

**WYROK**  
**z dnia 06 sierpnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05 lipca 2021 r. przez wykonawcę **ERBUD Operations Sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Transportu Samochodowego, ul. Jagiellońska 80, 03-301 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o., ul. Leszno 12, 01-192 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Odrzuca odwołanie w części dotyczącej zarzutów postawionych wykonawcy Eurobudowa sp. z o.o. w zakresie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz związanych z nimi zarzutami podania w ofercie nieprawdziwych informacji
2. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych tytułem wpisu od odwołania
4. Zasądza od odwołującego ERBUD Operations Sp. z o.o., Jasionka 942 na rzecz zamawiającego Instytut Transportu Samochodowego, ul. Jagiellońska 80, 03-301 Warszawa kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący .....

## UZASADNIENIE

Instytut Transportu Samochodowego, ul. Jagiellońska 80, 03-301 Warszawa, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót budowlanych dotyczących termomodernizacji budynków Instytutu Transportu Samochodowego” (Numer sprawy SZ-222/73/2020). Ogłoszenie zostało opublikowane w BZP nr 600129-N-2020 z dnia 21 października 2020 r.

W dniu 30 czerwca 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej za która została uznana oferta PRK 7 Nieruchomości Sp. z o.o., ul. Leszno 12, 01-192 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca ERBUD Operations Sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

### **1. w odniesieniu do czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o.:**

- a) naruszenie art. 8 ust. 3 i art. 8 ust. 1 Ustawy Dawne PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. mimo tego, że Zamawiający nie odtajnił dokumentów i informacji wskazanych do zastrzeżenia przez Wykonawcę PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w piśmie z 25 czerwca 2021 r. oraz dokumentów i informacji wskazanych do zastrzeżenia przez Wykonawcę PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w piśmie z 22 stycznia 2021 r. chociaż w odniesieniu do tych dokumentów i informacji nie zachodzą przesłanki do ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji naruszenie także art. 8 ust. 1 Ustawy Dawne PZP poprzez prowadzenie postępowania przetargowego z naruszeniem zasady jawności
- b) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „Ustawa Dawne PZP”) poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. mimo tego, że Wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
- c) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Dawne PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. mimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia i poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PRK/ Nieruchomości Sp. z o.o. mimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

d) naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Ustawy Dawne PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. mimo tego, że wskazany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a dodatkowo jego oferta powinna zostać odrzucona, bowiem zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. w odniesieniu do zaniechania czynności odtajnienia złożonych przez Wykonawcę PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. dokumentów i informacji wskazanych do zastrzeżenia przez Wykonawcę PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w piśmie z 25 czerwca 2021 r. oraz dokumentów i informacji wskazanych do zastrzeżenia przez Wykonawcę PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w piśmie z 22 stycznia 2021 r.:

a) naruszenie art. 8 ust. 3 Ustawy Dawne PZP poprzez zaniechanie czynności odtajnienia wskazanych dokumentów i informacji mimo tego, że nie zachodzą w odniesieniu do nich przesłanki i podstawy do ich zastrzeżenia i utajnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w konsekwencji naruszenie także art. 8 ust. 1 Ustawy Dawne PZP poprzez prowadzenie postępowania przetargowego z naruszeniem zasady jawności;

b) naruszenie art. 8 ust. 1 Ustawy Dawne Pzp poprzez prowadzenie postępowania przetargowego z naruszeniem zasady jawności;

c) naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy Dawne PZP i art. 7 ust. 3 Ustawy Dawne PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający pełne zweryfikowanie okoliczności uzasadniających wykluczenie z postępowania Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. i uniemożliwiający pełne zweryfikowanie okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o., a w konsekwencji prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad przejrzystości;

3. w odniesieniu do zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. z postępowania:

a) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Dawne PZP poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. mimo tego, że Wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

4. w odniesieniu do zaniechania czynności wezwania Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. do złożenia, uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w celu wykazania

spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej dot. wykonania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - należycie, a w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowego ukończenia co najmniej dwóch zadań inwestycyjnych spełniających wymagania referencyjne wskazane przez Zamawiającego, w odniesieniu do obowiązku wyodrębnienia w wykazie robót budowlanych wartości odpowiadającej zakresowi zadania określonego w warunku:

a) naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy Dawne PZP poprzez zaniechanie czynności wezwania Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. do złożenia, uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej dot. wykonania nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - należycie, a w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowego ukończenia co najmniej dwóch zadań inwestycyjnych spełniających wymagania referencyjne wskazane przez Zamawiającego, w odniesieniu do obowiązku wyodrębnienia w wykazie robót budowlanych wartości odpowiadającej zakresowi zadania określonego w warunku;

5. w odniesieniu do zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o.

a) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) Ustawy Dawne PZP poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. mimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

**6. w odniesieniu do zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. z postępowania:**

a) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Dawne Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wskazany Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, ewentualnie

b) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Stare Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wskazany Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

c) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Stare Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. z postępowania, mimo że wskazany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

d) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Stare Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. z uwagi na złożenie jej przez Wykonawcę podlegającemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o.;
- 2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
- 3) wykluczenia Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. i w konsekwencji odrzucenia oferty tego Wykonawcy,

#### **ewentualnie**

wezwania Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. do wykazania spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej w przypadku wykazania ich niespełnienia i wykluczenia tego Wykonawcy w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek po tym wezwaniu,

- 4) odrzucenia oferty Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o.;
- 5) wykluczenia Wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. i w konsekwencji odrzucenia oferty tego Wykonawcy
- 6) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

Uzasadniając podniesiony zarzut co do niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy PRK7 w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty oraz wyjaśnień udzielonych zamawiającemu w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu podał, że zamawiający, wbrew obciążającym go obowiązkom, nie odtajnił informacji i dokumentów bezpodstawnie zastrzeżonych przez wykonawcę PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, tj. m.in. dokumentów i informacji zastrzeganych w piśmie Wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. z 25 czerwca 2021 r. (m.in. Umowa konsorcjum z 5 lutego 2018 r. wraz z aneksem nr 1, Przykładowe protokoły z BUW, Umowa konsorcjum z dnia 14 grudnia 2018 r., Przykładowe protokoły z SZP w Ząbkach) i w piśmie z 22 stycznia 2021 r..

Wskazane powyżej dokumenty i informacje w istocie nie obejmują żadnych informacji uzasadniających zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Co więcej, dotyczą one zadań inwestycyjnych realizowanych przez podmioty publiczne. Tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą również stanowić umowy konsorcjum zawierane na potrzeby ubiegania się i wykonywania inwestycji publicznych. Wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. w istocie natomiast nie przedstawia żadnych argumentów ani dowodów przemawiających za zasadnością dokonywania wskazanego zastrzeżenia w odniesieniu do ww. dokumentów i informacji. Podkreślił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania przetargowego i jako takie powinno być interpretowane ściśle, a stosowane jedynie wyjątkowo. Nadto zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może także służyć nieuzasadnionemu utrudnieniu konkurentom podmiotu dokonującego zastrzegającego dokonania merytorycznej i szczegółowej weryfikacji oferty podmiotu dokonującego zastrzeżenia i tego, czy ten podmiot spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podał, że zdaniem odwołującego w przedmiotowej sprawie dokumenty i informacje zastrzegane przez Wykonawcę PRK7 powinny zostać przez zamawiającego odtajnione. Wskazany wykonawca nie wykazał bowiem żadnych okoliczności uzasadniających dokonanie wskazanego zastrzeżenia. Dokonywane przez Wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa faktycznie bowiem służą nie ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale uniemożliwieniu innym podmiotom dokonania pełnej i rzetelnej oceny i weryfikacji oferty złożonej przez Wykonawcę PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. i spełnienia przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Co do braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę PRK7 odwołujący podał, że wykonawca PRK7 w złożonym Wykazie Robót, w odniesieniu do wskazanych tam zadań inwestycyjnych (oznaczonych „Przygotowanie projektu wykonawczego wraz z pełnieniem nadzorów autorskich, zapewnienie pełnienia nadzoru autorskiego (projekt budowlany) oraz wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą wyposażenia dla potrzeb realizacji inwestycji p.n. „BUW (podziemie) adaptacja na cele zajęć sportowych” w budynku przy ul. Dolnej 56/66 w Warszawie” oraz „Budowa szkoły podstawowej przy ul. Dzikiej w Ząbkach”) faktycznie ograniczył się do przepisania treści SIWZ i wartości kwotowych wynikających z przedstawianych referencji do opisu wskazanych przez niego referencyjnych zadań inwestycyjnych. W żadnym jednak przypadku wykonawca PRK7 nie odnosi opisów, a przede wszystkim nie podaje wartości kwotowych realizowanych w ramach inwestycji referencyjnych w odniesieniu do zakresu robót odpowiadającego zakresowi zadania określonego w warunku. Powyższe jest tym bardziej istotne, że z referencji dot. ww. inwestycji wynika, że inwestycje te obejmowały przedmiotowo swoim zakresem inny zakres robót niż wskazany jako referencyjny przez zamawiającego.

Z powyższego zdaniem odwołującego należy wywieść, że PRK7 nie zastosował się do oczekiwań zamawiającego wskazanych w SWZ, a nadto nie potwierdził spełnienia przez wykonawcę PRK7 ww. warunku udziału w postępowaniu. Wskazana kwestia w pierwszej kolejności kwalifikuje się do skierowania do wskazanego wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień, a w przypadku braku udzielenia przez wskazanego niezbędnych wyjaśnień skutkować powinna wykluczeniem ww. wykonawcy z postępowania przetargowego.

W kolejnym zarzucie dotyczącym rażąco niskiej ceny lub kosztu oferty PRK7, odwołujący zwrócił uwagę, że w toku postępowania przetargowego wykonawca ten mimo wystosowania do niego przez zamawiającego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, nie wyjaśnił zaproponowanej przez niego ceny w sposób wszelkie potencjalne usuwający wątpliwości, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Podniósł, że za cenę oferowaną przez PRK7 nie jest możliwe wykonanie tego zamówienia. Podał, że jednocześnie pełne i szczegółowe przedstawienie okoliczności faktycznych dot. tego zarzutu nie jest możliwe na aktualnym etapie sprawy, co wynika z tego, że wskazany wykonawca złożone przez siebie wyjaśnienia zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a zamawiający wbrew obowiązkowi, zaniechał odtajnienia tych wyjaśnień.

Natomiast w zakresie wykonawcy Eurobudowa sp. z o.o. zarzuty skupiały się wobec niewykluczenia tego wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia przez ten podmiot w tym zakresie nieprawdziwych informacji wprowadzających zamawiającego w błąd.

Podał, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca EUROBUDOWA wskazał w złożonym wykazie robót (Załącznik nr 6 do SIWZ), w pozycji B tego wykazu, inwestycję referencyjną, której przedmiotem były „prace remontowo-konserwatorskie pałacu i oficyny na terenie zabytkowego kompleksu pałacowo-parkowego w Teresinie, Al. Druckiego-Lubeckiego 1. Na potwierdzenie należytego wykonania wskazanej inwestycji, wykonawca przedłożył poświadczenie należytego wykonania inwestycji z dnia 12.04.2016 r. udzielone przez zamawiającego - Fundusz Składkowy Ubezpieczenia Społecznego Rolników. Z referencji wynika, że wartość umów składających się na inwestycję wyniosła 10.397.599,10 zł brutto i że „przedmiotem umów było wykonanie prac remontowo-konserwatorskich i robót dodatkowych budynku pałacu i oficyny”. Dodatkowo w wykazie robót wykonawca oświadczył „Ad b) zadanie polegało na remoncie i termomodernizacji budynków o kubaturze : 8203,50 m<sup>3</sup>”.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości i wezwał wykonawcę w dniu 22.02.2021 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, czy pałac i oficyna na terenie zabytkowego kompleksu pałacowo-parkowego w Teresinie stanowią



jeden budynek, czy też dwa odrębne budynki ? Jeżeli są to dwa odrębne budynki proszę o podanie kubatury i wartości zamówienia oddzielnie dla każdego z nich.

W odpowiedzi z dnia 23.02.2021 r. Wykonawca oświadczył:

„Ad 3) Pałac i Oficyna wchodzi w skład zabytkowego kompleksu pałacowo-parkowego w Teresinie - są trwale ze sobą połączone i stanowią jedną całość”

Zamawiający następnie unieważnił czynność wyboru oferty EUROBUDOWA Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej (w związku z uwzględnionym odwołaniem wykonawcy PRK7 Sp. z o.o. po czym powtórzył czynność badania i oceny ofert. W ramach nowej czynności badania i oceny ofert zamawiający, ponownie wezwał wykonawcę EUROBUDOWA Sp. z o.o. pismem z dnia 28 czerwca 2021 r. w trybie art. 26 ust. 4 Stare PZP do wyjaśnienia treści złożonego wykazu robót budowlanych - „ponownie proszę o wskazanie wartości zamówienia oddzielnie dla każdego z budynków, tj. Pałacu i Oficyny”.

Wykonawca EUROBUDOWA Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia z dnia 30.06.2021 r., w których oświadczył, że „Prace remontowo-konserwatorskie pałacu i oficyny na terenie zabytkowego kompleksu pałacowo- parkowego w Teresinie, Al. Druckiego-Lubeckiego 1 realizowane były na podstawie jednej umowy i dotyczyły jednego budynku. W chwili obecnej nie można rozdzielić wartości zamówienia na część pałacową i część oficyny, gdyż stanowiło to jeden przedmiot umowy rozliczany jako całość umowy. Zakresem robót objęty był jeden budynek (...)”.

Wykonawca EUROBUDOWA potwierdził tym samym w dniu 30.06.2021 r. w sposób jednoznaczny, że pałac i oficyna to jeden budynek. Jest to oświadczenie, które miało na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd co do spełnienia przez inwestycję referencyjną warunku, o którym mowa w pkt V.1.2 SIWZ. Zamawiający sformułował pytanie wyraźnie żądając wskazania czy w ramach inwestycji referencyjnej wykonano jeden czy dwa budynki. Z pewnością wykonawca zrozumiał tak jednoznaczne pytanie. Na tak zadane pytanie wykonawca sformułował odpowiedź, aby utrzymać zamawiającego w przekonaniu, że mamy do czynienia z jednym budynkiem. Tymczasem, Pałac i Oficyna według odwołującego to faktycznie dwa odrębne budynki, które zostały ze sobą połączone odkrytym murem łącznikiem stanowiącym zadane przejście pomiędzy nimi. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 30.06.2021 r., w celu uzasadnienia, że pałac i oficyna to jeden budynek, wskazuje, że „kompleks jako zabytek podlega w całości ochronie konserwatorskiej (wpis do Rejestru A nr 50 z 4.04.1962 r.)”. Wykonawca sam zauważył więc, że do rejestru wpis do rejestru zabytków dotyczy „kompleksu”, co oznacza „zespół budowli”. Przy czym podkreślenia wymaga, że we wskazanym rejestrze pałac i oficyna mają osobne karty, jako osobne budynki.

Mimo iż cały kompleks wpisany jest do rejestru zabytków pod jednym numerem ewidencyjnym, każdy obiekt kompleksu (Pałac i Oficyna Pałacowa i Galeria Pałacowa) posiadają odrębne karty w ewidencji zabytków, jako odrębne obiekty zabytkowe. W karcie ewidencyjnej Oficyny można przeczytać, że „Oficyna położona w zespole pałacowym w pd. części miejscowości (...) oddalona o 30 m w kierunku wschodnim od budynku Pałacu, połączona z nim krytą Galerią (...). Oficyna na rzucie litery T". W karcie przeznaczenie pierwotne - „mieszkalne”, obecnie użytkowane jako „mieszkalne i biurowe”. Odnośnie Pałacu w karcie przeznaczenie pierwotne figuruje - „mieszkalne”, a obecnie „nie użytkowany”. W opisie Pałacu można wyczytać, że „Budynki stanowiące zespół gospodarczy zlokalizowane są poza bryłą pałacu. Bezpośrednio w jego sąsiedztwie znajduje się kryta galeria oraz budynek oficyny.”. W opisie zabytku pn. „Galeria ” widnieje, że jej przeznaczenie pierwotne to „galeria łącznikowa”, a obecnie jest użytkowana również jako „galeria łącznikowa”, a więc z pewnością nie jako element jednego budynku.

Ponadto wskazał, że wykonawca EUROBUDOWA nie odpowiedział na pytanie zamawiającego z dnia 28.06.2021 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp nie udzielił wymaganych wyjaśnień) w zakresie podania wartości robót zrealizowanych w ramach zamówienia odnośnie budynku Pałacu oraz budynku Oficyny.

Z przedłożonych referencji wynika jedynie, że wartość brutto umowy na wykonanie prac remontowo- konserwatorskich budynku pałacu i oficyny to 7.076.725,81 zł, a wartość brutto prac dodatkowych dla budynku pałacu i oficyny to 3.320.873,27 zł, tj. łącznie 10 397 599,08 zł brutto. Z tego wynika, że aby spełnić warunek udziału w postępowaniu (wartość zadania dla jednego budynku), to wartość prac remontowo-konserwacyjnych dla Pałacu musiałaby wynosić co najmniej 10 mln zł brutto. Powyższe oznaczałoby, że wartość prac dla Oficyny wynosiłaby zaledwie 397 599,08 zł brutto. Jest to mało prawdopodobne mając na uwadze obiekt takich rozmiarów. Wykonawca EUROBUDOWA celowo nie podał wartości prac w rozbiciu na budynki Pałacu i Oficyny, ukrywając wartość faktyczną prac dotyczących budynku Pałacu. Powyższe, zdaniem odwołującego oznacza, że wykonawca EUROBUDOWA nie wykazał, że inwestycja referencyjna z pozycji B Załącznika nr 6 (Prace remontowo-konserwatorskie pałacu i oficyny na terenie zabytkowego kompleksu pałacowo-parkowego w Teresinie) w zakresie jednego budynku - budynku Pałacu spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie minimalnej wartości zadania określonej na 10 mln zł brutto. W tej sytuacji Wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 Pkt 12 Stare Pzp, czego zamawiający zaniechał.

Podał, że wykonawca, udzielając wyjaśnień treści dokumentów z dnia 23.02.2018 r., rozszerzył wykaz robót o kolejną inwestycję referencyjną (pkt C nowego wykazu robót) pn. „Roboty budowlane w zakresie rozbudowy, nadbudowy, przebudowy i zmiany sposobu

użytkowania hali magazynowej z przeznaczeniem na działalność konferencyjną, usługową" zrealizowaną dla Instytutu Badawczego Leśnictwa" (nowy wykaz przedstawiony z pismem Wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. z dnia 23 lutego 2021 r.). Wskazał bowiem w wyjaśnieniach, że „w celu uchylenia wątpliwości dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedkładamy rozszerzony wykaz robót wraz z dodatkową referencją, która spełnia wymogi określone w SIWZ.

Podniósł, że odwołujący zwrócił się w trybie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznych do Instytutu Badawczego Leśnictwa z zapytaniem „Czy zamówienie polegające na rozbudowie, nadbudowie, przebudowie i zmianie sposobu użytkowania hali magazynowej na budynek dydaktyczno-konferencyjny na działce nr ew. 374/10 w Sękocinie Starym zostało ostatecznie zrealizowane za kwotę wynagrodzenia należnego wykonawcy EUROBUDOWA wynikającą z dokumentów, tj. w wysokości 6 014 700 zł brutto”. Zamawiający - Instytut Badawczy Leśnictwa udzielił pismem z dnia 7.04.2021 r. odpowiedzi informując, że „Wynagrodzenie Wykonawcy zostało określone w podpisanej umowie w kwocie 6 014 700 zł brutto” oraz że „Nie zawarto dodatkowej umowy obejmującej jakiegokolwiek dodatkowe lub uzupełniające prace dotyczące realizacji zamówienia publicznego ZP39-169006”. Z powyższego wynika, że wartość umowy (oferty) wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. była niższa niż wskazane w warunku udziału w postępowaniu, co najmniej 10 mln zł brutto.

Uzasadniając zarzut dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd podał, że wskazywanie przez wykonawcę inwestycji referencyjnej w pozycji B wykazu robót jako rzekomo dotyczącej jednego budynku, stanowi w istocie świadome i celowe, a ewentualnie co najmniej popełnione w rezultacie lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadzenie zamawiającego w błąd w przedmiocie spełnienia przez wskazanego Wykonawcę wymienionego warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji tych uchybień i naruszeń przepisów oferta wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Co istotne, w odniesieniu do wskazanej inwestycji referencyjnej wykonawca złożył jednoznacznie nieprawdziwe oświadczenia przypisując tej inwestycji charakter i właściwości, których ta inwestycja nie posiada. Wykonawca opisane uchybienia popełnił mimo wezwania skierowanego do niego przez zamawiającego, uzasadniony jest w pierwszej kolejności wniosek, że Wykonawca, składając oświadczenia w wykazach robót, a także w piśmie z 30 czerwca 2021 r., działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd celem uzyskania zamówienia.

Z ostrożności odwołujący podnosi, że postępowanie wykonawcy kwalifikuje się również co najmniej pod lekkomyślność lub niedbalstwo w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP. Przy niedbalstwie co podkreśla orzecznictwo, wykonawca nie musi nawet zdawać sobie sprawy i

przewidywać skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. Wystarczające jest uznanie, że skutek taki wykonawca mógł i powinien był przewidzieć.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o częściowe odrzucenie zarzutów odwołania i w pozostałym zakresie o jego oddalenie. W zakresie zarzutów o które wniósł, aby Izba dokonała ich odrzucenia podał, że dotyczy to zarzutów odwołania tj.

a) zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów w postaci pisma wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. z dnia 22 stycznia 2021 r. wraz z załącznikami;

b) zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. z postępowania;

gdyż z uwagi na to, że odwołanie w tej części zostało złożone po upływie terminu określonego w ustawie Pzp.

Zamawiający stał na stanowisku, że wszystkie zarzuty podniesione przez Odwołującego są chybione; nie znajdują potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy oraz w przepisach prawa. W związku z tym odwołanie, jako nieuzasadnione, zasługuje na oddalenie w całości.

Co do zarzutu zaniechania odtajnienia pisma wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. z dnia 22 stycznia 2021 r., podniósł, że odwołanie w tej części jest spóźnione i jako takie powinno podlegać odrzuceniu. Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku czynności w postaci zaniechań zamawiającego, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Tymczasem w niniejszym postępowaniu odwołujący pismami z dnia 22 lutego 2021 r. i 08 marca 2021 r. zwrócił się do Zamawiającego o wgląd do dokumentacji postępowania, żądając udostępnienia protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami, w tym pełnej korespondencji zamawiającego z wykonawcami, wyznaczając ostateczny termin wykonania tej czynności do dnia 08 marca 2021 r. W dniu 09 marca 2021 r. zamawiający udostępnił odwołującemu dokumentację, jednak z wyłączeniem dokumentów wykonawców, co do których zostały zastrzeżone klauzule tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednym z takich dokumentów było pismo wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. z dnia 22 stycznia 2021 r. Oznacza to, że ustawowy 5 dniowy termin na złożenie odwołania na zaniechanie Zamawiającego udostępnienia pisma wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. z dnia 22 stycznia 2021 r. rozpoczął biec od dnia 09 marca 2021 r. i minął bezskutecznie w dniu 15 marca 2021 r. Aktualnie zatem stawianie zarzutu zamawiającemu co do nieodtajnienia pisma wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. z dnia 22 stycznia 2021 r. jest spóźnione. Nadto dodał, że niezależnie od powyższego zarzut zaniechania odtajnienia żądanych przez odwołującego oświadczeń i dokumentów nie może zostać uwzględniony, bowiem co do tych

oświadczeń i dokumentów wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do zarzutu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę PRK7 podał, że zarzut odwołującego w tym zakresie jest nietrafny. Omawiany zarzut w istocie koncentruje się wokół warunku w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego doświadczenia. Zgodnie z pkt. 1.2. Sekcji V SIWZ zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazał, że posiada doświadczenie umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, co oznacza że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 (siedmiu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonał należycie, a w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, co najmniej dwa zadania inwestycyjne, z których każde spełnia następujące wymagania: a) zadanie polegało na wykonaniu robót budowlanych wewnątrz budynku, b) zadanie polegało na budowie i/lub przebudowie i/lub remoncie i/lub termomodernizacji budynku o kubaturze co najmniej 8000 m<sup>2</sup>, c) wartości zadania wynosiła co najmniej 10 000 000 zł brutto. Zamawiający przy tym poczynił w SIWZ uwagę, że jeżeli dane zadanie, którego zrealizowaniem wykazuje się wykonawca lub inny podmiot, obejmuje szerszy zakres niż wymagany w opisie warunku, wykonawca zobowiązany jest wyodrębnić w wykazie robót budowlanych wartość odpowiadającą zakresowi zadania określonego w warunku.

Odwołujący podnosił, że wykonawca PRK7 w złożonym wykazie robót, w odniesieniu wskazanych tam zadań inwestycyjnych ograniczył się faktycznie do przepisania treści SIWZ i wartości kwotowych wynikających z przedstawionych referencji do opisu wskazanych przez niego referencyjnych zadań inwestycyjnych. Zdaniem odwołującego, w żadnym przypadku wykonawca PRK7 nie odnosi opisów, w tym wartości kwotowych realizowanych w ramach inwestycji referencyjnych, w odniesieniu do zakresu robót odpowiadającego zakresowi zadania określonego w warunku. Jednak te twierdzenia odwołującego nie znajdują potwierdzenia w dokumentach i oświadczeniach przedłożonych przez wykonawcę PRK7 na wezwanie zamawiającego.

Wykonawca PRK7 na wezwanie zamawiającego, złożył pismo z dnia 25 czerwca 2021 r. zawierające wyjaśnienia dotyczące złożonych dokumentów, tj. wykazu robót i referencji, do którego to pisma zostały załączone umowy konsorcjum i protokoły zaawansowania procentowego robót z wyszczególnieniem rodzaju i wartości robót wykonanych na dany moment. Z tych wszystkich dokumentów wynika, że wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. wykazał się doświadczeniem w zakresie realizacji zamówień:

1) „Przygotowanie projektu wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, zapewnienie pełnienia nadzoru autorskiego (projekt budowlany) oraz wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą wyposażenia dla potrzeb realizacji inwestycji pn. „BUW (podziemie) adaptacja na cele zajęć sportowych" w budynku przy ul. Dobrej 56/66 w Warszawie":

a) co do wartości robót budowlanych:

- z wykazu robót, jak i referencji wynika, że wartość brutto tej inwestycji wynosiła 25 520 786,67 zł; wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. wpisał w wykazie robót, że wartość części zamówienia związanej z wykonaniem zadania również wynosiła 25 520 786,67 zł;

- z uwagi na zakres zamówienia, wynikający z nazwy zamówienia, jak i referencji, na podstawie art. 26 ust. 4 Ustawy Dawne PZP, Zamawiający, pismem z dnia 21 czerwca 2021 r., zażądał wyjaśnień poprzez wyszczególnienie wartości robót budowlanych bez uwzględnienia wartości projektu wykonawczego, nadzorów oraz dostaw wyposażenia. Pismem z dnia 25 czerwca 2021 r. wykonawca wskazał, że wartość samych robót budowlanych wynosiła 24 051 755,59 zł;

- ww. wyjaśnienia wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. znajdują potwierdzenia w załączonych do pisma tego wykonawcy z dnia 25 czerwca 2021 r. dwa protokoły zaawansowania procentowego robót według stanu na maj 2019 r. i czerwiec 2019 r. Mianowicie w protokołach tych wyodrębniono m. in. rodzaj robót, wartość robót według umowy i wartość robót. Biorąc pod uwagę pozycje z tych protokołów dotyczące wyłącznie rodzajów robót budowlanych w postaci robót wewnątrz budynku i robót polegających na przebudowie i/lub remoncie i /lub termomodernizacji budynku (zgodnie z warunkiem określonym w SIWZ) i sumując wartości tych robót według umowy, nie budziło wątpliwości Zamawiającego, że wartość samych robót budowlanych wynosiła 24 051 755,59 zł;

b) co do kubatury budynku:

- w wykazie robót w pozycji „kubatura" wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. wpisał: „co najmniej 8 000 m<sup>3</sup>;

- z referencji wynika dokładna kubatura budynku, w którym realizowano roboty budowlane, tj. 270 000 m<sup>3</sup>;

c) co do rodzaju robót budowlanych:

- w wykazie robót wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. wpisał, że zamówienie polegało na wykonaniu robót budowlanych wewnątrz budynku;

- z referencji wynika, że roboty budowlane polegały m. in. na wykonaniu robót rozbiórkowych, robót konstrukcyjnych żelbetonowych, montażu suchej zabudowy, montażu ślusarski stalowej przeciwpożarowej, montażu ślusarki stalowej, okładzin HPL, robót

posadzkarskich, robót wykończeniowych, instalacji sanitarnych, instalacji elektroenergetycznych, okładzin akustycznych; wszystkie te czynności stanowią roboty budowlane w rozumieniu art. 3 pkt 7 i pkt 1 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. - Prawo budowlane;

- powyższe znajduje potwierdzenia w załączonych do pisma wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. z dnia 25 czerwca 2021 r. dwa protokoły zaawansowania procentowego robót według stanu na maj 2019 r. i czerwiec 2019 r. Mianowicie w protokołach tych wyodrębniono m. in. rodzaj robót objętych zamówieniem.

2) „Budowa szkoły podstawowej przy ul. Dzikiej w Ząbkach”:

a) co do wartości robót budowlanych:

- z wykazu robót, jak i referencji wynika, że wartość brutto tej inwestycji wynosiła 43 625 479,61 zł; wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. wpisał w wykazie robót, że wartość części zamówienia związanej z wykonaniem zadania również wynosiła 43 625 479,61 zł;

- do pisma wykonawcy PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. z dnia 25 czerwca 2021 r. został załączony częściowy protokół odbioru wykonanych robót nr 16 z dnia 29 września 2020 r., z którego wynika, że na dzień 29 września 2020 r. dokonano odbioru \ robót związanych z budową budynku o wartości 26 528 488,51 zł;

b) co do kubatury budynku:

- w wykazie robót w pozycji „kubatura” wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. wpisał: „co najmniej 8 000 m<sup>3</sup>;

- z referencji wynika dokładna kubatura budowanego budynku, tj. 55 585,77 m<sup>3</sup>;

c) co do rodzaju robót budowlanych:

- w wykazie robót wykonawca PRK7 Nieruchomości Sp. z o.o. wpisał, że zamówienie polegało na wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie budynku; - z referencji wynika, że roboty budowlanego polegały na wykonaniu szeregu czynności polegających na budowie budynku; spełniające definicję robót budowlanych w rozumieniu art. 3 pkt 7 i pkt 1 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. - Prawo budowlane.

W świetle powyższego, zdaniem zamawiającego nie sposób zgodzić się z odwołującym, że wykonawca PRK7, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego doświadczenia. Biorąc bowiem pod uwagę zgromadzone w toku postępowania dokumenty złożone przez wykonawcę PRK7 należało uznać, że zamówienia referencyjne pn. 1) „Przygotowanie projektu wykonawczego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, zapewnienie pełnienia nadzoru autorskiego (projekt budowlany) oraz wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą wyposażenia dla potrzeb realizacji inwestycji pn. „BUW (podziemie) adaptacja na cele zajęć

sportowych" w budynku przy ul. Dobrej 56/66 w Warszawie" oraz 2) „Budowa szkoły podstawowej przy ul. Dzikiej w Ząbkach" w pełni potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 1.2. Sekcji V SIWZ. Nie budziło zatem żadnych wątpliwości zamawiającego, że oba zamówienia referencyjne polegały na wykonaniu robót budowlanych także wewnątrz budynków, jak i na budowie/przebudowie/remontie budynków o kubaturze co najmniej 8 000 m<sup>3</sup>, o wartości nie mniejszej (a wręcz znacznie przewyższającej) kwoty 10 000 000,00 zł.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, w czasie dokonywania wyboru oferty wykonawcy PRK7 jako najkorzystniejszej, zamawiający był w posiadaniu wszystkich dokumentów i informacji w pełni i jednoznacznie potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W takim wypadku zupełnie bezprzedmiotowym byłoby wzywaniem PRK7 do wyjaśnienia złożonych dokumentów, skoro zamawiający nie powziął wątpliwości co do tego, że wykonawca ten wykazał się doświadczeniem w postaci wykonania dwóch zamówień polegających na budowie/przebudowie/remontie budynków o kubaturze co najmniej 8 000 m<sup>3</sup>, w tym wykonania robót wewnątrz budynków, o wartości nie mniejszych niż 10 000 000,00 zł.

Odnosząc się do wcześniej sygnalizowanego zarzutu rażąco niskiej ceny oferty PRK7 podał, że nie sposób przy tym przychylić się to argumentacji odwołującego, że z uwagi na brak odtajnienia dokumentów wykonawcy PRK7 dotyczących wyjaśnienia ceny oferty, Odwołujący nie miał możliwości należytego uzasadnienia i uprawdopodobnienia zarzutu rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wykonawcę PRK7. Po pierwsze, zarzut w zakresie zaniechania odtajnienia tych dokumentów jest spóźniony, co wyżej zostało już uzasadnione. Wszak najpóźniej w dniu 15 marca 2021 r. Odwołujący powinien złożyć odwołanie co do braku udostępnienia dokumentów. W konsekwencji aktualnie nie może skutecznie zasłaniać się brakiem znajomości sposobu wyliczeń ceny przez wykonawcę PRK7. Po drugie, nawet nie mając dostępu do ww. dokumentacji wykonawcy PRK7 odwołujący zobowiązany był do uprawdopodobnienia zarzutu rażąco niskiej ceny. Niezależnie od powyższego - nawet pomijając zasygnalizowaną bierność odwołującego - nie sposób uznać, że oferta wykonawcy PRK7 zawiera rażąco niską cenę. Należy wyjaśnić, że pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. zamawiający zainicjował wobec wykonawcy PRK7 procedurę wyjaśnienia ceny złożonej oferty w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi, że oferta ta była niższa o co najmniej 30% wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zamawiający zażądał od wykonawcy przedstawienia kosztorysów w oparciu o zestawienie kosztów bezpośrednich, narzutów oraz założonego zysku i należnego podatku VAT, związanych z realizacją całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązał również wykonawcę do wyjaśnienia, czy do ustalenia ceny oferty miały zastosowanie elementy wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1-5



ustawy PZP. W odpowiedzi na to wezwanie zamawiającego, wykonawca przedłożył szczegółowe wyjaśnienia z dnia 22 stycznia 2021 r. w zakresie ceny złożonej oferty wraz z przedstawieniem żądanych kosztorysów. Kosztorysy zawierają wartości materiałów, koszty ogólne, rezerwę, zysk, podatek VAT, jak też uwagi w postaci planowanych metod oszczędności. Przeprowadzona procedura, w tym złożone przez wykonawcę PRK7 wyjaśnienia ceny oferty i załączone do tych wyjaśnień dokumenty, w szczególności kosztorysy zawierające rozbicie cenowe na wartości materiałów, koszty ogólne, rezerwę, zysk, podatek VAT, jednoznacznie dowiodła, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. W świetle tych wyjaśnień wykonawcy i dokumentów nie można zarzucić wykonawcy, że cena przez niego zaoferowana jest nierealna lub niegwarantująca należyte wykonanie zamówienia. Zaoferowana cena pozwala na pokrycie wszystkich kosztów wykonania całego przedmiotu zamówienia, a także przewiduje zysk netto wykonawcy na poziomie rynkowym. Oferta cenowa wykonawcy PRK7 jest porównywalna do średniej ceny wszystkich ofert; jest niższa jedynie o ok. 16%. Co więcej, połowa ofert cenowych wykonawców oscylowała w przedziale kwotowym od 15 000 000,00 zł do 18 000 000,00 zł. Podobnie w przypadku porównania ceny oferowanej przez wykonawcę PRK7 16 537 961,56 zł) z oferowaną ceną odwołującego (18 779 808,63 zł), różnica wynosi ok. 12%. Tak niewielkie dysproporcje cenowe są naturalne na wolnym rynku i wynikają z zasad konkurencyjności. W każdym jednak wypadku okoliczność ta nie pozwala na przyjęcie, że cena wykonawcy PRK7 o była oderwana od realiów rynkowych lub cen obowiązujących na danym rynku.

Zamawiający odpowiadając na zarzuty odwołującego wobec oferty EUROBUDOWA Sp. z o.o. z powodu niewykluczenia z postępowania tego wykonawcy, podał, że zarzut odwołującego co do braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę EUROBUDOWA Sp. z o.o. również jest nietrafny.

Podał, że odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o. jest spóźnione i jako takie powinno podlegać odrzuceniu. Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy-PZP, w przypadku czynności w postaci zaniechań Zamawiającego, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W niniejszym postępowaniu pierwszym wyborem zamawiającego najkorzystniejszej oferty była oferta wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o., co nastąpiło pismem z dnia 05 marca 2021 r. W związku z tym odwołującemu już wówczas zaczął biec ustawowy 5 dniowy termin na odwołanie w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy EUROBUDOWA Sp. z o.o.

Twierdzenia odwołującego, że wykonawca EUROBUDOWA nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedstawiając w wykazie robót zamówienie referencyjne pn. „Prace remontowo-konserwatorskie pałacu i oficyny na terenie zabytkowego kompleksu pałacowo-parkowego w Teresinie, Al. Druckiego-Lubeckiego 1”, jest bezpodstawne. Wbrew stanowisku odwołującego, roboty budowlane wykonane w ramach tego zamówienia referencyjnego dotyczyły jednego budynku o kubaturze co najmniej 8 000 m<sup>3</sup>. Pała i Oficyna, jako że są połączone łącznikiem, należy traktować jako jeden budynek, nie zaś jako dwa wyodrębnione gospodarczo budynki, co błędnie sugeruje odwołujący.

Wskazał na stanowisko Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego, który stoi na stanowisku, że dwa oddzielne budynki połączone łącznikiem należy traktować jako jeden budynek, to zamawiający nie jest uprawniony do przyjmowania mniej korzystnej dla wykonawców interpretacji, zmierzających do wykluczenia wykonawców. Wszelkie niejasności w tym wypadku muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców.

Reasumując, wykonawca EUROBUDOWA Sp. z o.o. przedstawiając w wykazie robót zamówienia inwestycyjne oraz referencje, a także składając wyjaśnienia, o których mowa w art. 26 ust. 4 Pzp, wykazał, że spełnia warunku udziału w postępowaniu z pkt. 1.2 Sekcji V SIWZ.

Nawiązując do uzupełnionego samodzielnie przez wykonawcę Wykazu usług podał, że zamówienie inwestycyjne pn. „Roboty budowlane w zakresie rozbudowy, nadbudowy, przebudowy i zmiany sposobu użytkowania hali magazynowej z przeznaczeniem na działalność konferencyjną, usługową”, podane z ostrożności przez wykonawcę EUROBUDOWA Sp. z o.o. w ramach wyjaśnień złożonych w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy Pzp, nie było brane pod uwagę przez zamawiającego w ramach badania podstaw wykluczenia z postępowania. Wszak pierwotnie wskazane przez wykonawcę EUROBUDOWA Sp. z o.o. zamówienia inwestycyjne w wykazie robót, opatrzone wyjaśnieniami tego wykonawcy, w sposób dostateczny potwierdzały spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Tym samym cała argumentacja odwołującego co do rzekomego wprowadzania w błąd zamawiającego przez wykonawcę EUROBUDOWA Sp. z o.o. co do wartości zamówienia pn. „Roboty budowlane w zakresie rozbudowy, nadbudowy, przebudowy i zmiany sposobu użytkowania hali magazynowej z przeznaczeniem na działalność konferencyjną, usługową” jest pozbawiona znaczenia, skoro zamówienie to nie podlegało ocenie i analizie zamawiającego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca PRK7, którego oferta w wyniku ponownego badania i oceny ofert została uznana za najkorzystniejszą poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Wobec powyższego Izba uznała za zbędne ponowne prezentowanie bardzo podobnej argumentacji w zakresie niezasadności zarzutów odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje – odwołanie jest niezasadne, gdyż podniesione zarzuty nie mają oparcia w obowiązujących przepisach Pzp.**

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.), który stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

Z uwagi na fakt, że odwołania zostały wniesione 5 lipca 2021 r., do postępowania odwoławczego znajdują zastosowanie przepisy ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp), stosownie do 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej w wersji pisemnej przez zamawiającego, treści obu odwołań pism i dowodów przedłożonych przez strony i przystępującego oraz stanowiska zaprezentowane do protokołu rozprawy.

Na wstępie odniesienia Izby, wymagają zarzuty zamawiającego podnoszone wobec zarzutów odwołania w których zamawiający uznaje, iż niektóre z zarzutów są spóźnione i winny podlegać odrzuceniu. Izba wskazuje, że oceny czy dany zarzut należy uznać za spóźniony należy dokonywać przez pryzmat sytuacji prawnej i faktycznej wykonawcy, wobec którego takie zarzuty są podnoszone. Niespornym w sprawie jest fakt, że w trakcie pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, za takąową została uznana oferta Eurobudowa sp. z o.o.. Natomiast oferta wykonawcy PRK7 została odrzucona. W wyniku wyroku KIO z 10 maja 2021 roku sygn.. KIO 776/21 Izba przywróciła do postępowania wykonawcę PRK7 i w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty za taką ofertę została uznana oferta wykonawcy PRK7 – przystępującego.

Podkreślić należy, że w trakcie pierwszego wyboru dokonanego w dniu 5 marca 2021 roku najkorzystniejszą ofertą była oferta wykonawcy Eurobudowa, a na drugim miejscu została skalsyfikowana oferta wykonawcy ERBUD Operations sp. z o.o. - odwołującego w tym postępowaniu. Tak więc odwołujący na etapie pierwszego wyboru miał już interes, aby kwestionować wybór oferty Eurobudowy i tym samym sformułować chociażby takie same zarzuty, jakie podnosi wobec tego wykonawcy w tym postępowaniu. Natomiast wykonawca ten w postępowaniu odwoławczym o sygn.. KIO 776/21 zainicjowanym wniesionym przez wykonawcę PRK7 odwołaniu był przystępującym po stronie zamawiającego, a więc nie kwestionował oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Eurobudowa sp. z o.o., a popierał stanowisko zamawiającego wobec odrzucenia oferty wykonawcy PRK7. Wobec powyższego Izba uznaje, że podniesione w tym postępowaniu odwoławczym wobec wykonawcy Eurobudowa zarzuty są zarzutami spóźnionym i odwołanie w tej części na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp podlega odrzuceniu. Zauważyć należy, że odwołujący wobec wykonawcy Eurobudowa postawił de facto dwa zarzuty, pierwszy dotyczył braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a drugi na wprowadzeniu zamawiającego w błąd (art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 Pzp) poprzez podanie informacji dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tak więc są to zarzuty z sobą powiązane i brak wniesienia odwołania w terminie na wykazane przez Eurobudowę warunki udziału w postępowaniu, powoduje także spóźnione podnoszenie zarzutów co do podania w ofercie nieprawdziwych informacji w tym zakresie. Podnoszone zarzuty wobec 3 pozycji wykazu robót, uzupełnionej samodzielnie przez wykonawcę, jak wynika z dokumentacji postępowania nie były w ogóle oceniane przez zamawiającego. Tym samym wywodzenie jakichkolwiek zarzutów w tym zakresie należy uznać za bezprzedmiotowe.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp (poprzednio na gruncie art. 192 ust. 2 Pzp) odwołanie jest uwzględniane wówczas, gdy naruszenie zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego (takiego, które wpływa na wynik postępowania). Co nie ma zastosowania do oferty odwołującego, gdyż jego oferta zajmowałaby nadal na liście rankingowej wykonawców co najmniej drugie miejsce za ofertą Eurobudowy, a więc nie zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. W świetle przywołanego ww. przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania, obok potwierdzenia zasadności samych zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego, jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania. Wskazać należy na Postanowienie SN z dnia 12 lutego 2014 r sygn. IV CSK 291/13 w którym sąd uznał, że „Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w (art. 2 pkt 7 a Pzp d.Pzp), a więc, jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Wpływ na wynik lub możliwość wpływu na wynik postępowania należy każdorazowo odnieść do konkretnego stanu faktycznego. Z powyższego stanu prawnego – faktycznego należy jednoznacznie wywieść, że odwołujący nie może pozyskać przedmiotowego zamówienia nawet w sytuacji, gdyby zarzuty podniesione wobec wykonawcy PRK7 okazały się zasadne, gdyż nadal jego oferta byłaby sklasyfikowana za ofertą Eurobudowy. Zauważyć należy, że w tej sytuacji odwołujący nie posiadał interesu na moment wniesienia odwołania w jego uzyskaniu, gdyż z powodu spóźnionego niezakwestionowania braku wykluczenia z postępowania wykonawcy Eurobudowa nie mógł ponieść szkody. Tym samym z powodu braku wykazania posiadania interesu we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 505 ust.1 Pzp, odwołanie podlega oddaleniu.

Jednakże ze względu na fakt, iż w odwołaniu podniesiono zarzuty wobec dwóch wykonawców, to Izba po szczegółowej analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego dotyczącego niewykluczenia z postępowania wykonawcy PRK7 dokonała oceny tych zarzutów uznając, iż zarzuty podniesione wobec tego wykonawcy są niezasadne. Izba zauważa, że pomimo sformułowania wielu zarzutów wobec tego wykonawcy to, istota sprawy sprowadza się do dwóch okoliczności spornych. Pierwsza dotyczy okoliczności odnoszącej się do objęcia tajemnicą wyjaśnień przystępującego w zakresie, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Dodać należy, że niewątpliwie w odwołaniu taki zarzut wobec oferty przystępującego został postawiony i pomimo stanowiska odwołującego podanego na rozprawie, że głównym celem tego zarzutu jest odtajnienie wyjaśnień przystępującego udzielonych zamawiającemu, to jednak zarzut ten nie został wycofany. Drugi zarzut dotyczy kwestionowania, tak jak w przypadku wykonawcy Eurobudowa niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę PRK7.

W tym miejscu zasadnym jest także odniesienie się do zarzutu zamawiającego, w którym stwierdził, że zarzut odwołania w zakresie objęcia wyjaśnień przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny jest spóźniony, gdyż fakt ten był znany odwołującemu, już w dniu 9 marca 2021 roku. Izba nie uwzględniła stanowiska zamawiającego w tym zakresie, gdyż należy mieć na względzie sytuację w postępowaniu gdzie mimo, iż powyższą informację odwołujący pozyskał już po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty, to jednak, kiedy oferta wykonawcy PRK7 została odrzucona, to odwołujący nie miał interesu w jej kwestionowaniu. Interes w tym zakresie pojawił się dopiero po drugim wyborze najkorzystniejszej oferty, kiedy to oferta wykonawcy PRK7 została uznana najkorzystniejszą w postępowaniu, a tym samym wyprzedziła pod względem ilości przyznanych punktów ofertę odwołującego.

Ze względu na okoliczność, iż rozstrzygnięcia Izby co do zarzutów odwołania kierowanych wobec oferty przystępującego nie mają wpływu na wynik postępowania, gdyż

nawet w sytuacji ich uwzględnienia odwołujący i tak zamówienia by nie uzyskał, to mimo tego Izba postanowiła w sposób zwięzły odnieść się do postawionych zarzutów wobec wykonawcy PRK7:

- w zakresie zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w pismach z dnia 22 stycznia 2021 i 25 czerwca 2021 roku, Izba uznaje, że niewątpliwie pewna część zastrzeżonych dokumentów nie zasługuje na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Jednakże ze względu na zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego uwzględnianie tego zarzutu nie miałyby także wpływu na wynik postępowania.

- w zakresie kwestionowanej ceny oferty przystępującego, Izba po szczegółowej analizie złożonych wyjaśnień uznała, że zarzuty w tym zakresie wysuwane przez odwołującego są niezasadne. Zaoferowaną cenę należy uznać za realną do wykonania przedmiotowego zamówienia przez tego wykonawcę. Natomiast złożone wyjaśnienia są poprawne i bez przeszkód można z nich wywieść prawidłowość skalkulowania ceny oferty.

- w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez wykazanie robót wykonanych na obiekcie zespołu pałacowego w Teresinie Izba uznała zarzut odwołującego za niezasadny. Wskazać należy, że poza sporem jest fakt, iż zespół pałacowy tworzy więcej niż jeden obiekt, przy czym budynki są połączone murowanym łącznikiem, co zdaniem zamawiającego i przystępującego tworzy możliwość uznania zespołu pałacowego za jeden obiekt. Podkreślić należy, że zamawiający w SIWZ nie podał podstawy prawnej, ani zasad według jakich będzie dokonywał oceny spełniania tego parametru. Wobec powyższego Izba uznała, że nie tworzy niezgodności wymagań warunku udziału w postępowaniu fakt, że budynki są połączone przewiązką i tym samym mogą być uznane za jeden obiekt. Izba stwierdza, że nie zostało wykazane, iż linia zewnętrzna obrysu zespołu pałacowego doznaje w jakimś miejscu przerwy, która uzasadniałaby przyjęcie stanowiska, że mamy do czynienia więcej niż z jednym oddzielnym budynkiem. Powyższe nie wynikało też z dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie – wcześniej już przywołanych w odwołaniu. W takim stanie faktycznym ocenę zamawiającego, że przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, należało uznać za prawidłową, mającą oparcie w zgromadzonym materiale, a w szczególności w treści oferty.

Odnosząc się do pisma przystępującego z dnia 25 czerwca 2021 roku objętego tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba nie znajduje podstaw, do jego odtajnienia, gdyż ich treść nie zmieniała wykazu robót, a tym samym nie miała wpływu na wynik postępowania. W zakresie oceny wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zarówno przez Eurobodowę jak i PRK7 podkreślić należy, iż odwołujący w sposób błędny interpretuje treść warunku przyjmując, że dla wykazania warunku niezbędne jest wykazanie wykonania robót wewnątrz budynku za kwotę co najmniej 10 ml złotych. Powyższe stanowisko zostało

jednoznacznie zaprezentowane przez odwołującego na rozprawie – str. 5 protokołu rozprawy. Izba uznała, że brak jest podstaw do przyjęcia takiego stanowiska odwołującego, gdyż nie wynika ono z treści SIWZ.

Wobec prawidłowego wykazania przez przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to tym samym brak jest podstaw do rozważania zasadności zarzutów w zakresie podania zamawiającemu nieprawdziwych informacji.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa przywołanych w odwołaniu i tym samym orzeczono jak w sentencji wyroku. Ze względu na oddalenie odwołania w całości koszty stosownie do wyniku postępowania ponosi odwołujący.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Przewodniczący: .....