

Sygn. akt: KIO 1706/19

WYROK
z dnia 17 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 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 publicznego – konsorcjum **Firma Remontowo - Budowlana P. Sz., ul. Ostatnia 35, 60-102 Poznań** oraz **„HYDRO-GAZ Swarzędz” H. W., ul. Bednarska 7, 62-020 Swarzędz,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp i naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum **Firma Remontowo - Budowlana P. Sz., ul. Ostatnia 35, 60-102 Poznań** oraz **„HYDRO-GAZ Swarzędz” H. W., ul. Bednarska 7, 62-020 Swarzędz** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ, mimo iż ww. wykonawca nie wykazał, że posiada doświadczenie odpowiadające wymaganiom sformułowanym w warunku i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ww. wykonawcy do złożenia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ,

2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp mającego polegać na zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum **Firma Remontowo - Budowlana P. Sz., ul. Ostatnia 35, 60-102 Poznań oraz „HYDRO-GAZ Swarzędz” H. W., ul. Bednarska 7, 62-020 Swarzędz** do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia wskazanego przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, które dotyczyło doświadczenia zdobytego przy realizacji zamówienia w ramach konsorcjum,
3. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
4. kosztami postępowania w 65% obciąża **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań**, w 35% obciąża Zamawiającego - **Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań** i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2 zasądza od Zamawiającego - **Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań** na rzecz **Odwołującego - Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** kwotę 8 260,00 (osiem tysięcy dwieście sześćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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”*. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.05.2019 r. pod numerem 2019/S 092-221268.

Zamawiający w dniu 23.08.2019 r. przekazał wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań (dalej również jako Odwołujący) informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Od tej czynności, w dniu 2.09.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. a. art. 24 ust. 1 pkt 16, 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: P. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo - Budowlana P. Sz. oraz H. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „HYDRO-GAZ Swarzędz” H. W., dalej jako „Konsorcjum Sz.”, pomimo iż wykonawca, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu - dotyczy spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w pkt V.1.2) lit. c) SIWZ; ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia ww. zarzutu:

b. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Sz. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w pkt V. 1.2) lit. c) SIWZ, mimo iż ww. wykonawca nie wykazał, że posiada doświadczenie odpowiadające wymaganiom sformułowanym w tym zakresie w SIWZ;

oraz ewentualnie:

c. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Sz. do udzielenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia wskazanego przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, mimo iż ze złożonej referencji wynika, że zamówienie było realizowane w ramach konsorcjum w związku z czym Konsorcjum Sz. nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu bowiem wykonawca P. Sz. - Firma Remontowo – Budowlana P. Sz. jako jeden z wykonawców realizujących inwestycję nie może legitymować się doświadczeniem nabytym przez konsorcjum, ale wyłącznie w zakresie, w jakim faktycznie wykonał roboty;

3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Sz., mimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny - błędne zastosowanie 8% stawki podatku VAT w odniesieniu do robót wskazanych Załączniku nr 12 do SIWZ Harmonogram rzeczowo - finansowy w poz. 5.1 Uzbrojenie terenu w zakresie „kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)”;

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i proporcjonalności oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami Pzp (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy), a także innymi przepisami wskazanymi lub wynikającymi z uzasadnienia niniejszego Odwołania.

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia Konsorcjum Sz. z postępowania,
- odrzucenia oferty Konsorcjum Sz.,

ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia

Konsorcjum Sz. z postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy) - wezwania Konsorcjum Sz. do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

1.a. Zarzut dotyczący doświadczenia Konsorcjum Sz. - wprowadzenie w błąd oraz brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący informuje, że zgodnie z pkt V.1.2) lit. c SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca spełniający następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i doświadczenia:

„Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że posiada 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 wykonał prawidłowo, terminowo i zgodnie z zasadami wiedzy technicznej co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości co najmniej 20 mln zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych) obejmującą wykonanie min. dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub zespołu budynków mieszkaniowych wielorodzinnych, wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (elektrycznymi, teletechnicznymi i sanitarnymi, z kompleksową infrastrukturą zewnętrzną i urządzeniem terenu, o powierzchni użytkowej budynku/ów min. 10.000,00 m² lub ze 100 lokalami mieszkalnymi, wraz z parkingiem podziemnym wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej min. 1.501,00 m², które są zakończone, odebrane i na które została wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie”.

Odwołujący wskazuje, że Konsorcjum Sz. w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku wskazało zarówno w oświadczeniu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, jak również w uzupełnionym w toku postępowania wykazie wykonanych robót budowlanych wraz z referencją inwestycję wykonaną na rzecz Poznańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o. Zgodnie z opisem doświadczenia wskazanym w wykazie Konsorcjum P. Sz. inwestycja obejmowała: *„Wykonanie czterech budynków (dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych, budynku mieszkalno - usługowego i budynku mieszkalno - usługowo - handlowego) wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną, dwoma zjazdami i ścieżką pieszo - rowerową przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu 143 lokale mieszkalne wraz z parkingiem wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej 2515, 65 m²”.* Konsorcjum oświadczyło również, że wartość wskazanych robót wyniosła 23 312 397, 04 zł brutto.

