

Sygn. akt: KIO 3300/21

WYROK
z dnia 3 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **POLEKO BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** oraz **M.A. i R.A. działający w ramach spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMEX” s.c. R.A. i M.A.** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SIMA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Słupsku, A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TECH-BUD Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe A.K.** oraz **Przedsiębiorstwo Instalacji i Konstrukcji INSTALEX M. Z. Sp. j. z siedzibą w Słupsku** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3300/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie III. *petitum* odwołania w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie I. *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **SIMA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Słupsku, A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TECH-BUD Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe A.K.** oraz **Przedsiębiorstwo Instalacji i Konstrukcji INSTALEX M. z. Sp. j.**

z siedzibą w Słupsku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wnoszących sprzeciw i Odwołujących po połowie i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 458 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy czterysta pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania oraz dojazdu na rozprawę;
 - 4.2. zasądza od Wykonawców wnoszących sprzeciw na rzecz Odwołujących kwotę 10 229 zł (słownie: dziesięć tysięcy dwieście dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy);
 - 4.3. znosi wzajemnie pomiędzy Wykonawcami wnoszącymi sprzeciw i Odwołującymi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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

Zamawiający – Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *budowę Muzeum Archeologii Podwodnej i Rybołówstwa Bałtyckiego w Łebie – etap II* (znak postępowania: ZP/27-6/PN/2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 sierpnia 2021 r. pod numerem nr 2021/S 148-392851.

W dniu 8 listopada 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia POLEKO BUDOWNICTWO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz M.A. i R.A. działający w ramach spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMEX” s.c. R.A. i M.A. [dalej „Odwołujący” lub „Konsorcjum Poleko”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SIMA mimo, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w kryterium zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych określonych w Rozdziale VII punkcie 2.2.1 SWZ i w konsekwencji wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum SIMA, które podlegało wykluczeniu z postępowania, a oferta podlegała odrzuceniu, gdyż wykonawca ten został już raz wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia doświadczenia w zakresie tego punktu SWZ w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp;
2. naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SIMA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie złożonej opinii bankowej, pomimo, że opinia ta nie potwierdza wymaganej zdolności kredytowej, względnie zaniechania do wezwania do złożenia wyjaśnień;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 i art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum SIMA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji zamówienia dla stanowisk Kierownika budowy, kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych i energetycznych pomimo, że skierowane przez Konsorcjum SIMA osoby nie spełniają warunków określonych w Rozdziale VII punktach 2.2.1 do 2.2.4 SWZ, a co najmniej zachodzą co do tych osób istotne wątpliwości wymagające złożenia wyjaśnień;

4. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SIMA mimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk wobec rażącego zawyżenia wyceny pozycji kosztorysowej „1.4 Podłoża pod posadzki wraz z dowozem gruntu, marki stalowe pod słupy” oraz wyceny w tej pozycji robót, które nie będą wykonywane przez Konsorcjum SIMA wobec ich uprzedniego zrealizowania przez innego wykonawcę w toku etapu I inwestycji, względnie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SIMA jako niezgodnej z warunkami zamówienia, względnie zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- c. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum SIMA

2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz dojazdu na rozprawę wg rachunków przedłożonych na rozprawie.

Odnosnie zarzut 1. Odwołujący przedstawił stan faktyczny. Odwołujący wskazał, że istotą zarzutu odwołania jest to, że zgodnie z SWZ wartość robót określona w warunku jako nie mniej, niż 15.000.000,00 PLN brutto jest odnoszona do wartości robót budowlanych w pojedynczym budynku użyteczności publicznej. Świadczy o tym jednoznacznie wykładnia językowa (także funkcjonalna, o czym dalej), gdyż zgodnie z brzmieniem warunku należy wykonać w sposób należyty: co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej o wartości robót nie mniejszej, jak 15.000.000,00 zł brutto. Tymczasem Konsorcjum SIMA, wobec zbyt niskiej wartości robót przy budynku użyteczności publicznej, doliczyło do tej wartości wartość robót budowlanych w zakresie infrastruktury drogowej. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum SIMA skrzętnie ukryło ten fakt pod enigmatycznym stwierdzeniem „wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Odwołujący przeprowadził weryfikację, co też kryje się pod pojęciem infrastruktury towarzyszącej. Zgodnie z SIWZ postępowania referencyjnego dostępnego na BIP Gminy Ustka, jego przedmiotem było: 3. Opis przedmiotu zamówienia: 3.1. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające wykonaniu remontu i przebudowie dworca kolejowego oraz budowie dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Ustce. Już z samego wstępu do OPZ widać, że przedmiotem zamówienia referencyjnego były trzy elementy: (1) remont i przebudowa dworca kolejowego; (2) budowa dworca autobusowego; (3) infrastruktura

towarzysząca. W dalszej części OPZ tego zamówienia zawartej w SIWZ zamawiający dookreśla pojęcie infrastruktury towarzyszącej, którą są po prostu roboty drogowe. Odwołujący przedstawił kilka cytatów z SIWZ. Odwołujący wskazał, że już w formularzu ofertowym dla postępowania referencyjnego zamawiający dokonał wydzielenia infrastruktury drogowej jako zupełnie odrębnej pozycji. W ofercie dla postępowania referencyjnego Konsorcjum SIMA wyceniło (wartości netto): 1. Remont i przebudowa budynku Dworca PKP - 7 060 000 zł netto, 2. Budowa budynku Dworca Autobusowego - 7 345 000 zł netto, 3. Budowa infrastruktury drogowej Dworca Autobusowego – 6 295 000 zł netto oraz certyfikat TSI PRM – 600 000 zł netto. Łącznie netto 21 300 000 zł, brutto 26 199 000 zł.

Odwołujący podniósł, że wobec zbyt niskiej wartości obu budynków, dla wykazania spełnienia warunku w niniejszym postępowaniu, Konsorcjum SIMA musiało doliczyć wartość infrastruktury drogowej, nazywając ją w pozyskanych referencjach „infrastrukturą towarzyszącą”. Zmiana określenia miała na celu bez wątpienia próbę ukrycia faktu, że pod tym pojęciem kryje się budowa dróg.

Odwołujący wskazał, że łączna wartość brutto robót wg formularza wynosiła 26.199.000,00 PLN. Całkowitą wartość brutto robót z dokumentu referencji określono na 27.073.276,13 PLN (z uwagi na roboty dodatkowe), zatem nawet gdyby całość robót dodatkowych przypisać do budynku dworca autobusowego (co wysoce nieprawdopodobne), to i tak wartość za byłaby zbyt niska, aby wykazać spełnienie warunku.

Odwołujący podkreślał, że również Zamawiający wzywając Konsorcjum SIMA w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jasno wskazał, że wymaga – w ramach wskazanej realizacji – roboty budowlanej o wartości robót nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto w odniesieniu do pojedynczego budynku użyteczności publicznej. Zamawiający wprost wskazał, że wartość robót budowlanych odnosić się musi do pojedynczego budynku użyteczności publicznej. Konsorcjum SIMA, celem wykazania spełnienia warunku, wyrażającego się w wartości robót budowlanych, powołało się na sumę wartości robót budowlanych budowy dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Powołane doświadczenie nie spełnia stawianego przez Zamawiającego warunku. Wykonawca ten „zongluje” wartościami w referencjach – referencje z dnia 21 października 2021 roku: wartość robót związanych z budową budynku dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą wyniosła: 16 870 412,18 zł brutto, to odliczając nawet wartość robót drogowych z oświadczenia Konsorcjum SIMA z dnia 4 października 2021 roku (załączonego do dokumentów składanych w trybie art. 126 ustawy Pzp): otrzymujemy 13.373.123,24 zł brutto, tj. nadal za mało w relacji do 15 mln PLN brutto wymaganych w warunku. Odwołujący zwrócił uwagę, że obie referencje dotyczące robót w Ustce powstały dla potrzeb wykazania spełnienia warunku w niniejszym postępowaniu, o czym świadczą daty dzienne pism Gminy Ustka (28 września 2021 roku i 21 października 2021 roku, podczas gdy roboty zostały odebrane w czerwcu

2021 roku), zatem domniemywać należy istotnego udziału zainteresowanego Konsorcjum SIMA w redakcji ich treści – stąd takie, a nie inne brzmienie mające na celu odpowiednie wyeksponowanie faktów korzystnych i ukrycie niekorzystnych.

Uzasadniał, że sposób redakcji referencji przedstawionej przez SIMA wskazuje, że do wartości budowy budynku dworca autobusowego doliczono wartość budowy infrastruktury dworca autobusowego, która zgodnie z ofertą konsorcjum SIMA złożonej w tamtym postępowaniu wyniosła 6 295 000,00 zł netto tj. brutto 7 742 850,00 zł. Od zadeklarowanej wartości budowy dworca autobusowego należy zatem odjąć kwotę 7 742 850,00 zł brutto co oznacza, że wartość robót związanych z budynkiem dworca autobusowego wyniosła 9 127 562,18 zł brutto. Przyjęcie prawidłowych wartości powoduje urealnienie wartości budowy 1m² dworca autobusowego. Nie jest bowiem możliwe, aby budowa 1 m² tak małego obiektu (dworzec autobusowy w Ustce ma tylko 344,41 m² pow. użytkowej) wynosiła aż 48 983,51 zł brutto za m². Przy kwocie 9 127 562,18 zł brutto wartość budowy 1m² wynosi 26 502,02 zł brutto, co jest już wartością zdecydowanie bardziej realną. Roboty towarzyszące, który SIMA doliczyło do wartości dworca PKS stanowiły *de facto* osobną robotę budowlaną wydzieloną przez Gminę Miasta Ustka jako samodzielną trzecią część zamówienia kompleksowego (część pierwsza zamówienia obejmowała remont i przebudowę dworca kolejowego, część druga zaś budowę dworca autobusowego). Gdyby te roboty były powiązane z budową budynku dworca, to nie zostałyby wyodrębnione w tamtym postępowaniu.

W zakresie zarzutu 2. Odwołujący wskazał w szczególności, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Konsorcjum SIMA przedłożyła opinię bankową Banku Pekao z dnia 6 września 2021 roku. Zdaniem Odwołującego analizując treść tego dokumentu nie sposób stwierdzić, że warunek ten został spełniony. W opinii posłużono się raczej przypuszczeniami aniżeli stwierdzeniami, potwierdzeniami – vide „może wskazywać na posiadanie zdolności kredytowej”, „kwota ta nie jest równoznaczna z ewentualnym otrzymaniem kredytu przez Klienta”. Skoro ocena banku może wskazywać na posiadanie zdolności kredytowej, to równie uprawnione jest twierdzenie, że ta zdolność jednak nie występuje. Z pewnością opinia takiej treści nie wykazuje posiadania przez wykonawcę zdolności finansowej realizacji zamówienia – jedynie wskazuje, że możliwe jest, że taką posiada. Odwołujący wskazał, że posiadanie przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych jest jednym z przykładowych, ujętych w art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, warunków związanych z sytuacją ekonomiczną i finansową. Mimo tego, niezależnie, czy wybrany sposób wykazania spełnienia warunku mieści się w przykładowym katalogu ustawowym, pamiętać należy, że jego celem jest – jak każdego warunku – rękojmią należytego wykonania zamówienia. Co ważne, Zamawiający warunki udziału w postępowaniu określił poprzez minimalne oceny zdolności. Jest to o tyle istotne, że reguły językowe nie pozwalają postawić znaku równości

między zwrotem „do kwoty 5.000.000,00 PLN” a „nie mniejszą niż 5.000.000,00 zł”. Zakres znaczeniowy tych pojęć co prawda może się zawierać, ale tylko w minimalnym stopniu – wyłącznie w zakresie kwoty 5.000.000,00. Jednakże w opinii bankowej kwota ta ma charakter maksymalny (i to jeszcze wyrażone jako hipotetyczna możliwość), a w wymogach Zamawiającego minimalny. Jest to dość znacząca różnica, która również nie pozwala przyjąć, że interesy Zamawiającego są zabezpieczone, czyli innymi słowy, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Zatem oprócz braku wymaganego poziomu kategoryczności, również sposób wyrażenia kwoty zdolności kredytowej jest nieprawidłowy. Na potwierdzenie ww. argumentacji Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 2 marca 2015 roku, KIO 326/15. Podsumowując stwierdził, że w tak ukształtowanych okolicznościach faktycznych, Zamawiający winien uznać, że złożona opinia nie potwierdza wymaganej zdolności, dlatego też Zamawiający powinien co najmniej wezwać Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej opinii bankowej. Bynajmniej dopuszczalnym było uznanie, że Wykonawca znajduje się w wymaganej przez specyfikację warunków zamówienia sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Odnośnie zarzutu 3. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale VII pkt 2.2.1 do 2.2.4 określił warunki wymagane dla osób skierowanych do realizacji zamówienia dla, odpowiednio: kierownika budowy (pkt 2.2.1), kierownika robót konstrukcyjnobudowlanych (pkt 2.2.2), kierownika robót sanitarnych (pkt 2.2.3), kierownika robót elektrycznych i energetycznych (pkt 2.2.4). Konsorcjum SIMA wskazała na przedmiotowe stanowiska osoby odpowiednio: Panią K.J. (pkt 2.2.1. i 2.2.2), Pana K.Z. (pkt 2.2.3) i Pana R.C. (pkt 2.2.4). Złożony przez Wykonawcę wykaz osób odwołuje się w swojej treści do opisu doświadczenia tych osób, w których to jedyną pozycją, dla której podano wartości są roboty w Ustce, te same, jakie Konsorcjum SIMA wskazała dla wykazania spełniania warunku doświadczenia. Odwołujący zwracał uwagę, że każdy z warunków odnoszących się do każdej z osób został skonstruowany w odniesieniu do wartości robót w taki sam sposób, jak dla warunku doświadczenia, tj. w odniesieniu do pojedynczego obiektu. Tak więc, zgodnie z brzmieniem warunku, wartości robót w danej branży należy odnosić do wartości robót w pojedynczym budynku użyteczności publicznej. Tymczasem, wartości podane przez Konsorcjum SIMA budzą co najmniej istotne wątpliwości. Żaden z pojedynczych budynków dla postępowania referencyjnego w Ustce w formularzu cenowym Konsorcjum SIMA w tamtym postępowaniu nie przekroczył wartości 10 mln PLN brutto wymaganej dla Kierownika budowy. W oświadczeniu Konsorcjum SIMA z dnia 4 października 2021 roku, załączonego do dokumentów złożonych na wezwanie w trybie art. 126 ustawy Pzp, wartości robót sanitarnych wprawdzie opiewają na ponad 5 mln PLN brutto, ale jak wykazano w uzasadnieniu zarzutu poprzedniego, w tym zawarte są roboty w dwóch budynkach i sieciach pod infrastrukturą drogową – czyli są to wartości

zagregowane dla całego zakresu zamówienia. Dokładnie tak samo sprawa się ma z robotami elektrycznymi. Zachodzi co najmniej istotna wątpliwość co do posiadania przez osoby wskazane dla branż określonych w pkt 2.2.1-2.2.4 Rozdziału VII SWZ wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Odwołujący przywołał wyrok KIO 3 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1454/18 i wskazał, że w tym przypadku Zamawiający dysponował oświadczeniem Konsorcjum SIMA z dnia 4 października 2021 roku, jednak zawierającym wartości zagregowane. W tym przypadku Zamawiający dysponował oświadczeniem Konsorcjum SIMA z dnia 4 października 2021 roku, jednak zawierającym wartości zagregowane.

Odnośnie zarzutu 4. Odwołujący wskazał, iż wykonawca SIMA po odbyciu obligatoryjnej wizji lokalnej winien w swojej ofercie uwzględnić, iż część prac objęta przedmiotem robót (Podłoża pod posadzki wraz z dowozem gruntu, marki stalowe pod słupy) wykonana została I etapie realizacji zadania, co zaznaczono również na str. 3 i 4 SWZ Część III „Opis Przedmiotu Zamówienia”. Są to pozycje związane z wykonaniem podkładów z ubitych materiałów sypkich, zagęszczenie tych podkładów oraz wykonanie podkładów betonowych. Rażąco zawyżona jest zatem w tym zakresie oferta Wykonawcy SIMA, która przewiduje za te pozycję kwotę 1.339.470,00 PLN brutto. Uzasadniał, że jako wykonawca I etapu zamówienia konsorcjum Poleko wykonało już przedmiotowy zakres robót niemal w całości, co potwierdzają aneks numer 3 z dnia 28.06.2021 r. do umowy nr 198/AZ-P/2020 dotyczący I etapu robót wraz z protokołem konieczności oraz zdjęcia budowy. Do drugiego etapu zostały pozostawione tylko dwa niewielkie fragmenty/miejsca (pod wieżami szalunkowymi) pod wykonanie kolumn, których nie można było dokończyć w I etapie z uwagi na proces technologiczny, dlatego na budowie pozostawiono dwie wieże rusztowań, które Zamawiający do dnia dzisiejszego dzierżawi od konsorcjum Poleko. Zdaniem Odwołującego powyższe pozwala na uznanie, iż Zamawiający dopuścił się zaniechania w wezwaniu Wykonawcy SIMA do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie ceny wykonania pozycji przedmiarowych, pomimo iż cena zaoferowana w tym zakresie przez Konsorcjum SIMA jest nieadekwatna do rzeczywistego stanu rzeczy. Odwołujący podkreślał, że cena w przedmiotowym zamówieniu ma charakter ryczałtowy, a zatem Konsorcjum SIMA otrzyma wynagrodzenie za roboty, których nie będzie wykonywać.

Odwołujący wskazał, że powyższe działanie Konsorcjum SIMA zwraca uwagę na niezwykle niepożądane, sprzeczne z powszechnie obowiązującymi dobrymi obyczajami zjawisko manipulacji cenowych, w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej. Powyższa postawa Konsorcjum SIMA winna być rozpatrzona w kontekście dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji zdefiniowanego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W konsekwencji, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakazuje się zamawiającemu odrzucenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej

konkurencji. Odwołujący podniósł, że manipulowanie ceną oferty przejawia się zawyżeniem ceny za wykonanie podłoża pod posadzki na gruncie z dowozem gruntu i marki stalowe pod słupy, w celu ukrycia zaniżenia innego kosztu w pozycji ofertowej. Jest to tzw. zjawisko „przerzucania kosztów” pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysów, mające na celu wykreowanie ceny pozornie rynkowej, przy czym w istocie służące jedynie wykorzystaniu bilansu kryteriów oceny ofert celem uzyskania w danym kryterium maksymalnej liczby punktów, a w dalszej kolejności – po wyborze oferty – forsowaniu szeregu zmian w zakresie realizacji umowy, powodujących znaczące zwiększenie wynagrodzenia obmiarowego w stosunku do ceny ofertowej. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zjawisko zawyżania cen do wartości nierynkowych traktowane jest jako nieuprawniona manipulacja ceną. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2018 roku, KIO 1578/18.

Odwołujący wskazał, że działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Zasadnicze znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo. Tego typu praktyka, zastosowana przez Wykonawcę SIMA wypełnia definicję czynu nieuczciwej konkurencji, określoną w art. 3 ust. 1 uznk i jako taka skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący przywołał wyrok KIO z 25 lipca 2016 roku, KIO 1229/16 i uzasadniał, że w okolicznościach tej sprawy przygotowanie podłoża pod posadzki na gruncie z dowozem gruntu i marki stalowe pod słupy, odbywa się niewątpliwie na początku realizacji prac, a tym samym Wykonawca SIMA oferując rażąco zawyżone ceny w wyżej wymienionej pozycji może w sposób nieuprawniony zaliczkować inne zakresy prac realizowane w późniejszych etapach. Dodatkowo, przedmiotowych robót nie będzie wykonywać, ponieważ zostały zrealizowane wcześniej, w I etapie robót. Wycena ceny jednostkowej, która stanowi element rozliczenia między Zamawiającym, a wykonawcą na poziomie tak rozbieżnym do zaistniałego stanu rzeczy i rzeczywistych kosztów, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem została podjęta w celu uzyskania bardziej korzystnych warunków wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. zapewnienia „ukrytego” zaliczkowania wykonawcy przez Zamawiającego, które nie byłoby możliwe przy dokonaniu rzetelnej, odpowiadającej rzeczywistym kosztom wyceny. Co istotne, nieadekwatne do realiów rynkowych i faktycznych zawyżanie cen stosowanych do późniejszych rozliczeń, może doprowadzić w przypadku ewentualnego rozwiązania umowy do znaczącej straty po stronie Zamawiającego. Bez znaczenia jest tu okoliczność realizacji

zamówienia w cenie ryczałtowej, gdyż przedmiar pełni w przedmiotowym zamówieniu rolę dokumentu rozliczeniowego (płatności częściowe ceny ryczałtowej mają miejsce wg przedmiaru), zatem osiągnięty skutek w postaci „zaliczkowania” jest dokładnie taki sam, jak przy rozliczeniu kosztorysowym.

Odwołujący wskazał na punkt 9 OPZ i uzasadniał, że to na Wykonawcy ciążył obowiązek wykazania rzetelnej ceny za poszczególne elementy składowe zamówienia.

Reasumując powyższy zarzut Odwołujący wskazał, że Wykonawca SIMA tak ukształtował cenę złożonej oferty, by na początku realizacji zamówienia otrzymać nieuprawnioną „zaliczkę” w kwocie 1.339.470,00 PLN brutto, tytułem wykonania robót wyszczególnionych w formularzu ofertowym pod pozycją 1.2. Bez wątpliwa określenie cen jednostkowych w taki sposób, że część jest określana na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów, zaś część jest bez uzasadnienia zawyżana, by rekompensować zaniżenie innych cen, dokonywana jest w celu optymalizacji dokonanych wycen. Optymalizacja ta jest dokonywana zaś w celu nieuprawnionego otrzymania części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie realizacji umowy. Mając zatem na uwadze powyższe, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający po zweryfikowaniu oferty Konsorcjum SIMA, winien powziąć poważne wątpliwości odnośnie rzetelności oraz prawidłowości sporządzonej wyceny. Konsekwencją zaś negatywnego wyniku owej weryfikacji winno być odrzucenie oferty Konsorcjum SIMA, wobec dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że wyżej ustalony stan faktyczny może być również kwalifikowany zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 lub pkt 10 ustawy Pzp. Rzetelna wycena Przedmiotu Zamówienia, jakiej Zamawiający wymagał w Rozdziale 9 części III SWZ „Opis Przedmiotu Zamówienia” oznacza m.in.: 1. zakaz wyceny elementów, których wykonawca nie będzie wykonywał (ponieważ zostały wykonane w pierwszym etapie), 2. nakaz wyceny poszczególnych elementów przedmiaru zgodnie z ich rzeczywistą wartością. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN, „rzetelny” oznacza m.in. „zgodny z prawdą, wiarygodny”. Wycena istotnego elementu robót w rażąco zawyżonej wysokości oraz bez uwzględnienia faktu, że ten element faktycznie jest już wykonany, niezależnie od zakwalifikowania takiego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji, wypełnia również przesłanki art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 listopada 2021 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Pismem z dnia 25 listopada 2021 r. Konsorcjum SIMA wniosło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przystępujący wniosł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odnosnie zarzutu 1. Przystępujący podniósł, że niezwykle istotne jest dokonanie prawidłowej wykładni postanowienia SWZ (rozdział VII ust. 2 pkt 2.1). Wynika bowiem z niego, przeciwnie niż wskazuje to Odwołujący, że kwota 15 000 000 zł nie dotyczy wartości budowy samego budynku, a wartości robót budowlanych. Wskazał, że należy odnieść się do art. 7 ustawy Pzp, który stanowi, iż „Ilekcrc w niniejszej ustawie jest mowa o: 14) obiekcie budowlanym – należy przez to rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną; 21) robotach budowlanych – należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.5)), zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień”, lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”. Jak wyjaśniono w opinii UZP, wprowadzone do porządku prawa krajowego pojęcie robót budowlanych i pojęcie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektyw unijnych z zakresu zamówień publicznych są pojęciami autonomicznymi dla zamówień publicznych – mają zastosowanie wyłącznie na gruncie stosowania przepisów PZP, w szczególności w celu dokonania czynności szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Jako roboty budowlane w rozumieniu przepisów PZP określane są także świadczenia, które nie odpowiadają pojęciu robót budowlanych na gruncie przepisów PrBud, np. usługi wynajmu sprzętu budowlanego i do wyburzeń z obsługą operatorską.

Przystępujący przywołał także definicję legalną pojęcia budynku użyteczności publicznej zawartą w 3 pkt 6) rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie i uzasadniał, że wobec ww. definicji oraz definicji obiektu budowlanego, stwierdzić należy, iż budynek użyteczności publicznej spełniać musi konkretną funkcję. Dworzec autobusowy zatem musi spełniać przede wszystkim funkcję węzła umożliwiającego ludności korzystanie z usług transportowych, aby było to możliwe musi wspólnie z nim istnieć cała infrastruktura umożliwiająca korzystanie z funkcji spełnianej przez dworzec. Tym samym też podkreślić należy błąd logiczny, a także błąd polegający na nieuwzględnieniu wytycznych określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.5), jaki popełnia Odwołujący chcąc wyizolować kwestię budowy samego budynku dworca od konieczności umożliwienia

ludności korzystania z niego. Z przytoczonej powyżej argumentacji wprost wynika, iż zgodnie z PZP oraz przepisami określonymi w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.5) w odniesieniu do spełnienia warunku wskazanego w SWZ w rozdziale VII ustępie 2 pkt. 2.1. dla obliczenia wartości robót należy brać pod uwagę uzyskanie całego zamierzenia budowlanego (obiektu budowlanego), a nie wzniesienie jedynie samego budynku. Skoro bowiem definicja robót budowlanych stanowi, iż należy przez nie rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie obiektu budowlanego, czyli takiego zamierzenia budowlanego, które może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną to nie można przy obliczaniu wartości robót budowlanych zgodnie z Pzp pomijać robót mających na celu umożliwienie korzystania z samego budynku.

Zdaniem Przystępującego, ponieważ Zamawiający uznaje iż spełnieniem warunku udziału określonego w rozdziale VII ust. 2 pkt 2.1 SWZ było wykazanie się wykonaniem robót budowlanych o określonej wartości a w Wezwaniu z dnia 20 października 2021 roku potwierdził powyższe, należy uznać iż Odwołujący swoją argumentacją usiłuje doprowadzić do przyjęcia niedozwolonej interpretacji zawężającej zakresu warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 968/19.

Przystępujący podkreślał, że wykonawca, który kwestionuje w postępowaniu odwoławczym spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez innego wykonawcę musi wykazać (przedstawić dowody) na to, że podane w danym dokumencie informacje nie potwierdzają spełniania warunku. Takie okoliczności w niniejszym postępowaniu nie zostały przez Odwołującego wykazane. Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów na potwierdzenie, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w zakresie zdolności technicznej, nie wykazał również, że wykaz złożony przez Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera wymaganych informacji.

Dowody przedstawione przez Odwołującego, (w szczególności: Dowód: zał. nr 8 formularz oferty Konsorcjum SIMA złożonej w postępowaniu referencyjnym), a z których bezpośrednio wywodzi swoje zarzuty nie oddają stanu faktycznego, który byłby zgodny z przedstawionym w zaświadczeniu wydanym przez Gminę Miasto Ustka, w następujący sposób: - Przedstawiają stan jaki istniał przed rozpoczęciem, a nie po zakończeniu, przez Uczestnika przystąpienie realizacji robót budowlanych w postępowaniu referencyjnym. - Zawierają wartości które nie są zgodne ze stanem faktycznym potwierdzonym w zaświadczeniu.

Przystępujący wskazał, że dowody nr 7. oraz 7.1. przedstawione przez Odwołującego odnośnie postępowania referencyjnego, a z których wywodzi swoją argumentację, wbrew temu co podnosi, wprost wskazują na fakt iż to postępowania należy uznać za spełniające wymogi postawione przez Zamawiającego. Wskazują one jednoznacznie iż: 1. zamówienie dotyczyło roboty budowlanej polegającej na budowie jednego obiektu budowlanego tj. „Transportowego Węzła Integracyjnego w Ustce”, który składał się z kompleksu dwóch połączonych ze sobą budynków użyteczności publicznej tj. „dworca kolejowego” oraz „dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. 2. zawierały wysoce wyspecjalizowane wspólne i wzajemnie przenikające się elementy umożliwiające funkcjonowanie węzła jako jednego obiektu użyteczności publicznej, 3. roboty budowlane były realizowane w ramach jednej umowy, przez jednego Wykonawcę i na rzecz jednego Zamawiającego, 4. objęte były jedną ryczałtową ceną za zrealizowanie całego przedmiotu zamówienia. Której całkowita wartość robót wynosiła 27 073 276,00 zł brutto, 5. były realizowane w jednym terminie, 6. były realizowane na jednym placu budowy, 7. odebrane zostały jednym protokołem odbioru robót dla całego zamierzenia.

Przystępujący wskazał również, iż zawarte w ustępie 20. odwołania fragment oferty w postępowaniu referencyjnym jednoznacznie wskazuje na fakt iż podana tam cena była ceną ryczałtową za wykonanie całego przedmiotu zamówienia referencyjnego składającego się z jednej części a nie jak próbuje wykazać to Odwołujący zamówienia składającego się z trzech części. Przywołał fragment tabeli cenowej w niniejszym postępowaniu podnosząc, że są to jedynie elementy rozliczeniowe jednej roboty budowlanej a nie 5 różnych robót budowlanych, gdyby bowiem tak było jak insynuuje to Odwołujący musiałoby odbyć się 5 różnych postępowań w zakresie zamówienia publicznego lub postępowanie z podziałem zamówienia na części.

Podkreślał jak istotne znaczenie ma art. 126 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. W tym postępowaniu takie wezwanie nie zostało wystosowane gdyż zgodnie ze stanem faktycznym Zamawiający uznał przedstawione przez Uczestnika podmiotowe środki dowodowe za wystarczające do udowodnienia spełnienia postawionych przez niego w kryterium zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych wymagań. W związku z tym wykonawca nie podlegał wykluczeniu z postępowania a oferta nie podlegała odrzuceniu.

Reasumując Przystępujący wskazał, że zwracając się do wystawcy referencji o ich uzyskanie, Wykonawca nie może mieć wpływu na ich kształt. Jeżeli nawet w jakimś zakresie jest to możliwe, to ustalenie brzmienia referencji w taki sposób, aby odpowiadały one warunkom w różnych postępowaniach jest bardzo utrudnione, albo wręcz niemożliwe. Powołał się na wyrok KIO z 16 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1581/17.

W zakresie zarzutu 2. Przystępujący wskazał, że zarzut nie znajduje uzasadnienia w zgromadzonej dokumentacji przetargowej. Konsorcjum SIMA wskazało, że na spełnienie

warunku, Uczestnik przedłożył opinię bankową Banku Pekao z dnia 6 września 2021 roku. Analizując treść tego dokumentu bezwzględnie trzeba stwierdzić, iż Uczestnik wykazał, iż posiada odpowiednią zdolność kredytową, bowiem stwierdzenie, że „może posiadać zdolność kredytową do kwoty 5 000 000 zł” oznacza, iż może uzyskać kredyt o wartości 5 000 000 zł. Tymczasem Zamawiający określił w tym zakresie zdolność kredytową na kwotę „nie mniejszą niż 5 000 000 zł”, czyli zdolność kredytowa nie mogła wynosić 4 999 999,99 zł, bowiem ta kwota jest niższa od 5 000 000 zł. Natomiast kwota 5 000 000 zł spełnia już warunek określony przez Zamawiającego. Użycie w opinii banku określenia może posiadać wskazuje, iż nie można zarzucić Uczestnikowi, że nie uzyska takiego kredytu, a w sposób nie rodzący wątpliwości wskazuje, iż kredyt w kwocie 5 000 000 zł Uczestnik może uzyskać. Użycie w opinii banku stwierdzenia iż „kwota ta nie jest równoznaczna z ewentualnym otrzymaniem kredytu przez klienta” wynika jedynie z faktu iż bank nie ocenia zdolności kredytowej celem udzielenia kredytu a jedynie ocenia zdolność kredytową i wskazuje że ewentualne udzielenie kredytu może zależeć od innych, niezwiązanych z samą zdolnością kredytową, warunków banku.

W zakresie zarzutu 3. Przystępujący podniósł, że argumentacja wskazana w odniesieniu do zarzutu 1. odwołania pozostaje również aktualna co do zarzutu 3 odwołania i w całej rozciągłości podtrzymuję ją w zakresie wykazania doświadczenia zawodowego w realizacji robót budowlanych o określonej wartości przez poszczególnych kierowników budowy. Wskazał, iż z przedłożonej przez Uczestnika dokumentacji oraz referencji wprost wynika, iż każdy z kierowników budowy miał doświadczenie w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi o odpowiedniej wartości wskazanej w SWZ.

W przedmiocie zarzutu 4. Przystępujący wskazał, iż zarzut jest sformułowany błędnie gdyż oferta Uczestnik w pkt. I. a) w tabeli, nie zawiera przytoczonej pozycji robót tj. „1.4 Podłoża pod posadzki wraz z dowozem gruntu, marki stalowe pod słupy”. Z tego powodu zarzut ten winien podlegać odrzuceniu w całości.

Przystępujący wskazał, iż Odwołujący mówiąc w swym zarzucie o: „pozycji kosztorysowej „1.4 Podłoża pod posadzki wraz z dowozem gruntu, marki stalowe pod słupy”” powołuje się na rozdział „tabeli elementów scalonych” przedmiaru który Zamawiający załączył do postępowania, wyraźnie przy tym zaznaczając w pkt. 9. OPZ iż „Przedmiary mają charakter orientacyjny, odpowiedzialność za rzetelną wycenę Przedmiotu Zamówienia spoczywa na Wykonawcy.”, i który nie stanowił podstawy wyceny i nie można go odnieść, jak próbuje to uczynić Odwołujący, do zawartej w ofercie tabeli stanowiącej uszczegółowienie ryczałtowej ceny ofertowej brutto. Przystępujący wskazał, iż przy wykonaniu swojej wyceny posługiwał się w głównej mierze dokumentacją postępowania i swoją wiedzą techniczną, a nie jak twierdzi Odwołujący udostępnionymi przez Zamawiającego przedmiarami które zawierały błędy. Ponadto, gdyby nawet chcieć odnieść przedmiar do tabeli zawartej w ofercie

to nie można mówić o rozdziałach zawartych w tej tabeli jako o „pozycji kosztorysowej”, gdyż cena wskazana w każdym z nich zawiera wiele pozycji kosztorysowych składających się na wykonanie danego elementu „tabeli elementów scalonych” zamówienia. Podkreślał, iż Odwołujący nie może mieć żadnej wiedzy na temat tego jakie pozycje kosztorysowe Uczestnik uznał za należące do poszczególnych pozycji scalonych, ile jest tych pozycji kosztorysowych w poszczególnych elementach scalonych, jakie ilości poszczególnych robót należą do każdego elementu scalonego, jakie są ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych należących do danego elementu scalonego. Wynika to z faktu, iż załączenie kosztorysu zawierającego te informacje nie było wymagane na etapie składania ofert w Postępowaniu.

Przystępujący podniósł, iż występująca w ofercie Uczestnika pozycja „1.2. Podłoża pod posadzki na gruncie z dowozem gruntu i marki stalowe pod słupy” do której wartości odnosi swoją argumentację Odwołujący jest jedyną pozycją wyszczególnioną w formularzu cenowym zawierającą w swojej nazwie frazę „Podłoża pod posadzki” co jednoznacznie wskazuje na fakt, iż należy w niej umieścić także inne, jeszcze nie wykonane, warstwy które składają się na wykonanie podłoży pod warstwy posadzkowe a których znaczna ilość pozostała jeszcze do wykonania. Odwołujący pomimo tego faktu stypuluje, iż ten element powinien zawierać jedynie te niektóre warstwy podłoży które arbitralnie i niezgodnie z prawdą uznał za należące do tego elementu scalonego. Powyższe potwierdza także fakt, iż Zamawiający nie wskazał jakie roboty budowlane mają znaleźć się w poszczególnych pozycjach wymienionych w tabeli zawartej w ofercie i w tym zakresie należało kierować się wiedzą techniczną. Nie jest to także błąd gdyż ewentualne przesunięcia pozycji kosztorysowych pomiędzy rozdziałami kosztorysu wynikające z merytorycznego podziału robót na elementy rozliczeniowe nie wpływają w żaden sposób na zawartość oferty ani na jej cenę.

Przystępujący odniósł się także do przywołanego przez Odwołującego wyroku KIO 607/20 oraz KIO 1578/18. Uzasadniał, iż Odwołujący zarzucając manipulowanie cenami w żaden sposób nie wskazuje wartości mogących świadczyć o rzekomej manipulacji. W tym kontekście podnosił, iż wyroki (a właściwie tezy wyroków) przytaczane przez Odwołującego są wyrwane z kontekstu i nie mogą znaleźć zastosowania w niniejszym postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 10 listopada 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SIMA Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Słupsku, A.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą TECH-BUD Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe A.K. oraz Przedsiębiorstwo Instalacji i Konstrukcji INSTALEX M. Z. Sp. j. z siedzibą w Słupsku [dalej „Przystępujący” lub „Konsorcjum SIMA”] zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 15 listopada 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, wezwania kierowane do Przystępującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 listopada 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dwa zdjęcia złożone przez Przystępującego dotycząc zadania referencyjnego, o którym mowa w wykazie robót budowlanych (załącznik nr 4 do SWZ), jak również dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. pismo przewodnie z Gminy ustka przesyłające pozwolenia na budowę;
2. decyzję o pozwoleniu na budowę nr 802/2017 Starosty Słupskiego;
3. decyzję o pozwoleniu na budowę nr 7Z/2017 Wojewody Pomorskiego;
4. decyzję o pozwoleniu na budowę nr 279/2018 Starosty Słupskiego;
5. decyzję o pozwoleniu na budowę nr 5Z/2018 Wojewody Pomorskiego;
6. postanowienie Starosty Słupskiego z dnia 18 lutego 2020 r. o sprostowaniu;
7. decyzję nr 501/2018 Starosty Słupskiego;
8. decyzję nr 10Z/2018 Wojewody Pomorskiego;
9. pismo przewodnie Gminy Ustka z dnia 9 listopada 2021 r. przesyłające skan oferty, skan umowy oraz skan protokołu odbioru;
10. umowę nr IKiOŚ.28.2019 z dnia 1 lipca 2019 r. o roboty budowlane;
11. aneks nr 6 do umowy z dnia 1 lipca 2019 r.;
12. protokół odbioru końcowego inwestycji z dnia 9 czerwca 2021 r.;

13. protokół odbioru częściowego nr 1;
14. protokół odbioru częściowego nr 15;
15. trzy zdjęcia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków określonych w art. 112 ust. 2 ustawy Pzp dotyczących:

1) Sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie niższej niż 5 000 000,00 zł.

2) Zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że:

2.1) w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie lub modernizacji lub dokończeniu budowy budynku użyteczności publicznej o wartości robót (których należyte wykonanie zostało potwierdzone wydaniem pozwolenia na użytkowanie - zgodnie z przepisami Prawa budowlanego) nie mniejszej niż 15 000 000,00 zł brutto,

2.2) będzie dysponował przez cały okres realizacji zamówienia co najmniej następującymi osobami, które będą brały udział w realizacji zamówienia:

2.2.1) Kierownik budowy, posiadający m.in.: - doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi polegające na pełnieniu, funkcji Kierownika budowy dla co najmniej jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie lub modernizacji lub dokończeniu budowy budynku użyteczności publicznej, o wartości wykonanych robót budowlanych nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto,

2.2.2) Kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych (...)

2.2.3) Kierownik robót sanitarnych, posiadający m.in.: - doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami sanitarnymi, polegające na pełnieniu funkcji Kierownika robót sanitarnych dla co najmniej jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu robót instalacyjnych w budynku użyteczności publicznej w zakresie sieci, instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych, o wartości wykonanych robót budowlanych - sanitarnych nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN brutto,

2.2.4) Kierownik robót elektrycznych i energetycznych, posiadający m.in.: - doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami elektrycznymi i energetycznymi, polegające na pełnieniu funkcji Kierownika robót elektrycznych i energetycznych dla co najmniej jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu robót instalacyjnych w budynku użyteczności

publicznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych, o wartości wykonanych robót budowlanych – elektrycznych i energetycznych nie mniejszej niż 2 000 000,00 PLN brutto.

Zgodnie z rozdziałem XV SWZ - Sposób obliczenia ceny:

1. Od Wykonawcy wymaga się określenia ceny ryczałtowej brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, zawierającej cenę netto i należny podatek VAT.
2. Wykonawca, uwzględniając wszystkie wymogi, o których mowa w SWZ, zobowiązany jest w cenie brutto ująć wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego oraz pełnego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wszelkimi warunkami wynikającymi z zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem XVI SWZ kryteriami oceny ofert były: cena o wadze 60% oraz okres gwarancji i rękojmi o wadze 40%.

W rozdziale XXII SWZ Zamawiający przewidział obligatoryjne przeprowadzenie wizji lokalnej przez wszystkich wykonawców przed złożeniem przez nich ofert.

Zgodnie z punktem 9 opisu przedmiotu zamówienia (część III) przedmiary mają charakter orientacyjny, odpowiedzialność za rzetelną wycenę Przedmiotu Zamówienia spoczywa na Wykonawcy. Jeżeli dane rozwiązanie zostało wskazane w dokumentacji przetargowej, a nie zostało przedstawione w przedmiarach, nie oznacza, że nie wchodzi w zakres Przedmiotu Zamówienia.

Pismem z dnia 31 sierpnia 2021 r. Konsorcjum SIMA zgłosiło swój udział w wizji lokalnej.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożono 2 oferty, w tym Odwołujący z ceną 65 124 888,52 zł oraz Przystępujący z ceną 61 199 880 zł.

Konsorcjum SIMA pod pozycją 1.2 tabeli elementów scalonych zawartej w formularzu ofertowym wycenił roboty polegające na wykonaniu podłoża pod posadzki na gruncie z dowozem gruntu i marki stalowe pod słupy na kwotę 1.339.470,00 PLN brutto.

Pismem z dnia 21 września 2021 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum SIMA do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca Konsorcjum SIMA w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego złożył m.in.:

1. wykaz robót budowlanych (załącznik nr 4 do SWZ), w którym wskazał zadanie pn. Remont i przebudowa dworca kolejowego oraz budowa dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach budowy „Transportowego Węzła Integracyjnego w Ustce” o wartości robót 27 073 276,13 zł brutto, wykonanych na rzecz Gminy Miasta Ustka wraz z zaświadczeniem z dnia 28 września 2021 r.;
2. wykaz osób (załącznik nr 5 do SWZ), w którym na stanowisko kierownika budowy Wykonawca wskazał p. K.J., na stanowisko kierownika robót sanitarnych p. K.Z., a na stanowisko kierownika robót elektrycznych i energetycznych p. R.C.. Ww. wykaz odwoływał

się w swojej treści do opisu doświadczenia tych osób, nabytego podczas realizacji zadania, o którym mowa w punkcie 1 powyżej;

3. oświadczenie z dnia 4 października 2021 r. o treści: „Oświadczam iż, wartość robót wykonanych przy realizacji inwestycji: Remont i przebudowa dworca kolejowego oraz budowa dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach budowy „Transportowego Węzła Integracyjnego w Ustce” wynosiła: 27 073 276,13 zł brutto w tym:

1. Roboty budowlane 14 303 871,01 zł brutto
2. Roboty budowlane instalacji elektrycznych 3 793 711,35 zł brutto
3. Roboty budowlane instalacji sanitarnych 5 478 404,83 zł brutto
4. Roboty budowlane drogowe 3 497 288,94 zł brutto

Oświadczam iż przy realizacji wyżej wymienionej inwestycji niżej wymienione osoby sprawowały następujące funkcje:

5. Pani mgr inż. K.J. sprawowała funkcję kierownika budowy oraz kierowała robotami branży budowlanej.

6. Pan mgr inż. R.C. sprawował funkcję kierownika robót elektrycznych.

7. Pan mgr inż. K.Z. sprawował funkcję kierownika robót sanitarnych.”

4. opinię bankową z 6 września 2021 r., z której wynikało, że „Ocena bieżącej sytuacji ekonomiczno – finansowej firmy SIMA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMNADYTOWA może wskazywać na posiadanie zdolności kredytowej do kwoty 5 000 000 PLN. Bank zastrzega sobie jednak, iż kwota ta nie jest równoznaczna z ewentualnym otrzymaniem kredytu przez Klienta SIMA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMNADYTOWA w tej wysokości. Decyzja w sprawie udzielania przez Bank kredytu uzależniona jest od spełnienia warunków zgodnie z obowiązującymi w Banku procedurami”.

Pismem z dnia 20 października 2021 r. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum SIMA do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń i/lub wyjaśnień dotyczących ich treści m.in. w zakresie wykazu robót budowlanych wraz z dowodami określającymi, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty. Zamawiający podał, że złożonego wykazu wykonanych robót potwierdzonych zaświadczeniem wydanym przez Gminę Miasto Ustkę nie wynika w sposób jednoznaczny, że w skład wskazanej realizacji wchodziła robota budowlana o wartości robót (których należyte wykonanie zostało potwierdzone wydaniem pozwolenia na użytkowanie – zgodnie z przepisami Prawa budowlanego) nie mniejszej niż 15 000 000 zł brutto, w odniesieniu do pojedynczego budynku użyteczności publicznej.

Pismem z dnia 22 października 2021 r. Konsorcjum SIMA złożyło Zamawiającemu wykaz robót budowlanych o tożsamej treści jak złożony pierwotnie wraz z dowodem określającym, że roboty budowlane zostały wykonane należycie (zaświadczenie Gminy Miasta Ustki z dnia 21 października 2021 r.).

Ponadto Konsorcjum SIMA wskazało, iż w zawiązku z wątpliwościami Zamawiającego zwróciliśmy się do Gminy Miasto Ustka o wydanie uszczegółowionych referencji, które potwierdzą w sposób jednoznaczny, że w skład wskazanej realizacji wchodziła zgodnie z zapisami zawartymi w VII. 2.2) SIWZ: „...jedna robota budowlana polegająca na budowie... budynku użyteczności publicznej o wartości robót (których należyte wykonanie zostało potwierdzone wydaniem pozwolenia na użytkowanie – zgodnie z przepisami Prawa Budowlanego) nie mniejszej niż 15 000 000,00 zł brutto.”

Różnica pomiędzy zaświadczeniem Gminy Miasta Ustka z dnia 28 września 2021 r. oraz zaświadczeniem Gminy Miasta Ustka z dnia 28 września 2021 r. sprowadzała się do uzupełnienia referencji o następujący fragment:

„Całkowita wartość robót wyniosła 27 073 276,13 zł brutto, w tym:

- wartość robót związanych z remontem i przebudową budynku dworca kolejowego wyniosła: 10 202 864,13 zł brutto.

- wartość robót związanych z budową budynku dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą wyniosła: 16 870 412,18 zł brutto.

Roboty były objęte obowiązkiem uzyskania pozwolenia na użytkowanie. Wykonawca w imieniu Zamawiającego uzyskał pozwolenie na użytkowanie.”

W dniu 27 października 2021 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum SIMA. Na drugim miejscu znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, iż postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zawartego w punkcie III. *petitum* odwołania w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła kierownika robót konstrukcyjno – budowlanych podlegało umorzeniu wobec złożonego przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika oświadczenia o wycofaniu zarzutu w ww. zakresie.

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SIMA mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznej i kwalifikacji zawodowych określonych w Rozdziale VII punkcie 2.2.1 SWZ.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Osią sporu w zakresie ww. zarzutu było to, czy Konsorcjum SIMA wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale VII punkt 2.2.1 SWZ, tj. w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonało w sposób należyty, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie lub modernizacji lub dokończeniu budowy budynku użyteczności publicznej o wartości robót (których należyte wykonanie zostało potwierdzone wydaniem pozwolenia na użytkowanie - zgodnie z przepisami Prawa budowlanego) nie mniejszej niż 15 000 000,00 zł brutto.

Na wstępie Izba wskazuje, że nie podzieliła wykładni ww. warunku udziału w postępowaniu prezentowanej przez Przystępującego. Zgodnie z brzmieniem ww. warunku wykonawca obowiązany był wykazać, iż w sposób należyty wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie/przebudowie/remoncie/modernizacji/dokończeniu budowy budynku użyteczności publicznej o wartości robót nie mniejszej niż 15 000 000 zł brutto. Zauważyć należy, iż wbrew twierdzeniom Przystępującego Zamawiający w opisie omawianego warunku nie posłużył się określeniem obiekt budowlany, które jest znacznie szersze niż pojęcie budynku. Zamawiający nie wskazał również, że ww. robota budowlana miała polegać na budowie budynku użyteczności publicznej wraz z infrastrukturą towarzyszącą o wartości robót nie mniejszej niż 15 000 000 zł brutto. W tym miejscu nie można pominąć, iż w wezwaniu skierowanym do Przystępującego z dnia 20 października 2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp Zamawiający przedstawił rozumienie rzeczonoego warunku udziału w postępowaniu stwierdzając, że ze złożonego przez Konsorcjum SIMA wykazu wykonanych robót nie wynika w sposób jednoznaczny, iż w skład zadania referencyjnego wchodziła robota budowlana o wartości robót nie mniejszej niż 15 000 000 zł brutto w odniesieniu do pojedynczego budynku użyteczności publicznej. Przystępujący Konsorcjum SIMA nie zakwestionowało za pomocą środków ochrony prawnej czynności Zamawiającego z dnia 20 października 2021 r. Tym samym stanowisko Przystępującego jakoby roboty budowlane opisane w ramach warunku winny być rozumiane szeroko przez pryzmat celu i funkcji danego zamierzenia inwestycyjnego w ocenie Izby zostało wykreowane wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego i nie znajduje potwierdzenia w postanowieniach SWZ.

Izba stwierdziła, że analiza zgromadzonego w niniejszej sprawie materiału dowodowego przedstawionego przez Odwołującego prowadzi do wniosku, że Przystępujący

Konsorcjum SIMA nie wykazał się spełnieniem omawianego warunku udziału w postępowaniu, mimo skierowanego do Wykonawcy wezwania z dnia 20 października 2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż wartość referencyjnego zadania wraz z robotami dodatkowymi pn. Remont i przebudowa dworca kolejowego oraz budowa dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach budowy „Transportowego Węzła Integracyjnego w Ustce” wykonanego na rzecz Gminy Miasta Ustka stanowiła 27 073 276,13 zł brutto, w tym wartość robót związanych z remontem i przebudową budynku dworca kolejowego - 10 202 864,13 zł brutto oraz wartość robót związanych z budową budynku dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą - 16 870 412,18 zł brutto. Jak wynika z przedstawionych przez Odwołującego dowodów, w szczególności SWZ dotyczącej ww. referencyjnej usługi, formularza oferty złożonego przez Konsorcjum SIMA w ww. zadaniu inwestycyjnym prowadzonym przez Gminę Miasta Ustka, protokołu odbioru częściowego nr 1 i 15 oraz aneksu nr 6 do umowy z dnia 1 lipca 2019 r., zaświadczenia z dnia 28 września i 21 października 2021 r. wystawionego przez Gminę Miasta Ustka, przedmiotem ww. inwestycji był m.in. 1) remont i przebudowa budynku Dworca PKP, 2) budowa budynku Dworca Autobusowego, 3) budowa infrastruktury drogowej Dworca Autobusowego oraz 4) certyfikat TSI PRM. Jednocześnie ze złożonych przez Przystępującego zaświadczeń wystawionych przez Gminę Miasta Ustka z dnia 28 września i 21 października 2021 r. wynika, iż w ramach ww. zadania inwestycyjnego wykonano dwa budynki (budynek dworca autobusowego oraz budynek dworca kolejowego), które są ze sobą połączone wiatą stalową z oszklonym dachem na najniższym poziomie oraz tarasem na poziomie ul. Dworcowej. Ponadto z przedstawionych przez Odwołującego decyzji wynika, że dla zadania dotyczącego budowy budynku Dworca Autobusowego oraz zadania dotyczącego budowy infrastruktury drogowej zostały wydane odrębne pozwolenia na budowę, w których jako podstawę prawną organ administracji przywołał art. 33 ust. 1 ustawy Prawo budowlane. Z kolei jak wynika z protokołu odbioru częściowego nr 1 i 15 oraz aneksu nr 6 do umowy z dnia 1 lipca 2019 r. wartość robót dotyczących remontu i przebudowy budynku Dworca PKP to 7 695 011,49 zł netto (bez certyfikatu TSI) – 9 464 864,13 zł brutto, wartość robót dotyczących budowy budynku Dworca Autobusowego to 7 443 110,50 zł netto, tj. 9 155 025,91 zł brutto, a koszt budowy infrastruktury drogowej Dworca Autobusowego to 6 272 671,76 zł netto, tj. 7 715 386,26 zł brutto. Z powyższego wynika tym samym, iż zarówno remont i przebudowa budynku Dworca PKP, jak i budowa budynku Dworca Autobusowego nie spełniały określonej przez Zamawiającego w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2.2.1 SWZ wartości roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie lub modernizacji lub dokończeniu

budowy budynku użyteczności publicznej o wartości robót nie mniejszej niż 15 000 000,00 zł brutto.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż Przystępujący nie zakwestionował dowodów przedłożonych przez Odwołującego w toku rozprawy, jak również nie podważał prawidłowości twierdzeń prezentowanych przez Odwołującego w szczególności w zakresie wartości poszczególnych elementów składowych inwestycji realizowanej na rzecz Gminy Miasta Ustka. Z kolei złożone przez Przystępującego dowody, tj. zdjęcia referencyjnej inwestycji Izba uznała za niemiarodajne dla podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Uwzględniając powyższe, w tym okoliczność, iż Zamawiający wystosował już do Przystępującego wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia omawianego warunku udziału w postępowaniu, które ma charakter jednokrotny, a Przystępujący nie sprostął powyższemu, zasadnym było nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 i art. 112 ust. 2 pkt 4 oraz art. 116 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum SIMA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w odniesieniu do osób skierowanych do realizacji zamówienia dla stanowisk kierownika budowy, kierownika robót sanitarnych, kierownika robót elektrycznych i energetycznych pomimo, że skierowane przez Konsorcjum SIMA osoby nie spełniają warunków określonych w Rozdziale VII punktach 2.2.2.1, 2.2.2.3 i 2.2.2.4 SWZ, a co najmniej zachodzą co do tych osób istotne wątpliwości wymagające złożenia wyjaśnień.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, 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. Stosownie do ust. 4 art. 128 ustawy Pzp, 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.

Konsorcjum SIMA w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VII pkt 2.2.2.1, 2.2.2.3 oraz 2.2.2.4 SWZ wskazało na stanowisko kierownika budowy p. K.J., kierownika robót sanitarnych p. K.Z. oraz kierownika robót elektrycznych i energetycznych p. R.C.. Ze złożonego wykazu osób wynika, iż ww. osoby nabyły doświadczenie

w ramach zadania inwestycyjnego wykonanego na rzecz Gminy Miasta Ustka pn. „Remont i przebudowa dworca kolejowego oraz budowa dworca autobusowego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w ramach budowy „Transportowego Węzła Integracyjnego w Ustce”, którym Przystępujący wykazał się celem spełniania warunku, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2.2.1 SWZ.

Izba wskazuje, że z ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego wynika, iż osoba dedykowana do pełnienia funkcji kierownika budowy winna legitymować się doświadczeniem w pełnieniu ww. funkcji dla co najmniej jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie lub modernizacji lub dokończeniu budowy budynku użyteczności publicznej o wartości wykonanych robót budowlanych nie mniejszej niż 10 000 000 zł brutto. Z kolei osoby dedykowane do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych oraz kierownika robót elektrycznych i energetycznych winny posiadać doświadczenie zawodowe w pełnieniu ww. funkcji dla co najmniej jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu robót instalacyjnych w budynku użyteczności publicznej odpowiednio w zakresie sieci, instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych oraz w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych o wartości wykonanych robót budowlanych sanitarnych albo elektrycznych nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto.

Z powyższego wynika zatem, iż warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia ww. personelu wykonawcy zostały skonstruowane w odniesieniu do wartości robót w taki sam sposób jak dla warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2.2.1 specyfikacji, tj. w odniesieniu do pojedynczego budynku użyteczności publicznej. Tym samym wartości robót w danej branży należało odnosić do wartości robót w pojedynczym budynku użyteczności publicznej.

Tymczasem jak wynika z dowodów złożonych przez Odwołującego omówionych powyżej w ramach warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, żaden z dwóch budynków realizowanych w ramach inwestycji na rzecz Gminy Miasta Ustka nie przekroczył wartości 10 000 000 zł brutto wymaganej dla kierownika budowy (wartość robót dotyczących remontu i przebudowy budynku Dworca PKP to 9 464 864,13 zł brutto, z kolei wartość robót dotyczących budowy budynku Dworca Autobusowego to 9 155 025,91 zł brutto). Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do wartości robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych oraz w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych wykonanych w budynku dworca PKP oraz budynku Dworca Autobusowego. Jak wynika z protokołu odbioru częściowego nr 1 i 15 w ramach robót budowlanych dotyczących ww. budynków wartość robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i energetycznych nie przekraczała określonej w SWZ wartości, tj. 2 000 000 zł brutto

(w przypadku budynku Dworca PKP to 857 610,02 zł brutto, a w przypadku budynku Dworca Autobusowego to 374 592,74 zł brutto). Z kolei wartość robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych (instalacje wewnętrzne) wykonanych w budynku Dworca PKP wyniosła 1 688 494,62 zł brutto, a w budynku Dworca Autobusowego 1 350 097,56 zł brutto. W tym miejscu podkreślić należy, iż Przystępujący nie polemizował z wyliczeniami przedstawionymi przez Odwołującego a znajdującymi potwierdzenie w złożonych podczas rozprawy dowodach. Przystępujący nie przedstawił żadnych kontrdowodów na odparcie twierdzeń przeciwnika procesowego. Przystępujący nie kwestionował również stanowiska Odwołującego, który akcentował, iż w przypadku sieci sanitarnych należy wziąć pod uwagę jedynie zakres i wartość prac dotyczących instalacji sanitarnych stanowiących instalacje wewnętrzne w poszczególnym budynku.

Uwzględniając powyższe okoliczności stwierdzić należy, iż Przystępujący nie wykazał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału kadrowego, o którym mowa w rozdziale VII pkt 2.2.2.1, 2.2.2.3 i 2.2.2.4 SWZ. Złożone przez Odwołującego dowody potwierdzają, że dedykowany do pełnienia funkcji kierownika budowy, kierownika robót sanitarnych oraz kierownika robót elektrycznych i energetycznych personel Przystępującego nie posiada doświadczenia w pełnieniu określonych funkcji przy wykonywaniu robót o określonej wartości w danej branży w odniesieniu do pojedynczego budynku użyteczności publicznej. Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w ww. zakresie potwierdził się. Izba nie nakazała jednak Zamawiającemu wezwania Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób w omówionym powyżej zakresie z uwagi na okoliczność, iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp (arg. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp). Słusznie również podnosił Odwołujący, iż przedstawione przez Przystępującego w oświadczeniu z dnia 4 października 2021 r. wartości zagregowane dla całego zadania inwestycyjnego wykonanego na rzecz Gminy Miasta Ustka, tj. dla robót dotyczących dwóch budynków oraz sieci pod infrastrukturą drogową, winny wzbudzić po stronie Zamawiającego uzasadnione wątpliwości, a w konsekwencji uruchomienie procedury określonej art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Za niezasadny Izby uznała zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SIMA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie złożonej opinii bankowej, pomimo, że opinia ta nie potwierdza wymaganej zdolności kredytowej, względnie zaniechania do wezwania do złożenia wyjaśnień.

Przedmiotem ww. zarzutu było to, czy można uznać za wystarczającą opinię banku, w której wskazano, że *„Ocena bieżącej sytuacji ekonomiczno – finansowej firmy SIMA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMNADYTOWA może wskazywać na posiadanie zdolności kredytowej do kwoty 5 000 000 PLN. Bank zastrzega sobie jednak, iż kwota ta nie jest równoznaczna z ewentualnym otrzymaniem kredytu przez Klienta SIMA SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMNADYTOWA w tej wysokości. Decyzja w sprawie udzielenia przez Bank kredytu uzależniona jest od spełnienia warunków zgodnie z obowiązującymi w Banku procedurami”*.

Izba stwierdziła, że złożona przez Przystępującego opinia bankowa potwierdzała posiadanie przez wykonawcę zdolności kredytowej na poziomie wymaganym przez Zamawiającego. Wskazać należy, że informacja banku o zdolności kredytowej składana przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma służyć jedynie weryfikacji zdolności finansowej potencjalnego wykonawcy, który dopiero ubiega się o zamówienie. W szczególności celem składania takiej informacji nie jest dowodzenie zamawiającemu, iż wykonawca zawarł przedwstępną umowę kredytową. Użycie sformułowań wskazujących na to, że *„ocena bieżącej sytuacji ekonomiczno – finansowej Przystępującego może wskazywać na posiadanie zdolności kredytowej do kwoty 5 mln”* oraz że *„kwota ta nie jest równoznaczna z ewentualnym otrzymaniem kredytu przez Klienta”* nie świadczy o tym, że złożony dokument nie potwierdza zdolności finansowej wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. W ocenie Izby treść złożonej opinii należy czytać całościowo z uwzględnieniem okoliczności, iż zawarcie umowy kredytowej musi wiązać się ze spełnieniem określonych, dalszych warunków banku, stąd też opinia banku wskazująca na możliwość posiadania zdolności kredytowej przez Przystępującego do kwoty 5 mln, obwarowanej spełnieniem dodatkowych warunków zgodnie z procedurami banku. Jednocześnie wskazać należy, iż przewidziane przez Zamawiającego minimum oceny zdolności kredytowej na poziomie 5 mln złotych jakkolwiek stanowi maksimum Przystępującego, to nie można uznać, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej nie został spełniony.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby złożona przez Przystępującego opinia bankowa z 6 września 2021 r. w sposób wystarczający potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SIMA mimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wobec rażącego zawyżenia wyceny pozycji kosztorysowej „1.4 Podłoża pod posadzki wraz z dowozem gruntu, marki stalowe pod słupy”

oraz wyceny w tej pozycji robót, które nie będą wykonywane przez Konsorcjum SIMA wobec ich uprzedniego zrealizowania przez innego wykonawcę w toku etapu I inwestycji, względnie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SIMA jako niezgodnej z warunkami zamówienia lub zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Odrzuceniu podlega także oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp) oraz oferta zawierająca błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp). W świetle art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną, co też oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe potwierdza stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 r. sygn. akt: III CKN 271/01, w którym wskazano, iż *„Uznanie konkretnego czynu za akt nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go pod względem prawnym, przez przypisanie mu cech konkretnego deliktu szczegółowego, ujętego w ramach Rozdziału 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ("Czyny nieuczciwej konkurencji", art. 5-17) lub deliktu w nim nie ujętego, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 ustawy.”*

Z kolei dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę

skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikający przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego.

W ocenie Izby podniesiony zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie. Przede wszystkim podkreślić należy, iż Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez Konsorcjum SIMA kwota 1.339.470,00 PLN brutto za pozycję 1.2. „Podłoża pod posadzki na gruncie z dowozem gruntu i marki stalowe pod słupy” tabeli elementów scalonych zawartej w ofercie została rażąco zawyżona. Odwołujący w powyższym zakresie wbrew regule wynikającej z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawił żadnej wyceny ww. prac uwiarygadniającej ich wysokość. Dalej ponieść należy, iż mimo, że Odwołujący manipulację ceną oferty dostrzegał w zawyżeniu ceny za wykonanie poz. 1.2. „Podłoża pod posadzki na gruncie z dowozem gruntu i marki stalowe pod słupy”, w celu ukrycia zaniżenia innego kosztu w pozycji ofertowej, to nie wskazał w których pozycjach ofertowych koszty zostały zaniżone. Nie sposób również uznać, by w okolicznościach tej sprawy doszło do „przerzucania kosztów” pomiędzy poszczególnymi pozycjami tabeli elementów scalonych służącego wykorzystaniu bilansu kryteriów oceny ofert celem uzyskania w danym kryterium maksymalnej liczby punktów, skoro w niniejszym postępowaniu kryterium oceny ofert była cena globalna oferty.

Kolejno Izba wskazuje, iż Zamawiający nie zawarł w specyfikacji warunków zamówienia żadnych wytycznych dotyczących sposobu wypełnienia tabeli elementów scalonych zawartej w formularzu oferty, w tym nie wskazał jakie konkretnie prace budowlane winny zostać uwzględnione w poszczególnych pozycjach tabeli. Ponadto z opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż „przedmiary mają charakter orientacyjny, odpowiedzialność za rzetelną wycenę Przedmiotu Zamówienia spoczywa na Wykonawcy. Jeżeli dane rozwiązanie zostało wskazane w dokumentacji przetargowej, a nie zostało przedstawione w przedmiarach, nie oznacza, że nie wchodzi w zakres Przedmiotu Zamówienia.” W tym miejscu zauważyć należy, że Odwołujący nie polemizował ze stanowiskiem Przystępującego, który akcentował, iż nie można odnosić poszczególnych pozycji zawartych w tabeli elementów scalonych do pozycji kosztorysowych, ponieważ cena wynikająca z danej pozycji tabeli zawiera w sobie szereg pozycji kosztorysowych składających się na wykonanie określonego zakresu prac ujętego w tabeli. Zwrócić również należy uwagę, iż Odwołujący nie odniósł się do twierdzeń Przystępującego, że pozycja 1.2 tabeli elementów scalonych jest jedyną pozycją wyszczególnioną w formularzy oferty zawierającą w swojej nazwie określenie „Podłoża pod posadzki”, co zdaniem Przystępującego oznaczało, że należy w niej ująć także inne, niewykonane dotychczas warstwy, które składają się na

wykonanie podłoży pod warstwy posadzkowe, a których do wykonania pozostała znaczna ilość.

Mając na względzie powyższe zdaniem Izby nie sposób dojść do przekonania, by w tych warunkach złożenie oferty przez Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na naruszeniu dobrych obyczajów poprzez „przerzucanie kosztów” pomiędzy poszczególnymi pozycjami tabeli elementów scalonych w celu uzyskania najwyższej punktacji w danym kryterium oceny ofert, czy też poprzez nieuprawnione „zaliczkowanie” innego zakresu prac realizowanych na późniejszym etapie zamówienia w wyniku rażącego zawyżenia wyceny poz. 1.2 tabeli elementów scalonych. W okolicznościach tej sprawy nie jest również możliwa do stwierdzenia niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia czy też błąd w obliczeniu ceny, w szczególności wobec braku w specyfikacji warunków zamówienia wytycznych w zakresie sposobu wypełnienia tabeli elementów scalonych, w tym co do rodzaju prac budowlanych, które winny zostać ujęte w poszczególnych pozycjach tabeli.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, 7 lub 10 ustawy Pzp wobec oferty Konsorcjum SIMA nie potwierdził się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 7 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba za zasadne uznała zarzuty zawarte w punkcie I i III *petitum* odwołania (przy czym zarzut zawarty w punkcie III nie miał wpływu na wynik postępowania z uwagi na uwzględnienie zarzutu dalej idącego) oraz oddaliła w pozostałym zakresie (zarzut zawarty w punkcie II i IV *petitum* odwołania). Tym samym stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio $\frac{1}{2}$ do $\frac{1}{2}$, wobec czego Izba kosztami postępowania obciążyła Wykonawcę wnoszącego sprzeciw i Odwołującego po połowie i zasądziła od Wykonawcy wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego kwotę 10 229 zł tytułem zwrotu kosztów uiszczonych przez Odwołującego wpisu od odwołania (20 000 zł) oraz kosztów dojazdu (458 zł). Ponadto Izba zniósła wzajemnie pomiędzy Wykonawcą wnoszącym sprzeciw i Odwołującym koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

Przewodniczący: