

WYROK

z dnia 20 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach 6 i 16 października 2020r. sprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2020 r.

przez odwołującego: Konsorcjum

- 1.) Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT THERM Ł. K. Wróblewo – Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo - Lider,
- 2.) COMFORT THERM Sp. z o.o. z s. w Płońsku ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk,
- 3.) M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą MABO M. B. ul. Płocka 14 C, 09-200 Sierpc,
- 4.) PJM INVEST Sp. z o.o. Sp.k. w Kielcach ul. W. Witosa 66 D, 25-561 Kielce,

w postępowaniu powadżonym **przez zamawiającego:** Narodowy Instytut Onkologii im. Marii Skłodowskiej – Curie Państwowy Instytut Badawczy ul. Roentgena 5, 02-781 Warszawa

przy udziale **przy udziale przystępującego:**

ERBUD Operations Sp. z o.o. Jasionka 942, 36-002 Jasionka zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego.**

orzeka

1. oddala odwołanie w zakresie zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego po stronie zamawiającego w związku z zarzutem nieuczciwej konkurencji oraz w zakresie zarzutu zaniechania wezwania przystępującego po stronie zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych oraz w zakresie zarzutu dokonania wyboru oferty przystępującego po stronie zamawiającego jako najkorzystniejszej. W pozostałym zakresie umarza postępowanie odwoławcze.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum:**

- 1.) Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT THERM Ł. K. Wróblewo – Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo - Lider,
- 2.) COMFORT THERM Sp. z o.o. z s. w Płońsku ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk,
- 3.) M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą MABO M. B. ul. Płocka 14 C, 09-200 Sierpc,
- 4.) PJM INVEST Sp. z o.o. Sp.k. w Kielcach ul. W. Witosa 66 D, 25-561 Kielce,

i

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum:**

- 1.) Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą COMFORT THERM Ł. K. Wróblewo – Osiedle 11/17, 09-152 Naruszewo - Lider,
- 2.) COMFORT THERM Sp. z o.o. z s. w Płońsku ul. Piaskowa 9B, 09-100 Płońsk,
- 3.) M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą MABO M. B. ul. Płocka 14 C, 09-200 Sierpc,
- 4.) PJM INVEST Sp. z o.o. Sp.k. w Kielcach ul. W. Witosa 66 D, 25-561 Kielce,
tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 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 Warszawie

Przewodniczący:.....

uzasadnienie

Odwołanie wniesiono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zwiększenie efektywności energetycznej budynku Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie. POIŚ.01.03.01-00-0124/17 w ramach działania 1.3.1. oś priorytetowa I Zmniejszenie emisyjności gospodarki, znak: PN - 153/20/ZS/UE (dalej „postępowanie”).

1. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (tj. z dnia 11 września 2019 r. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „ustawą”, w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, odwołujących wniesiono odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z s. Jasionka (dalej „ERBUD”) jako najkorzystniejszej oferty,
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę ERBUD,
- c) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy ERBUD z postępowania i zaniechania czynności uznania oferty wykonawcy ERBUD za odrzuconą,
- d) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy ERBUD,
- e) zaniechania wezwania wykonawcy ERBUD do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny,
- f) z ostrożności procesowej - zaniechania czynności wezwania wykonawcy ERBUD do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- g) zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Izba w związku z tak sformułowanymi przez odwołującego okolicznościami formalnymi i prawnymi co do czynności bądź zaniechania czynności przez zamawiającego stwierdza, że odwołujący wywodzi obowiązek wykluczenia wykonawcy wybranego/przystępującego po stronie zamawiającego/ ERBUD z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Po pierwsze

odwołujący uważa, że wykonawca wybrany nie spełnia warunków co do doświadczenia zawodowego w tym doświadczenia zawodowego osób i z tego tytułu oczekuje wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania, bądź wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy do uzupełnienia dokumentów. Drugą grupą zarzutów jest nieuczciwa konkurencja w związku z wyliczeniem ceny prac projektowych – dokumentacyjnych na zawyżoną kwotę i nie wezwanie w związku z tym do wyjaśnienia ceny dokumentacji projektowej. Na bazie zaistniałej sytuacji odwołujący stawia zarzut naruszenia uczciwej konkurencji w związku ze złożeniem oferty przez wykonawcę wybranego. W konsekwencji powyższych okoliczności odwołujący domaga się wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Jak **izba ustaliła** z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest zakres robót polegających na „zaprojektuj” i „buduj” (“Zwiększenie efektywności energetycznej budynku Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie”) – Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 22.06.2020r. Dz. Urz. U. E. poz. 2020/S 119 – 288 136. W sekcji II.2.4) Opis zamówienia wydzielono następujące etapy:1. Opracowanie dokumentacji projektowej w oparciu o którą zostanie wykonana inwestycja - Zwiększenia efektywności energetycznej budynku Narodowego Instytutu Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie - Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie.2.w ramach drugiego etapu wykonanie wszelkich zaprojektowanych robót ogólnobudowlanych, wykończeniowych, instalacyjnych oraz wszelkich innych prac niezbędnych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu umowy.3. w ramach trzeciego etapu sporządzenie kompletnej dokumentacji powykonawczej, audytu ex-post i i dokumentacji do rozliczenia projektu będącego przedmiotem dofinansowania w ramach projektu POIŚ.01.03.01-00-0124/17 w ramach działania 1.3.1. oś priorytetowa I Zmniejszenie emisyjności gospodarki (ogłoszenie o zamówieniu Sekcja II. 2.13).

Na podstawie wskazanych powyżej czynności i zaniechania czynności zamawiającego, odwołujący postawił następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ERBUD z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy ERBUD za odrzuconą, pomimo że wykonawca ERBUD w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz pomimo że wykonawca ERBUD w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające

w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt. 1 i 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 16 maja 2019 r. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ERBUD, pomimo że złożenie ww. oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy ERBUD do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, pomimo że zaoferowana cena oferty wykonawcy ERBUD jak i jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów;

d) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ERBUD jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie ww. zarzut a) , tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy PZP. Odwołujący stawia następujące zarzuty:

e) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ERBUD z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty wykonawcy ERBUD za odrzuconą, pomimo że wykonawca ERBUD nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

f) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy ERBUD do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn i w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

W ocenie Izby tak wyżej sformułowane zarzuty należy podzielić na dwie grupy. Pierwsza grupa to zarzuty na podstawie art.24 ust.1 pkt 16 i 17 ustawy, które mają wyeliminować wykonawcę docelowo, już na podstawie samych tych zarzutów. Niemniej, jeżeli Izba tego nie uczyni to odwołujący wskazuje na art. 24 ust.1 pkt 12 i ust.4 ustawy w związku z brakiem doświadczenia zawodowego wykonawcy jak i w konsekwencji osób wyznaczonych przez tego wykonawcę do realizacji zamówienia i nie wezwanie do uzupełnienia doświadczenia zawodowego wykonawcy i osób w trybie art.26 ust.3 ustawy. Druga grupa to zarzut w oparciu o art.89 ust.1 pkt 3 i art.90 ust.1 ustawy, w związku z wyceną prac przewidzianych zamówieniem, które zostały podzielone na trzy części i sprowadza zarzut do nieuczciwej konkurencji, z uwzględnieniem wezwania wykonawcy wybranego do uzasadnienia wyceny trzech części zamówienia przez wykonawcę wybranego. Izba w tym miejscu zwraca uwagę na treść zarzutu c):

„zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy ERBUD do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, pomimo że zaoferowana cena oferty wykonawcy ERBUD jak i jej istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinny budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.”

Izba interpretując wprost postawiony zarzut to dotyczy on podejrzenia rażąco niskiej ceny w kontekście brzmienia art.90 ust.1 ustawy. Zarzut odnosi się do wyceny całości zadania jak i do jej istotnych elementów, w tym wypadku do trzech elementów już powyżej wymienionych to jest prac projektowych, robót budowlanych i prac powykonawczych. Tak sformułowany zarzut w toku postępowania odwoławczego ewoluował do nieuprawnionego zaliczkowania przez zawyżenie wyceny części I zamówienia to jest prac projektowych kosztem dalszych części to jest wyceny robót budowlanych (II część zamówienia) i wyceny prac powykonawczych w tym dokumentacji powykonawczej (III część zamówienia).W tym miejscu Izba podkreśla, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy to jest całościowy za wykonanie przedmiotu zamówienia. Niemniej zamawiający z uwagi na ustalone przez niego etapy odbioru poszczególnych części jak i związane z etapami rozliczenia, wymagał podziału kwoty ryczałtowego wynagrodzenia na wspomniane powyżej trzy części.

Wszystkie postawione zarzuty przez odwołującego przywołują na ich poparcie obowiązujące zasady prawa zamówień publicznych art.7 ust.1 i ust.3 ustawy.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu wskazując na powyższe czynności i zaniechania czynności oraz zbudowane na nich zarzuty odwołania wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy ERBUD jako najkorzystniejszej oferty;
- b) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę ERBUD;
- c) wykluczył wykonawcę ERBUD z postępowania z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz uznał ofertę wykonawcy ERBUD za odrzuconą;
- d) odrzucił ofertę wykonawcy ERBUD z przyczyn wskazanych w niniejszym odwołaniu;
- e) wezwał wykonawcę ERBUD do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie cen zaoferowanych za:
 - Etap I: Opracowanie dokumentacji projektowej w oparciu o którą zostanie wykonana inwestycja: "Zwiększenia efektywności energetycznej budynku Narodowego instytutu Onkologii- im. Marii Skłodowskiej - Curie- Państwowy instytut Badawczy"
 - Część/Etap II: Wykonanie wszelkich zaprojektowanych robót ogólnobudowlanych wykończeniowych, instalacyjnych oraz wszelkich innych prac niezbędnych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu umowy,
 - Część/Etap III: Sporządzenie kompletnej dokumentacji powykonawczej, w tym: sporządzenie audytu ex - post, sporządzenie wszelkiej niezbędnej dla Zamawiającego dokumentacji pozwalającej na pełne i kompletne rozliczenie projektu w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, zorganizowaniu i przeprowadzeniu wszelkich niezbędnych prób, badań i odbiorów, w tym również zorganizowanie i udział w odbiorach przeprowadzanych przez instytucje zewnętrzne (np. Inspektor Nadzoru Budowlanego, Inspektor Sanitarny, Urząd Dozoru Technicznego itd.) w tym w szczególności zorganizowaniu i przeprowadzeniu procedury pozwolenia na użytkowanie;
- f) odrzucił ofertę wykonawcy ERBUD, jeżeli nie udzieli on wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta wykonawcy ERBUD zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- g) w konsekwencji dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto z ostrożności procesowej i wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że nie zasługuje na uwzględnienie ww. zarzut a) . tj. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP

w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 ustawy PZP. Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu aby:

h) wezwał wykonawcę ERBUD do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn i w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania;

i) w razie braku skutecznego uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - aby Zamawiający wykluczył wykonawcę ERBUD z postępowania oraz uznał ofertę wykonawcy ERBUD za odrzuconą.

Izba dokonując oceny złożonych żądań odwołania, również jak powyżej przy zarzutach zauważa, że mają one charakter warunkowy to jest, jeżeli Izba nie potwierdzi wcześniejszych żądań to odwołujący stawia żądania kolejne. Niemniej mając na uwadze cały przebieg postępowania odwoławczego Izba w szczególności zwraca w tym miejscu uwagę na żądania związane z zarzutem rażąco niskiej ceny i nieuczciwej konkurencji, ze strony przystępującego po stronie zamawiającego. Ze sformułowanych żądań odwołania wynika, że odwołujący w tym miejscu konsekwentnie do zarzutów formułuje żądania z nich wywiedzione. Dla czytelności uzasadnienia Izba przytacza je poniżej:

„wezwał wykonawcę ERBUD do udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie cen zaoferowanych za:

- Etap I: Opracowanie dokumentacji projektowej w oparciu o którą zostanie wykonana inwestycja: "Zwiększenia efektywności energetycznej budynku Narodowego instytutu Onkologii- im. Marii Skłodowskiej - Curie- Państwowy instytut Badawczy"

- Część/Etap II: Wykonanie wszelkich zaprojektowanych robót ogólnobudowlanych wykończeniowych, instalacyjnych oraz wszelkich innych prac niezbędnych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu umowy,

- Część/Etap III: Sporządzenie kompletnej dokumentacji powykonawczej, w tym: sporządzenie audytu ex - post, sporządzenie wszelkiej niezbędnej dla Zamawiającego dokumentacji pozwalającej na pełne i kompletne rozliczenie projektu w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko, zorganizowaniu i przeprowadzeniu wszelkich niezbędnych prób, badań i odbiorów, w tym również zorganizowanie i udział w odbiorach przeprowadzanych przez instytucje zewnętrzne (np. Inspektor Nadzoru Budowlanego, Inspektor Sanitarny, Urząd Dozoru Technicznego itd.) w tym w szczególności zorganizowaniu i przeprowadzeniu procedury pozwolenia na użytkowanie;

f) odrzucił ofertę wykonawcy ERBUD, jeżeli nie udzieli on wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta wykonawcy ERBUD zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba w tym miejscu podkreśla, że z powyższego cytatu odwołania wynika, że żądanie dotyczy wyjaśnienia podejrzenia rażąco niskiej ceny i to do wszystkich elementów istotnych, a wyodrębnionych ze względu na częściowe odbiory i rozliczenia, czyli zarzut dotyczy rażąco niskiej ceny całego zamówienia, jak i poszczególnych jego części (trzech części). W oparciu o zarzut rażąco niskiej ceny zbudowany jest zarzut nieuczciwej konkurencji w związku ze złożeniem oferty, a co przekłada się na żądanie odwołującego odrzucenia oferty wykonawcy wybranego/ERBUD w oparciu o art.89 ust.1 pkt 3 ustawy.

Co do uzasadnienia interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołujący poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, bowiem po wykluczeniu wykonawcy ERBUD z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą jak i po odrzuceniu oferty wykonawcy ERBUD to oferta odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

Izba w tym miejscu odnosząc się do tak przedstawionego interesu w uzyskaniu zamówienia przez odwołującego, znajdujący potwierdzenie w dokumentach postępowania przekazanych przez zamawiającego, potwierdza interes prawny odwołującego do wniesienia odwołania, w oparciu o art.179 ist.1 ustawy.

Izba ustaliła, że odwołujący w dniu 18.08.2020 r. otrzymał drogą elektroniczną zawiadomienie od zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z zawiadomieniem, zamawiający wybrał ofertę przystępującego ERBUD jako najkorzystniejszą ofertę z ważnych złożonych ofert. Oferta złożona przez odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert, za ofertą wykonawcy ERBUD. Powyższe ustalenie potwierdza interes w uzyskaniu zamówienia i związane z nim prawo odwołującego do skutecznego wniesienia odwołania.

Odwołujący niniejsze odwołanie wniesiono w dniu 28 sierpnia 2020 r., co oznacza, że czyni zadość wymaganiom art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Kopia zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy niniejszego odwołania została przesłana zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odwołanie wniesiono w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Tym samym, w świetle art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, wniesienie niniejszego odwołania jest w pełni dopuszczalne.

Na posiedzeniu Izba postanowiła dopuszczyć do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcę ERBUD, ponieważ stawający nie zgłosili zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia oraz nie zgłosili opozycji, a Izba stwierdziła wyczerpanie przesłanek ustawowych przewidzianych dla skuteczności przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust.2 ustawy.

Również na posiedzeniu Izba zbadała przesłanki co do odrzucenia odwołania. Przystępujący zgłasza wniosek o odrzucenie odwołania z powodu braku załącznika nr 5 do odwołania, który stanowił zestaw porównawczy cen złożonych ofert oraz ich składowych. Odwołujący wyjaśnił, że załącznik ten nie został przesłany w tym również Izbie a składa go dzisiaj przy piśmie procesowym, ale jego treść została szczegółowo przedstawiona w samym odwołaniu oraz są to informacje dostępne w dokumentacji postępowania zamawiającego. Wobec zgłoszenia wniosku przez przystępującego, Izba zwróciła się do zamawiającego czy zgłasza wniosek o odrzucenie odwołania i w odpowiedzi zamawiający nie zgłasza wniosku o odrzucenie odwołania. W związku z powyższym Izba postanawia uznać wniosek

przystępującego za nieistniejący i niepodlegający rozpoznaniu. Izba rozpoznając przesłanki przewidziane w art.189 ust.2 ustawy nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania.

Izba na posiedzeniu wezwała stawających do złożenia wniosków dowodowych bądź dalszych pism procesowych, popierających argumentację co do stanowisk w sprawie odwołania.

Odwołujący zgłosił następujące wnioski dowodowe, na poparcie twierdzeń co do braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz na dowód nieprawidłowości w wycenie prac projektowych, po stronie przystępującego ERBUD, dla kolejno wykazanych zrealizowanych robót budowlanych:

Dla inwestycji dla ZOZ Ropczyce szpital Sędziszów:

- 1 Załącznik nr 5 do odwołania, Zbiornicze zestawienie porównawcze.
- 2 Część opisowa Projektu wykonawczego WK Architekci IX 2017r.–TOM I projekt zagospodarowania terenu, branża budowlana: architektura i konstrukcja na dowód, że Szpital w Sędziszowie ma 3 kondygnacje nadziemne i podpiwniczenie, a nie jak wymaga siwz.
- 3 Wyciąg z projektu budowlanego zamiennego szpital Sędziszów dotyczący agregatu prądotwórczego Poznań VII.2016 – rezerwowe źródło zasilania szpitala, z którego wynika jak w punkcie powyżej.
- 4 Element (rysunek) dokumentacji budowlanej przedstawiający elewację od strony północnej szpital Sędziszów, na dowód 3 kondygnacji nadziemnych.
- 5 Jak w pkt powyżej 4 – elewacja wschodnia tego budynku.
- 6 Wyciąg z siwz Zespół Opieki Zdrowotnej (ZOZ) Ropczyce Przetarg znak: Zn 2018 04 zaznacza rozdział III pkt 2 i 3 strona od 3 do 4. Wskazuje, na których kondygnacjach odbywały się roboty budowlane – na 2 nadziemnych.

Dla inwestycji dla SP ZOZ w Leżajsku:

1. Korespondencja emailowa pomiędzy P. D. W. i P. Ł. K. na okoliczność doświadczenia w wykazie ERBUD, doświadczenie z wykazu pozycja 3. Wskazuje precyzyjnie pozycje z kosztorysu załącznika do umowy, które odnoszą się do budynku wysokiego i stwierdza, że roboty dotyczyły szybu na zamontowanie dźwigu a nie budynku.
2. Umowa NR DZP 381/233/2017 na powyższe zamówienie między Szpital w Leżajsku a ERBUD wówczas z siedzibą w Rzeszowie – 23.10.2017r. umowa określa, że chodzi o wybudowanie osobnego budynku z 2 kondygnacjami, a nie jak w siwz 4 kondygnacji.

3. Załącznik nr 1 do umowy powyższej NR DZP 381/233/2017. Zwracam uwagę na pozycje od 1 do 104 jest to kosztorys ofertowy, wycenione są tam roboty szybu dźwigowego oraz roboty dodatkowe przy łączniku między starą częścią szpitala a nową 2 kondygnacyjną, a nie jak w siwz 4 kondygnacji.
4. Spis zawartości A. Opis Techniczny projekt wykonawczy, branża konstrukcja - spis rysunków - Opis techniczny - części architektoniczno - konstrukcyjnej gdzie na stronie 4 pkt 1.2 i stronie 6 pkt 6 i ppkt 7.2 Mówi się o nowo budowanym budynku dwukondygnacyjnym, a nie jak wymaga siwz 4 kondygnacji.
5. Opis projektu branży architektonicznego, projekt wykonawczy strona 5 ppkt 3 strona 6 i 7, z których to wynika , że jak powyżej- 2 kondygnacje, a nie jak wymaga siwz 4 kondygnacji.

Kolejno odwołujący zgłosił dowody na okoliczność art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 ustawy– zarzut - nieuczciwa konkurencja i zaniechanie wezwania do wyjaśnienia ceny:

1. Informacja z otwarcia ofert unieważnionego 20.04.2020r. poprzedniego postępowania PN-55/20/ZS/UE tożsame zamówienie ze spornym, gdzie cena zbiorcza ERBUD wynosiła 52 885 208 zł a aktualnie cena wynosi 26 760 000 zł różnica – 50% mniej po okresie 3 miesięcy.
2. Formularz ofertowy z unieważnionego postępowania PN-55/20/ZS/UE oferty ERBUD z rozbiciem na 3 części.
3. Wycena prac projektowych w przedmiotowym postępowaniu odwołującego z dnia 06.10.2020r. w oparciu o rozporządzenie ministra infrastruktury w sprawie metodologii obliczania prac inwestorskich i dokumentacji projektowej na kwotę 1.913.536 zł. netto. wycena na kwotę 2 300 000zł brutto a odwołujący na 2 900 000 a ERBUD 5 410 000zł.
4. Kolejna wycena prac projektowych według metod SEKOCENBUDU wartość kosztorysowa inwestycji, wskaźniki cenowe (WKI) – kwota 2 300 000zł brutto.
5. Dowód z wnioskiem o zachowanie tajemnicy przedsiębiorstwa. Kalkulacja ceny ofertowej odwołującego sporządzonej na etapie przygotowania oferty, która wskazuje na konieczność powzięcia przez zamawiającego wątpliwości w trybie art. 90 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp obejmuje tajemnicę przedsiębiorstwa w związku z tym dowód zostaje przekazany zamawiającemu i Izbie z wyłączeniem przystępującego z wnioskiem o wyłączenie jawności tej części rozprawy, w czasie jego rozpoznania. Dodatkowo do tego opracowania jest załączona oferta kooperanta

projektowego, który wycenił wartość prac projektowych (tajemnica handlowa) oraz jest to dowód na art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Przystępujący zgłosił następujące wnioski dowodowe, na poparcie twierdzeń co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dla kolejno wykazanych zrealizowanych robót budowlanych oraz zarzutu nieuczciwej konkurencji i zarzutu rażąco niskiej ceny

Dla inwestycji dla ZOZ Ropczyce szpital Sędziszów:

1. Rysunek z projektu wykonawczego z dokumentacji projektowej, przetargowej na który to przetarg powoływał się odwołujący, wykonany przez WK Architekci i elewacja południowa (inaczej niż odwołujący, który przedstawił elewację północną i wschodnią), także zdjęcia ze wszystkich stron budynku łącznie 6 zdjęć kolorowych.
2. Pismo ZOZ Ropczyce z dn.01.10.20, gdzie stwierdza się faktyczną ilość 4 kondygnacji budynku i zakres prac ERBUD w zakresie termomodernizacji, co uzyskano w trybie informacji publicznej. Na pytanie Izby pełnomocnik stwierdza, że pismo to nie było przedstawiane dotychczas Izbie, ale stanowi ono odpowiedź na pismo odwołującego w trybie informacji publicznej.
3. Pismo Poświadczenie inwestora ZOZ w Ropczycach – poświadczenie wystawione dn.01.09.20 przez dyrektora ZOZ A. P. na okoliczność wykonania przez ERBUD robót termomodernizacyjnych na budynku 4 kondygnacyjnym, na nasze pytanie.
4. Oświadczenie wykonawcy projektu budowlanego zamiennego architekt mgr inż. T. S. autor tego projektu zamiennego – branża architektoniczna, w dniu 07.09.2020r złożone do ERBUD, z którego wynika, że obiekt ma 4 kondygnacje nadziemne i zostały wykonane roboty termomodernizacyjne, wraz z zaświadczeniem o kwalifikacjach zawodowych Śląskiej Okręgowej Rady Izby Architektów RP i stwierdzenia przygotowania zawodowego 25.05.1983 nr ewid. 257/83 Wojewódzkiego Zarządu Urbanistyki i Architektury w Katowicach.
5. Pierwsza strona tytułowa projektu budowlanego TOM I WK Architekci VI 2017r. oraz pierwsza strona tytułowa projektu zamiennego 29.06.2018., autor mgr inż. arch. T. S. oraz decyzja - pozwolenie na budowę - zamienne numer 526/2018. Zwraca uwagę, że inwestycja była realizowana na podstawie projektu zamiennego a nie projektu, na który powołuje się odwołujący.
6. Opinia techniczna zespołu PZliTB (Polski Związek Inżynierów i Techników Budownictwa) Oddział Rzeszów autor opracowania Rzeczoznawca Budowlany mgr inż. D. P. z decyzjami Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego (GINB) Warszawa 1999.10.25 – wpis do Centralnego Rejestru Rzeczoznawców Budowlanych pod poz.

176//99/R i decyzja o stwierdzeniu przygotowania zawodowego z 20.03.1985 Nr B-44/85 Urząd Wojewódzki w Rzeszowie i o przynależności do Polskiej Izby Inżynierów PDK-MGG-2HP-WZ3 (zaświadczenie wygenerowane elektronicznie 2020-01-03). W opinii stwierdza się, że budynek jest 4 kondygnacyjny nad ziemią. Przy czym kondygnacja przyziemna ma różną wysokość na długości całego budynku z uwagi na to, że budynek znajduje się na skarpie, do budynku wchodzi się drzwiami z powierzchni ziemi i do kolejnych pomieszczeń z korytarza, gdzie wszystkie pomieszczenia mają okna, ale nawet gdyby przyziemia nie potraktować, jako naziemną kondygnację to z opinii wynika, że jeszcze jest kondygnacja poddasza. Do opinii załączone rzuty techniczne.

Dla inwestycji dla SP ZOZ w Leżajsku:

1 Spis treści do projektu architektonicznego branży architektoniczno-budowlanej z przetargu oraz Część Opisowa projektu na okoliczność rozbudowy, również że roboty także były robione na piętrach 4 i 5.

2 Decyzja Starosty Leżajsk nr 313/2016 z 10.08.16r. rozbudowa o pawilon diagnostyczno-zabiegowy Szpitalnego Oddziału Ratunkowego w budynku Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej (SOR SP ZOZ) w Leżajsku budynku 6 kondygnacyjnego.

3 Pismo SP ZOZ Leżajsk 27.04.2018 podpis M. F. Przedmiar Robót, z którego wynika że były to roboty termomodernizacyjne, szczegółowy przedmiar pozycja 89 i 98.

4 Umowa DZP 381/233/2017 z 23.10.2017r. pomiędzy ERBUD Rzeszów i SP ZOZ Leżajsk z załącznikami kosztorysy robót na okoliczność, że dotyczyło to robót termomodernizacyjnych pozycja 3.1, 89,90,91 i 98.

5 Rysunek z projektu budowlanego – dokumentacja powykonawcza z branży zagospodarowania terenu na dowód, że powierzchnia zabudowy uległa zwiększeniu, co świadczy o tym, że mamy do czynienia z rozbudową a nie budową nowego obiektu. Dokumentacja sporządzona przez biuro architektoniczne Canea Inżynieria i Komputery A. P. Kielce.

6 Rysunek z dokumentacji powykonawczej – przekrój D - D branża architektoniczna Canea Inżynieria i Komputery A. P. Kielce na dowód, że skrzydło rozbudowane stanowi element dotychczasowego budynku a nie budowę nowego budynku.

7 Wyciąg z książki obmiarów dokumentacja powykonawcza – pozycja 89,90,91,98 na okoliczność, że w ramach tej inwestycji były wykonywane również roboty termomodernizacyjne, dokument podpisany przez inspektora nadzoru inwestorskiego mgr inż. P. T. .

8 Dokumentacja zdjęciowa (5 zdjęć) na okoliczność wykonywania robót termomodernizacyjnych w tym zdjęcia - grzejników. Jeżeli chodzi o pojęcie termomodernizacji to według naszej wiedzy nie ma pojęcia w prawie budowlanym ani w innych przepisach, natomiast pojęcie to określa się według ustawy 21.11.2008 o wspieraniu termomodernizacji i remontów.

III. Dowody przystępującego na okoliczność art. 89 ust 1 pkt 3 i 4 ustawy – nieuczciwa konkurencja i zaniechanie wezwania do wyjaśnienia ceny:

1. Informacja zamawiającego o unieważnieniu postępowania 26.05.2020r.
2. informacja zamawiającego z otwarcia ofert 20.04.2020r. odwołujący wówczas wygrał przetarg, ale nie zawarł umowy, bo nie zgodził się na przedłużenie terminu związania ofertą i wtedy odwołujący oferował robotę za 24 000 000zł a przystępujący aktualnie proponuje cenę 26 000 000 złotych. W tamtym postępowaniu bardzo mało mieliśmy czasu na przygotowanie oferty w związku z tym ostrożnościowa wycena aż na 52 000 000zł, bo nie mieliśmy czasu na analizę dokumentacji zamawiającego.

Izba z uwagi na koniec czasu wyznaczonego na posiedzenie oraz obszerność szeregu dokumentów i brak możliwości bieżącego zapoznania się z ich treścią, uzgodniła ze stronami odniesienie się pisemne do przedstawionych dowodów, jak i pism procesowych, do czasu kolejnego posiedzenia, celem również rozważenia co do dalszego popierania stanowisk w sprawie.

Na kolejnym posiedzeniu w dniu 16.10.2020r. przystępujący stawiał się z mgr inż. P-n T. S. architekt, uprawnienia architektoniczne bez ograniczeń oraz z P-n mgr inż. M. Z.i branża konstrukcyjno-budowlana, uprawnienia bez ograniczeń w wykonawstwie i zgłasza wniosek o przesłuchanie w charakterze świadków, na okoliczności złożonych na poprzednim posiedzeniu dokumentów, w szczególności co do ilości kondygnacji budynku w Sędziszowie. Zamawiający popiera wniosek przystępującego w pełnym zakresie.

W tym miejscu Odwołujący wnosi o udzielenie głosu i cofa zarzuty dotyczące braku doświadczenia zawodowego przystępującego zarówno, co do doświadczenia na

obiekcie w Leżajsku jak i w Sędziszowie. W związku z tym również cofa zarzut naruszenia art. 24 ust. 1pkt 16 i 17 tj. nieprawdziwe informacje. Cofa również zarzuty dotyczące kwalifikacji zawodowych osób, które wykonywały swoje obowiązki na tych budowach tj. Sędziszów i Leżajsk.

Izba w tym stanie rzeczy stwierdza, że pozostają do rozpoznania zarzuty dotyczące naruszenia uczciwej konkurencji (art.90 ust.1pkt 3 ustawy) w związku ze złożoną ofertą cenową tj. brakiem wezwania w trybie art. 90 ust.1 ustawy w zakresie części 1 dokumentacji technicznej, co skutkuje naruszeniem art. 91 ust.1 ustawy co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na posiedzeniu **Odwołujący podtrzymuje stanowisko, co do uwzględnienia odwołania za wyjątkiem cofniętych zarzutów.**

Zamawiający wnosi o oddanie odwołania. Przystępujący popiera stanowisko zamawiającego.

Stanowiska stron na rozprawie

Odwołujący

Czyn nieuczciwej konkurencji w związku z wyceną prac projektowych

Zamawiający ustalił cenę ryczałtową, ale żądał podziału ceny na 3 części. Powołując się na umowę wynika z niej, że przewidział w związku z tymi częściami wypłatę wynagrodzenia tj. etap dokumentacji, realizacji robot budowlanych i czynności powykonawczych w tym dokumentacja powykonawcza. Umowa nie przewiduje zaliczkowania, czyli wykonawca ma obowiązek z własnych środków finansowych wykonywać prace, roboty i po ich przyjęciu otrzymać wynagrodzenie. Natomiast stawiając zarzut nieuczciwej konkurencji przystępujący planuje za projekt sfinansować prace budowlane, czyli nie korzystać z własnych środków do robót a zaliczkować się przez zawyżone wynagrodzenia za projekt, pomimo braku formy zaliczkowej w umowie. Udowodniliśmy, że są znaczne różnice cenowe za 1 etap – dokumentacja techniczna, porównując wycenę etapu w przetargu unieważnionym do przetargu aktualnie prowadzonego. W pierwszym przetargu unieważnionym, cena ERBUD wynosiła ponad 52 000 000zł a aktualnie wynosi 26 000 000zł to relacje między wyceną projektu w 1 przetargu a aktualnym są następujące. W pierwszym przetargu wycena na ok. 3 400 000zł a aktualnie 5 400 000zł a wniosek z tego, że przy dwukrotnie wyższej cenie za całość udział projektu był niższy w pierwszym przetargu niż aktualnie tj. drugim przetargu projekt droższy a roboty ogólnie o połowę tańsze. Z zestawienia tych liczb wywodzę, że

zachodzi nieuczciwa konkurencja, którą nazwałem nieuprawnionym zaliczkowaniem robót budowlanych z wynagrodzenia za projekt.

Odnosząc się dalej do stanowiska zamawiającego to przede wszystkim stwierdzam, że przystępujący nie wytłumaczył, dlaczego tak mocno wzrosło wynagrodzenie projektowe przy obniżeniu wynagrodzenia. Nasze wyliczenia zarówno w pierwszym przetargu jak i w aktualnym były porównywalne. Wynagrodzenie za prace projektowe jest na poziomie 2 200 000zł. Dysproporcje tych elementów zamówienia w poszczególnych postępowaniach są na minimalnym poziomie, czego nie można stwierdzić w stosunku do oferty ERBUD. Jeżeli chodzi o ocenę naszego zachowania w pierwszym przetargu unieważnionym tj. odmowy terminu związania ofertą to oświadczam, że według mojej wiedzy odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie, ponieważ przyznaje, że cena była skalkulowana na poziomie zbyt zaniżonym do kosztu realizacji przedmiotu zamówienia, za nisko wyceniliśmy przedmiot zamówienia i nie zamierzaliśmy się narażać np.: na nie wykonanie tych prac. Natomiast uważam, że spojrzenie na siwz chociażby w aspekcie rozbicia w formularzu ofertowym części za określone etapy robót dają prawo do dyskusji na temat skutków sytuacji zawyżenia wyceny poszczególnych elementów w cenie ryczałtowej. Również nie zgadzam się z argumentacją, że jest pełna swoboda przy wycenie poszczególnych elementów części składowych zamówienia w sytuacji, gdy np.: jak twierdzą moi przeciwnicy nie było w siwz podziału procentowego poszczególnych wydzielonych elementów zamówienia. Tak jak nie było np.: postanowień o zakazie inżynierii cenowej, czyli brakiem adekwatności wyceny poszczególnych elementów zamówienia w stosunku do czynności, jakie przynależą do danego elementu zamówienia. Odnosząc się do zarzutu, że średnia arytmetyczna cen nie wynosi 30% w porównaniu z ceną przystępującego to chciałbym zaznaczyć, że praktyka wskazuje jak i sam przepis, że nie musi być różnica cenowa na poziomie 30%, aby w trybie art. 90 ust.1 zamawiający wzywał do wyjaśnień. Wskazaliśmy w naszym stanowisku okoliczności w szczególności odnosząc to do treści oferty w zakresie ceny przystępującego. Również nie zgadzam się z poglądem ERBUD, który neguje celowość powracania w wywodach do unieważnionego postępowania. Uważam, że ERBUD nie wyjaśnił swojego stanowisko a pogląd jego, że nie ma, o czym mówić, bo ceny wszystkich w tym postępowaniu są niższe od postępowania pierwszego, jest nieuprawnione chociażby jak porównamy zachowanie pozostałych wykonawców. Jeżeli ZAB-BUD sp. z.o.o to cena jest niższą od pierwszego o 2 000 000zł z kolei ceny Budir system jest niższą o 500 000zł a przystępujący jego cena od pierwszego przetargu jest niższa o 26 000 000zł i to należy ocenić moim zdaniem, jako wykazujące naszą argumentację o nieuczciwej konkurencji i potrzebie wezwania do wyjaśnień tak, więc twierdzenie, iż wszyscy obniżyli i

generalizowanie tego zdarzenia i skutków z tego wynikających w mojej ocenie jest nieuprawnione. Nie zgadzam się z odpięciem naszej argumentacji, jako niesłusznej poprzez argumentację przeciwko nam, że z kolei my zawyżyliśmy ostatni etap, co ma skutkować brakiem podstaw do wezwania. Uważam, że nasze twierdzenie, iż etap pierwszy u przystępującego jest nadmiernie zawyżony w kontekście dotychczasowej naszej argumentacji nie został do dnia dzisiejszego odparty. Odnosząc się do trzeciego etapu i argumentacji ERBUD przywołanej między posiedzeniami Izby to chcę podkreślić, że zarzut ERBUD, iż nasza cena z kolei zawyża trzeci etap to nawet gdybyśmy odjęli od średniej arytmetycznej trzeciego etapu naszą ofertę to i tak cena ERBUD wobec średniej arytmetycznej za trzecią część jest niższa o 64%, co wskazuje, że jest zawyżona w części pierwszej, a co uważam jest wprost dowodem, że koszty trzeciej części przerzucili do pierwszej ze skutkami, o których piszemy i mówimy na posiedzeniach Izby. My za te czynności przewidujemy koszty na poziomie 1 056 000zł a ERBUD uważa, że wykona to za 40 000zł a w efekcie ERBUD to, co należy zapłacić na końcu przerzuca na pierwszy etap. W głosie końcowym. Ponadto wobec powoływania przez Zamawiającego § 14 umowy to i z przywołanego ust.1 i 2 to przywołuje, że jest jeszcze ust.1 i tam się mówi o etapach w celach rozliczeń. Nie zgadzam się z poglądem o swobodzie rozłożenia zysku chociażby z tego powodu, że Zamawiający się nie pytał skąd taki wysoki koszt pierwszej części a udziela takiej odpowiedzi, że tam jest cały zysk. Uważam, że nie obalił mojej tezy o zaliczkowaniu dalszych etapów z pierwszego etapu, czyli przedwcześnie. Natomiast chciałbym powiedzieć, że przekroczenie szacunku też świadczy o tym, że Zamawiający nie doszacował jednak zamówienia. Dalej twierdzę, że Zamawiający nie płaci za całość tylko za części i po to żądał wyceny poszczególnych etapów. Z §15 ust.1 umowy wynika prawo do dalszego podziału, płatności za drugi etap, ale według kwot z oferty, cena za etap pierwszy się nie zmienia. Jeżeli chodzi o dyskusje o trzecim etapie to ja uważam, że to nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu, to jest na końcu a my mówimy o pierwszym etapie, mówimy o zaliczkowaniu, którego umowa nie przywiduje ani siwz. Podsumowując to jednak podtrzymuję swoje stanowisko, które sprowadza się, że zawyżenie pierwszego etapu tj. etapu projektowania na poziomie 2 000 000zł brutto ma znaczenie dla rozstrzygnięcia zawisłego sporu.

Zamawiający:

Wnosi o oddalenie odwołania w całości w zakresie nie cofniętym. Wyroki powoływane stwierdzały nieuczciwą konkurencję, ale to na tle, że były punkty w ramach kryterium oceny ofert przyznawane za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia i chcąc wykonawcy uzyskać właśnie te punkty konkurencyjności to tam gdzie przyznawano punkty zaniżali ceny a tym samym koszty. Przechodząc dalej ja też chciałbym podkreślić umowę § 14 ust. 2 i 3 umowy, który mówi, jaki charakter ma wynagrodzenie, czyli ryczałt, jednocześnie w ust. 3

odnosi się, że ten ryczałt musi obejmować wszelkie koszty, czyli zamawiającego interesuje kwota ryczałtowa i w tym kontekście pochyła się na ewentualnym RNC. Ponadto chciałbym zwrócić uwagę, że cena całkowita zawiera zysk, nigdzie nie narzuciliśmy polityki cenowej jak ten zysk rozdzielić, krótko mówiąc, gdzie i w jakiej wysokości i czy w ogóle, co do poszczególnych części jest kumulowanie zysku to sfera nieograniczona wykonawcy, czyli ja nie mogę postawić zarzutu np. w sytuacji gdzie cały zysk wykonawca wlicza w pierwszą część krytykowaną przez odwołującego tj. problem jak wykonawca rozdziela zysk na trzy części, ale ma tu swobodę może minimalny zysk do dwóch części a maksymalny pierwszy etap i nie mogę tego oceniać. W tej sprawie to odwołujący mógłby wykazywać nieuczciwą wycenę pierwszego etapu, gdyby przede wszystkim wykazał, iż drugi najbardziej kosztowa część jest zaniżona i to podkreślam, że kosztowa, bo nie ustaliłem jak ten zysk, w jaki sposób przypisywać do poszczególnych 3 etapów. Wówczas moglibyśmy ewentualnie zastanowić się gdyby były zarzuty do drugiej części czy rzeczywiście przy wycenie jest problem, kto miał, jakie koszty czy na przykład przy użyciu np. podwykonawcy. Co do inżynierii cenowej to tylko zaznaczam, że wynagrodzenie za trzeci etap odwołującego jest wyższe od innych o 366,33%. Jeszcze raz zauważając, że jest to cena ryczałtowa to dla mnie dowodem, którego nie było w tym postępowaniu odwoławczym, gdzie mógłbym rozważyć czyn NK to gdyby, powtarzam cena za drugi etap, czyli robót najbardziej kosztowych była zaniżona i można byłoby mówić o RNC. Reasumując uważam, że odwołujący nie sprostał dowodowo zarzutowi czynu NK. Natomiast, co do oświadczeń to zaskoczył mnie dzisiaj odwołujący, że zaniżyli cenę w pierwszym przetargu no, bo bym mógł postawić zarzut niezgodności z siwz, ale to już jest postępowanie unieważnione. Tak samo przystępujący oświadczał, że liczył ryzyka w taki sposób, że zawiżył cenę w pierwszym przetargu, ja bym obydwie te twierdzenia pozostawił samym sobą, bo to jest przetarg zamknięty i nie odwoływał się do pierwszego przetargu przy argumentacji zarzutów. Jeżeli chodzi o art. 90 ust. 1 zauważę tylko, że cena ERBUD jest wyższa o 3 000 000zł od naszego szacunku. To jak ja mam mieć obiektywne wątpliwości według art. 90 ust. 1, że wzywam do wyjaśnień. Podkreślam też, że cena za drugi etap nie budziła naszych wątpliwości. Jeszcze raz podkreślam o istotności tego elementu nie mam podstaw twierdzić, że jest zaniżona. Też odnosząc się do dowodu tajemnicy przedsiębiorstwa przy wycenie prac projektowych to analizując wyliczenia w związku z odejmowaniem zysku naliczonego na etapach to te różnice między ERBUD a Odwołującym nie są za wysokie. Nie mamy obiektywnych wątpliwości, co do ceny ERBUD. W głosie końcowym Kwitując moje stanowisko niejako odnosząc się do wypowiedzi odwołującego to chciałbym powiedzieć, że przyjmijmy, że ja nie udowodniłem, że zysk właśnie mieści się w pierwszym etapie to też odwołujący nie udowodnił, że jest tam zaliczka, przywołuje tu ciężar dowodu. Jeżeli chodzi o czyn NK to nie wykazano, że drugi etap jest na zaniżonym poziomie a to wywodzę z dowodu objętego TP.

Uważam, że przed Izłą nie rozstrzygnięto, nie wykazano czy w pierwszej części jest zaliczka i również czy jest w nim zysk.

Przystępujący. Uważam, że odwołujący stawia problem w sposób sztuczny, ponieważ z dokumentacji przetargowej wynika cena ryczałtowa pokrywająca koszty, ale też nieokreślająca wysokości marży czy zysku. Ma tu w tym zakresie wykonawca swobodę jak i swobodę etapu, na którym te elementy ceny doliczy do kosztu. Zamawiający oczekuje kompletnego świadczenia. Owszem kwestia harmonogramu to podkreśla, że są przewidziane tego typu rozwiązania w § 8 gdzie mówi się o harmonogramie częściowo finansowym i w ten sposób mamy etapy wykonania, które skutkują rozliczeniami finansowymi. Odnosząc się do pierwszego unieważnionego przetargu to korzystamy z twierdzeń odwołującego, co do skutków w jego przypadku zaniżania a w naszym przypadku zawyżenie, ale nie wyciągamy z tego takich negatywnych wniosków. W głosie końcowym. Jeżeli chodzi o ocenę dowodów to mamy tylko kalkulację własną, albo powoływanie się do unieważnianego przetargu.

Izba na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, stanowisk stron w złożonych pismach, jak i prezentowanych na posiedzeniu i rozprawie, oceniając materiał dowodowy, na poparcie stawianych wniosków zważyła jak poniżej.

Odwołujący w złożonym odwołaniu postawił zarzut nieuczciwej konkurencji w oparciu o art.89 ust.1 pkt 3 ustawy, twierdząc że złożona oferta przez przystępującego narusza zasady uczciwej konkurencji, przez zawyżenie wynagrodzenia za pierwszy etap jakim jest sporządzenie dokumentacji projektowej. Twierdzenie oparł na znacznej różnicy w wycenie prac projektowych przez przystępującego w stosunku do jego wyceny oraz innych oferentów składających ofertę. W tym miejscu należy zaznaczyć, że przedmiot zamówienia ma być realizowany w systemie projektuj i buduj, przy obowiązującym wynagrodzeniu ryczałtowym. Całość zadania obejmuje sporządzenie dokumentacji projektowej, realizację robót budowlanych oraz prac powykonawczych związanych z odbiorem obiektu do użytku i dokumentacja powykonawczą. Wynagrodzenie ryczałtowe sprowadza się do wynagrodzenia za całość przedmiotu zamówienia z ryzykiem dla wykonawcy, w przypadku nie przewidzenia prac i kosztów na etapie sporządzania oferty, co znajduje oparcie w art.632 k.c. w związku z art.14 ust.1 ustawy. Wykonawca bez względu na poniesione koszty w trakcie realizacji zadania nie ma prawa do żądania weryfikacji ustalonego wynagrodzenia w tym wypadku przedstawionym w ofercie zamawiającemu. Również zamawiający nie ma prawa do weryfikacji wynagrodzenia w przypadku zrealizowania całego wynagrodzenia przez w tym

przypadku przystępującego. Wynagrodzenie ryczałtowe ma charakter globalny za wykonanie całości zadania a nie jak w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego za zrealizowane etapy zadania według ustalonych stawek jednostkowych. Niemniej w przedmiotowej sprawie zamawiający żądał w formularzu ofertowym podania kwot za poszczególne części to jest za każdą z trzech części na jakie podzielił zadanie. Praktyka taka jest związana z etapowością odbierania wykonanego zadania jak i rozliczeniami za wyszczególnione etapy zadania. Powyższą praktykę potwierdzają postanowienia przedmiotowego siwz jak i przywoływane przez strony postanowienia umowy, która będzie zawarta. Niemniej zasadniczym ustaleniem w sprawie jest fakt obowiązywania wynagrodzenia ryczałtowego czyli za całość zadania i nie zmienia tego fakt wyodrębnienia trzech części siwz. Zamawiający nie ustalił również sposobu obliczenia ceny czy też jakie relacje stosunkowe mają być całości wynagrodzenia do poszczególnych wyodrębnionych części zadania. Zamawiający jest zainteresowany uzyskaniem w wyniku przetargu najefektywniejszej ceny spośród złożonych ofert. Można powiedzieć, że tylko od oferenta zależy jak podzieli wynagrodzenie za całość zadania na poszczególne części w ramach obowiązującego wynagrodzenia. Nie ma tu żadnych ustaleń i ograniczeń ze strony zamawiającego. Należy w związku z tym podzielić argumentację zamawiającego, że nie ma przeszkód aby w pierwszej części odnoszącej się do dokumentacji projektowej wykonawca naliczył marżę, zysk czy inne koszty ogólne, pośrednie występujące u sporządzającego ofertę. Przy cenie ryczałtowej zamawiający bada czy cena odpowiada jego szacunkowi ale jako całości. Sytuacja może być badana pod innym kątem, jeżeli zamawiający zawrze w warunkach przetargu jakiegokolwiek regulacje ograniczające naliczenia kosztów, czy też marż, zysku w sytuacji zamiaru płacenia za wyodrębnione części zamówienia, do tych właśnie części. Odwołujący nie wykazał istnienia takich postanowień dokumentacji przetargowej. Natomiast, jeżeli takie postanowienia by istniały np. co do tego jakie koszty, jakie marże, czy jaki zysk, powinny być ujęte w poszczególnych częściach bądź jakie relacje stosunkowe pomiędzy wyodrębnionymi częściami zadania powinny zaistnieć w stosunku do wyceny całości zadania, to można byłoby potencjalnie rozpatrywać zarzut np. nieuczciwej konkurencji. Natomiast w przedmiotowej sprawie pojawił się zarzut nieuprawnionego zaliczkowania drugiej części (roboty budowlane) kosztem pierwszej części (dokumentacja projektowa). Trudno zgodzić się z takim poglądem. Po pierwsze nadal mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym czyli za całość zadania to jest wszystkich trzech części. Podział wynagrodzenia na trzy części, nie zmienia charakteru wynagrodzenia, a jedynie ma związek z terminami rozliczenia w sytuacji zamknięcia wyodrębnionych etapów zadania. Po drugie zaliczka płacona jest przed przystąpieniem do wykonania zadania, przed poniesieniem kosztów a nie w trakcie wykonania zadania, przy nie ustalonych przez zamawiającego wytycznych co do sposobu obliczenia ceny za całość zadania, jak i poszczególnych wyodrębnionych częściach. Po trzecie tylko teoretycznie, nie przewidziano

np. zakazu nabycia materiałów budowlanych z wyprzedzeniem przed rozpoczęciem robót a w czasie sporządzania dokumentacji projektowej np. przewidziana inflacja, czyli fizycznego poniesienia kosztów i odpada wówczas zarzut zaliczkowania przed wydatkowaniem. Bowiem dokumenty przetargowe mówią o cenie ryczałtowej jako jednej cenie za całość zadania a nie o trzech cenach ryczałtowych za każdą z trzech części. Izba przychyliła się do poglądu zamawiającego, który zarzut zaliczkowania robót budowlanych w kosztach prac projektowych przeciwstawia wycenie robót budowlanych. Bowiem odwołujący nie udowodnił, że poziom wyceny robót budowlanych jest zaniżony i z tego można wywodzić, że ich część przeniesiono do kosztów prac projektowych, jako zdaniem odwołującego zawyżonych. Pogląd jest tym bardziej racjonalny w porównaniu charakteru prac projektowych z pracami budowlanymi. Prace budowlane ze względu na ich charakter przedmiotowy są bardziej wymierne do ich wyceny niż prace projektowe, które mają charakter intelektualny. Brak jakichkolwiek przepisów obowiązujących np. co do stawek roboczych za pracę projektantów. Reasumując, skoro zamawiający nie zawarł w siwz jakichkolwiek regulacji co do relacji w zakresie podziału wynagrodzenia całościowego na poszczególne części wyodrębnione lub jakichkolwiek innych ograniczeń co do podziału kwoty wynagrodzenia ryczałtu to zarzut nieuczciwej konkurencji w oparciu o zaliczkowanie nie jest możliwy do udowodnienia. Tym samym zarzut nieuczciwej konkurencji nie został udowodniony.

Również nie zasługuje na uwzględnienie zarzut nie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w oparciu o art.90 ust.1 ustawy. Przede wszystkim wynagrodzenie przystępującego jest o 3 mln. wyższe od szacunku zamawiającego. Odwołujący nie udowodnił, że zamawiający powinien mieć wątpliwości w związku z wyceną zadania przez przystępującego jak i do całości zadania czy też istotnych jego elementów. W ocenie Izby domaganie się przez odwołującego do wezwania do wyjaśnień w trybie art.90 ust.1 ustawy miało służyć wykazaniu nieuczciwej konkurencji, a co się stało bezprzedmiotowe w sytuacji ustaleń i zważenia Izby w kontekście zarzutu nieuczciwej konkurencji na podstawie art.89 ust.1 pkt 3 ustawy.

W konsekwencji Izba nie znajduje również potwierdzenia co do naruszenia art.91 ust.1 ustawy, jak i przypisanych tym naruszeniom zasad wynikających z art.7 ust.1 i 3 ustawy.

W pozostałym zakresie zarzuty, jak już wyżej opisano zostały wycofane na posiedzeniu, to jest w zakresie art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 ustawy odnoszące się do dokumentów doświadczenia zawodowego, jak i co do wynikających z nich doświadczenia zawodowego wykonawcy oraz osób, którymi zamierza się posłużyć do wykonania zamówienia przystępujący czyli art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.24 ust.4 ustawy. W tym zakresie Izba umorzyła postępowanie co do rozpatrzenia zarzutów odwołania.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlega oddaleniu na podstawie art.192 ust.1 w związku z ust.2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 b oraz § 5 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 złotych. Pełnomocnik zamawiającego nie złożył faktury, czy też rachunku z tytułu zastępstwa procesowego zamawiającego.

Przewodniczący:.....