Odwołujący podnosi, że wg jego najlepszej wiedzy, doświadczenie wskazane przez ww. Konsorcjum nie spełnia wymagań opisanych z SIWZ, gdyż wbrew oświadczeniu złożonemu

przez Konsorcjum Sz. w wykazie, jak również wbrew informacjom wynikającym na pierwszy rzut oka z referencji, nie obejmowały one wykonania parkingu podziemnego wielostanowiskowego o powierzchni użytkowej 1501 m². Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że przedmiotowa inwestycja nie obejmowała wykonania jednego garażu spełniającego parametr powierzchni opisany w SIWZ, a jedynie wykonanie dwóch oddzielnych garaży podziemnych, przy czym każdy o powierzchni mniejszej niż wymagane w SIWZ 1501 m². Jeden z garaży zlokalizowany był pod budynkiem nr 1 i posiada powierzchnię 1219,85 m², natomiast drugi z nich jest zlokalizowany pod budynkiem nr 3 i posiada powierzchnię 1295,80 m². Odwołujący wskazuje, że zgodnie z § 102 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, garaż jest obiektem służącym „do przechowywania i bieżącej, niezawodowej obsługi samochodów osobowych, stanowiącym samodzielny obiekt budowlany lub część innego obiektu, będący garażem zamkniętym - z pełną obudową zewnętrzną i zamykanymi otworami, bądź garażem otwartym - bez ścian zewnętrznych albo ze ścianami niepełnymi lub ażurowymi”. Zdaniem Odwołującego, w świetle powołanego przepisu prawa dwa parkingi podziemne o powierzchni 1219,85 m² i 1295,80 m², wydzielone od siebie i znajdujące się pod różnymi budynkami stanowią dwa odrębne obiekty i w żaden sposób nie mogą być rozpatrywane jako jeden garaż o łącznej powierzchni 2515,65 m². Odwołujący wskazuje, że wymaganie zawarte w warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do powierzchni garażu podziemnego było jednoznaczne i precyzyjne, z treści warunku wynika, że Zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia w wykonaniu jednego garażu (parkingu podziemnego) o powierzchni minimum 1501 m². Odwołujący podnosi, że wykonanie dwóch mniejszych garaży nie potwierdza, że wykonawca legitymuje się wystarczającym doświadczeniem w świetle sformułowanego warunku z pkt 5.1.2) lit. c) SIWZ. Zdaniem Odwołującego to przesądza o tym, że Konsorcjum Sz., mimo deklaracji zawartej w wykazie tego wykonawcy, nie posiada doświadczenia wymaganego w SIWZ. Odwołujący podkreśla, że wskazanie w SIWZ na konieczność wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w wybudowaniu garażu o powierzchni minimum 1501 m² nie było przypadkowe i wynikało z przepisów prawa regulujących warunki techniczne, jakim powinny odpowiadać budynki. Dla wybudowania garażu o powierzchni min. 1501 m² wykonawca musi spełnić wyższe rygory wynikające z przepisów regulujących wymagania techniczne dla całkowitej powyżej 1500 m². Zgodnie z § 277 ust. 4 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie „W strefie pożarowej garażu zamkniętego należy stosować instalację wentylacji oddymiającej uruchamianą za pomocą systemu wykrywania dymu, w przypadku gdy ta strefa nie posiada bezpośredniego wjazdu lub wyjazdu z budynku lub gdy jej powierzchnia przekracza 1500 m. Odwołujący

zaznacza, że dla garaży, których powierzchnia przekracza 1500 m² wymagane są samoczynne urządzenia oddymiające - wentylacja oddymiająca. W przypadku garażu, którego powierzchnia nie przekracza 1500 m² wymagane jest tylko stosowanie wentylacji ogólnej w związku z czym, nie ma potrzeby stosowania skomplikowanych systemów oddymiania. Z powyższego Odwołujący wywodzi, że stopień skomplikowania wykonania robót budowlanych w przypadku garażu o powierzchni minimum 1501 m² jest znacznie większy, a zatem sformułowanie Warunku udziału w postępowaniu w sposób odnoszący się do ww. okoliczności było zamierzone i uzasadnione. Wskazuje, że wykonanie dwóch garaży, z mniej złożonymi systemami, jest nieadekwatne do doświadczenia w wykonaniu garażu o powierzchni powyżej 1500 m², dla którego warunki techniczne przewidują bardziej złożone rozwiązania. Odwołujący zwraca także uwagę, że Zamawiający w pkt V.1.2) lit. c) SIWZ wskazał, że *"W przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, co najmniej jeden musi spełniać powyższy warunek"*. Zdaniem Odwołującego oznacza to, że Zamawiający nie uzna sumowania doświadczenia podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie - z powołanego postanowienia SIWZ wynika, że Zamawiający chciał uniknąć sytuacji, w której wykonawcy

(w odniesieniu do konsorcjum) będą sumować mniejsze inwestycje tak, aby wykazać łącznie posiadane doświadczenie. Odwołujący podnosi, że Konsorcjum Sz. dąży do zsumowania powierzchni dwóch podziemnych garaży, aby wykazać spełnianie warunku określonego w SIWZ. Takie działanie jest analogiczne do przypadku, którego dotyczy ww. fragment SIWZ tyle, że dotyczy robót zrealizowanych przez tego samego wykonawcę. Odwołujący podnosi, że zaakceptowanie doświadczenia wykonawcy obejmującego wykonanie dwóch mniejszych garaży nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, odstąpienie na etapie oceny ofert od sformułowanego wymagania stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp określającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wywodzi, że przyjęcie za prawidłowe wykonawcy legitymującego się wykonaniem dwóch mniejszych garaży nie znajduje także uzasadnienie w świetle przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 1a *„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności"*. Odwołujący wskazuje, że interpretując zatem sformułowany w pkt V.1.2) lit. c) SIWZ warunek udziału w postępowaniu przez pryzmat jego proporcjonalności do przedmiotu zamówienia należy zauważyć, że przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie garażu o powierzchni 5.807.4 m² składającego się z dwóch stref o powierzchniach: 3504.46 m² i 2302,94 m². Zdaniem Odwołującego również zatem ta okoliczność potwierdza, że

doświadczenie Konsorcjum Sz. obejmującego wykonanie dwóch garaży o powierzchni 1219,85 m² i 1295,80 m² jest niewystarczające. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, z kolei art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na jego decyzje podejmowane w postępowaniu. Odwołujący powołuje się na wyrok KIO 271/19. Zdaniem Odwołującego profesjonalny charakter działalności wykonawcy Konsorcjum Sz. wskazuje na rażące niedbalstwo, o ile nie celowe działanie wykonawcy, zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania przez wykonane roboty wszystkich wymaganych elementów warunku udziału w postępowaniu. Podnosi, że ów wykonawca wprost w złożonym wykazie robót budowlanych oświadczył, że wykonał jeden garaż o powierzchni 2515,65 m², co jest niezgodne z rzeczywistością. Odwołujący zaznacza, że nawet przy przyjęciu, że wykonawca opierał się na treści referencji wystawionej przez inwestora (Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.), która wskazuje na taką powierzchnię, to w żaden sposób nie zwalnia wykonawcy z obowiązku rzetelności przekazanych w toku postępowania przetargowego informacji. Referencja nie jest dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych robót i w znakomitej większości przypadków zawiera informacje ogólne, uproszczone, a też bardzo częste w praktyce jest przygotowywanie projektu referencji przez samego wykonawcę. Wskazuje, że wykonawca jako podmiot który zrealizował roboty budowlane powinien dokładnie zweryfikować przedmiot wykonanych robót pod kątem jednoznacznie sformułowanego warunku udziału w postępowaniu i podawać w toku postępowania informacje, które odpowiadają stanowi faktycznemu. Zdaniem odwołującego Konsorcjum Sz. nie powinno mieć wątpliwości co do tego, iż w poprzednim postępowaniu zostały zrealizowane dwa oddzielne garaże, skoro już na etapie składania ofert Zamawiający wymagał podania cen oddzielnie za każdy z nich – w związku z powyższym można w tym przypadku mówić o celowym działaniu wykonawcy.

Odwołujący podnosi, że w przypadku uznania przez Izbę, że brak jest podstaw do stwierdzenia winy wykonawcy w stopniu rażącego niedbalstwa lub celowego działania to z całą pewnością działanie Konsorcjum Sz. wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności i niedbalstwa w przedstawianiu informacji Zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Obowiązkiem wykonawcy jest

bowiem upewnienie się, czy informacje przekazane Zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje (por. również wyrok KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r. KIO 531/18).

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności wypełniają dyspozycję zarówno art. 24 ust. 1 pkt 16, jak i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, powodując konieczność wykluczenia Konsorcjum P. Sz. z postępowania, bez możliwości wezwania go do uzupełnienia dokumentów (nie można dopuścić do sytuacji, w której wykonawca składając wprowadzające w błąd informacje będzie wezwany do uzupełnienia dokumentów, co pozwoli na zastąpienie informacji nieprawdziwych prawdziwymi). Powołuje się na wyroki KIO 596/18 i KIO 1319/18.

b. Odwołujący z ostrożności procesowej, w przypadku braku podzielenia przez Izbę zasadności wykluczenia Konsorcjum Sz. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, podnosi, że wykonawca Konsorcjum P. Sz. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazana przez ww. wykonawcę robota budowlana nie spełnia wymagań Zamawiającego w związku z czym, nawet jeśli uznać, że nie mają zastosowania przepisy art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp to Konsorcjum P. Sz. powinno być wezwane do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

c. Zarzut dotyczący doświadczenia Konsorcjum P. Sz. - realizacja zamówienia w ramach konsorcjum.

Odwołujący podnosi, że w przypadku oddalenia zarzutu powołanego powyżej wskazuje na konieczność wezwania Konsorcjum Sz. do wyjaśnienia czy prace zrealizowane przez wykonawcę (Firma Remontowo - Budowlana P. Sz.) w ramach realizacji inwestycji *"Wykonania czterech budynków (dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych, budynku mieszkalno - usługowego i budynku mieszkalno - usługowo - handlowego) wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną, dwoma zjazdami i ścieżką pieszo - rowerową przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu"* zostały wykonane w zakresie określonym w SIWZ. Zgodnie z referencją przedłożoną w toku postępowania przez Konsorcjum Sz. dokument ten potwierdza wykonanie robót wskazanych w wykazie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z informacjami zawartymi w referencji zamówienie było wykonywane przez konsorcjum następujących wykonawców: Firma Remontowo - Budowlana P. Szymanski (Lider Konsorcjum), Olmaz sp. z o.o. oraz Mar- Dom Przedsiębiorstwo budowlane M. M. Łączna wartość robót dla wykonanej inwestycji wyniosła

23 312 397,04 zł brutto.

Z tego Odwołujący wywodzi, że z treści dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum Sz. w toku postępowania nie wynika, czy to Firma Remontowo - Budowlana P. Sz. zrealizowała prace wymagane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w ramach niniejszego postępowania, a tym samym czy nabył on doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Konsorcjum P. Sz., którego liderem jest Firma Remontowo - Budowlana P. Sz. nie może bowiem wskazywać jako własne doświadczenie prace, które zostały wykonane przez pozostałych członków konsorcjum, tj. Olmaz sp. z o.o. oraz Mar-Dom Przedsiębiorstwo budowlane M. M. W niniejszej sprawie wyjaśnienie faktycznego zakresu prac wykonanych przez ówczesnego lidera konsorcjum jest kluczowe w szczególności w kontekście wartości ogólnej wykonanych prac, która wyniosła 23 312 397,04 zł brutto. To oznacza, że w celu potwierdzenia niezbędnego doświadczenia zakres prac wykonanych przez Firmę Remontowo - Budowlaną P. Sz. powinien obejmować wszystkie elementy określone w pkt V.1.2) lit, c) SIWZ, jak również mieć wartość minimum 20 000 000 zł brutto. Powołuje się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r., C-387/14 oraz na wyrok KIO w sprawie KIO 1524/18, 1528/18.

W związku z powyższym, w przypadku oddalenia zarzutu, o którym mowa w pkt 1a uzasadnienia odwołania Odwołujący podnosi, że zasadne i konieczne będzie wezwanie Konsorcjum Sz. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia konkretnego udziału poszczególnych członków konsorcjum w zrealizowanych pracach i ich wartości. Zdaniem Odwołującego brak potwierdzenia wykonania prac przez Firmę Remontowo - Budowlaną P. Sz. w zakresie niezbędnym dla potwierdzenia spełniania warunku będzie skutkowało uznaniem, że Konsorcjum P. Sz. nie legitymuje się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

2. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum P. Sz. - błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący informuje, że zgodnie z pkt VII.5 SIWZ każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zobowiązany był do oferty dołączyć harmonogram rzeczowo - finansowy (załącznik nr 12 do SIWZ). Wskazany dokument zawiera m.in. informacje o wycenie poszczególnych zakresów robót, które będą wykonywane na etapie realizacji umowy. Wskazuje, że z harmonogramu rzeczowo - finansowego przedłożonego przez Konsorcjum P. Sz. wynika, że wykonawca ten zastosował w stosunku do pozycji 5.1 Uzbrojenie terenu razem „kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)” stawkę podatku VAT w wysokości 8%. Zdaniem Odwołującego zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT w stosunku do ww. robót było błędne, gdyż prawidłowa stawka podatku VAT w tym zakresie

powinna wynosić 23%. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług stawkę podatku VAT w wysokości 8%, stosuje się do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Obniżona stawka podatku VAT w wysokości 8% nie ma zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem. Powyższe wynika z uchwały siedmiu sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 3 czerwca 2013 r. sygn. akt I FPS 7/12, zgodnie z którą *"Obniżona stawka podatku od towarów i usług, o której mowa w art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535, ze zm., w brzmieniu od 1 stycznia 2008 r.) oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 212, poz. 1336) i w § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 224, poz. 1799) nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem."* Naczelny Sąd Administracyjny uzasadnieniu ww. uchwały wskazał, że jak wynika ze słownikowego rozumienia pojęcia „budynek”, oraz z definicji zawartej w PKOB, określenie to nie obejmuje swoim zakresem żadnych innych elementów i obiektów z nim funkcjonalnie powiązanych, w szczególności objętych pojęciem infrastruktury towarzyszącej. Odwołujący podnosi, że analogiczne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 3 sierpnia 2017 r. KIO/KD 39/17.

Dalej Odwołujący wywodzi, że roboty budowlane opisane w pozycji 5.1 harmonogramu rzeczowo - finansowego Uzbrojenie terenu razem *"kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)"* są robotami, które będą wykonywane poza budynkiem gdyż dotyczą infrastruktury towarzyszącej, w związku z czym, opodatkowane są stawką podatku VAT w wysokości 23%, a nie stawką 8%, którą zastosowało Konsorcjum Sz.. Zastosowanie stawki 8% w odniesieniu do ww. pozycji harmonogramu rzeczowo - finansowego wynika z tego, że tylko dwie pozycje z rzeczowego harmonogramu powinny być w świetle obowiązujących przepisów prawa opodatkowane stawką 23%: *„0.Roboty przygotowawcze placu budowy”* - wycenione przez Konsorcjum P. Sz. na kwotę 100.000,00 zł oraz *"Uzbrojenie terenu"* wycenione na kwotę 3 377 669,29 zł. Odwołujący wskazuje, że tym samym 23% stawka podatku VAT od sumy ww. kwot wynosi 799 863,94 zł. Wskazuje, że z harmonogramu rzeczowo – finansowego przedstawionego przez Konsorcjum P. Sz. wynika natomiast, że 23% stawka podatku VAT wynosi 579 785,85 zł, co oznacza, że wykonawca zastosował stawkę 8% zamiast 23% dla pozycji 5.1 harmonogramu rzeczowo – finansowego Uzbrojenie terenu razem *„kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna*

i deszczowa)".

Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera ona błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Powołuje się na wyrok KIO z dnia 11 maja 2018 r. KIO 785/18. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że wskazanie przez Konsorcjum Sz. błędnej stawki podatku VAT w odniesieniu do pozycji 5.1 harmonogramu rzeczowo - finansowego Uzbrojenie terenu razem "kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)" powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Podkreśla, że nieprawidłowa stawka podatku VAT nie podlega poprawieniu na żadnej podstawie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Z oferty Konsorcjum Sz. wynika wprost, że intencją tego wykonawcy było zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 8% w związku z czym, nie mamy do czynienia z omyłką, a świadomym działaniem, które powinno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Do postępowania po stronie Zamawiającego przystąpienie skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum Firma Remontowo - Budowlana P. Sz., ul. Ostatnia 35, 60-102 Poznań oraz „HYDRO-GAZ Swarzędz” H. W., ul. Bednarska 7, 62-020 Swarzędz, (dalej również jako Przystępujący), wnioskując o oddalenie odwołania.

W toku posiedzenia z udziałem stron przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 26.06.2019 r. Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut 1c odwołania, dotyczący doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum.

W dniu 12.09.2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz stwierdzenie braku interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania.

W toku rozprawy przed KIO strony podtrzymały swoje stanowiska. Przystępujący złożył pismo, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak

również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na odwołanie i pismem uczestnika, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania. Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wobec okoliczności, iż cena jego oferty przenosi kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Izba uznała, iż w sytuacji w której Odwołujący pozostaje uczestnikiem postępowania tj. jego oferta nie została prawomocnie odrzucona a on wykluczony z udziału w postępowaniu, to okoliczność dotycząca ceny oferty nie może skutkować uznaniem braku interesu we wniesieniu odwołania. Jak zasadnie podnosił Odwołujący, budżet przeznaczony na realizację zamówienia może zostać zmieniony, nie jest to wykluczone przepisami prawa. Jest to okoliczność obiektywna i niezależnie od twierdzeń Zamawiającego o definitywnym charakterze kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, to stwierdzenie braku interesu po stronie Odwołującego, gdy możliwość uzyskania zamówienia zależna jest od decyzji Zamawiającego byłoby zbyt daleko idącym ograniczeniem możliwości wniesienia środka ochrony praw, jakim jest odwołanie. Decyzja Izby wpisuje się w jednolity kierunek orzecznicy, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie uznawała, iż wykonawca posiada interes we wniesieniu odwołania w sytuacji, gdy cena jego oferty przekraczała kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (por. np. wyrok KIO z 11.05.2017 r., KIO 803/17, z 17.05.2018 r., KIO 851/18).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest budowa zespołu budynków mieszkaniowych wraz zagospodarowaniem terenu na polu inwestycyjnym 4MW (zgodnie z podziałem terenu na kwartały wg MPZP). Zakres prac budowlanych wchodzących w skład przedsięwzięcia obejmuje budynki mieszkalne wraz z infrastrukturą towarzyszącą, drogami wewnętrznymi, parkingami nadziemnymi i podziemnymi, dojściami, elementami małej architektury instalacjami i sieciami w zakresie niezbędnym do prawidłowego ich funkcjonowania.

Zgodnie z pkt V.1.2.c SIWZ, ubiegać się o udzielenie zamówienia mogli wykonawcy, którzy wykazali się posiadaniem odpowiedniej zdolności technicznej – wykonawca zobowiązany był „wykazać, że posiada 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 wykonał prawidłowo, terminowo i zgodnie z zasadami wiedzy technicznej co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości co najmniej 20 mln zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych) obejmującą wykonanie min. dwóch budynków mieszkalnych, wielorodzinnych lub zespołu budynków mieszkaniowych wielorodzinnych, wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (elektrycznymi, teletechnicznymi i sanitarnymi, z kompleksową infrastrukturą zewnętrzną i urządzeniem terenu, o powierzchni użytkowej budynku/ów min. 10 000,00 m² lub ze 100 lokalami mieszkalnymi, wraz z parkingiem podziemnym wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej min. 1 501,00 m², które są zakończone, odebrane i na które została wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie. W przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, co najmniej jeden musi spełniać powyższy warunek. Oznacza to, że Zamawiający nie uzna sumowania doświadczenia podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie”.

W złożonym wraz z ofertą Jednolitym Europejskim Dokumentem Zamówienia Przystępujący, jako robotę potwierdzającą posiadanie odpowiedniej zdolności technicznej i zawodowej wskazał roboty budowlane „(...) wraz z parkingiem podziemnym wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej 2 515,65 m²”.

Przystępujący na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył pismo z dnia 26.06.2019 r. zawierające wykaz robót wykonanych budowlanych. W wykazie tym wskazano wykonaną na rzecz Zamawiającego inwestycję: „Wykonanie czterech budynków (dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych, budynku mieszkalno-usługowo-handlowego) wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną, dwoma zjazdami i ścieżką pieszo-rowerową przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu 143 lokale mieszkalne wraz z parkingiem wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej 2 515,65 m²”.

Do wykazu załączył referencje z dnia 1.08. 2016 r., w których Zamawiający oświadczył, że Firma Remontowo-Budowlana P. Sz. w konsorcjum z dwiema innymi firmami, wykonała przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu garaż podziemny o powierzchni użytkowej 2 515,65 m².

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w części.

W ocenie Izby należało uznać, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2.c SIWZ, wobec czego wybór jego oferty był nieuprawniony i Zamawiający winien wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, co przesądziło o częściowym uwzględnieniu odwołania. Do konkluzji tej Izba doszła uwzględniając następujące okoliczności. Izba przyznała rację Odwołującemu, że roboty, na które powołał się Przystępujący dla wykazania warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.2.c – tj. wykonanie budynków przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu wraz z parkingiem wielostanowiskowym nie potwierdzają posiadania wymaganego doświadczenia. W rzeczonym warunku Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem m.in. „*parkingiem podziemnym wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej min. 1 501,00 m²*”. Okolicznością bezsporną było, że ramach ww. inwestycji przy ul. Palacza Przystępujący wykonał dwa garaże podziemne – o powierzchni 1 219,85 m² i 1 295,80 m², które znajdowały się pod terenem tej inwestycji, posiadały wspólny zjazd i ścianę oporową oraz osobne bramy. Zamawiający i Przystępujący argumentowali, że Odwołujący błędnie interpretuje przedmiotowy warunek, który dotyczy parkingu podziemnego, nie zaś garażu. Wskazywali na § 3 pkt 25 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1065), zgodnie z którym parking to wydzielona powierzchnia terenu przeznaczona do postoju i parkowania samochodów, składając się ze stanowisk postojowych oraz dojazdów łączących te stanowiska, jeżeli takie dojazdy występują. Definicję tę przeciwstawiali § 102 ust. 1 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym garaż może być samodzielnym obiektem budowlanym lub częścią innego obiektu, służącą do przechowywania i bieżącej, niezawodowej obsługi samochodów osobowych. Z kolei § 105 rozporządzenia mówi o garażu podziemnym i wielopoziomowym nadziemnym (ust. 1), garażu wielopoziomowym lub np. stanowiącym kondygnację w budynku mieszkalnym wielorodzinnym oraz budynku użyteczności publicznej (ust. 5). Zamawiający wraz z Przystępującym wywodzili, że parking nie jest obiektem budowlanym w rozumieniu prawa budowlanego, natomiast garaż jest obiektem budowlanym lub stanowi część innego obiektu, wobec czego parking należy rozumieć jako funkcję określonego terenu, wydzielonego w przestrzeni, nie do obiektu budowlanego. Na podstawie powyższego Zamawiający i Przystępujący argumentowali, że ponieważ warunek odnosił się do parkingu, nie zaś garażu, to należy uwzględnić powierzchnię obu garaży podziemnych wykonanych w ramach ww. inwestycji – bowiem na parking składają się wszystkie miejsca postojowe wraz z dojazdami a także z miejscami na powierzchni. W ocenie Izby wskazana argumentacja jest wadliwa i nie może zostać uwzględniona. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że przedmiotowy warunek odnosił się do parkingu podziemnego o powierzchni

minimalnie 1501,00 m². Co za tym idzie, wykonawca winien wykazać się wykonaniem jednego parkingu, znajdującego się pod ziemią, o powierzchni co najmniej 1501,00 m² – wobec czego nie można dopuścić dla wykazywania spełniania warunku elementów wykraczających poza to określenie – takich jak np. wspólny zjazd do dwóch parkingów. Dalej Izba jako zasadny uznała argument Odwołującego o „nieprzypadkowości” ustalenia minimalnej powierzchni parkingu w przedmiotowym warunku na ww. poziomie. Jak wywodził Odwołujący, zgodnie z § 277 ust. 4 ww. rozporządzenia dla garaży, których powierzchnia przekracza 1500 m² wymagane są samoczynne urządzenia oddymiające – wentylacja oddymiająca. Bezsporną była okoliczność, że dla garaży o powierzchni powyżej 1 500 m² wymagania co do systemów przeciwpożarowych i wentylacji są dużo bardziej restrykcyjne niż dla garaży o powierzchni do 1 500 m², gdzie wymagane jest tylko stosowanie wentylacji ogólnej. Mając na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest m.in. wybudowanie parkingu podziemnego o powierzchni 5 807,4 m² (okoliczność bezsporna) to logicznym i w pełni racjonalnym było wymaganie wykazania się doświadczeniem w wykonaniu o parkingu powyżej 1 500 m², która to powierzchnia wyznacza granicę, od której obowiązują bardziej restrykcyjne normy, co przekłada się na wyższy poziom skomplikowania realizacji zamówienia. Takie sformułowanie warunku jest zatem zgodne także z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W tym miejscu należy zaznaczyć, że jakkolwiek zasadnie podnosił Zamawiający w toku rozprawy, że treścią warunku nie było doświadczenie w wykonaniu wentylacji odymiającej jak dla parkingu o powierzchni powyżej 1 500 m², tak wyznaczenie w treści warunku doświadczenia w wykonaniu parkingu o powierzchni minimum 1501 m² stanowi jednoznaczny wskazówkę interpretacyjną, która – wraz z użyciem liczby pojedynczej („parkingiem”) pozwala na niepodważalne ustalenie, że treścią warunku było wykazanie się wykonaniem jednego parkingu podziemnego o powierzchni min. 1 501,00 m². W ocenie Izby ostatecznie przesądza to braku możliwości uwzględniania powierzchni dwóch mniejszych parkingów – które w dodatku nie były ze sobą połączone, nie było możliwości przejechania z jednego parkingu na drugi bez wyjazdu na zewnątrz parkingu. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący nie twierdzili również, ażeby rzeczony dwa garaże podziemne, których wykonaniem legitymował się Przystępujący wykonane zostały z zachowaniem norm odpowiednich dla garażu o powierzchni powyżej 1 500 m². Za niemożnością zsumowania powierzchni obu garaży przemawia również powoływana przez Zamawiającego i Przystępującego definicja parkingu, zgodnie z którą parkingiem jest „wydzielona powierzchnia terenu” – bezspornym zaś było, że oba garaże są rozdzielone murem/ścianą oporową, posiadają osobne bramy i nie ma możliwości

przejechania między nimi. Zatem wydzielone były dwa parkingi, nie jeden. Przedłożone przez Zamawiającego i Przystępującego dowody nie pozwalają, na uznanie okoliczności przeciwnej. Objęcie jedną decyzją o pozwoleniu na budowę czy jednym planem wykonawczym obu garaży nie świadczy o tym, że należy traktować je jako jeden parking podziemny, o łącznej powierzchni – tak jak nie można wywodzić z ww. dokumentów, że cztery budynki mieszkalne, które obejmowały, stanowiły w rzeczywistości jeden budynek. Z przedłożonych planów i zdjęć wprost wynika, że konstrukcyjnie były to dwa odrębne garaże, co potwierdza zarzut odwołania. Posiadanie jednego zjazdu do obu garaży (ale do dwóch bram) i posiadanie przez nie wspólnej ściany oporowej (pomiędzy nimi), również w żaden sposób nie wpływa na ocenę spełniania warunku przez Przystępującego. Argumentację Przystępującego i Zamawiającego dotyczącą różnic pomiędzy definicjami garażu i parkingu dodatkowo osłabia fakt, że sami posługują się tymi pojęciami zamiennie – w referencjach podano, że wykonano garaż podziemny, natomiast w JEDZ i wykazie robót – parking podziemny (o takiej samej powierzchni). Okoliczności te jednoznacznie przesądzają o tym, że Przystępujący, powołując się zsumowaną powierzchnię zrealizowanych dwóch garaży podziemnych, z których każdy miał powierzchnię mniejszą niż 1 501 m², nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ. Przystępujący, powołując się na doświadczenie zdobyte w realizacji inwestycji przy ul. Palacza w Poznaniu nie wykazał doświadczenia w wykonaniu parkingu podziemnego wielostanowiskowego o powierzchni min. 1 501,00 m², gdyż w ramach rzeczonyj inwestycji nie wykonano takiego parkingu. W tej sytuacji Zamawiający winien był na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać Przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zaniechawszy powyższego, dopuścił się naruszenia normy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto należało stwierdzić, że z uwagi na wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, pomimo, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający zaniechał wezwania go do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, wybór oferty nastąpił niezgodnie z przepisami ustawy, co stanowiło naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji i nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu.

Ad zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała przedmiotowy zarzut za bezzasadny. Odwołujący wywodził, że powołanie się przez Przystępującego na realizację inwestycji przy ul. Palacza w Poznaniu i wskazanie, że w jej ramach wykonał parking wielostanowiskowy o powierzchni użytkowej 2 515,65 m²,

stanowiło przedstawienie informacji wprowadzających w błąd w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W tym miejscu należy podkreślić, że o ile Izba uznała, iż rzeczywiście powołanie się na parking wykonany w ramach ww. inwestycji nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia warunku, co skutkowało uwzględnieniem odwołania, o tyle w ocenie Izby nie wypełniły się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Do takiego wniosku Izba doszła uwzględniając następujące okoliczności.

Przystępujący, powołując się na wykonanie parkingu podziemnego o powierzchni 2 515,65 m² podał w JEDZ informację zgodną z referencją wystawioną przez inwestora, którym był Zamawiający. Nie można więc uznać, by działanie Przystępującego stanowiło rażące niedbalstwo (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp) czy nawet lekkomyślność lub niedbalstwo (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). Również przypisanie Przystępującego zamiaru wprowadzenia Zamawiającego byłoby bezpodstawne, gdyż Przystępujący posługiwał się informacjami zgodnymi z referencjami, których wystawcą był sam Zamawiający. Co więcej, należy uznać, że ponieważ skoro to Zamawiający był inwestorem robót referencyjnych, to miał doskonałą wiedzę co do konstrukcji wybudowanych garaży i nie było możliwym wprowadzenie go w błąd w tym zakresie – w szczególności mając na uwadze, że kwestionowane informacje, przedstawione przez Przystępującego pochodziły właśnie od Zamawiającego. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby do uznania, że *de facto* Zamawiający sam wprowadził się w błąd, wystawiając referencję, w której wskazano, że „Powierzchnia użytkowa podziemnego garażu 2 515,65 m²” – który to garaż wykonać miał Przystępujący w ramach inwestycji przy ul. Palacza w Poznaniu. W świetle powyższych okoliczności, Izba uznała, że przedstawienie przez Przystępującego informacji dotyczących wykonania garażu podziemnego o ww. powierzchni, nie wypełniało przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, wobec czego oddaliła omawiany zarzut.

Ad zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp mającego polegać na zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum Firma Remontowo - Budowlana P. Sz., ul. Ostatnia 35, 60-102 Poznań oraz „HYDRO-GAZ Swarzędz” H. W., ul. Bednarska 7, 62-020 Swarzędz do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia wskazanego przez tego wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, które dotyczyło doświadczenia zdobytego przy realizacji zamówienia w ramach konsorcjum. Izba postępowanie w zakresie tego zarzutu umorzyła na podstawie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp *per analogiam*, wobec oświadczenia Odwołującego o jego cofnięciu.

Ad zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania.

Odwołujący rzeczony zarzut wywodził z okoliczności, że w dołączonym do oferty harmonogramie rzeczowo – finansowym Przystępujący wskazał kwoty za poszczególne kategorie robót oraz kwoty podatków VAT 23% i 8% z których, po dokonaniu odpowiednich obliczeń matematycznych wynikało, że przyjął stawkę 8% dla robót z kategorii „Uzbrojenie i urządzenie terenu” podkategoria „Uzbrojenie terenu razem: kanalizacji (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)”. Odwołujący podnosił, że roboty te powinny zostać objęte stawką 23% VAT, wobec czego cena w ofercie zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Izba zarzut ten uznała za nieudowodniony. Przede wszystkim podkreśliła, że jakkolwiek ów harmonogram mógł stanowić podstawę weryfikacji ceny, wobec zapisu pkt XIII SIWZ – „Opis sposobu obliczania ceny”, ppkt 10 – *„Cena oferty powinna wynikać z kalkulacji przeprowadzonej przez Wykonawcę oraz być zgodna z załączonym do oferty harmonogramem rzeczowo-finansowym”*, o tyle w rzeczonym harmonogramie Przystępujący nie określał, jaką stawkę VAT przyjmuje dla określonych kategorii robót. W rezultacie, ustalenie Odwołującego, dotyczące stawki VAT przyjętej przez Przystępującego uznać należy za domniemanie. Możliwym jest bowiem przeprowadzenie innych działań matematycznych, które pozwolą na inne przypisania stawek VAT do innych kategorii robót z harmonogramu rzeczowo – finansowo. Możliwym wydaje się również przypisanie różnych stawek VAT dla jednej kategorii, po jej dalszym rozbiciu na podkategorie – na co miejsca nie przewidywał harmonogram rzeczowo – finansowy, wobec czego nie mogło to znaleźć odzwierciedlenia w jego treści. Reasumując, brak było podstaw dla jednoznacznego przyjęcia, że dla ww. wskazanej kategorii robót uzbrojeniowych Przystępujący przyjął stawkę 8% VAT. Nie budzi natomiast wątpliwości, że decyzja o odrzuceniu oferty musi być oparta o ustalone, jednoznaczne okoliczności. Odrzucenie oferty skutkuje utratą szansy na uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, wobec czego nie może być oparte na domniemaniu, a taka sytuacja miałaby miejsce w niniejszej sprawie w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i oddaliła przedmiotowy zarzut.

Ad zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba rzeczony zarzut uznała częściowo za bezpodstawny – w zakresie w jakim dotyczył naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jak wskazywał Odwołujący, niezapewnienie

zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. W ocenie Izby, dla stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie jest wystarczającym stwierdzenie naruszenia ustawy Pzp, ale również ustalenie, że Zamawiający prowadzi postępowanie z naruszeniem wyrażonych tam zasad. Nie każde bowiem naruszenie ustawy Pzp stanowi o naruszeniu tych zasad, może ono wynikać bowiem z błędów formalnych Zamawiającego, co nie musi prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stwierdzone przez Izbę naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi z pewnością jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, o czym wskazano już w części odnoszącej się ww. uwzględnionego zarzutu. Odwołujący nie sformułował zarzutu naruszenia zasady przejrzystości, również wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wobec czego Izba nie oceniała działań i zaniechań Zamawiającego w tym zakresie.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie a częściowo umorzyła postępowanie. Izba za zasadny uznała jeden zarzut oraz za częściowo zasadny kolejny, mający charakter posiłkowy. Istotnym jest, że Izba oddaliła dwa zarzuty które zmierzały do wyeliminowania Przystępującego z postępowania (naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). A zatem z 5 zgłoszonych zarzutów jedynie jeden zarzut został uwzględniony w całości i jeden (o charakterze posiłkowym) częściowo, przy czym ich uwzględnienie nie doprowadziło do wykluczenia Przystępującego z postępowania lub odrzucenia jego oferty, a jedynie do wezwania o uzupełnienie dokumentów. Mając to na uwadze, Izba uznała, że stosownie do wyniku postępowania jego kosztami w 35% należy obciążyć Zamawiającego i w 65% Odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczalnej wysokości 3.600 zł. Do kosztów postępowania Izba nie zaliczyła kosztów zastępstwa Zamawiającego przed Izbą, gdyż zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) uzasadnione koszty stron Izba ustala na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy – Zamawiający zaś takiego rachunku nie złożył.

Łącznie koszty postępowania wyniosły 23 600 zł, które w całości poniósł Odwołujący, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do kwoty 15 340 zł (23 600 zł x 65%). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 8 260,00 zł (23 600 – 15 340), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący: