

Sygn. akt: KIO 2913/20

WYROK
z dnia 3 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2020 r. przez wykonawcę Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Teatr im. Stefana Żeromskiego w Kielcach

przy udziale wykonawcy Firmy Budowlanej Anna-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2913/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcy Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Teatru im. Stefana Żeromskiego w Kielcach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów 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 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 Kielcach.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2913/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Teatr im. Stefana Żeromskiego w Kielcach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę, rozbudowę i nadbudowę zabytkowego obiektu Teatru im. Stefana Żeromskiego w Kielcach ” zlokalizowanego przy ulicy Sienkiewicza 32 w Kielcach”, znak sprawy: DN 499/2020.

W dniu 28 października 2020 r. Odwołujący: Hochtief Polska S.A. z siedzibą w Warszawie powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firmy Budowlanej Anna-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej jako Anna-Bud lub Przystępujący.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu i czynnością oceny ofert Odwołujący w dniu 9 listopada 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Wskazanym czynnościom zarzucił naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP, przez nieuzasadnione zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Anna-Bud, w sytuacji, w której wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd co do funkcji sprawowanej przez Szymona P.:

a. przy realizacji inwestycji „Remont Zabytkowego Budyńku Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach, położonego przy ul. Wojewódzkiej 33”, wskazując iż był on kierownikiem robót podczas gdy z informacji uzyskanych od inwestora wynika, że S. P. nie wykonywał obowiązków kierownika robót, jak również nie był wpisany w dzienniku budowy, zaś zakres robót obejmował remont, a nie przebudowę budynku;

b. przy realizacji inwestycji „Przebudowa budynku dydaktycznego Uniwersytetu Warszawskiego wraz z wewnętrznymi instalacjami: wody, kanalizacji sanitarnej, wentylacji mechanicznej, c.o., elektrycznymi”, wskazując iż był on kierownikiem robót, podczas gdy z informacji uzyskanych od inwestora wynika, że S. P. nie wykonywał obowiązków kierownika robót jak również nie był wpisany w dzienniku budowy, które to okoliczności stanowiły podstawę do przyznania

wykonawcy Anna- Bud w ramach kryterium oceny Doświadczenie Kierownika;

2)art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP w zw. z 9.4.2 ppkt a) tiret drugi SIWZ w zw. z art. 7 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Anna-Bud w sytuacji, w której wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego doświadczenia przy remoncie lub wykonaniu przebudowy budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na terenie ochrony konserwatorskiej, gdzie zrealizowano roboty pod nadzorem konserwatora zabytków o wartości minimum 7 000 000,00 zł brutto polegające na wykonaniu robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z:

- a.Podbiciem ścian podpiwniczenia lub,
- b.Wzmocnieniem i wymianą ścian lub,
- c.wzmocnieniem i wymianą stropów lub,
- d.wymianą istniejącego pokrycia dachowego lub,
- e.wymianą fasady budynku lub,
- f.innymi robotami konstrukcyjne i odtworzeniowe na budynku.

ewentualnie

3)art. 26 ust. 3 i 4 PZP w zw. z 9.4.2 ppkt a) tiret drugi SIWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Anna-Bud do złożenia wyjaśnień w sprawie wartości robót, zrealizowanych w ramach inwestycji referencyjnej dla Wojewódzkiego Domu Kultury, które odpowiadały rodzajom robót wskazanych w warunkach udziału w postępowaniu, a także

4)art. 24 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt. 12 i 17 PZP, przez nieuzasadnione zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Anna-Bud, pomimo spełnienia się przesłanki obligatoryjnego wykluczenia z udziału w postępowaniu - wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do okoliczności mającej istotny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania - skutkującej przyznaniem Anna-Bud maksymalnej liczby punktów w jednym z kryteriów oceny ofert, jak również nie wykazania przez ww. wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

5)art. 91 ust. 1 PZP w zw. z art. 824 ust. 4 w zw. z 24 ust. 1 pkt. 12 i 17 PZP poprzez poddanie ocenie Zamawiającego i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Anna-Bud, podlegającej odrzuceniu.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości, a tym samym zażądał:

- a)unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 28 października 2020 r. polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej,
- b)nakazania Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Anna-Bud z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 oraz pkt. 17 PZP,
- c)nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Anna-Bud na podstawie art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 oraz pkt. 17 PZP,
- d)nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z wyłączeniem oferty Anna-Bud,
- e)zasądzenia na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Ponadto, mając na uwadze zasadność rozstrzygnięcia kwestii wartości robót referencyjnych realizowanych na rzecz Wojewódzkiego Domu Kultury w Kielcach, na podstawie § 24 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań - wnosił o zobowiązanie wykonawcy Anna-Bud do przedłożenia harmonogramu rzeczowo- finansowego, stanowiącego załącznik do umowy na realizację inwestycji referencyjnej, zawartej z Wojewódzkim Domem Kultury w Kielcach, oraz kosztorysu ofertowego dla ww. inwestycji.

W ocenie Odwołującego - w niniejszej sprawie zachodziły przede wszystkim przesłanki do wykluczenia wykonawcy Anna-Bud z udziału w postępowaniu w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, zgodnie z którym wyklucza się z udziału w przetargu: „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”.

Zwrócił uwagę, że przepis ten ustanawia obligatoryjną podstawę wykluczenia wykonawcy, zaś na gruncie niniejszej sprawy uznać należy za spełnione wszystkie przesłanki faktyczne warunkujące jego zastosowanie.

Jeżeli chodzi o argumentację Odwołującego dotyczącą działania Zamawiającego pod wpływem błędzauważył, że Zamawiający dokonał czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej (zawiadomienie z dnia 28 października

2020 r.), biorąc pod uwagę ofertę złożoną w imieniu Anna-Bud, w której to ofercie zostały zawarte obiektywnie nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia p. S. P., które to informacje miały wymierny wpływ na rozstrzygnięcie postępowania, albowiem w oparciu o nie Zamawiający dokonał oceny ofert i przyznał wykonawcy Anna-Bud maksymalną liczbę punktów w kryterium Doświadczenie Kierownika budowy.

Nie ulega również wątpliwości dla Odwołującego, że Zamawiający dokonując oceny oferty wykonawcy Anna-Bud istotnie działał pod wpływem błędu, bowiem przyznanie ww. wykonawcy maksymalnej oceny w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika budowy, w oparciu o pięć inwestycji prowadzone przez p. S. P., było możliwe jedynie na skutek uznania, że każde z wykazanych doświadczeń, spełnia kryteria określone w SIWZ.

Argumentował przy tym, że wyeliminowanie chociażby jednej z ww. realizacji jako niespełniającej kryteriów określonych w punkcie 22.7 SIWZ, mając na uwadze ustawowy zakaz uzupełniania treści oferty po dacie jej złożenia oznacza, że Zamawiający nie miał podstaw do przyznania wykonawcy Anna-Bud maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium Doświadczenie Kierownika budowy.

Zdaniem Odwołującego - powyższa analiza wyraźnie zatem wskazuje, że dokonując oceny ofert Zamawiający przyjął, że wszystkie inwestycje wskazane jako doświadczenie zawodowe p. S. P., spełniały wymogi określone w SIWZ, co stanowi błędne założenie w odniesieniu do dwóch realizacji, przy czym wynika to wprost z oświadczeń złożonych przez inwestora.

Odnośnie zarzutu dotyczącego błędu co do zakresu usług świadczonych przez p. S. P. w ramach inwestycji „Remont Zabytkowego Budynku Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach, położonego przy ul. Wojewódzkiej 33” zwrócił uwagę, że Zamawiający dokonując w punkcie 22.7 SIWZ opisu kryterium oceny ofert Doświadczenie Kierownika budowy, jak również w ramach Załącznika nr 1a) wyraźnie wskazał, w jaki sposób będą przyznawane punkty w ramach ww. kryterium. Premiowane miało być doświadczenie kierownika budowy, spełniające następujące wymogi:

- a. stanowisko kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych,
- b. piastowane od rozpoczęcia do zakończenia inwestycji,
- c. inwestycja polegająca na przebudowie budynku zabytkowego,
- d. wartość zadania min. 5 mln zł.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający bardzo precyzyjnie określił, jaki zakres obowiązków kierownika budowy na rozważanych inwestycjach jest relewantny z punktu widzenia wymogów zamawiającego: wyłącznie piastowanie stanowiska kierownika budowy lub robót konstrukcyjno-budowlanych.

Według Odwołującego - powyższe określenie należy ocenić ze wszech miar pozytywnie, albowiem odnosi się nie do nieokreślonego katalogu obowiązków umownych, które na każdej inwestycji mogą być ukształtowane w sposób odmienny, lecz do potwierdzonego dokumentami sprawowania jasno zdefiniowanej przepisami funkcji w budownictwie - do której przypisane są określone uprawnienia, obowiązki oraz odpowiedzialność zawodowa.

Wywodził, że kierownik robót - w tym również kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych - stanowi samodzielną funkcję w budownictwie, w rozumieniu art. 12 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane i jest to osoba, która posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w danej specjalności, za które w ramach danej inwestycji ponosi odpowiedzialność (co wynika z art. 42 prawa budowlanego). Co więcej, zgodnie z przepisami art. 44 i nast. Prawa budowlanego, fakt sprawowania przez daną osobę funkcji kierownika robót musi być odnotowywany w dokumentacji budowy, w szczególności w dzienniku budowy.

Podniósł, że powyższy obowiązek ma przy tym istotne znaczenie, bowiem pozwala w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzić, w oparciu o dziennik budowy, kto w ramach danej inwestycji zajmował stanowisko kierownika robót w danej branży.

Odwołujący przekonywał, że w świetle powyższego, mając na uwadze precyzję Zamawiającego w sformułowaniu kryterium oceny ofert, poprzez posłużenie się wymogiem doświadczenia „na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych”, nie może ulegać wątpliwości, że chodzi właśnie o doświadczenie w sprawowaniu tej funkcji na zasadach i w zakresie określonym przez prawo budowlane - co w odróżnieniu od rozmaitych funkcji kontraktowych, daje Zamawiającemu możliwość porównania doświadczenia.

Zauważył, że deklarując w swej ofercie p. S. P. jako kierownika robót, wykonawca Anna-Bud wskazał na wcześniejsze doświadczenie ww. osoby na stanowisku podlegającym ocenie Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego - wskazanie w ramach podlegającego ocenie doświadczenia inwestycji „Remont

Zabytkowego Budynku Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach, położonego przy ul. Wojewódzkiej 33" należy odczytywać jako deklarację, że S. P. w ramach tej inwestycji był kierownikiem robót - za co wykonawcy należy przyznać punkty w ramach odpowiedniego kryterium. Tak też zinterpretował ofertę wykonawcy Zamawiający, dokonując zaskarżonej czynności.

Podniósł okoliczność wynikającą z pisma z dnia 3 listopada 2020 r. będącego informacją pochodzącą wprost od Inwestora o tym, że „1. Pan S. P. nie był wpisany w Dzienniku Budowy. 2. Pan S. P. nie wykonywał obowiązków kierownika robót przez cały okres realizacji inwestycji pod nazwą: Remont Zabytkowego Budynku Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach, położonego przy ul. Wojewódzkiej 33 (funkcję pełnił od lipca 2014 do lutego 2016).”.

Stwierdził przy tym, że we wspomnianym piśmie znajduje się wyraźne oświadczenie, że p. S. P. nie był kierownikiem robót w ramach ww. inwestycji - a w każdym razie nie w całym okresie realizacji inwestycji (co było wymagane przez Zamawiającego). Co więcej - nie był on wpisany do dziennika budowy.

Nadto zauważył, że inwestycja taka w ogóle nie powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie doświadczenia zawodowego kierownika budowy, bowiem doświadczenie referencyjne zostało opisane jako realizacja robót obejmujących przebudowę, podczas gdy zgodnie z oświadczeniem inwestora, zakres przedmiotowej inwestycji to remont.

Wyjaśnił, że pojęcia te są pojęciami zdefiniowanymi ustawowo - różniącymi się co do istoty prowadzonych prac, ponieważ zgodnie z art. 3 pkt. 7a) oraz pkt. 8) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, ilekroć mowa jest o:

- przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego,

- remoncie - należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Według Odwołującego - różnica jest zatem zasadnicza i sprowadza się do przeprowadzenia robót budowlanych w takim zakresie, o takiej intensywności ingerencji w obiekt, który prowadzi do zmiany istotnych parametrów użytkowych lub technicznych.

Wskazał, że doświadczenia w realizacji takich prac oczekiwał Zamawiający - zaś Anna-Bud zadeklarował w ramach Załącznika 1a), że p. S. P. w ramach inwestycji w Katowicach, zdobył doświadczenie w prowadzeniu właśnie takich robót - ingerujących w istotne parametry budynku. Nie jest to prawdą — inwestor wyraźnie wskazał, że przedmiotem inwestycji był wyłącznie remont, tj. prace odtwarzające stan pierwotny.

Dla Odwołującego sprawowanie przez S. P. w ramach inwestycji Remont Zabytkowego Budynku Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach stanowisko kierownika robót konstrukcyjno - budowlanych „od rozpoczęcia do zakończenia inwestycji”, jest niezgodne z prawdą.

Zarzucił przy tym, że podobnie nie jest prawdą, jakoby doświadczenie w ramach tej inwestycji dotyczyło przebudowy, ingerującej w istotne parametry obiektu.

W konsekwencji dla Odwołującego oczywistym jest, że Zamawiający w tym zakresie pozostawał w błędzie - wywołanym przez wykonawcę Anna-Bud.

W części dotyczącej zarzutu błędu co do zakresu usług świadczonych przez p. S. P. w ramach inwestycji przebudowa budynku dydaktycznego Uniwersytetu Warszawskiego wraz z wewnętrznymi instalacjami: wody, kanalizacji sanitarnej, wentylacji mechanicznej, c.o., elektrycznymi” podniósł, że uwagi zawarte powyżej należy, w drodze analogii, odnieść również do drugiej z inwestycji, wskazanych na potwierdzenie doświadczenia p. S. P. jako kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych.

Zwrócił uwagę, że Wykonawca Anna-Bud zadeklarował w ofercie, że S. P. był kierownikiem robót konstrukcyjno-budowlanych w ramach inwestycji „Przebudowa budynku dydaktycznego Uniwersytetu Warszawskiego wraz z wewnętrznymi instalacjami: wody, kanalizacji sanitarnej, wentylacji mechanicznej, c.o., elektrycznymi”, podczas gdy inwestor - Uniwersytet Warszawski w piśmie z dnia 2 listopada 2020 r. oświadczył, że:

1) S. P. nie został wpisany do dziennika budowy,

2) S. P. występował jako kierownik projektu.

Zauważył, że we wspomnianym piśmie znajduje się wyraźne oświadczenie, że p. S. P. był kierownikiem projektu, a Kierownik projektu nie stanowi samodzielnej funkcji w budownictwie, w odróżnieniu od kierownika robót zakres jego obowiązków nie jest określony przepisami prawa budowlanego, nie jest w żaden sposób odpowiedzialny za wykonywanie robót budowlanych, jak również nie ponosi żadnej osobistej odpowiedzialności za prawidłowość prac budowlanych. Kierownik projektu jest funkcją kontraktową, która może sprowadzać się, w zależności od postanowień danej umowy, wyłącznie do zadań natury organizacyjnej lub koordynującej.

W ocenie Odwołującego - nie można zatem postawić znaku równości pomiędzy sprawowaniem funkcji kierownika projektu, dyrektora kontraktu, koordynatora inwestycji itp. - o niedookreślonym i zróżnicowanym ad casum zakresie obowiązków oraz wyłącznie kontraktowej odpowiedzialności, a określoną ustawowo samodzielną funkcją w budownictwie.

Z powyższego wnioskował, że twierdzenie, jakoby p. S. P. sprawował w ramach inwestycji „Przebudowa budynku dydaktycznego Uniwersytetu Warszawskiego wraz z wewnętrznymi instalacjami: wody, kanalizacji sanitarnej wentylacji mechanicznej, c.o., elektrycznymi” stanowisko kierownika robót, jest niezgodne z prawdą.

W konsekwencji oczywistym jest dla Odwołującego, że Zamawiający w tym zakresie pozostawał w błędzie - wywołanym przez wykonawcę Anna-Bud.

Omawiając odpowiedzialność wykonawcy Anna-Bud za podanie nieprawdziwych informacji w treści oferty, oceniając w dalszej kolejności, czy wykonawca podając nieprawdziwe informacje w treści oferty dołożył należytej staranności czy też dopuścił się lekkomyślności lub niedbalstwa (w tym rażącego niedbalstwa), powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem Odwołującego - ewentualne zastrzeżenia ze strony wykonawcy, że wykazał w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dwie dodatkowe realizacje - w tym zakresie nie ma zastosowania przepis art. 26 ust. 3 PZP (niezależnie od tego, że wezwanie wystosowane w niniejszym postępowaniu nie dotyczyło „zamiany” wskazanych inwestycji).

Wyraził również pogląd, że złożenie nieprawdziwych informacji wyklucza możliwość uzupełnienia dokumentów w powyższym trybie ustawowym, a także, że niedopuszczalne jest przyjmowanie informacji prawdziwych w miejsce wcześniej złożonych nieprawdziwych.

Na tym tle zauważył, że stanowisko Kierownika budowy ma dla Zamawiającego znaczenie kluczowe - skoro uczynił z doświadczenia tej osoby odrębne kryterium oceny ofert.

Według Odwołującego - już na etapie ubiegania się o zamówienie wykonawcy są zobligowani do zabezpieczenia personelu dedykowanego dla inwestycji, legitymującego się określonym doświadczeniem i kwalifikacjami, a zatem wykonawca, działając z należytą starannością już na tym etapie winien zweryfikować, czy dysponuje potencjałem umożliwiającym realizację zamówienia zgodnie z umową.

W przekonaniu Odwołującego – w sytuacji, w której dodatkowe doświadczenie jest nadto premiuwane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, staranność wykonawcy powinna być jeszcze dalej idąca - właściwą miarą jest staranność oczekiwana przy kalkulowaniu ceny. Podstawowym obowiązkiem wykonawcy powinno być sprawdzenie, czy składana przez niego oferta ma pokrycie w rzeczywistości, zwłaszcza w zakresie deklaracji wykraczającej poza minimalny poziom - w zakresie, za który wykonawca oczekuje dodatkowych punktów w ramach oceny ofert.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy podniósł okoliczność, że p. S. P. jest wskazany jako zasób własny wykonawcy Anna-Bud, a zatem wykonawca miał pełną możliwość, aby u źródła zasięgnąć informacji o deklarowanym przez siebie doświadczeniu p. S. P. - w szczególności zaś zweryfikować, czy sprawował jasno wskazane stanowisko kierownika robót o określonych parametrach.

Stwierdził, że wykonawca Anna-Bud miał znacząco większe możliwości weryfikacji składanej przez siebie oferty, w tym doświadczenia p. S. P., niż Odwołujący - który jednakże nie miał większych trudności w uzyskaniu informacji od inwestora, dotyczącej potwierdzenia twierdzeń wskazanych w ofercie.

W tym kontekście działanie wykonawcy Anna-Bud Odwołujący ocenił jako rażąca niedbałość (jeżeli nie wykonał żadnych działań w celu potwierdzenia prawdziwości informacji), a w sytuacji w której wykonawca posiadałby wiedzę na temat rzeczywistego charakteru zaangażowania p. S. P. w poszczególnych inwestycjach - jako celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Zwrócił szczególną uwagę, że Zamawiający w ramach kryterium posługiwał się precyzyjną terminologią za zakresu prawa budowlanego, zdefiniowaną ustawowo, a wobec tego nie sposób przyjąć, aby znaczenie tej terminologii -

różnica między remontem a przebudową, czy istota obowiązków kierownik budowy czy robót - było obce dla wykonawcy Anna-Bud, który od kilkudziesięciu lat zajmuje się robotami budowlanymi.

W każdym z powyższych przypadków – zdaniem Odwołującego – występuje sytuacja, która w świetle art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP oznacza po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia wykonawcy Anna-Bud z udziału w postępowaniu, co skutkuje odrzuceniem jego oferty i wyborem oferty najkorzystniejszej z pominięciem jego oferty, co potwierdza ten wykonawca w swoim piśmie skierowanym do Zamawiającego w dniu 5 listopada 2020 r.

Niezależnie od wykazanego powyżej wprowadzenia Zamawiającego w błąd, zarzucił, że wykonawca Anna-Bud nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem wybór jego oferty nastąpił w sposób niezgodny z przepisami PZP, również w tym zakresie.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w SIWZ z dnia 09 lipca 2020 r., zmienionej w dniu 6 sierpnia 2020 r., w klauzuli 9 sprecyzował warunki udziału w postępowaniu, gdzie w punkcie 9.4.2 ppkt a) tiret drugie, przedstawił warunki, jakie powinien spełnić oferent w zakresie doświadczenia przy realizacji inwestycji zabytkowych wykonywanych pod nadzorem Konserwatora Zabytków.

Wskazał, że zgodnie z SIWZ Zamawiający wymagał, aby podmiot składający ofertę wykazał następujące doświadczenie:

„Jedno zadanie polegające na remoncie lub wykonaniu przebudowy budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na terenie ochrony konserwatorskiej, gdzie zrealizowano roboty pod nadzorem konserwatora zabytków o wartości minimum 7 000 000,00 zł brutto polegające na wykonaniu robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z :

- a. Podbiciem ścian podpiwniczenia lub,
- b. Wzmocnieniem i wymianą ścian lub,
- c. wzmocnieniem i wymianą stropów lub,
- d. wymianą istniejącego pokrycia dachowego lub,
- e. wymianą fasady budynku lub,
- f. innymi robotami konstrukcyjnymi lub odtworzeniowymi na budynku.

Jako wykonanie (zakończenie) inwestycji należy rozumieć, że dla obiektu uzyskano pozwolenie na użytkowanie.

Na wymaganą wartość minimum 7 000 000,00 zł brutto, można wykazać się jednym z rodzajów robót wskazanych w opisie warunku lub dowolną ilością rodzajów robót wskazanych w opisanym warunku”.

Z powyższego postanowienia SIWZ Odwołujący wnioskował, że wartość 7 000 000 zł określona przez Zamawiającego dotyczy ściśle określonych specjalistycznych robót, kwalifikujących się w jednej z sześciu wymienionych kategorii, wykonywanych pod nadzorem konserwatorskim, a nie wartości całej inwestycji referencyjnej.

Dalej, zaznaczył, że na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku wykonawca Anna-Bud wskazał w JEDZ jako budowę referencyjną inwestycję:

„Rozbudowa i nadbudowa istniejącej Sali gimnastycznej i zaplecza w Wojewódzkim Domu Kultury w Kielcach wraz z zagospodarowaniem otoczenia w celu dostosowania tych obiektów do nowych funkcji kulturalnych w Kielcach.”

Wartość Robót: 11 601 515,27 zł brutto;

Okres realizacji: 08.2019 - 09.2020r.

Jako roboty referencyjne (wymagane na spełnienie warunku SIWZ) wskazał :

- Roboty konstrukcyjne;
- Wymiana istniejącego pokrycia dachowego.

W opinii Odwołującego - dla pełnej oceny oferty złożonej przez ANNA-BUD w świetle warunków określonych przez Zamawiającego, niezbędna jest weryfikacja dokumentów, które w sposób jednoznaczny wskazywać będą, czy wartość robót realizowanych w ramach w.w. zadania wskazanych przez ANNA-BUD jako spełniających wymogi Zamawiającego tj.

- Roboty konstrukcyjne;
 - Wymiana istniejącego pokrycia dachowego.
- sumować się będzie na kwotę minimalną tj. 7 000 000,00 zł brutto.

Zdaniem Odwołującego - wobec faktu, iż Zamawiający oczekuje wartości „zbudowanej” jedynie przez określone rodzaje robót, bezwartościowa jest deklaracja mówiąca jedynie o wartości całej inwestycji, czy też określonego zakresu prac - szerszego niż referencyjny.

Podniósł, że wykonawca Anna-Bud nie złożył żadnego oświadczenia, w którym deklarowałby wartość wymienionych wyżej robót referencyjnych i nie ma również oświadczenia, które wprost deklarowałoby, że roboty konstrukcyjne i wymiana pokrycia dachowego opiewały na kwotę 7 mln. zł, a także to, że dokumenty złożone przez Anna-Bud, do których Wykonawcy udzielono dostępu, nie pozwalają na ustalenie, czy wartość wykonanych robót, spełniających warunki ustalone przez Zamawiającego, osiąga wartość 7 mln zł brutto.

Zaznaczył przy tym, że dla robót kierowanych przez p. S. P. wskazano ich dokładną wartość - w oświadczeniu wykonawcy.

Podniósł, że oświadczenie w tym przedmiocie w żaden sposób nie pojawiło się w niniejszym postępowaniu - tym samym uniemożliwiając jego weryfikację pod kątem prawdziwości, również na poziomie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wyjaśnił, że kwestia ta była przedmiotem interwencji, który zwrócił się z wnioskiem o udzielenie informacji, w zakresie ustalonej przez Zamawiającego wartości robót referencyjnych, oraz podstawy na jakiej Zamawiający ustalił, że roboty referencyjne były warte powyżej 7 mln. zł, a z udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi wynika, że w istocie Zamawiający nie wie, jaka była wartość robót referencyjnych.

Poza opisaniem dokumentu JEDZ, złożonego przez wykonawcę Anna-Bud, oraz przywołaniu treści rozporządzenia, Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na pytania postawione przez Odwołującego.

Podniósł, że na gruncie powyższych okoliczności - w tym pisma pełnomocnika Zamawiającego z dnia 3 listopada 2020 r. - nie sposób nawet mówić o tym, aby Zamawiający był świadomy potencjału wykonawcy (skoro jest on przywoływany jako osobista wiedza jednego z pełnomocników) - a co dopiero, aby potencjał ten był przez wykonawcę Anna-Bud wykazany.

Wyjaśnił, że z pisma Zamawiającego wynika, że weryfikacja doświadczenia w kwestionowanym zakresie odbyła się wyłącznie w oparciu o wykaz usług - w którym wykonawca Anna-Bud nie podał wartości robót referencyjnych, lecz przytoczył wartość całej inwestycji (będącą bez znaczenia w świetle tego warunku), oraz powtórzył treść SIWZ, co uniemożliwia całkowicie weryfikację prawdziwości oświadczenia wykonawcy ws. spełniania wyżej wymienionego warunku.

Zaznaczył również, że pełnomocnik Zamawiającego wskazał, że w odniesieniu do usługi wykonanej na rzecz Wojewódzkiego Domu Kultury: „Wyżej wskazany wykonawca wskazał wszystkie wymienione zakresy i na końcu dodał że wykonano m.in. roboty konstrukcyjne, wymianę istniejącego pokrycia dachowego”.

W związku z tym stwierdził, że powyższe nie jest prawdą, bowiem z opisu przedmiotu zamówienia i dostępnych kosztorysów, dotyczących inwestycji w Wojewódzkim Domu Kultury - nie ma wymienionego np. podbicia fundamentów.

Postawił przy tym pytanie, że Jeżeli wykonawca Anna-Bud wykonał rzekomo wszystkie wymienione rodzaje robót referencyjnych, to dlaczego w JEDZ wskazał tylko „Roboty konstrukcyjne i wymiana pokrycia dachowego”?

Nie ulega wątpliwości dla Odwołującego, że Wykonawca wykonał na zadaniu wszystkie roboty, bo zadanie zostało skończone, lecz nie wszystkie roboty na tym zadaniu to roboty referencyjne (według SIWZ), które muszą dać łączną wartość 7 mln. zł - ta kwestia nie została przez wykonawcę Anna-Bud w żadnej mierze wykazana, zaś przez Zamawiającego - zbadana.

Podniósł, że na zakres przedmiotu zamówienia WDK składały się roboty jak poniżej. Cały ten zakres został wyceniony na kwotę: 11 601 515,27 zł (brutto).

Zdaniem Odwołującego - większość zakresu prac, to roboty, które wprost nie stanowią robót referencyjnych czyli nie polegają na wykonaniu (cytat z SIWZ) robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z:

- a) Podbiciem ścian podpiwniczenia lub,
- b) Wzmocnieniem i wymianą ścian lub,
- c) wzmocnieniem i wymianą stropów lub,
- d) wymianą istniejącego pokrycia dachowego lub,
- e) wymianą fasady budynku lub,
- f) innymi robotami konstrukcyjnymi lub odtworzonymi na budynku.

Zakres Przedmiotu Zamówienia WDK:

I. W Zakresie zagospodarowania terenu dokumentacja projektowa obejmuje:

- Usunięcie kolizji energetycznych,
- Zagospodarowanie działki z uwzględnieniem zapewnienia komunikacji wewnętrznej spełniającej wymogi drogi

pożarowej dla obiektu, zjazdu z al. Legionów, miejsc parkingowych, oraz stworzenia przestrzeni dla organizowania giełdy kolekcjonerskiej na terenie od Al. Legionów,

- Zagospodarowanie i wymianę posadzki na terenie dziedzińca wewnętrznego w dostosowaniu do realizacji imprez plenerowych,

- Wykonanie na ww. terenie remontu kanalizacji deszczowej i dyspozycji odprowadzenia wód deszczowych,

- Remont ogrodzenia wraz z nowymi elementami bramy i furtki od al. Legionów,

- wykonanie i montaż osłony śmietnikowej,

- Rozbudowa i nadbudowa istniejącej sali gimnastycznej i zaplecza w Wojewódzkim Domu Kultury w Kielcach w celu dostosowania tych obiektów do nowych funkcji kulturalnych - sala wielofunkcyjna,

2. W zakresie rozbudowy, nadbudowy i przebudowy obiektu dokumentacja projektowa obejmuje:

- Roboty wyburzeniowe i demontaże.

- Prace budowlano montażowe.

- Instalacje i wyposażenie elektryczne i teletechniczne w zakresie:

- Zasilanie w energię elektryczną

- Tablice główne, wewnętrzne linie zasilające

- Tablice bezpiecznikowe

- Instalacja gniazd 230V i oświetlenia

- System sygnalizacji pożarowej

- Telewizja dozorowa

- Sieć strukturalna

- Instalacja sygnalizacji włamaniowej

- Instalacja paneli fotowoltaicznych

- Instalacja odgromowa dla ochrony paneli

- Ochrona przeciwporażeniowa

- Ochrona przepięciowa

- Układ pomiarowo - rozliczeniowy

- Ochrona od porażień

- Instalacje kanalizacji i wody.

- Instalacja co i ct.

- Instalacja wentylacji mechanicznej i klimatyzacji.

- Mechanika sceniczna i okotowanie.

- Instalacje i wyposażenie elektroakustyczne.

- Instalacje i wyposażenie oświetlenia scenicznego.

- Instalacje i wyposażenie systemu projekcji multimedialnej.

W związku z powyższym stwierdził, że z całego powyższego zakresu jedynie Rozbudowa i nadbudowa istniejącej sali gimnastycznej i zaplecza oraz Prace budowlano montażowe mogą (nie muszą) stanowić zakres robót referencyjnych, sumujących się na kwotę: 7 mln zł. brutto - przy czym z przedmiarów tych robót wynika, że w zakresie Prac budowlano montażowych są roboty, które również nie są wprost robotami referencyjnymi jak np.

- Roboty ziemne;

- Winda osobowa;

- Meble i wyposażenie ruchome.

Mając na uwadze relację robót referencyjnych w rozumieniu niniejszego postępowania, do całości zadania inwestycyjnego, jak Odwołujący przedstawił wątpliwość - czy ta relatywnie niewielka część prac, była warta 7 mln. zł, bowiem z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę Anna-Bud nie wynika konkretna wartość robót referencyjnych - przytoczono jedynie treść SIWZ, co Zamawiający uznał za wystarczające.

Zarzucał, że Zamawiający jak i wykonawca Anna-Bud potraktowali rzeczony warunek udziału w postępowaniu wyłącznie w sposób formalny, nie podejmując żadnych działań w celu wykazania jego spełnienia. Zarzut ten w równym stopniu obciąża wykonawcę jak Zamawiającego, bowiem ich postawa w tym zakresie wyrażała taki sam brak zainteresowania materialnym aspektem warunku udziału w postępowaniu - czemu Zamawiający dał zresztą wyraz w

odpowiedzi udzielonej Odwołującemu.

Przyznał, że nawet zakładając, że wykonawca Anna-Bud spełnia warunek udziału w postępowaniu (co w ocenie Odwołującego budzi poważne wątpliwości), to nie sposób stwierdzić, aby zostało to Zamawiającemu wykazane - i to pomimo wystosowania wezwania do złożenia stosownych dokumentów, a zatem w tych okolicznościach zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania - a w konsekwencji, konieczność powtórzenia czynności oceny ofert, z wyłączeniem oferty Anna-Bud.

W dniu 12 listopada 2020 r. zgłosił swoje Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Anna-Bud sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego.

W odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 30 listopada 2020 r. ten wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odwołania, oferty Przystępującego wraz z załączonymi dokumentami, pisma Odwołującego z dnia 16 października 2020 r. do Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach i odpowiedzi tego podmiotu z dnia 3 listopada 2020 r., pisma Odwołującego z dnia 16 października 2020 r. do Uniwersytetu Warszawskiego i odpowiedzi tego podmiotu z dnia 2 listopada 2020 r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 października 2020 r., zgłoszenia Przystępującego z dnia 12 listopada 2020 r. odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 30 listopada 2020 r. wraz załącznikami, pisma procesowego Przystępującego z dnia 30 listopada 2020 r. wraz z załącznikami, jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.24 ust.1 pkt 12 i art.24 ust.1 pkt 17, art.24 ust.4, art.26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a także art.91 ust.1 Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu podania nieprawdziwych informacji oraz niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podjął się próby wykazania, że Przystępujący 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.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy jednak nie potwierdził tego zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 22.6 SIWZ postanowił, że w odniesieniu do Wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu komisja dokona oceny ofert na podstawie kryterium: Doświadczenie Kierownika Budowy - 20%.

Ponadto, Izba stwierdziła, że w pkt 22.7 SIWZ Zamawiający uregulował szczegółowe zasady według których punkty przyznawane za kryteria będą liczone wg następujących wzorów: Doświadczenie Kierownika Budowy:

Doświadczenie na stanowisku/stanowiskach: Kierownik Budowy lub Kierownik Robót Konstrukcyjno – Budowlanych (od rozpoczęcia do zakończenia inwestycji) przy realizacji robót obejmujących przebudowę budynku wpisanego do rejestru zabytków o wartości zadania co najmniej: 5 000 000,00 PLN brutto polegające na wykonaniu robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z podbiciem ścian podpiwniczenia lub wzmocnieniem i wymianą ścian lub wzmocnieniem i wymianą stropów lub wymianą istniejącego pokrycia dachowego lub wymianą fasady budynku lub inne roboty konstrukcyjne lub odtworzeniowe, Wykonawca otrzyma punkty za:

- jedną zakończoną inwestycję - 0 pkt
- dwie zakończone inwestycje - 5 pkt
- trzy zakończone inwestycje - 10 pkt
- cztery zakończone inwestycje - 15 pkt
- pięć zakończonych inwestycji - 20 pkt

Informację na temat każdej kierowanej inwestycji należy wskazać w załączniku nr 1a do formularza ofertowego

podając nazwę, datę zakończenia inwestycji, podmiot na rzecz, którego inwestycja została zrealizowana (Zamawiający) oraz zakres i wartość robót, którymi kierował. Nie złożenie wskazanego załącznika, bądź nie wskazanie którejkolwiek z wymaganych wyżej informacji będzie skutkowało nie przyznaniem punktów w niniejszym kryterium oceny ofert.

Zamawiający unormował przy tym, że maksymalna ilość punktów jakie może otrzymać oferta za dane kryterium to 20 pkt.

Ustalono również, że w pkt.13.1.3 SIWZ opisano wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia sporządzone pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, gdzie postanowiono, że w terminie wyznaczonym na składnię ofert należy złożyć Wykaz osób do punktacji (załącznik nr 1a).

W związku z tym Izba stwierdziła, że w wykonaniu powyższych postanowień SIWZ Przystępujący taki wykaz złożył, gdzie pod kolumną Kwalifikacje zawodowe tj. rodzaj i numer uprawnień budowlanych podał osobę S. P. wskazanego na pełnioną funkcję wraz następującymi informacjami będącymi przedmiotem sporu co do ich prawdziwości i w związku z tym wprowadzającymi – według twierdzenia Odwołującego - Zamawiającego w błąd:

„4. Nazwa inwestycji: Przebudowa budynku dydaktycznego Uniwersytetu Warszawskiego wraz z wewnętrznymi instalacjami: wody, kanalizacji sanitarnej, wentylacji mechanicznej, c.o., elektrycznymi. W ramach zadania wykonano m.in. kompleksowy remont budynku pod klucz wraz z wykonaniem robót konstrukcyjnych, wzmocnieniem i wymianą ścian, wymiana stolarki drzwiowej i okiennej, wymianą pokrycia dachowego. Budynek wpisany do rejestru zabytków. Pełniona funkcja: Kierownik Robót. Data zakończenia inwestycji: październik 2018 Zamawiający: Uniwersytet Warszawski Wartość inwestycji : 7 880 042,66 zł brutto

5. Nazwa inwestycji: Remont Zabytkowego Budynku Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach, położonego przy ul. Wojewódzkiej 33. W ramach zadania wykonano m.in. remont budynku, wzmocnienie ścian, wymianę pokrycia dachowego wraz z więźbą. Budynek wpisany do rejestru zabytków. Pełniona funkcja: Kierownik Robót. Data zakończenia inwestycji: luty 2016 Zamawiający: Akademia Muzyczna im Karola Szymanowskiego w Katowicach Wartość inwestycji : 8 487 000,00zł brutto.

Nadto, Izba ustaliła, że w Części IV lit. C JEDZ Przystępujący w zakresie Kryteriów kwalifikacji w odniesieniu do kryteriów kwalifikacji (sekcja lub sekcje A–D w niniejszej części) wykonawca oświadczył, w części dotyczącej zdolności technicznej i zawodowej, że następującym wykształceniem i kwalifikacjami zawodowymi legitymuje się:

a) sam usługodawca lub wykonawca: lub (w zależności od wymogów określonych w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia):

b) jego kadra kierownicza:

wskazując osobę S. P. z opisem jego kwalifikacji zawodowych tj. rodzajem i numerem uprawnień wskazując jego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjnobudowlanej posiadającym minimum 5 letnie doświadczenie jako kierownik budowy w tym kierował jedną budową przez cały okres realizowanej inwestycji polegającą na remoncie lub przebudowie istniejącego budynku wpisanego do rejestru zabytków o wartości minimum 20 000 000,00 zł brutto polegające na wykonaniu robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z podbiciem ścian podpiwniczenia lub wzmocnieniem i wymianą ścian lub wzmocnieniem i wymianą stropów lub wymianą istniejącego pokrycia dachowego lub wymianą fasady budynku lub inne roboty konstrukcyjne lub odtworzeniowe Nr uprawnień SWK/0132/OWOK/12. Doświadczenie zostało nabyte na następujących inwestycjach:

4. Przebudowa budynku dydaktycznego Uniwersytetu Warszawskiego wraz z wewnętrznymi instalacjami: wody, kanalizacji sanitarnej, wentylacji mechanicznej, c.o., elektrycznymi. W ramach zadania wykonano m.in. kompleksowy remont budynku pod klucz wraz z wykonaniem robót konstrukcyjnych, wzmocnieniem i wymianą ścian, wymiana stolarki drzwiowej i okiennej, wymianą pokrycia dachowego. Budynek wpisany do rejestru zabytków. Pełniona funkcja: Kierownik Robót..... (nazwa inwestycji) Październik 2017 - październik 2018 (okres realizacji) 7 880 042,66 zł brutto (wartość)

5. Remont Zabytkowego Budynku Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach, położonego przy ul. Wojewódzkiej 33. W ramach zadania wykonano m.in. remont budynku, wzmocnienie ścian, wymianę pokrycia dachowego wraz z więźbą. Budynek wpisany do rejestru zabytków. Pełniona funkcja: Kierownik Robót..... (nazwa inwestycji) lipiec 2014 - luty 2016 (okres realizacji) 8 487 000,00zł brutto (wartość).

Odnosząc się do dowodu zgłoszonego przez Odwołującego w postaci pisma Odwołującego z dnia 16

października 2020 r. do Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach i odpowiedzi tego podmiotu z dnia 3 listopada 2020 r. Izba uznała, że odpowiedź ta wskazuje na bezsporną okoliczność potwierdzającą pełnienie przez S. P. funkcji kierownika robót od lipca 2014 do lutego 2016 zgodnie z powyższymi wymaganiami SIWZ. Fakt ten został również na rozprawie przyznany przez pełnomocnika Odwołującego.

Powyższe okoliczności potwierdzają również następujące dowody przedłożone przez Przystępującego:

- nr 1 – odpis referencji z lutego 2016r. Akademii Muzycznej im. Karola Szymanowskiego w Katowicach,
- nr 2 - Harmonogram realizacji inwestycji,
- nr 3 – odpis z dziennika budowy nr 134/2014, Tom I.,
- nr 4 – odpis oświadczenia Przystępującego JEDZ j.w.

Izba za nieuprawnioną uznała interpretację Odwołującego sugerującą rzekome wymaganie związane z przyznawaniem dodatkowych punktów przez Zamawiającego zawarte w SIWZ polegające na obowiązku wykazania się wykonawców kwalifikacjami zawodowymi również w okresie, gdy nie były wykonywane roboty budowlane, to jest już od chwili zawarcia umowy, bowiem z treści SIWZ wynika jednoznacznie, że doświadczenie ma być nabywane „...przy realizacji robót...”.

Powyższe sformułowanie – zdaniem Izby – przesądza o tym, że okres referencyjny „...(od rozpoczęcia do zakończenia inwestycji)...należało rozumieć jako obejmujący jedynie czas realnego zdobywania doświadczenia przy realizacji robót.

Poza tym, Izba dostrzegła, że Zamawiający w SIWZ nie ustanowił w omawianym warunku obowiązku wpisania funkcji kierownika robót w dzienniku budowy, co czyni dowód z pisma z dnia 3 listopada 2020 r. za nieprzydatny dla oceny zgłoszonego przez Odwołującego zarzutu przedstawienia przez Przystępującego informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego.

Nie jest również precyzyjna informacja podana przez Akademię Muzyczną im. Karola Szymanowskiego w Katowicach w pkt 3 cyt. pisma, bowiem ten posłużył się przyporządkowaniem zakresu przedmiotowej inwestycji do nazwy, którą był remont.

Według zapatrywania Izby – zdanie „Zakres przedmiotowej inwestycji zgodnie z nazwą to remont” jest prawdziwe, jednak jego treść nie decyduje o tym czym w istocie były na tym zadaniu realizowane prace stanowiące również przebudowę budynku wpisanego do rejestru zabytków o wartości zadania co najmniej: 5 000 000,00 PLN brutto polegające na wykonaniu robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z podbiciem ścian podpiwniczenia lub wzmocnieniem i wymianą ścian lub wzmocnieniem i wymianą stropów lub wymianą istniejącego pokrycia dachowego lub wymianą fasady budynku lub inne roboty konstrukcyjne lub odtworzeniowe.

Materiał dokumentacyjny sprawy wskazuje, że roboty referencyjne obejmowały również obok prac remontowych również wymianę części stolarki okiennej, przebudowę ścianek działowych zaplecza oraz przebudowę instalacji wewnętrznych, co potwierdzają następujące dowody przedłożone przez Przystępującego:

- nr 5 – odpis umowy z dnia 18 czerwca 2014 r. na roboty budowlane ZP/AM/1/2014,
- nr 6 – odpis pozwolenia nr 243/2012 z dnia 20 grudnia 2012 r.,
- nr 7 – odpis projektu wykonawczego ze stycznia 2013 r.,
- nr 8 – odpis projektu budowlanego – część 4 z października 2012 r.,
- nr 9 – odpis projektu wykonawczego ze stycznia 2013 r.

Wymaga wskazania, że pojęcie przebudowy zostało uregulowane w art.3 pkt 7a ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333; zm.: Dz. U. z 2020 r. poz. 471.), zwanej dalej ustawą Prawo budowlane gdzie ilekroć w ustawie jest mowa o przebudowie - należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

W ocenie Izby – wskazany w powyższych dowodach Przystępującego zakres robót budowlanych świadczy o zmianie wielu parametrów technicznych i użytkowych obiektu budowlanego, co oznacza, że jego oświadczenie zawarte zarówno w JEDZ, jak i w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia do punktacji nie mogło stanowić informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, tym bardziej, że wykonawca podał nazwę zadania wskazując na remont i ogólny zakres przebudowy, co Zamawiający mógł sprawdzić.

Przechodząc do oceny drugiego dowodu Odwołującego z pisma z dnia 2 listopada 2020 r. Uniwersytetu Warszawskiego aktualny jest pogląd Izby, że brak wpisu kierownika robót w dzienniku budowy może co najwyżej potwierdzać okoliczność nie udokumentowania części robót przez ten podmiot, lecz nie świadczy o tym, że osoba ta nie wykonywała tej funkcji.

Zresztą stosownie do art.45 ust.3 ustawy Prawo budowlane za prowadzenie dziennika budowy odpowiada kierownik budowy, wobec czego należało przyjąć, że to ten podmiot dokumentował przebieg inwestycji, a kierownik robót nie miał takiego obowiązku.

Należy zauważyć, że stanowisko Izby potwierdza również informacja powyższego inwestora, który przyznał, że S. P. występował w trakcie budowy jako kierownik projektu i widniał w notatkach koordynacyjnych oraz protokole końcowym.

Ostatecznie, fakt potwierdzający prawdziwość informacji przedstawionych przez Przystępującego wykazuje jego dowód nr 10 z oświadczenia/poświadczenia Uniwersytetu Warszawskiego, z którego jednoznacznie wynika, że S. P. pracował jako Kierownik Robót/Kontraktu.

Jednocześnie Odwołujący nie wskazał takiego postanowienia SIWZ zakazującego łączenia tych dwóch funkcji, co w konsekwencji prowadzi do obalenia zarzutu odwołania w tym zakresie.

Mając na uwadze powyższe uregulowania SIWZ oraz oświadczenia Przystępującego, jak również omówione na wstępie dowody - zdaniem Izby – Odwołujący nie udowodnił przesłanek z przepisu art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi, że 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.

Idąc dalej, Izba poczyniła ustalenia niezbędne do oceny kolejnego zarzutu odwołania w zakresie spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Izba ustaliła w zakresie koniecznym do rozstrzygnięcia sprawy, że Zamawiający w pkt 9.4.2. lit. a) SIWZ dokonał opisu warunków podmiotowych i sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz braku podstaw do wykluczenia dotyczących posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wykonanych robót budowlanych wskazanych w JEDZ.

Izba stwierdziła, że na potwierdzenie niniejszego warunku należało złożyć wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty;

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał:

- dwa zadania inwestycyjne polegające na budowie, przebudowie lub rozbudowie obiektu kubaturowego każde o wartości powyżej 50 000 000,00 zł brutto; oraz

- jedno zadanie polegające na remoncie lub wykonaniu przebudowy budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na terenie ochrony konserwatorskiej, gdzie zrealizowano roboty pod nadzorem konserwatora zabytków o wartości robót minimum 7 000 000,00 zł brutto polegające na wykonaniu robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z:

- a) wzmocnieniem i wymianą ścian lub,
- b) wzmocnieniem i wymianą stropów lub,
- c) wymianą istniejącego pokrycia dachowego lub,
- d) wymianą fasady budynku lub,
- e) innymi robotami konstrukcyjne lub odtworzeniowe na budynku. Jako wykonanie (zakończenie) inwestycji należy rozumieć, że dla obiektu uzyskano pozwolenie na użytkowanie.

Na wymaganą wartość minimum 7 000 000,00 zł brutto, można wykazać się jednym z rodzajów robót wskazanych w opisie warunku lub dowolną ilością rodzajów robót wskazanych w opisanym warunku. Do każdej pozycji wykazu należy załączyć dowody określające, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Przedmiotem sporu była objęta inwestycja Wojewódzkiego Domu Kultury im. J. Piłsudskiego ul. Ściegiennego 2; 25-033 Kielce.

Izba stwierdziła, że w tej mierze w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Przystępujący złożył oświadczenie w JEDZ w postaci wykazu następującej treści:

„...Rozbudowa i nadbudowa istniejącej Sali gimnastycznej i zaplecza w Wojewódzkim Domu Kultury w Kielcach wraz z zagospodarowaniem otoczenia w celu dostosowania tych obiektów do nowych funkcji kulturalnych” w Kielcach zadanie polegające na remoncie lub wykonaniu przebudowy budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na terenie ochrony konserwatorskiej, gdzie zrealizowano roboty pod nadzorem konserwatora zabytków o wartości robót minimum 7 000 000,00 zł brutto polegające na wykonaniu robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z:

- a) podbiciem ścian podpiwniczenia lub,
- b) wzmocnieniem i wymianą ścian lub,
- c) wzmocnieniem i wymianą stropów lub,
- d) wymianą istniejącego pokrycia dachowego lub,
- e) wymianą fasady budynku lub, innymi robotami konstrukcyjne lub odtworzeniowe na budynku.

W ramach zadania wykonano m.in. Roboty konstrukcyjne, Wymiana istniejącego pokrycia dachowego.”.

Rozpoznając przedmiotową sprawę należy zwrócić uwagę, że Zamawiający wyraźnie przyjął w SIWZ jak wyżej, że na potwierdzenie niniejszego warunku należało złożyć jedynie wykaz robót budowlanych i taki wykaz został przez Przystępującego złożony.

Wymaga wskazania, że Zamawiający w SIWZ nie przewidział prowadzenia postępowania ex officio weryfikującego wartość robót referencyjnych.

Niemniej jednak, Izba zauważyła, że Odwołujący nie przedstawił w zakresie tego zarzutu żadnego dowodu, chcąc przerzucić ciężar dowodu na Zamawiającego i Przystępującego.

W związku z tym Izba oddaliła wniosek Odwołującego o zobowiązanie wykonawcy Anna-Bud do przedłożenia harmonogramu rzeczowo - finansowego, stanowiącego załącznik do umowy na realizację inwestycji referencyjnej, zawartej z Wojewódzkim Domem Kultury w Kielcach, oraz kosztorysu ofertowego dla ww. inwestycji.

W myśl przepisu art.190 ust.1 zd.1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Należy wskazać, że stosownie do art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

W przekonaniu Izby – zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący skutecznie przedstawili dowody oddalające ten zarzut odwołania.

Izba oparła się o przedłożony przez Zamawiającego odpis dokumentu stanowiącego wyodrębnienie z kosztorysów i aneksów dotyczących spornego zadania robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych związanych z:

- a) podbiciem ścian podpiwniczenia lub,
- b) wzmocnieniem i wymianą ścian lub,
- c) wzmocnieniem i wymianą stropów lub,
- d) wymianą istniejącego pokrycia dachowego lub,
- e) wymianą fasady budynku lub, innymi robotami konstrukcyjne lub odtworzeniowe na budynku oszacowanych na kwotę 7 624 267, 60 zł sporządzonego przez inspektora nadzoru biorącego udział w przedmiotowej inwestycji inż. R. H.

Podobną wartość robót referencyjnych wynoszącą 7 507 418,01 zł brutto niezależnie od powyższych danych podał również Przystępujący w swoim dowodzie nr 11 stanowiącym wyszczególnienie robót konstrukcyjnych i odtworzeniowych.

Izba przyjęła powyższe wyliczenia na podstawie odpisów dokumentów źródłowych (dowody od nr 12 do 21) w poczet materiału dowodowego.

Ostatecznie, uznając, że powyższe wyliczenia zostały sporządzone niezależnie przez dwa inne podmioty i zawierają nieznaczące różnice wartościowe mieszczące się w granicach przekraczających 7 000 000,00 zł brutto, Izba

stanęła na stanowisku, że Przystępujący sporny warunek spełnił.

Jednocześnie Izba oddaliła dowody Odwołującego zawarte w załączniku z dnia 2 grudnia 2020 r. do protokołu rozprawy z dnia 30 listopada 2020 r. na zasadzie art.190 ust.1 zd.2 ustawy Pzp, zgodnie z którym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Jednocześnie, Izba nie dostrzegła uzasadnienia do skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji przepisu art.26 ust.3 i 4 ustawy Pzp, jako, że miał on zarówno oświadczenie wykonawcy, jak i wiedzę o wartości robót referencyjnych.

Ostatecznie, konsekwencją powyższej argumentacji przyjętej przez Izbę musi być uznanie, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.91 ust.1 ustawy Pzp jest bezzasadny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....