

Sygn. akt: KIO 2591/23

**WYROK**

**z dnia 18 września 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Magdalena Rams**

**Członkowie: Katarzyna Poprawa**

**Krzysztof Sroczyński**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2023 roku przez wykonawcę **HOCHTIEF Polska S.A., z siedzibą w Warszawie,**  
w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Bank Polski,**  
przy udziale:

A. wykonawcy **Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

**orzeka:**

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia: (i) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (pkt vii odwołania); (ii) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (pkt viii odwołania); (iii) art. 128 ust. 1 oraz art. 70 ustawy Pzp w zakresie zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego wspólników spółki K. sp. j. (pkt ix odwołania);
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 117 ust. 4 w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu – Narodowy Bank Polski: (i) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) wezwać

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Ed. Zublin AG, Stuttgart do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy wycenionych na wartość „0” oraz do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia złożonego przez konsorcjum Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie oraz Ed. Zublin AG, Stuttgart dotyczącego podziału zadań pomiędzy członkami konsorcjum; (iii) dokonać ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego w części 1/2 i odwołującego w części 1/2 i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

W dniu 4 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Hochtief Polska S. A. (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Narodowemu Bankowi Polskiemu (dalej „Zamawiający”):

- 1) zaniechania dokonania pogłębionej i merytorycznej analizy (badania) oferty złożonej przez Strabag Sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Ed. ZÜBLIN AG. (partner konsorcjum) (dalej jako: „Konsorcjum Strabag”) oraz zaniechania wezwania Konsorcjum Strabag do wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty pomimo iż jej analiza powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego wobec określenia cen jednostkowych za poszczególne pozycje w Kosztorysach ofertowych dotyczących izolacji ze szkła spienionego, ścianek mobilnych, ścianek giszetowych, mikropali, belek hybrydowych oraz płyt kanałowych na poziomie rażąco niskim, przy jednoczesnym zawyżeniu cen jednostkowych dotyczących robót rozbiórkowych objętych kosztorysami, co powinno skutkować wezwaniem Konsorcjum Strabag do wyjaśnień, a następnie - o ile Konsorcjum Strabag nie złożyłoby wyjaśnień w tym zakresie lub też okazałyby się one niewystarczające — odrzuceniem jego oferty;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag w sytuacji, gdy przedmiotowa oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale 16 ust. 3 SWZ wobec braku podania ceny jednostkowej w szeregu pozycji Kosztorysów ofertowych, pomimo wyraźnego zastrzeżenia Zamawiającego, że „Brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji „Kosztorysu ofertowego» spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy”; jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale 16 ust. 5 SWZ oraz w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, wobec nieuwzględnienia w cenie brutto oferty wszystkich elementów cenotwórczych realizacji zamówienia (kosztów i cen materiałów) bowiem z analizy Kosztorysów ofertowych Konsorcjum Strabag wynika, iż w wielu pozycjach z określonymi przez Zamawiającego ilościami przedmiarowymi (większymi od zera) wartość składników cenotwórczych pozycji kosztorysowej określona przez Konsorcjum Strabag wynosi zero; została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”), wobec stosowania przez Konsorcjum Strabag inżynierii cenowej polegającej na nieuprawnionym przerzucaniu kosztów wykonania danych części zamówienia pomiędzy

poszczególnymi Kosztorysami ofertowymi I określeniu cen za roboty rozbiórkowe realizowane na początku każdego z etapów robót, na poziomie rażąco wysokim w odniesieniu do pozostałych Wykonawców, tak, aby w ten sposób zrekompensować zniżenie cen za pozostałe roboty, w tym prace dotyczące przebudowy, które zostały określone w sposób oderwany od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, s które to działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz zagraża interesom pozostałych wykonawców oraz Zamawiającego;

3) czynności Zamawiającego oceny ofert i nieuzasadnionego wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag, pomimo iż przedmiotowa oferta powinna polegać odrzuceniu oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu;

4) ponadto, w przypadku ewentualnego nieuwzględnienia przez Izbę odwołania w powyższym zakresie, Odwołujący wnosi odwołanie także wobec nieprawidłowej oceny podmiotowych środków dowodowych przedłożonych przez Konsorcjum Strabag oraz dokonania wyboru oferty Konsorcjum Strabag pomimo niewykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz wobec zaniechania Zamawiającego wezwania Konsorcjum Strabag do wyjaśnień, złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie braku podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w odniesieniu do następujących podmiotowych środków dowodowych: oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy treść tego oświadczenia w sposób oczywisty narusza art. 117 ust. 4 ustawy PZP wobec braku jednoznacznego określenia które roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy, co z kolei uniemożliwia Zamawiającemu ocenę spełnienia przez Konsorcjum Strabag warunków udziału w postępowaniu, co jest zasadniczym celem oświadczenia składanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy PZP; podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia w odniesieniu do Ed. ZUBLIN AG. (partner konsorcjum) — w zakresie:

- informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy albo w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę w zakresie o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy PZP oraz Rozdz. 9 ust. 1 pkt. 1) SWZ (KRK dla podmiotu);

- Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 7 do SWZ, w zakresie dysponowania osobą, która zostanie skierowana do realizacji zamówienia, odpowiedzialną za opracowanie dokumentacji powykonawczej systemu sygnalizacji włamania i napadu, która posiada zaświadczenie o ukończeniu kursu pracownika zabezpieczenia technicznego w zakresie projektowania systemów zabezpieczeń technicznych stopni 1—4 (świadcstwo MEN);
- podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia wobec podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby na których polega Konsorcjum Strabag, tj. firmy Eleks — J. K. Sp. j. w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Strabag do wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty pomimo, iż jej analiza powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego wobec określenia cen jednostkowych za poszczególne pozycje w Kosztorysach ofertowych NBP-PR-AR\_NADZ-ROI, NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PRAR\_Dziedz-R01 dotyczących izolacji ze szkła spienionego, ścianek mobilnych, ścianek giszetowych, mikropali, belek hybrydowych oraz płyt kanałowych na poziomie rażąco niskim, przy jednoczesnym zawyżeniu cen jednostkowych dotyczących robót rozbiórkowych objętych kosztorysami;
- art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag w sytuacji, gdy:
  - przedmiotowa oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale 16 punkt 3 SWZ wobec braku podania ceny jednostkowej w szeregu pozycji Kosztorysów ofertowych, pomimo wyraźnego zastrzeżenia Zamawiającego, że „Brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji «Kosztorysu ofertowego» spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy”;
  - przedmiotowa oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Rozdziale 16 ust. 5 SWZ oraz w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, wobec nieuwzględnienia w cenie brutto oferty wszystkich elementów cenotwórczych realizacji zamówienia (kosztów i cen materiałów)

bowiem z analizy Kosztorysów ofertowych Konsorcjum Strabag wynika, iż w wielu pozycjach z określonymi przez Zamawiającego ilościami przedmiarowymi (większymi od zera) wartość składników cenotwórczych pozycji kosztorysowej określona przez Konsorcjum Strabag wynosi zero;

- iii) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag w sytuacji, została gdy przedmiotowa oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK, wobec stosowania przez Konsorcjum Strabag „inżynierii cenowej” polegającej na nieuprawnionym przeliczeniu kosztów wykonania danych części zamówienia pomiędzy poszczególnymi Kosztorysami ofertowymi, tj. określeniu cen za roboty rozbiórkowe realizowane na początku każdego z etapów robót, na poziomie rażąco wysokim w odniesieniu do pozostałych wykonawców, tak, aby w ten sposób zrekompensować zniżenie cen za pozostałe roboty, w tym prace dotyczące przebudowy (objęte kosztorysami, które zostały określone w sposób oderwany od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a które to działanie jest sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz zagraża interesom pozostałych wykonawców oraz Zamawiającemu;
- iv) art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. Rozdz. 17 ust. 1 SWZ, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie wobec: poddania ocenie Zamawiającego oferty Konsorcjum Strabag podlegającej odrzuceniu i dokonaniu jej wyboru jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu; zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- v) art. 126 ust. 1 ustawy PZP, poprzez jego niezasadne zastosowanie i wezwanie Konsorcjum Strabag do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji, w której Zamawiający nie był uprawniony do dokonywania oceny oferty Strabag (a co za tym idzie do uznania jej za najwyższej ocenioną), bowiem w pierwszej kolejności winien był dokonać badania oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag w wyniku którego oferta ta winna zostać odrzucona;
- vi) art. 117 ust. 4 w związku z art. 128 ust. 1 i 4 oraz art. 223 ust. 1 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie wezwania Konsorcjum Strabag do wyjaśnień treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Strabag na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy PZP pomimo, iż treść złożonego przez Konsorcjum Strabag oświadczenia uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie weryfikacji czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie

deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- vii) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy PZP oraz Rozdz. 9 ust. 1 pkt 1), ust. 2, ust. 3 w zw. z Rozdz. 10 ust. 2 SWZ poprzez ich niezastosowanie i błędne uznanie, że Konsorcjum Strabag wykazało brak podstaw wykluczenia opisanych w ww. przepisach i postanowieniach SWZ, a w konsekwencji zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia w odniesieniu do Ed. ZÜBLIN AG. (partner konsorcjum) — w zakresie: informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy albo w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę w zakresie o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy PZP oraz Rozdz. 9 ust. 1 pkt. 1) SWZ (KRK dla podmiotu), bowiem przedłożony przez Konsorcjum Strabag dokument z Gewerbezentralregister („GZR”) nie dowodzi, że partner konsorcjum nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP;
- viii) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP oraz Rozdz. 8 ust. 1 pkt 1) lit. d) SWZ poprzez ich niezastosowanie błędne uznanie, że Konsorcjum Strabag wykazało spełnianie warunków udziału w Postępowaniu określonych w Rozdz. 8 ust. 1 pkt 1) lit. d) SWZ tj. dysponuje osobą, która zostanie skierowana do realizacji zamówienia, odpowiedzialną za opracowanie dokumentacji powykonawczej systemu sygnalizacji Włamania i napadu, która posiada zaświadczenie o ukończeniu kursu pracownika zabezpieczenia technicznego w zakresie projektowania systemów zabezpieczeń technicznych stopni 1—4 (świadcstwo MEN), pomimo iż ze złożonego przez Konsorcjum Strabag wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie wynika powyższa okoliczność, a w konsekwencji zaniechanie wezwania Konsorcjum Strabag do wyjaśnienia lub uzupełnienia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie wykazania spełnienia opisanego wyżej warunku udziału w Postępowaniu;
- ix) art. 128 ust. 1 oraz art. 70 ustawy PZP w zw. z §15 Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz §6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych, oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie w zw. z Rozdz. 10 ust. 2 SWZ, wobec ich

niezastosowania i zaniechania wezwania Konsorcjum Strabag do przekazania dokumentów potwierdzających brak zaistnienia podstaw wykluczenia w odniesieniu do podmiotu na zasoby którego powołuje się Konsorcjum Strabag, tj. firmy Eleks — J. K. Sp. j. w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, pomimo faktu, że dokumenty o których mowa powyżej zostały przedłożone w niewłaściwej formie — jako wizualizacje wydanych zaświadczeń lub bez podpisów wystawców dokumentów;

- x) art. 16 ustawy PZP poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Na podstawie art. 534 i 535 ustawy Pzp Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do niniejszego odwołania, powołanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym. Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 PZP wnoszę o: rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert; odrzucenie oferty Konsorcjum Strabag; dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu; ewentualnie na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag z Postępowania, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Strabag do złożenia wyjaśnień w zakresie o którym mowa w punkcie I ppkt. i. oraz ii. niniejszego Odwołania, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem Postępowania jest realizacja inwestycji pn.: „Wykonanie remontu i przebudowy bloku A Centrali NBP w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 11/21”, która obejmuje wykonanie robót budowlanych w obiekcie bloku A Centrali Narodowego Banku Polskiego NBP oraz w pozostałych budynkach kompleksu Centrali NBP, do których należy doprowadzić instalacje z bloku A (dalej także jako „Zamówienie”). Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, w oparciu o przepisy ustawy PZP. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2022 roku pod numerem 2022/S 250-731624.



Jedynym przewidzianym przez Zamawiającego w SWZ kryterium oceny ofert w Postępowaniu była cena brutto oferty, podana przez Wykonawcę w „Ofercie — Formularzu ofertowym” (Rozdz. 17 SWZ — Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wad tych kryteriów i sposobu oceny Ofert). Zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ - Uszczegółowienie Formularza ofertowego (pkt. 1 1) — na cenę brutto oferty składały się: cena za wykonanie Robót (cena wynikająca z Kosztorysu ofertowego) oraz cena za wykonanie Przeglądów okresowych w okresie 36 miesięcy, w tym cena jednostkowa za wykonanie przeglądów okresowych za okres 6 miesięcy.

Zgodnie z Rozdz. 14 ust. 3 pkt 3) SWZ na ofertę składa się m. In. „Kosztorys ofertowy” (załącznik nr 4a do SWZ w formacie pdf. ath. i xlsx). Powyższe postanowienie jednoznacznie kwalifikuje więc Kosztorys ofertowy jako treść oferty, a co za tym idzie niezgodność jego treści z treścią SWZ nie podlega uzupełnieniu i powoduje w tych okolicznościach, odpowiednio odrzucenie przez Zamawiającego oferty w trybie art. 226 ust. 1 pkt) 5 lub art. 226 ust. 1 pkt) 10 ustawy PZP. Jednocześnie, Kosztorys ofertowy stanowi element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, co oznacza, że jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy.

W Rozdz. 16 SWZ Zamawiający określił zasady dotyczące sposobu obliczania ceny, wskazując, że:

- Cenę brutto oferty należy wyliczyć w oparciu o „Kosztorys ofertowy” stanowiący załącznik nr 4a do SWZ, a podstawą obliczenia Ceny brutto oferty jest dokumentacja projektowa, a w szczególności przedmiary robót (w wersji pdf.) oraz Projektowane postanowienia umowy stanowiące załącznik nr 5 do SWZ;
- Kosztorys ofertowy, należało sporządzić metodą kalkulacji szczegółowej ściśle według kolejności pozycji w nim wyszczególnionych;
- Wykonawca zobowiązany był do określenia w Kosztorysie ofertowym cen jednostkowych netto dla wszystkich wskazanych pozycji w złotych; brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji „Kosztorysu ofertowego”, spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy;
- w celu prawidłowego przygotowania „Kosztorysu ofertowego” Zamawiający udostępnia na stronie zamówienia przedmiar w dwóch formatach: pdf. i ath.;
- Cena brutto Oferty powinna obejmować wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia (koszty i ceny materiałów), warunki i obowiązki umowne określone w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 5 do SWZ oraz ma zawierać wszelkie opłaty publicznoprawne;

- Wykonawca uwzględni w Cenie brutto Oferty wszelkie korzyści wynikające z prowadzonych robót, w szczególności obejmujące uzysk wynikający np. ze sprzedaży surowców wtórnych.

Załącznik 4a do SWZ („Kosztorys ofertowy”) stanowiły w istocie pliki przedmiarów zamieszczonych przez Zamawiającego w formatach pdf. i ath. Zamawiający udostępnił Wykonawcom 27 przedmiarów, na podstawie których Wykonawcy zobowiązani byli sporządzić kosztorysy szczegółowe dotyczące następujących branż i zakresów, ściśle według kolejności pozycji w nich wyszczególnionych.

W Postępowaniu oferty złożyło 5 (pięciu) Wykonawców.

Odwołujący wskazał, że w trakcie badania i oceny ofert, wykonawca Budimex S.A. przekazał Zamawiającemu pismo z dnia 2 czerwca 2023 roku w którym zwrócił uwagę Zamawiającego m. in. na brak wpisania przez Konsorcjum Strabag cen jednostkowych w szeregu pozycji w Kosztorysach. Następnie, pismem z dnia 13 czerwca 2023 roku, wykonawca Budimex S.A. poinformował Zamawiającego o istotnych rozbieżnościach w Kosztorysach ofertowych poszczególnych Wykonawców (w tym Konsorcjum Strabag) w odniesieniu do wyceny prac związanych z wykonaniem izolacji ze szkła spienionego, co może sugerować przyjęcie do wyceny innego niż wymagany przez Zamawiającego materiału. Na etapie badania ofert Zamawiający nie wezwał Konsorcjum Strabag do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Pismem z dnia 19 lipca 2023 roku, Zamawiający wezwał Strabag Sp. z o.o. jako lidera konsorcjum do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia JEDZ. Pismem z dnia 25 sierpnia 2023 roku, Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę — Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Ed. ZÜBLIN AG. z siedzibą w Stuttgarcie.

Odwołujący wskazał na charakter wynagrodzenia kosztorysowego i rola Kosztorysów ofertowych. Jak wynika z §6 Projektowanych postanowień Umowy (dalej także jako „PPU”), stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ, Zamawiający przewidział kosztorysowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie robót budowlanych. Zgodnie z § 6 ust. 2 PPU na wynagrodzenie Wykonawcy składa się: wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie RB w wysokości określone na podstawie stawek i cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w Kosztorysie ofertowym, wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości (. ..) za wykonane Przeglądy okresowe, zgodnie z Ofertą Wykonawcy, w tym za Przeglądy okresowe wykonywane w okresie półrocznym (...).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z istotą wynagrodzenia kosztorysowego, w §6 ust. 3 PPU Zamawiający przewidział, że w przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych RB (powykonawczy obmiar robót) na podstawie książki obmiarów niezbędnej do wykonania kosztorysu powykonawczego, będzie odbiegała od ilości RB wynikających z zestawienia prac planowanych (przedmiaru robót) będącego podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie robót budowlanych zostanie zmniejszone lub zwiększone przy zachowaniu cen jednostkowych zawartych w Kosztorysie ofertowym. Fakt, że Zamawiający przewidział ustalenie wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w formie kosztorysowej, a nie ryczałtowej (co z uwagi na przedmiot zamówienia oraz jego złożony i skomplikowany charakter należy co do zasady ocenić jako słuszne), ma istotne znaczenie w kontekście oceny prawidłowości składanych przez Wykonawców kosztorysów. W przyjętym przez Zamawiającego modelu wynagrodzenia kosztorysowego i zamiarze rozliczania robót kosztorysem powykonawczym, wiedza co do cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych będzie miała więc kluczowe znaczenie dla ustalenia i rozliczania wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2786/10, wyrok Sądu Apelacyjnego o sygn. akt: V ACa 381/15.

Odwołujący wskazał, że w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, wykonawca wycenia roboty budowlane przyjęte w przedmiarze robót, w sposób ustalony przez zamawiającego, a następnie wraz z formularzem oferty składa wyceniony przedmiar robót budowlanych - a w przypadku niniejszego Postępowania stanowiące integralną część treści oferty Kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej na podstawie udostępnionych przez Zamawiającego przedmiarów. W tym miejscu podnieść należy, że kosztorys ofertowy nie stanowi podmiotowego lub przedmiotowego środka dowodowego, który może podlegać złożeniu, poprawieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP lub złożeniu lub uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 ustawy PZP. Kosztorys ofertowy stanowi bowiem element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, co oznacza, że jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy (tak: KIO w wyroku z dnia 6 kwietnia 2023 roku, wydanym w sprawie o sygn. KIO 797/23).

W przypadku przedmiotowego Zamówienia, prawidłowy sposób określenia stawek i cen jednostkowych ma kluczowe znaczenie nie tylko w odniesieniu do rozliczenia wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu Umowy, ale także dla ustalenia wynagrodzenia należnego Wykonawcy za ewentualne roboty dodatkowe czy wynagrodzenia za zamówienia, których możliwość udzielenia Wykonawcy Zamawiający przewidział na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 7 Ustawy. Zgodnie bowiem z Rozdz. 5 ust. 1 SWZ oraz § 10 ust. 1 PPU Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia Wykonawcy, w okresie 3 lat od dnia zawarcia Umowy,

zamówienia polegającego na powtórzeniu usług lub robót budowlanych podobnych do usług lub robót objętych Umową i zgodnych z jej przedmiotem, do wartości 26 000 000,00 netto zł, w zakresie obejmującym roboty i przeglądy okresowe, wskazane w §1 ust. 1 Umowy. Z kolei zgodnie z §16 ust. 16 PPU, w przypadku konieczności wykonania Robót dodatkowych, Strony uzgodnią warunki ich wykonania, co obejmuje m. in. sporządzenie przez Wykonawcę kosztorysu szczegółowego, na zasadach określonych w §10 ust. 3 - 6 Umowy, a więc określonych powyżej i odnoszących się do Kosztorysu ofertowego. O kluczowej roli Kosztorysów ofertowych także przy badaniu i ocenie ofert, świadczy jednocześnie udzielona przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie 2 (zamieszczona w pakiecie „Odpowiedź na pytanie nr 1 zmiana treści SWZ 13.01.2023” i opublikowana przez Zamawiającego 13 stycznia 2028 roku), zgodnie z którą: „Zamawiający informuje, iż nie można zmienić ilości przedmiarowych robót na podstawie obliczeń własnych. Kosztorysy ofertowe stanowią część oferty Wykonawców i podlegają wyrównaniu. Wobec powyższego kosztorysy w zakresie ilości robót muszą być tożsame. O zmiany w poszczególnych pozycjach przedmiarowych Wykonawca powinien się zwrócić się z propozycją do Zamawiającego wraz z uzasadnieniem tej zmiany. W przypadku uznania zmiany przez Zamawiającego zostanie ona uwzględniona i publicznie udostępniona na zasadach określonych w SWZ”.

Odwołujący wskazał odnośnie zasad dotyczące sporządzania Kosztorysów ofertowych oraz ustalania cen jednostkowych, że w Rozdz. 16 ust. 3 SWZ Zamawiający określił bezwzględnie obowiązujące zasady dotyczące sporządzania przez Wykonawców kosztorysów szczegółowych, przewidując m. in., że „Wykonawca określi w Kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe netto dla wszystkich wskazanych pozycji w złotych” oraz, że „Brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji „Kosztorysu ofertowego”, spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy”. Celem uwidocznienia rangi powyższego postanowienia oraz zwrócenia szczególnej uwagi i uczulenia Wykonawców na powyższą kwestię, treść postanowienia została przez Zamawiającego podkreślona w dokumencie SWZ.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w Rozdz. 16 ust. 5 SWZ Zamawiający wskazał, że „Cena brutto Oferty powinna obejmować wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia (koszty i ceny materiałów), warunki i obowiązki umowne określone w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 5 do SWZ oraz ma zawierać wszelkie opłaty publicznoprawne, w tym z uwzględnieniem postanowień ust. 7”

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdz. 16 ust. 2 SWZ podstawą obliczenia ceny brutto oferty jest dokumentacja projektowa, a w szczególności przedmiary robót (w wersji pdf.) oraz

PPU. Dokumentacja projektowa udostępniona Wykonawcom pod linkiem <https://archiwum.nbp.pl/home.aspx?f=/przetargi/budynka.html>, stanowić miała jednocześnie Załącznik nr 2 do PPU, będą integralną częścią przyszłej umowy zawartej z Zamawiającym. Dokumentacja projektowa obejmowała m. in. dedykowane dla poszczególnych branż Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej: „STWORB”).

W udostępnionych przez Zamawiającego przedmiarach robót, stanowiących część Dokumentacji projektowej i będących jednocześnie podstawą do obliczenia ceny brutto oferty oraz prawidłowego przygotowania „Kosztorysu ofertowego” (zgodnie z Rozdz. 16 ust. 3 SWZ), Zamawiający oprócz wyszczególnionych elementów rozliczeniowych oraz jednostek obmiaru wskazał także numer specyfikacji technicznej opisujący warunki wykonania i odbioru konkretnych robót, w tym określający jakie elementy cenotwórcze należy ująć w pozycjach Kosztorysu ofertowego. Konieczność podania numeru STWiORB, zawierającej wymagania dla danej pozycji przedmiaru wynika z §10 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. I tak, w STWiORB sporządzonej dla Specjalności Architektura (plik NBP-SST-AR.pdf) w ST-A-OO Część ogólna, pkt 9. Podstawa płatności, ppkt. 9.2 Cena jednostkowa (str. 18), wskazano, że „Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na jej wykonanie, określone dla tej roboty w SST i w dokumentacji projektowej, robocizną bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami, wartość użytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy, wartość pracy sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami, koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko, podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami. Do cen jednostkowych nie należy wliczać podatku VAT.” Odwołujący wskazał, że postanowienie analogicznej treści znalazło się w STWiORB sporządzonej dla Specjalności Konstrukcyjnej (plik ST\_K.OO SPECYFIKACJA OGÓLNA.pdf, str. 17). Zasady rozliczenia robót budowlanych oprócz Części ogólnej STWiORB zostały także uszczegółowione w odniesieniu do konkretnych robót w odpowiednich specyfikacjach (do czego Odwołujący odnosi się poniżej, w części IV uzasadnienia Odwołania). Powyższe koresponduje z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Rozdz. 16 ust. 5 SWZ, zgodnie z którym „Cena brutto Oferty powinna obejmować wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia (koszty i ceny materiałów).”

W ocenie Odwołującego z analizy treści dokumentu SWZ oraz STWiORB wynika, że Zamawiający nie dopuścił możliwości uwzględnienia kosztów robót opisanych w poszczególnych pozycjach Kosztorysu ofertowego w innych jego pozycjach, co zresztą wypaczałoby sens kosztorysowego rozliczania prac w oparciu o ceny jednostkowe poszczególnych pozycji i ilości wykonanych robót. Nie może przy tym umykać podstawowy obowiązek Wykonawców. do określenia cen jednostkowych dla wszystkich wskazanych pozycji ściśle według kolejności wyszczególnionych przez Zamawiającego w udostępnionych przedmiarach. W ramach udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, Zamawiający także precyzował sposób wypełnienia kosztorysów ofertowych oraz wyjaśniał ewentualne wątpliwości Wykonawców związane z poszczególnymi pozycjami przedmiarów podlegających wycenie w ramach Kosztorysu ofertowego.

Odwołujący wskazał, że w udostępnionym przez Zamawiającego dnia 31 marca 2023 roku pakiecie odpowiedzi pn. „Odpowiedź na pytanie nr 27 zmiana treści SWZ 30.03.2023. docx” umieszczono zadane przez jednego z Wykonawców pytanie nr 18 i odpowiedź Zamawiającego na nie, o następującej treści:

„18. PRZEDMIAR ROBÓT - W przedmiarze „NBP-PR-AR\_PODZ”, w pozycji 485 d.6.3 Zbrojenie konstrukcji żelbetowych elementów budynków i budowli prętami stalowymi okrągłymi, gładkimi fi do 7 mm - zbrojenie płyty określono tonaż wartością Zgodnie z zapisami SWZ rozdz. 16, pkt.3: „Brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji „Kosztorysu ofertowego”, spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.” Brak określonej wartości w obmiarze generuje wartość pozycji jako "0" i mimo obowiązku podania przez Wykonawcę ceny jednostkowej. W związku z powyższym Wykonawca prosi o wyjaśnienie zasadności pozycji oraz konieczności jej wycenienia.

Odpowiedź na Pytanie 18:

Pozycja nie została usunięta, aby nie dokonało się automatyczne przenumerowanie pozostałych pozycji. Zamawiający nie dokonuje zmiany przedmiaru w tym zakresie i pozostawia w niej wartość „0”. Przez „brak podania ceny jednostkowej” w kosztorysie ofertowym Zamawiający rozumie brak uzupełnienia w tej pozycji. Wpisanie wartości „0” stanowi jej uzupełnienie.”

W ocenie Odwołującego, z powyższego wynika, że w sytuacji w której Zamawiający wprost nie wpisał w Kosztorysach ofertowych w pozycji ilość, wartości „zero”, Wykonawcy zobowiązani byli do wyceny takiej pozycji Kosztorysu z uwzględnieniem wszelkich zasad określonych przez Zamawiającego w treści SWZ oraz STWiORB. Tylko i wyłącznie tam,

gdzie Zamawiający określił w Przedmiarze w odniesieniu do konkretnej pozycji ilość „zero”, Wykonawcy uprawnieni byli do wyceny tej pozycji na „zero” złotych. Z odpowiedzi Zamawiającego wynika wprost, że nie dokonuje on usuwania z przedmiarów pozycji, których ilości określono jako „zero” tylko i wyłącznie ze względów porządkowych.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP - brak cen jednostkowych i pozycje „zerowe” w Kosztorysach ofertowych Konsorcjum Strabag

Odwołujący wskazał, że Kosztorysy ofertowe Konsorcjum Strabag składały się z następujących elementów:

- Strona Tytułowa,
- Podsumowanie,
- Tabela elementów scalonych,
- Przedmiar,
- Kosztorys,
- Szczegółowy kosztorys ofertowy.

Mając na względzie wymóg Zamawiającego sporządzenia Kosztorysu ofertowego metodą kalkulacji szczegółowej wnikliwej analizie winny zostać poddane Szczegółowe kosztorysy ofertowe. W nich właśnie Konsorcjum Strabag określało ceny jednostkowe poszczególnych pozycji (wiersz Cena jednostkowa w podsumowaniu pozycji). Tymczasem, Odwołujący wskazuje, że w Kosztorysach ofertowych Konsorcjum Strabag nie wskazano cen jednostkowych dla następujących pozycji: Odwołujący przywołuje w tym miejscu pozycje kosztorysowe, gdzie wykonawca wskazał wartość „0”.

- 1) Kosztorys: NBP-PR-AR\_NADZ-ROI (Przebudowa: od poz. 0,00 (w górę) do poz. "+3'):
  - a) pozycja 725 d.2.4: Zakup i montaż fasady w konstrukcji słupowo-ryglowej z wypełnieniem panelem;
  - b) pozycja 726 d.2.4: Zakup i montaż fasady w konstrukcji słupowo-ryglowej z wypełnieniem szkłem;
- 2) Kosztorys: NBP-PR-AR\_PODZ-ROI (Przebudowa: od poz. 0,00 do poz. "-3" (część podziemna)):
  - a) pozycja 422 d.5.2.6: Ościeżnice stalowe bez wykucia gniazd;
  - a) pozycja 428 d.5.2.6: Wrota stalowe do garaży podnoszone, przyspawane do obetonowanych ościeżnic - Zakup i montaż bramy o wym 2,20x2,10 - Sterowanie otw. i zam. poprzez przewod. pulpit sterujący z m. niedostępnego dla os. postronnych, z

pom. -2/18 (bez i montaż dod. zabezpiec. przycisków do sterowania brama. Wewnątrz służy -2/19 przy bramie dod. sterowanie za pomocą przycisków sterujących (sterowanie po obu str. bramy, zabezpieczone w skrzynce przed dosł. do tego sterowania os. postronnym - ST - A— 13);

- b) pozycja 582 d. 13: Zakup i montaż belek hybrydowych BHR 40-500 (BH-121);
- c) pozycja: 583 d. 13: Zakup i montaż belek hybrydowych BHR 57,8-500 (BH-122)
- 3) Kosztorys: NBP-PR-AR-Dziedz-R01 (Przebudowa - dziedziniec):
  - a) pozycja 117 d. 1.4.3: Zakup i montaż belek hybrydowych BHM 50-500 (BH-1 02
  - b) pozycja 1 18 d. 1.4.3: Zakup i montaż belek hybrydowych BHM 50-450 (BH-101);
- 4) Kosztorys: NBP-PR-AB\_WP\_lada boksy (Wyposażenie: boksy kasowe, lady) - pozycja 38 d.2.2: Automat do wymiany bilonu „bil”;

Odwołujący podkreślił, że dla wszystkich zakwestionowanych pozycji Zamawiający przewidział w przedmiarach konkretne ilości, do których wyceny zobowiązani byli Wykonawcy. Co więcej, konieczność ich wyceny Zamawiający potwierdzał także w udzielanych przez siebie odpowiedziach na pytania Wykonawców oraz udostępnionych rewizjach przedmiarów. W kontekście powyższego nie mniej istotną okolicznością pozostaje także, że wszyscy pozostali Wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu dokonali wyceny przedmiotowych pozycji w Kosztorysach ofertowych, określając cenę jednostkową za wykonanie przedmiotowych robót oraz ich wartość na podstawie wskazanych przez Zamawiającego ilości przedmiarowych (szczegóły poniżej oraz w Załączniku nr 1 do niniejszego Odwołania). Odwołujący omówił w dalszej części szczegółowe postanowienia SWZ w zakresie kwestionowanych pozycji.

W ocenie Odwołującego nie podlega przy tym dyskusji kluczowa rola Kosztorysów ofertowych w ramach niniejszego Postępowania, czemu sam Zamawiający dał wyraz w treści SWZ. Sporządzane przez Wykonawców i składane wraz z ofertą Kosztorysy ofertowe: określają zarówno rzeczowy jak i finansowy aspekt zobowiązań Wykonawców; stanowią podstawę do określenia przez Wykonawców ceny ofertowej brutto, która jest jednocześnie jedynym kryterium oceny ofert w ramach Postępowania; będą integralną częścią przyszłej umowy i podstawą rozliczeń Stron zarówno w odniesieniu do podstawowego zakresu prac, jak i ewentualnych robót dodatkowych czy zamówień uzupełniających. Jednocześnie, w trakcie badania ofert, a co za tym idzie Kosztorysów całkowicie zignorował zasady, które sam ustalił w treści SWZ oraz które precyzował w ramach udzielanych przez siebie wyjaśnień. To bowiem sam Zamawiający przewidział skutek w postaci odrzucenia oferty w przypadku braku podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji Kosztorysu ofertowego, czy konieczność objęcia ceną ofertową brutto wszystkich elementów cenotwórczych realizacji



zamówienia (kosztów i cen materiałów). Zamawiającego podczas badania ofert nie można pominąć okoliczności, że wykonawca Budimex zwracał uwagę Zamawiającego m. in. na uchybienia jakich dopatrył się w ofercie Konsorcjum Strabag w tym na okoliczność, że „w ramach złożonych przez siebie kosztorysów ofertowych (Konsorcjum Strabag - przyp. Odwołującego) nie wpisało cen jednostkowych, mimo że w treści dokumentacji Postępowania (Rozdział 16 ust. 3 SWZ) Zamawiający wprost podał, że «Brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji Kosztorysu ofertowego, spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy»”. Pomimo więc posiadanej wiedzy odnośnie braku zgodności Kosztorysów ofertowych Konsorcjum Strabag z treścią SWZ, Zamawiający nie podjął żadnych działań do których podjęcia zobowiązany był na podstawie przepisów ustawy PZP.

W ocenie Odwołującego, aby ocenić prawidłowość ustalenia przez Konsorcjum Strabag ceny całkowitej brutto, Zamawiający winien był odnieść się do podanych w niej składników cenotwórczych, bowiem to poszczególne ceny jednostkowe kształtują cenę oferty, przesadzając tym samym o jej wysokości i prawidłowości. W tym miejscu Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Mając na względzie powyższe, Odwołujący wskazał, że zarówno brak określenia przez Konsorcjum Strabag składników cenotwórczych cen jednostkowych (w postaci dodatniej wartości liczbowej) w ramach wszystkich elementów stanowiących przedmiot zamówienia (pozycji Kosztorysów ofertowych), jak i brak uzupełnienia wierszy określających cenę jednostkową poszczególnych pozycji Kosztorysów ofertowych, stanowi o literalnej niezgodności oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag z postanowieniami SWZ.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — Manipulacja cenowa

Zawyżenie cen dotyczących robót rozbiórkowych

Zamawiający dokonując badania oferty obowiązany jest ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Analiza Kosztorysów ofertowych Konsorcjum Strabag prowadzi do nieodpartego wniosku, że sporządzając ofertę Konsorcjum Strabag dopuściło się manipulowania ceną oferty, poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen jest bez uzasadnienia zawyżana, tak by zrekompensować zniżenie innych, co jak zostanie

wykazane poniżej, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Strabag.

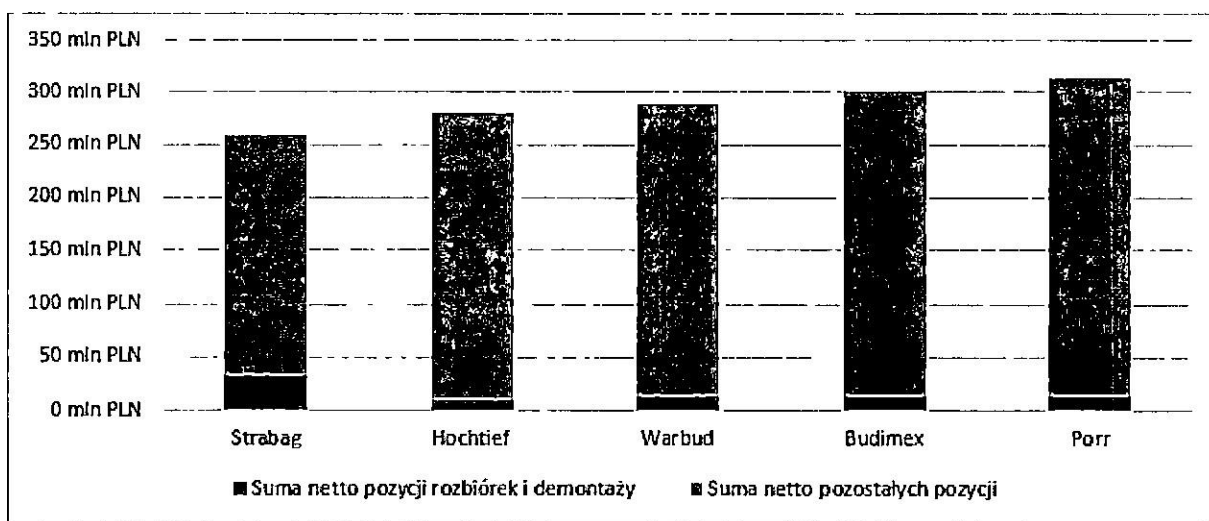
Zgodnie z Uszczegółowieniem Formularza ofertowego Konsorcjum Strabag zaoferowało wykonanie zamówienia zgodnie z Kosztorysem ofertowym, stanowiącym załącznik do Uszczegółowienia Formularza ofertowego, określając Cenę brutto oferty na kwotę 319.413.248,45 zł brutto, przy tym wykonanie Robót za cenę 316.565.043,86 zł brutto oraz wykonanie Przeglądów okresowych za cenę 2.848.199,59 zł brutto (pkt. 1 1 Formularza — Szczegóły oferty). Zgodnie z przedmiarami udostępnionymi przez Zamawiającego, a będącymi podstawą do sporządzenia Kosztorysów ofertowych, roboty rozbiórkowe będące przedmiotem Zamówienia wyceniane były na podstawie 4 przedmiarów.

Tymczasem, średnia wartość robót rozbiórkowych określona na podstawie wskazanych wyżej przedmiarów przez wszystkich pozostałych Wykonawców biorących udział w Postępowaniu, wyniosła 1 1.513.036,21 zł i była 0 20.799.322.20 zł niższa od wartości robót rozbiórkowych wskazanych w Kosztorysach ofertowych Konsorcjum Strabag (wartości bez podatku VAT). Należy przy tym pamiętać, że oferta Konsorcjum Strabag była jednocześnie ofertą z najniższą ceną zaoferowaną w ramach Postępowania, będąc 0 25.408.143.07 zł niższą od kolejnej, zaoferowanej przez Odwołującego. Skalę zawyżenia cen dotyczących robót rozbiórkowych obrazują poniższe zestawienia.

			Warbud	Budimex	
NBP-PR-AB_ROZB_NADZ-R01	7 966 749,49 zł	2 540 785,72 zł	<del>2 905 731,03 zł</del>	<del>2 951 355,46 zł</del>	<del>3 038 430,80 zł</del>
NBP-PR-AB_ROZB_PODZ-R01	21 860 988,72 zł	7 051 591,22 zł	7 432 299,26 zł	7 682 356,47 zł	8 741 909,27 zł
NBP-PR-AB_ROZB_SCH_Zewn-R01	844 957,92 zł	280 967,46 zł	312 448,58 zł	309 732,72 zł	326 207,90 zł
NBP-PR-AR_ROZB_Dziedz-R01	1 639 662,28 zł	545 108,20 zł	599 577,15 zł	630 254,97 zł	703 388,64 zł

				Średnia cena pozostałych Wykonawców
NBP-PR-AB_ROZB_NADZ-R01	7 966 749,49 zł	2 859 075,75 zł	5 107 673,74 zł	<b>279%</b>
NBP-PR-AB_ROZB_PODZ-R01	21 860 988,72 zł	7 727 039,06 zł	14 133 949,67 zł	<b>283%</b>
NBP-PR-AB_ROZB_SCH_Zewn-R01	844 957,92 zł	307 339,17 zł	537 618,76 zł	<b>275%</b>
NBP-PR-AR_ROZB_Dziedz-R01	1 639 662,28 zł	619 582,24 zł	1 020 080,04 zł	<b>265%</b>
	32 312 358,41 zł	11 513 036,21 zł	20 799 322,20 zł	

Jak przedstawiono powyżej wartości robót rozbiórkowych określone zostały przez Konsorcjum Strabag na poziomie niemal trzykrotnie wyższym, niż u pozostałych Wykonawców (którzy jak obrazuje powyższe zestawienie określili wartości robót rozbiórkowych w poszczególnych Kosztorysach ofertowych na zbliżonym do siebie poziomie, co potwierdza ich rynkową wartość).



Odwołujący wskazał, że zgodnie z Projektem Wykonawczym (Tom II: Projekt Architektoniczno-Budowlany — plik NBP-PW-ABAR-OT.pdf oraz Część I / VIII — Specjalność Architektoniczna oraz Część II / VIII — Specjalność Konstrukcyjna — plik NBP-PW-AB-K-OT.pdf, Zamawiający przewidział etapowanie Robót. Przyjęto 4 ogólne etapy realizacji rozbiórek i wznoszenia stanu surowego, polegające na przystąpieniu do kolejnego etapu po zakończeniu realizacji poprzedniego. W ramach każdego z 4 etapów, w pierwszej kolejności prowadzone będą roboty rozbiórkowe, a następnie prace związane z wznoszeniem stanu surowego. Tym samym, w odniesieniu do każdego z etapów, Konsorcjum Strabag realizując w pierwszej kolejności roboty rozbiórkowe dla których ceny zostały znacząco zawyżone, otrzymywałoby wyższe wynagrodzenie na wcześniejszym etapie realizacji Zamówienia, co pozwoli na sfinansowanie reszty prac dotyczących danego etapu w znacznej części ze środków Zamawiającego (wyższe i pewne wynagrodzenie wypłacane w krótszym czasie, a więc lepszy cash-flow i rentowność projektu dla Wykonawcy).

W ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że okoliczność i skala zawyżenia przez Konsorcjum Strabag kosztów wykonania robót rozbiórkowych, wobec jednoczesnego zaoferowania najniższej ceny za wykonanie Zamówienia, nie mogły pozostać bez wpływu na poziom zaoferowanych przez Konsorcjum Strabag cen dotyczących wykonania pozostałych zakresów robót, prowadząc do oczywistych wynaturzeń w zakresie sporządzonej wyceny. Należy w tym kontekście zwrócić uwagę chociażby na znaczne zniżenie wartości szeregu elementów (pozycji) robót budowlanych ujętych w Kosztorysach ofertowych Konsorcjum Strabag (NBP-PRAR\_NADZ-ROI, NBP-PR-AR\_PODZ-ROI, NBP-PR-AR-Dziedz-R01), a dotyczących wykonania: izolacji cieplnych poziomych ze szkła spienionego, balustrad, ścian mobilnych, ścian giszetowych, mikropali, belek hybrydowych czy płyt kanałowych, co obrazuje poniższe zestawienie.

#### Szkło spienione

Odwołujący wskazał, że jak wynika z Kosztorysów ofertowych Konsorcjum Strabag, koszt materiału szkło spienione, będący jednym z elementów cenotwórczych pozycji 462 d.6.1 oraz 472 d.6.2 w Kosztorysie ofertowym NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz pozycji 577 d. 1.6.1.2, 603 d. 1.6.2.2 oraz 628 d. 1.6.3.2 w Kosztorysie ofertowym NBP-PR-AR\_NADZ-ROI, wyniósł odpowiednio (kolejno dla wskazanych wyżej pozycji): 19,57 zł/m<sup>2</sup> , 10,88 zł/m<sup>2</sup> , 8,35 zł/m<sup>2</sup> , 10,09 zł/m<sup>2</sup> , 9,99 zł/m<sup>2</sup>. W konsekwencji, ceny jednostkowe dla wskazanych wyżej pozycji zostały przez Konsorcjum Strabag ustalone na poziomie odpowiednio (kolejno dla wskazanych wyżej pozycji): 28,67 zł 17,39 zł 13,78 zł 16,61 zł i 16 45 zł, a więc bez jakichkolwiek wątpliwości w sposób oderwany od realiów gospodarczych i rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do wykonania przedmiotowych prac. Dla porównania Odwołujący wskazuje, że wskazane przez niego ceny jednostkowe dla pozycji 462 d.6.1 oraz 472 d.6.2 w Kosztorysie ofertowym NBP-PR-AR\_PODZ-ROI wyniosły 228 70 zł oraz dla pozycji 577 d.1 .6.1.2, 603 d.1.6.2.2 i 628 .6.3.2 w Kosztorysie ofertowym NBP-PR-AR\_NADZROI wyniosły 223 81 zł. W konsekwencji rażącego zniżenia cen jednostkowych we wskazanych wyżej pozycjach Kosztorysów NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PR-AR\_NADZ-ROI, wartość robót budowlanych dotyczących wykonania izolacji ze szkła spienionego zaoferowana przez Konsorcjum Strabag wyniosła łącznie 227.691,63 zł, podczas gdy średnia wartość przedmiotowych prac określona przez pozostałych Wykonawców biorących udział w Postępowaniu, uniosła 2.065.063,11 zł.

#### Balustrad

Odwołujący zwrócił także uwagę, na znaczącą dysproporcję w wysokości cen jednostkowych określonych przez Konsorcjum Strabag względem cen jednostkowych określonych przez pozostałych Wykonawców, jaką zauważyć można w odniesieniu do poszczególnych pozycji Kosztorysów ofertowych dotyczących balustrad (płyty mineralno-akrylowe formowane termicznie; montowane na profilach systemowych), tj. pozycji 501 d.7 w Kosztorysie ofertowym NBP-PR- AR\_PODZ-ROI oraz pozycji 480 d. 1.5.1.2.8, 667 d. w Kosztorysie ofertowym NBP-PR-AR\_NADZ-ROI, a która to dysproporcja nie powinna umknąć uwadze Zamawiającego w trakcie badania ofert w Postępowaniu. Jak wynika z analizy Kosztorysów ofertowych NBP-PR-AR\_PODZ-ROI , określona przez Konsorcjum Strabag cena jednostkowa dla pozycji 501 d. 7, tj. Zakup i montaż '8-10 1' - płyty mineralno-akrylowe formowane termicznie; montowane na profilach systemowych; kolor biały - powierzchnia gładka błyszcząca (wg rys. de-02) - poręcze - schody boczne KL-1 ; KL-2 (obmiar częściowo-szacunkowy w trakcie realizacji robót może ulec zmianie) — została określona w wysokości 1.703 90 zł za m<sup>2</sup> , podczas gdy średnia cena jednostkowa dla przedmiotowej pozycji ustalona na podstawie cen jednostkowych pozostałych Wykonawców wynosi 5.058.17 zł. a więc jest niemal trzykrotnie wyższa.

Podobnie, w ocenie Odwołującego, w przypadku cen jednostkowych wskazanych w Kosztorysach ofertowych NBP-PR-AR\_NADZ-ROI w odniesieniu do pozycji 480 d. 1.5.1.2.3 (Zakup i montaż "S-10" - płyty mineralno - akrylowe formowane termicznie; montowane na profilach systemowych; kolor biały - powierzchnia gładka błyszcząca (wg rys. DE-02) - poręcze - schody główne (obmiar częściowo-szacunkowy - w trakcie realizacji robót może ulec zmianie) - razem z okładziną wewnętrzną z blachy mosiężnej i wyprofilowanym pochwytem + taśma led - konstrukcja profili ze stali nierdzewnej) cena jednostkowa określona przez Konsorcjum Strabag wynosi 1.684 28 zł za m<sup>2</sup> , podczas gdy średnia cena jednostkowa dla przedmiotowej pozycji ustalona na podstawie cen jednostkowych pozostałych Wykonawców wynosi 8.312.75 zł. a więc jest niemal pięciokrotnie wyższa od ceny jednostkowej Konsorcjum Strabag. Z kolei cena jednostkowa pozycji 667 d. 1 .7 w Kosztorysie ofertowym NBP-PR-AR\_NADZ-ROI, tj. zakup i montaż '8-10" - obustronnie - płyty mineralno-akrylowe formowane termicznie; montowane na profilach systemowych; kolor biały - powierzchnia gładka błyszcząca (wg rys. de-02) - poręcze - schody boczne ki-1; kl-2; taras - (obmiar częściowo-szacunkowy - w trakcie realizacji robót może ulec zmianie) - konstrukcja profili ze stali nierdzewnej, wynosi 2.767,91 zł za m<sup>2</sup> , podczas gdy średnia cena jednostkowa dla przedmiotowej pozycji ustalona na podstawie cen jednostkowych pozostałych Wykonawców wynosi 7.800.74 zł, a więc jest niemal trzykrotnie wyższa od ceny jednostkowej Konsorcjum

Strabag. W konsekwencji powyższego, biorąc pod uwagę ilości przedmiarowe określone przez Zamawiającego w przedmiarach NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PR-AR\_NADZ-ROI w odniesieniu do opisanych wyżej pozycji, różnica pomiędzy wartością przedmiotowego zakresu prac określoną przez Konsorcjum Strabag (1 .183.775,24 zł) a średnią wartością przedmiotowego zakresu ustaloną na podstawie ofert pozostałych Wykonawców (tj. 3.976.847,87 zł) wynosi 2.793.072 63 zł (szacunkowa wartość zaniżenia oferty).

### Ściany mobilne

W ramach robót wykończeniowych wewnętrznych określonych w przedmiarze NBP-PR-AR\_NADZROI Wykonawcy zobowiązani byli do wyceny pozycji 498 d. 1.5.1.5 tj. Zakup i montaż ścianek mobilnych (SMO1; SM02; SM03; SM04;SM05; SM06 wg rys. DE-01). Zgodnie z Dokumentacją projektową (rysunki NBP-PW-AB-AR-ABW-DE-OI oraz NBP-PW-AB-AR-ABW-CK-03) oraz STWiORB, Część Architektoniczna, ST-A-22 Ścianki przesuwne (plik: NBP-SST-AR, str. 182) wszystkie ściany mobilne występujące w budynku A powinny być wycenione jako ściany w pełni automatyczne - zarówno te w salach konferencyjnych 0/056, 0/057, 0/058 i 0/059, wykończone naturalnym fornirem, jak i te w salach spotkań 0/078, 0/079, 1/48, 1/49 salach szkoleniowych 2/48, 2/49, 2/59 i 2/60 wykończone panelami z białego laminatu („sposób ryglowania ścian mobilnych elektryczne automatyczne”). Na etapie opracowania oferty w ramach Postępowania, Odwołujący pozyskał szereg ofert dotyczących zakupu i montażu ścian mobilnych, niemniej jednak wyłącznie oferta firmy dormakaba Polska Sp., z o.o. spełniała wszystkie parametry techniczne i funkcjonalne określone przez Zamawiającego w Dokumentacji projektowej w odniesieniu do ścian mobilnych. Zgodnie z powołaną ofertą cena netto obejmująca zakup i montaż w pełni automatycznej ściany mobilnej Variflex 100 ML Comfortdrive, przewidzianej w Dokumentacji projektowej wyniosła 3.339.250 00 zł netto. Jednocześnie, oferowane przez firmę dormakaba Polska Sp. z o.o. ściany półautomatyczne. Jak wynika z Kosztorysu ofertowego NBP-PR-AR\_NADZ-ROI Konsorcjum Strabag, określiło ono cenę jednostkową dla pozycji 498 d. 1.5.1.5 dotyczącej zakupu i montażu ścianek mobilnych w wysokości 4.515 03 zł za m<sup>2</sup>, wobec czego wartość robót objętych tą pozycją przy uwzględnieniu ilości przedmiarowych wskazanych przez Zamawiającego ustalona została na kwotę 1.413.430 14 zł netto. Jednocześnie średnia wartość przedmiotowych prac określona przez pozostałych

Wykonawców biorących udział w Postępowaniu wyniosła 3,139.582,58 zł netto (przy średniej cenie jednostkowej wynoszącej 10.029.01 zł), a więc jest ponad dwukrotnie wyższa od wartości określonej przez Konsorcjum Strabag na kwotę 2.086.850,00 zł netto.

### Ściany giszetowe

Odwołujący wskazał, że w dokumentacji projektowej Zamawiający określił swoje wymagania dotyczące systemowych ścianek giszetowych, wydzielających poszczególne komórki sanitarne w toaletach (Projekt Wykonawczy, Tom II Projekt Architektoniczno — Budowlany, Cz. INIII Specjalność Architektoniczna — plik NBP-PW-ABAR-OT\_ROI .pdf. - str.41 oraz rysunki NBP-PW-AB-AR-KT-34-ścianki giszetowe, NBP-PW-AB-ARWN-02-wnętrze-wc-O\_051, NBP-PW-A3-AR-WN-04-wnętrze-wc-o\_055, NBP-PW-AB-AR-WN-07wnętrze-wc-O\_073, NBP-PW-AB-AR-WN-09-wnętrze-wc-O\_076, NBP-PW-AB-AR-WN-17-wnętrzewc- 1\_66, NBP-PW-AB-AR-WN-19-wnętrze-wc-1\_69). W STWiORB, Część Architektoniczna, ST-A-14 ścianki giszetowe (plik: NBP-SST-AR, str. 125), wskazano, że w pomieszczeniach higieniczno-sanitarnych zgodnie z dokumentacją projektową należy zabudować wybrane kabiny sanitarne oraz natryskowe w systemie ścianek giszetowych wykonanych ze szkła bezpiecznego. Charakterystyka — system ścianek: \_ materiał: szkło bezpieczne warstwowe, gr. 50 mm (pojedyncza warstwa gr. 5mm), \_ profil usztywniający przednią ścianę ukryty za drzwiami, \_ elementy łączone ze sobą profilami z aluminium anodowanego, \_ ścianki działowe oraz przyrmyki boczne przymocowane do ścian za pomocą profili aluminiowych. Odwołujący przywołał odpowiedź na pytanie nr 35 do SWZ.

Odwołujący wskazał, że na etapie opracowania oferty w ramach Postępowania, Odwołujący otrzymał ofertę firmy Fluid Control Systems Sp. z o.o. na dostawę i montaż ścianek giszetowych marki Schafer, typ VENTO, spełniających wymagania i parametry techniczne określone przez Zamawiającego. Cena jednostkowa za m<sup>2</sup> ścianki giszetowej skalkulowana w oparciu o przedstawioną ofertę wynosi 4.839,81 zł netto. Dowód: Wiadomość mailowa dotycząca oferty na dostawę i montaż ścianek giszetowych firmy Fluid Control Systems Sp. z o.o. z dnia 7 'lutego 2023 roku.

Odwołujący zwrócił uwagę na znaczącą dysproporcję w wysokości cen jednostkowych określonych przez Konsorcjum Strabag względem cen jednostkowych określonych przez pozostałych Wykonawców, w odniesieniu do poszczególnych pozycji Kosztorysów ofertowych dotyczących ścianek giszetowych (Zakup i montaż ścianek giszetowych w

sanitariatach «wraz z drzwiami»), tj. pozycji 17 d.2.1 oraz 29 d.2.3 w Kosztorysie ofertowym NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz pozycji 8. d. 1.1.2, 17 d. 1.13, 23 d. 1.1.4 w Kosztorysie ofertowym NBP-PR-AR\_NADZ-ROI, która to dysproporcja nie powinna umknąć uwadze Zamawiającego w trakcie badania ofert. Jak wynika z analizy Kosztorysów ofertowych NBP-PR-AR\_PODZ-ROI, określona przez Konsorcjum Strabag cena jednostkowa dla pozycji 17 d.2.1 oraz 29 d.2.3 w Kosztorysie ofertowym NBP-PR-AR\_PODZ-ROI — została określona w wysokości 3.476 69 zł za m<sup>2</sup>, podczas gdy średnia cena jednostkowa dla przedmiotowych pozycji ustalona na podstawie cen jednostkowych pozostałych Wykonawców wynosi 5.355 37 zł za m<sup>2</sup>. Podobnie, w przypadku cen jednostkowych wskazanych w Kosztorysach ofertowych NBP-PR-AR\_NADZ-ROI w odniesieniu do pozycji 8. d. 1.12, 17 d. 1.13 oraz 23 d. 1.1.4 cena jednostkowa określona przez Konsorcjum Strabag wynosi 3.476 69 zł za m<sup>2</sup>, podczas gdy średnia cena jednostkowa dla przedmiotowej pozycji ustalona na podstawie cen jednostkowych pozostałych wykonawców.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę ilości przedmiarowe określone przez Zamawiającego w przedmiarach NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PR-AR\_NADZ-ROI w odniesieniu do opisanych wyżej pozycji, różnica pomiędzy wartością przedmiotowego zakresu prac określoną przez Konsorcjum Strabag (1.390.207,63 zł) a średnią wartością przedmiotowego zakresu ustaloną na podstawie ofert pozostałych Wykonawców (tj. 2.200.201 ,58 zł) wynosi 809.993 95 zł (szacunkowa wartość zaniżenia oferty).

#### Mikropale

Odwołujący wskazał na znaczące dysproporcje zaobserwować można także w wycenie robót związanych z wykonywaniem mikropali (pozycje 1 d. 1, 2 d. 1, 3 d. 1, 4 d. 1, 5 d. 1, 6 d. 1, 7 d. 1, 8 d. 1 oraz 9 d. 1 w Kosztorysach ofertowych NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz pozycje 1 d.I.I, 2 d.I .1, 3 d.I .1, 4 d.I.I, 5 d.I .1, 6 d. 1.1, 7 d.I.I, 8d.1.1, 9d.1.1, IOd.1.1, 11 d.I.I, 12 d.I.I, 13 d.I.I, 14 d.I.I, 15 d.I.I, 16d.1.1, 17 d.I.I, 18 d. 1 . 1 oraz 19 d. 1 . 1 w Kosztorysach ofertowych NBP-PR-AR-Dziedz-R01). Wartość robót ujęta we wskazanych wyżej pozycjach w Kosztorysach ofertowych Konsorcjum Strabag wynosi 1 .799.871 08 zł (przy czym w rozbiciu na Kosztorys ofertowy NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PR-AR-DziedzROI są to odpowiednio kwoty 146.716,38 zł oraz 1.653.154,70 zł). Dla porównania średnia wartość dla powyższego zakresu wynikająca z Kosztorysów ofertowych pozostałych Wykonawców wyniosła 3.395.612 26 zł (przy czym w rozbiciu na Kosztorys ofertowy NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PR-AR-Dziedz-ROI są to



odpowiednio wartości 670.248,58 zł oraz 3.321.840,17 zł), a więc była niemal dwukrotnie wyższa niż ta wynikająca z Kosztorysów ofertowych Konsorcjum Strabag.

#### Belki hybrydowe

W ocenie Odwołującego jako odbiegającą od warunków rynkowych, należy ocenić wycenę przez Konsorcjum Strabag pozycji Kosztorysów ofertowych NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PR-AR\_NADZ-ROI w zakresie w jakim dotyczą one zakupu i montażu belek hybrydowych, tj. w przypadku Kosztorysu ofertowego NBP-PR-AR\_PODZ-ROI : \_ pozycji 3.2.8 (ROZKŁAD BELEK HYBRYDOWYCH - STROP NAD PIĘTREM - 2" WG RYS. K.3\_05/A-rev; K.3\_05/B; K.3\_05/C - (akcesoria kotwiące i detale połączenia belek hybrydowy z elementami stalowymi i żelbetowymi wg projektu warsztatowego producenta belek), która wyceniona została przez Konsorcjum Strabag na kwotę 418.042,50 zł, podczas gdy średnia wartość dla przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 662.233, 12 zł; \_ pozycji 3.3.4 (STROP NAD PIĘTREM n - 1" - BELKI HYBRYDOWE - WG RYS. K.4\_06/A), która została wyceniona przez Konsorcjum Strabag na kwotę 283.745,05 zł, podczas gdy średnia wartość dla przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 441.650,49 Zł oraz w przypadku Kosztorysu ofertowego NBP-PR-AR\_NADZ-ROI; pozycji 1.2.1.1 (BELKI HYBRYDOWE - WG RYS. K.5\_08/A), która została wyceniona przez Konsorcjum Strabag na kwotę 382.581 ,48 zł, podczas gdy średnia wartość dla przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 613.492,26 zł., pozycji 1.2.3.1 (BELKI HYBRYDOWE - WIG RYS. K.6\_07/A), która została wyceniona przez Konsorcjum Strabag na kwotę 392.532,42 Zł, podczas gdy średnia wartość dla przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 616.833,95 zł; pozycji 1.2.4.1.1 (BELKE HYBRYDOWE - WG RYS. K.7\_07/A), która została wyceniona przez Konsorcjum Strabag na kwotę 289.821 zł, podczas gdy średnia wartość dla przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 455.981 zł. W konsekwencji powyższego, biorąc pod uwagę ilości przedmiarowe określone przez Zamawiającego w przedmiarach NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PR-AR\_NADZ-ROI w odniesieniu do opisanych wyżej pozycji, różnica pomiędzy wartością przedmiotowego zakresu prac określoną przez Konsorcjum Strabag (1.766.723,37 zł), a średnią wartością przedmiotowego zakresu ustaloną na podstawie ofert pozostałych Wykonawców (tj. 2.790.191 ,44 Zł) wynosi 1.023 468 07 zł (szacunkowa wartość zaniżenia oferty).

#### Płyty kanałowe

W ocenie Odwołującego, z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku wyceny przez Konsorcjum Strabag pozycji Kosztorysów ofertowych NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PR-AR\_NADZ-ROI w zakresie w jakim dotyczą one zakupu płyt kanałowych. W przypadku Kosztorysu ofertowego NBP-PR-AR\_PODZ-ROI; pozycja 8.2.4 (STROP NAD PIĘTREM 2" - PŁYTY HC265) została wyceniona przez Konsorcjum Strabag na kwotę 215.889,13 ZI, podczas gdy średnia wartość da przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 468.548,63 zł; pozycja 8.3.5 (STROP NAD PIĘTREM 'J - 1 t' - PŁYTY HC), została wyceniona przez Konsorcjum Strabag na kwotę 130.743,48 zł, podczas gdy średnia wartość da przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 284.400,09 ZI. oraz w przypadku Kosztorysu ofertowego NBP-PR-AR\_NADZ-ROI : pozycji 1.2.1.2 (PŁYTY KANAŁOWE), która została wyceniona przez Konsorcjum Strabag na kwotę 113.200,47 ZI, podczas gdy średnia wartość dla przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 247.216,88 zł; pozycji 1.2.3.2 (PŁYTY KANAŁOWE - STROP NAD PETREM "1 1), która została wyceniona przez Konsorcjum Strabag na kwotę 110.678,78 ZI, podczas gdy średnia wartość dla przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 240.329,86 zł; pozycji 1.2.4.1 .1 (PŁYTY KANAŁOWE), która została wyceniona przez Konsorcjum Strabag na kwotę 110.770,68 ZI, podczas gdy średnia wartość dla przedmiotowej pozycji ustalona przez pozostałych Wykonawców wyniosła 241.899,46 zł. W konsekwencji powyższego, biorąc pod uwagę ilości przedmiarowe określone przez Zamawiającego w przedmiarach NBP-PR-AR\_PODZ-ROI oraz NBP-PR-AR\_NADZ-ROI w odniesieniu do opisanych wyżej pozycji, różnica pomiędzy wartością przedmiotowego zakresu prac określoną przez Konsorcjum Strabag (681.282,49 ZI) a średnią wartością przedmiotowego zakresu ustaloną na podstawie ofert pozostałych Wykonawców (tj. 1.482.394,92 z) wynosi 801.112, 48 zł.

#### Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji

W ocenie Odwołującego opisane wyżej przykłady jednoznacznie wskazują na dokonanie przez Konsorcjum Strabag manipulacji stawkami kosztorysu (znacząco zawyżając jedne z nich i zaniżając inne), co powoduje, że kalkulacja Ceny brutto oferty Konsorcjum Strabag sporządzona została w sposób oderwany od warunków rynkowych. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 UZNK do której odsyła ustawa PZP, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub

narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W orzecznictwie zaznacza się przy tym, że działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stygizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (tak chociażby KIO w wyroku z dnia 14 czerwca 2013 roku, wydanym w sprawie o syn. akt: 1240/13). Ziszczenie przesłanek zawartych w tym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, ponieważ ów przepis stanowi samodzielną podstawą do stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji (tak wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007 roku, sygn. akt: III CKN 271/01). Uznanie określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 3 ust. 1 UZNK wymaga łącznego spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie, tj. działania podjętego w związku z działalnością gospodarczą (co wynika z art. 1 ustawy), które wykazuje sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami oraz w konsekwencji którego doszło do 3) zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący w dalszej części zarzutu przywołał orzecznictwo. Dalej Odwołujący stwierdził, że manipulowanie stawkami Kosztorysów ofertowych z jakim mamy do czynienia w przypadku oferty Konsorcjum Strabag wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji opisane w art. 3 ust. 1 UZNK, a co za tym idzie winno skutkować odrzuceniem przez Zamawiającego oferty Konsorcjum Strabag na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 PZP — zaniechanie Zamawiającego wezwania Konsorcjum Strabag do przedłożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

Oświadczenie złożone przez Konsorcjum Strabag na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy PZP

Art. 117 ust. 3 ustawy PZP stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W myśl przepisu art. 117 ust. 4 ustawy PZP w przypadku, w takim przypadku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

W Rozdz. 8 (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu) ust. 2 SWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku, o którym mowa w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego nie wynika, które roboty budowlane wykonają poszczególni Wykonawcy. Zgodnie ze stanowiskiem opublikowanym przez Urząd Zamówień Publicznych oświadczenie o podziale zadań pomiędzy współwykonawców, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy PZP, stanowi podmiotowy środek dowodowy. Stanowisko to potwierdza także dotychczasowe orzecznictwo KIO (wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2022 roku, sygn. akt: KIO 3795/21 oraz wyrok KO z 28 czerwca 2021 roku, sygn. akt: KIO 1586/21 oraz KIO 1587/21 — sprawy połączone do wspólnego rozpoznania). W związku z czym w przypadku ewentualnych braków, błędów czy potrzeby wyjaśnień w odniesieniu do przedmiotowego oświadczenia, Zamawiający winni korzystać z dyspozycji art. 128 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym jeżeli podmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu są niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Zgodnie natomiast z art. 128 ust. 4 ustawy PZP Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań, wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy. Ratio legis art. 117 ust. 4 ustawy PZP jest umożliwienie weryfikacji czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu 4 . Zgodnie z treścią oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Strabag złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy PZP, Konsorcjum wskazało:

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zrealizuje następujące usługi, roboty budowlane:

wykona roboty budowlane składające się na przedmiot Zamówienia. Z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia.

Wykonawca Ed. ZUBLIN AG, D-70567 Stuttgart, Albstadtweg 3, (Republika Niemiec) zrealizuje następujące usługi, roboty budowlane:

wykona roboty budowlane składające się na przedmiot Zamówienia. Z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, nie ulega jakimkolwiek wątpliwościom, że treść złożonego przez Konsorcjum Strabag oświadczenia w żadnym zakresie nie umożliwia weryfikacji czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Treść oświadczenia nie umożliwia ustalenia gdzie przebiega granica odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienia w ramach Konsorcjum Strabag, a co za tym idzie uniemożliwia zweryfikowanie, czy Konsorcjum Strabag spełnia warunek udziału w postępowaniu czy też nie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdz. 8 ust. 1 pkt 1) lit. a) SWZ, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykażą, że w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali: co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości nie mniejszej niż 200 000 000 PLN brutto, polegające na wykonaniu robót budowlanych, obejmujących budowę co najmniej 3 - kondygnacyjnego budynku biurowego, szpitala, obiektu sportu, budynku handlu, gastronomii i usług o powierzchni całkowitej budowy co najmniej 15 tys. m<sup>2</sup>, oraz potwierdzi, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie, oraz ii. co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości nie mniejszej niż 100 000 000 PLN brutto, polegające na wykonaniu robót budowlanych, obejmujących przebudowę lub

remont co najmniej 3-kondygnacyjnego budynku biurowego, szpitala, obiektu sportu, budynku handlu, gastronomii i usług lub jego części o powierzchni całkowitej przebudowy lub remontu co najmniej 10 tys. m<sup>2</sup>, oraz potwierdzi, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należycie. Jak wynika z Wykazu robót budowlanych przedłożonego przez Konsorcjum Strabag, warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdz. 8 ust. 1 pkt 1 lit. a) podpunkt ii. Konsorcjum Strabag wykazuje poprzez powołanie się na realizację przez Ed. ZÜBLIN AG. (partner konsorcjum) robót budowlanych polegających na przebudowie istniejącego domu towarowego (obejmujących również jego modernizację) w wysokiej jakości budynek handlowy z lokalami do wynajęcia dla handlu detalicznego, oraz powierzchnie biurowe, a także renowację parkingu podziemnego, które to roboty zrealizowane zostały na rzecz KHS Baugesellschaft S. á r.l. Co za tym idzie oczekiwane przez Zamawiającego doświadczenie w realizacji robót budowlanych polegających na przebudowie obiektu budowlanego, posiada wyłącznie partner konsorcjum.

W ocenie Odwołującego, mając na względzie powyższe, zasadnym jest oczekiwanie, aby treść składanego przez Konsorcjum Strabag oświadczenia na gruncie 117 ust. 4 ustawy PZP potwierdzała, że zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu (roboty budowlane w zakresie przebudowy lub remontu) będzie rzeczywiście wykonany przez tego członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku. Wskazanie przez Konsorcjum Strabag w treści oświadczenia, że „z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia”, należy uznać za całkowicie nieuzasadnione i świadczące wprost o próbie obejścia wymagań dotyczących oświadczenia składanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, określonych w art. 117 ust. 4 ustawy PZP. Idąc tym tropem myślenia, za każdym razem kiedy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane dotyczące jednego budynku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogliby wskazywać, że nie jest możliwe wskazanie jaki zakres prac wykona dany wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie „z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia”, co wprost zmierza do obejścia przepisu art. 117 ust. 4 ustawy PZP. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 8 listopada 2021 roku, sygn. akt: 2945/21 „Celem oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 p.z.p., jest weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku, analogicznie więc jak w przypadku złożenia

oświadczenia przez podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca powołuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu". W kontekście treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Strabag, warto w tym miejscu także przywołać tezy Wyroku KIO z dnia 7 lipca 2022 roku, wydanego w sprawie o sygn. KIO 1602/22, zgodnie z którymi: „Wykonawca zbiorowy nie spełni warunku udziału w postępowaniu, choćby dysponował doświadczonego wykonawcą, jeśli ten wykonawca faktycznie nie wykona w tej części zamówienia. Tym samym ustawodawca ustanowił szczególne warunki ubiegania się o zamówienie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie wystarczy tylko samo doświadczenie. ale musi być ukazane. kto konkretnie będzie realizował zamówienie w części wzmagającej doświadczenia. Jest to konsekwentne podejście ustawodawcy, który oczekuje, że podmiot doświadczony. a nie amator. będzie wykonywał przedmiot zamówienia". „Nie jest wykluczone, że przy wykonywaniu danej części zamówienia wymagającej doświadczenia, podmiot niedoświadczony będzie wykonywał czynności przygotowawcze czy pomocnicze, nie zmienia to jednak faktu, że zasadnicze wykonanie musi opierać się na podmiocie doświadczonego i to on będzie ponosił odpowiedzialność za wykonanie danej części. Przepis art. 117 ust. 4 p.z.p. mówi o oświadczeniu. z którego będzie wynikać, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy, a więc nie wspólnie. ale każdy z nich".

Odwołujący wskazał, że powołany wyrok został wydany w stanie faktycznym, w którym w oświadczeniu odwołującego dany pakiet usług był przypisany obydwóm wykonawcom wspólnie i nie można było z niego ustalić, za jakie usługi, który wykonawca będzie odpowiadał, a więc odnosił się do sytuacji analogicznej jak ta, z którą mamy do czynienia w niniejszym Postępowaniu w odniesieniu do treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Strabag. Z uzasadnienia powołanego wyżej wyroku wynikają ponadto następujące, istotne dla niniejszej sprawy wnioski, mianowicie: Izba zwróciła uwagę, że oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy PZP jest dokumentem składanym na potrzeby Ukazania spełniania warunku, albowiem .) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach jednego z nich tylko, jeśli wykażą, że ten właśnie wykonawca wykona zamówienie w części, w której zamawiający wymaga określonej zdolności. A contrario. jeśli wykonawcy nie złożą oświadczenia lub nie w nim, że podmiot mający doświadczenie wykona część zamówienia wymagającą doświadczenia. to nie wykażą spełniania warunku udziału w postępowaniu, choćby złożyli potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu wykaz usług i odpowiednie poświadczenia należytego wykonania"; – Izba wskazała, że „wadą złożonego oświadczenia jest niewątpliwie zbyt duża agregacja usług, w miejsce wyodrębnienia poszczególnych usług odpowiadających postawionym przez

zamawiającego warunkom udziału w postępowaniu i jednoznacznego przypisania tym poszczególnym usługom doświadczonego wykonawcy. Rację zatem należało przyznać zamawiającemu, że oświadczenie nie pozwala na zweryfikowane czy odwołujący spełnia warunek udziału czy też nie. Oświadczenie nie pozwala bowiem ustalić, gdzie przebiega granica odpowiedzialności pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie”; – ewentualny argument dotyczący solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wobec zamawiającego „traci na znaczeniu przy badaniu spełniania warunku udziału, gdzie ustawodawca wyraźnie wskazał, że usługi wymagające doświadczenia ma świadczyć doświadczony podmiot, co jest warunkiem powołania się na jego doświadczenie”.

Niewykazanie braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do partnera konsorcjum - Ed. ZÜBLIN AG.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdz. 9 ust. 1 pkt 1) o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i 2 ustawy. Zamawiający przewidział także, że Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, brak podstaw wykluczenia zobowiązany jest potwierdzić każdy z tych Wykonawców.

W Rozdz. 10 ust. 1 pkt 2) SWZ wskazano, że Zamawiający - przed wyborem najkorzystniejszej oferty - wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, z zastrzeżeniem art. 127 ustawy, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w załączniku nr 2 do SWZ (pozycje zaznaczone kolorem zielonym: "na wezwanie"):

- potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- potwierdzających brak podstaw wykluczenia (w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia każdy z nich ma potwierdzić).

Jednocześnie, jak wskazano w Rozdz. 10 ust. 2 SWZ „Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 2 niniejszego Rozdziału oraz w Rozdziale 14 ust. 4, muszą spełniać wymagania określone w ustawie i w przepisach rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. ws. podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, a także wymagania określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12. 2020 r. ws. sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz



wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie”.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 19 lipca 2023 roku, Zamawiający wezwał Strabag Sp. z o.o. jako lidera konsorcjum, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, Zamawiający zażądał złożenia m. in. następujących dokumentów:

- Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem — oryginał w postaci dokumentu elektronicznego albo cyfrowe odwzorowanie dokumentu w postaci papierowej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym,
- Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem — oryginał w postaci dokumentu elektronicznego albo cyfrowe odwzorowanie dokumentu w postaci papierowej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W ślad za §4 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 3 rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w pkt. 4 ppkt 1) wezwania, że „jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w §2 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 1 lipca 2023 roku Strabag Sp. z o.o. poinformowała Zamawiającego o przekazaniu wymaganych dokumentów zgodnie z przedstawioną w piśmie listą załączników, w tym, jak wynika z punktu 3 pisma, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu przedłożono informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy (pkt. 3.5 pisma Strabag Sp. z o.o.).

W odniesieniu do partnera konsorcjum - Ed. ZÜBLIN AG, w celu wykazania braku podstaw wykluczenia w oparciu o przesłankę określoną w art. 108 ust. 1 pkt 4) ustawy PZP, Konsorcjum Strabag przedstawiło wyciąg informacji z Gewerbezentralregister (GZR) — Centralnego Rejestru Handlowego (plik 3.5.21\_2023-03\_21\_Gewerbezentralregister\_de.pdf).

Odwołujący wskazał, że GZR nie obejmuje względem podmiotów zbiorowych informacji odnoszących się do przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Zgodnie bowiem z przepisami niemieckimi, w GZR nie zamieszcza się informacji na temat drobniejszych przestępstw, za które może grozić m.in. sankcja w postaci orzeczenia zakazu o ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Zawartość GZR (Centralnego Rejestru Handlowego) jest określona w §149 ust. 2 GewO. (Niemieckiego Kodeksu Handlowego). Zgodnie z tym przepisem wpisy do GZR obejmują decyzje administracyjne (zakazy handlu, cofnięcie zezwoleń, licencji itp.), decyzje nakładające grzywny za wykroczenia administracyjne popełnione podczas lub w związku z prowadzeniem działalności handlowej lub gospodarczej; oraz niektóre wyroki skazujące za przestępstwa popełnione podczas lub w związku z wykonywaniem działalności handlowej, przy czym o ile decyzje administracyjne i decyzje o nałożeniu grzywny mogą dotyczyć zarówno osób fizycznych, jak i prawnych to wyroki sądów karnych dotyczą wyłącznie osób fizycznych.

Nie sposób zatem utożsamiać oświadczenia o niekaralności wydanego w Polsce (KRK) z informacją z Centralnego Rejestru Handlowego wydawaną w Niemczech. Na powyższe zwróciła uwagę Kto w wyroku z dnia 19 marca 2010 roku, wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO/UZP 244/09 (który to wyrok w dalszym ciągu zachowuje swoją aktualność), w którym zwrócono uwagę, na okoliczność, że pomiędzy zawartością zbiorów KRK i GZR nie zachodzi żadne podobieństwo. Przede wszystkim prawu niemieckiemu nie jest znana odpowiedzialność podmiotu zbiorowego w kategoriach zbieżnych z ustawą polską. Już sama ta okoliczność wyłącza przydatność świadectw wydawanych z GZR w postępowaniu toczącym się na podstawie polskiej ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego, mając na względzie powyższe uznać należy, że rozbieżność przedmiotowa występująca pomiędzy KRK a GZR obliuguje wykonawców mających swoje siedziby w Niemczech do uzyskania oświadczenia złożonego przed notariuszem, że względem nich nie zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP. Należy w kontekście powyższego zwrócić uwagę na swoiste wprowadzenie w błąd Zamawiającego przez Konsorcjum Strabag, które przedkładając

wraz z zaświadczeniem z Centralnego Rejestru Handlowego jego tłumaczenie na język polski wskazało, że jest to „Informacja z centralnego rejestru karnego podmiotów gospodarczych” podczas gdy jest to w istocie informacja z Centralnego Rejestru Handlowego. Konsorcjum Strabag przedłożyło zatem w Postępowaniu dokument, który nie może stanowić podstawy do uznania, że względem partnera konsorcjum nie doszło do spełnienia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, a więc tym samym nie wykazało, że Konsorcjum Strabag nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

Jednocześnie, brak dokonania przez Zamawiającego oceny oraz brak żądania od Konsorcjum Strabag uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w powyższym zakresie stoi w sprzeczności zarówno z przepisami PZP jak i wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ.

Niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia i spełniają warunki określone przez Zamawiającego w Rozdz. 8 SWZ

Odwołujący wskazał, że w Rozdz. 8 SWZ — Informacja o warunkach udziału w postępowaniu, Zamawiający przewidział, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: Wykonawca wykaże, że (...): „dysponuje lub będzie dysponować co najmniej 1 osobą, która zostanie skierowana do realizacji zamówienia, odpowiedzialną za opracowanie dokumentacji powykonawczej systemu sygnalizacji włamania i napadu, która posiada zaświadczenie o ukończeniu kursu pracownika zabezpieczenia technicznego w zakresie projektowania systemów zabezpieczeń technicznych stopni 1 - 4 (świadcstwo MEN); wpis na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego oraz legitymację kwalifikowanego pracownika zabezpieczenia technicznego na podstawie ustawy o ochronie osób i mienia oraz zaświadczenie o odbyciu szkolenia w zakresie ochrony informacji niejawnych, przeprowadzonego zgodnie z art. 19 i nast. ustawy o ochronie informacji niejawnych; ważne poświadczenia bezpieczeństwa dopuszczające do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej „zastrzeżone” lub pisemne upoważnienie do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli co najmniej „zastrzeżone” wydane zgodnie z art. 21 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych, przez kierownika Wykonawcy” - Rozdz. 8 ust. 1 pkt 1) lit d) SWZ.”

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 19 lipca 2023 roku, Zamawiający wezwał Strabag Sp. z o.o. jako lidera konsorcjum, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym, Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (dalej: „Wykaz osób”). Wzór wykazu stanowiący załącznik nr 7 do SWZ został załączony do przedmiotowego pisma i w odniesieniu do osoby o której mowa w Rozdz. 8 ust. 1 pkt 1) lit d) SWZ. Jak wynika z Wykazu osób przedłożonego przez Konsorcjum Strabag wraz z pismem z dnia 31 lipca 2023 roku, jako osobę skierowaną do realizacji zamówienia, która spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale 8 ust. 1 pkt 1 lit. d SWZ wskazano Pana G. C.. Zdaniem Odwołującego, w przedłożonym przez Konsorcjum Strabag Wykazie osób, z katalogu wymagań określonych przez Zamawiającego względem osoby odpowiedzialnej za opracowanie dokumentacji powykonawczej systemu sygnalizacji włamania i napadu (i uwzględnionych w edytowalnej wersji Wykazu osób, stanowiącej Załącznik nr 7 do SWZ usunięto tiret pierwszy, mianowicie „zaświadczenie o ukończeniu kursu pracownika zabezpieczenia technicznego w zakresie projektowania systemów zabezpieczeń technicznych stopni 1-4 (świadcstwo MEN)”. Mając na względzie, że zgodnie z SWZ osoba ta ma być odpowiedzialna za opracowanie dokumentacji powykonawczej systemu sygnalizacji włamania i napadu, posiadanie zaświadczenia o ukończeniu kursu pracownika zabezpieczenia technicznego w zakresie projektowania systemów zabezpieczeń technicznych stopni 1—4 (świadcstwo MEN), ma zasadnicze znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a brak jego wskazania w Wykazie osób w odniesieniu do osoby skierowanej do realizacji zamówienia w tym zakresie, powinien wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i skutkować wezwaniem Konsorcjum Strabag do wyjaśnień.

Brak należytej formy dokumentów przedkładanych przez podmiot trzeci na potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 19 lipca 2023 roku - Wezwaniu do złożenia podmiotowych środków dowodowych, skierowanym do Strabag Sp. z o.o. Zamawiający poinformował, że „zgodnie z Rozdz. 9 ust. 4 SWZ, w przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, Zamawiający zobowiązany jest zbadać czy nie zachodzą wobec innych podmiotów podstawy

wykluczenia, o których mowa w Rozdz. 9 ust. 1 SWZ. W związku z powyższym Wykonawca w odniesieniu do podmiotów na zasoby które się powołuje zobowiązany jest do złożenia (aktualnych na dzień złożenia) oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3 wezwania oraz JEDZ-a tych podmiotów”. Jednocześnie Zamawiający w treści wezwania wskazał, że dokumenty składane na wezwanie, o których mowa powyżej, należy złożyć w formie stosownej do wymagań zawartych w ustawie oraz w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020, poz. 2415) - dalej jako „RPO”, w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020, poz. 2452) — dalej jako „RSPI”, i należy je przestać z użyciem środków komunikacji elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej NBP.

Wobec powyższego Odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego na zasoby którego powołuje się Konsorcjum Strabag, mianowicie firmy Eleks - J. K. Sp. j. (dalej: „Eleks”), a służące wykazaniu braku podstaw wykluczenia tego podmiotu z Postępowania, nie spełniają wymogów co do formy, przewidzianych w przepisach wskazanych wyżej aktów prawnych, w odniesieniu do informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy i dotyczących wspólników spółki:

- plik 3.4.51 KRK\_M. F. 5354906-sig-sig.pdf — stawowi podpisaną elektronicznie przez wspólników Eleks wizualizację dokumentu elektronicznego. W przekazanych przez Konsorcjum Strabag wraz z pismem z dnia 31 lipca 2023 roku, brakuje oryginału dokumentu podpisanego elektronicznie przez jego wystawcę, tj. plików xml (oryginał e-informacji KRK) oraz xml.xades (plik kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika Ministerstwa);
- plik 3.4.52 KRK\_K. J. 535481 8-sig-sig.pdf — stanowi podpisaną elektronicznie przez wspólników Eleks wizualizację dokumentu elektronicznego. W przekazanych przez Konsorcjum Strabag wraz z pismem z dnia 31 lipca 2023 roku, brakuje oryginału dokumentu podpisanego elektronicznie przez jego wystawcę, tj. plików xml (oryginał e-informacji KRK) oraz xml.xades (plik kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika Ministerstwa);

- plik 3.4.5.3 KRK\_J. K. 5354862-sig-sig.pdf — stanowi podpisaną elektronicznie przez współników wizualizację dokumentu elektronicznego. W przekazanych przez Konsorcjum Strabag wraz z pismem z dnia 31 lipca 2023 roku, brakuje oryginału dokumentu podpisanego elektronicznie przez jego wystawcę, tj. plików xml (oryginał e-informacji KRK) oraz xml.xades (plik kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika Ministerstwa).

Zgodnie z §6 ust. 1 RSPI, w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe (...) odpowiednio wykonawcy, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy lub podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby na takich zasadach, wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby lub podwykonawca, jako dokument elektroniczny — przekazuje się ten dokument.

Jak wskazano w S 15 RPŚD „Podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składa się w formie elektronicznej, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, w formie pisemnej lub w formie dokumentowej, w zakresie i w sposób określony w przepisach wydanych na podstawie art. 70 ustawy.

W przypadku postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wykonawca może złożyć informację z KRK w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego albo w elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Stosownie do art. 20 ust. 3 ustawy z 24 maja 2000 roku o Krajowym Rejestrze Karnym, informację o osobie oraz informację o podmiocie zbiorowym doręczane za pośrednictwem systemu teleinformatycznego opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do ich wydania. Wydane zaświadczenie o niekaralności wnioskodawca pobiera bezpośrednio z e-Platformy Ministerstwa Sprawiedliwości w postaci skompresowanego folderu (ZIP). Po zapisaniu go na dysku i rozpakowaniu otrzymuje się 3 pliki: PDF zawierający wizualizację wydanego zaświadczenia (pomimo informacji w stopce dokumentu o podpisie elektronicznym plik ten nie jest takim podpisem opatrzony i nie może być traktowany jako oryginał dokumentu elektronicznego), xml (tj. oryginał e-informacji KRK), oraz plik xml.xades (tj. plik kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika Ministerstwa Sprawiedliwości upoważnionego do wydawania zaświadczeń z KRK. W ocenie Odwołującego, złożenie

wizualizacji dokumentu z Krajowego Rejestru Karnego w formie pliku pdf nie stanowi dopuszczalnej formy podmiotowego środka dowodowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w takiej sytuacji Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Strabag do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Powyższe uwagi znajdują zastosowanie także w odniesieniu do zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wspólnicy Eleks nie zalegają z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP oraz do zaświadczeń ZUS, że Eleks i jego wspólnicy nie zalegają z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w powyższym zakresie Konsorcjum Strabag przedłożyło wraz z pismem z dnia 31 lipca 2023 roku następujące dokumenty, niespełniające wymogów co do formy:

- plik 3.7.5.2 US\_F. M.-sig-sig.pdf — zawiera wyłącznie podpisy elektroniczne wspólników Eleks, na dokumencie brakuje podpisu elektronicznego wystawcy dokumentu, pracownika Urzędu Skarbowego;
- plik 3.7.5.8 US\_J. K.-sig-sig.pdf zawiera wyłącznie podpisy elektroniczne wspólników Eleks, na dokumencie brakuje podpisu elektronicznego wystawcy dokumentu, pracownika Urzędu Skarbowego;
- plik 3.8.5.1 ZUS\_Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek Eleks-sig-sig.pdf — stanowi podpisaną elektronicznie przez wspólników Eleks wizualizację dokumentu elektronicznego, brakuje oryginału dokumentu podpisanego elektronicznie przez jego wystawcę, tj. plików xml (oryginał Zaświadczenia) oraz xml.xades (plik kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS upoważnionego do wydania zaświadczenia);
- plik 38.5.2 ZUS\_F. M.-sig-sig.pdf — stanowi podpisaną elektronicznie przez wspólników Eleks wizualizację dokumentu elektronicznego, brakuje oryginału dokumentu podpisanego elektronicznie przez jego wystawcę, tj. plików xml (oryginał Zaświadczenia) oraz xml.xades (plik kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS upoważnionego do wydania zaświadczenia);
- plik 8.8.5.3 ZUS\_K. J.-sig-sig.pdf stanowi podpisaną elektronicznie przez wspólników Eleks wizualizację dokumentu elektronicznego, brakuje oryginału dokumentu podpisanego elektronicznie przez jego wystawcę, tj. plików xml (oryginał Zaświadczenia) oraz xml.xades (plik kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS upoważnionego do wydania zaświadczenia);

- plik 3.8.5.4 ZUS\_J. K.-sig-sig.pdf stanowi podpisaną elektronicznie przez współników Eleks wizualizację dokumentu elektronicznego, brakuje oryginału dokumentu podpisanego elektronicznie przez jego wystawcę, tj. plików xml (oryginał Zaświadczenia) oraz xml.xades (plik kwalifikowanego podpisu elektronicznego pracownika ZUS upoważnionego do wydania zaświadczenia).

W ocenie Odwołującego, forma, w jakiej zostały złożone wskazane zaświadczenia tj. w odniesieniu do zaświadczeń właściwego naczelnika urzędu skarbowego skan wydrukowanego dokumentu elektronicznego wydanego i podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pracownika US, który następnie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym współników Eleks oraz w odniesieniu do zaświadczeń ZUS - wizualizacja dokumentu elektronicznego, podpisana elektronicznie przez współników Eleks, są w sposób oczywisty niezgodne z formą podmiotowych środków dowodowych wymaganą zgodnie z dyspozycją przepisu §6 ust. 1 RSPI. W ocenie Odwołującego, złożenie powyższych zaświadczeń w takiej formie nie stanowi dopuszczalnej formy podmiotowego środka dowodowego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w takiej sytuacji Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum Strabag do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie remontu i przebudowy bloku A Centrali NBP w Warszawie przy ul. Świętokrzyskiej 11/21”, obejmujące w szczególności:

- 1) wykonanie robót budowlanych w obiekcie bloku A Centrali Narodowego Banku Polskiego (NBP) oraz w pozostałych budynkach kompleksu Centrali NBP, do których należy doprowadzić instalacje z bloku A,
- 2) zapewnienie platformy CDE zgodnie z wymaganiami BIM oraz udostępnienie Zamawiającemu 20 kont na czas realizacji robót budowlanych oraz gwarancji i rękojmi za wady,
- 3) wykonanie lub zainstalowanie oprogramowania lub jego aktualizacja wraz z licencjami, zainstalowanie, skonfigurowanie i uruchomienie urządzeń i systemów, w tym konfiguracji serwerów centralnych zlokalizowanych w innych budynkach kompleksu Centrali NBP,
- 4) wykonanie i dostarczenie dokumentacji powykonawczej wraz z przeniesieniem na Zamawiającego autorskich praw majątkowych, prawa wykonywania i zezwalania na wykonywanie autorskich praw zależnych do dokumentacji powykonawczej,



prawa własności egzemplarzy/nośników, na których dokumentacja powykonawcza została zapisana;

- 5) przeprowadzenie instruktażu wskazanych pracowników Zamawiającego z obsługi instalacji, systemów i urządzeń, w uzgodnionych z Zamawiającym terminach,;
- 6) uzyskanie w imieniu Zamawiającego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie,
- 7) udzielenie na wykonane roboty budowlane gwarancji jakości i rękojmi za wady, w tym na działanie urządzeń, wraz z wykonaniem przeglądów okresowych.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 8 SWZ Zamawiający zawarł informacje o warunkach udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał: O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

- i) co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości nie mniejszej niż 200 000 000 PLN brutto\*, polegające na wykonaniu robót budowlanych, obejmujących budowę co najmniej 3-kondygnacyjnego budynku biurowego, szpitala, obiektu sportu, budynku handlu, gastronomii i usług o powierzchni całkowitej budowy co najmniej 15 tys. m<sup>2</sup>, oraz potwierdzi, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należyście, oraz
- j) co najmniej jedno zamówienie (umowę) o wartości nie mniejszej niż 100 000 000 PLN brutto\*, polegające na wykonaniu robót budowlanych, obejmujących przebudowę lub remont co najmniej 3-kondygnacyjnego budynku biurowego, szpitala, obiektu sportu, budynku handlu, gastronomii i usług lub jego części o powierzchni całkowitej przebudowy lub remontu co najmniej 10 tys. m<sup>2</sup>, oraz potwierdzi, że wskazane roboty budowlane zostały wykonane należyście,

W punkcie 2 Zamawiający wskazał: Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia na zasadach określonych w art. 58 ustawy. W przypadku, o którym mowa w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane wykonają poszczególni Wykonawcy.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 9 SWZ Zamawiający zawarł informacje o podstawie wykluczenia wykonawcy z Postępowania. Zamawiający wskazał:

1. O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania:
  - na podstawie art. 108 ust. 1 i 2 ustawy,
  - na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy,
  - na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 7 ustawy,
  - na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy,
  - na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 9 ustawy,
  - na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy,

Izba ustaliła, że w Rozdziale 10 – JEDZ i podmiotowe środki dowodowe składne na wezwanie Zamawiającego, Zamawiający wskazał m.in.: Zamawiający - przed wyborem najkorzystniejszej oferty - wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, z zastrzeżeniem art. 127 ustawy, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w ust. 1 pkt 2 niniejszego Rozdziału oraz w Rozdziale 14 ust. 4, muszą spełniać wymagania określone w ustawie i w przepisach rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. ws. podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, a także wymagania określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12. 2020 r. ws. sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie. JEDZ musi spełniać wymagania określone w Rozporządzeniu Wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 14 – Sposób przygotowania oferty, Zamawiający wskazał:

1. Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami określonymi w SWZ.
2. Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę, zgodnie z postanowieniami SWZ.
3. Na ofertę, zwaną dalej Ofertą, składa się:
  - 1) „Oferta – Formularz ofertowy” (wypełniony na Platformie Zakupowej NBP na portalu ONEPLACE);
  - 2) „Uszczegółowienie Formularza ofertowego” (załącznik nr 4 do SWZ);
  - 3) „Kosztorys ofertowy” (załącznik nr 4a do SWZ w formacie pdf, ath. i xlsx); którą Wykonawca sporządzi i przekaże zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 2 do SWZ. Do Oferty Wykonawca dołączy dokumenty wskazane

w załączniku nr 2 do SWZ (pozycje zaznaczone kolorem żółtym: "w terminie składania Ofert").

Izba ustaliła, że Rozdziale 16 – Sposób obliczenia ceny, Zamawiający wskazał:

1. Wykonawca określi cenę w „Ofercie - Formularzu ofertowym” na Platformie Zakupowej NBP zawierającym wyodrębnione miejsce na informacje dotyczące ceny Oferty (zakładka „Oferta”, sekcja „Lista pozycji”, pole „Cena jednostkowa brutto”). Cenę brutto Oferty, wyliczoną zgodnie ze sposobem podanym w ust. 2 należy przepisać w aktywnym oknie w kolumnie „Cena jednostkowa brutto”, a następnie przeliczyć systemowym kalkulatorem na „Cenę jednostkową netto”. Metoda wpisania i przeliczania ceny została szczegółowo przedstawiona w załączniku nr 1 do SWZ.
2. Cenę brutto oferty należy wyliczyć w ust. 11 „Uszczegółowienia Formularza ofertowego”, w oparciu o „Kosztorys ofertowy” stanowiący załącznik nr 4a do SWZ. Podstawą obliczenia Ceny brutto oferty jest dokumentacja projektowa, a w szczególności przedmiary robót (w wersji pdf.), oraz Projektowane postanowienia umowy stanowiące załącznik nr 5 do SWZ. Wykonawca w Cenie oferty brutto uwzględni podatek VAT, z zastrzeżeniem ust. 8.
3. „Kosztorys ofertowy”, o którym mowa w ust. 2. należy sporządzić metodą kalkulacji szczegółowej ściśle według kolejności pozycji w nim wyszczególnionych. Wykonawca określi w „Kosztorysie ofertowym” ceny jednostkowe netto dla wszystkich wskazanych pozycji w złotych. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie Ofert brana będzie pod uwagę cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy. Brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji „Kosztorysu ofertowego”, spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. W celu prawidłowego przygotowania „Kosztorysu ofertowego” Zamawiający udostępnia, na stronie zamówienia przedmiar w dwóch formatach: pdf. i ath.
4. Wyliczone w „Kosztorysie ofertowym” wartości netto Wykonawca powinien wpisać odpowiednio do pozycji wskazanych w „Kosztorysie ofertowym”, oraz wyliczyć razem cenę netto, podatek VAT oraz cenę brutto, z zastrzeżeniem ust. 7.
5. Cena brutto Oferty powinna obejmować wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia (koszty i ceny materiałów), warunki i obowiązki umowne określone w Projektowanych postanowieniach umowy stanowiących załącznik nr 5 do SWZ oraz ma zawierać wszelkie opłaty publicznoprawne, w tym z uwzględnieniem postanowień ust. 7.

6. Wykonawca uwzględni w Cenie brutto Oferty wszelkie korzyści wynikające z prowadzonych robót, w szczególności obejmujące uzysk wynikający np. ze sprzedaży surowców wtórnych.
7. Cena oferty i elementy (składniki) cenotwórcze podane przez Wykonawcę będą - co do zasady - stałe przez okres realizacji Umowy, zaś zmiany będą mogły podlegać na zasadach i w zakresie określonym w postanowieniach zawartych w Projektowanych postanowieniach Umowy, w szczególności z uwzględnieniem postanowień dotyczących zmiany wynagrodzenia, o których mowa w ustawie.

Izba ustaliła, że w udostępnionych przez Zamawiającego przedmiarach robót, stanowiących część Dokumentacji projektowej i będących jednocześnie podstawą do obliczenia ceny brutto oferty oraz prawidłowego przygotowania „Kosztorysu ofertowego” (zgodnie z Rozdz. 16 ust. 3 SWZ), Zamawiający oprócz wyszczególnionych elementów rozliczeniowych oraz jednostek obmiaru wskazał także numer specyfikacji technicznej opisujący warunki wykonania i odbioru konkretnych robót. Konieczność podania numeru STWiORB, zawierającej wymagania dla danej pozycji przedmiaru wynika z §10 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

Izba ustaliła, że kosztorysy jakie wykonawcy byli zobowiązani wypełnić zawierały ponad 8 tysięcy pozycji.

Izba ustaliła, że Zamawiający w §1 pkt 20 Projektowanych postanowień Umowy (dalej także jako „PPU”), stanowiących Załącznik nr 5 do SWZ, Zamawiający wskazał: Wykonawca w żadnym przypadku nie może powoływać się na ewentualne pominięcie niektórych Robót w dostarczonych przez Zamawiającego przedmiarach, jeżeli Roboty te zostały ujęte w DP. Wykonawca zobowiązany jest zaplanować wszystkie czynności dla realizacji Umowy, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i obowiązującymi przepisami bez względu na to, czy czynności te/prace są odrębnie wymienione w jakimkolwiek dokumencie. Przyjmuje się, że zestawienie planowanych prac, na podstawie którego zostało ustalone wynagrodzenie, sporządził Wykonawca. W takich okolicznościach Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za niewycenione Roboty w kosztorysie ofertowym, a uwzględnione w DP.

Jednocześnie w §6 PPU, Zamawiający wskazał:

1. Wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu Umowy, z zastrzeżeniem ust. 2-4 oraz 8, wynosi brutto: ..... zł (słownie.....), zgodnie z ceną podaną w „Ofercie” i „Kosztorysie ofertowym”, stanowiących łącznie Załącznik nr 12 do Umowy, z zastrzeżeniem ust. 2.
2. Na wynagrodzenie Wykonawcy określone w ust. 1 składa się:
  - 1) wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie RB w wysokości .....zł brutto (słownie.....), określone na podstawie stawek i cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w Kosztorysie ofertowym,
  - 2) wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości ..... zł brutto (słownie: ..... ) za wykonane Przeglądy okresowe, zgodnie z Ofertą Wykonawcy, w tym za Przeglądy okresowe wykonywane w okresie półrocznym .....zł brutto (słownie.....).
3. W przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych RB (powykonawczy obmiar robót) na podstawie książki obmiarów niezbędnej do wykonania kosztorysu powykonawczego, będzie odbiegała od ilości RB wynikających z zestawienia prac planowanych (przedmiaru robót) będącego podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, wynagrodzenie określone w ust. 2 pkt 1 zostanie zmniejszone lub zwiększone przy zachowaniu cen jednostkowych zawartych w Kosztorysie ofertowym.
4. Ilość faktycznie wykonanych RB i ich wartość zostaną określone wykonanymi i potwierdzonymi przez INI w danej specjalności obmiarami powykonawczymi na podstawie książki obmiarów Robót niewykraczającymi poza zakres RB oraz sporządzonymi na ich podstawie zatwierdzonymi przez INI i Zamawiającego kosztorysami powykonawczymi.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 17 – Kryteria oceny ofert – Zamawiający wskazał, że cena brutto oferty stanowi 100% kryterium oceny ofert.

Izba ustaliła, że wykonawcy kierowali szereg zapytań do Zamawiającego dotyczących dokumentacji projektowej. W zakresie podniesionych zarzutów, Izba ustaliła, że pytania i odpowiedzi przywołane przez Odwołującego i Zamawiającego w treści odwołania i odpowiedzi na odwołanie, odpowiednio, zostały prawidłowo przytoczone i za zbędne Izba uznaje ponowne przytaczanie ich w ustaleniach faktycznych.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

Nr oferty	Nazwa albo imię i nazwisko Wykonawcy	Siedziba lub miejsce prowadzenia działalności albo miejsce zamieszkania Wykonawcy	Cena brutto oferty w zł

1	BUDIMEX S.A.	Warszawa	368 280 531,05
2	HOCHTIEF Polska S.A.	Warszawa	344 821 386,52
3	Konsorcjum firm: 1. STRABAG Sp. z o.o. 2. Ed. ZÜBLIN AG	1. Pruszków 2. Stuttgart	319 413 243,45
4	WARBUD S.A.	Warszawa	356 085 000,01
5	PORR S.A.	Warszawa	386 568 664,52

Izba ustaliła, że Konsorcjum Strabag złożyło ofertę w Postępowaniu. Wraz z ofertą, Konsorcjum Strabag złożyło wymagane przez Zamawiającego kosztorysy. Izba ustaliła, że Konsorcjum Strabag złożyło oświadczenie wymagane z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp o następującej treści:

Wykonawca STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków zrealizuje następujące usługi, roboty budowlane: wykona roboty budowlane składające się na przedmiot Zamówienia. Z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia.

Wykonawca Ed. ZÜBLIN AG, D-70567 Stuttgart, Albstadtweg 3, (Republika Niemiec) zrealizuje następujące usługi, roboty budowlane: wykona roboty budowlane składające się na przedmiot Zamówienia. Z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia.

Ponadto, Izba ustaliła, że Konsorcjum Strabag złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów ELEKS J. K. Spółka Jawna 04-497 Warszawa. W złożonym oświadczeniu, podmiot ten wskazał, m.in., że:

- 1) nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;
- 2) nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4, art. 109 ust. 1 pkt. 7, art. 109 ust. 1 pkt. 8, art. 109 ust. 1 pkt. 9, oraz art. 109 ust. 1 pkt. 10 ustawy Pzp; 3. nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2022 r. poz. 835);
- 3) nie podlegam wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 5k ust. 1 Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie;
- 4) zobowiązuję się udostępnić swoje zasoby ww. Wykonawcy.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 19 lipca 2023 r. wezwał Konsorcjum Strabag m.in. do złożenia:

- 1) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem - oryginał w postaci dokumentu elektronicznego albo cyfrowe odwzorowanie dokumentu w postaci papierowej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
- 2) Informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotycząca zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego, sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem - oryginał w postaci dokumentu elektronicznego albo cyfrowe odwzorowanie dokumentu w postaci papierowej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
- 3) Informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzona nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem - oryginał w postaci dokumentu elektronicznego albo cyfrowe odwzorowanie dokumentu w postaci papierowej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.
- 4) Zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem Zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych

podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności - oryginał w postaci dokumentu elektronicznego albo cyfrowe odwzorowanie dokumentu w postaci papierowej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpis nie jest wymagany jeżeli właściwe przepisy stanowią inaczej.

- 5) Zaświadczenie albo inny dokument właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzający, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności - oryginał w postaci dokumentu elektronicznego albo cyfrowe odwzorowanie dokumentu w postaci papierowej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpis nie jest wymagany jeżeli właściwe przepisy stanowią inaczej.

Izba ustaliła, że Zamawiający w/w piśmie wskazał, że przypadku, gdy Wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, Zamawiający zobowiązany jest zbadać czy nie zachodzą wobec innych podmiotów podstawy wykluczenia, o których mowa w Rozdz. 9 ust. 1 SWZ. W związku z powyższym Wykonawca w odniesieniu do podmiotów na zasoby które się powołuje zobowiązany jest do złożenia (aktualnych na dzień złożenia) w/w oświadczeń i dokumentów.

Dokumenty składane na wezwanie, o których mowa powyżej, w formie stosownej do wymagań zawartych w ustawie oraz: w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020, poz. 2415) oraz w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020, poz. 2452).



Izba ustaliła, że odpowiedzi na wezwania, Konsorcjum Strabag złożyło na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia wraz z pismem z dnia 31 lipca 2023 roku m.in. następujące dokumenty:

- plik 3.7.5.2 US\_F. M.-sig-sig.pdf;
- plik 3.7.5.8 US\_J. K.-sig-sig.pdf;
- plik 3.8.5.1 ZUS\_Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek Eleks-sig-sig.pdf;
- plik 38.5.2 ZUS\_F. M.-sig-sig.pdf;
- plik 8.8.5.3 ZUS\_K. J.-sig-sig.pdf;
- plik 3.8.5.4 ZUS\_J. K.-sig-sig.pdf

Izba ustaliła, że pismem z dnia 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Konsorcjum Strabag.

***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze podlegało częściowemu umorzeniu z uwagi na złożenie przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu części zarzutów podniesionych przez Odwołującego. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie i potwierdzonym do protokołu podczas posiedzenia z udziałem stron, Zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia: (i) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (pkt vii odwołania); (ii) art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp (pkt viii odwołania); (iii) art. 128 ust. 1 oraz art. 70 ustawy Pzp w zakresie zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego wspólników spółki K. sp. j. (pkt ix odwołania). W konsekwencji, w tym zakresie, Izba umorzyła postępowanie.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Izba zważyła co następuje:

**Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 i art. 223 ust. 1 ustawy Pzp**

Zdaniem Izby zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Zdaniem Izby w przedmiotowym postępowaniu zasadne było nakazanie Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum Strabag do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji kosztorysów ofertowych wykonawcy w zakresie pozycji wycenionych na wartość „0”.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie było sporne pomiędzy stronami, że kosztorys ofertowy stanowił część oferty wykonawcy. Sporne zaś pozostawało pomiędzy stronami postanowienie SWZ zawarte w Rozdziale 16, stanowiące, że brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji „Kosztorysu ofertowego”, spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W tym kontekście kluczowe znaczenie ma, zdaniem Izby, odpowiedź na pytanie nr 18 udzielona przez Zamawiającego w dniu 30 marca 2023 r. Izba nie zgadza się z Odwołującym, że odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w/w pytanie dotyczy wyłącznie tych pozycji kosztorysu, w których Zamawiający w przedmiarze określił daną ilość wartością „0”. Zdaniem Izby w udzielonej odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił znaczenie postanowienia SWZ z pkt 16.3 i wskazał, że poprzez „brak podania ceny jednostkowej” w kosztorysie ofertowym Zamawiający rozumie brak uzupełnienia w tej pozycji. Wpisanie wartości „0” stanowi jej uzupełnienie. Zamawiający wyjaśnił wykonawcom, jak należy rozumieć zapis „brak podania ceny jednostkowej”, wskazując jednoznacznie, że poprzez wpisanie przez wykonawcę wartości „0” następuje uzupełnienie kosztorysu. Odpowiedź Zamawiającego nie ogranicza się wyłącznie do konkretnej pozycji kosztorysu. W treści odpowiedzi Zamawiający referował do dopuszczalnego sposobu jego uzupełnienia. Jak słusznie wskazał Zamawiający, w taki sam sposób, jak Konsorcjum Strabag odpowiedź Zamawiającego na ww. pytanie odczytali również inni wykonawcy, w tym wykonawca PORR i Warbud, którzy również uzupełnili niektóre pozycje kosztorysu poprzez wpisanie wartości „0”.

Zdaniem Izby z okoliczności sprawy wynika, że odpowiedź Zamawiającego udzielona na w/w pytanie rodziła wątpliwości interpretacyjne wśród wykonawców co do sposobu wypełnienia kosztorysu. W takiej sytuacji, nie ma podstaw, aby narzucić interpretację przyjętą przez Odwołującego innym wykonawcom. W sytuacji, w której możliwe są dwie odmienne, niedające się pogodzić ze sobą sposoby rozumienia oświadczenia Zamawiającego, na etapie badania i oceny ofert należy przyjąć rozumienia korzystanie dla wykonawcy. Nie może

on bowiem ponosić negatywnych konsekwencji niejednoznacznych czynności Zamawiającego.

Dalej Izba wskazuje, że w kontekście omawianego zarzutu należało rozstrzygnąć czy w świetle postanowień SWZ Zamawiający wprowadził zakaz uwzględnienia kosztów robót opisanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego w innych pozycjach. Zdaniem Izby, takich postanowień SWZ Zamawiający nie zawarł, a jednocześnie analiza całości dokumentacji postępowania i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców do SWZ wskazuje, że takie działania były dopuszczalne. W istocie Odwołujący argumentuje, że na podstawie bliżej niesprecyzowanej w SWZ zasady wykonawca nie miał możliwości uwzględnienia robót w poszczególnych pozycjach w innych pozycjach. W tym zakresie, Izba wskazuje po pierwsze, że w SWZ Zamawiający nie zawarł zakazu podziału/przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysów. Zamawiający nie narzucił w tym zakresie żadnych ograniczeń. Po drugie, Izba zaznacza, że Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że kosztorys jest nieedytowalny i wykonawcy nie mają prawa zmiany jego pozycji/opisów. Jednocześnie Zamawiający w §1 pkt 20 PPU wskazał: *„Wykonawca w żadnym przypadku nie może powoływać się na ewentualne pominięcie niektórych Robót w dostarczonych przez Zamawiającego przedmiarach, jeżeli Roboty te zostały ujęte w DP ( tj. Dokumentacji projektowej, w skład której wchodził przedmiar robót). Wykonawca zobowiązany jest zaplanować wszystkie czynności dla realizacji Umowy, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i obowiązującymi przepisami bez względu na to, czy czynności te/prace są odrębnie wymienione w jakimkolwiek dokumencie. Przyjmuje się, że zestawienie planowanych prac, na podstawie którego zostało ustalone wynagrodzenie, sporządził Wykonawca. W takich okolicznościach Wykonawcy nie przysługuje dodatkowe wynagrodzenie za niewycenione Roboty w kosztorysie ofertowym, a uwzględnione w DP”*. Zamawiający zatem z jednej strony wskazuje, że wykonawca nie ma prawa edytować kosztorysu, a z drugiej zaś strony nakłada na wykonawcę obowiązek właściwego wycenienia prac w ramach kosztorysu i obarcza wykonawcę obowiązkiem wycenienia prac nawet w przypadku, gdy prace to nie zostały wymienione w jakimkolwiek dokumencie. Zdaniem Izby, w sytuacji, gdy występują rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową, a kosztorysami wykonawca mając na uwadze prymat prawidłowości, ale i kompletności wyceny przedmiotu zamówienia, do której zobowiązał go sam Zamawiający, musi dokonać odpowiedniej wyceny pomiędzy pozycjami, którymi dysponuje. W sytuacji, gdy zamawiający nie modyfikuje odpowiednio kosztorysów, to jedyną możliwością wybrnięcia z takiej sytuacji na etapie składania ofert i prawidłowej wyceny robót wskazanych w dokumentacji projektowej jest uwzględnienie kosztów robót w innych pozycjach kosztorysowych. Zdaniem Izby, takie działanie nie było zabronione przez Zamawiającego. Po

trzecie, Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców dopuścił możliwość swobodnego modyfikowania przez nich nakładów RMS w poszczególnych pozycjach (tak m.in. w odpowiedziach Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 4 i 7 kwietnia 2023 r.), co, jak wyjaśnił Zamawiający, miało ułatwić wykonawcom konstruowanie cen w poszczególnych pozycjach. Tym samym, z całokształtu działań Zamawiającemu, wywieść należy, że dopuścił możliwość swobodnego przenoszenia nakładów, a w konsekwencji kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysów.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że Konsorcjum Strabag było, po pierwsze, uprawnione do uzupełnienia kosztorysu ofertowego poprzez wpisanie wartości „0” oraz po drugie, Zamawiający dopuścił możliwość przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami. Niemniej jednak, Izba zauważa, że z akt sprawy nie wynika, w jakich innych pozycjach kosztorysowych Konsorcjum Strabag uwzględniło koszt prac wycenionych na wartość „0”. Zatem zasadne było nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Strabag do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny pozycji kosztorysowych uzupełnionych wartością „0”. Wyjaśnienia takie umożliwią Zamawiającemu ocenę czy wykonawca dokonał wyceny prac wskazanych w kwestionowanych pozycjach, jeśli tak, to w jakich innych pozycjach zostały uwzględnione i dlaczego, a jeśli nie, to również wykonawca winien wyjaśnić takie okoliczności.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności nakazania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Strabag do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W istocie Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane przez niego pozycje kosztorysów Konsorcjum Strabag stanowią istotne części składowe ceny, jak również nie wykazał, że istnieją obiektywne wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia przez Konsorcjum Strabag zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia z uwagi na rażące zaniżenie ceny przez wykonawcę. Po pierwsze, Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane przez niego pozycje w kosztorysach Konsorcjum Strabag stanowią istotną część składową ceny. Niezasadne jest przyjęte przez Odwołującego złożenie, że sam fakt zamieszczenia danej pozycji w kosztorysie skutkuje

uznaniem jej za istotną z punktu widzenia ceny. Istotność danej pozycji winna być wykazana przez pryzmat wartości w cenie globalnej lub też poprzez jej istotność z punktu widzenia realizacji zamówienia. Odwołujący takich okoliczności nie wykazał. Zaniżenia cen opiewają sumarycznie na ok 4,5 mln złotych, a więc stanowią minimalny udział w cenie oferty, zarówno w ujęciu jednostkowym, jak i sumarycznym. Izba zaznacza, że kosztorysy przedłożone przez wykonawców zawierały ponad osiem tysięcy pozycji. Wybór dokonany przez Odwołującego dotyczy kilkunastu z nich. Odwołujący również nie wykazał istotności kwestionowanych pozycji z punktu widzenia świadczenia wykonawcy na rzecz Zamawiającego. W istocie Odwołujący próbuje wykazać rażące dysproporcje pomiędzy ceną oferty Konsorcjum Strabag i kwestionowanymi pozycjami z kosztorysów zestawiając te pozycje z średnią ceną tych pozycji wyliczoną z cen innych oferentów, co już z samego założenia jest niemiarodajne i stanowi manipulację. Po pierwsze Odwołujący nie wyjaśnił dlaczego podstawą analizy jest średnia cena z innych ofert, nie zaś porównanie cen jednostkowych pomiędzy poszczególnymi kosztorysami. Już pobieżna analiza kosztorysów oferentów wskazuje na zasadnicze rozbieżności cenowe przyjęte przez wykonawców, które w istotny sposób wpływają na średnią prezentowaną przez Odwołującego. Przykładowo w zakresie „Izolacja cieplna pozioma”, Konsorcjum Strabag zaoferowało cenę na poziomie 17,93 zł cena jednostkowa. Zbliżoną cenę zaoferowało wykonawca Warbud – 16,30 zł oraz wykonawca PORR – 23,42 zł. Ponieważ jednak wykonawca Budimex określił cenę na poziomie 332,09, to średnia wartość wszystkich ofert została znacznie zawyżona. Analogiczna sytuacja występuje w pozostałych pozycjach, w których co do zasady 2 – 3 wykonawców wyceniło pozycje w podobnych przedziałach cenowych, a pozostali przyjęli znacznie wyższe koszty realizacji kwestionowanych przez Odwołującego prac. To zdaniem Izby powoduje, że średnia cena danej pozycji odniesiona do wyceny Konsorcjum Strabag nie może stanowić obiektywnego miernika oceny znacznego zaniżenia kosztów. Nie ulega wątpliwości, że wycena poszczególnych elementów zamówienia jest oparta na indywidualnych uwarunkowaniach poszczególnych wykonawców, w tym ofertach otrzymanych od podwykonawców. Jest oczywistym dla Izby, że wykonawcy w jednym obszarze robót mogą uzyskiwać bardziej korzystne warunki realizacji od podwykonawców niż w innych obszarach, wykonawcy mogą dowolnie łączyć pewne roboty na potrzeby poszukiwania korzystniejszych warunków finansowych u podwykonawców, co później znajduje odzwierciedlenie w wycenach poszczególnych pozycji. Słusznie wskazał Zamawiający, że dysproporcje w wycenach nie są zabronione, a w przedmiotowym postępowaniu nie są to tylko dysproporcje jednostronne tj. Konsorcjum Strabag – pozostali wykonawcy, ale dotyczą wszystkich wykonawców, w różnych obszarach zamówienia. Odwołujący próbuje narzucić Zamawiającemu obowiązek zbadania wybranych przez niego pozycji jednostkowych kosztorysu nie wykazując jednakże, iż wycena takich pozycji jest

rażąco niska w świetle uwarunkowań rynkowych. To, że Odwołujący wycenił kwestionowane pozycje odmiennie nie uzasadnia wezwania Konsorcjum Strabag do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zwłaszcza w kontekście braku wykazania, iż którakolwiek z pozycji kwestionowanych przez Odwołującego jednostkowo czy łącznie stanowi istotną część składową ceny. Sposób podziału kosztów pomiędzy poszczególne etapy zamówienia, wyliczenie kosztów poszczególnych pozycji leżało w gestii wykonawcy. Jak Izba wskazała powyżej, Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie żadnych ograniczeń. Co więcej, Odwołujący nie wskazał na żaden zapis SWZ, który zabraniałby możliwości uwzględnienia kosztów robót opisanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego w innych pozycjach. Zamawiający dopuszczając możliwość wpisania do kosztorysu wartości „0” oraz zmianę wartości nakładów taką możliwość dopuścił.

Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że ceny jednostkowe zaoferowane przez Konsorcjum Strabag w kwestionowanych pozycjach kosztorysowych (tj. izolacji cieplnych poziomych, balustrad, ścian mobilnych, ścian giszetowych, mikropali, belek hybrydowych, płyt kanałowych) są na tyle niskie, że budzą uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Co najwyżej, Odwołujący wykazał, że sam dokonał odmiennej wyceny kwestionowanych pozycji, co jednak w żaden sposób nie uzasadnia uznania, że wycena dokonana przez Konsorcjum Strabag jest rażąco niska. Należy zwrócić uwagę, że kwestionowane przez Odwołującego pozycje stanowią zaledwie kilka elementów składających się na ogromny zakres przedmiotu zamówienia. Ich wycena musi być zatem analizowana w kontekście globalnej ceny za realizację zamówienia. W tym zakresie, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał żadnego wpływu rzekomego zaniżenia kwestionowanych pozycji na globalną cenę zaoferowaną przez Konsorcjum Strabag za realizację zamówienia w kontekście możliwości jego wykonania niezgodnie z dokumentami zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w istocie argumentacja Odwołującego na wykazanie zasadności zarzutu zawarta w pkt 106 – 120 odwołania stanowi przywołanie orzecznictwa w zakresie czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wyłącznie w pkt 121 wskazał: „(...) Manipulowanie stawkami kosztorysów ofertowych z jakim mamy do czynienia w przypadku konsorcjum Strabag wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji (...)”. Zdaniem Izby, podstawa faktyczna zarzutu nie została w sposób prawidłowy omówiona w kontekście podniesionego zarzutu. Izba

wskazuje, że przywołanie przepisów prawa i orzecznictwa nie stanowi podstawy faktycznej zarzutu. Niewątpliwie art. 3 ust. 1 UZNK wymaga wykazania naruszenia dobrych obyczajów oraz zagrożenia/naruszenia interesów innych przedsiębiorców. Odwołujący nie wyjaśnił w treści zarzutu w jaki sposób Konsorcjum Strabag naruszyło dobre obyczaje, jakie konkretnie obyczaje zostały naruszone i w jaki sposób doszło do naruszenia interesów innych przedsiębiorców. Izba wywodzi z treści odwołania, że Odwołujący upatruje czynu nieuczciwej konkurencji wskazując, że Konsorcjum Strabag manipulowało cenami jednostkowymi, zawyżając koszt prac rozbiórkowych, a zaniżając koszt prac budowlanych. Jak wynika z treści odwołania, Odwołujący zarzuca Konsorcjum, że dokonało nieuprawnionego przeliczenia kosztów pomiędzy poszczególnymi kosztorysami ofertowymi, tj. określeniu cen za roboty rozbiórkowe realizowane na początku każdego z etapów robót, na poziomie rażąco wysokim w odniesieniu do pozostałych wykonawców, tak, aby w ten sposób zrekompensować zniżenie cen za pozostałe roboty, w tym prace dotyczące przebudowy. W tym zakresie Izba wskazuje, że Odwołujący zarzucając manipulacje cenowe nie przedstawia dowodów oraz twierdzeń czemu takie manipulacje miałyby służyć i w jaki sposób w kontekście przedmiotowego postępowania przetargowego takie rzekome manipulacje zagrażają interesom innych przedsiębiorców. Odwołujący zarzuca stosowanie pozycji zerowych w odniesieniu do marginalnych części zamówienia, błędnie interpretując dokumenty zamówienia i przyjmując, że taki sposób prezentacji cen jednostkowych nie był dopuszczalny w postępowaniu. Należy podkreślić, po pierwsze, że jedynym kryterium oceny oferty była cena globalna i tylko cena globalna stanowiła podstawę do wyboru oferty najkorzystniejszej. Po drugie, Izba wskazuje, że Zamawiający nie narzucił określonego sposobu kalkulacji ceny ofertowej, zatem różnice występujące w ofertach poszczególnych wykonawców są efektem sposobu kalkulacji ceny ofertowej przyjętego indywidualnie przez poszczególnych wykonawców. Po trzecie, Odwołujący dąży do wykazania rzekomej manipulacji cenami przez Konsorcjum Strabag dokonując porównania średnich cen pozostałych oferentów względem oferty Konsorcjum Strabag, ale ograniczając swoje porównanie wyłącznie do zakresu rozbiórek, w oderwaniu od rzeczywistego charakteru i zakresu robót do wykonania w ramach prac rozbiórkowych, dokonując analizy wyłącznie w oparciu o porównanie wartości finansowych pewnych pozycji wynikających z kosztorysów. Takie działanie jest nieuprawnione. Izba wskazuje, że manipulacją byłoby stwierdzenie czynu nieuczciwej konkurencji wyłącznie na podstawie wyjęcia z kosztorysu określonych pozycji i porównania ich do średniej pozostałych ofert, zwłaszcza w kontekście uwarunkowań przedmiotowego postępowania, w którym to cena globalna stanowiła wyłączne kryterium oceny ofert. Należy podkreślić, że zakres i charakter prac rozbiórkowych określony przez Zamawiającego może być odmiennie oceniony przez poszczególnych wykonawców. Już samo miejsce wykonania prac rozbiórkowych – centrum ruchliwego miasta oraz sposób ich wykonania tj. nie

powodujący zakłóceń w użytkowaniu obiektów NBP może być bardzo subiektywnie wyceniony przez danego wykonawcę. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że wycena prac rozbiórkowych została zmanipulowana przez Konsorcjum Strabag w taki sposób, aby wykonawca uzyskał wynagrodzenia przekraczające rynkowy koszt wykonania takich robót. Inwestycja realizowana będzie w 4 etapach. Nie jest więc tak, że wykonawca otrzyma jednorazowo całość wynagrodzenia za wykonanie prac rozbiórkowych. Prace rozbiórkowe będą wykonywane etapami, a w konsekwencji również wynagrodzenie będzie wypłacane po wykonaniu danego etapu. Zdaniem Izby trudno wywodzić negatywne konsekwencje wobec Konsorcjum Strabag na tej podstawie, że wycenił globalnie prace rozbiórkowe wyżej niż Odwołujący. Na zakres ich wykonania składa się szereg elementów, których wycena jest dokonywana poprzez indywidualną ocenę wymagań, posiadaną infrastrukturę czy oferty podwykonawców. Odwołujący nie wykazał jakie konkretnie koszty zostały przerzucone z poszczególnych pozycji do innych pozycji. Nie wykazał, które z konkretnych pozycji kosztorysowych w zakresie prac budowlanych są tak nisko wycenione, że wykonawca nie będzie ich w stanie wykonać w zaproponowanych cenach. Decyzją wykonawcy jest podział kosztów i przyjęcie ich wyższej czy niższej wartości w poszczególnych pracach, w oparciu o swoje uwarunkowania. Na podstawie okoliczności faktycznych przytoczonych przez Odwołującego tj. porównania wyceny pozycji dokonanej przez Konsorcjum Strabag do średniej cen pozostałych wykonawców oraz biorąc pod uwagę uwarunkowania związane z realizacją zamówienia, w tym etapowanie inwestycji, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż Konsorcjum Strabag popełniło czyn nieuczciwej konkurencji poprzez manipulowanie cenami zawartymi w kosztorysie ofertowym. W istocie, zdaniem Izby, Odwołujący wchodzi w kompetencje Zamawiającego i dąży do ochrony interesów Zamawiającego wskazując, że wykonawca może wykonać roboty rozbiórkowe po znacznie wygórowanych cenach, a następnie odstąpić od umowy i nie wykonać prac budowlanych. To zadaniem Zamawiającego było takie skonstruowanie zasad wynagrodzenia, aby zabezpieczyć swoje interesy. Jest powszechną praktyką, że zamawiający stosuje określone limity procentowe na poszczególne etapy prac. Takich limitów Zamawiający jednakże w tym postępowaniu nie wprowadził. Odwołujący zaś *de facto* dąży do wprowadzenia takich limitów za Zamawiającego poprzez narzucenie innym wykonawcom przyjętego przez siebie sposobu wyceny kosztów realizacji zamówienia. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

#### Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych



wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że oferty Konsorcjum Strabag jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący upatrywał niezgodność oferty Konsorcjum Strabag z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego w Rozdziale 16 pkt 3 SWZ z uwagi na brak podania ceny jednostkowej w szeregu pozycji kosztorysów ofertowych, pomimo wyraźnego zastrzeżenia Zamawiającego, że brak podania ceny jednostkowej w co najmniej jednej pozycji Kosztorysu ofertowego spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Jak Izba wskazał powyżej, z oświadczenia Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na pytanie nr 18 udzielonej w dniu 30 marca 2023 r. wynika, że wpisanie przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym wartości „0” stanowi uzupełnienie kosztorysu, i nie stanowi podstawy do odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Ponadto, Izba wskazuje, że we wszystkich tabelach przywołanych przez Odwołującego w treści odwołania w zakresie braku uzupełnienia przez Konsorcjum Strabag ostatniego wiersu tabeli – cena jednostkowa, wykonawca wypełnił wszystkie poprzedzające wartości poprzez wpisanie wartości „0”. Tym samym jest oczywistym dla Izby, że skoro wykonawca wycenia poprzedzające pozycje w kwestionowanych tabelach na „0”, to jedyną wartością jako może być wpisana w kolumnie cena jednostkowa jest wartość „0”. Uchybienie wykonawcy w tym zakresie ma, zdaniem Izby, czysto formalny charakter i sprowadza się do uzupełnienia tabeli jedyną możliwą cyfrą tj. „0”. Zdaniem Izby okoliczność ta nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Dalej Izba wskazuje, że określenie wartości w danej pozycji kosztorysowej na wartość „0” nie może być utożsamiane, jak chciałby Odwołujący, z brakiem uwzględnienia wszystkich elementów kosztotwórczych. Odwołujący pomija, że zgodnie z Rozdziałem 16 pkt 5 SWZ to cena brutto oferty miała zawierać wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia. Sposób zaś podziału poszczególnych kosztów w poszczególnych pozycjach, w tym nakładów na poszczególne pozycje został pozostawiony przez Zamawiającego do decyzji wykonawcy. Zamawiający wskazał w SWZ wyłącznie, że wykonawca określi w „Kosztorysie ofertowym” ceny jednostkowe netto dla wszystkich wskazanych pozycji w złotych.

Wypełnienie kosztorysu poprzez wpisanie wartości „0” spełnia wymaganie Zamawiającego. W tym zakresie, zdaniem Izby, zasadne było nakazanie Zamawiającemu wezwanie Konsorcjum Strabag do wyjaśnienia pozycji kosztorysu, w których wykonawca wskazał wartość „0”, tak aby Zamawiający nie miał wątpliwości czy i gdzie prace wskazane w kwestionowanych pozycjach kosztorysu zostały wycenione przez wykonawcę. Zdaniem Izby zarzut Odwołujący w tym zakresie opierał się na założeniu braku możliwości wypełnienia pozycji kosztorysowych wartością „0” oraz zakazie przenoszenia kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami kosztorysów. Jak Izba wskazała powyżej, założenia te są nieprawidłowe, co skutkowało oddaleniem przedmiotowego zarzutu przez Izbę.

Izba zgadza się ze stwierdzeniem Odwołującego, że istotą kosztorysu szczegółowego przy wynagrodzeniu kosztorysowym jest wycena poszczególnych pozycji jednostkowych zwartych w kosztorysie. Umyka jednak uwadze Odwołującego, że zasady wypełniania kosztorysów są określone przez Zamawiającego w ramach konkretnego postępowania. Umyka również uwadze Odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił uzupełnienie kosztorysów o wartość „0”, jak również wprost dopuścił możliwość wprowadzenia przez wykonawców zmian w nakładach w poszczególnych pozycjach, co ma wpływ na cenę jednostkową danej pozycji. Może budzić wątpliwości dlaczego Zamawiający przyjmując wynagrodzenie kosztorysowe umożliwił jednocześnie działania, które nie są - co do zasady spójne - z charakterem takiego wynagrodzenia, jednakże ocena ofert wykonawców opiera się na tym co zostało zawarte w SWZ oraz wyjaśnieniach złożonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców do SWZ. Pominięcie takich oświadczeń byłoby nieuprawnione, bowiem konstruując oferty wykonawcy opierali się na ich treści.

#### Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. Rozdz. 17 ust. 1 SWZ

W ocenie zarzut jest częściowo zasadny z uwagi na uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej jest zarzutem przedwczesnym.

#### Zarzut naruszenia art. 126 ust. 1 ustawy Pzp

Izba wskazuje, że Odwołujący spośród wielu zaniechań/czynności Zamawiającego objętych zakresem zarzutów, zaskarżył m.in. czynności Zamawiającego najdalej idącą tj. czynność zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag, jak również czynność zaniechania wezwania Konsorcjum Strabag do złożenia wyjaśnień. Zasadny okazał się zarzut

zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień. Zdaniem Izby na obecnym etapie postępowania bezprzedmiotowym i pozostającym bez wpływu na wynik postępowania jest zarzut naruszenia art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że niewątpliwie Zamawiający po dokonaniu ocen ofert złożonych w postępowaniu i ustaleniu, że oferta Konsorcjum Strabag jest ofertą najkorzystniejszą w kryteriach oceny ofert był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zatem Zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wobec jednak ustalenia zasadności zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum Strabag do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz w związku z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została unieważniona przez Izbę, zaś Zamawiający po wykonaniu czynności nakazanych przez Izbę dokona ponownego rozstrzygnięcia w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby rozstrzygnięcie zarzutu dalej idącego, czyni na obecnym etapie bezprzedmiotowym rozstrzygnięcie co do zarzutu naruszenia art. 126 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie podniesionym przez Odwołującego.

Zarzut naruszenia art. 117 ust. 4 w związku z art. 128 ust. 1 i 4 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut jest zasadny. Wskazać należy, że zgodnie z art. 117 ustawy Pzp:

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.
2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.
3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Izba podziela argumentację Odwołującego dotyczącą wątpliwości w zakresie oświadczenia złożonego przez Konsorcjum Strabag zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Bezsporne w sprawie jest to, że Rozdziale 8 – Informacja o warunkach udziału w postępowaniu, Zamawiający wskazał, że w przypadku, o którym mowa w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane wykonają poszczególni wykonawcy. Bezsporne w sprawie jest również to, że Konsorcjum Strabag złożyło oświadczenie. Nie było sporne również w sprawie, że oświadczenie jest uznawane za podmiotowy środek dowodowy i podlega wyjaśnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Sporne pomiędzy stronami pozostawało to czy złożone oświadczenie zawiera informacje na podstawie, których Zamawiający miał możliwość ustalenia, które roboty budowlane wykonają poszczególni członkowie Konsorcjum Strabag. Izba uznała, że Odwołujący zasadnie zakwestionował treść spornego oświadczenia. Zdaniem Izby zakres informacji zawartych w oświadczeniu w żaden sposób nie pozwala na ustalenie podziału zadań pomiędzy członkami Konsorcjum Strabag.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, że w przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny, ale rzeczywisty i realny. Ratio legis art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest umożliwienie weryfikacji czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba podkreśla, że oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp winno być analizowane w świetle celu w jakim jest ono składane przez wykonawcę. Regulacja zawarta w art. 117 ustawy Pzp stanowi implementację art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Choć przepis ten odnosi się w zasadniczej części do zagadnienia związanego z poleganiem na zdolnościach podmiotów trzecich, w ostatniej części ustawodawca jednoznacznie wskazał, że postanowienia art. 63 ust. 1 odnoszą się również do grupy wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2 Dyrektyw. Zatem możliwość polegania przez konsorcjum na doświadczeniu któregoś z konsorcjantów jest uzależniona od wykonania przez tego konsorcjanta robót budowlanych, które wymagają którejs z tych zdolności. Należy podkreślić, że podobnie jak w zakresie polegania na zdolnościach podmiotów trzecich,

również w kontekście polegania na zdolnościach konsorcjum celem omawianych regulacji jest zapewnienie realnego udostępnienia doświadczenia danego członka konsorcjum w ramach konsorcjum. Nie może zatem oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp stanowić wyłącznie formalnego odhaczenia wymogu określonego przez ustawodawcę, ale ma służyć zapewnieniu, że konsorcjum będzie realnie korzystać z doświadczenia współkonsorcjanta. W kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zasady dotyczące realności przekazania doświadczenia przez konsorcjanta są tożsame z zasadami wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. W obu przypadkach chodzi o realne i rzeczywiste udostępnienie takich zasobów, o ochronę podmiotów publicznych przez fikcyjnym angażowaniem przez wykonawców podmiotów na etapie ubiegania się o realizacji zamówienia tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dopuszczenie, a tym bardziej aprobowanie praktyki składania oświadczeń w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, które w swojej treści nie zawierają rzeczywistych informacji o podziale zadań i zasadach korzystania z doświadczenia danego konsorcjanta jakie udostępnia w ramach wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu byłoby niczym innym jak powrotem do nagannej praktyki zaobserwowanej w przeszłości w zakresie fikcyjnego udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie formalnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wprowadzone regulacje, zarówno na poziomie unijnym i krajowym służą właśnie zapobieganiu takim negatywnym zjawiskom na rynku.

W analizowanym stanie faktycznym oświadczenie złożone przez Konsorcjum Strabag ogranicza się do stwierdzenia, że każdy członek konsorcjum wykona roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia. Dalej wykonawcy oświadczają, że z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia. Zdaniem Izby zakres informacji przekazany w oświadczeniu nie umożliwi weryfikacji czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Twierdzenia Konsorcjum Strabag, że „z uwagi na niepodzielność przedmiotu zamówienia jako jednego integralnego obiektu budowlanego całość prac zostanie wykonana przez zespół wykonawczy powołany przez konsorcjantów zgodnie z posiadanymi zdolnościami do realizacji zamówienia”, uznać należy za całkowicie nieuzasadnione i w żaden sposób niepotwierdzające realności dostępu do doświadczenia konsorcjanta. Nie jest zadaniem Izby określanie treści oświadczenia Konsorcjum Strabag. To Konsorcjum, zawierając taką formę

współpracy winno było ustalić w jaki sposób konsorcjant Ed. ZÜBLIN AG udostępni swój doświadczenie, w sposób realny, nie papierowy. Izba podkreśla wyłącznie, że treść oświadczenia winna być skorelowana z zakresem wymagań zawartych w warunku udziału w postępowaniu, gdzie wskazana jest zarówno wartość kwota umowy, jak również obszar wymaganego doświadczenia. Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Konsorcjum Strabag, że w przedmiotowym postępowaniu mamy niepodzielność przedmiotu zamówienia. Tak, w wyniku prac powstanie zmodernizowany jeden obiekt budowlany, ale na przedmiot zamówienia składa się szereg prac, które można wyodrębnić. Oświadczenie zaś Konsorcjum, że każdy członek konsorcjum wykona roboty budowlane nic nie wnosi do sprawy. Na jakich zasadach, w jakim zakresie, nie zostało wskazane w sposób jasny, a przede wszystkim realny w treści oświadczenia. W konsekwencji, Izba uznała, że Odwołujący zasadnie podniósł zarzut naruszenia art. 117 ust. 4 w związku z art. 128 ust. 1 i 4 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i nakazała Zamawiającemu wezwać Konsorcjum Strabag do złożenia wyjaśnień w zakresie spornego oświadczenia.

Zarzut naruszenia art. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy PZP oraz Rozdz. 9 ust. 1 pkt 1), ust. 2, ust. 3 w zw. z Rozdz. 10 ust. 2 SWZ

Zarzut został uwzględniony przez Zamawiającego. Oświadczenie o uwzględnieniu zostało zawarte w odpowiedzi na odwołanie i potwierdzone do protokołu podczas posiedzenia z udziałem stron.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP oraz Rozdz. 8 ust. 1 pkt 1) lit. d) SWZ

Zarzut został uwzględniony przez Zamawiającego. Oświadczenie o uwzględnieniu zostało zawarte w odpowiedzi na odwołanie i potwierdzone do protokołu podczas posiedzenia z udziałem stron.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 oraz art. 70 ustawy PZP w zw. z §15 Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz §6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30.12.2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych w zw. z Rozdz. 10 ust. 2 SWZ

Zarzut został częściowo uwzględniony przez Zamawiającego w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego współników spółki J. K. sp. j. W zakresie

nieuwzględnionym, Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba w pełni zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 50 ust. 4a ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1009 ze zm.) zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek oraz decyzje o odmowie wydania zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych na wniosek wykonawcy, o którym mowa w art. 50 ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym mogą być wykorzystywane w formie wydruku przez płatnika składek, który je uzyskał. Jednocześnie zgodnie z art. 50 ust. 4c ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych wydruki, o których mowa w ust. 4a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, mają moc zrównaną z mocą dokumentów wydawanych przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych, jeżeli zawierają dane, o których mowa w ust. 4b ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, umożliwiające ich weryfikację w sposób określony w tym przepisie (tj. dane identyfikujące zaświadczenie lub decyzję, typ identyfikatora płatnika składek i jego numer, data wydania zaświadczenia lub decyzji). Ponadto, zgodnie z art. 71aa ust. 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, w przypadku pism wydanych w postaci elektronicznej przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego ZUS, które zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym, podpisem osobistym albo kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną, doręczenie może polegać na doręczeniu wydruku pisma uzyskanego z tego systemu odzwierciedlającego treść tego pisma, jeżeli strona nie wniosła o doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub nie wyraziła zgody na doręczanie pism za pomocą środków komunikacji elektronicznej. Wydruk taki zawiera: (1) informację, że pismo zostało wydane w postaci elektronicznej przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Zakładu i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym albo podpisem osobistym ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby, która je podpisała, albo kwalifikowaną pieczęcią elektroniczną oraz (2) identyfikator pisma nadawany przez system teleinformatyczny Zakładu. Wydruk może zawierać mechanicznie odtwarzany podpis osoby, która podpisała pismo (art. 71aa ust. 3 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych). Zgodnie z art. 71aa ust. 4 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych, wydruk pisma, o którym mowa w art. 71aa ust. 1, stanowi dowód tego, co zostało stwierdzone w piśmie wydanym w postaci elektronicznej przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego Zakładu, i jest dokumentem urzędowym w rozumieniu Kodeksu postępowania administracyjnego.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że:

- a) zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego – dokument wystawiony na rzecz podmiotu trzeciego firmy Eleks - J. K. Sp. j. z dnia 6 lipca 2023 r. nr 1472.4050.298299.2023 jest dokumentem prawidłowym. Izba zgadza się z Zamawiającym i przywołaną przez niego opinią Prezesa UZP dotyczącą zakresu wymaganych dokumentów w stosunku do spółki jawnej. Zdaniem Izby, nie ma podstaw, ani w przepisach ustawy Pzp, ani w postanowieniach SWZ, aby rozszerzać pojęcia wykonawcy na wspólników spółki jawnej.
  
- b) zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dla spółki Eleks – J. K. sp. j. zostało złożone w postaci wizualizacji – Izba zgadza się z Zamawiającym że dokument posiada nr 450571ZN23/0002910, na podstawie którego możliwa jest jego identyfikacji za pomocą narzędzi, które udostępnia ZUS. Zamawiający przedłożył do akt sprawy informację z usługi poświadczania wydanych zaświadczeń o niezaleganiu w zakresie Eleks - J. K. Sp. J. W odniesieniu do osób będących wspólnikami spółki jawnej, Izba również uznała stanowisko Zamawiającego za prawidłowe. Po pierwsze Izba wskazuje, że art. 109 ust. 1 pkt 1 referuje do wykonawcy. Niewątpliwie, w przedmiotowym postępowaniu wykonawcą udostępniającą swoje zasoby jest spółka jawna Eleks - J. K. Sp. j. Ponadto, w treści wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jak również w treści SWZ Zamawiający nie wymagał złożenia zaświadczenia ZUS dla wspólników spółki jawnej. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił w odwołaniu na jakiej podstawie Konsorcjum Strabag miałyby być zobowiązane do złożenia zaświadczeń dla poszczególnych wspólników spółki jawnej.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Izby, zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych postać wydruku tego dokumentu, którego moc na podstawie art. 50 ust. 4c ustawy systemie ubezpieczeń społecznych, po spełnieniu warunków wskazanych w tym przepisie, zrównana została z mocą dokumentu elektronicznego. W konsekwencji można uznać, że wykonawca jest uprawniony do złożenia cyfrowego odwzorowania tego wydruku. Przyjęcie formalistycznego stanowiska, jak chciałby Odwołujący, stałoby w sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Nie można również pomijać regulacji szczególnych dotyczących wystawionych dokumentów i odmówić im prawidłowości wyłącznie na podstawie formalistycznego podejścia prezentowanego przez Odwołującego.

W ocenie Izby w niniejszej sprawie zasadne był podział kosztów w części ½ Odwołujący oraz ½ Zamawiający. Odwołujący podniósł w odwołaniu szereg zarzutów, które były jednakże



oparte na tej samej podstawie faktycznej. Izba uznała, że zasadne były dwa zarzuty, oba opierały się na dwóch odmiennych podstawach faktycznych. Za niezasadne Izba uznała zarzuty dotyczące formy podmiotowych środków dowodowych oraz podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag. W tej sytuacji, Izba uznała, że zasadne rozdzielenie zarzutów w proporcji ½.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 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).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....