

WYROK
z dnia 12 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2021 r. przez wykonawcę **ERBUD S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o., ul. Juliana Aleksandrowicza 5, 26-617 Radom**

przy udziale wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 08-500 Pruszków**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ERBUD S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania prowadzonego w celu udzielenia zamówienia publicznego na „Budowę nowego budynku dla szpitalnego oddziału ratunkowego mazowieckiego szpitala specjalistycznego sp. z o.o. w Radomiu” przez Mazowiecki Szpital Specjalistyczny Sp. z o.o., ul. Juliana Aleksandrowicza 5, 26-617 Radom (dalej „zamawiający”) wykonawca ERBUD S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie od:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. (dalej „przystępujący”),
2. zaniechania odrzucenia oferty przystępującego,
3. zaniechania wezwania przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) lub udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej,
4. zaniechania odtajnienia dokumentu „Rozbicie ceny oferty” stanowiącego Załącznik 7 do pisma przystępującego z 17 września 2021 r. zawierającego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,
2. art. 128 ust. 1, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo zaniechania czynności wezwania go do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej,
3. art. 128 ust. 4, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo zaniechania czynności wezwania go do udzielenia wyjaśnień co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej,
4. art. 18 ust. 1-3, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo tego, że zamawiający zaniechał odtajnienia dokumentu

„Rozbicie ceny oferty”,

5. art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo naruszeń wskazanych powyżej,
6. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b), poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej,
7. art. 128 ust. 1, poprzez zaniechanie czynności wezwania przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej,
8. art. 128 ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej,
9. art. 18 ust. 1, art. 18 ust. 2, art. 18 ust. 3, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentu „Rozbicie ceny oferty” stanowiącego Załącznik 7 do pisma przystępującego z 17 września 2021 r. zawierającego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw do objęcia tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
2. dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert,
3. odrzucenia oferty przystępującego, ewentualnie wezwania go do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) lub udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej i odrzucenia oferty tego wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu,
4. odtajnienia dokumentu „Rozbicie ceny oferty”,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że wskazane przez przystępującego jako inwestycja referencyjna zadanie oznaczone jako „Budowa Szpitala Południowego w Warszawie” na dzień przedstawienia go w wykazie robót nie było zamówieniem w pełni ukończonym. Oświadczył, że zadanie to nie jest w pełni ukończone także na dzień złożenia odwołania.

Wskazał, że przystępujący przedstawił wyłącznie protokół odbioru końcowego odnoszący się do Etapu I, ignorując przy tym i nie informując zamawiającego, że wskazane

zadanie składa się z dwóch etapów, zaś Etap II nie został ukończony na dzień przedstawienia wykazu, co – zdaniem odwołującego oznacza – że zamówienia „Budowa Szpitala Południowego w Warszawie” nie można przedstawiać jako zadania referencyjnego w niniejszej sprawie, albowiem wskazane zamówienie nie jest ani w pełni ukończone, ani w pełni kompletne.

Ocecił, że „Budowa Szpitala Południowego w Warszawie” dopiero po zakończeniu wykonywania Etapu II mogłaby w ogóle być potencjalnie rozważana jako obiekt referencyjny, wykazujący spełnienie warunku udziału, bez ukończenia Etapu II obiekt nie stanowi obiektu spełniającego wymóg zamawiającego, ponieważ jako zamówienie nie został ukończony.

Podał, że Etap I został wyodrębniony i wykonany wyłącznie na potrzeby uruchomienia w obiekcie tymczasowego obiektu dla pacjentów COVID-19, natomiast zamówienie „Budowa Szpitala Południowego w Warszawie” zostanie ukończone dopiero po wykonaniu Etapu II.

Podniósł także, że ani na moment wskazania zadania, ani na moment sporządzenia odwołania nie zostało zakończone usuwanie wad stwierdzonych protokołem przedstawionym przez przystępującego. Uzupełnił, że Wykaz wad (usterek) został wskazany jako Załącznik Nr 3 do protokołu i zgodnie z jego treścią (pkt 11.1.), wady będą usunięte do 15 listopada 2021 r.

Podkreślił, że przystępujący nie przedstawił ani protokołu potwierdzającego usunięcie wad, ani referencji potwierdzającego należyte wykonanie wskazanego zadania inwestycyjnego.

Powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 15 lutego 2019 r. sygn. akt I ACa 548/18): *„Na gruncie umowy o roboty budowlane niewykonanie zobowiązania ma miejsce wówczas, gdy wada jest tego rodzaju, że uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem umowy albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszając ich wartość (wada istotna). Pozostałe wady świadczą jedynie o nienależytym wykonaniu zobowiązania. Wady nieistotne oznaczają natomiast wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości (...).”*

Zaznaczył, że Budowa Szpitala Południowego w Warszawie to jedyne zadanie referencyjne, które może potencjalnie prowadzić do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, polegającego na wykonaniu zadania inwestycyjnego, które spełniało ten wymóg, że *„polegało na budowie budynku o charakterze szpitalnym wg klasyfikacji PKOB Grupa 126 Klasa 1264. Budynek szpitali i zakładów opieki medycznej z wyłączeniem sanatoriów, żłobków, przychodni, poradni, ośrodków pomocy społecznej dla matki i dziecka, budynków przeznaczonych do termoterapii, wodolecznictwa, rehabilitacji, stacji krwiodawstwa, laktarii, klinik*

weterynaryjnych, budynków instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych niepełnosprawnych o powierzchni całkowitej co najmniej 6 000 m² oraz kubaturze co najmniej 21 000 m³”.

Odwołujący stwierdził także, że na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej nie może zostać uznane zadanie inwestycyjne oznaczone jako „Rozbudowa i przebudowa Centrum Handlowego BIELANY w Bielanych Wrocławskich”, albowiem w odniesieniu do tego zadania przystępujący wykonał faktycznie jedynie: „roboty budowlane (konstrukcyjne i wykończeniowe oraz roboty zewnętrzne), dach i elewacja, windy i schody”. Uznał, że taki zakres robót oznacza, że nie można tego zadania referencyjnego przyjąć na potrzeby wykazania spełnienia wymogu zamawiającego.

Podkreślił, że jedynie to zadanie potencjalnie prowadziło do wykazania przez przystępującego wymogu, „aby co najmniej jedno z trzech wykonanych zamówień polegało na budowie budynku, którego elewacja wykonana była z płyt włóknocementowych

W odniesieniu do zaniechania odtajnienia dokumentu „Rozbicie ceny oferty” podniósł, że jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowań przetargowych jest zasada jawności tych postępowań, która tylko wyjątkowo może być ograniczana.

Stwierdził, że przystępujący nie przedstawił żadnych merytorycznych argumentów przemawiających za zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa „Rozbicia ceny oferty”, a mimo tego dokument nie został przez zamawiającego odtajniony.

Stwierdził nadto, że „Rozbicie ceny oferty” jest – co odwołujący wnioskuje z treści pisma z 17 września 2021 r. – dokumentem zawierającym podział i uszczegółowienie ceny oferty ze wskazaniem zakresów realizowanych przez podwykonawców oraz zakresów, jakie przystępujący planuje realizować siłami własnymi i nie zawiera żadnych informacji, które potencjalnie uzasadniałyby zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, że jest to przy tym dokument, który pozwala w podstawowym zakresie zweryfikować innym wykonawcom cenę zaoferowaną przez przystępującego.

W ocenie odwołującego powyższe prowadzi do wniosku, że przystępujący usiłuje zastrzeżać dokument celem uniemożliwienia pozostałym wykonawcom poznania i jakiegokolwiek weryfikacji jego ceny.

Uznał, że przystępujący, uzasadniając dokonanie zastrzeżenia, przedstawia jedynie bardzo ogólne uzasadnienie, które mógłby podać każdy wykonawca biorący udział w niniejszym postępowaniu przetargowym, a które faktycznie nie zawiera żadnych konkretnych argumentów przemawiających za zasadnością dokonania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wskazanego dokumentu i informacji w nim zawartych.

Powołał się na wyroku z dnia 1 września 2017 r. sygn. akt KIO 1662/17: „Podkreślić

należy, że zasadą postępowania jest jego jawność i przejrzystość. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy (...). Nie jest wiarygodne zastrzeżenie przez wykonawców całej kalkulacji cenowej w danym postępowaniu. Oczywistym jest, że zastrzeżenie takie ma tylko i wyłącznie na celu utrudnienie konkurencji weryfikacji zaoferowanej przez wykonawcę ceny, a tym samym służy do ewentualnego utrudnienia możliwości wniesienia środków ochrony prawnej."

Ponownie stwierdził, że zastrzeżenie przez przystępującego „Rozbicia ceny oferty” należy traktować wyłącznie jako działanie nakierowane na uniemożliwienie pozostałym wykonawcom dokonania rzetelnej i merytorycznej oceny oferty przystępującego, nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów i informacji o podstawowym i ogólnym charakterze.

W ocenie odwołującego brak odtajnienia przez zamawiającego ww. dokumentu stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD-R) przy piśmie z dnia 14 października 2021 r. (wpływ do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2021 r.) – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odwołania, „Odpowiedzi na odwołanie” – pismo zamawiającego z dnia 8 listopada 2021 r. dokumentów i materiałów złożonych w toku rozprawy, przywołanych w dalszej części uzasadnienia, a także oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, czego ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali (oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą przystępującego wobec czego uznanie za zasadny/zasadne zarzutu/zarzutów odwołanie ze skutkiem nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego oznacza dla odwołującego szansę na uzyskanie zamówienia i wynagrodzenia za jego realizację).

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, czym zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem V zmodyfikowanej SWZ „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 5 ppkt 5.1. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. 5.1. Zamawiający uzna, że wykonawca posiada minimalne wymagane zdolności techniczne lub zawodowe zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że: W okresie ostatnich 7 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej trzy zamówienia, z których każde polegało na budowie budynku o wartości min. 60.000.000,00 PLN brutto. Przy czym pojęcie budowy jest rozumiane zgodnie z Art. 3 pkt. 6 Prawo Budowlane, tj. „wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego”.

Dodatkowo:

- wymaga się, aby każde z trzech wykonanych zamówień obejmowało co najmniej branże: architektoniczną, konstrukcyjną oraz instalacyjną w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz instalacyjną w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych oraz elektroenergetycznych.
- wymaga się aby co najmniej jedno z trzech wykonanych zamówień polegało na budowie budynku o charakterze szpitalnym wg klasyfikacji PKOB Grupa 126 Klasa 1264, Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej z wyłączeniem sanatoriów, żłobków, przychodni, poradni, ośrodków pomocy społecznej dla matki i dziecka, budynków przeznaczonych do termoterapii, wodolecznictwa, rehabilitacji, stacji krwiodawstwa, laktarii, klinik weterynaryjnych, budynków instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską dla ludzi starszych niepełnosprawnych o powierzchni całkowitej co najmniej 6 000 m² oraz kubaturze co najmniej 21 000 m³;
- wymaga się aby co najmniej jedno z trzech wykonanych zamówień obejmowało budowę układu wentylacji mechanicznej z klimatyzacją wraz z utrzymaniem parametrów powietrza w zakresie temperatury, wilgotności oraz klasy czystości powietrza o łącznej wydajności wymiany powietrza wynoszącej minimum 30 000 m³/h i mocy chłodniczej minimum 150 kW
- wymaga się aby co najmniej jedno z trzech wykonanych zamówień polegało na budowie budynku wykonanego w technologii ścianki zabezpieczającej wykop szerokoprzeźrzenny – tzw. „berlinka”
- wymaga się aby co najmniej jedno z trzech wykonanych zamówień polegało na budowie

budynku, którego elewacja wykonana była z płyt włóknocementowych.”

Zamawiający wymagał również, aby wymienione w warunku budynki uzyskały decyzję o pozwoleniu na użytkowanie, dopuszczając, aby każde wykazane zadanie potwierdzało spełnianie kilku z powyższych warunków.

W rozdziale VI SWZ *„Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”* pkt 6 zamawiający wskazał: *„Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:*

1. W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu: 1.1. (...); 1.2. (...); 1.3. wykaz robót budowlanych wykonywanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 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. 1.4. (...). Uwaga: W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w szczególności członkowie konsorcjum, wspólnicy spółki cywilnej) warunki, o którym mowa powyżej zostanie spełniony jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnia ten warunek.

Załącznik nr 5 do SWZ to opracowany przez zamawiającego wzór *„Wykazu robót budowlanych”* (dalej *„Wykaz robót”*) z następującym opisem poszczególnych kolumn:

1. *„L.p.”*
2. *„Rodzaj wykonanych robót (proszę opisać przedmiot wykonywanej usługi)”*,
3. *„Wartość zrealizowanego zamówienia brutto PLN”*,
4. *„Okres realizacji”*,
5. *„Przedmiot, na rzecz którego usługa została wykonana (nazwa)”*

Pismem z dnia 21 września 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego, powołując się na art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia w tym wykaz robót budowlanych.

Przy piśmie z dnia 29 września 2021 r. przystępujący złożył wypełniony wg opracowanego przez zamawiającego wzoru – załącznika nr 5 do SWZ – Wykaz robót,

ujmujący łącznie 4 pozycje, w tym:

- Budowa Szpitala Południowego w Warszawie (kolumna 2), wykonana na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy (kolumna 5) – poz. 1,
- Rozbudowa i przebudowa Centrum Handlowego Bielany w Bielanych Wrocławskich (kolumna 2), wykonana na rzecz Ikea Centres Polska S.A. (kolumna 5) – poz. 2.

Przystępujący załączył także:

- „*Protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy w zakresie Etapu I*” z dnia 10 lutego 2021 r. (dalej „*Protokół odbioru końcowego*”) – w odniesieniu do poz. 1 Wykazu robót, w którym wskazano m.in.:
 - w części II „*Postanowienia dotyczące czynności odbiorowych Przedmiotu Umowy w zakresie Etapu I*”, iż „*W trakcie odbioru stwierdzono usterki (wady nieistotne nie uniemożliwiające rozpoczęcia użytkowania i przyjęcia pacjentów do szpitala, w tym przeznaczonego do leczenia pacjentów zarażonych COVID-19). Wykaz usterek ujęty w Załączniku nr 3.*”
 - w części III „*Postanowienia dotyczące odbioru końcowego Przedmiotu Umowy w zakresie Etapu I*”, iż „*Z dniem podpisania niniejszego Protokołu Odbioru Końcowego rozpoczyna się bieg okresu rękojmi Przedmiotu Umowy w zakresie Etapu I. Okres rękojmi dla Etapu I wynosi 60 miesięcy od dnia podpisania niniejszego protokołu, tj. dnia 10.02.2021 r.*”,
 - na zakończenie, przed podpisami komisji odbierającej: „*Wobec powyższego Komisja dokonuje odbioru Przedmiotu Umowy z dniem podpisania niniejszego protokołu, tj. z dniem 10.02.2021 r.*”
- „List referencyjny” z dnia 30 lipca 2016 r. wystawiony przez Ikea Centres Polska S.A. (dalej „List referencyjny”) – w odniesieniu do pozycji 2 Wykazu robót, w którym wskazano m.in.: „*Potwierdzamy, niniejszym, że firma Strabag Sp. z o.o. (...) zrealizowała jako lider Konsorcjum firm (...) inwestycje pod nazwą „Rozbudowa i przebudowa Centrum Handlowego Bielany”. W Bielanych Wrocławskich w rejonie ul. Czekoladowej. (...). Wszystkie roboty budowlane i instalacyjne zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone w terminach przewidzianych umową.*”

Pismem z dnia 1 października 2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego; oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący utrzymywał, że wskazana przez przystępującego w pozycja 1 Wykazu robót robota budowlana – budowa szpitala (Budowa Szpitala Południowego w Warszawie) nie jest ani w pełni ukończona, ani w pełni kompletna, ponieważ „wskazane zadanie inwestycyjne składa się z dwóch Etapów, zaś Etap II nie został ukończony” (str. 7 odwołania lit. A drugi akapit) oraz „nie zostało zakończone usuwanie wad stwierdzonych zgodnie z protokołem przedstawionym przez Strabag Sp. z o.o.” (str. 8 odwołania drugi akapit), w konsekwencji uznając, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej.

Skład orzekający Izby stanowiska odwołującego nie podzielił, oceniając wykazanie przez przystępującego, poprzez złożone dokumenty, tj. Wykaz robót oraz Protokół odbioru końcowego Przedmiotu Umowy i List referencyjny, że spełnia warunek co do niezbędnej zdolności technicznej lub zawodowej (w aspekcie pozycji 1 i 2 Wykazu robót).

W pierwszej kolejności podnieść należy, że w Protokole odbioru końcowego Przedmiotu Umowy (część II „*Postanowienia dotyczące czynności odbiorowych Przedmiotu Umowy w zakresie Etapu I*”) mowa wyłącznie o usterekach, nie zaś o wadach, które już w samym protokole zostały zakwalifikowane jako wady nieistotne. Odwołujący nie wykazał przy tym iżby kwalifikacja komisji odbiorowej była błędna, naruszała postanowienia zawartej umowy, czy jakkolwiek przepisy.

Dostrzec także należy, że kwestie dotyczące sprawdzenia pracy układu zasilania i instalacji chłodu dla central wentylacyjnych i belek chłodniczych, sprawdzenia emisji hałasu to ustalenia dodatkowe komisji odbiorowej (poza zakresem stwierdzonych usterek), które – obok stwierdzonych usterek (nie wad) – nie wpłynęły na rozpoczęcie biegu okresu rękojmi Przedmiotu Umowy w zakresie Etapu I i na finalne jego przyjęcie w Protokole odbioru końcowego Przedmiotu umowy.

Przypomnienia wymaga, że ocena realizacji zamówienia należy do odbiorcy zamówienia, czego odzwierciedleniem jest kwalifikacja referencji jako adekwatnego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia. Przystępujący nie przedstawił co prawda referencji w odniesieniu do pozycji 1, jednak przedstawił inny, pochodzący od odbiorcy zamówienia dokument, tj. Protokół odbioru końcowego Przedmiotu Umowy. Analiza treści tego protokołu prowadzi do wniosku, że choć w części II dotyczącej czynności odbiorowych w zakresie Etapu I w pkt. 1 Komisja stwierdziła ustereki, to nie wpłynęło to na rozpoczęcie biegu okresu rękojmi od 10.02.2021 r. (część III pkt 8) i na

ostateczne (końcowe) stwierdzenie Komisji o dokonaniu w tym samym dniu odbioru Przedmiotu Umowy – odbioru „konsumującego” wcześniejsze ustalenia (użyto sformułowania „*Wobec powyższego,*”) bez czynienia jednak jakichkolwiek zastrzeżeń.

W ocenie składu orzekającego Izby pozwala to na uznanie, że odbiorca robót, w przedstawionym przez przystępującego Protokole odbioru końcowego Przedmiotu Umowy, finalnie pozytywnie ocenił Przedmiot Umowy (o etapowaniu poniżej), potwierdzając należyte wykonanie robót z pozycji 1 Wykazu robót.

Uzupełniająco zwrócić należy uwagę na fakt, że opis kolumny 2 Wykazu robót referował do rodzaju wykonanych robót (nie umowy jako takiej), co podkreśla rangę jakiej zamawiający nadał przede wszystkim temu, jakie roboty zostały wykonane, aby wykonawca mógł wykazać się oczekiwanym doświadczeniem.

Skład orzekający Izby pominął złożone przez przystępującego referencje z 8 listopada 2021 r., ponieważ nie dysponował nimi zamawiający, oceniając spełnianie przez przystępującego warunku, a nadto z tego względu, iż odnoszą się do innego momentu, niż ocena, tj. stanu na dzień 8 listopada 2021 r.

Powyższe czyni zbędnymi złożone przez odwołującego dokumenty: Załącznik nr 3 do Protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy, korespondencja pomiędzy stronami umowy z 23 lutego 2021 r., 19 i 29 kwietnia 2021 r., 2 lipca 2021 r. i 11 października 2021 r. – dotyczą one kwestii, które zostały już ujęte w Protokole odbioru końcowego Przedmiotu Umowy (usuwanie usterek, dokonanie sprawdzeń) i ocenione w ten sposób, iż skwitowano je finalnym odbiorem Przedmiotu Umowy z dniem podpisania protokołu bez zastrzeżeń.

W dalszej kolejności, co nie mniej istotne, podnieść należy, że złożonym odwołaniem odwołujący nie zakwestionował, że realizacja etapu I budowy szpitala to, jak oczekiwał zamawiający, realizacja budynku o charakterze szpitalnym, która obejmowała branże wskazane w ustanowionym przez zamawiającego warunku, w technologii ścianki zabezpieczającej wykop szeroko przestrzenny (tzw. „berlinka”), koncentrując się na eksponowaniu faktu, iż etap II nie został zakończony oraz, że stwierdzone usterki (kwalifikowane przez odwołującego jako wady istotne) nie zostały usunięte. Innymi słowy, odwołujący nie twierdził, że dopiero po wykonaniu etapu II, nastąpi „przemiana” budynku na budynek o charakterze szpitalnym, że dopiero w ramach etapu II miały zostać wykonane jakieś branże z warunku, że wreszcie dopiero w ramach etapu II zastosowana zostanie technologia tzw. „berlinki”, a jedynie, że sam fakt, że nie ukończono etapu II, a w odniesieniu do etapu I nie usunięto usterek, oznacza niekompletność i brak ukończenia wskazanych w kolumnie w Wykazu robót roboty.

Na marginesie wskazać należy, że szpital z etapu I to szpital tymczasowy

zarejestrowany jako zakład leczniczy – Szpital Tymczasowy – zgodnie z Księgą rejestrową Nr 000000025101 stan na 11.10.2021 r. złożoną przez przystępującego)

Fakt, że umowa na „Budowę Szpitala Południowego” w pierwotnym brzmieniu nie przewidywała etapowania, że wprowadzenie etapu I i II i ich zakresów zostało wprowadzone aneksami w związku z potrzebą zapewnienia przez zamawiającego szpitala dla pacjentów zarażonych Covid-19 – co wynikało z zawartego Porozumienia – na które to okoliczności odwołujący przedstawił umowę z dnia 18 października 2016 r. Nr 51/DZP-2/2016, Aneks nr 1 z dnia 22 stycznia 2021 r., Aneks nr 18 z dnia 22 stycznia 2021 r. oraz Porozumienie z dnia 3 grudnia 2021 r. Nr ZRM/UM/76/DZP-2/2020 nie były sporne. Sporna była ocena co do możliwości uznania zadania – robót z pozycji 1 Wykazu robót za ukończone w kontekście ustanowionego przez zamawiającego warunku zdolności technicznej lub zawodowej.

Rzeczywiście umowa, której przedmiotem była hasłowo ujęta w § 1 ust. 1 „Budowa Szpitala Południowego” nie przewidywała etapowości inwestycji, wskazując termin zakończenia na 15 września 2018 r. (§ 2 ust. 1 pkt 2). Etapowanie realizacji inwestycji zostało wymuszone potrzebą zorganizowania szpitala tymczasowego dla pacjentów zarażonych COVID-19 (preambuła ww. Porozumienia) r.) i wprowadzone aneksem nr 18 – wskazano wówczas odrębne terminy realizacji dla etapu I i II (odpowiednio do 25.01.2021 r. oraz 15.11.2021 r.) (§ 2 ust. 1 zmienionej aneksem umowy).

W przedstawionych okolicznościach sprawy, tj. wobec wprowadzenia aneksem do umowy dwóch odrębnych etapów budowy obiektu szpitalnego nazywanego konsekwentnie Szpitalem Południowym (jak przystępujący podał w Wykazie robót, a co nie zostało zmienione pomimo licznych aneksów do umowy), odrębnych terminów ich realizacji, zakończenia etapu I budowy (finalnie bez zastrzeżeń) tego obiektu oraz wobec faktu, że odwołujący nie kwestionował (tym samym nie podjął próby wykazania), że etap I nie jest realizacją budynku o charakterze szpitalnym, która obejmowała branże wskazane w ustanowionym przez zamawiającego warunku, w technologii ścianki zabezpieczającej wykop szeroko przestrzenny (tzw. „berlinka”), stwierdzić należy, że przystępujący wykazał, że spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Nie sposób pominąć także, że sam odwołujący w materiałach własnych (Zintegrowany Raport Roczny za 2020 rok – strona tytułowa i strona 136 złożone przez przystępującego) prezentuje obiekt Szpital Południowy jako zakończony – realizowany w okresie od października 2016 roku do marca 2021 roku. Jest to nie do pogodzenia ze stanowiskiem prezentowanym przez odwołującego przed Izbą w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Odwołujący utrzymywał także, że wskazane przez przystępującego w pozycji 2 Wykazu robót zadanie – rozbudowa i przebudowa Centrum Handlowego Bielany w Bielanych Wrocławskich „nie może zostać uznane (...), albowiem w odniesieniu do wskazanego zadania inwestycyjnego Wykonawca Strabag Sp. z o.o. wykonał faktycznie jedynie następujące zakresy robót: „roboty budowlane (konstrukcyjne i wykończeniowe oraz roboty zewnętrzne), dach i elewacja, windy i schody” (str. 9 odwołania drugi akapit), w konsekwencji uznając, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący pominął jednak, że przystępujący wskazał w kolumnie 2 (dedykowanej wskazaniu robót wykonanych) Wykazu robót, iż zadanie obejmowało wskazane w warunku branże oraz dotyczyło budynku z elewacją z płyt włóknocementowych (jak oczekiwał zamawiający) i zostało zrealizowane przez przystępującego w ramach konsorcjum, którego przystępujący był liderem (kolumna 3 Wykazu robót), nie kwestionując przy tym w odwołaniu, iż uniemożliwia to uznanie, że przystępujący legitymuje się wymaganym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doświadczeniem.

Czyni to zbędnymi przedstawioną przez przystępującego Umowę konsorcjum z 8 kwietnia 2014 r. i dokumenty związane z realizacją tej umowy (w tym potwierdzenie z 3 listopada 2021 r. od Elektromontaż Rzeszów S.A., Protokoły odbioru i ze spotkania).

Podkreślenia także wymaga, że odbiorca usługi w Liście referencyjnym potwierdził należytą realizację przez przystępującego inwestycji wskazanej w pozycji 2 Wykazu robót.

Zwraca dodatkowo uwagę fakt, że odwołujący nie kwestionował wskazania przez przystępującego zadania z pozycji 1 Wykazu robót pomimo, że ono także było realizowane w ramach konsorcjum (co przystępujący podał w kolumnie 3 Wykazu robót), a sam odwołujący był jego liderem.

Nie sposób pominąć także, że odwołujący w materiałach własnych (Zintegrowany Raport Roczny za 2020 rok) prezentuje inny obiekt (Szpital Południowy) jako obiekt, którego był wykonawcą pomimo, że zadanie to realizował w konsorcjum z innymi podmiotami.

Uwzględniając powyższe, orzekając w granicach postawionego zarzutu, skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzuty zaniechania wezwania przystępującego do:

- złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów (w tym m.in. podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, czym zamawiający naruszył przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,

- udzielenia wyjaśnień co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, czym zamawiający naruszył przepis art. 128 ust. 4 ustawy Pzp

nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego poczynione w odniesieniu do zarzutu poprzedniego pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

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

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”*

Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp brzmi: *„Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.”*

W konsekwencji uznania, że przystępujący, poprzez złożone dokumenty (Wykaz robót, Protokół odbioru końcowego Przedmiotu Umowy oraz List referencyjny) wykazał, że spełnia warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu poprzedniego), skład orzekający Izby uznał, że brak jest podstaw do kierowania do przystępującego jakichkolwiek wezwań do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, czy złożenia wyjaśnień.

Niezależnie od powyższego podnieść należy, że odwołujący nie zaprezentował w odniesieniu do tego zarzutu żadnej argumentacji, co czyni zarzut gołosłownym.

Zarzut zaniechania odtajnienia dokumentu „Rozbicie ceny oferty” stanowiącego Załącznik 7 do pisma przystępującego z 17 września 2021 r. zawierającego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny mimo braku podstaw do objęcia tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa, czym zamawiający naruszył przepis art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp nie

potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 10 września 2021 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 224 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny ofertowej przystępującego.

Wyjaśnienia wraz z załącznikami (łącznie 11 załączników) przystępujący złożył przy piśmie z dnia 17 września 2021 r., zastrzegając jednocześnie załączniki 5-11 jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępujący zawarł w odrębnym, liczącym 7 stron piśmie.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp: „1. *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.* 2. *Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.* 3. *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.”*

Nie może budzić wątpliwości, że dla skuteczności zastrzeżenia informacji koniecznym jest, po myśli art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, aby wykonawca „*wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.*” Obowiązkiem zamawiającego jest zaś ocena zasadności zastrzeżenia przez pryzmat przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia, nie zaś przez pryzmat własnego przekonania co do charakteru zastrzeganych informacji.

Poza sporem był fakt, że zamawiający udostępnił odwołującemu uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez przystępującego. Odwołujący mógł zatem – a wobec postawionego zarzutu – powinien wykazać, że uzasadnienie to nie pozwala na uznanie, że rzeczywiście zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a przez to wymagają ochrony i odstępstwa od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tymczasem odwołujący nie polemizował z argumentacją przystępującego, poprzestając na stwierdzeniu, w całkowitym oderwaniu od uzasadnienia przystępującego, że „*Wykonawca Strabag Sp. z o.o. nie przedstawił w istocie żadnych merytorycznych*

argumentów przemawiających za zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentu „Rozbicie ceny oferty” (str. 9 odwołania część II drugi akapit), „przedstawia jedynie bardzo ogólne uzasadnienie, które mógłby podać każdy Wykonawca biorący udział w niniejszym postępowaniu przetargowym, a które faktycznie nie zawiera żadnych konkretnych argumentów przemawiających za zasadnością dokonania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa” (str. 10 odwołania drugi akapit) i akcentując w dalszej części brak możliwości weryfikacji ceny ofertowej przystępującego przez innych wykonawców (przypisując przystępującemu taki cel zastrzeżenia), co nie pozwala na uznanie, że odwołujący podważył zasadność decyzji zamawiającego.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo tego, że zamawiający zaniechał odtajnienia dokumentu „Rozbicie ceny oferty”, czym zamawiający naruszył przepis art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ustalenia składu orzekającego Izby w odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentu „Rozbicie ceny oferty” pozostają aktualne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie zachował w poufności złożony przez przystępującego dokument „Rozbicie ceny oferty” (o czym była mowa w odniesieniu do zarzutu zaniechania odtajnienia tego dokumentu), skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie uchybił w tym zakresie przepisom i prawidłowo dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Niezależnie od powyższego podnieść należy, że odwołujący nie zaprezentował w odniesieniu do tego zarzutu żadnej argumentacji, co czyni zarzut gołosłownym.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego pomimo naruszeń wskazanych powyżej nie potwierdził się.

Wobec tego, że nie potwierdził się żaden z zarzutów, skład orzekający Izby uznał, że zamawiającemu nie można przypisać naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: