie mają obiekty nad powierzchnią gruntu, a nie ich części podziemne. (...) Dla ustalenia, co jest budynkiem miarodajna jest jedynie definicja z art. 3 pkt 2 pr.bud.”* Jak wskazuje się przy tym w orzecznictwie *„Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia przegrody budowlanej, użytego w art. 1a ust. 1 pkt 1 u.p.o.l. Wskazał jedynie, że ma ona wydzielać obiekt z przestrzeni. W orzecznictwie na tle analogicznie brzmiącej definicji budynku, zawartej w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333, przepis ten miał takie samo brzmienie w 2012 r.) przyjęto, że "wydzielenie" wskazuje na oddzielenie trójwymiarowej bryły obiektu budowlanego (budynku) od otaczającej go, również trójwymiarowej, przestrzeni. Nie jest to tylko "oddzielenie" jednej części od drugiej. Powyższe powoduje, że wprawdzie przegroda (ściana) nie musi mieć charakteru jednolitego (np. może być z otworami okiennymi, otworami wentylacyjnymi), jednak brakujące elementy przegrody nie mogą zaburzać w obrysie zewnętrznym charakteru wydzielenia bryły budynku z przestrzeni (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 stycznia 2019 r., II OSK 3465/18)”* (Wyrok NSA z 30.07.2020 r., II FSK 2044/19).

Z powyższych względów nie ulega wątpliwości, iż elementem przesądającym o odrębności budynków jest fakt wyodrębnienia poszczególnych budynków z przestrzeni w ich konstrukcji nadziemnej, co jest stwierdzalne wizualnie. Jednocześnie wskazuje się, że *„Zgodnie z treścią art. 3 pkt 2 Prawa budowlanego budynkiem jest taki obiekt budowlany, który spełnia łącznie następujące warunki: jest trwale związany z gruntem, jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych, a także posiada fundamenty i dach. Powyższe prowadzi do wniosku, że (a contrario) obiekt budowlany nie posiadający przegród zewnętrznych (ścian), fundamentów bądź dachu lub niezwiązany trwale z gruntem, nie odpowiada ww. definicji i w związku z tym, nie może zostać uznany za budynek (por.m.in. wyrok WSA w Olsztynie*

z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. akt II SA/OI 1123/07; dostępny w internetowej Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych, pod adresem: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl> - dalej zwanej CBOSA). (...). Przegroda budowlana musi spełniać funkcję wydzielenia z przestrzeni. "Wydzielenie" wskazuje na oddzielenie trójwymiarowej bryły obiektu budowlanego (budynku) od otaczającej go, również trójwymiarowej, przestrzeni. Nie jest to tylko "oddzielenie" jednej części od drugiej." (Wyrok NSA z 9.01.2019 r., II OSK 3465/18).

Jak wynika z powyższego nie stawia się ani w przepisach prawa, ani w orzecznictwie warunków co do konkretnej formy czy konstrukcji fundamentów, by możliwe było uznanie danego obiektu za odrębny budynek. Warunek dotyczy wyłącznie tego, by obiekt budowlany posiadał fundamenty. Ich konstrukcja jest natomiast irrelevantna dla uznania obiektu budowlanego za budynek. Potwierdza to orzecznictwo sądowe, w którym wskazuje się, że „Posiadanie przez budynki wspólnego fundamentu, garażu podziemnego nie stanowi przeszkody aby uznać, że każdy budynek danego zamierzenia inwestycyjnego spełnia warunek samodzielności konstrukcyjnej. Okoliczność, że kilka budynków jest posadowionych na wspólnej jednej płycie fundamentowej i ma wspólny garaż podziemny nie czyni z kilku budynków jednego budynku. Sam wspólny fundament nie oznacza, że kilka budynków staje się jednym budynkiem. Podkreślić należy, iż w aspekcie zagospodarowania przestrzennego, ładu urbanistycznego i parametrów zabudowy, istotne znaczenie mają obiekty nad powierzchnią ziemi, a nie ich części podziemne” (Wyrok NSA z 4.09.2019 r., II OSK 56/18). Dalej, w cytowanym wyżej przeczeniu NSA wskazuje się, że „Jak podkreślił Naczelny Sąd Administracyjny w uzasadnieniu wyroku z dnia 27 marca 2019 r., sygn. akt II OSK 1187 (publik. CBOSA) aktualnie, z uwagi na możliwości techniczne, powszechną praktyką jest budowanie całych osiedli składających się z kilku budynków na jednej płycie fundamentowej, co wymusza w pewnym stopniu powiązanie infrastrukturalne. To jednak nie oznacza, że taki sposób posadowienia tych budynków wpływa na prawną kwalifikację i uznanie ich za jeden budynek.”. Co więcej, w orzeczeniu NSA w sprawie II OSK 56/18 wskazuje się, że „Za taką wykładnią przemawia również przepis § 210 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1422 z późn. zm.). Przepis ten stanowi, iż części budynku wydzielone ścianami oddzielenia przeciwpożarowego w pionie - od fundamentu do przykrycia dachu - mogą być traktowane jako odrębne budynki. W przepisie tym mowa jest o częściach budynku od fundamentu, a nie z fundamentem. Na jednej płycie fundamentowej mogą być posadowione budynki tego samego lub różnych inwestorów i kompleks budynków różnych inwestorów może mieć jeden podziemny garaż.”.

W tym kontekście, zauważyć należy, że odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 205 modyfikuje w żaden sposób treści warunku rozdziału VIII ust. 1 pkt 3 lit. a SWZ, zwłaszcza, że zamawiający nie dokonał w tym zakresie zmiany treści SWZ w wyniku zadanego przez

wykonawcę pytania. Udzielając odpowiedzi na zadane pytanie zamawiający wprost odesłał do treści SWZ wskazując „jeżeli robota została wykonana i zakończona w okresie i na warunkach, o których mowa w SWZ”, a zatem zamawiający jest świadomy wskazanych wyżej okoliczności prezentowanych w orzecznictwie i nie potwierdził toku rozumowania pytającego.

W wyroku Wyrok NSA z 27.10.2009 r., II OSK 1601/08 stwierdza się natomiast: „Naczelny Sąd Administracyjny w pełni podziela pogląd komentatora, iż kwalifikacji danego budynku do kategorii budynków mieszkalnych-jednorodzinnych należy dokonać na gruncie danego stanu faktycznego. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego posiadanie przez budynki w zabudowie szeregowej wspólnego fundamentu nie stanowi przeszkody, aby uznać, że każdy budynek danego obiektu spełnia warunek samodzielności konstrukcyjnej, mimo że ściany działowe między poszczególnymi budynkami posadowione zostały na wspólnym fundamencie. Także istnienie wspólnego dachu nie wyłącza "a priori" możliwości zakwalifikowania budynku jako stanowiącego konstrukcyjnie samodzielną całość, jeśli jego konstrukcja nie powoduje istnienia części wspólnych poddasza, tym bardziej gdy w budynku zaprojektowano ścianę oddzielenia pożarowego od fundamentu aż po dach. Za taką wykładnią przemawia również przywołany przez skarżącego przepis § 210 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 ze zm.). Wprawdzie wskazana w tym przepisie sytuacja, kiedy części budynków przedzielone ścianami oddzielenia pożarowego od fundamentu do pokrycia dachu mogą być uznane za odrębne, ma zastosowanie przy określaniu warunków bezpieczeństwa pożarowego, to jednak jest to dodatkowy argument wynikający z przepisów o charakterze techniczno-budowlanym za uznaniem tego elementu jako kryterium samodzielności konstrukcyjnej”.

W wyroku NSA z 15.06.2016 r. w sprawie II OSK 2484/14, stwierdza się ponadto: „To, że wszystkie trzy budynki mają być "połączone" kondygnacją podziemną oznacza jedynie funkcjonalne ich powiązanie, a nie przesądza o rodzaju zamierzonej inwestycji.” Dodać należy, że „aby dany obiekt mógł być uznany za budynek, musi być możliwe określenie jego obrysu poprzez dokładne określenie granic przestrzeni zajmowanej przez budynek (tak NSA w wyroku z 5 sierpnia 2020 r., sygn. akt II FSK 2788/18)” (Wyrok NSA z 24.02.2022 r., III FSK 5021/21), a zatem kwestie konstrukcji części podziemnej nie mają znaczenia dla oceny, czy mamy do czynienia z jednym, czy z większą liczbą budynków.

Jednocześnie, zauważyć należy, że nawet stykające się ze sobą budynki mają charakter odrębny. Zgodnie z treścią załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) „W przypadku budynków połączonych między sobą (np. domy bliźniacze lub szeregowe), budynek jest budynkiem samodzielnym, jeśli jest oddzielony od innych jednostek ścianą przeciwpożarową

od fundamentu po dach. Gdy nie ma ściany przeciwpożarowej, budynki połączone między sobą uważane są za budynki odrębne, jeśli mają własne wejścia, są wyposażone w instalacje i są oddzielnie wykorzystywane”, co tyczy się choćby tzw. segmentów.

Powyższe wprost wskazuje, iż Agrobex zdając sobie sprawę, iż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wskazanych w rozdziale VIII ust. 1 pkt 3 lit. a SWZ, celowo nie wskazał w odniesieniu do inwestycji wskazanych w pkt 1 i 2 wykazu robót wprost liczby mieszkań i powierzchni użytkowej poszczególnych budynków wybudowanych w ramach tych inwestycji, zaś, jak zdaje się wynikać z wykazu robót, szczególne znaczenie wykonawca ten nadaje wspólnej płycie fundamentowej niektórych budynków wybudowanych w ramach tych inwestycji, co jednak nie ma znaczenia dla ustaleń w zakresie oceny spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Agrobex w pełni świadomie nie wskazał więc (mimo takiego wymogu) dokładnej ilości mieszkań i powierzchni użytkowej poszczególnych budynków inwestycji wskazanych w pkt 1 i 2 wykazu robót, wiedząc, iż żaden z budynków nie spełnia warunków wskazanych w rozdziale VIII ust. 1 pkt 3 lit. a SWZ. Powyższe spełnia zaś przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp – wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu miało istotny wpływ na decyzję zamawiającego o wyborze oferty Agrobex i uznaniu ją za najkorzystniejszą.

Dowód:

1. *SWZ postępowania o udzielenie zamówienia wraz z załącznikami – w aktach postępowania;*
2. *Wezwanie Agrobex do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 11 października 2022 r. – w aktach postępowania;*
3. *Pismo Agrobex z dnia 17 października 2022 r. wraz z załącznikami – w aktach postępowania;*
4. *Wykaz robót budowlanych Agrobex – w aktach postępowania;*
5. *Referencje z dnia 22 kwietnia 2022 r. wystawione przez Resideo Sp. z o. o. (Wilczak 20A) – w aktach postępowania;*
6. *Referencje z dnia 22 kwietnia 2022 r. wystawione przez Resideo Sp. z o. o. (Wilczak 20B) – w aktach postępowania;*
7. *Referencje z dnia 28 października 2021 r. wystawione przez Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o. o. – w aktach postępowania;*
8. *12 Wydruk informacji pobranej w trybie art. 4 ust. 4aa Ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym - Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla podmiotu Resideo Sp. z o. o.;*

9. 13 Wydruk informacji pobranej w trybie art. 4 ust. 4aa Ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym - Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla podmiotu Agrobex Sp. z o. o.;

10. 14 Wydruk informacji pobranej w trybie art. 4 ust. 4aa Ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym - Informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS dla podmiotu Agrobex Budownictwo Sp. z o. o.;

11. Wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz dokumentacji stanowiącej załączniki do SWZ z dnia 09 września 2022 r. – w aktach postępowania;

12. 15 ARCHITEKTURA _ OPIS – K.&K. Architekci Sp. z o. o.;

13. 16 OPIS TECHNICZNY DO PROJEKTU BUDOWLANEGO ARCHITEKTURY 4 MW;

14. 17_1 Rzut garażu 4MW-G (nr rysunku A.4MW-G/1), 17_2 Rzut garażu 4MW_G (nr rysunku 4MW.1.G), 17_3 Rzut garażu 4MW-G (A.4MW-G/2);

15. 18 Rzut garażu 5MW_G (nr rysunku 5MW.1.G);

16. 19 Tabela zamawiającego – zestawienie powierzchni 6MW.

Zamawiający wskazał, iż okolicznością bezsporną jest treść warunku, która znajduje się w rozdziale VIII SWZ w pkt 1 ppkt 3 SWZ. W podpunkcie 3, zamawiający nałożył obowiązek wykazania się realizacją inwestycji, łącznie z poszczególnych tiretów od a) do c), czyli ujmując to hasłowo: budynku o wymaganej ilości metrów kwadratowych i ilości mieszkań oraz garażu podziemnego także o określonej w warunku ilości metrów kwadratowych oraz instalacji samoczynnego oddymiania garażu podziemnego. Warunek dotyczący budynku został napisany w sposób złożony, tj. w taki sposób, że zamawiający wymagał wykazanie się budynkiem mieszkalnym wielorodzinnym lub zespołem budynków mieszkalnych wielorodzinnych o wymaganej ilości „metrów i mieszkań”, a w przypadku zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych co najmniej jeden z ich miał mieć wymaganą ilość „metrów lub mieszkań”. Notoryjne zatem jest, że zamawiający operował jednolitą terminologią, tj. pojęciem budynku. Pojęcie to jest rozumiane jednolicie, czego dowodem na okoliczność jest nie tylko legalna definicja ustawowa w ustawie Prawo budowlane, ale i sama treść odwołania, która na stronie 19 (pośrodku strony) operuje niniejszą definicją i cytuje art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r, Prawo budowlane. *Nota bene* ustawa Prawo zamówień publicznych także w art. 7 pkt 14 posiłkuje się tym samym terminem „budynek” z Prawa budowlanego, czyli wykorzystuje określenie „obiekt budowlany”. Pojęcie to jest częścią definicji robót budowlanych z art, 7 pkt 21 ustawy Prawo zamówień publicznych. Por. wikipedia definiuje obiekt budowlany jako budynek, słownik języka polskiego PWN tak samo pod pojęciem budowlany obiekt podaje, że jest to budynek. Ergo jeżeli zamawiający wszczyna postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, to jako część elementarną pojęcia „obiekty budowlane”, aby było ono poprawnie rozumiane na gruncie zamówień publicznych, implementuje definicję ustawową budynku, która znajduje

się w ustawie Prawo budowlane, co jest bezsporne, bo zarówno odwołujący i zamawiający podchodzą do tego zagadnienia identycznie (por. s. 19 w połowie) treści odwołania. Definicja budynku z art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane brzmi w ten sposób, że pod pojęciem budynku należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. I dokładnie w taki sposób zamawiający ukształtował postawiony warunek ogłaszając postępowanie, zapisując ten warunek w SWZ, udzielając wyjaśnień na zapytania wykonawców, i tego warunku co do rozumienia pojęcia budynku nigdy nie zmienił, lub go nie zmodyfikował ani w całości ani w części. Warunek pozostał od początku do końca ten sam i w taki sposób, jak przy wszczęciu, zamawiający go odczytuje dokonując oceny oferty wykonawcy, który zgłosił przystąpienie do postępowania. Budynek to „obiekt budowlany, który ... (art. 3 pkt 2) ... oraz posiada fundament”. I dokładnie tak należy, dosłownie bez nadinterpretacji i „wymysłów” należy odczytywać warunek. Nie ważne, czy nad ziemią budynek ma przysłowiową jedną wieżę czy pięć, niższą, wyższą, kopułę czy cokolwiek innego, jeżeli te części mają wspólny fundament, to jest to jeden budynek. Takie właśnie rozumienie budynku, w formie podstawowej, opartej o powiązanie prawa budowlanego i ustawy Prawo zamówień publicznych, pozwala zachować w postępowaniu zasadę równości i uczciwej konkurencji. Nic innego w SWZ na temat warunku nie napisano, że należy dokonać odmiennego rozumienia pojęcia budynku, gdy np. w części ponad fundamentem, budynek jest nieregularny i wystaje „w górę” w sposób nieregularny lub regularny w kilku częściach, etc. Dowodem na okoliczność, jest udzielona odpowiedź na zapytanie wykonawcy, jakiej udzielił zamawiający w dniu 09/09/2022 r., uczestnikowi postępowania (wykonawcy zadającemu zapytanie), który pyta wprost, czy zespół obiektów na wspólnym garażu podziemnym potraktuje jako spełnienie warunku, zamawiający potwierdza to rozumienie w/w warunku, jako przystające na zasadzie 1:1 do warunku zapisanego w SWZ. Zamawiający pisze bowiem w odpowiedzi „Zamawiający potwierdza”. Tak, zespół obiektów mających wspólny fundament w postaci garażu podziemnego, jest tak jak to przyjęto od początku, jednym budynkiem w rozumieniu art. 3 pkt 2 prawa budowlanego, a wynikowo jest kwintesencją spełniania warunku udziału w postępowaniu z rozdziału VIII, pkt 1 ppkt 3 SWZ.

Jeżeli zatem odwołujący by twierdził, że doszło do zmiany warunku, bez zmiany ogłoszenia, nadto, w taki sposób, że jednym budynkiem jest „teraz coś” co ma wspólny fundament, pomimo że nad fundamentem ma wiele części i byłby przeciwny temu rozumieniu, to powinien już wtedy złożyć odwołanie na dokonaną czynność, że warunek jest jego zdaniem np. nieprecyzyjny czy nieproporcjonalny lub wykazać jego inną wadę. Jeżeli tego nie zrobił, to wyjaśnienie zamawiającego, które absolutnie nie dokonało zmiany, tylko

potwierdziło pierwotną treść warunku, jest wiążące i w trakcie oceny ofert musi być przez wszystkich tolerowane, a przez zamawiającego stosowane bez wyjątku. A zatem wniosek jest prosty i jedyny możliwy, pozycje z wykazu wykonanych zamówień, który to wykaz w złożonych dokumentach podmiotowych zgłaszającego przystąpienie opierał się na takim rozumieniu warunku, musiały być uznane jako należycie potwierdzające spełnienie w/w warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. Powyższe dotyczy pozycji z wykazu w przedmiocie inwestycji 4MW pomiędzy ulicami Literacka/Żołnierzy Wyklętych. Dodatkowo pozycje z wykazu dotyczące inwestycji przy ul. Wilczak 20A i 20B, odwołujący kwestionuje jako nie mogące stanowić dowodu na okoliczność posiadania zdolności technicznej, albowiem zostały one wykonane na rzecz tego samego podmiotu, który zlecał ich wykonanie, czyli w ramach własnej działalności gospodarczej.

Zamawiający oświadczył, że nie przewidział w zapisach SWZ takiego wyłączenia, a jeżeli odwołujący uważa, że jest to niedopuszczalne, to brak takiego zapisu w postaci zaniechania zamawiającego w zakresie rzekomo nieprawidłowego opisu oceny warunku udziału w postępowaniu, winien zaskarżyć na etapie zapisów SWZ. Po drugie przepisy ustawy Pzp, nie zabraniają dokonać potwierdzenia warunków w oparciu o doświadczenie na podstawie zasobów wykonanych na własną rzecz. Takie postawienie sprawy pozbawiałoby możliwości udziału w rynku, nawet duże przedsiębiorstwa budowlane o uznanej renomie, które budują wielorodzinne budynki i samodzielnie sprzedają lokale mieszkalne, co zresztą zachodzi dokładnie w tym przypadku w stosunku do składającego przystąpienie. Oznaczałoby to rażące naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji. Twierdzenie o ewentualnej nierzetelności własnej referencji, także nie jest argumentem przekonującym czy przemawiającym za niedopuszczalnością „oparcia o zasoby własne”, każdy bowiem kto kwestionuje takie referencje powinien bowiem wykazać, że są one nierzetelne, lub poświadczające nieprawdę.

Nadto odnosząc się do sposobu poświadczania należytego wykonania zamówienia przez wykonawców, kwestie te regulują przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Zgodnie § 9 (Środki dowodowe składane na potwierdzenie zdolności technicznej lub zawodowej) w ust. 1 zapisano, że: w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty. W zakresie tego przepisu, zdaniem zamawiającego nie jest wyłączone złożenie dokumentów jakie przedłożył składający przystąpienie, albowiem złożony wykaz zrealizowanych w zakreślonym czasie zamówień pochodzi od podmiotu, na rzecz którego te roboty zostały wykonane. A zatem referencje jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych robót, mogą pochodzić od innego podmiotu, byle by dotyczyły „pozycji z wykazu”, a podmiot wystawca referencji miał wiedzę, w przedmiocie której ma złożyć oświadczenie, a za którego rzetelność i zgodność z prawdą ponosi pełną odpowiedzialność. Ale, nawet gdyby chciał zakwestionować ten słuszny wniosek, to referencje od spółki Resideo sp. z o.o. należy traktować jako spełniające znamię z w/w paragrafu 9 rozporządzenia: *„jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty”*. W tej sytuacji owe referencje są tymi odpowiednimi dokumentami. Twierdzenie przeciwne jak podniesiono powyżej dokonałoby segmentacji rynku zamówień publicznych i wyłączyło z niego podmioty tego rodzaju co zgłaszający przystąpienie. Można by rzec, że tego rodzaju rozumienie przepisów jak prezentuje w swoim odwołaniu odwołujący, wywołuje „pozaustawowy” skutek, taki sam o jakim mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, że wyklucza się wykonawcę, wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne. Doprawdy nie sposób zrównać te dwa zupełnie odmienne stany faktyczne w postaci wykonywania zamówień w ramach zasobów własnych i prawomocny wyrok zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne. Odwołujący waży je na szali identyczną miarą, ergo jego odwołanie ma *de facto* doprowadzić do takiego właśnie absurdalnego skutku, rażąco sprzecznego z prawem. Mając baczenie na w/w wniosek, tylko wyrok sądu może pociągnąć za sobą skutek w postaci wykluczenia z rynku zamówień publicznych wykonawców, którzy żadnej innej ustawowej przesłance z ustawy Pzp, w przedmiocie podstaw wykluczenia nie podlegają. Żaden przepis ustawy nie wprowadza zakazu udziału w rynku zamówień publicznych, wykonawcom budującym w ramach „własnych zasobów”. Gdyby tak miało być to w odwołaniu zostałby zapewne przywołany tego rodzaju przepis ustawy, a dopóki tego nie zrobiono i przepis taki nie istnieje, to żądanie odwołania stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są

dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny. Konieczność przeciwstawienia się tego rodzaju żądaniu odwołującego i odmawiając mu słuszności, należy mieć świadomość, że odpór ten wypływa z konieczności przestrzegania zasady równości i uczciwej konkurencji opisanej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Żądanie wykluczenia/odrzućenia oferty zgłaszającego przestąpienie, stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współżycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Przy ocenie, czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współżycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe. W końcu przyzwolenie na żądanie odwołującego stanowiłoby także naruszenie art. 58 § 1 i 2 kc, w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście. Odwołujący poprzez tak poprowadzoną narrację w niniejszym „zarzucie nr 2”, usiłuje dokonać typowego obejścia prawa co nie podlega ochronie prawnej. To obejście prawa jest schematyczne i „widać je” także poprzez wybiórcze manipulowanie treścią wyroków sądowych w uzasadnieniu odwołania, co jest obliczone na wywołanie skutku w postaci podmiany tych wyimków z wyroków we „właściwe” miejsca zapisów SWZ, aby w ten sposób wykazać niezgodność oferty zgłaszającego przystąpienie w stosunku do zapisów SWZ. Niemniej jak napisano powyżej, wyroki te dotyczą odmiennych stanów faktycznych, zapisy SWZ są jednoznaczne i czytelne i nie podlegają zmianie lub swobodnej, twórczej wykładni na etapie oceny ofert, celem eliminacji konkurencji przez odwołującego, czy wywołania paraliżującego skutku w postaci zakwestionowania jej konstytucyjnego prawa do prowadzenia działalności gospodarczej, co jest podstawowym prawem obywatelskim, i to bez prawomocnego orzeczenia sądu w tym przedmiocie!

Z najdalej idącej ostrożności insynuacje odwołującego, że referencje pochodzące od spółki Resideo sp. z o.o. są nierzetelne, albowiem zarzuca on powiązanie osobowe (personalne) pomiędzy wykonawcami (Agrobex i Resideo) jest pomówieniem, a referencje mogłyby utracić moc dowodową tylko wtedy, gdyby wykonawca ten udowodnił, że są one nierzetelne lub poświadczają nieprawdę, natomiast zamawiający takiej wiedzy nie ma. Na marginesie, zamawiający dysponuje decyzjami o pozwoleniu na użytkowanie dotyczącymi budynków, których dotyczą referencje Resideo sp. z o.o., co dowodzi, że budynki zostały wykonane zgodnie z dokumentacją, przepisami prawa i odebrane przez odpowiednie służby (Państwowa Straż Pożarna, PIS/Sanepid, PIMB). Ergo nie zachodzi podstawa do odrzućenia oferty wykonawcy składającego przystąpienie na podstawie niesłusznych zarzutów odwołującego, które w żaden sposób nie zostały udowodnione oraz opierają się na wykładni przepisów *contra legem*.

Przystępujący wskazał, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu, że na gruncie ustawy Pzp, nie jest możliwe posłużenie się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu doświadczeniem własnym (doświadczeniu zdobytym podczas wykonywania własnych inwestycji) należy stwierdzić, iż stanowisko to nie znajduje potwierdzenia w przepisach prawa. Celem sformułowania warunku udziału w postępowaniu jest zweryfikowanie czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego posiada zdolność do jego realizacji a tym samym, czy daje rękojmię należytego wykonania umowy. Zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP warunki udziału w postępowaniu wyrażają minimalne poziomy zdolności. W przypadku warunku odnoszącego się do doświadczenia zamawiający ocenia czy zrealizowane wcześniej umowy pozwalają na uznanie, że wykonawca nabył stosowne umiejętności do realizacji zamówienia. Ani przepisy Pzp ani również przepisy rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub świadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej: „rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych”) nie określają,

że z możliwości wykazania spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wyłączone jest wykazywanie doświadczenia własnego. Również treść warunku postawionego w niniejszym postępowaniu nie zabraniała we wskazywaniu w wykazie inwestycji własnych. Podstawą oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu jest treść tego warunku, oświadczenie złożone w wykazie robót budowlanych oraz dowody potwierdzające ich należyte wykonanie. Przyjmując stanowisko odwołującego wykonawca nie mógłby powoływać się na doświadczenie, mimo iż takie posiada w odniesieniu do inwestycji tyle, że wykonanych na własną rzecz. W przypadku, gdy doświadczenie to spełnia wymagania sformułowane w dokumentacji przetargowej, to ma ono taką samą wartość i potwierdza te same umiejętności wykonawcy, jak doświadczenie nabyte w ramach inwestycji zrealizowanych na rzecz podmiotów trzecich. Wbrew twierdzeniom odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza dopuszcza możliwość powoływania się na doświadczenie własne.

W odwołaniu odwołujący stwierdził jednocześnie, że referencje z dnia 22 kwietnia 2022 r. dla inwestycji z poz. 3 i 4 wykazu robót budowlanych pochodzą od spółki Resideo sp. z o.o., a więc zostały wystawione nie przez odbiorcę robót (inwestora) a przez administratora. Odwołujący zarzuca jednocześnie powiązanie spółki Resideo sp. z o.o. z członkami Konsorcjum Agrobex. Referencje przedłożone przez Resideo sp. z o.o. są dokumentem prawidłowym w świetle §9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie inwestycji wskazanych w wykazie powinny pochodzić od odbiorcy prac posiadającego wiedzę na temat ich jakości. Resideo sp. z o.o. jest zarządcą budynków Wilczak 20A i Wilczak 20B w rozumieniu art. 29 ustawy o własności lokali i jest podmiotem wpisanym w tym charakterze w Dziale III wpis 160 do księgi wieczystej NR POI P/00090678/4. Jest to podmiot, który zarządza nieruchomością,

odbiera od mieszkańców informacje o jej stanie, a zatem ma szeroką wiedzę na temat nieruchomości oraz jakości wykonanych robót budowlanych. W treści referencji z dnia 22 kwietnia 2021 r. dla budynku Wilczak 20A wskazano, że:

a. *„Potwierdzamy jako administrator, że budynek zrealizowany przez firmę AGROBEX na Wilczak 20A w Poznaniu charakteryzuje bardzo dobry układ i funkcjonalność pomieszczeń”*

b. *„Wszystkie prace wykonane przez w/ w firmę nie budzą zastrzeżeń, odznaczają się wysoką jakością i terminowością. Budynek zrealizowano z zachowaniem wszystkich wymogów technologicznych oraz zgodnie ze sztuką budowlaną”;*

c. *„Właściciele mieszkań przedmiotowego budynku nie wnoszą żadnych zastrzeżeń do użytkowanych przez siebie lokali mieszkalnych”;*

d. *„Współpraca z firmą AGROBEX układa nam się prawidłowo i z pewnością możemy ją polecić jako firmę solidną, gwarantującą wysoką jakość wykonanych przez siebie robót budowlanych”*

Analogiczna referencja została wystawiona dla budynku Wilczak ZOB. Okoliczność, iż jest to spółka powiązana z członkami Konsorcjum Agrobex nie podważa wiarygodności złożonego oświadczenia wiedzy co do należytego wykonania budynków. W orzecznictwie KIO wskazywane jest, że w przypadkach posługiwania się inwestycjami wykonanymi na rzecz wykonawcy dopuszczalne jest nawet złożenie oświadczenia własnego (co także wynika z §9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych). Doświadczenie zarządcy jest miarodajne, bowiem jest to podmiot dokładnie znający stan techniczny budynku - co potwierdza również złożona referencja i powołana jej treść. Należy również dodać, że inwestycje z poz. 3 i 4 wykazu robót budowlanych zostały ukończone prawidłowo, zgodnie z zamierzeniami a inwestor - Agrobex sp. z o.o. uzyskał w stosunku do każdej z nich pozwolenie na użytkowanie od Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Uzyskanie pozwolenia potwierdza, że roboty zostały przeprowadzone zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie Prawo budowlane.

Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (por. wyrok KIO 1498/18). Kwestionując doświadczenie przystępującego, odwołujący musiałby dowieść, iż w ramach zadań wskazanych w wykazie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przystępujący nie wykonywał zakresu prac wymaganego przez zamawiającego.

W zakresie zarzutów odwołującego, że dla poz. 4 wykazu robót budowlanych (Wilczak 20A) nie wykazano, iż w jej ramach wykonano co najmniej jeden garaż podziemny

wielostanowiskowy o powierzchni użytkowej min. 1.500,00 m² argumentacja powołana przez odwołującego nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia. Zgodnie z wykazem robót w poz. 4 przystępujący wprost oświadczył, że w ramach inwestycji wykonano garaż podziemny, oraz wskazał, że jego powierzchnia wnosila ponad wymagane w SWZ 1.500,00 m². Dodatkowo, przystępujący oświadczył, w wykazie, że dla zamówienia wykonano także instalację samoczynnego oddymiania garażu podziemnego zamkniętego. Tym samym, w treści wykazu robót budowlanych przystępującego znalazło się jednoznaczne oświadczenie wykonawcy pozwalające zamawiającemu ocenić, że zamówienie z poz. 4 spełnia wymagania opisywane w warunku udziału w postępowaniu. W odniesieniu do stwierdzenia, że fakt wykonania garażu podziemnego nie wynika z referencji należy wskazać, że okoliczność ta nie podważa w żaden sposób doświadczenia wykonawcy. Zgodnie z §9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Referencje są dokumentami służącymi zatem tylko potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Zakres doświadczenia jest weryfikowany w oparciu o złożony wykaz jako dokument stanowiący oświadczenie wykonawcy. Stanowisko przystępującego znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którą: *„Zgodnie ze wskazanym stanowiskiem Izby oraz sądów okręgowych rozpoznających sprawy skarg na orzeczenia KIO, dokumenty przedstawiane na potwierdzenie należytego wykonania określonych prac nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z wykazywanym zrealizowanym zamówieniem, także w kontekście określanego przez zamawiającego warunku. Za wyrokiem KIO 1131/19 Izba wskazuje, że wystarczy, jeśli dokument przedłożony na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, potwierdza tę okoliczność, nawet jeśli nie wskazuje dokładnie jaka była wartość zrealizowanego zamówienia, czy też termin jego realizacji. Te informacje wynikać bowiem powinny z oświadczenia wykonawcy, tj. wykazu wykonanych dostaw, usług czy robót budowlanych. Istotne jest jednak, aby na podstawie tych dwóch dokumentów istniała możliwość identyfikacji wykazywanego w ramach doświadczenia zamówienia, przede wszystkim co do przedmiotu zamówienia i podmiotu, na rzecz którego zamówienie zostało wykonane.”* (wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2011 r. KIO 1127/11).

Odwołujący podniósł również, że wymagań określonych warunkiem udziału w postępowaniu nie spełniają inwestycje wskazane w poz. 1 i 2. Odwołujący stwierdził, że oba zamówienia polegały na budowie zespołu budynków, z których samodzielnie żaden nie miał powierzchni użytkowej min. 5.000 m² lub min. 100 lokali mieszkaniowych. Odwołujący

dokonał weryfikacji powierzchni każdego z budynków wchodzących w zakres inwestycji i stwierdził,

że żaden z nich nie spełnia wymagań nałożonych przez zamawiającego. Jednocześnie odwołujący uznał, że każdy z budynków wchodzących w zakres inwestycji 4MW (poz. 1 wykazu), 5MW i 8MW (poz. 2 poz. wykazu) należy rozpatrywać samodzielnie, bowiem mają one stanowić oddzielne budynki w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane.

Zarzuty postawione przez odwołującego są zupełnie bezzasadne. Przystępujący wskazał w poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych zamówienia, które dotyczą wykonania *de facto* jednego budynku w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, stąd był uprawniony do uwzględnienia

w ramach opisu zawartego w wykazie łącznej powierzchni użytkowej w zakresie każdej z inwestycji. Zgodnie z art. 3 pkt 1 i 2 ustawy Prawo budowlane, ilekroć w ustawie jest mowa o: „1) *obiekcie budowlanym - należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych* 2) *budynku - należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach*”.

Zgodnie z ww. definicjami budynek jest obiektem budowlanym, który można z przestrzeni wydzielić za pomocą przegród budowlanych, oraz który posiada fundamenty. Przenosząc wskazaną powyżej definicję na grunt zadań wykonanych na polach inwestycyjnych 4MW, 5MW 8MW należy stwierdzić, że budynek składający się z garażu podziemnego oraz nadziemnych segmentów mieszkalnych należy traktować jako jeden budynek posiadający fundamenty, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych, wyposażony w instalacje zapewniające możliwość użytkowania jego zgodnie z przeznaczeniem. Każde z poszczególnych zadań inwestycyjnych wskazanych w wykazie posiada jeden wspólny fundament (garaż podziemny). W części nadziemnej budynek składa się natomiast z segmentów mieszkalnych. Części nadziemne nie posiadają jednak własnych, odrębnych fundamentów, nie są one również oddzielone od przestrzeni garażu za pomocą przegród budowlanych. Skoro segmenty stanowiące części nadziemne nie posiadają oddzielnych fundamentów tylko są posadowione ja jednym, wspólnym garażu podziemnym, to nie sposób uznać, że stanowią one odrębne budynki w rozumieniu powołanej powyżej definicji budynku z art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane. Segmenty te bez fundamentów nie mogą bowiem istnieć jako niezależne budynki. Co więcej:

a. segmenty wchodzące w zakres zadań z poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych posiadają wspólne instalacje (w tym SAP, detekcji C.O., LPG, Instalacji wod-kan, instalacji c.o., instalacji elektrycznej czy instalacji teletechnicznej;

b. budynek na każdym polu inwestycyjnym 4MW, 5MW oraz 8MW składający się z garażu podziemnego oraz segmentów nadziemnych został zaprojektowany i jako taki uzyskał decyzję pozwolenia na budowę, jak również jedną decyzję pozwolenia na użytkowanie.

Tym samym, doświadczenie wykonawcy dotyczy realizacji zadania spełniającego wymagania SWZ. Wykonawca robót budowlanych realizujący tego typu prace buduje *de facto* jeden budynek składający się z jednego garażu podziemnego oraz kilku segmentów nadziemnych, które są ze sobą trwale połączone, a w efekcie nie mogą samodzielnie istnieć.

W toku postępowania przetargowego zamawiający potwierdził, że takie rozumienie na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu jest prawidłowe w treści odpowiedzi na pytanie nr 205 do SWZ. Z ww. wyjaśnień treści SWZ wynika, że zamawiający potwierdził, iż dopuszcza inwestycje polegające na wskazaniu budynków posadowionych na wspólnej płycie fundamentowej. Wyjaśnienia treści SWZ są wiążące, stanowią integralną część dokumentacji przetargowej nawet jeżeli zamawiający nie dokonał modyfikacji udostępnionych dokumentów. Zgodnie z pytaniem nr 205 budynki, aby było możliwe ich zakwalifikowanie jako spełniających warunek udziału w postępowaniu, powinny mieć wspólną płytę fundamentową oraz instalacje i nie mogą istnieć samodzielnie. Jak wynika z powołanej powyżej argumentacji inwestycje 4MW, 5MW oraz 8MW spełniają wszystkie ww. kryteria. Orzecznictwo powołane przez Odwołującego na str. 24 i 25 odwołania nie ma zastosowania do niniejszej sprawy wobec odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 205 do SWZ. Na potrzeby przedmiotowego postępowania zamawiający określił jakie doświadczenie będzie akceptować i nie można na etapie oceny ofert od tego oświadczenia odstąpić. Ponadto, kwalifikacji budynków należy dokonywać nie na gruncie orzecznictwa wydanego dla innych inwestycji, ale konkretnego stanu faktycznego - w przypadku pól inwestycyjnych 4MW, 5MW i 8MW segmenty nadziemne nie tylko posiadają wspólną płytę fundamentową, ale nie mogą istnieć samodzielnie, bowiem posiadają wspólne instalacje.

Ponadto, analogiczny rodzaj inwestycji dotyczy prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia jest to pole inwestycyjne 6MW pomiędzy ul. Literacką/Żołnierzy Wyklętych. Również w tym przypadku przedmiotem robót będzie wykonanie zadania polegającego na budowie budynków - segmentów nadziemnych, z których żaden samodzielnie nie osiąga powierzchni 5.000 m². Powyższe wynika z zestawienia powierzchni zawartego na str. 22 odwołania. Segmenty wchodzące w zakres niniejszego zamówienia również będą posadowione na jednej hali garażowej (por. rzut fundamentow_910x1500 w aktach) oraz będą posiadały wspólne instalacje. Zarówno z tego względu, jak i w związku z potwierdzeniem takiego doświadczenia w odpowiedzi na pytanie nr 205 nie sposób uznać,

że na potrzeby oceny doświadczenia wykonawcy niedopuszczalne byłoby uwzględnianie łącznej powierzchni dla tego typu inwestycji.

Skoro zgodnie z art. 112 ust. 1 PZP warunki udziału w postępowaniu mają być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wyznaczają minimalny poziom zdolności wykonawcy, to przepis ten jest nie tylko zasadą, według której warunki mają być formułowane na etapie publikacji SWZ lub Ogłoszenia o zamówieniu, ale stanowi także dyrektywę interpretacyjną, która ma zastosowanie do oceny zdolności wykonawcy. Warunek określony w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 3 SWZ, co do którego zamawiający wskazał, iż dopuszcza doświadczenie opisane w zapytaniu nr 205 do SWZ, jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia również jest budowa zespołu budynków położonych na wspólnej płycie fundamentowej, których łączna powierzchnia użytkowa przekracza 5.000 m². Analogiczne doświadczenie powołane w poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych jest zatem prawidłowe i potwierdza, że przystępujący jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu nie oznacza identyczności z przedmiotem zamówienia ani tym bardziej nie oznacza, że może być on nadmierny, tj. interpretowany w sposób bardziej rygorystyczny niż wymagania wynikające z przedmiotu zamówienia. Sposób wykładni warunku doświadczenia przedstawiony przez odwołującego należy zatem ocenić jako sformułowany wyłącznie na potrzeby postępowania odwoławczego.

W zakresie rozważań odwołującego ze str. 26 (ostatni akapit) i powołania się na definicje zawarte w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należy zauważyć, że powołana klasyfikacja została przygotowana do celów statystyki, a definicja, którą przywołuje odwołujący stanowi, że warunkiem uznania odrębności budynków jest m.in. to, aby były one wyposażone w instalacje. W przypadku inwestycji 4MW, 5MW, 8MW, ale także w przypadku niniejszego zamówienia 6MW, instalacje zostały zaprojektowane jako wspólne, a poszczególne segmenty nie mogą istnieć samodzielnie.

W odniesieniu do zadania inwestycyjnego 8MW, w którym przystępujący wliczył do obliczania powierzchni użytkowej powierzchnię garażu podziemnego należy wskazać, że działanie to było dozwolone w kontekście treści SWZ, jak i przepisów prawa. Jak słusznie zauważył odwołujący funkcjonują różne definicje powierzchni użytkowej, natomiast w treści dokumentów zamówienia zamawiający nie doprecyzował, w jaki sposób na potrzeby oceny spełniania warunków należy tę powierzchnię obliczać. Zamawiający nie wskazał np. że powierzchnia użytkowa ma dotyczyć wyłącznie części mieszkalnej, tylko ogólnie wskazał na 5.000 m² powierzchni użytkowej. Odwołujący powołał się na dwie regulacje.

Niezależnie od powyższego, regulacje, na które powołano się w odwołaniu nie są jedynymi i wbrew twierdzeniom odwołującego istnieje definicja legalna „powierzchni

użytkowej”. Zgodnie z art. 1a ust. 1 pkt 5 ustawy o podatkach i opłatach lokalnych powierzchnia użytkowa budynku lub jego części stanowi powierzchnię mierzoną po wewnętrznej długości ścian na wszystkich kondygnacjach, z wyjątkiem powierzchni klatek schodowych oraz szybów dźwigowych. Za kondygnację uważa się również garaże podziemne, piwnice, sutereny i poddasza użytkowe. Tym samym, zgodnie z powołaną powyżej definicją legalną zasadne jest zakwalifikowanie powierzchni garażu do powierzchni użytkowej. Kolejnym aktem prawnym, który określa co jest wliczane do powierzchni użytkowej jest rozporządzenie w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego. Zgodnie z §20 ust. 1 pkt 4 lit. b część opisowa projektu architektoniczno-budowlanego zawiera charakterystyczne parametry obiektu budowlanego, w szczególności: „zestawienie powierzchni, przy czym:

- powierzchnię użytkową budynku pomniejsza się o powierzchnię: przekroju poziomego wszystkich wewnętrznych przegród budowlanych, przejść i otworów w tych przegrodach, przejść w przegrodach zewnętrznych, balkonów, tarasów, loggii, schodów wewnętrznych i podestów w lokalach mieszkalnych wielopiętrowych, nieużytkowych poddaszy,

- powierzchnię użytkową budynku powiększa się o powierzchnię: antresol, ogrodów zimowych oraz wbudowanych, ściennych szaf, schowków i garderób,

- przy określaniu powierzchni użytkowej powierzchnię pomieszczeń lub ich części o wysokości w świetle równej lub większej od 2,20 m zalicza się do obliczeń w 100%, o wysokości równej lub większej od 1,40 m, lecz mniejszej od 2,20 m - w 50%, natomiast o wysokości mniejszej od 1 m pomija się całkowicie,

- przy określaniu zestawienia powierzchni użytkowej lokali mieszkalnych przez lokal mieszkalny należy rozumieć wydzielone trwałymi ścianami w obrębie budynku pomieszczenie lub zespół pomieszczeń przeznaczonych na stały pobyt ludzi, które wraz z pomieszczeniami pomocniczymi służą zaspokajaniu ich potrzeb mieszkaniowych”.

Również z powołanej definicji nie wynika, że powierzchnię garażu należy wyłączyć z powierzchni użytkowej. W sytuacji, gdy istnieje wiele definicji powierzchni użytkowej a SWZ nie precyzuje, która z nich ma zastosowanie to nie sposób uznać, że zasadne było wyłączenie z zakresu pojęciowego powierzchni użytkowej powierzchni garażu w ramach inwestycji 8MW. Brak dookreślenia w treści warunku udziału w postępowaniu w jaki sposób należy obliczyć powierzchnię użytkową nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców.

Powyższe rozważania zachowują aktualność również wobec faktu, iż zamawiający w lit. a warunku sformułował wymagania odnośnie do powierzchni użytkowej budynku lub zespołu budynków, a w lit. b i c odnośnie do garażu. Należy wskazać, że również w lit. b warunku z Rozdziału VIII ust. 1 pkt 3 SWZ zamawiający wskazał na „powierzchnię użytkową”, co potwierdza, że określenie to ma zastosowanie również do powierzchni garażowej.

W konsekwencji, należy wskazać, że każda z inwestycji wskazana w wykazie robót budowlanych przystępującego jest prawidłowa i potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia. Nie sposób zatem również podzielić stanowisko odwołującego, iż zarzuty sformułowane przez tego wykonawcę do wykazu doświadczenia potwierdzają zasadność wykluczenia przystępującego także na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Opis każdej z inwestycji z poz. 1 i 2 wykazu robót budowlanych Konsorcjum Agrobex zawiera pełne informacje na temat rodzaju wykonanych zadań i sposobu wykazywania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Innymi słowy, przystępujący podał pełny opis każdego z zamówień, a fakt wykazywania spełniania warunku przy uwzględnieniu powierzchni budynków położonych na wspólnej płycie fundamentowej nie był zatajony - przeciwnie, wynika on wprost z opisu zawartego w kolumnie 1 tabeli. Żadna z informacji zawartych w wykazie robót nie została podana w sposób niezgodny ze stanem rzeczywistym. Zamawiający, na podstawie treści wykazu robót budowlanych miał pełny obraz tego, jakie doświadczenie powołuje Konsorcjum Agrobex. Trudno uznać, że w sytuacji podania przez przystępującego faktu,

iż wlicza on do powierzchni użytkowej budynku położone na wspólnej płycie fundamentowej można mu przypisać „zamierzone działanie” lub „rażące niedbalstwo” wprowadzające zamawiającego w błąd. W przypadku inwestycji 8MW wszystkie segmenty są położone na wspólnej płycie. Doświadczenie opisane w wykazie dotyczy również inwestycji wykonanych na rzecz zamawiającego w związku z czym, miał on pełną wiedzę o cechach zrealizowanych zadań.

Krajowa Izba Odwoławcza w całości podziela stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, uznając je za własne. Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania 39 i 205 dokonał wykładni ustanowionego i opisanego przez siebie warunku udziału w postępowaniu precyzując sposób jego spełniania przez wykonawców. Okoliczność, iż w ślad za ww. odpowiedziami na pytania zamawiający nie skorygował treści Ogłoszenia o zamówieniu i treści SWZ nie stoi na przeszkodzie w przyjęciu stanowiska, iż wyjaśnienia zamawiającego były obowiązujące dla wykonawców. Należy bowiem przyjąć, w ślad za obowiązującymi przepisami (art. 137 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku, gdy zmiana treści SWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), że w sytuacji, w której zamawiający nie dokonuje zmiany treści SWZ, nie ma obowiązku publikowania wyjaśnień, których udzielił w ramach odpowiedzi na pytania wykonawców.

Ponadto nie sposób wywodzić negatywnych skutków prawnych wobec wykonawcy, który do takich wyjaśnień się ustosunkował w ten sposób, że uwzględnił je przy sporządzaniu

swojej oferty. Przystępujący działając w zaufaniu do organu jakim jest zamawiający i do rzetelności, i prawidłowości dokumentów przekazywanych przez zamawiającego, uwzględniając treść odpowiedzi na ww. pytania przygotował swoje portfolio pod zapotrzebowanie przedmiotowego postępowania. Referencyjny wykaz złożony przez przystępującego potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, albowiem zespoły budynków, które wykonał przystępujący odpowiadają wymaganiom zamawiającego zarówno pod względem powierzchni jak i liczby mieszkań. Zespoły budynków należy interpretować zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa budowlanego i w sytuacji, w której zespół taki posiada wspólną płytę fundamentową, wspólny garaż, a co najważniejsze wspólne instalacje, które nie mogą zostać zindywidualizowane do konkretnego budynku, gdyż nie mogą działać samodzielnie powoduje uznanie, że jest to kompleks budynków stanowiących jeden budynek o skomplikowanej strukturze architektonicznej.

W zakresie zarzutu dotyczącego wystawcy referencji, Izba nie znajduje zastrzeżenia w obecnie obowiązujących przepisach prawa, które zabraniałyby legitymowania się referencjami/poświadczeniami przez podmiot, który był jednocześnie inwestorem i wykonawcą zamówienia. Zadaniem referencji jest bowiem wykazanie się profesjonalizmem wykonawcy, który daje rękojmię do wykonywania następnych zadań.

Zarzut nr 3

W związku z niepotwierdzeniem się zarzutu nr 2, zarzuty odwołania opisane w przedmiotowym zarzucie jako wynikowe, uznać należało za niezasadne.

Zarzut nr 4 – naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp:

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią rozdziału VII ust. 1 SWZ, zamawiający przewidział jako warunek zamówienia termin jego wykonania wynoszący 660 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy. Z oferty Agrobex wynika natomiast, że wykonawca ten zamierza wykonać zamówienia w okresie 669 dni, albowiem ze złożonego jako załącznik do oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego wynika, iż Agrobex zamierza wykonać przedmiot zamówienia w okresie od dnia 01 stycznia 2023 r. do dnia 31 października 2024 r.

Zdaniem odwołującego, zamawiający jasno i w sposób niebudzący jakichkolwiek wątpliwości określił warunek wykonania zamówienia, zgodnie z którym oczekuje od wykonawcy wykonania przedmiotu zamówienia najpóźniej w ciągu 660 dni od zawarcia umowy. Tymczasem, z harmonogramu rzeczowo-finansowego złożonego przez Agrobex wynika, iż wykonawca ten zaoferował wykonanie zamówienia w terminie dłuższym niż maksymalny przewidywany przez zamawiającego, bo w okresie 669 dni - od dnia 01 stycznia

2023 r. do dnia 31 października 2024 r. Z powyższego w sposób oczywisty wynika, że oferta Agrobex powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, czego zamawiający nie uczynił.

Dowód:

1. *Oferta wykonawcy Agrobex wraz z załącznikami, w tym Załącznikiem nr 10 do SWZ - Struktura finansowa Harmonogram rzeczowo-finansowy – w aktach postępowania;*

2. *SWZ postępowania o udzielenie zamówienia wraz z załącznikami – w aktach postępowania.*

Zamawiający wskazał, iż nie podał daty dziennej rozpoczęcia realizacji przedmiotowej inwestycji i przekazania planu budowy, gdyż nie miał wiedzy, kiedy będzie najwcześniejszy moment, aby mogło to nastąpić, dlatego termin wykonania umowy określił jako 660 dni liczonych od podpisania umowy. Jak można domniemać, uzasadnienie tego zarzutu przez odwołującego polega na nadinterpretacji zapisów SWZ, których jednak źródłem jest błąd odwołującego, w przedmiocie, który to dokument służy do ustalenia w jakim terminie wykonawca zobowiązany będzie wykonać umowę. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie dał wykonawcom wyboru metrum „odcinka czasu” na wykonanie zamówienia, a określił go sztywnym przedziałem „660 dni”. Odwołujący popełnia błąd przywołując nieprawidłowe zapisy SWZ, dla oceny postawionego zarzutu. Zamawiający oświadcza bowiem, że zapisy dotyczące terminu realizacji umowy znajdują się w rozdziale VII SWZ. Znajdują się w nim dwa punkty. Pierwszy stanowi, że ów termin realizacji zamówienia wynosi 660 dni kalendarzowych od dnia zawarcia umowy. Punkt drugi natomiast stanowi, że szczegółowe zagadnienia dotyczące terminu realizacji umowy uregulowane są we wzorze umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SWZ. Długość realizacji przedmiotu zamówienia była narzucona przez zamawiającego i nie podlegała ocenie przez kryteria oceny ofert. A zatem odwołujący podmienił załącznik 5 o jakim mowa w SWZ na załącznik nr 10 „Struktura finansowa/harmonogram rzeczowo-finansowy”. Rola załącznika nr 10 jest zupełnie inna, a mianowicie służyła do oceny zachowania tzw. struktury ceny ofertowej o czym wyraźnie przesądza pkt 11 w rozdziale XV SWZ. Kumulatywnie w pkt 10 poniższego rozdziału XV SWZ zamawiający określił sposób obliczenia ceny pisząc, iż „Cena oferty powinna wynikać z kalkulacji przeprowadzonej przez wykonawcę oraz być zgodna z załączoną do oferty strukturą finansową (załącznik nr 10 do SWZ)”.

Odpowiadając na pytanie po co zamawiający wprowadził taki zapis w pkt 10 i 11 rozdziału XV SWZ, można nadmienić, że owa struktura finansowa miała być mu pomocna w przyszłości dla transparentnego i ekwiwalentnego „do szybko zmieniającej się sytuacji rynkowej”, zaspokojenia ewentualnego żądania waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, która to waloryzacja winna być proporcjonalna do struktury finansowej, a każde odstępstwo od tej struktury de facto uniemożliwia dokonania jej w sposób który nie spowoduje aberracji ciężaru ekonomicznego złożonych ofert, które ze względu na nie zachowanie granic

tolerancji uzyskałyby przysporzenia o odmiennym ciężarze niż wymaga tego zasada równości i uczciwej konkurencji. Nadto co najważniejsze i oczywiste, aby zamawiający mógł dokonać

w przyszłości waloryzacji poszczególnych składników cenowych opartych o ustaloną strukturę finansową zamówienia, musiałby wiedzieć w jaki sposób rozkładają się czynniki cenotwórcze poszczególnych jednostkowych elementów tej struktury. Ergo powyższe wyjaśnienia wyraźnie tłumaczą, że rola załącznika nr 10 o nazwie „*Struktura finansowa/harmonogram rzeczowo-finansowy*”, była odmienna od tej jakiej nadał jej odwołujący, usiłując w ten sposób wyprowadzić błędne i rażąco sprzeczne z prawem twierdzenie, że oferta przystępującego nie odpowiada warunkom zamówienia. Po raz kolejny odwołujący usiłuje napisać SWZ „na nowo” i to w taki sposób, który doprowadzi wyłącznie do eliminacji konkurencji i uzyskania niniejszego zamówienia z pogwałceniem zasady równości i uczciwej konkurencji.

Zdaniem zamawiającego tylko i wyłącznie, załącznik nr 5, służy do oceny spełnienia wymogu terminu realizacji zamówienia, a termin ten wynosi 660 dni i w żadnym punkcie oferty przystępujący, ani poprzez wyraźne jak usiłuje to wykreować odwołujący, ani poprzez domniemane oświadczenie woli, zgłaszający przystąpienie tego nigdy nie zakwestionował. Jeżeli odwołujący potrafiłby tego rodzaju oświadczenie woli odnaleźć w ofercie zgłaszającego przystąpienie, zapewne podniósłby to w swoim odwołaniu, czego nie zrobił. Zważyć bowiem należy, że takim oświadczeniem nie jest „górką” załącznika nr 10 do oferty będącego *de facto* sporządzoną przez wykonawcę strukturą finansową oferty, gdyż tam, sam zamawiający, nakazał sporządzenie struktury finansowej w postaci harmonogramów miesięcznych, co skorelował także z systemem rozliczeniowym. Niemniej raz jeszcze pryncypialnie, przeciwstawiając się manipulacji tekstem SWZ, zamawiający oświadcza, że załącznik nr 10 realizował cel, którym było określenie struktury finansowej zamówienia i jego ewentualnej waloryzacji. Natomiast nie służył on do określenia terminu realizacji zamówienia, gdyż to było zapisane w załączniku nr 5. Dodatkowym dowodem na okoliczność, że odwołujący manipuluje terminologią jest to, co napisał w zarzucie nr 4 (w wierszu 5 od góry tego zarzutu), gdzie pisze on, że wykonawca złożył do oferty „harmonogram rzeczowo finansowy”, gdy tymczasem prawda jest inna, swoje błędne, nieprawdziwe wnioski odwołujący wysnuwa z załącznika nr 10 o nazwie „*Struktura finansowa/harmonogram rzeczowo-finansowy*”. Zwrócić bowiem należy także kumulatywnie uwagę na dokument o nazwie „*Szczegółowe wytyczne wykonawcze realizacji*”, gdzie na stronie 5/33 w rozdziale 1, pkt 4 zdanie pierwsze, napisano, że „*przed przystąpieniem do realizacji wykonawca obowiązany będzie do sporządzenia harmonogramu rzeczowo - finansowego robót*”. Tym samym struktura finansowa, sporządzona pod dyktando zamawiającego w miesięcznych odcinkach czasu, nie może stanowić podstawy postawienia zarzutu o niezgodność oferty z

warunkami zamówienia, gdyż takiej niezgodności nie ma, a uzasadnienie niniejszego zarzutu wynika wyłącznie z mylnego wyobrażenia odwołującego o rzeczywistości połączonego z nadaniem SWZ, odmiennej treści od tej, jaka została w niej rzeczywiście zapisana. Koronnym dowodem na rzetelność i prawdziwość twierdzeń zamawiającego jest rozdział XXI pkt 7 SWZ, zdanie czwarte o treści: „Do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca zobowiązany jest do opracowania miesięcznego harmonogramu realizacji robót określającego stopień zaawansowania robót i przedłożenia go zamawiającemu”. Jeżeli zatem zamawiający narzucił „miesięczny” charakter okresów w tym dokumencie, to przecież zamawiający, nie odrzucił oferty wykonawcy, który dokładnie wykonał jego polecenie zapisane w SWZ i który sporządził go właśnie w okresach miesięcznych.

Przystępujący wskazał, iż odwołujący błędnie odczytuje treść oferty przystępującego. Intencją przystępującego nie było bowiem określenie sztywnego, niezgodnego z dokumentacją przetargową terminu realizacji zamówienia, a wyłącznie wskazanie miesięcy, w których umowa będzie wykonywana z podziałem wartości na poszczególne miesiące, zgodnie z zadeklarowaną strukturą finansową. Miesiące wskazane w harmonogramie stanowią wyłącznie miesięczne okresy rozliczeniowe, a nie odrębne oświadczenie co do terminu wykonania zamówienia obejmującego pełne wskazane miesiące od 1 stycznia 2023 r. do 31 października 2024 r. (669 dni). Z dokumentacji postępowania wynika, że zasadniczym celem złożenia wraz z ofertą dokumentu o nazwie „Struktura finansowa/ Harmonogram rzeczowo - finansowy” było pokazanie struktury finansowej zgodnie z narzuconą procentową propozycją odchylenia od tej struktury (+/- 5%). Zgodnie z:

a. Rozdziałem X ust. 6 SWZ „Do oferty należy załączyć strukturę finansową zgodną z załącznikiem nr 10 do SWZ”;

b. Rozdziałem XV ust. 10 SWZ „Ceny oferty powinny wynikać z kalkulacji przeprowadzonej przez Wykonawcę oraz być zgodne z załączoną do oferty strukturą finansową (załącznik nr 10 do SWZ)”;

c. Rozdziałem XV ust. 11 SWZ „Niezachowanie prawidłowej struktury ceny ofertowej powodować będzie odrzucenie oferty”.

Zamawiający narzucił propozycję struktury finansowej wskazując procentowym udział poszczególnych zakresów prac, co do którego wartość odchylenia nie mogła być większa lub mniejsza niż 5%. W przypadku niezgodności w strukturze finansowej oferta podlegała odrzuceniu. Żadne z postanowień dokumentów zamówienia nie wskazuje, że w pliku o nazwie „struktura finansowa/ harmonogram rzeczowo - finansowy” wykonawca zobowiązany był złożyć oświadczenie o dniach realizacji umowy pod rygorem odrzucenia oferty jako niezgodnej z SWZ. W odniesieniu do części dotyczącej harmonogramu Zamawiający - jak sama nazwa kolumny 4 tabeli wskazuje - wymagał podania „miesiąca realizacji umowy”. W

poszczególnych polach wypełnianych w ramach harmonogramu wykonawca określał wartość prac rozliczanych w danym miesiącu realizacji umowy, a wartości zaoferowane przez wykonawców musiały być zgodne z narzuconą strukturą finansową. Celem zatem wypełnienia miesiący realizacji umowy nie było złożenie oświadczenia co do terminu wykonania umowy, który jest narzucony i wynosi 660 dni, tylko wskazanie sposobu rozliczenia kontraktu w poszczególnych miesiącach realizacji. Powyższe wynika również z § 5 ust. 5 wzoru umowy, stosownie do treści którego *„Wynagrodzenie określone w ust. 1 powyżej będzie płatne w częściach, raz w miesiącu przy uwzględnieniu faktycznie wykonanych i odebranych Robót na podstawie prawidłowo wystawionej przez Wykonawcę faktury Vat”*. Wynagrodzenie będzie płatne miesięcznie zgodnie ze strukturą finansową, stąd zostały w niej wskazane przez Konsorcjum Agrobex pełne miesiące. Argumentacja powołana przez odwołującego prowadzi natomiast do wypaczenia oświadczenia złożonego w ofercie poprzez nadanie mu znaczenia, które w ogóle nie było rozpatrywane podczas przygotowania dokumentów. Trudno uznać, że przystępujący wiedząc jakie są wymagania w zakresie sztywnego terminu realizacji zamówienia zadeklarowałby termin o 9 dni dłuższy i niezgodny z wymaganiami. Co więcej, nie sposób przyjąć, że oferta mogłaby podlegać odrzuceniu w związku z uchybieniami w harmonogramie. Z dokumentacji postępowania wynika, że harmonogram składany wraz z strukturą finansową ma charakter wstępny, a nie ostateczny najistotniejsze znaczenie ma podział wynagrodzenia zgodnie ze strukturą finansową i pod tym kątem była oceniana zgodność oferty z SWZ. Zgodnie z Rozdziałem XXI ust. 7 SWZ *„(...) Do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego Wykonawca zobowiązany jest do opracowania miesięcznego harmonogramu realizacji Robót określającego stopień zaawansowania Robót i przedłożenia go Zamawiającemu. Przedmiotowy harmonogram w zakresie wielkości procentowej poszczególnych rodzajów robót, musi być zgodny ze Strukturą finansową załączoną do oferty.”* Także z §7 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy wskazano, że pierwszy harmonogram jest załączany do oferty, a następne podlegają aktualizacji. Zgodnie z § 13 ust. 4 i 6 wzoru umowy:

„4. Realizacja Przedmiotu Umowy następować będzie zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym opracowanym przez Wykonawcę (dalej „Harmonogram”). Harmonogram musi potwierdzić realność terminu wykonania Inwestycji. Opracowany Harmonogram musi zostać uzgodniony z Zamawiającym i przez niego zatwierdzony przed podpisaniem umowy.

6. Harmonogram stanowi załącznik nr 9 Do Umowy”.

Tym samym, przed podpisaniem umowy wykonawca będzie zobowiązany do opracowania harmonogramu, a zgodnie z Rozdziałem XXI ust. 7 SWZ tylko w zakresie wielkości procentowej poszczególnych rodzajów robót musi być on zgodny ze strukturą, co jest oczywiste w związku z tym, że wykonawca nie wie, kiedy będzie zawierana umowa w

sprawie zamówienia publicznego, a konkretne daty/miesiące realizacji i tak będą musiały być zmodyfikowane.

Izba w całości podziela argumentację zamawiającego i przystępującego, dodatkowo wskazując, co następuje.

Izba nie uznała argumentacji odwołującego za zasadną. Wskazać bowiem należy, iż załącznik nr 10 miał konkretne założenie funkcjonalne. Miał za zadanie przedstawienie przez wykonawców struktury finansowej rozliczenia inwestycji w odstępach miesięcznych, który to sposób rozliczenia przyjął zamawiający w tym zadaniu, z określonymi przez zamawiającego tolerancjami. Okoliczność, iż przystępujący w rzeczonym załączniku posłużył się pełnymi miesiącami rozliczeniowymi nie oznacza, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany

w tych pełnych okresach rozliczeniowych. Oznacza jedynie, że w danych okresach rozliczeniowych będzie rozliczany określony zakres prac wykonanych na inwestycji. Skoro bowiem zamawiający przyjął maksymalny czas realizacji inwestycji na 660 dni i nie żądał w żadnym dokumencie zamówienia potwierdzenia przez wykonawców tego okresu, to nie sposób wywodzić z dokumentu, który dotyczył zupełnie innej okoliczności, sprzeczności treści oferty z SWZ.

Zarzut nr 5 – naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 Pzp.

Odwołujący wskazał, iż w rozdziale XV SWZ zamawiający określił zasady sposobu obliczania ceny oferty, których Agrobex nie zastosował. Zamawiający wskazał w ust. 10 rozdziału XV SWZ, że ceny oferty powinny wynikać z kalkulacji przeprowadzonej przez Wykonawcę oraz być zgodne z załączoną do oferty strukturą finansową (załącznik nr 10 do SWZ), a jednocześnie, w ust. 11, iż niezachowanie prawidłowej struktury ceny ofertowej powodować będzie odrzucenie oferty.

Agrobex w sposób nieprawidłowy dokonał zliczenia poszczególnych wierszy wypełnianego formularza harmonogramu/struktury finansowej (załącznik nr 10 do SWZ) w zakresie wartości poszczególnych robót. Dla przykładu wskazać należy na poz. 02a Zagospodarowanie placu budowy. Jej składowe to dwie pozycje w pierwszym i drugim miesiącu - 22 241,86 + 22 241,86, zaś całość daje kwotę 44 483,72 zł a Agrobex w sumie tej pozycji (kolumna 4) ma wpisaną wartość 44 483,73 zł. Nieprawidłowości dotyczą niemal wszystkich pozycji w kolumnie 4. Odwołujący w załączeniu przedkłada wraz z odwołaniem dokument harmonogramu Agrobex, w którym na czerwono wskazane zostały źle posumowane pozycje (to prawie wszystkie pozycje). Z obliczeń wynika, iż suma końcowa powinna wynosić 74 139 543,19 zł a nie jak wpisał Agrobex 74 139 543,06 zł. Wskazać jednocześnie należy, że nieprawidłowo Agrobex wskazał w konsekwencji także cenę

ofertową w złożonej ofercie, która wynosi 74 139 543,06 zł netto (80 985 158,24 zł brutto – wedle treści oferty Agrobex).

Okoliczności powyższe przesądzają, iż doszło do naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia. Z treści SWZ wprost wynika, że harmonogram rzeczowo-finansowy/struktura finansowa stanowi składowy element oferty, a jednocześnie jest to element o fundamentalnym znaczeniu, bowiem jest podstawą do wyceny przedmiotu zamówienia i wskazania przez wykonawcę ceny ofertowej. Jednocześnie błędów popełnionych przez Agrobex nie sposób kwalifikować jako omyłek. Albowiem są one konkretne i powtarzają się w całym dokumencie harmonogramu. Nie jest to jednorazowa omyłka rachunkowa. Dodatkowo wskazać trzeba, że błędy popełnione przez Agrobex w treści harmonogramu wprost wpływają na wartość ceny ofertowej.

Z powyższych względów uznać należy, że oferta Agrobex jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nadto zawiera błędy w obliczeniu ceny, co uzasadnia jej odrzucenie.

Dowód:

1. *Oferta wykonawcy Agrobex wraz z załącznikami, w tym Załącznikiem nr 10 do SWZ - Struktura finansowa Harmonogram rzeczowo-finansowy – w aktach postępowania;*
2. *SWZ postępowania o udzielenie zamówienia wraz z załącznikami – w aktach postępowania;*
3. *Informacja o wyborze oferty z dnia 26 października 2022 r. – w aktach postępowania;*
4. *20 Struktura finansowa Harmonogram rzeczowo-finansowy Agrobex – analiza odwołującego.*

Zamawiający wskazał, iż w uzasadnieniu zarzutu nie ma jakichkolwiek dowodów czy twierdzeń, które by dokładnie zdefiniowały na czym ów błąd miałby polegać, aby był błędem w obliczeniu ceny oferty. Można się tylko dowiedzieć, że suma końcowa oferty powinna wynosić 74 139 543,19 złotych netto, gdy tymczasem wedle odwołującego cena oferty wynosi 74 139 543,06 złotych netto, tj. różnica w jego rachunkach wynosi 13 groszy, co stanowi na kwocie oferty trzynaście groszy a w przeliczeniu na wartość procentową oferty wynik 0,00000016 oferty. Zamawiający wskazał, że odwołujący usiłuje wprowadzić swoim odwołaniem Izbę w błąd i zasugerować dla nadania temu zarzutowi chociaż jakiejś namiastki powagi, że zamawiający nie odrzucając oferty z w/w powodu naruszył zasadę równości, gdyż rzekomo za taki sam błąd odrzucił ofertę wykonawcy Budimex S.A., co jest twierdzenie jawnie nieprawdziwym. Oferta wykonawcy Budimex została odrzucona z zupełnie z innego powodu, a mianowicie z uwagi na okoliczność, że wykonawca ten sporządził swoją ofertę w sposób niezgodny z załącznikiem nr 10 Struktura finansowa/harmonogram rzeczowo-finansowy.

W przypadku przystępującego, odwołujący natomiast twierdzi, że dokonał on rachunkowo wadliwego zliczenia kolejnych wierszy i otrzymał przy tym zliczeniu cenę różną o 13 groszy. Znamienne jest to, że odwołujący nie wskazał miejsca popełnienia błędu w obliczeniu ceny, skupiając uwagę wyłącznie na działaniach matematycznych, śledząc owe „pechowe” 13 grosz. Jak można domniemać przy wartościach rzędu około siedemdziesięciu milionów złotych netto, a ponad osiemdziesięciu milionów złotych brutto, aberracje w wyliczeniu 13 groszy to kwestia całkowicie nieistotna, pomijalna, związana z zaokrągleniem końcówek wielkich liczb. Zważyć jednak należy, że cena oferty, która podlega ocenie ma charakter ryczałtowy, co narzuca rozdział XV pkt 9 SWZ i ona wiąże wykonawcę i zamawiającego i stanowi przedmiot oceny ofert przez kryteria. Okoliczności, o których pisze odwołujący nie mają żadnego wpływu na treść oferty, czy to z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia czy owej wielkości, tj. kalibru tego zarzutu. Tym samym odwołujący nie udowodnił, że oferta jest niezgodna ze strukturą finansową, a zgodności, z którą wymagał od wykonawców zamawiający i za co odrzucił ofertę wykonawcy Budimex S.A. Zarzut w stosunku do oferty przystępującego niczego takiego nie zawiera. Skupia się na śledzeniu różnicy groszowej, a tym samym siła tego zarzutu jest zerowa, gdyż odwołujący myli pojęcie błędu w obliczeniu ceny z praktyką księgową w zadanych formułach programów komputerowych, które dokonują zaokrągleń ułamkowych części końcówek groszy, nie mających wpływu na cenę oferty. Nadto dla zamawiającego istotna jest zgodność zaproponowanej przez wykonawcę struktury ofertowej z jej ceną ofertową- w obydwu miejscach występuje ta sama wartość - 74 139 543,06 złotych.

W końcu ryczałtowy charakter ceny oferty i wpisanie ceny oferty (jak wyżej) do formularza cenowego, czego odwołujący nie kwestionuje, obala w całej rozciągłości ten zarzut.

Zdaniem przystępującego, różnica wynika wyłącznie z działań matematycznych, które były prowadzone w arkuszu kalkulacyjnym, a nie niezgodności w dochowaniu struktury finansowej. Odwołujący, mimo iż zdaje się dostrzegać, że mamy do czynienia wyłącznie z omyłkami

w działaniach matematycznych, to sformułował jednak zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Agrobex jako niezgodnej z dokumentami zamówienia. Odrzucenie oferty przystępującego z uwagi na dostrzeżone wadliwości działań matematycznych byłoby bezzasadne i nieproporcjonalne do wagi uchybienia (błędne działanie matematyczne). Wbrew twierdzeniom odwołującego, omyłki rachunkowe nie wyklucza fakt, że została popełniona w kilku miejscach dokonywania działań matematycznych.

Omyłka w działaniach matematycznych ma charakter omyłki rachunkowej i nie była działaniem intencjonalnym. Przy wypełnianiu tak wielu pozycji arkusza kalkulacyjnego zdarzają się omyłki rachunkowe. Nadrzędnym celem w ustalaniu przez przystępującego ceny oferty oraz poszczególnych wartości było dochowanie struktury finansowej, którą

narzucił zamawiający. Drobne nieścisłości wynikające z działań rachunkowych dotyczące groszy nie powinny prowadzić do odrzucenia oferty przystępującego. Należy zauważyć, że nawet jeżeli uznać, iż zasadne byłoby zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp, to odwołujący, mimo zauważenia omyłek w działaniach obliczeniowych, nie sformułował tego typu zarzutu w odwołaniu. Ze względu na art. 555 Pzp, który określa, że Krajowa Izba Odwoławcza jest związana postawionymi w odwołaniu zarzutami, brak zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp uniemożliwia uwzględnienie odwołania w tym zakresie. Odwołujący stwierdził, że nie widzi podstaw do poprawiania omyłki rachunkowej. Jednocześnie omyłka rachunkowa dotycząca ilości groszowych nie ma wpływu na generalną ocenę oferty przystępującego i zasadność jej wyboru jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, gdy stwierdzi, że *„naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”*.

Podzielając stanowiska prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, Izba stwierdziła, co następuje.

Za rozstrzygające w tej kwestii uznać należało okoliczność związaną z charakterem wynagrodzenia, jaki został przewidziany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Skoro bowiem zamawiający przyjął rozliczenie ryczałtowe, to nawet drobne błędy, które mogłyby wystąpić w poszczególnych pozycjach wyceny oferty pozostają bez wpływu na ocenę złożonej przez przystępującego oferty. Nadto wskazać należy, iż drobne rozbieżności, w sumie opiewające na wartość 13 groszy wynikają, jak to wykazał przystępujący z założonej do formularza reguły zaokrąglania do dwóch miejsc po przecinku. W przypadku zmiany tej reguły do trzech miejsc po przecinku, wartości wskazane w ofercie i załączonym formularzu pokrywają się ze sobą i są tożsame.

Zarzut nr 6 – jako wynikowy, w sytuacji nieuwzględnienia przez Izbę żadnego z zarzutów odwołania uznać należało za bezzasadny.

Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, złożony przez strony postępowania oraz przystępującego, Izba stwierdziła, że z dowodów powołanych przez odwołującego nie wynikają okoliczności, na które powoływał się w swojej argumentacji odwołujący, potwierdzają one jedynie okoliczności, które w tych dokumentach zostały określone.

Jednocześnie z dokumentów złożonych przez przystępującego wynikają okoliczności, które potwierdziły bezzasadność stawianych zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: