

WYROK

z dnia 28 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2020 r. przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Puławy**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. z siedzibą w Jędrzejowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Miastu Puławy unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. z siedzibą w Jędrzejowie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.
 2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
 3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miasto Puławy**, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Puław** na rzecz wykonawcy **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Puławy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Przebudowa Puławskiego Ośrodka Kultury „Dom Chemika” etap II – budowa Mediateki, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 sierpnia 2020 r. pod numerem 578170-N-2020.

Wykonawca - ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) w dniu 14 października 2020 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego z dnia 9 października 2020 roku, tj. od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., mimo, że wskazany wykonawca 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;
ewentualnie
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., mimo, że wskazany 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;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., mimo, że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
- 4) art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. jako najkorzystniejszej, mimo, że wskazany wykonawca powinien zostać wykluczony, a jego oferta powinna zostać odrzucona;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. z uwagi na złożenie jej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A.;
- 2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
- 3) wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania, a w konsekwencji jego oferta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał, że w pkt V ppkt 2 lit. c) SIWZ zamawiający wskazał m.in., że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia „winien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego dla celów kultury o kubaturze minimum 18 000,00m³.” Ponadto, zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez zamawiającego w trakcie postępowania przetargowego z dnia 1 września 2020 roku, inwestycje referencyjne powinny dotyczyć konkretnych obiektów, tj. teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, mediateki, domy kultury. Odwołujący przytoczył treść zapytania wykonawcy i odpowiedzi zamawiającego:

„3. Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy w ramach potwierdzenia zdolności wykazali że „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego dla celów kultury o kubaturze minimum 18 000,00 m³”.

Prosimy o potwierdzenie, że określenie „budynek użyteczności publicznej przeznaczonego dla celów kultury” dotyczy wszystkich budynków zaliczanych do IX kategorii obiektów budowlanych wyszczególnionych w Prawie Budowlanym.”.

Odpowiedź: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy w ramach potwierdzenia zdolności wykazali, że należycie wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną, polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury tj.: teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, mediateki, domy kultury. Zamawiający nie wyraża zgody, aby Wykonawcy w ramach potwierdzenia zdolności wykazywali wykonywanie innych obiektów wskazanych w kategorii IX”.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że celem wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. wskazał w pierwszej kolejności jako inwestycję referencyjną inwestycję, której przedmiotem była „budowa budynku „Centrum Komunikacji Medialnej i informacji Naukowej w Kielcach ul. Świętokrzyska”. Jednocześnie w odniesieniu do wskazanej inwestycji referencyjnej wykonawca oświadczył, że jej przedmiotem była „budowa budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury”. Zakres realizacji dla wskazanego zadania inwestycyjnego zgodnie z przedstawionym wykazem robót obejmować miał budowę budynku wraz z instalacjami wewnętrznymi, wyposażeniem meblowym oraz zagospodarowaniem terenu, zaś poszczególne kondygnacje przeznaczono dla instytucji: 1 piętro - instytut bibliotekarstwa i dziennikarstwa, 2 piętro - instytutu filologii polskiej, 3 piętro - instytut historii, a w budynku oprócz typowych pomieszczeń znajdują się sale wykładowe, studio telewizyjne, studio radiowe, studio fotograficzne.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego - w piśmie z dnia 7 października 2020 roku - wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. udzielił wyjaśnień, a także przedstawił zmodyfikowany wykaz inwestycji referencyjnych. Wykaz ten został poszerzony o dodatkowe inwestycje referencyjne, tj. o: zadanie inwestycyjne oznaczone jako: „Wykonanie prac budowlano konserwatorskich w ramach projektu Narodowe Perły Klasztoru OO Paulinów Jasna Góra w Częstochowie - ochrona kulturowego dziedzictwa europejskiego”, którego przedmiotem w ocenie wskazanego wykonawcy była „przebudowa budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury”, a także o zadanie inwestycyjne oznaczone jako „Budowa szkoły w Dąbrowie Leśnej”, którego przedmiotem w ocenie wykonawcy była „budowa budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury”.

Zdaniem odwołującego, przedstawione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. inwestycje referencyjne nie pozwalają przyjąć, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący dodał, iż ww. wykonawca w odniesieniu do każdej z podanych przez siebie inwestycji referencyjnych podał informacje wprowadzające lub co najmniej mogące wprowadzić w błąd zamawiającego co do rzeczywistego przedmiotu wskazanych inwestycji referencyjnych. Żadna bowiem z podanych inwestycji referencyjnych nie dotyczyła w istocie budowy ani przebudowy budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury. W ocenie odwołującego, jako budynek użyteczności publicznej przeznaczony do celów kultury nie może być zakwalifikowane ani „Centrum Komunikacji Medialnej i informacji Naukowej w Kielcach”, ani „Klasztor OO Paulinów Jasna Góra w Częstochowie”, ani też „Szkoła w Dąbrowie Leśnej”. Wbrew jednoznacznej odpowiedzi zamawiającego z dnia 1 września 2020 roku, żadna ze wskazanych inwestycji referencyjnych nie dotyczy teatru, opery, kina, muzeum, galerii sztuki, biblioteki, mediateki czy domu kultury.

Następnie, odwołujący zauważył, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. podobnie bezpodstawnie usiłuje przedstawić kubaturę każdego z obiektów referencyjnych jako kubaturę obiektu użyteczności publicznej przeznaczonego dla celów kultury celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (kubatura minimum 18.000 m³). Jest to całkowicie nieuzasadnione, albowiem wskazane obiekty referencyjne nie są obiektami o przeznaczeniu oczekiwanym przez zamawiającego, tj. obiektami użyteczności publicznej „dla celów kultury”.

Odwołujący podniósł także, że wymieniony warunek udziału w postępowaniu dotyczy budowy lub przebudowy określonego budynku, tj. konkretnych robót zdefiniowanych wg przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (odpowiednio art. 3 pkt 6 i 7a). Z tego względu całkowicie nieuprawnione jest wskazywanie na potrzeby wykazania spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu robót innych niż budowa czy przebudowa, co dotyczy np. prac konserwatorskich.

W ocenie odwołującego, powoływanie się na wskazane inwestycje referencyjne, jako rzekomo dotyczące budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury (a dodatkowo o wymaganej kubaturze), stanowi w istocie świadome i celowe, a ewentualnie, co najmniej popełnione w rezultacie lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadzenie zamawiającego w błąd w przedmiocie spełnienia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. powyższego warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji w rezultacie tych uchybień i naruszeń przepisów oferta ww. wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza, przy czym w odniesieniu do wskazanych inwestycji referencyjnych wykonawca ten składał jednoznacznie nieprawdziwe oświadczenia przypisując tym inwestycjom charakter i właściwości, których te inwestycje nie posiadają (w tym m.in. co do ich przedmiotu, przeznaczenia i kubatury).

Odwołujący podniósł, że niezależnie od tego, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. działał w pełni świadomie i celowo, to jednocześnie, składając oświadczenia zawarte w wykazach robót, co najmniej nie dochował należytej staranności wymaganej dla profesjonalisty zgodnie z art. 355 § 2 KC. Nie dopełnił on minimum staranności i nie złożył prawdziwych oświadczeń, ani też nie zweryfikował oświadczeń składanych w wykazach robót z faktycznym zakresem rzeczowym, przedmiotem i właściwościami inwestycji. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2019 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 45/19. Zdaniem odwołującego, okoliczności sprawy uzasadniają przypisanie wykonawcy co najmniej rażącego niedbalstwa. Za zasadę należy uznać obowiązek takiego zachowania wykonawcy, który wypełnia prawidłowo i upewnia się co do prawidłowego wypełnienia podstawowego dokumentu, jakim jest wykaz robót. W konsekwencji upewnia się co do możliwości złożenia zgodnego z prawdą oświadczenia o posiadanych zdolnościach technicznych, w tym doświadczenia. Odwołujący podkreślił, że ww. wykonawca opisane uchybienia popełnił, mimo wezwania skierowanego do niego przez zamawiającego, a zatem uzasadniony jest w pierwszej kolejności wniosek, że wykonawca, składając oświadczenia w wykazach robót, działał z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd celem uzyskania zamówienia. Co istotne, wykonawca w żaden sposób nie próbował usunąć własnych uchybień, ale w pełnym zakresie te uchybienia podtrzymywał.

W ocenie odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy, należy uznać, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. popełnił uchybienia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a ewentualnie co najmniej w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. W tym zakresie odwołujący powołał się na bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym na wyrok z dnia 30 stycznia 2019 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 80/19 oraz wyrok z dnia 16 stycznia 2019 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 34/19. Odnośnie podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp odwołujący wskazał, że z ostrożności podnosi, iż postępowanie wykonawcy kwalifikuje się również, co najmniej pod lekkomyślność lub niedbalstwo, przy czym przy niedbalstwie wykonawca nie musi nawet zdawać sobie sprawy i przewidywać skutku jakim jest wprowadzenie zamawiającego w błąd. Wystarczające jest uznanie, że skutek taki wykonawca mógł i powinien był przewidzieć. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 grudnia 2019 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2517/19, wyrok z dnia 8 sierpnia 2019 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1428/19, wyrok z dnia 18 października 2018 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 2010/18.

Odwołujący reasumując te kwestie stwierdził, że złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wprowadziło zamawiającego w błąd co do niepodlegania przez tego wykonawcę wykluczeniu z postępowania. W konsekwencji złożenie wskazanych nieprawdziwych informacji miało wpływ na decyzję zamawiającego o wyborze oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, a przynajmniej taki wpływ mieć mogło. Wskazał, że inwestycje referencyjne nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu według wymagań zamawiającego, a jednocześnie wykonawca w pełni świadomie i celowo przedstawiał te inwestycje jako rzekomo spełniające wskazany warunek, co sprawia, że w przedmiotowej sprawie dopuścił się uchybień wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, a ewentualnie, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa pozwalających mu przypisać uchybienia wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Ponadto, odwołujący podniósł, że niezależnie od powyższego wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. nie wykazał spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V ppkt 2 lit. c) SIWZ, a w szczególności spełnienia tego warunku nie potwierdzają inwestycje referencyjne wskazane przez wykonawcę ani dotyczące tych inwestycji referencje.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w dniu 15 października 2020 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania w formie elektronicznej – poprzez platformę zakupową.

Pismem z dnia 16 października 2020 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. z siedzibą w Jędrzejowie (zwany dalej: „przystępującym” bądź „wykonawcą KARTEL”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestnika postępowania.

W dniu 26 października 2020 roku przystępujący – drogą elektroniczną – przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pismem stanowisko w sprawie (pismo o tożsamej treści w formie pisemnej przystępujący złożył na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 27 października 2020 roku). Przystępujący wnosil o oddalenie odwołania w całości.

Także w dniu 26 października 2020 roku zamawiający – drogą elektroniczną - przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, według norm przepisanych. Odpowiedź na odwołanie o tożsamej treści w formie pisemnej zamawiający złożył na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 27 października 2020 roku.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”); treści pytań i odpowiedzi zamawiającego do SIWZ z dnia 1 września 2020 roku; wezwania na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp z dnia 25.09.2020 r. do złożenia dokumentów; wykazu robót budowlanych wraz z poświadczeniem złożonym przez wykonawcę KARTEL w odpowiedzi na to wezwanie; wezwania z dnia 5.10.2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów; wyjaśnień wykonawcy KARTEL z dnia 7 października 2020 roku wraz uzupełnionym wykazem robót i poświadczeniami, złożonymi w odpowiedzi na ww. wezwanie; informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 października 2020 r.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego w trakcie rozprawy w dniu 27 października 2020 roku, tj. z:

- wyciągu ze strony tytułowej i ze strony pierwszej SIWZ oraz z załącznika nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia, dot. zamówienia: Roboty budowlane polegające na wybudowaniu obiektu dydaktycznego pod nazwą „Budowa Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej”;
- opisu technicznego do zamiennego projektu wykonawczego Budowy Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej zlokalizowanego w Kielcach przy ul. Świętokrzyskiej;
- zestawienia tabelarycznego powierzchni w ramach ww. inwestycji;
- wyjaśnień zamawiającego treści SIWZ w ramach ww. inwestycji;
- strony tytułowej SIWZ dot. zamówienia „Budowa szkoły podstawowej z salą gimnastyczną...”;
- projektu wykonawczego dot. Budowy szkoły podstawowej w Dąbrowie Leśnej wraz z tabelarycznym zestawieniem pomieszczeń w budynku szkoły;
- zakresu rzeczowego projektu dot. inwestycji w Zespole Klasztornym Ojców Paulinów na Jasnej Górze wraz z dokumentacją fotograficzną.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 października 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest: Przebudowa Puławskiego Ośrodka Kultury „Dom Chemika” etap II – budowa Mediateki wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Wojska Polskiego 4 w Puławach.

Zgodnie z pkt V (Warunki udziału w postępowaniu) ppkt 2 lit. c) SIWZ zamawiający wskazał, że: *„O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy: spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej. - Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego dla celów kultury o kubaturze minimum 18 000,00 m³.”.*

28 sierpnia 2020 roku wykonawca KARTEL zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ i zadał pytanie o treści następującej: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy w ramach potwierdzenia zdolności wykazali że „w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego dla celów kultury o kubaturze minimum 18 000,00 m³.” Prosimy o potwierdzenie, że określenie „budynek użyteczności publicznej dla celów kultury” dotyczy wszystkich budynków zaliczanych do IX kategorii obiektów budowlanych wyszczególnionych w Prawie Budowlanym.”.*

odpowiedzi na tak postawione pytanie zamawiający w dniu 1 września 2020 roku wyjaśnił, że: *„Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy w ramach potwierdzenia zdolności wykazali, że należycie wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną, polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury tj.: teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, mediateki, domy kultury. Zamawiający nie wyraża zgody, aby Wykonawcy w ramach potwierdzenia zdolności wykazywali wykonywanie innych obiektów wskazanych w kategorii IX.”.*

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów, w tym wykazu robót budowlanych, (zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ), wykonawca KARTEL złożył wymagany wykaz robót budowlanych, w którym powołał się na jedną inwestycję i podał, że: *„jako Generalny Wykonawca zrealizował budowę budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury pn.: Budowa budynku „Centrum Komunikacji Medialnej i informacji Naukowej w Kielcach ul. Świętokrzyska” o kubaturze: 27 349,00m³”. Odnośnie przedmiotu i zakresu zamówienia wskazał, że: „Przedmiotem budowy budynku „Centrum Komunikacji Medialnej i informacji Naukowej w Kielcach ul. Świętokrzyska” była budowa budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury”. Zakres realizacji obejmował budowę budynku wraz z instalacjami wewnętrznymi, wyposażeniem meblowym oraz zagospodarowaniem terenu. Poszczególne kondygnacje przeznaczono dla instytucji: 1 piętro - instytut bibliotekarstwa i dziennikarstwa, 2 piętro - instytutu filologii polskiej, 3 piętro - instytut historii. W budynku oprócz typowych pomieszczeń znajdują się sale wykładowe, studio telewizyjne, studio radiowe, studio fotograficzne.”.*

Do przedmiotowego wykazu wykonawca KARTEL załączył również poświadczenie należytego wykonania robót.

W dniu 5 października 2020 roku zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę KARTEL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu robót budowlanych. Zamawiający w piśmie tym wskazał, że „Przekazane przez Państwa w dniu 01.10.2020 r. pismem znak L.dz. I-z/668/2020 dokumenty: WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH wraz z poświadczeniem oraz WYKAZ OSÓB nie spełniają warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale I pkt V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. (...) W przesłanym dokumencie WYKAZ ROBÓT BUDOWLANYCH wykazujecie się Państwo zrealizowaniem budowy budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury pn.: Budowa budynku „Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej w Kielcach ul. Świętokrzyska” o kubaturze: 27 349,00 m³. Według Zamawiającego wskazana robota budowlana nie spełnia warunku udziału w postępowaniu ponieważ wskazany budynek użyteczności publicznej jest przeznaczony do celów dydaktycznych i naukowych, a nie do celów kultury.

Zaznaczyć należy, że jeszcze przed upływem terminu składania ofert, w odpowiedzi na skierowane przez Wykonawcę pytanie odnośnie treści SIWZ dotyczące potwierdzenia, że określenie „budynek użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury” dotyczy wszystkich budynków zaliczanych do IX kategorii obiektów budowlanych wyszczególnionych w Prawie Budowlanym, Zamawiający uściślił wymagania, aby Wykonawcy w ramach potwierdzenia zdolności wykazali, że należyście wykonali co najmniej jedną robotę budowlaną, polegającą na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury tj.: teatru, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, mediateki, domy kultury. Zamawiający nie wyraził zgody, aby Wykonawcy w ramach potwierdzenia zdolności wykazywali wykonywanie innych obiektów wskazanych w kategorii IX.”

Pismem z dnia 7 października 2020 roku wykonawca KARTEL złożył zamawiającemu wyjaśnienia, a dodatkowo uzupełniony wykaz robót o dwie kolejne inwestycje wraz z odpowiednimi poświadczeniami należytego wykonania robót.

W wyjaśnieniach z dnia 7 października 2020 roku wykonawca KARTEL wskazywał, że:

„robotą budowlaną polegającą na budowie Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej w Kielcach, przedstawiona w treści oferty, w ocenie Wykonawcy spełnia wymagania określone w SIWZ. Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej jest budynkiem spełniającym funkcję domu kultury. Zgodnie bowiem z definicją: Dom kultury (także: ośrodek kultury, centrum kultury) – instytucja kultury prowadząca działalność społeczno-kulturalną. W jej budynku mieszczą się lokale kulturalno-rozrywkowe typu: sale teatralnokinowe, czytelnie, świetlice itp., w których można prowadzić pozaszkolną działalność i inicjatywy kulturalne dla młodzieży i dorosłych (warsztaty kulturalne, przedstawienia, zabawy, wystawy).

W budynku CKMiN znajdują się m.in.:

- Aule, Sala posiedzeń, Sala audiowizualna, które spełniają m.in. funkcje sal międzynarodowych spotkań, prelekcji oraz konferencji i prezentacji multimedialnych. Zastosowano nowoczesny system tłumaczeń symultanicznych, system prezentacji obrazów i pisma, rozbudowany system nagłośnienia oraz cyfrowy dyskusyjny system konferencyjny. Odbývają się sympozja pozadydaktyczne np. Konferencja 2020 – „Polski system medialny w procesie zmian” – co stanowi część teatralno-kinową obiektu;
 - Sale multimedialne/komputerowe, Pracownie techniczne, z odpowiednim wyposażeniem – co stanowi część obiektu do prowadzenia np. warsztatów kulturalnych;
 - Studio telewizyjne z reżyserką, Studio fotograficzne i Studio radiowe, będące częścią sieci Uniwersyteckiego Centrum Mediów bez funkcji dydaktycznej z możliwością gromadzenia i przechowywania danych – co stanowi o możliwości prowadzenia działalności i inicjatywy kulturalnej;
 - Archiwa dla Instytutu Bibliotekarstwa stanowiące zasób materiałów na potrzeby obiektu wraz z Szatnią, Salą konsumpcyjną i Barkiem zlokalizowane obok siebie stanowią dodatkowe elementy umożliwiające osobom do korzystania z funkcji kulturowych obiektów – co stanowi część obiektu przeznaczoną na czytelnię i świetlicę.
- O tym, że CKMiN jest obiektem użyteczności publicznej pełniącym również funkcję Domu Kultury świadczy m.in. fakt, że w budynku działa internetowe Radio Fraszka oraz Studio Telewizyjne, w ramach których prowadzony jest m.in. serwis informacyjny czy „kącik literacki”. Ponadto prowadzone są rozmowy z zaproszonymi gośćmi, publikowane są materiały w internecie, a także relacjonowane są na żywo wydarzenia naukowe, sportowe czy kulturalne.”

Dalej, wykonawca KARTEL wskazywał, że na dzień składania ofert dysponował na potwierdzenie spełniania warunków SIWZ, kolejnymi zadaniami inwestycyjnymi, tj.:

1. „Wykonanie prac budowlano-konserwatorskich w ramach projektu Narodowe Perły Klasztoru OO Paulinów Jasna Góra w Częstochowie – ochrona kulturowego dziedzictwa europejskiego”, które obejmowało przebudowę obiektu kultury na cele wystawienniczo-muzealne;
2. „Budowa szkoły podstawowej wraz z biblioteką, salą gimnastyczną oraz infrastrukturą sportową, instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowa miejsc parkingowych służących do obsługi planowanej inwestycji w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa szkoły w Dąbrowie Leśnej”.

Odnośnie pierwszej z ww. inwestycji przystępujący wskazywał w swoich wyjaśnieniach, że: „Projekt przewidywał przeprowadzenie robót, dzięki którym obiekt będzie służyć do organizacji konferencji i sympozjów oraz jako miejsce spotkań jasnogórskich pielgrzymów na Sali Zgromadzeń oraz Kurtynie Wschodniej, dodatkowo wykonano prace dzięki którym powstała nowa część muzealna na Jasnej Górze w Bastionie Rocha oraz Pokojach Królewskich, w którym znajdują się zbiory wielu dzieł sztuki. Przebudowywany obiekt jest obecnie miejscem wystaw dotyczących historii Kościoła w Polsce, gdzie znajdują się najcenniejsze zabytki sztuki, 16 września 1994 obiekt uznany został za pomnik historii. Podana w Poświadczeniu kubatura dotyczy obiektów podlegających przebudowie w ramach jednej inwestycji. Obiekty te są połączone trwale ze sobą łącznikami i stanowią jeden budynek. Zgodnie o opinię i najnowszą interpretację Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego Zespół budynków połączonych łącznikiem należy traktować jak jeden budynek.”.

Odnośnie drugiej: „Zadanie zawierało w swoim zakresie wykonanie i wyposażenie biblioteki na cele użytkowe szkoły, która zawarta była w bryle budynku szkoły. Ze względu na przeznaczenie części obiektu na cele biblioteki, zostały zastosowane odpowiednie rozwiązania konstrukcyjne, poprzez wykonanie wzmocnionych stropów jak również instalacje teletechniczne.”.

Z kolei w załączonym uzupełnionym Wykazie robót budowlanych (Załącznik nr 4 do SIWZ) wykonawca KARTEL opisując referencyjne inwestycje, co do każdej wskazywał, że jej przedmiotem „była budowa budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury”, przy czym przy inwestycji dotyczącej wykonania prac budowlano-konserwatorskich w ramach projektu Narodowe Perły Klasztoru OO Paulinów Jasna Góra w Częstochowie znalazł się dodatkowo opis: „Zakres realizacji obejmował przebudowę budynku kultury na cele wystawienniczo-muzealne”, zaś odnośnie inwestycji

dotyczącej budowy Szkoły Podstawowej w Dąbrowie Leśnej wykonawca podał: „*Przedmiotem Budowy szkoły podstawowej wraz z biblioteką, salą gimnastyczną oraz infrastrukturą sportową, instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowa miejsc parkingowych służących do obsługi planowanej inwestycji w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa szkoły w Dąbrowie Leśnej” była budowa budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury.*”

Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 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, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Natomiast stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 17 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.

Z kolei w Załączniku do ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333, ze zm.) zostały określone kategorie obiektów budowlanych. Kategorię IX opisano jako: „*budynki kultury, nauki i oświaty, jak: teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, archiwa, domy kultury, budynki szkolne i przedszkolne, żłobki, kluby dziecięce, internaty, bursy i domy studenckie, laboratoria i placówki badawcze, stacje meteorologiczne i hydrologiczne, obserwatoria, budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych*”. Zaś w kategorii X – „*budynki kultu religijnego, jak: kościoły, kaplice, klasztory, cerkwie, zbory, synagogi, meczety oraz domy pogrzebowe, krematoria*”.

Opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu (pkt V ppkt 2 lit. c SIWZ) dotyczył wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej dla celów kultury o kubaturze minimum 18 000 m³. Jednocześnie w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 1 września 2020 roku zamawiający sprecyzował, że chodzi o budynki dla celów kultury i je wymienił (teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, mediateki, domy kultury), przy czym nie dopuścił innych obiektów wskazanych w kategorii IX obiektów budowlanych Prawa Budowlanego.

Powyższy warunek jest jednoznaczny. Warunek ten należy rozumieć nie przez pryzmat poszczególnych rozwiązań technicznych danego obiektu, funkcji dodatkowych, które może on spełniać poza swym podstawowym przeznaczeniem, czy też możliwości organizowania wydarzeń kulturalnych o charakterze jednostkowym w danym obiekcie, lecz jako wymóg budowy/przebudowy obiektu dla celów kultury, tj. teatru, opery, kina, muzeum, galerii sztuki, biblioteki, mediateki, domu kultury. Zamawiający nie dopuścił zaś budynków o przeznaczeniu innym niż dla celów kultury, np. budynków szkolnych, wymienionych w kategorii IX Prawa Budowlanego. Należy też przyjąć, że nie dopuścił obiektów wymienionych w pozostałych kategoriach Prawa Budowlanego, których podstawowym przeznaczeniem jest inne, aniżeli „do celów kultury”. Tym samym, należy uznać, że jako referencyjne nie mogły zostać wykazane inne obiekty, np. dydaktyczne, czy kultu religijnego, które obok swojej podstawowej funkcji i przeznaczenia, mogą realizować również cele kulturalne, czy zawierają w swojej bryle pomieszczenia, które mogą być przeznaczone na cele kulturalne – jak np. studio telewizyjne, sale multimedialne, sale audiowizualne, biblioteka. Zamawiający formułując treść odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 1 września 2020 roku, można powiedzieć, że stworzył katalog zamknięty uznawanych obiektów.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że żadna z przedstawionych przez wykonawcę KARTEL inwestycji referencyjnych nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V ppkt 2 lit. c) SIWZ, albowiem wykonawca przedstawił kolejno inwestycje dotyczące: budynku użyteczności publicznej szkolnictwa wyższego – obiektu dydaktycznego (Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej w Kielcach); budynku kultu religijnego (Klasztor OO Paulinów Jasna Góra w Częstochowie); budynku oświaty (Szkoła Podstawowa w Dąbrowie Leśnej).

W konsekwencji Izba stwierdziła naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp uznając, że wykonawca KARTEL nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Ponadto, w ocenie Izby potwierdził się także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Zgodnie z powołanym przepisem zamawiający ma obowiązek wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, 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.

Należy wskazać, że o ile wykaz robót budowlanych przedstawiony w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp z dnia 25 września 2020 roku nie zawierał informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, albowiem mimo, że wykonawca KARTEL opisał przedmiotową inwestycję jako „budowę budynku użyteczności publicznej przeznaczonego do celów kultury”, to w opisie zakresu realizacji podał, że poszczególne kondygnacje przeznaczono dla instytucji – bibliotekarstwa i dziennikarstwa, filologii polskiej, historii. Zatem, bezpośrednio z tego opisu zamawiający mógł powziąć informacje co do charakteru tego obiektu.

Jednakże, zdaniem Izby, ocena wyjaśnień wykonawcy KARTEL z dnia 7 października 2020 roku, złożonych wraz z uzupełnionym wykazem robót budowlanych, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 5 października 2020 roku do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, prowadzi do wniosku, że ww. wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie działanie wykonawcy nosiło – w ocenie Izby – znamiona lekkomyślności.

Otóż, w wezwaniu z dnia 5 października 2020 roku, zamawiający odnosząc się do budowy Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej w Kielcach, wskazał, że: „*wskazana robota budowlana nie spełnia warunku udziału w postępowaniu ponieważ wskazany budynek użyteczności publicznej jest przeznaczony do celów dydaktycznych i naukowych, a nie do celów kultury*” i powołał się również na swoją odpowiedź na pytanie o treści SIWZ, podkreślając, że „*nie wyraził zgody, aby Wykonawcy w ramach potwierdzenia zdolności wykazywali wykonywanie innych*

obiektów wskazanych w kategorii IX”.

Powyżej, w uzasadnieniu w części dotyczącej ustaleń Izby, zostały przywołane obszernie fragmenty wyjaśnień wykonawcy KARTEL złożonych w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie. Ocena tych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że wykonawca podjął próbę przedstawienia obiektu Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej w Kielcach jako spełniającego w istocie funkcję domu kultury, a nie jako obiektu dydaktycznego. Wszystkie informacje dotyczące przedmiotowej inwestycji wskazują na pewną projekcję referencyjnego obiektu jako domu kultury, a nie budynku szkoły wyższej, który ma być też tak postrzegany przez zamawiającego.

Wykonawca bowiem wprost opisywał, że Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej jest budynkiem spełniającym funkcję domu kultury. Przywołał definicję domu kultury (nie określając przy tym źródła tej definicji). Wyprecyzował pomieszczenia o charakterze kulturalnym lub, na których może odbywać się działalność kulturalna. Wykonawca KARTEL, odnośnie tej inwestycji, nie użył ani razu określenia, że jest to obiekt dydaktyczny, czy budynek użyteczności publicznej wyższego. Unikał też wskazywania pomieszczeń typowo dydaktycznych. Sposób konstrukcji treści wyjaśnień, w tym także odpowiednie podkreślenia tekstu i pogrubienia czcionki, stwarzają wrażenie, że wykazana robota budowlana dotyczy obiektu o innym charakterze (jako instytucja kultury) niż rzeczywisty (instytucja nauki). Wykonawca nie odniósł się w żaden sposób do stwierdzenia zamawiającego użytego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, iż „wskazany budynek użyteczności publicznej jest przeznaczony do celów dydaktycznych i nauki”. Wyjaśnienia (treściowo i graficznie) akcentują funkcje kulturalne referencyjnego obiektu tak, że można odnieść wrażenie, iż nie jest to obiekt dydaktyczny, bądź, że przeznaczenie naukowe ma charakter marginalny.

Jednocześnie z dowodów przedłożonych przez odwołującego na rozprawie – odpowiednich fragmentów SIWZ, dotyczących zamówienia, którego przedmiotem była budowa Centrum Komunikacji Medialnej i Informacji Naukowej w Kielcach (także wyjaśnień treści SIWZ, jak i opisu technicznego) jednoznacznie wynika, że obiekt ten jest budynkiem użyteczności publicznej – szkolnictwa wyższego (obiekt dydaktyczny).

Podobnie sposób przedstawienia informacji, dotyczących dwóch pozostałych inwestycji, może wywoływać mylne wrażenie co do charakteru wskazanych obiektów.

Odnośnie wykonania prac budowlano-konserwatorskich w ramach projektu: Narodowe Perły Klasztoru OO Paulinów Jasna Góra w Częstochowie wykonawca podawał, iż: „zakres realizacji obejmował przebudowę budynku kultury na cele wystawienniczo – muzealne”. Wykonawca nie wskazuje, że jest to obiekt kultu religijnego, choć wydaje się to oczywiste. Powszechnie bowiem wiadomo, że Klasztor OO Paulinów na Jasnej Górze w Częstochowie jest obiektem kultu religijnego. Oczywiście jest, że spełnia on również istotną rolę kulturową i historyczną. Co istotne, wykonawca KARTEL przenosi jednak akcent na działalność wystawienniczo-muzealną prowadzoną w Klasztorze, a w konsekwencji próbuje też kreować określony charakter tego obiektu, dla potrzeb wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnośnie budowy budynku Szkoły Podstawowej w Dąbrowie Leśnej również zwraca uwagę sposób przedstawienia informacji o tej inwestycji przez wykonawcę KARTEL. Zarówno bowiem w wyjaśnieniach, jak i w uzupełnionym wykazie robót budowlanych, wykonawca podaje następującą nazwę zadania: „Budowa szkoły podstawowej wraz z biblioteką, salą gimnastyczną oraz infrastrukturą sportową, instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowa miejsc parkingowych służących do obsługi planowanej inwestycji w ramach zadania inwestycyjnego pn: „Budowa szkoły w Dąbrowie Leśnej”. Tymczasem, z dowodów przedłożonych przez odwołującego wynika, że zamawiający i w SIWZ, i w projekcie wykonawczym, opisywał ww. zadanie jako: „Budowa szkoły podstawowej z salą gimnastyczną i infrastrukturą sportową, instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowa miejsc parkingowych służących do obsługi planowanej inwestycji w ramach zadania inwestycyjnego pn: „Budowa szkoły w Dąbrowie Leśnej”, tj. bez użycia zwrotu „wraz z biblioteką”. Przy tym należy dodać, że Izba nie kwestionuje, że wykonawca wybudował w ramach szkoły również bibliotekę, niemniej jednak sposób opisu wskazuje, na próbę kreacji przez przystępującego określonego charakteru budynku.

Podnoszona przez odwołującego kwestia kubatury wykazywanych obiektów referencyjnych ściśle związana była z kwestią przeznaczenia obiektu (odwołujący pisał w uzasadnieniu odwołania – „wykonawca usiłuje przedstawić kubaturę każdego z obiektów referencyjnych jako kubaturę obiektu użyteczności publicznej przeznaczonego dla celów kultury”). Z treści odwołania nie wynika, żeby odwołujący kwestionował kubaturę obiektów w zakresie wykazywanych wartości.

Biorąc pod uwagę powyższe, działanie wykonawcy KARTEL w zakresie przedstawiania informacji, dotyczących wykazywanych inwestycji, Izba oceniła, jako lekkomyślne przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. na ocenę spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Ponadto, wątpliwości budzi też sposób przedstawiania informacji przez wykonawcę KARTEL co do inwestycji „Wykonanie prac budowlano-konserwatorskich w ramach projektu Narodowe Perły Klasztoru OO Paulinów Jasna Góra w Częstochowie”, ponieważ opisując zakres realizacji jednoznacznie oświadczył, że: „zakres realizacji obejmował przebudowę budynku kultury na cele wystawienniczo – muzealne”, gdy z treści poświadczenia należytego wykonania robót wynikało, że spora część prac nie mieści się w pojęciu „przebudowa” w rozumieniu Prawa budowlanego. Należałoby zatem wyjaśnić czy przedmiotem ww. inwestycji była w istocie przebudowa, czy też nie.

W konsekwencji stwierdzonych powyżej naruszeń przepisów ustawy Pzp, Izba stwierdziła, że potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Natomiast, zdaniem Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, zgodnie z którym 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, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Nie ziściły się bowiem przesłanki, o których mowa w ww. przepisie, w szczególności co do wprowadzenia w błąd zamawiającego, który dokonywał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, na podstawie całokształtu informacji wynikających z przedstawionych dokumentów,

Mając powyższe na względzie Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Przewodniczący:.....