

WYROK
z dnia 28 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020r. przez **T. D., prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU T. D. z siedzibą w Wejherowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Reda**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Reda i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T. D., prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU T. D. z siedzibą w Wejherowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miasta Redana rzecz T. D., prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU T. D. z siedzibą w Wejherowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Reda - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa budynku Szkoły Podstawowej nr 5 w Redzie wraz z rozbiórką przybudówki części istniejącej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.09.2020r. pod nr 585945-N-2020.

W dniu 30.11.2020r. Odwołujący – T. D., prowadzący działalność gospodarczą pn. PHU T. D. z siedzibą w Wejherowie - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego pomimo, iż nie wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym bardziej nie miało miejsca jakiegokolwiek zamierzone działanie ani rażące niedbalstwo w tym zakresie;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie, iż Odwołujący nie spełnia wymagań Zamawiającego, o których mowa w pkt 5.1.3.1. SIWZ, pomimo, iż Odwołujący posiada wymagane doświadczenie, w szczególności zamówienia wskazane w poz. 1 i 2 Wykazu robót budowlanych odpowiadają ww. wymaganiom Zamawiającego;
3. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy wobec Odwołującego nie zachodziły przesłanki wykluczenia z postępowania;
4. ewentualnie również - art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunków, o których mowa w pkt 5.1.3.1. SIWZ i wykluczenie Odwołującego z postępowania z pominięciem wezwania do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami i dokumentami składanymi przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego a informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego z innych źródeł oraz z pominięciem oceny i uwzględnienia wyjaśnień złożonych samodzielnie przez Odwołującego;
5. ewentualnie - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez przedwczesne wykluczenie Odwołującego z postępowania z pominięciem - dopiero w sytuacji, gdy Zamawiający po prawidłowej i rzetelnej ocenie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w odniesieniu do poszczególnych zamówień wskazanych w Wykazie robót, uznałby jednak, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznych lub zawodowych;
6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualnie dokonanie czynności wskazanych w odwołaniu, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego z dnia 24.11.2020r. o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, podniósł, że czynność ta została dokonana całkowicie bezpodstawnie i swobodnie, zupełnie w oderwaniu od treści dokumentów, stanu faktycznego, a jedynie w oparciu o nieznanne i nieujawnione Odwołującemu informacje, co do których wręcz zachodzi wysokie prawdopodobieństwo braku obiektywizmu, szczególnie wobec pozbawienia Odwołującego możliwości zapoznania się z tymi informacjami i wyjaśnienia ewentualnych wynikających z nich wątpliwości lub rozbieżności. Treść dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w postępowaniu dowodzi w sposób wystarczający faktu posiadania przez Odwołującego wymaganego doświadczenia, a ewentualne wątpliwości wynikające z pozyskania informacji z jakichkolwiek innych źródeł wymagały konfrontacji z Odwołującym i przynajmniej umożliwienia złożenia mu dodatkowych, dalszych wyjaśnień. W żaden sposób na podstawie przedłożonych dokumentów nie można było stwierdzić braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym bardziej wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zdaniem Odwołującego zupełnie niezrozumiałe jest z jakich przyczyn Zamawiający uznał, że zamówienie wskazane w poz. 1 Wykazu nie obejmowało rozbudowy obiektu kubaturowego użyteczności publicznej, a jedynie jego przebudowę. Przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia obrzucają ściśle treść dokumentów, zaś składane dokumenty są dokumentami wytworzonymi przez podmioty trzecie. Potwierdzają one, iż wykonane przez Odwołującego roboty budowlane wskazane w poz. 1 Wykazu obejmowały, poza przebudową, także rozbudowę obiektu kubaturowego użyteczności publicznej. Okoliczność, iż Zamawiający - wbrew treści złożonych dokumentów - dokonał oceny, iż roboty nie obejmowały rozbudowy, nie może obciążać Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że nigdy nie podawał żadnych innych informacji nie wynikające wprost z oficjalnych dokumentów dotyczących wskazanej inwestycji. Zamawiający poza

lakończym stwierdzeniem, iż uzyskane samodzielnie informacje potwierdziły wątpliwości Zamawiającego, że Odwołujący wprowadził w błąd, nie podał żadnych konkretnych informacji dowodzących braku prawdziwości twierdzeń Odwołującego.

Odwołujący przytoczył fragmenty dokumentów i wyjaśnień składanych w toku postępowania przez Odwołującego, które obrazują zupełny brak jakiegokolwiek zamiaru wprowadzenia w błąd (jak również brak jakiegokolwiek rażącego niedbalstwa):

- a.w poz. 1 Wykazu, Odwołujący umieścił nazwę zrealizowanego zamówienia, którą posłużono się w dokumentacji projektowej tego zadania, tj.: Przebudowa budynku szkoleniowego nr 312 PW (Porcie Wojennym) Gdynia;
- b.do Wykazu załączone zostały protokoły odbioru, w treści których również posłużono się nazwą „Przebudowa budynku szkoleniowego nr. 312 Porcie Wojennym Gdynia”;
- c.pominięcie w Wykazie informacji, iż wskazane zamówienie obejmowało także rozbudowę wynikało jedynie z przeoczenia Odwołującego, gdyż umowa zawarta z RZI w Gdyni, odwołująca się do ww. dokumentacji projektowej, wprost wskazywała na to, iż Odwołujący przyjmuje do realizacji przebudowę i rozbudowę budynku szkoleniowego nr 312 wraz z infrastrukturą techniczną w Porcie Wojennym Gdynia, zadanie nr 13691 (§ 1 ust. 1 umowy zawartej w dniu 17.09.2015 r. pomiędzy odwołującym a RZI. Jako dowód wskazał na umowę z 17.09.2015 r.
- d.Odwołujący w dniu 3.11.2020 r. złożył stosowane wyjaśnienia, w których wskazał, iż w załączeniu przedkłada dowody, tj. dokumenty projektowe oraz decyzje o pozwoleniu na budowę, które jasno określają, iż inwestycją dotyczyła przebudowy i rozbudowy budynku użyteczności publicznej. W treści każdego z załączonych do wyjaśnień dokumentów (decyzja o pozwoleniu na budowę, projekt wykonawczy, projekt budowlany, STWiOR), wprost wskazano na „Przebudowę i rozbudowę budynku szkoleniowego nr 312 wraz z infrastrukturą techniczna w PW Gdynia, zadanie nr 13691

Wskazując na powyższe, Odwołujący stwierdził, że niezrozumiałe jest z jakich przyczyn Zamawiający uznał, iż zamówienie wskazane w poz. 1 Wykazu nie obejmowało rozbudowy obiektu kubaturowego użyteczności publicznej, skoro taki zakres prac został jednoznacznie wskazany w treści przedłożonych dokumentów. Stwierdził, że Zamawiający nie podjął żadnej próby wykazania zaistnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, w zakresie poz. 1 Wykazu Odwołujący nie kwestionując przytoczonej przez Zamawiającego definicji rozbudowy i przebudowy, podniósł, że Zamawiający nie podał żadnych konkretnych argumentów przemawiających za tym, że zakres prac wykonany przez Odwołującego w ramach realizacji zamówienia z poz. 1 Wykazu nie stanowił obok przebudowy także rozbudowy. Przyjęcie takiej oceny wyłącznie o źródło zewnętrzne, z pominięciem przekazania Odwołującemu treści uzyskanych informacji celem ustosunkowania się, jest tym bardziej bezpodstawne, iż Odwołujący przekazywał Zamawiającemu wyłącznie dokumenty pochodzące właśnie od RZI w Gdyni, tj. dokumentację projektową, decyzję o pozwoleniu na budowę i protokoły odbioru. W treści tych dokumentów jednoznacznie wskazano na przebudowę i rozbudowę budynku szkoleniowego nr 312. W sytuacji zatem, gdy informacje uzyskane od RZI w Gdyni pozostawały w sprzeczności z dokumentami przedkładanymi przez Odwołującego, powinno to wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i wezwać Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia dalszych wyjaśnień i odniesienia się do informacji przekazanych przez RZI w Gdyni, zamiast bezkrytycznie dawać wiarę wyłącznie tej instytucji z jednoczesnym całkowitym zignorowaniem Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że w zakres prac zleconych Odwołującemu, zgodnie z dokumentacją projektową, wchodziło m.in. wykonanie zewnętrznej klatki schodowej ewakuacyjnej ze strefy pożarowej z trybun o konstrukcji żelbetonowej monolitycznej prowadzące do rozbudowy budynku i zmiany jego parametrów. W wyniku prac wykonanych przez Odwołującego w ramach tego zamówienia zmianie uległy powierzchnia zabudowy oraz kubatura obiektu, a także wymiary zewnętrzne, co zostało odzwierciedlone na mapie geodezyjnej powykonawczej sporządzanej przez uprawnionego geodetę z ramienia RZI w Gdyni na potrzeby uzyskania pozwolenia na użytkowanie tego obiektu. Jako dowód wskazał poświadczenie nr12/2020 wydane przez RZI w Gdyni.

W zakresie poz. 2 Wykazu, Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył pismem z dnia 23.11.2020r. obszernie wyjaśnienia dotyczące należytego wykonania prac ujętych w poz. 2 Wykazu, popierając je dowodami. Termin dokonania czynności wykluczenia, a także brak jakiegokolwiek odniesienia się w uzasadnieniu do wyjaśnień, świadczy jedynie o fakcie, iż Zamawiający zdecydował o wykluczeniu zupełnie bez analizy wyjaśnień stanu faktycznego sprawy, a także całkowicie bezrefleksyjnie oparł swoją ocenę - pozostającą w sprzeczności chociażby z protokołami odbioru przedłożonymi przez Odwołującego wraz z Wykazem - na (nieujawnionych Odwołującemu tak co do treści, jak i co do źródła) informacjach pozyskanych we własnym zakresie. W tym miejscu wskazać należy, iż nawet nie jest wiadome, czy informacje te pochodzą od Powiatu Wejherowskiego czy też innej instytucji lub osoby, a w konsekwencji czy można je w ogóle uznać za wiarygodne.

Podobnie jak w przypadku poz. 1 Wykazu, Zamawiający - skoro powziął informacje podające w wątpliwość te przekazywane przez Odwołującego - powinien był je wskazać Odwołującemu celem konfrontacji i złożenia wyjaśnień. Tymczasem Zamawiający w rzeczywistości nie umożliwił Odwołującemu zajęcia stanowiska co do ich treści, a zatem ocena o braku spełniania warunków wskazanych w pkt 5.1.3.1 SIWZ przez zamówienie z poz. 2 Wykazu była przedwczesna, jak również przedwczesne i bezzasadne było wezwanie do uzupełnienia Wykazu w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego też czynność uznania, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu została dokonana z naruszeniem nie tylko art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ale także art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości powstałych na skutek uzyskanych samodzielnie przez Zamawiającego informacji, a także - w sytuacji samodzielnego złożenia takich wyjaśnień przez Odwołującego - zaniechania uwzględnienia ich treści przy ocenie spełniania warunku) oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (poprzez przedwczesne - przed należytem wyjaśnieniem i zbadaniem okoliczności związanych z należytem wykonaniem zamówienia wskazanego w poz. 2 Wykazu - wezwanie do uzupełnienia Wykazu).

Odwołujący podkreślił, że zamówienie wskazane z poz. 2 Wykazu zostało wykonane należycie, co zostało wykazane dowodami, złożonymi Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał złożone wcześniej wyjaśnienia zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 23.11.2020. Jako najistotniejsze argumenty wskazał:

a.z treści dokumentów złożonych wraz z Wykazem wynika, iż zamówienie Rozbudowa Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie (...) została wykonana należycie. W treści protokołu Końcowego Odbioru Robót wyraźnie stwierdzono, iż roboty zostały wykonane zgodnie z zamówieniem.

b.na brak możliwości stwierdzenia należytego wykonania zamówienia nie wpływa także fakt, iż pomiędzy Odwołującym a Powiatem Wejherowskim toczy się w sądzie sprawa o zapłatę kar umownych. Jak wskazano w wyjaśnieniach, kary te rzeczywiście zostały naliczone z dwóch tytułów: 1) za 36 dni opóźnienia wykonania prac oraz 2) za opóźnienie w przedłożeniu przedłużonego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Okoliczność naliczenia kar w tym przypadku w żaden sposób nie świadczy o nienależyтым wykonaniu zamówienia ujętego w poz. 2 Wykazu:

- i.są one naliczone bezpodstawnie, co spowodowało konieczność odmowy ich zapłaty, a w rezultacie zawiązanie sporu sądowego. Jednostronne i arbitralne naliczenie kar przez zamawiającego, w sytuacji gdy są one bezpodstawne, nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w postaci braku możliwości posługiwania się nabytym doświadczeniem,
- ii.kary naliczone w związku z opóźnieniem w przedłożeniu przedłużonego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia dotyczą pobocznego obowiązku wykonawcy, nie wchodzącego w zakres wykonania robót budowlanych. Tymczasem spełnienie warunku związane jest z nabyciem doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych. Ponadto, jak wskazano w wyjaśnieniach, do opóźnienia doszło w okolicznościach, do których przyczynił się zamawiający,
- iii. natomiast kary naliczone za opóźnienie w wykonaniu prac, jak wskazano w wyjaśnieniach, dotyczyły wykonania prac, które nie były objęte zamówieniem wskazanym w poz. 2 Wykazu. Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, iż to Powiat Wejherowski odpowiedzialny był za uzyskanie decyzji o pozwolenie na użytkowanie, z uwagi na fakt, iż prace wykonywane przez Odwołującego dotyczyły jedynie rozbudowy budynku, natomiast uzyskanie pozwolenia na użytkowanie wymagało oceny bezpieczeństwa całego obiektu - a zatem również elementów leżących poza zakresem prac Odwołującego. Odwołujący w terminie usunął wszystkie usterki związane z zakresem rzeczowym wykonywanych przez niego robót. Spór, a w konsekwencji powstałe opóźnienie w ich usunięciu, dotyczył jedynie usterek leżących poza zakresem prac Odwołującego. Dlatego też kary zostały naliczone bezzasadnie. O należyтым wykonaniu zamówienia wchodzącego w zakres prac zleconych Odwołującemu (i wykazanych w Wykazie). Świadczy także brak zastrzeżeń Powiatu Wejherowskiego i dokonanie pełnej zapłaty faktury za prace po terminowym usunięciu bezspornych usterek. Tak jak wskazano w wyjaśnieniach, Odwołujący nie pozostawał w opóźnieniu z usunięciem pozostałych usterek, gdyż zostały one ostatecznie uznane za roboty dodatkowe i wykonane na podstawie odrębnych umów. Również ta okoliczność, tj. zawarcie z Odwołującym przez Powiat Wejherowski tych umów dodatkowych już po dacie stwierdzenia usterek, także świadczy o tym, iż Powiat nie miał wątpliwości co do jakości prac Odwołującego oraz ich należytego wykonywania.

c.Zupełnie bezpodstawnie jest stwierdzenie Zamawiającego, iż to z winy Odwołującego brak był możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu objętego ww. zamówieniem. Jest ono oderwane od znajomości zakresu prac prowadzonych przy tym zamówieniu. Tak jak wskazano powyżej oraz z wyjaśnieniach, usterki, które uniemożliwiły uzyskanie w terminie pozwolenia na użytkowanie obiektu dotyczyły tej części, która nie wchodziła w rzeczowy zakres prac Odwołującego. Dlatego też brak uzyskania pozwolenia spowodowany był okolicznościami leżącymi po stronie Zamawiającego i nie może obciążać negatywnymi konsekwencjami Odwołującego;

d.Całkowicie bezzasadnie, zupełnie nie wiadomo w oparciu o jakie informacje, Zamawiający przypisał Odwołującemu odpowiedzialność za negatywne opinie straży pożarnej i sanepidu. Usterki zgłoszone przez te służby wskazane w poz. 2 i 3 Protokołu odbioru dotyczyły części obiektu, która nie była objęta pracami Odwołującego. Co Odwołujący zastrzegł już w tym protokole, a zamawiający ostatecznie zatwierdził udzielając Odwołującemu dodatkowych zamówień na roboty dodatkowe odrębnymi umowami.

e.W konsekwencji powyższych okoliczności, nieuprawnione jest także stwierdzenie Zamawiającego, iż doszło do znacznego przekroczenia terminu wykonania robót mającego charakter nienależytego wykonania umowy. Odwołujący wykonał prace wchodzące w zakres zamówienia ujętego w poz. 2 Wykazu w terminie, w tym także terminowo usunął usterki związane z wykonywanymi przez niego pracami.

Odwołujący stwierdził, że prace wykazane w poz. 2 Wykazu wykonane zostały na podstawie umowy z nr 6/2017 z 2.6.2017r. Kompletny zakres prac stanowiących zatem zamówienie ujęte w Wykazie został wykonany należycie i terminowo, a także rozliczony z Powiatem Wejherowskim bez zastrzeżeń. Spór pomiędzy stronami, niezależnie od niezasadności naliczenia kar i próby obciążenia odpowiedzialnością Odwołującego, toczy się w związku z pracami wychodzącymi poza zakres tego zamówienia, a zatem nie ma wpływu na nabycie doświadczenia wymaganego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, złożył pisemne stanowisko w sprawie. Wskazał, że z dokumentów dołączonych przez Odwołującego nie wynikało, że Odwołujący wykonał robotę polegającą na budowie, rozbudowie obiektu budowlanego. Informacja ta nie wynika z przedstawionej decyzji zatwierdzającej projekt budowlany. Zamawiający z własnego doświadczenia wie, że często dokumentacja techniczna jest znacznie obszerniejsza i może obejmować szereg innych elementów, niż to o co ubiega się zamawiający w danym postępowaniu. Profesjonalny wykonawca powinien w sposób jednoznaczny wykazać zakres prac, który wykonał. Nazwa zadania nie stanowi o zakresie wykonanych robót, a z przedstawionych dokumentów, również od Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni nie wynikało wprost, że wykonawca wykonał roboty polegające na przebudowie istniejącego budynku dwukondygnacyjnego. Przedłożone przez wykonawcę dokumenty potwierdzały, że wykazane roboty polegały na przebudowie w zakresie robót budowlano-remontowych, robót sanitarnych i elektrycznych. Zamawiający zauważył, iż informacje przedstawione w treści odwołania dotyczące szczegółów dokumentacji projektowej czy mapy geodezyjnej nie zostały udzielone Zamawiającemu na etapie wyjaśniania i uzupełniania złożonych dokumentów. Zamawiający uznał, że działanie takie nosi znamiona zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, w wyniku czego Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

W zakresie poz. 2 Wykazu Zamawiający stwierdził, że z treści pisma, które otrzymał z Powiatowego Zespołu Szkół w Wejherowie wynika, że protokół końcowy nie zakończył procesu odbioru wykonanych przez Odwołującego prac. Odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z protokołu do zorganizowania, przeprowadzenia niezbędnych prób, badań i odbiorów lub uzupełnień dokumentacji odbiorowej. Z wiedzy, jaką uzyskał Zamawiający wynika, że obiekt nie uzyskał w zakładanym terminie pozwolenia na użytkowanie, otrzymał negatywne opinie straży pożarnej i sanepidu, a termin usunięcia usterek został znacznie przekroczony.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwolanie zasługuje na uznanie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Zgodnie z pkt 5.1.3.1. SIWZ oraz II.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej - 2 roboty budowlane polegające na budowie, rozbudowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 1300 m² i kubaturze minimum 5200 m³.

Zgodnie z pkt 7.1.1. SIWZ na potwierdzenie ww. warunku należało wraz z ofertą złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, natomiast na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp - Wykaz robót budowlanych z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone (pkt 7.3.2 SIWZ).

Zamawiający pismem z dnia 13.10.2020 r. poinformował, iż oferta Odwołującego została oceniona jako najkorzystniejsza i - w oparciu o art. 25 ust. 2 ustawy Pzp - wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi, w dniu 26.10.2020 r. Odwołujący złożył Wykaz robót budowlanych, w którym wskazał na dwa zamówienia:

- a.poz. 1: „Przebudowa budynku szkoleniowego nr 312 w Porcie Wojennym Gdynia” zrealizowana na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni oraz
- b.poz. 2: „Rozbudowa Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowników zawodowych wraz z klatką schodową z podziałem na 2 zadania – część II” zrealizowana na rzecz Powiatu Wejherowskiego w Wejherowie.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót wskazanych w poz. 1 i 2 Wykazu, Odwołujący złożył protokoły odbioru tych robót.

W zakresie poz. 1 Wykazu, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Pismem z dnia 30.10.2020 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień odnoszących się do poz. 1 Wykazu, wskazując, że przedłożone dokumenty budziły wątpliwości w zakresie spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, bowiem z przedłożonego protokołu końcowego odbioru robót z dnia 16.04.2020r. nie wynika, że robota budowlana polegała na budowie lub rozbudowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej. Zamawiający wskazał, że protokół potwierdza tylko przebudowę w zakresie robót budowlano - remontowych, robót sanitarnych i elektrycznych.

W odpowiedzi, Odwołujący w dniu 3.11.2020 r. przedłożył wyjaśnienia oraz fragmenty projektu wykonawczego jak i decyzję o pozwoleniu na budowę, wskazując że określają one jasno, że inwestycja dotyczyła przebudowy i rozbudowy budynku użyteczności publicznej.

W dniu 30.10.2020r. Zamawiający zwrócił się także do Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni z zapytaniem czy wykonawca, który wykonywał robotę polegającą na „Przebudowie budynku szkoleniowego nr 312 w Porcie Wojennym Gdynia” wykonał prace w sposób należyty oraz czy zamówienie polegało na budowie, rozbudowie obiektu czy tylko na przebudowie w zakresie robót budowlano - remontowych, robót sanitarnych i elektrycznych?

W odpowiedzi, Rejonowy Zarząd Infrastruktury przedstawił Poświadczenie 12/2020, w którym potwierdził, że firma PHU Frontex T. D. z siedzibą w Wejherowie wykonała zadanie pn. „Przebudowa i rozbudowa budynku szkoleniowego nr 312 wraz z infrastrukturą techniczną w Porcie Wojennym Gdynia - nr zadania 13691”. W pkt 5 tego dokumentu podano, że „w ramach zawartej umowy Wykonawca wykonał roboty polegające na przebudowie istniejącego budynku dwukondygnacyjnego, które obejmowały w swoim zakresie roboty rozbiórkowe, budowlano - remontowe, sanitarne, elektryczne i wykończeniowe. Została wykonana nowa konstrukcja zewnętrznej klatki schodowej przeznaczonej do ewakuacji ze strefy pożarowej. Potwierdzono, że roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Izba ustaliła, że pomiędzy stronami nie istniał spór co do rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu jak również co do definicji pojęć rozbudowa, budowa, przebudowa, które były zgodne z ustawą prawo budowlane. Istota sporu między stronami sprowadzała, że do oceny czy realizacja z poz. 1 Wykazu obejmowała swoim zakresem jedynie przebudowę czy także rozbudowę obiektu użyteczności publicznej.

Zdaniem Izby, o ile treść dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp tj. Wykazu robót oraz protokołu odbioru nie potwierdzała, że realizacja z poz. 1 obejmowała rozbudowę lub budowę obiektu użyteczności publicznej, a jedynie jego przebudowę, o tyle już ze zgromadzonych przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert dokumentów i wyjaśnień wynika wprost, że zamówienie zrealizowane na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni, obejmowało nie tylko przebudowę ale także rozbudowę obiektu użyteczności publicznej. Rozbudowa ta polegała na wykonaniu zewnętrznej klatki schodowej.

Jako dowody na powyższe Izba uznała za wiarygodne przedłożone przez Odwołującego: fragment projektu wykonawczego (Gdańsk, styczeń 2015) oraz decyzję z dnia 16.03.2015r. nr WI-II.-7840.2.3.28.2015.MH, w których to dokumentach wskazano na pełną nazwę zadania obejmującą „Przebudowę i rozbudowę budynku szkoleniowego nr 312 wraz z infrastrukturą techniczną w PW Gdynia, zadanie 13691”. Ponadto z poświadczenia 12/2020, wystawionego przez RZI w Gdyni, pozyskanego przez samego Zamawiającego w toku wyjaśnień, wynika jasno, że w ramach realizacji robót wykonanych przez PHU Frontex T. D. została „wykonana nowa konstrukcja zewnętrznej klatki schodowej przeznaczonej do ewakuacji ze strefy pożarowej”. Treść tego dokumentu jest zbieżna z wyjaśnieniami udzielonymi przez Odwołującego w toku rozprawy, w których potwierdził iż w ramach realizacji zadania z poz. 1 Wykazu wykonał zewnętrzną klatkę schodową ewakuacyjną ze strefy pożarowej z trybun o konstrukcji żelbetowej monolitycznej. Element tych prac jest, zdaniem Izby niewątpliwie elementem świadczącym o rozbudowie budynku użyteczności publicznej, co w konsekwencji oznacza, że realizacja z poz. 1 Wykazu obejmowała swym zakresem nie tylko przebudowę ale także rozbudowę budynku użyteczności publicznej.

W zakresie poz. 2 Wykazu, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Z treści Protokołu Końcowego Odbioru Prac z dnia 7.06.2020r.(ZSP3.070.2.3..2.2017), wynika, że roboty dotyczące „Rozbudowy Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowników zawodowych wraz z klatką schodową w podziale na II części- zadanie II” wykonane na podstawie umowy z dnia 2.06.2017r. nr

06/2017, zrealizowane zostały zgodnie z zamówieniem z usterkami. W treści tego protokołu wskazano na usterki: wymienione w załączniku nr 1 do protokołu, wymienione w stanowisku w zakresie przeciwpożarowej w sprawie zgodności wykonania obiektu z projektem budowlanym Komendantem Państwowej Straży Pożarnej w Wejherowie - załącznik nr 2 oraz stwierdzone w Protokole kontroli Pomorskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w Gdańsku – załącznik nr 3. Wykonawca zobowiązał się usunąć usterki do dnia 23.07.2018 – określone w załączniku nr 1, do 27.08.2018r. – określone w zał. 2 i 3. Jednocześnie wykonawca zastrzegł w protokole prawo do określenia do dnia 27.06.2018r. które z prac wskazanych w zał. 2 i 3 powinny być wykonane w ramach robót dodatkowych.

Pismem z dnia 30.10.2020r. Zamawiający zwrócił się do Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie zapytaniem, czy zamówienie polegające na „Rozbudowy Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowni zawodowych wraz z klatką schodową(..)”, realizowane na podstawie umowy nr 06/2017 z dnia 2.06.2017r. wykonane zostało należycie? W odpowiedzi, pismem z dnia 6.11.2020r. Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych poinformował, że protokół odbioru końcowego nie zakończył procesu odbioru. Potwierdzono, że roboty dotyczące części II zamówienia - rozbudowa i przebudowa Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie wykonane zostały zgodnie z zamówieniem z usterkami. Wskazano m.in., że wykonawca do dnia 27.08.2018r. nie dopełnił obowiązku wynikającego z protokołu z dnia 7.06.2018r. co do usunięcia usterek określonych w załączniku nr 2 i 3 protokołu. Zamawiający wezwał wykonawcę do usunięcia usterek pismem z dnia 29.08.2018r. i określił, jakie roboty nie wchodzi w zakres zamówienia podstawowego. W dniu 14.09.2018 Zamawiający zawarł z Odwołującym umowę nr 14/2018 w trybie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp na wykonanie robót budowlanych, nie objętych zamówieniem podstawowym, obejmującym 3 usterki wymienione w załączniku nr 2 i 3. W dniu 2.10.2018r.

Zamawiający dokonał oceny usunięcia usterek i stwierdził, w protokole z dnia 2.10.2018r., że roboty zostały wykonane bez usterek.

Pismem z dnia 20.11.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu w zakresie poz. 2, wskazując, iż ze złożonego Wykazu oraz informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynika, iż robota ta nie została wykonana należycie. W odpowiedzi, pismem z dnia 23.11.2020 r., Odwołujący przedłożył wyjaśnienia, w których przyznał, że pomiędzy Odwołującym a Powiatem Wejherowskim toczy się przed Sądem Okręgowym w Gdańsku XV Wydział Cywilny pod sygn. akt 1103/19.PK spór o zapłatę kar umownych za 36 dni opóźnienia oraz za opóźnienie z przedłożeniu aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy.

W zakresie poz. 2 Wykazu robót istota sporu między stronami sprowadza się do oceny czy roboty zrealizowane na rzecz Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie polegające na „Rozbudowie Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowni zawodowych wraz z klatką schodową(..)”, zostały wykonane w sposób należyty. Nie ulega wątpliwości, że w treści protokołu z dnia 7.06.2018r., jak również w piśmie z dnia 6.11.2020r. potwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z zamówieniem z usterkami, wymienionymi w 3 załącznikach. Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa odbiór prac budowlanych z usterkami, które są powszechnym zdarzeniem w toku procesu budowlanego, nie skutkuje uznaniem, że roboty takie zostały wykonane w sposób nienależyty. Jak wyjaśnił Odwołujący w toku rozprawy faktura za wykonane roboty została zapłacona w pełnej wysokości. W toku rozprawy ustalono, że między Odwołującym a Powiatem Wejherowskim toczy się spór o zapłatę kar umownych za opóźnienie w usunięciu usterek, ujętych w załączniku 2 i 3 oraz za opóźnienie w przedłożeniu aneksu gwarancji należytego zabezpieczenia umowy. Zdaniem Izby, okoliczności powyższe nie świadczą o nienależytym wykonaniu podstawowego zakresu przedmiotu umowy, jakim była rozbudowa Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowni zawodowych wraz z klatką schodową - zadanie II. Ten zakres prac został, jak wynika z treści protokołu z dnia 7.06.2018r. oraz z pisma z dnia 6.11.2020r. wykonany zgodnie z umową i przyjęty z usterkami. Toczący się między stronami spór o zapłatę kar umownych dotyczy braku usunięcia w terminie usterek, co do których od momentu odbioru nie było między stronami zgody co do objęcia ich zamówieniem podstawowym. Świadczy o tym zawarte już w treści protokołu z dnia 7.06.2018r. zastrzeżenie prawa do określenia przez Odwołującego zakresu prac z załącznika nr 2 i 3, które powinny być wykonane w ramach robót dodatkowych. Zdaniem Odwołującego roboty te dotyczyły wykonania prac, nie objętych zadaniem podstawowym. Dowodem na to jest zawarcie w dniu 14.09.2018r. z Odwołującym umowy dodatkowej na wykonanie części usterek, ujętych w załączniku nr 2 i 3 protokołu z dnia 7.06.2018r.

Podsumowując, zdaniem Izby, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny przedstawionego przez Odwołującego doświadczenia zawodowego i spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.3.1. SIWZ. Nie zachodziły przesłanki do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, jak również nie zachodziła przesłanka do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na to, że wykazane naruszenia miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba nakazała uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący:.....