

WYROK

z dnia 22 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2019 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2019 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BICO GROUP T.P. i BICO GROUP Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Miejski w Pasłęku

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty,
- ponowne badanie i ocenę złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Pasłęk - Urząd Miejski w Pasłęku prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rewitalizacja miasta - remont murów obronnych w

Pasłęku - Część 2 - Pełnienie wielobranżowego nadzoru inwestorskiego (II przetarg)".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej UE w dniu 3 maja 2019 r. pod numerem 2019/S 086-206838.

W dniu 25 czerwca 2019r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - T.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BICO GROUP T.P. i BICO GROPU sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) o wykluczeniu ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp oraz stosownie do treści art. 24 ust. 4 Pzp o uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą.

Na powyższą czynność Zamawiającego, Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia

postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy Odwołujący wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

- 3) art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania;

- 4) art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu „Doświadczenia zawodowego” wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług w sytuacji, gdy Zamawiający powziął wątpliwości, iż ze złożonych dokumentów nie wynika jednoznacznie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;

- 5) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert, zaś Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta nie podlega odrzuceniu.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przytoczył treść warunku zawartego w § V ust. 2 pkt 3) lit. a) SIWZ i wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego, przy piśmie z dnia 31 maja 2019 r. złożył wykaz zrealizowanych zadań (zgodnie z wzorem z Załącznika nr 8 do SIWZ „Doświadczenie zawodowe”). Przedłożony wykaz zawierał 13 pozycji zadań, polegających na prowadzeniu usług nadzoru nad realizacją prac konserwatorskich i robót budowlanych przy zabytku pod nadzorem konserwatora zabytków, o wartości nadzorowanych robót powyżej 500 000 zł brutto, w tym w szczególności nadzoru w specjalności konstrukcyjno - budowlanej oraz nadzoru konserwatorskiego.

Do wykazu „Doświadczenia zawodowego” załączył dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług na rzecz trzech podmiotów:

- 1) referencje WIBUD Budownictwo W.W., potwierdzające należyte wykonanie usług pełno-branżowego nadzoru dla 3 (trzech) zadań, z których 2 (dwa) zadania zostały zrealizowane na obiektach wpisanych do rejestrów zabytków i objętych opieką konserwatorską;

- 2) oświadczenie własne w sprawie należytego wykonywania 2 (dwóch) zadań

polegających na pełnieniu usług Inwestora Zastępczego na rzecz Muzeum Tatrzańskiego w Zakopanem wraz z wnioskiem do Muzeum Tatrzańskiego w Zakopanem o potwierdzenie, że ww. usługi są wykonywane zgodnie z umową;

3) oświadczenie własne w sprawie należytego wykonywania 11 (jedenastu) zadań polegających na pełnieniu usług Inwestora Zastępczego na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy wraz z wnioskiem do Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy o potwierdzenie, że ww. usługi są wykonywane zgodnie z umową.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 3 czerwca 2019 r. został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale V ust. 2 pkt 3) lit. a) SIWZ, bowiem zdaniem Zamawiającego, z przedstawionych dokumentów (oświadczeń) nie wynikało jednoznacznie jaki zakres zadań zostały powierzone Wykonawcy do realizacji, w szczególności do udzielenia wyjaśnień:

1) czy wymienione w przedmiotowych referencjach inwestycje prowadzone były pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 z późn.zm.);

2) czy zakresy wykonywanych nadzorów w poszczególnych inwestycjach obejmowały nadzór inwestorski oraz konserwatorski i/lub archeologiczny;

3) czy wartość wymienionych w przedmiotowych referencjach inwestycji (prac budowlanych) przekraczała 500 000 zł.

Wyjaśnił, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 7 czerwca 2019 r. złożył Zamawiającemu uzupełniony wykaz zrealizowanych zadań („Doświadczenie zawodowe”), a także wskazał, że ze względu na brak referencji wystawionych przez podmioty wskazane w oświadczeniach (Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Północ m.st. Warszawy oraz Muzeum Tatrzańskie w Zakopanem), celem utwierdzenia Zamawiającego w przekonaniu, że usługi wymienione w Załączniku nr 8 „Doświadczenie zawodowe” obejmują zakres określony przez Zamawiającego w § V ust. 2 pkt 3 SIWZ oraz że zostały wykonane należyście. Odwołujący złożył dodatkowe dokumenty i wyjaśnienia. Wyjaśnił, że przedłożył Zamawiającemu wyciąg z umów zawartych z ZGN Dzielnicy Praga-Północ m.st. Warszawy (na potwierdzenie zakresu obowiązków Wykonawcy w ramach zadań realizowanych na rzecz tego podmiotu), wyciąg z gminnej ewidencji zabytków m. st. Warszawy (na potwierdzenie, że roboty były prowadzone pod nadzorem konserwatora zabytków), wyciąg z umowy zawartej z Muzeum Tatrzańskim w Zakopanem (na potwierdzenie zakresu obowiązków Wykonawcy w ramach zadań realizowanych na rzecz tego podmiotu), wyciąg z gminnej ewidencji zabytków miasta Zakopane (na potwierdzenie, że roboty były prowadzone pod nadzorem konserwatora zabytków), referencje WIBUD Budownictwo W.W. (na potwierdzenie zakresu obowiązków Wykonawcy w ramach zadań realizowanych na rzecz tego podmiotu), wyciąg z gminnej ewidencji zabytków miasta Włocławek i m.st. Warszawy (na potwierdzenie, że roboty były prowadzone pod nadzorem konserwatora zabytków). Ponadto wskazał, że potwierdził Zamawiającemu, że dysponuje zasobami wiedzy i doświadczenia spełniającymi wszystkie parametry określone przez Zamawiającego w § V ust. 2 pkt 3) lit. a) SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że przedstawił Zamawiającemu dokumenty, o których mowa w § VII ust. 21 pkt 1) SIWZ (wykaz zrealizowanych zadań, zgodnie z wzorem z Załącznika nr 8 do SIWZ - „Doświadczenie zawodowe” wraz z referencjami i innymi dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług) na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w § V ust. 2 pkt 3) lit. a) SIWZ.

Ponadto wskazał, że Zamawiający błędnie utożsamia referencje (stanowiące dowód należytego wykonania usług) z wykazem usług (potwierdzającym wartość, przedmiot, daty i miejsce wykonania usług oraz określenie podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane). W opinii Odwołującego, założenia wynikające z zachowania Zamawiającego świadczą o pominięciu regulacji § 2 ust. 4 pkt 2) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126; dalej: „rozporządzenie”), która jednoznacznie rozstrzyga jakie dokumenty wykonawca składa na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że referencje mają służyć jedynie wykazaniu, że usługi wymienione w wykazie („Doświadczenie zawodowe”) zostały wykonane należyście. Zauważył, że referencje WIBUD Budownictwo W.W. przedłożone przez Odwołującego dla wykazania należytego wykonania usług noszą datę ich sporządzenia o wiele wcześniejszą niż data wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu. A zatem z faktu, że przedmiotowe

dokumenty nie wskazywały wprost na istnienie wszystkich „parametrów” usługi referencyjnej opisanych w § V ust. 2 pkt 3) lit. a) SIWZ nie można wywodzić, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wszak okoliczności te Odwołujący wykazał w treści wykazu usług (załącznik nr 8 do SIWZ - „Doświadczenie zawodowe”). Przeciwnie, z treści wykazu usług wynika jednoznacznie, że co najmniej dwie usługi tam wymienione spełniają wszystkie wymagania opisane w SIWZ.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jest zobowiązany do zbadania i oceny złożonych przez wykonawcę dokumentów i oświadczeń, a w razie zaistnienia wątpliwości co do ich treści powinien on skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp. Skoro więc Zamawiający powziął wątpliwości co do okoliczności potrzebnych do ustalenia czy Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu winien był skorzystać z instytucji uregulowanej w tym przepisie.

Odwołujący wskazał ponadto, że w wezwaniu skierowanym do niego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający nie sprecyzował dostatecznie jasno jakich błędów w przedłożonym wykazie usług wraz z referencjami się dopatrył. Stwierdzenia zawarte w piśmie Zamawiającego z dnia 3 czerwca 2019 r. jakoby „załączone referencje oraz oświadczenia własne Wykonawcy nie potwierdzają jednoznacznie ani należytego wykonania usług ani zakresu wykonanych zadań,” nie stanowią precyzyjnego określenia uchybień, których usunięcia domagał się Zamawiający.

Według Odwołującego, skoro przedłożył on Zamawiającemu dokumenty, o których mowa w rozdziale VII ust. 21 pkt 1) SIWZ (wykaz zrealizowanych zadań, zgodnie z wzorem z Załącznika nr 8 do SIWZ - „Doświadczenie zawodowe” wraz z referencjami i innymi dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług) to w przypadku kwestionowania tych dokumentów obowiązkiem Zamawiającego było wyraźne sformułowanie dostrzeżonych uchybień czy niejasności, a w konsekwencji wezwanie Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zdaniem Odwołującego, naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp. polegające na zaniechaniu czynności wyjaśnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia i przedwczesne ustalenie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia tego warunku, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wyjaśnienia mogły bowiem doprowadzić Zamawiającego do ustalenia, że Odwołujący należycie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, powyższe naruszenia doprowadziły do uchybienia przepisowi art. 91 ust. 1 Pzp, w zakresie w jakim przepis ten referuje do spoczywającego na Zamawiającym obowiązku dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów podanych w treści SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 lipca 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie Zamawiającego podnoszenie przez Odwołującego zarzutów odnośnie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, nie znajduje swego uzasadnienia zarówno w przepisach prawa, jak też w kontekście złożonych przez Odwołującego dokumentach.

Zamawiający wskazał, że w celu wykazania się spełnieniem warunku zawartego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ wymagał, aby wykonawcy wykazali, że wykonali co najmniej dwa zadania spełniające jednocześnie następujące warunki:

- 1) prowadzone nadzory polegały / polegają na prowadzeniu usług nadzoru nad realizacją prac konserwatorskich i robót budowlanych przy zabytku pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane;
- 2) wartość nadzorowanych robót budowlanych musi wynosić minimum 500 000 zł (słownie: pięćset tysięcy zł) brutto;
- 3) prowadzone nadzory obejmowały pełnienie nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno - budowlanej i/lub architektonicznej;
- 4) prowadzone nadzory obejmowały pełnienie nadzoru konserwatorskiego i/lub archeologicznego.

Zamawiający podkreślił, że żaden, poza oświadczeniem własnym Odwołującego, ze złożonych przez Odwołującego dokumentów nie potwierdza, że realizował on zadania z zakresu prowadzenia nadzoru konserwatorskiego i/lub nadzoru archeologicznego w prowadzonych inwestycjach. W konsekwencji Zamawiający uznał, że Odwołujący wykazał wyłącznie, że przedstawione w „Wykazie zrealizowanych zadań” / formularzu „Doświadczenie

zawodowe" potwierdziły, że spełniał on następujące warunki udziału w postępowaniu:

- 1) prowadzone nadzory polegały / polegają na prowadzeniu usług nadzoru nad realizacją prac konserwatorskich i robót budowlanych przy zabytku pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane;
- 2) wartość nadzorowanych robót budowlanych wynosi minimum 500 000 zł (słownie: pięćset tysięcy zł) brutto po uwzględnieniu informacji pozyskanych przez Zamawiającego; jednocześnie nie wykazując, że prowadzone nadzory obejmowały pełnienie nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno - budowlanej i/lub architektonicznej oraz pełnienie nadzoru konserwatorskiego i/lub archeologicznego, a tym samym nie wykazał w sposób jednoznaczny, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Według Zamawiającego podnoszenie zarzutów odnośnie naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy nie znajduje swego uzasadnienia, tak w przepisach prawa, jak też w kontekście złożonych przez Odwołującego dokumentów. Wskazał, że Odwołujący nie przedstawił mu żadnych, oprócz własnego oświadczenia, dokumentów potwierdzających, że spełnia wszystkie określone w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ wymagania, stawiane przez Zamawiającego wykonawcom chcącym uczestniczyć w przedmiotowym postępowaniu. Wyjaśnił ponadto, że mając wątpliwości, czy Odwołujący spełnia wszystkie określone warunki udziału w postępowaniu wystosował do Odwołującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania przedmiotu zamówienia, to jest przedstawienia dowodów określających czy usługi wymienione w Załączniku nr 8 „Doświadczenie zawodowe”, obejmują zakres określony przez Zamawiającego w § V ust. 2 pkt 3 SIWZ oraz czy zostały wykonane należyście. Dodatkowo w przedmiotowym wezwaniu wskazał, czego oczekuje od Odwołującego w przypadku braku referencji wystawionych przez wskazane w oświadczeniach podmioty. Zdaniem Zamawiającego określenia użyte w skierowanym do Odwołującego wezwaniu były jasne i jednoznacznie wskazywały na zakres wymaganych informacji, a Odwołujący nie przedstawił informacji potwierdzających, że spełnia określone wymaganie. W konsekwencji czego podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego.

Zamawiający za niezasadne uznał również zarzucane przez Odwołującego zarzuty dotyczące naruszenia art. 24 ust. 4 oraz 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący w piśmie procesowym złożonym na rozprawie w dniu 18 lipca 2019r. odnosząc się do stanowiska Zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 r. od WIBUD odpowiadając na wniosek Zamawiającego potwierdził, że inwestycje wskazane w wykazie były prowadzone przez Odwołującego pod nadzorem konserwatora zabytków, zakres usług obejmował nadzór inwestorski oraz konserwatorski, zaś wartość nadzorowanych prac przekraczała kwotę 500 000 zł.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że Zamawiający pominął okoliczności wynikające z pisma ZGN w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy z dnia 7 czerwca 2019 r., tj. potwierdzenie faktu świadczenia przez Odwołującego usług obejmujących pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót budowlanych na obiektach zabytkowych. Zgodnie z pismem świadczenie usług nadzoru odbywa się przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane oraz kwalifikacje związane z udziałem przy robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych.

Odwołujący podniósł, że w uzasadnieniu czynności wykluczenia z postępowania Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie usługi wymienione w wykazie usług (zgodnie z wzorem z Załącznika nr 8 do SIWZ „Doświadczenie zawodowe”) nie spełniają wymagań opisanych w SIWZ. Według Odwołującego informacje, którymi dysponował Zamawiający, w tym w szczególności pochodzące od ZGN w Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy oraz WIBUD Budownictwo potwierdzały spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła:

Zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SWIZ Zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia ubiegać się może wykonawca, który w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykaże, że:

a) posiada wiedzę i doświadczenie zawodowe umożliwiające wykonanie przedmiotu zamówienia, to jest należycie wykonał w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również należycie wykonuje w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy

- w tym okresie, co najmniej dwa zadania polegające na prowadzeniu usług nadzoru nad realizacją prac konserwatorskich i robót budowlanych przy zabytku pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 z późn.zm.), o wartości nadzorowanych robót budowlanych minimum 500 000 zł (słownie: pięćset tysięcy zł) brutto każde, z których każde obejmowało pełnienie nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno - budowlanej i/lub architektonicznej zgodnie z ustawą Prawo budowlane oraz minimum jeden z niżej wymienionych zakresów nadzoru:

- konserwatorskiego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich i badań konserwatorskich przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków albo na Listę Skarbów Dziedzictwa oraz robót budowlanych, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, a także badań archeologicznych i poszukiwań zabytków (Dz.U. poz. 1609) oraz ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2067 z późn.zm.), i/lub

- archeologicznego zgodnie z rozporządzeniem Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich i badań konserwatorskich przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków albo na Listę Skarbów Dziedzictwa oraz robót budowlanych, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, a także badań archeologicznych i poszukiwań zabytków (Dz.U. poz. 1609) oraz ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2067 z późn.zm.);

Zamawiający wskazał, że Ocena spełniania powyższych warunków zostanie dokonana według formuły spełnia / nie spełnia w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w § VII niniejszej specyfikacji. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż warunki Wykonawca spełnił.

Stosownie do treści § VII ust. 21 SIWZ Zamawiający, przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do przedstawienia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnych na dzień złożenia niżej wymienionych dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy oraz niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 oraz ust. 5 pkt 1 ustawy, to jest:

1) wykazu zrealizowanych zadań (zawierającego co najmniej informacje określone w załączniku nr 8 do SIWZ) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed

upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, zakresu (rozmiaru), daty, miejsca wykonania i

podmiotów, na rzecz których zadania te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te zadania zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego zadania były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Pismem z dnia 20 maja 2019r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy wezwał Odwołującego do uzupełnienia, w terminie do dnia 31 maja 2019 r., dokumentów potwierdzających spełnianie przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy oraz niepodleganie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy, to jest:

1) wykazu zrealizowanych zadań (zawierającego co najmniej informacje określone w załączniku nr 8 do SIWZ) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, zakresu (rozmiaru), daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których zadania te zostały wykonane, wraz z załączeniem dowodów określających czy zadania te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odwołujący pismem z dnia 31 maja 2019 r. złożył wykaz zrealizowanych zadań, który zawierał 13 pozycji zadań oraz załączył dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług na rzecz trzech podmiotów:

1) referencje WIBUD Budownictwo W.W., potwierdzające należyte wykonanie usług pełno-branżowego nadzoru dla 3 (trzech) zadań, z których 2 (dwa) zadania zostały zrealizowane na obiektach wpisanych do rejestrów zabytków i objętych opieką konserwatorską;

2) oświadczenie Odwołującego w sprawie należytego wykonywania 2 (dwóch) zadań polegających na pełnieniu usług Inwestora Zastępczego na rzecz Muzeum Tatrzańskiego w Zakopanem wraz z wnioskiem do Muzeum Tatrzańskiego w Zakopanem o potwierdzenie, że ww. usługi są wykonywane zgodnie z umową;

3) oświadczenie Odwołującego w sprawie należytego wykonywania 11 (jedenastu) zadań polegających na pełnieniu usług Inwestora Zastępczego na rzecz Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy wraz z wnioskiem do Zakładu Gospodarowania Nieruchomościami Dzielnicy Praga Północ m.st. Warszawy o potwierdzenie, że ww. usługi są wykonywane zgodnie z umową.

Zamawiający pismem z dnia 3 czerwca 2019r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania przedmiotu zamówienia, to jest przedstawienia dowodów określających czy usługi wymienione w Załączniku nr 8 „Doświadczenie zawodowe”, obejmują zakres określony przez Zamawiającego w § V ust. 2 pkt 3 SIWZ oraz czy zostały wykonane należycie.

Wskazał, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia dowodami potwierdzającymi, że wykazywane usługi zostały wykonane należycie są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił, że z przedstawionych dokumentów (oświadczeń) nie wynika jednoznacznie, jaki zakres zadań został Wykonawcy powierzony do realizacji, w szczególności:

1) czy wymienione w przedmiotowych referencjach inwestycje prowadzone były pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 z późn.zm.);

2) czy zakresy wykonywanych nadzorów w poszczególnych inwestycjach obejmowały nadzór inwestorski oraz konserwatorski i/lub archeologiczny;

3) czy wartość wymienionych w przedmiotowych referencjach inwestycji (prac budowlanych) przekraczała 500 000,00 zł.

W związku z powyższym Zamawiający wskazał, że nie może uznać złożonych przez Odwołującego wyłącznie oświadczeń własnych, na potwierdzenie należytego wykonywania usług, a tym samym na potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunków określonych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Wyjaśnił, że w przypadku braku referencji wystawionych przez wskazane w oświadczeniach podmioty proszę o przedstawienie dokumentów (np. wyciągi z umów) określających co najmniej następujące informacje:

1) jaki był zakres zadań realizowanych przez Wykonawcę na rzecz wskazanych podmiotów?

2) czy Wykonawca został ukarany jakimikolwiek karami umownymi w związku z wykonywaniem przedmiotowych umów?

3) czy wymienione w przedmiotowych referencjach inwestycje prowadzone były pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo

budowlane (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 z późn.zm.);

4) czy wartość wymienionych w przedmiotowych referencjach inwestycji (prac budowlanych) przekraczała 500 000,00 zł.

Odwołujący odpowiadając na powyższe wezwanie złożył następujące dokumenty:

- 1) pismo (na 4 stronach) z wyjaśnieniami dotyczącymi zakresu zadań realizowanych przez niego na rzecz wskazanych podmiotów, braku ukarania karami umownymi, prowadzenia prac pod nadzorem konserwatora zabytków oraz wartości przedmiotowych inwestycji (prac budowlanych);
- 2) wyciąg z umowy (na 8 stronach), mający potwierdzić zakres powierzonych zadań do realizacji na rzecz ZGN;
- 3) wykaz zabytków miasta stołecznego Warszawy (na 4 stronach);
- 4) wyciągi z projektów budowlanych wraz z zaleceniami konserwatorskimi (na 35 stronach);
- 5) wyciąg z umowy (na 2 stronach), mający potwierdzić zakres powierzonych zadań do realizacji na rzecz Muzeum;
- 6) wykaz zabytków miasta Zakopane (na 2 stronach);
- 7) referencje wystawione przez zleceniodawcę WIBUD (na 1 stronie);
- 8) wykaz zabytków miasta Włocławek (na 1 stronie) i miasta stołecznego Warszawy (na 1 stronie);
- 9) „Wykaz zrealizowanych zadań”, obejmujący 14 (czternaście) pozycji.

Zamawiający jednocześnie działając na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia zwrócił się do wskazanych w dokumentach przez Odwołującego zleceniodawców (WIBUD Budownictwo W.W., Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga-Północ m.st. Warszawy, Muzeum Tatrzańskie im. dra Tytusa Chałubińskiego w Zakopanem) z wnioskiem o potwierdzenie wystawionych dla Odwołującego referencji, wraz z określeniem następujących zagadnień:

- 1) czy wymienione w przedmiotowych referencjach inwestycje prowadzone były pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202 z późn.zm.);
- 2) czy zakresy wykonywanych nadzorów w poszczególnych inwestycjach obejmowały nadzór inwestorski oraz konserwatorski i/lub archeologiczny;
- 3) czy wartość wymienionych w przedmiotowych referencjach inwestycji (prac budowlanych) przekraczała 500 000,00 zł.

Zamawiający w dniu 25 czerwca 2019r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty powołując jako podstawę prawną przepisy art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz 24 ust. 4 Pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że ze złożonych przez Odwołującego - na

wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - dokumentów nie odnalazł informacji dotyczących powierzenia do realizacji zadań związanych z jednoczesnym pełnieniem nadzoru inwestorskiego oraz konserwatorskiego i/lub archeologicznego nad wskazanymi zadaniami oraz że nadzorowane prace były realizowane pod nadzorem konserwatora zabytków.

Izba zważyła:

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ponadto stosownie do treści § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń

okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Skład orzekający po analizie stanowisk stron oraz dokumentacji postępowania stwierdził, że Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczając Odwołującego z postępowania w związku z uznaniem, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zawartego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ. Podkreślić należy, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku wykazał, że wykonał co najmniej dwa zadania spełniające jednocześnie następujące warunki:

- 1) prowadzone nadzory polegały / polegają na prowadzeniu usług nadzoru nad realizacją prac konserwatorskich i robót budowlanych przy zabytku pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane;
- 2) wartość nadzorowanych robót budowlanych musi wynosić minimum 500 000 zł (słownie: pięćset tysięcy zł) brutto;
- 3) prowadzone nadzory obejmowały pełnienie nadzoru inwestorskiego w specjalności konstrukcyjno - budowlanej i/lub architektonicznej,
- 4) prowadzone nadzory obejmowały pełnienie nadzoru konserwatorskiego i/lub archeologicznego.

Odwołujący przy piśmie z dnia 7 czerwca 2019r. złożył uzupełniony wykaz zadań referencyjnych wskazując w nim m.in. zadania realizowane na rzecz WIBUD Budownictwo W.W., tj.:

- 1) Remont i adaptacja (przebudowa) istniejących pomieszczeń na restaurację McDonald's ul. Świętokrzyska 3 w Warszawie, wartość 1 170 000 zł
- 2) Remont i adaptacja (przebudowa) istniejących pomieszczeń na restaurację McDonald's Centrum Handlowe Wzorcownia we Włocławku, wartość 1 300 000 zł.

Jednocześnie wyjaśnił, że zakres tych zadań obejmował usługi pełno branżowego nadzoru, obsługę budowy oraz pełnienie nadzoru nad realizacją prac konserwatorskich i robót budowlanych przy zabytkach pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą w specjalności konstrukcyjno - budowlanej oraz konserwatorskiego. Podkreślił, że realizacja następowała pod nadzorem konserwatora zabytków. Odwołujący przedłożył referencje wystawione przez WIBUD oraz wykaz zabytków ujętych w gminnej ewidencji zabytków m. st. Warszawy i wykaz obiektów zabytkowych z terenu miasta Włocławek.

Ponadto podkreślić należy, że firma WIBUD Budownictwo W.W. odpowiadając na pismo Zamawiającego skierowane do tego podmiotu na podstawie § 2 ust. 6 rozporządzenia w piśmie z dnia 6 czerwca 2019r. wskazała, że inwestycje realizowane przez Odwołującego na jego rzecz były prowadzone pod nadzorem konserwatora zabytków zgodnie z ustawą Prawo budowlane. Wskazał ponadto, że zakres usług w powyższych inwestycjach obejmował nadzór inwestorski oraz konserwatorski oraz że wartość wymienionych w przedmiotowych referencjach inwestycji (prac budowlanych) przekraczała 500 000,00 zł. Reasumując Izba uznała, że skoro Zamawiający wymagał wykazaniem się doświadczeniem przy realizacji co najmniej dwóch zadań to wskazać należy, że wskazane w wykazie dwa zadania zrealizowane na rzecz WIBUD Budownictwo były wystarczające na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ. Tym samym Izba uznała, że Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania czym naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz przepis art. 24 ust. 4 ustawy uznając ofertę Odwołującego za odrzuconą. W tym miejscu podkreślić należy, odnosząc się do argumentu Zamawiającego, że nie brał pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wyjaśnień złożonych przez WIBUD w piśmie z dnia 6 czerwca 2019r. z uwagi na fakt, że to wykonawca ma przedłożyć Zamawiającemu dokumenty potwierdzające spełnienie warunku w postępowaniu, a nie inny podmiot, że obowiązkiem Zamawiającego - w sytuacji skorzystania przez niego z trybu

przewidzianego w § 2 ust. 6 rozporządzenia - jest uwzględnienie w toku badania spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu informacji pozyskanych w wyniku takiego wezwania. Natomiast zaniechanie przez Zamawiającego uwzględnienia pisma WIBUD z dnia 6 czerwca 2019r. przy ocenie spełnienia warunku oznaczało, że Odwołujący pozbawiony został prawa wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantowany mu przepisami prawa. Uwzględnienie przez Zamawiającego przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożonego przez Odwołującego wykazu, referencji WIBUD, oraz wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu zarówno przez Odwołującego jak i przez WIBUD potwierdzało spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w § 5 ust. 2 pkt 3 lit. a) SIWZ.

Tym samym Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 Pzp.

Izba za niezasadny uznała natomiast zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp. Wskazać bowiem należy, że obowiązek zastosowania przez Zamawiającego powyższego przepisu powstaje tylko w przypadku, gdy zrodzą się u niego jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie złożonej oferty. Wykluczenie Odwołującego z postępowania nastąpiło natomiast w wyniku nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego posiadanych dokumentów, nie zaś w wyniku posiadania wątpliwości co do ich treści.

Końcowo wskazać należy, że Izba na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy przy orzekaniu bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a więc także stan postępowania istniejący w chwili orzekania, m.in. po to, by dostosować formułowany w sentencji wyroku nakaz dokonania, unieważnienia czy powtórzenia pewnych czynności do sytuacji istniejącej w postępowaniu.

W niniejszej sprawie, już po wniesieniu przez Odwołującego odwołania na czynność wykluczenia go z postępowania Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez innego wykonawcę. Izba uznając natomiast, że Zamawiający z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczył Odwołującego z postępowania pomimo spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu zawartego w § 5 ust. 3 SIWZ i w konsekwencji odrzucił na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp złożoną przez niego ofertę uznała, że koniecznym jest nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę sklasyfikowanego na dalszym miejscu w rankingu ofert.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:.....