

Sygn. akt: KIO 2990/20

WYROK
z dnia 9 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Członkowie: Anna Packo
Irmina Pawlik
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawcę **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **1. Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie**, przy udziale wykonawcy **ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2990/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
 2. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczy projektów podanych na potrzeby kryterium oceny ofert wskazanych w poz. 1, 2 oraz 8 tabeli zawartej w punkcie 6. oferty wykonawcy ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie na wyżej wskazanej podstawie prawnej.
 3. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
 4. Kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw – wykonawcę **ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw – wykonawcy **ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:
.....

Sygn. akt: KIO 2990/20

Uzasadnienie

Zamawiający – 1. Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Lublinie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *pełnienie funkcji inwestora zastępczego w związku z realizacją zadania 91669 pn. „Nadbudowa budynku głównego z przeznaczeniem na oddział neurochirurgii, kardiologii oraz rehabilitacji kardiologicznej i neurologicznej”* (znak postępowania: DZP/PN/45/2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 163-396684.

W dniu 16 listopada 2020 r. wykonawca BBC Best Building Consultants Sp. z o.o.

Sp. k. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „ZMB”], który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZBM

z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że wykonawca ten wprowadził

(w wyniku zamierzonego działania) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej

i zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;

3. ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZBM z postępowania, pomimo że wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

i zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24

ust. 4 ustawy Pzp;

4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i obowiązujących przepisów;

5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji prowadzącymi do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu;

6. art. 90 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZBM do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny;

7. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty firmy ZBM, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;

8. innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

3. wykluczenie wykonawcy ZBM;

4. odrzucenia oferty ZBM;

5. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie przyjętych

w postępowaniu kryteriów oceny ofert poprzedzony wezwaniem do złożenia oświadczeń

i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp Odwołujący przywołał brzmienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz treść wykazu usług wykonawcy ZBM.

Odwołujący wskazał, że z przedstawionego przez ZBM wykazu osób wynika, iż nie spełnił on warunku udziału, gdyż w zakresie:

c2.1) Jedynymi projektami wskazanymi w wykazie osób z pełnieniem funkcji Koordynatora/ Kierownika Projektu zgodnie z SIWZ jest Hotel Radisson oraz budynek Nordic Astrum. Żadna z tych realizacji nie spełnia warunku udziału, gdyż Hotel Radisson nie może zostać uznany za obiekt użyteczności publicznej a budynek Nordic Astrum dotyczy wartości robót poniżej 30 mln brutto. Pozostałe doświadczenia wskazane w tabeli dotyczą funkcji Inżyniera Kontraktu czy Dyrektora Generalnego czy też Dyrektora Biura Realizacji zatem nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, gdyż czym innym jest Koordynator/Kierownik Projektu

a czym innym Dyrektor czy Inżynier Kontraktu (co więcej wszystkie realizacje wymienione w funkcji Inżyniera Kontraktu nie dotyczą również użyteczności publicznej).

c2.2) Jedynym projektem, który może być rozpatrywany jako użyteczność publiczna z podanych w wykazie dla Pana P. C. to Stadion Miejski w Bielsko-Białej. Jednakże Zamawiający nie może uznać warunku za spełniony gdyż nie posiada wiedzy czy wskazana inwestycja posiada wartość robót budowlanych powyżej 30 mln pln brutto.

c2.3) Jedynym projektem, który może być rozpatrywany jako użyteczność publiczna

z podanych w wykazie dla Pana S. K. to Biblioteka Narodowa

w Warszawie. Jednakże Zamawiający nie może uznać warunku za spełniony, gdyż nie posiada wiedzy czy wskazana inwestycja posiada wartość robót budowlanych powyżej 30 mln pln brutto. Dodatkowo gdy by chciał rozpatrywać budynek OMIG to wartość robót dla części związanej z użytecznością publiczną winna być większa od 30 mln pln brutto. Co więcej z racji faktu, iż budynek był w trakcie realizacji w dniu złożenia ofert, to wartość robót winna odnosić się do części wykonanych prac.

c2.4) Jedynym projektem, który może być rozpatrywany jako użyteczność publiczna

z podanych w wykazie dla Pana E. P. to Ogród Botaniczny w Warszawie. Jednakże wartość robót budowlanych dla tego projektu jest daleko niższa niż 30 mln pln brutto.

c2.6) ZBM wcale nie wykazał się dysponowaniem takiej osoby.

c2.7) ZBM wcale nie wykazał się dysponowaniem takiej osoby.

Odnosnie usługi wskazanej przez ZBM w poz. 1 wykazu usług Odwołujący podniósł, że usługa ta dotyczyła 4 budynków.

Żaden z budynków wskazanych w wykazie usług nie posiada kubatury większej niż 13 000 m³. Wymagania postawione w SIWZ przez Zamawiającego jako warunek udziału precyzowały, iż Zamawiający wymaga spełnienia warunku minimalnej kubatury w odniesieniu do jednego budynku a nie do zespołu budynków. Żaden z przywołanych przez wykonawcę ZBM obiektów nie posiada kubatury minimum

13 000 m³ co wynika wprost z załączonych przez ZBM referencji z dnia 05.09.2018. Jeżeli wykonawca posiadał doświadczenie realizacji wielu obiektów w jednej umowie to minimum jeden z nich, zgodnie z brzmieniem SIWZ, winien spełniać minimalną kubaturę tj. 13 tys. m³. Z powyższego wynika wprost, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu

i powinien zostać wykluczony z postępowania. Kolejnym zastrzeżeniem do wskazanego doświadczenia ZBM jest fakt, iż Zamawiający wymagał wykazania doświadczenia w zakresie pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub menedżera kontraktu.

Z lektury wykazu usług ZBM oraz treści referencji wynika, iż przedmiotowa usługa dotyczy pełnienia „nadzoru budowlanego” (treść pkt 1 wykazu usług oraz treść referencji z dnia 05.09.2018). Co więcej referencje jasno wskazują, iż usługa obejmowała nadzór budowlany w zakresie przewidzianym Prawem budowlanym. Zatem zakres usługi świadczonej przez ZBM na rzecz Akademii Leona Koźmińskiego nie spełnia warunku udziału, gdyż warunek dopuszczał jedynie pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub menedżera kontraktu.

W zakresie usługi wskazanej przez ZBM w poz. 2 wykazu usług Odwołujący wskazał, że przedmiotowa usługa również nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie posiada kubatury większej niż 13 000 m³. Informacja ta wprost wynika z wykazu usług ZBM gdzie wykonawca wyraźnie wpisał, iż kubatura budynków (a nie jednego budynku) łącznie miała ca 8692m³. Nie spełniony został zatem warunek udziału polegający na wskazaniu jednego budynku o odpowiedniej kubaturze.

W zakresie usługi wskazanej przez ZBM w poz. 3 wykazu usług Odwołujący podniósł, że nie tylko nie został spełniony warunek minimalnej kubatury budynku, nad którym była świadczona usługa, lecz również sam wskazany budynek - sanatorium - nie zalicza się do kategorii budynków użyteczności publicznej. Budynek objęty usługą jest budynkiem zamieszkania zbiorowego a nie użyteczności publicznej, co wynika wprost z definicji przywołanej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w SIWZ wprost nie dopuszczał łączenia kilku usług i sumowania ich wartości w celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Podsumowując wskazał, że wykonawca ZBM nie spełnił warunków udziału w postępowaniu - żadna ze wskazanych usług referencyjnych nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołujący stwierdził, że w związku z ww. argumentami ZBM wprowadził Zamawiającego

w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji poprzez oświadczenie, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w

przypadku, gdy żadna z jego referencji nie spełniała warunków udziału. Dodatkowo nieprawdziwe informacje pojawiły się w zakresie kryterium punktowego, gdzie ZBM wskazał szereg realizacji niespełniających kryterium oceny punktowej.

Odwołujący uzasadniał, że w niniejszej sprawie nieprawdziwe informacje złożone zostały poprzez wyraźne podanie określonych zadań jako potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sporządzonym przez ZBM Wykazie usług oraz w treści oferty w zakresie kryterium punktów. Tym samym, nie sposób nie przyjąć, że wprost nieprawdziwe informacje nie zostały ujęte w złożonych przez wykonawcę oświadczeniach w wyniku zamierzonego działania, ukierunkowanego na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że ZBM posiada wymagane doświadczenie oraz doświadczenie w zakresie kryterium punktowego, a co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa. Z uwagi na charakter podanych informacji i sposób ich prezentacji a także skalę nieprawidłowości brak jest jakichkolwiek okoliczności łagodzących, mogących prowadzić do obniżenia stopnia winy składającego oświadczenie. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że nawet w przypadku, gdyby okoliczność nieprawdziwych informacji w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie potwierdziła się to nie powinno budzić wątpliwości, że wykonawca ZBM jako realizator wszystkich referencyjnych usług znał ich zakres i kubatury budynków, a więc działał co najmniej lekkomyślnie i nieodpowiedzialnie.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO złożenie przez wykonawcę dokumentów/informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd powoduje skutek bezpośredni polegający na wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania. W powyższym zakresie wykluczona jest możliwość wzywania wykonawcy do uzupełnień lub wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp (vide m.in. wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1058/17).

Z najdalej idącej ostrożności Odwołujący wskazał, że nawet w przypadku niepotwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp w postępowaniu naruszony zostałby art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZBM, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, w sposób wymagany Pzp oraz SIWZ, spełniania warunków udziału w zakresie posiadanego doświadczenia,

o których mowa w SIWZ oraz wskazał informacje nieprawdziwe w zakresie kryteriów punktowych. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający nie próbował nawet dokonać wyjaśnienia lub uzupełnienia wątpliwości związanych z przedstawionymi informacjami, co dodatkowo potwierdza, skuteczne wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Kolejno Odwołujący przedstawił uzasadnienie faktyczne zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który to zarzut w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestników, został przez Odwołującego cofnięty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż wobec powyższych okoliczności doszło do naruszenia ww. przepisu, gdyż Zamawiający poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZBM i nieodrżucenia jego oferty nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż biorąc pod uwagę, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający - poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów - dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Mając na względzie przedstawioną argumentację, podkreślał, iż działanie Zamawiającego skutkuje istotnymi wadami postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium „doświadczenie kierownika/koordynatora projektu” ZBM wskazał 13 inwestycji, w których Pan Andrzej Piasecki pełnił taką funkcję, oraz które to spełniają warunki wskazane w rozdziale III.1 pkt 2 lit c2.1) SIWZ. Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ Zamawiający przyznawał punktu w ww. kryterium za: 1) Pełnienie funkcji Koordynatora Projektu bądź Kierownika Projektu 2) Pełnienie ww. funkcji na projekcie o wartości robót budowlanych powyżej 30 mln pln brutto, 3) Pełnienie ww. funkcji na projekcie przy robocie budowlanej polegającej na budowie, przebudowie, nadbudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej co wynika wprost z brzmienia SIWZ III. 1 pkt 2 lit. c2.1) oraz pytań i odpowiedzi do postępowania przetargowego z dnia 03.09.2020 r. We wspomnianych pytaniach i odpowiedziach z dnia 03.09.2020 r. dokonał wykładni jak należy rozumieć warunek kryterium punktowego.

Odwołujący podniósł, iż nie wszystkie z wymienionych projektów spełniają wymagane warunki:

- a) Budowa budynku biurowo-socjalnego z budynkiem szkoleniowym i halą warsztatową dla Centrum DOKA Inwestor - Doka Polska Sp. z o.o. - inwestycja nie zalicza się do kategorii: użyteczność publiczna. Przeważająca bowiem, pod względem powierzchni użytkowej, funkcja budynku to funkcja przemysłowa (hala warsztatowa). Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 29 listopada 2013 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie ewidencji gruntów i budynków: „Przez główną funkcję budynku rozumie się sposób użytkowania w przeważającej, pod względem powierzchni użytkowej, części tego budynku”,
- b) Hotel Radisson Blue w Świnoujściu - nie zalicza się do kategorii: użyteczność publiczna. Zarówno zgodnie z przepisami prawa tj. Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie oraz linią orzecniczą KIO, np. zgodnie z wyrokiem KIO (sygn. akt: KIO 1389/17): „hotele nie są klasyfikowane jako budynki użyteczności publicznej, lecz jako budynki zamieszkania zbiorowego”,
- c) Centrum Dystrybucyjne Poczty Polskiej w Gdańsku - Centrum dystrybucyjne nie jest obiektem użyteczności publicznej, lecz obiektem przemysłowym.
- d) Budynek Niszczalni Banknotów dla NBP w Warszawie – to również obiekt przemysłowy, niespełniający przesłanek do zaliczenia go jako obiekt użyteczności publicznej,
- e) Budowa Miasteczka Wilanów w Warszawie - to inwestycja typowo mieszkaniowa, która w żaden sposób nie może zostać zakwalifikowana jako obiekt użyteczności publicznej.

Odwołujący wskazał, że 5 z pośród 13 inwestycji wskazanych przez ZBM nie spełnia wymogów zapisanych w SIWZ - zatem niezasadnie zostały nadane punkty w kryterium „doświadczenie Koordynatora Projektu”. Co więcej Odwołujący posiada uzasadnione wątpliwości co do wartości robót budowlanych projektów wskazanych w ofercie oraz funkcji na danych projektach Pana A. P. .

Odnosnie naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że wartość oferty ZBM jest równa 788 447,17 zł i jest o 37,43% mniejsza od budżetu Zamawiającego. Zatem warunek przywołany w przepisie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp zaistniał, a Zamawiający zaniechał dokonania obowiązkowej czynności wezwania ZBM do wyjaśnienia ceny.

Zamawiający w piśmie z dnia 27 listopada 2020 r. oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości.

Pismem z dnia 30 listopada 2020 r. wykonawca ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, #x200eo której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 19 listopada 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZBM S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 20 listopada 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy ZBM wraz z uzupełnieniami oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 listopada 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 grudnia 2020 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. zdjęcie Centrum Dystrybucyjnego Poczty Polskiej;
2. zdjęcie Centrum DOKA;
3. wyciąg z Dziennika Budowy nr 176/2018 z dnia 5 czerwca 2018 r.;
4. pismo PWPW S.A. z dnia 3 grudnia 2020 r.;
5. pismo NBP z dnia 16 listopada 2020 r.;
6. pismo z dnia 19 listopada 2020 r. znak BBOSiR.701.60.2020-NT.ZR.1905;
7. zdjęcia Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie;
8. informacje dotyczące inwestycji przy ul. Sieleckiej;
9. zestawienia własne dotyczące zawierające punktację przyznaną poszczególnym ofertom oraz obliczenia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jednocześnie Izba włączyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Przystępującego przy piśmie procesowym z dnia 3 grudnia 2020 r., tj.:

1. opinię GUNB – wydruk ze strony internetowej;
2. opinię Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w m.st. Warszawie z dnia 30 marca 2018 r.;
3. wydruki fragmentów umów na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem III.1.2 lit. c1 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna warunek udziału

w postępowaniu, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje przynajmniej jedną usługę polegającą na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego, inżyniera kontraktu lub menedżera kontraktu przy robocie budowlanej polegającej na budowie, przebudowie, nadbudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o kubaturze min. 13 000 m³ (przez definicję budynku użyteczności publicznej należy przyjąć zgodnie z definicją podaną w § 3, p. 6) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. nr 75, poz. 690, z późniejszymi zmianami).

Zamawiający wskazał, że przez jedną usługę rozumie jeden/a kontrakt/umowę. Zamawiający nie dopuszcza łączenia kilku usług i sumowania ich wartości w celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem III.1.2 lit. c2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna warunek udziału

w postępowaniu, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje łącznie:

C2.1) jedną osobą, która będzie pełnić funkcję koordynatora projektu, odpowiedzialną za nadzór merytoryczny i organizacyjny nad realizacją przedmiotu zamówienia ze strony Wykonawcy, kontrolę i koordynowanie pracy Wykonawcy, kontrolę formalną i merytoryczną dokumentów opracowanych lub weryfikowanych przez Wykonawcę, posiadającą doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika/koordynatora projektu, w przynajmniej

1 projekcie przy robocie budowlanej polegającej na budowie, przebudowie, nadbudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o wartości prac co najmniej 30 000 000,00 PLN brutto, jak również posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;

C2.2) co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą doświadczenie

w pełnieniu funkcji kierownika budowy/inspektora nadzoru, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru w ww. branży w przynajmniej 1 projekcie przy robocie budowlanej polegającej na budowie, przebudowie, nadbudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o wartości prac co najmniej 30 000 000,00 PLN brutto;

C2.3) co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych

oraz kanalizacyjnych, posiadającą doświadczenie, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru w ww. branży; w przynajmniej 1 projekcie przy robocie budowlanej polegającej na budowie, przebudowie, nadbudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o wartości prac co najmniej

30 000 000,00 PLN brutto, jak również posiadającą uprawnienia budowlane do;

C2.4) co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, posiadającą min. 3-letnie doświadczenie, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru w ww. branży; w przynajmniej 1 projekcie przy robocie budowlanej polegającej na budowie, przebudowie, nadbudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej o wartości prac co najmniej 30 000 000,00 PLN brutto, jak również posiadającą uprawnienia budowlane do;

C2.5) co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami w specjalności drogowej, posiadającą min. 3-letnie doświadczenie, która będzie pełniła funkcję inspektora nadzoru w ww. branży;

C2.6) co najmniej jedną osobę, która pełniła będzie funkcję specjalisty do spraw prawnych, posiadającą wykształcenie wyższe prawnicze;

C2.7) co najmniej jedną osobę, która pełniła będzie funkcję specjalisty do spraw rozliczeń finansowych posiadającą następujące kwalifikacje: wykształcenie wyższe techniczne lub ekonomiczne i co najmniej 2 – letnie doświadczenie zawodowe w zakresie rozliczania robót budowlanych, tj. przy wykonywaniu obmiarów, kosztorysów i w kontroli kosztów.

Zamawiający nie dopuścił pełnienia przez jedną osobę dwóch ww. funkcji.

Zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ, kryterium oceny ofert stanowiły: cena o wadze 60% oraz doświadczenie zawodowe Koordynatora projektu o wadze 40%. Zamawiający wskazał, że punkty w kryterium doświadczenie zawodowe Koordynatora Projektu przyznawane będą proporcjonalnie przy założeniu, że Wykonawca, który zaoferuje największą ilość projektów,

w realizacji których uczestniczyły dotychczas osoby mające pełnić funkcję Koordynatora Projektu wskazywane w ofercie wykonawcy – Załącznik nr 2 do SIWZ otrzyma 40 pkt. Kryterium „doświadczenie Koordynatora Projektu” rozpatrywane będzie na podstawie doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia w zakresie czynności Koordynatora Projektu. Przy zastosowaniu tego kryterium oceny ofert brane będą przy tym pod uwagę wyłącznie spełniające warunek udziału określony w rozdziale III. 1 pkt 2 lit. c2.1) SIWZ, tj.:

a) wartość prac analizowanego projektu w zakresie robót budowlanych musi wynosić min. 30 000 000 zł brutto,

b) Koordynator musiał pełnić przy danym projekcie funkcję Kierownika Projektu lub Koordynatora Projektu.

Dokonując analizy ofert przy zastosowaniu kryterium „doświadczenie Koordynatora Projektu”, Zamawiający porówna ilość projektów, przy których uczestniczyły osoby mające pełnić funkcję Koordynatora Projektu wskazywane w ofertach poszczególnych wykonawców.

Zamawiający wskazał, że w niniejszym kryterium punktowane zostaną dodatkowe projekty świadczące o większym niż minimalne doświadczeniu.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia powiększona o należyty podatek VAT wynosiła 1 260 200,60 zł.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło

8 wykonawców, w tym ZBM, który za wykonanie zamówienia zaoferował cenę 788 447,17 zł. Cena oferty wykonawcy ZBM była o 37,44% niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Wykonawca ZBM w punkcie 6 formularza oferty oświadczył, że p. A. P. będzie pełnił obowiązki Koordynatora Projektu i legitymuje się doświadczeniem zawodowym przy realizacji projektów, zgodnie z kryterium oceny ofert określonym w rozdziale XIII SIWZ.

Wykonawca ZBM oświadczył, że poza projektami spełniającymi warunek określony w rozdziale III.1 pkt 2 lit. c2.1) SIWZ Koordynator Projektu posiada doświadczenie przy realizacji 13 projektów, w tym m.in.:

Poz. 1. Budowa budynku biurowo – socjalnego z budynkiem szkoleniowym i halą warsztatową dla Centrum DOKA, kubatura powyżej 13 000 m³;

Poz. 2. Hotel Radisson Blue w Świnoujściu, kubatura powyżej 13 000 m³;

Poz. 3 Centrum Dystrybucyjne Poczty Polskiej w Gdańsku, kubatura powyżej 13 000 m³;

Poz. 5 Budynek Niszczeni Banknotów dla NBP w Warszawie, kubatura powyżej 13 000 m³;

Poz. 8 Budowa Miasteczka Wilanów w Warszawie, kubatura powyżej 13 000 m³.

Pismem z dnia 16 września 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ZBM w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia m.in. wykazu usług wraz z referencjami (załącznik nr 5 do SIWZ) oraz wykazu osób (załącznik nr 6 do SIWZ).

Pismem z dnia 22 września 2020 r. wykonawca ZBM złożył wykaz usług (załącznik nr 5 do SIWZ), w którym podał trzy usługi, tj.:

1. pełnienie nadzoru budowlanego nad inwestycją pn. Nadbudowa i przebudowa budynków Akademii Leona Koźmińskiego z siedzibą w Warszawie przy ul. Jagiellońskiej 57/59, o łącznej kubaturze ca 18 913,5 m³ – na rzecz Akademii Leona Koźmińskiego;

2. pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego przy Przebudowie budynku w Al. Ujazdowskich 4 dla Centrum Współpracy i Dialogu (część wschodnia) objętego programem wieloletnim pn. Uniwersytet Warszawski 2016-2025; Konserwacja, modernizacja i adaptacja na cele kulturalne i edukacyjne zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego UW w Al. Ujazdowskich 4 w Warszawie (część zachodnia) realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Mazowieckiego na lata 2014-2020, o łącznej kubaturze ca 8692 m³ – na rzecz Uniwersytetu Warszawskiego;

3. pełnienie funkcji Inwestora Zastępczego przy budowie obiektu Sanatorium Uzdrowskiego z wewnętrznym basenem wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącego obiektu wpisanego do rejestru zabytków wraz z jego przebudową i rozbudową

o łącznej kubaturze 8 331 m³ – na rzecz Sanatorium Uzdrowskiego Łączność.

Wykonawca ZBM złożył Zamawiającemu referencje i poświadczenia należytego wykonania robót dotyczące wykonania ww. usług.

W wykazie osób (załącznik nr 6 do SIWZ) wykonawca ZBM wskazał m.in.:

1. p. A. P. na koordynatora projektu. Jednocześnie podał, iż ww. osoba posiada wykształcenie wyższe techniczne; Od 02.2018-do chwili obecnej Inżynier Kontraktu przy:

- Budynek biurowy z częścią mieszkalną przy ulicy Sieleckiej w Warszawie – wartość robót 41,0 mln zł;

- Budynek mieszkaniowy przy ulicy Sokratesa w Warszawie – wartość robót – 15,5 mln zł;

- Remont i przebudowa zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego – wartość robót 17,0 mln zł;
- Budowa Centrum Administracyjno - Logistycznego DOKA Polska w Warszawie – wartość robót 35,0 mln zł;
01.2014-01.2018 Kierownik Projektu przy:

- Hotel Radisson Blu w Świnoujściu – wartość robót 39,5 mln zł;
- Budynek Nordic Astrum w Bydgoszczy – wartość robót 23,0 mln zł;
05.2007-2013 Dyrektor Generalny przy budowie - Centrum Handlowe Agora Bytom – wartość 55,0 mln zł;
12.2004-08.2006 Dyrektor Biura realizacji przy Nadzór i koordynacja inwestycji realizowanych przez firmę :
- Budowa Miasteczka Wilanów w Warszawie – wartość 65,0 mln zł;
- Galeria Handlowa Copernicus w Toruniu – wartość 75,0 mln zł;
- Centrum Dystrybucyjne Poczty Polskiej w Gdańsku – wartość 45,0 mln zł;
- Galeria Handlowa Auchan w Gdańsku – wartość 120,0 mln zł.

2. p. P. C. na inspektora nadzoru robót konstrukcyjno – budowlanych. Jednocześnie podał, iż ww. osoba posiada wykształcenie wyższe techniczne;

02.2020 - do chwili obecnej; Koordynator Projektów (Inspektor nadzoru) przy nadzorze nad budową osiedli mieszkaniowych MDR Świdnik oraz MDR Zamość; Przebudowa Hotelu Royal w Krakowie;

03.2019-01.2020; Kierownik Budowy przy budowie osiedla Oliwkowego w Łodzi;

09.2018-01.2019 Kierownik Budowy przy budowie stadionu Miejskiego w Bielsko-Białej;

06.2017-03.2018; Kierownik robót mostowych przy budowie drogi S8 na odc. Radziejowice-Żabia Wola.

3. p. S. K. na inspektora nadzoru robót sanitarnych. Jednocześnie podał, iż ww. osoba posiada wykształcenie wyższe techniczne;

- Budowa budynku biurowego wielofunkcyjnego z częścią mieszkalną wraz z usługami

i handlem w parterze oraz garażem podziemnym przy ul. Sieleckiej w Warszawie „OMING”; 06.2018-do chwili obecnej;

- budowie obiektu Sanatorium Uzdrowskiego z wewnętrznym basenem wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącego obiektu wpisanego do rejestru zabytków wraz z jego przebudową i rozbudową; 04.2017-01.2019;

- nadzór nad: Świadczeniem usług związanych z zarządzaniem, kontrolą i nadzorem nad realizacją umowy o roboty budowlane polegające na rozbudowie ciągu ulic Zwoleńskiej

i Żegańskiej na odcinku od ul. Pożaryskiego do ul. Mrówczej w dzielnicy Wawer

z przeprowadzeniem ruchu pod linią kolejową relacji Warszawa – Lublin i dwoma jezdniami ul. Patriotów; kontrakt zrealizowany wg FIDIC; wartość robót 96 350 770,65 PLN brutto; Inspektor nadzoru robót sanitarnych; (10/2014-12/2016);

- nadzór nad budową Biblioteki Narodowej w Warszawie nadzór inst. sanitarnych (06/1987-02/1991);

- osiedle mieszkaniowe w Gdańsku oddymianie garażu - 2 etapy (03/2016-12/2017);

- osiedle Hubertus budynek 6 w Warszawie – oddymianie garażu podziemnego (06/2016-11/2016);

- osiedle mieszkaniowe w Krakowie oddymianie garażu – 2 etapy (03/2013-10/2014).

4. p. E. P. na inspektora nadzoru robót elektrycznych. Jednocześnie wskazał, iż ww. osoba ma wykształcenie wyższe techniczne oraz pełniła funkcję inspektora nadzoru robót elektroenergetycznych m.in. przy:

- budowie obiektu Sanatorium Uzdrowskiego z wewnętrznym basenem wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącego obiektu wpisanego do rejestru zabytków wraz z jego przebudową i rozbudową; 04.2017-01.2019;

- remoncie i przebudowie zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego – wartość robót 17,0 mln zł;

- nadzorowaniu robót elektrycznych przy budowie: „Dostosowanie Trasy Armii Krajowej do parametrów Drogi Ekspresowej S-8 na odcinku: Al. Prymasa Tysiąclecia w Warszawie – ul. J. Piłsudskiego w Markach” Etap I: Dostosowanie Trasy Armii Krajowej do parametrów Drogi Ekspresowej S-8 na odcinku: węzeł „Modlińska” w Warszawie - węzeł „Piłsudskiego”

w Markach w tym pełnienie nadzoru nad realizacją usługi, o długości 7,1 km, droga klasy S. Przebudowa i budowa sieci elektroenergetycznych; kontrakt realizowany wg procedur FIDIC; Inspektor Nadzoru Robót Elektroenergetycznych; wartość nadzorowanych prac 868 961 755,57 zł brutto; 10.2009-03.2015.

Wykonawca ZBM nie wskazał w załączniku nr 6 do SIWZ osoby, która będzie pełniła funkcję specjalisty do spraw prawnych oraz osoby, która będzie pełniła funkcję specjalisty do spraw rozliczeń finansowych.

W dniu 5 listopada 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZBM. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż w toku posiedzenia niejawnego z udziałem Stron i Uczestnika postępowania Odwołujący oświadczył, iż cofa zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawarty w uzasadnieniu odwołania. Z uwagi na powyższe Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu podlega umorzeniu.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zakresie w jakim jego podstawa faktyczna dotyczyła projektów podanych na potrzeby kryterium oceny ofert wskazanych w poz. 1, 2 oraz 8 tabeli zawartej w punkcie 6. oferty wykonawcy ZBM. Potwierdził się także zarzut naruszenia art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

w zakresie w jakim odnosił się do ww. inwestycji.

Wykonawca ZBM w punkcie 6 formularza oferty oświadczył, że p. A. P. będzie pełnił obowiązki Koordynatora Projektu i legitymuje się doświadczeniem zawodowym przy realizacji projektów, zgodnie z kryterium oceny ofert określonym w rozdziale XIII SIWZ. Jednocześnie wykonawca ZBM oświadczył, że poza projektami spełniającymi warunek określony w rozdziale III.1 pkt 2 lit. c2.1) SIWZ Koordynator Projektu posiada doświadczenie przy realizacji 13 projektów, w tym m.in.:

Poz. 1. Budowa budynku biurowo – socjalnego z budynkiem szkoleniowym i halą warsztatową dla Centrum DOKA, kubatura powyżej 13 000 m³;

Poz. 2. Hotel Radisson Blue w Świnoujściu, kubatura powyżej 13 000 m³;

Poz. 3 Centrum Dystrybucyjne Poczty Polskiej w Gdańsku, kubatura powyżej 13 000 m³;

Poz. 5 Budynek Niszczarni Banknotów dla NBP w Warszawie, kubatura powyżej 13 000 m³;

Poz. 8 Budowa Miasteczka Wilanów w Warszawie, kubatura powyżej 13 000 m³.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę,

który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzi do naruszenia przez niego zobowiązań.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności

z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne

z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zostały spełnione przesłanki wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp warunkujące wykluczenie wykonawcy ZBM z postępowania.

Na wstępie Izba zauważa, iż Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 3 grudnia 2020 r. pominął, że w zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora Projektu ocenianego w ramach kryteriów Odwołujący podniósł nie tylko zarzut niezasadnego przyznania punktów za pięć inwestycji, ale jednocześnie zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zakresie informacji składających się na treść oferty wykonawcy ZBM zawartych w punkcie 6. oferty.

Wskazać należy, iż za informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, Izba uznała informacje dotyczące inwestycji pn. „Budowa budynku biurowo – socjalnego

z budynkiem szkoleniowym i halą warsztatową dla Centrum DOKA” (punkt 6 formularza oferty, poz. 1), „Hotel Radisson Blue w Świnoujściu” (punkt 6 formularza oferty, poz. 2) oraz „Budowa Miasteczka Wilanów w Warszawie” (punkt 6 formularza oferty, poz. 8). W zakresie podanych wyżej inwestycji Przystępujący w toku rozprawy wprost oświadczył, że żadna

z nich nie zalicza się do kategorii budynku użyteczności publicznej w rozumieniu definicji zawartej w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r.

w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1065) [dalej „rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie”]. Bezsporne było natomiast to, iż na gruncie SIWZ osoba przewidziana do pełnienia ww. funkcji miała legitymować się doświadczeniem przy robocie budowlanej polegającej na budowie, przebudowie, nadbudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że gdyby nawet uznać, iż Zamawiający

z łatwością mógł ustalić, że inwestycje odnoszące się do Hotelu Radisson Blue

w Świnoujściu oraz Budowy Miasteczka Wilanów nie dotyczyły budynku użyteczności publicznej, to powyższe nie było możliwe w przypadku inwestycji polegającej na budowie budynku biurowo – socjalnego z budynkiem szkoleniowym i halą przemysłową dla Centrum DOKA. Dostrzec należy, iż zadanie inwestycyjne podane w poz. 1 tabeli zawartej w punkcie 6.

oferty wykonawcy ZBM wprowadzało Zamawiającego w błąd, mogący mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego z uwagi na jego nazwę, tj. „budowa budynku biurowo – socjalnego (...)”. Jak wynika z kolei z § 3 pkt 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Inaczej rzecz ujmując, nazwa inwestycji podanej przez ZBM w celu oceny oferty wykonawcy w kryterium pozacenowym wywoływała mylne wyobrażenie, iż wskazany obiekt dotyczył budynku użyteczności publicznej, podczas gdy Przystępujący na rozprawie wprost oświadczył, że obiektem takim nie jest, mogąc zatem w sposób istotny rzutować na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów powszechnych dla spełnienia przesłanki, o której mowa w dalszej części art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, tj. potencjalnej możliwości wywierania istotnego wpływu na decyzje zamawiającego wystarczająca jest sama możliwość wywierania wpływu na zachowanie zamawiającego, co *a contrario* oznacza, że zamawiający nie musiał faktycznie dokonać na podstawie tych informacji żadnej czynności (por. wyrok SO w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r. sygn. akt: KIO XXIII Ga 849/18, wyrok SO we Wrocławiu z dnia 4 lutego 2020 r. sygn. akt: XI Ga 733/19).

Mając na uwadze powyższe, w szczególności oświadczenia wykonawcy ZBM złożone w toku rozprawy odnoszące się do ww. inwestycji Izba uznała, że Przystępującemu można przypisać choćby niedbalstwo lub lekkomyślność wpisującą się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w treści art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Wykonawca ZBM składając swoje oświadczenia odnośnie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora Projektu, był świadom w jakim celu są one składane oraz tego, że uznanie ich za prawdziwe będzie rzutowało na liczbę uzyskanych punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia zawodowego Koordynatora Projektu. Spełniona została także przesłanka, o której mowa w dalszej części ww. przepisu, tj. potencjalna możliwość wywierania istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego, gdyż błąd popełniony przez ZBM dotyczył informacji, którymi wykonawca wykazywał się w celu oceny oferty w świetle ustanowionych w SIWZ kryteriów oceny ofert, zatem wpływającymi na wybór oferty najkorzystniejszej, co potencjalnie mogło wypaczać wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, iż Zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny oferty wykonawcy ZBM w kryterium dotyczącym doświadczenia zawodowego Koordynatora Projektu, która nie powinna otrzymać punktów za inwestycje wskazane w poz. 1, 2 oraz 8 tabeli zawartej w punkcie 6. Jednocześnie jak wskazano powyżej wykonawca

ZBM przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, zatem winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Za niewykazane Izba uznała natomiast twierdzenia Odwołującego, iż Centrum Dystrybucyjne Poczty Polskiej w Gdańsku (punkt 6 formularza oferty, poz. 3) oraz Budynek Niszczeni Banknotów dla NBP w Warszawie (punkt 6 formularza oferty, poz. 5) nie mogą zostać zakwalifikowane jako budynek użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, lecz jako obiekty przemysłowe. Izba zauważyła, że Odwołujący poza twierdzeniem, iż ww. obiekty nie są budynkami użyteczności publicznej nie przedstawił żadnej merytorycznej argumentacji uzasadniającej prezentowane stanowisko. Stanowiska Odwołującego nie potwierdza także zdjęcie ilustrujące Centrum Dystrybucyjne Poczty Polskiej w Gdańsku, które może co najwyżej potwierdzać, iż obiekt taki został wybudowany. Za wykraczające poza podstawę faktyczną zarzutu Izba uznała natomiast twierdzenia Odwołującego podnoszone w toku rozprawy jakoby inwestycja dotycząca Budynku Niszczeni Banknotów NBP w Warszawie w ogóle nie była realizowana.

W końcu Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie mógł znaleźć zastosowania w zakresie odnoszącym się do treści oferty wykonawcy ZBM.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Jak wynika z powyższego przepisu, dla zastosowania ww. przesłanki wykluczenia wykonawcy łącznie muszą zostać spełnione następujące przesłanki: przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd, błąd ten polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, a przedstawienie informacji jest wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Istotne znaczenie ma przy tym charakter informacji, gdyż w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp ustawodawca wskazał wprost, że norma ta dotyczy wprowadzenia zamawiającego w błąd wyłącznie przy wykazywaniu braku podstaw do wykluczenia, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, a zatem informacji w zakresie sytuacji podmiotowej wykonawcy, których ocena decyduje o udziale wykonawcy w postępowaniu (tak KIO w wyroku z dnia 11 czerwca 2018 r. sygn. akt: KIO 929/18).

Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp podnoszony w zakresie referującym do pozacenowego kryterium oceny ofert nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony, jako że dyspozycja ww. przepisu odnosi się do sytuacji podmiotowej wykonawcy, a nie treści oferty, na którą składało się doświadczenie zawodowe osoby dedykowanej na stanowisko Koordynatora Projektu oceniane w ramach kryteriów.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ZBM z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale III.1.2 lit. c1 SIWZ.

Stosownie do treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy 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.

Na wstępie wskazać należy, że za przyznaną przez Przystępującego Izba uznała okoliczność, że usługi podane w poz. 2 i 3 załącznika nr 5 do SIWZ nie potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III.1.2 lit. c1 SIWZ. Powyższe stanowisko wynikało z pisma procesowego wykonawcy ZBM z dnia 3 grudnia 2020 r., który wskazywał, iż warunek udziału w postępowaniu spełnia usługą wskazaną w poz. 1 załącznika nr 5 do SIWZ, a pozostałe usługi zostały przedstawione jedynie w celu pokazania doświadczenia wykonawcy w wielu projektach obejmujących budynki użyteczności publicznej. Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że już tylko pobieżna analiza treści wykazu usług potwierdza, że usługi podane w poz. 2 i 3 nie spełniały wymogu Zamawiającego dotyczącego minimalnej kubatury budynku użyteczności publicznej. Tym samym istota sporu w zakresie przedmiotowego zarzutu sprowadzała się do oceny, czy usługa wskazana przez wykonawcę ZBM w poz. 1 polegająca na pełnieniu nadzoru budowlanego nad inwestycją pn. Nadbudowa i przebudowa budynków Akademii Leona Koźmińskiego z siedzibą w Warszawie przy ul. Jagiellońskiej 57/59, o łącznej kubaturze ca 18 913,5 m³ spełniała ww. warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego oraz zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, nie dały podstaw do podważenia oświadczenia wykonawcy ZBM w zakresie usługi podanej w poz. 1 załącznika nr 5 do SIWZ.

Odnosząc się do zarzucanej przez Odwołującego kwestii, iż żaden z budynków objętych inwestycją realizowaną na rzecz Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie nie posiada kubatury min. 13 000 m³ wskazać należy, że Odwołujący nie rozwinął w treści odwołania postawionego zarzutu. W szczególności Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu argumentacji pozwalającej na stwierdzenie, iż niedopuszczalne było zsumowanie kubatury obiektu A2 (5530 m³), obiektu C (7392 m³) z kubaturą obiektu tzw. Nowe Atrium (5991,5 m³) stanowiącym łącznik między obiektem A2 i C. W stanowisku Odwołującego zabrakło rzeczowych, technicznych argumentów potwierdzających, że obiekty A2 i C połączone łącznikiem tzw. Nowe Atrium stanowią zespół budynków, a nie jeden budynek, którego części składowe połączone są łącznikiem. Stanowiska Odwołującego w ocenie Izby nie potwierdzają złożone dowody w postaci zdjęć ww. obiektów, kwestionowane zresztą przez Przystępującego w zakresie wyglądu łącznika między budynkami A2 i C, którego faktyczny wygląd – w opinii Przystępującego – potwierdzało zdjęcie zamieszczone w złożonej Zamawiającemu referencji z dnia 5 września 2018 r. dotyczącej rzeczowej inwestycji.

Przechodząc następnie do zarzucanej przez Odwołującego kwestii, iż usługa wskazana przez ZBM w poz. 1 załącznika nr 5 do SIWZ polegająca na pełnieniu nadzoru budowlanego nie potwierdzała doświadczenia wykonawcy w pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub menedżera kontraktu dostrzec należy, iż Odwołujący w treści odwołania poprzestał na ogólnych twierdzeniach w ww. zakresie. Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnej merytorycznej argumentacji potwierdzającej, że wskazanej przez ZBM w poz. 1 załącznika nr 5 do SIWZ usługi nie można zakwalifikować jako pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub menedżera kontraktu. W szczególności odwołujący się Wykonawca nie wskazał, jakie są zakresy obowiązków Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu i menedżera kontraktu oraz w czym odbiegają one od doświadczenia przedstawionego przez Przystępującego. Odwołujący pominął także w treści odwołania świadczony przez ZBM aspekt wsparcia inwestora w zakresie rozliczeń inwestycji wskazanej w poz. 1 wykazu usług. Odwołujący nie dokonał również jakiegokolwiek analizy

warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale III.1.2 lit. c1 SIWZ w kontekście przedmiotu niniejszego zamówienia.

Dalej podkreślić należy, iż Zamawiający nie uszczegółowił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakresu obowiązków lub uprawnień, który uzna za potwierdzający posiadanie przez wykonawcę doświadczenia w pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub menedżera kontraktu. Powyższe jest istotne wobec braku definicji legalnych ww. pojęć oraz tego, iż faktyczny zakres czynności zlecony danemu podmiotowi działającemu przy realizacji inwestycji budowlanej w imieniu inwestora uzależniony będzie od treści umowy, w szczególności w przypadku pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego czy menedżera kontraktu. W przypadku zaś wywodzącego się z warunków kontraktowych FIDIC pojęcia Inżyniera Kontraktu, jak wynika z poglądów doktryny zakres obowiązków Inżyniera Kontraktu zbliżony jest do zadań realizowanych przez inspektora nadzoru inwestorskiego, określonych w Prawa budowlanego (tak: B. J., Specyfika statusu inżyniera kontraktu jako sui generis uczestnika procesu budowlanego, Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis 2015, vol. 4 (2), str. 145 – 162) (tak KIO w wyroku z dnia 4 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO 50/19).

Mając na uwadze zatem lakoniczną argumentację Odwołującego, brak skonkretyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakresu praw i obowiązków leżących przede wszystkim po stronie menedżera kontraktu, jak również zbliżony zakres zadań Inżyniera Kontraktu i inspektora nadzoru inwestorskiego Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że przedstawionego przez wykonawcę ZBM doświadczenia nie można zakwalifikować jako potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale III.1.2 lit. c1 SIWZ.

W tym miejscu Izba wskazuje, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ZBM z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji referujących do doświadczenia wykonawcy wskazanego w załączniku nr 5 do SIWZ.

Podkreślić należy, iż Odwołujący opart ww. zarzut na okoliczności, że żadna z referencyjnych usług przedstawionych przez ZBM w załączniku nr 5 nie spełniała wymogów Zamawiającego. Wskazywał, że ZBM jako realizator wszystkich referencyjnych usług znał ich zakres i kubatury budynków, a zatem działał co najmniej lekkomyślnie.

W kontekście powyższego Izba wskazuje, że przesłanka wykluczenia wykonawcy uregulowana w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę prawną do wykluczenia wykonawcy z przetargu, odrębną wobec przepisów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 czy pkt 17 ustawy Pzp. Zatem niewykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu nie oznacza automatycznego ziszczenia się przesłanki wykluczenia uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Izba stwierdza, iż w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Odwołujący nie wykazał, że wykonawca ZBM przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie posiadanego doświadczenia. Izba wskazuje, iż w przypadku usługi podanej w poz. 1 załącznika nr 5 wykonawca ZBM przedstawił informacje dotyczące kubatury budynków oraz zakresu pełnionej funkcji wynikające wprost z treści referencji z dnia 5 września 2018 r., przez co nie sposób stwierdzić, iż mamy do czynienia z informacjami nieodpowiadającymi rzeczywistości. Podobnie rzecz ma się w przypadku usług zawartych w poz. 2 i 3 załącznika nr 5 do SIWZ, dla których wykonawca ZBM podał kubaturę budynków (poz. 2) oraz budynku (poz. 3) niższą niż wymagana przez Zamawiającego (13 000 m³), przez co ww. usługi nie mogą zostać zakwalifikowane jako spełniające warunek udziału w postępowaniu, co w żadnej mierze nie stanowi o przedstawieniu przez wykonawcę ZBM informacji nieprawdziwych. Izba zauważa, że również w przypadku ww. usług podane przez wykonawcę ZBM w załączniku nr 5 do SIWZ wartości kubatur wynikają z poświadczeń należytego wykonania robót.

Mając na uwadze zatem, że Odwołujący nie wykazał zasadniczej przesłanki wykluczenia wykonawcy ZBM - wspólnej dla podstawy wykluczenia określonej w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, tj. wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu określonych informacji, brak było podstaw do uznania zasadności ww. zarzutu w zakresie odnoszącym się do doświadczenia wykonawcy.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ZBM z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdziale III.1.2 lit. c2 SIWZ.

W zakresie doświadczenia zawodowego osoby wskazanej przez wykonawcę ZBM na stanowisko Koordynatora Projektu, tj. p. A. P. Izba zauważa, że w toku rozprawy Przystępujący wyjaśnił, że warunek udziału w postępowaniu dla ww. funkcji spełniają inwestycje dotyczące centrów i galerii handlowych oraz inwestycja dotycząca Centrum Dystrybucyjnego Poczty Polskiej, podczas realizacji których ww. osoba pełniła funkcję Dyrektora Generalnego oraz Dyrektora Biura. Izba wskazuje, iż podzieliła stanowisko wykonawcy ZBM, który podnosił, że z uwagi na brak definicji ustawowych Dyrektora Generalnego czy Dyrektora Biura kluczowy dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu był zakres wykonywanych obowiązków podczas sprawowania ww. funkcji przez p. P. . Z kolei w rozdziale III.1.2 lit. c2.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że osoba dedykowana na stanowisko Koordynatora Projektu będzie odpowiedzialna za nadzór merytoryczny i organizacyjny nad realizacją przedmiotu zamówienia ze strony wykonawcy, kontrolę i koordynowanie pracy wykonawcy, kontrolę formalną i merytoryczną dokumentów opracowanych lub weryfikowanych przez wykonawcę. Tym samym dla spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca winien wykazać się dysponowaniem osobą posiadającą skonkretyzowane w SIWZ doświadczenie. Dostrzec również należy, że wykonawca ZBM w treści załącznika nr 6 do SIWZ rozróżnia pojęcia Inżyniera Kontraktu, Kierownika Projektu, Dyrektora Generalnego oraz Dyrektora Biura nie podając przy tym zakresu obowiązków wykonywanych przez p. P. podczas realizacji poszczególnych zadań inwestycyjnych. W konsekwencji powyższego w ocenie Izby zasadne było wezwanie wykonawcy ZBM do złożenia stosownych wyjaśnień w rzeczonym zakresie. W przedmiocie inwestycji dotyczącej Centrum Dystrybucyjnego Poczty Polskiej Izba podtrzymuje argumentację zaprezentowaną powyżej w ramach zarzutu odnoszącego się do kryterium oceny ofert.

Odnosząc się do doświadczenia zawodowego osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru robót konstrukcyjno – budowlanych, tj. p. P. C. Izba wskazuje, że słuszne było stanowisko Odwołującego, który argumentował,

iz jedyny projekt, który dotyczył budynku użyteczności publicznej, to inwestycja polegająca na budowie Stadionu Miejskiego w Bielsku – Białej. Z uwagi jednak na to, że wykonawca ZBM nie podał wartości ww. robót budowlanych nie można było uznać, że Przystępujący warunek spełnił. Dalej Izba wskazuje, że pozostałe inwestycje w ramach, których doświadczenie zdobywał p. P. C. nie dotyczyły budowy, przebudowy, nadbudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej (budowa drogi S8, osiedle mieszkaniowe MDR Świdnik oraz MDR Zamość, hotel Royal w Krakowie oraz osiedle Oliwkowe w Łodzi). Przystępujący ZBM w toku rozprawy przyznał, że osiedle mieszkaniowe oraz hotel to budynki zamieszkania zbiorowego, o których mowa

w § 3 pkt 5 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

Przechodząc do doświadczenia p. S. K. przewidzianego do pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót sanitarnych Izba wskazuje, iż wykonawca ZBM nie wykazał, iż ww. osoba spełnia wymogi Zamawiającego określone w specyfikacji w rozdziale III.1.2 lit. c2.3). W zakresie inwestycji dotyczącej prac nad budową Biblioteki Narodowej wykonawca ZBM nie podał wartości robót budowlanych, co też wymagałoby stosownego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Inwestycje dotyczące osiedli mieszkaniowych oraz budowy budynku biurowego z częścią mieszkalną wraz z usługami i handlem w parterze oraz garażem podziemnym przy ul. Sieleckiej w Warszawie „OMING” również nie potwierdzały spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie dotyczyły budynku użyteczności publicznej, lecz budynku zamieszkania zbiorowego, o którym mowa

w § 3 pkt 5 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Powyższą okoliczność Izba uznała za przyznaną przez Przystępującego, który w toku rozprawy odnośnie inwestycji przy ulicy Sieleckiej

w Warszawie stwierdził, że inwestycja dotyczyła budynku z częścią mieszkalną,

tj. budynku zamieszkania zbiorowego, identycznie jak w przypadku projektów dotyczących osiedli mieszkaniowych. Warunku udziału w postępowaniu nie potwierdzała także inwestycja dotycząca rozbudowy ciągu ulic w dzielnicy Wawer, gdyż nie dotyczyła budynku użyteczności publicznej. W końcu wskazać należy, iż wymogów Zamawiającego nie spełniała także inwestycja dotycząca budowy obiektu Sanatorium Uzdrowskiego z wewnętrznym basenem wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącego obiektu wpisanego do rejestru zabytków wraz z przebudową i rozbudową z uwagi na zbyt niską wartość prac. Izba wskazuje, że wykonawca ZBM w toku rozprawy przyznał, że jest to tożsama inwestycja co wskazana w pozycji 3 wykazu usług, dla której podano wartość 9 410 000 zł.

Odnosząc się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru robót elektrycznych, tj. p. E. P. Izba wskazuje, iż żadna z inwestycji podanych w załączniku nr 6 do SIWZ nie potwierdzała wymagań Zamawiającego dla ww. stanowiska. Wymogu Zamawiającego nie spełniały usługi dotyczące budowy obiektu Sanatorium Uzdrowskiego z wewnętrznym basenem wraz ze zmianą sposobu użytkowania istniejącego obiektu wpisanego do rejestru zabytków wraz z przebudową i rozbudową oraz remontu i przebudowy zabytkowych budynków Ogrodu Botanicznego Uniwersytetu Warszawskiego z uwagi na zbyt niską wartość robót, tj. odpowiednio 9 410 000 zł oraz 17 000 000 zł. Warunku udziału w postępowaniu nie potwierdzała także inwestycja dotycząca nadzorowania robót elektrycznych przy budowie polegającej na dostosowaniu trasy Armii Krajowej do parametrów Drogi Ekspresowej S8, jako że nie dotyczyła budynku użyteczności publicznej.

Bezsporna była okoliczność, iż wykonawca ZBM nie przedstawił w załączniku nr 6 do SIWZ osób posiadających doświadczenie wskazane w rozdziale III.1.2 lit. c2.6 i c2.7, tj. osoby, która będzie pełniła funkcję specjalisty do spraw prawnych oraz osoby, która będzie pełniła funkcję specjalisty do spraw rozliczeń finansowych. Jak wskazał Przystępujący

w piśmie z dnia 3 grudnia 2020 r. zaniechanie w powyższym zakresie spowodowane było przeoczeniem wykonawcy, tym samym aktualizowała się przesłanka do wezwania ZBM do uzupełnienia wykazu osób o ww. informacje.

Izba wskazuje, iż omówione wyżej braki i niejasności wynikające z treści załącznika nr 6 do SIWZ złożonego przez ZBM winny podlegać uzupełnieniom oraz wyjaśnieniom

w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, przed ewentualną czynnością wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W świetle ww. przepisów zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zważywszy jednak na to, iż w niniejszej sprawie zaistniała podstawa wykluczenia wykonawcy ZBM, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp

w zakresie wskazanym powyżej, Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania czynności wezwania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp do uzupełnienia treści wykazu osób (załącznik nr 6 do SIWZ) oraz wyjaśnienia jego treści z uwagi na brak wpływu tej czynności na wynik postępowania.

Za irrelevantną w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Izba uznała argumentację Odwołującego dotyczącą zaistnienia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp względem wykonawcy ZBM w zakresie dotyczącym wykazu osób. Izba wskazuje, że stosownie do treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izbanie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izba okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte

w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę. Lektura odwołania prowadzi natomiast do wniosku, iż zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy ZBM na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp został postawiony wyłącznie w zakresie referującym do wykazu usług (załącznik nr 5 do SIWZ) oraz projektów ocenianych w ramach kryterium pozacenowego (doświadczenie Koordynatora Projektu – pkt 6 formularza oferty). Podkreślić należy, iż w treści odwołania Wykonawca w kilku jego miejscach wprost odniósł nieprawdziwe informacje do wykazu usług i podanych tam zadań referencyjnych, jak również odwoływał się do treści oferty w zakresie kryterium pozacenowego. Z uwagi na powyższe poza oceną Izby była okoliczność ewentualnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego, o którym mowa w rozdziale III.1.2 lit. c2 SIWZ.

Potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy ZBM do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy cena oferty wykonawcy ZBM była niższa

o 37,44 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT, co też obligowało Zamawiającego

do żądania od Przystępującego wyjaśnień i dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny. Zaniechanie Zamawiającego w ww. zakresie stanowiło zatem naruszenie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Z uwagi jednak na okoliczność, iż wykonawca ZBM winien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, co zostało omówione powyżej, Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawcy ZBM do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny z uwagi na brak wpływu tej czynności na wynik postępowania.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy ZBM, który podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia, jak również związany z ww. zarzutami - zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 5 ust. 2 pkt 2 oraz § 3 pkt 2 lit. b 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 t.j.), Izba zasądziła od wnoszącego sprzeciw – wykonawcy ZBM na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika - na podstawie złożonej do akt faktury i do wysokości wynikającej z ww. rozporządzenia - stanowiące łącznie kwotę 18 600 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:
.....