

WYROK

z dnia 8 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 czerwca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2020 r. przez odwołującego: Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o. ul. Rondo ONZ 1, piętro 10, 00-124 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Kielce Rynek 1, 25-303 Kielce przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego: Konsorcjum: M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane PER-MIR M. P. (lider Konsorcjum), Waldemar Lesiak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "AGA-MAR" W. L., J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Budowlane Prace Izolacyjne oraz działający wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej p.n. EXPERT Spółka Cywilna T. J., L. W., na adres lidera Konsorcjum ul. Piekoszowska 359 D; 25-645 Kielce

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazuje zamawiającemu w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp wezwać przystępującego po stronie zamawiającego, do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny za opracowanie projektu wykonawczego wykonania wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

2. kosztami postępowania obciąża Gmina Kielce Rynek 1, 25-303 Kielce:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o. ul. Rondo ONZ 1 piętro 10, 00-124 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Gmina Kielce Rynek 1, 25-303 Kielce kwotę 23.600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o. ul. Rondo ONZ 1 piętro 10, 00-124 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Adaptacja budynków Zespołu powięziennego przy ul. Zamkowej 1 w Kielcach pod potrzeby Teatru Lalki i Aktora „Kubuś”, znak: A-II.271.27.2019

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako: „ustawa Pzp”) Odwołujący, wnosi odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: 1) M. P. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane PER-MIR M. P., ul. Piekoszowska 359D, 25- 645 Kielce (Lider), 2) W. L. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „Aga-Mar” W. L., ul. Wapiennikowa 45/3, 25-105 Kielce; 3) J. T. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: T. J.- Budowlane Prace Izolacyjne, Ociesęki 87, 26-035 Raków - wspólnicy spółki cywilnej EXPERT, ul. Szczepaniaka 29, 25-645 Kielce, (dalej: „Konsorcjum PER-MIR”),

zarzucając Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PER-MIR z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

2) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie Konsorcjum PER-MIR, 40 pkt w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”.

3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PER-MIR, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

ewentualnie:

4) naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum PER- MIR do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie złożenia wyjaśnień.

5) naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PER-MIR do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny kosztów wykonania projektu wykonawczego.

i na podstawie powyższych zarzutów, wnoszę o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum PER-MIR,

3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum PER-MIR z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum PER-MIR,

ewentualnie:

5) nakazanie Zamawiającemu przyznania Konsorcjum PER-MIR, 10 punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”,

6) nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum PER-MIR do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub do złożenia wyjaśnień.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, stosownie do wymogów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu z punktacją 98,26. W przypadku, gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza. Naruszenia, których dopuścił się Zamawiający skutkują tym samym możliwością poniesienia przez Odwołującego szkody, wynikającej z pozbawienia Odwołującego realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym zysku.

Termin i zachowanie wymogów formalnych

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została przekazana Odwołującemu w dniu 11 marca 2020 r. Tym samym termin, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 185 ust. 8 Pzp, został zachowany.

Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania Zamawiającemu i uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości.

Uzasadnienie

I. Względem zarzutu nr 1

Pismem z dnia 18 lutego 2020 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu informację, iż Konsorcjum PER-MIR podało w swojej ofercie nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia p. D. C. [osoba podana na punkty w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”).

Udostępniona Odwołującemu dokumentacja potwierdza ww. okoliczność. Pismem z dnia 24 lutego 2020 r., Konsorcjum PER-MIR poinformowało Zamawiającego, iż w treści oferty podało nieprawdziwe informacje dotyczące punktacji w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” oraz że wynikało to z zaniedbania tego wykonawcy. Jest to okoliczność bezsporna i przyznana przez Konsorcjum PER-MIR.

Dowód:

1) pismo Odwołującego z dnia 18 lutego 2020 r.

2) pismo Konsorcjum PER-MIR z dnia 24.02.2020 r.

Konsorcjum PER-MIR podniosło jednocześnie, że wobec faktu złożenia nieprawdziwych informacji dokonuje tzw. samooczyszczenia stwierdzając, że podanie nieprawdziwych informacji nie miało dużej wagi, gdyż nieprawdziwe informacje dotyczyły jednej inwestycji z pięciu wskazanych w treści oferty, zaś dla uzyskania maksymalnej liczby 40 pkt wystarczyło podanie czterech inwestycji.

W pierwszej kolejności złożone w piśmie z dnia 24 lutego 2020 r. informacje w żaden sposób nie mogą świadczyć o skutecznym dokonaniu self-cleaningu. Wykonawca przekazał bowiem jedynie informacje o złożeniu nieprawdziwych informacji, nie przedstawił zaś Zamawiającemu żadnych informacji lub dowodów na wykazanie podjęcia środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mogłyby zostać uznane za odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy - czego wymaga art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Procedura self-cleaningu nie ogranicza się tylko do przekazania informacji o wprowadzaniu w błąd, lecz wymaga od wykonawcy wykazania zamawiającemu, jakie działania naprawcze zostały podjęte w tym celu, by w przyszłości taka sytuacja już się nie powtórzyła. W niniejszej sprawie Konsorcjum PER-MIR nie wskazało żadnych środków naprawczych. Nie przeprowadziło więc skutecznej procedury samooczyszczania. Tego rodzaju okoliczność nie wynika też z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego [pkt 15].

Niezależnie od twierdzeń Konsorcjum PER-MIR o przeprowadzeniu procedury samooczyszczania Zamawiający winien wykluczyć tego wykonawcę za sam fakt złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć istotny wpływ na podejmowane w toku postępowania decyzje. Informacje z treści oferty referujące do kryterium oceny ofert zawsze są bowiem informacjami mogącymi mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jednocześnie w orzecnictwie przyjęto ocenę, że bez znaczenia pozostaje to, że pominięcie nieprawdziwych informacji przy punktacji oferty wystarczy dla przyznania punktów w ilości pozwalającej na wybór danego

wykonawcy. W wyroku z dnia 08 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1509/17, Izba wskazała, że

„Nie można premiować składania nieprawdziwych informacji odnośnie elementów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert przez przyznanie punktacji z ich pominięciem, czyli przyznając liczbę punktów odpowiadającą stanowi rzeczy wynikającą z prawdziwych informacji zawartych w ofercie. Takie postępowanie również naruszałoby zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych”.

Podobnie w wyroku z dnia 08 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1447/18, Izba stwierdziła, że „Wprawdzie możliwość samooczyszczania została przewidziana w odniesieniu do przesłanki

wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy - Prawo zamówień publicznych, to celem skorzystania z dobrodziejstwa procedury miałyby być wykazanie przed zamawiającym rzetelności wykonawcy. Oceny tej rzetelności należałoby dokonać w odniesieniu do nieprawidłowego postępowania wykonawcy przy składaniu oświadczenia ocenianego w kryterium pozacenowym. Ponieważ oświadczenie to miało szczególne znaczenie dla oceny ofert złożonych w postępowaniu procedura samooczyszczania nie miałaby zastosowania, gdyż prowadziłaby faktycznie do umożliwienia uchylania się od skutków złożonej oferty, w tym znaczeniu, iż traciłaby na znaczeniu oświadczenie oceniane w kryterium oceny ofert. Mechanizm samooczyszczania nie może służyć wykonawcom, do tego aby w zależności od sytuacji jaka powstanie na etapie oceny ich oferty, próbować uniknąć odpowiedzialności za treść oferty, która została przygotowana nierzetelnie. Procedura samooczyszczania zasadniczo związana jest z oceną podmiotową wykonawcy i nie może ingerować w treść oferty, która stanowi podstawę dla jej oceny i porównania z ofertami konkurencyjnymi.

Bez znaczenia pozostaje więc twierdzenie Konsorcjum PER-MIR, że oprócz nieprawdziwych informacji w treści oferty widnieją jeszcze cztery inne inwestycje.

W tym stanie rzeczy Zamawiający winien wykluczyć Konsorcjum PER-MIR na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

II. Względem zarzutu nr 2

Odwolujący stoi na stanowisku, że Konsorcjum PER-MIR winno zostać wykluczone z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji. Z ostrożności Odwołujący stawia jednocześnie zarzut przyznania ofercie tego wykonawcy zbyt dużej ilości punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”.

Zgodnie z treścią SIWZ - Rozdział XX pkt 2 lit. b) - Zamawiający przewidział punktowanie za pełnienie funkcji kierownika budowy w zakresie „budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego”.

Konsorcjum PER-MIR wskazało w treści oferty:

1. Zadanie - Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 61 w Krakowie.

Przedmiotowe zadanie było realizowane w ramach procedury zamówień publicznych. Z publicznie dostępnych informacji wynika, że w zakres prac przedmiotowego zamówienia wchodziło:- ocieplenie elewacji styropianem wraz z wykonaniem tynków cienkowarstwowych, wykonanie powłoki antygraffiti na ścianach, - wymiana parapetów zewnętrznych, - wymiana obróbek blacharskich wraz z wymianą rur spustowych i rynien, - wymiana daszku nad wejściem bocznym, - wymiana stolarki okiennej i drzwiowej, - montaż nawiewników okiennych, - montaż budek lęgowych dla ptaków, - wykonanie opaski wokół budynku wraz z wykonaniem ścieków betonowych, - wymiana zwodów pionowych instalacji odgromowej, - wymiana okładziny schodów, - demontażowych i montażowych osprzętu elektrycznego zamontowanego na elewacji.

Zgodnie z art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego, budowa oznacza wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

Przebudową jest 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 nie wymagającym zmiany granic pasa drogowego (art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego). Remont z kolei to 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 (art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego).

Kryteria oceny ofert pozostają związane z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie skomplikowanych robót budowlano-montażowych, obejmujących w szczególności przebudowę istniejących budynków zespołu powięziennego, wykonanie niezbędnych rozbiórek budynków, wzmocnienia gruntu, dostosowania obiektu do potrzeb osób niepełnosprawnych, zmianie funkcji pomieszczeń (Rozdział II SIWZ).

Wykonanie robót budowlanych sprowadzających się do wykonania ocieplenia, tynków, wymiany parapetów, obróbek blacharskich, wymiany daszku, itd., nie stanowi budowy, przebudowy ani remontu. Doświadczenie w pełnieniu kierownika budowy dla tego rodzaju prac termomodernizacyjnych nie odpowiada wymaganiom przewidzianym przez Zamawiającego, nie jest bowiem doświadczeniem w zakresie budowy, przebudowy lub remontu.

W tym stanie rzeczy Wykonawca nie powinien otrzymać punktów za ww. zadanie.

2. Zadanie - Termomodernizacja 10 budynków wielorodzinnych w tym trzech budynków o pow. 23 m. wysokości 11-to kondygnacyjnych na terenie Osiedla Na Stoku w Kielcach.

Tożsame okoliczności, jak wskazane w pkt 1 powyżej, zachodzą względem zadania dotyczącego termomodernizacji 10 budynków wielorodzinnych na terenie Osiedla Na Stoku w Kielcach. W ramach przedmiotowego zadania wykonawca wykonywał jedynie ocieplenie wybranych ścian szczytowych, budynków, malowanie elewacji oraz wymianę płytek balkonowych z ewentualną obróbką. Doświadczenie kierownika budowy zdobyte przy tego rodzaju inwestycji nie jest doświadczeniem wymagany przez Zamawiającego, nie jest bowiem doświadczeniem w zakresie budowy, przebudowy lub remontu.

W tym stanie rzeczy Wykonawca nie powinien otrzymać punktów za ww. zadanie.

3. Zadanie - Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Garwolina

Celem kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” było premiowanie wykonawców za doświadczenie osoby w pełnieniu funkcji kierownika budowy. W ramach tego kryterium należało wykazać doświadczenie danej osoby przy inwestycjach należycie wykonanych. Jedynie takie doświadczenie ma znaczenie dla Zamawiającego. W ramach ww. kryterium nie chodziło bowiem o formalne pełnienie funkcji Kierownika budowy i nie można zrównywać doświadczenia osoby, która potrafiła jako kierownik budowy zorganizować prace i pokierować tymi pracami w sposób prawidłowy, z doświadczeniem osoby, która nie sprawdziła się na danej inwestycji i nie potrafiła doprowadzić jej do pozytywnego zakończenia.

Przyjęcie innego stanowiska wypaczałoby całkowicie sens ww. kryterium oceny ofert i prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Tą samą ilość punktów miałyby bowiem otrzymać wykonawca, który dysponuje osobą, która jako kierownik budowy prawidłowo pokierowała pracami przy 4 inwestycjach oraz wykonawca, który w swojej ofercie podałby osobę, która przykładowo przy każdej inwestycji, co prawda zajmowała stanowisko kierownika budowy, ale nie była w stanie prawidłowo pokierować pracami.

Zamawiający w ramach ww. kryterium nie punktował więc „za stanowisko”, ale za doświadczenie, które ma przełożyć się na należyłą realizację niniejszego zamówienia. Oczwistym jest więc, że w ww. kryterium nie powinny podlegać punktacji zadania, które były nienależycie wykonywane.

Zadanie - Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Garwolina nie zostało należycie wykonane. Na tym zadaniu p. D. C. pełnił funkcję kierownika budowy z ramienia firmy DORINWEST Sp. z o.o., która jako Generalny Wykonawca wykonywała przedmiot umowy zawartej z Gminą Garwolin. Firma DORINWEST Sp. z o.o. przerwała swoje prace i porzuciła teren budowy, co skutkowało rozwiązaniem umowy z winy tego wykonawcy. Nie sposób więc twierdzić, iż w ramach tak prowadzonej realizacji p. D. C. nabył doświadczenie gwarantujące należyłą realizację niniejszego zamówienia.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 18 lutego 2020 r., wraz ze zdjęciami i pismem Urzędu Gminy Garwolin z dnia 22.01.2020 r. - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia.

III. Względem zarzutu nr 3 i 5

Konsorcjum PER-MIR zaoferowało cenę ryczałtową za wykonanie projektu wykonawczego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy w wysokości 2.000.000,00 zł.

Cena ta znacznie odbiega od cen pozostałych ofert - 98.400,00 zł; 37.565,43 zł; 51.540,00 zł; 160.000,00 zł; 50.000,00 zł; 76.000,00 zł; 307.600,00 zł; 150.000,00 zł.

Zgodnie z Rozdziałem VII SIWZ, termin wykonania zamówienia został ustalony do dnia 15.12.2021 r., przy czym dla wykonania projektu wykonawczego wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi termin ten wynosi 8 tygodni od dnia zawarcia umowy.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum PER-MIR zawyżyło cenę wykonania ww. projektu, podając cenę odbiegającą od rzeczywistej wartości tego zakresu prac, po to by na początku umowy otrzymać wynagrodzenie przekraczające znacznie faktyczną wartość tego świadczenia. W ten sposób Konsorcjum PER-MIR dokonało manipulacji wyceną ceny oferty i zapewniło sobie „zaliczkowanie” wykonania realizacji robót budowlanych. Zamawiający nie przewidział możliwości udzielania zaliczek.

Przyjęty sposób wyceny oferty nie został oparty na adekwatności wzajemnych świadczeń. Naraża to Zamawiającego na przeplacenie za wykonany projekt, poza tym rodzi ryzyko, że wykonawca po wykonaniu samego projektu może zrezygnować z dalszej realizacji umowy otrzymując za samo wykonanie tego projektu kwotę aż 2.000.000,00 zł. Tego rodzaju manipulowanie ceną oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza że chodzi o wydatkowanie środków publicznych, które powinno być celowe i gospodarne. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że manipulowanie sposobem wyceny kosztu oferty może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji

(przykładowo - wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2786/15).

W tym stanie rzeczy Zamawiający winien był odrzucić ofertę Konsorcjum PER-MIR, a co najmniej wezwać tego wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień, skąd wynika tak wysoka cena za wykonanie projektu.

IV. Względem zarzutu nr 4

Zamawiający w sposób błędny uznał, że złożone przez Konsorcjum PER-MIR dokumenty i oświadczenia potwierdziły spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

1. Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (rozdział VIII pkt 2.1. SIWZ)

Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem co najmniej 2 zamówieniami odpowiadającymi swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tzn.:

- 1) Wykonaniem co najmniej 1 roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł

brutto, polegającej na przebudowie lub remoncie budynku/budynków stanowiących zabytek nieruchomy wpisany do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) lub budynku/budynków zlokalizowanych na terenie objętym ochroną konserwatorską.

- 2) Wykonaniem co najmniej 1 roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł

brutto, polegającej na budowie, przebudowie bądź remoncie budynku/budynków użyteczności publicznej.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że z uwagi na specyfikę przedmiotu postępowania jak i charakter postawionego warunku, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wymaganym powyżej doświadczeniem wykaże się w całości co najmniej 1 podmiot występujący wspólnie, o którym mowa w rozdz. XI SIWZ, bądź w przypadku polegania przez Wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego, o którym mowa w rozdz. X SIWZ, wymaganym wyżej doświadczeniem wykaże się w całości Wykonawca lub ten podmiot.

Z poczynionego zastrzeżenia wynika więc, że Zamawiający nie dopuścił sumowania doświadczenia i wymagał, by całością doświadczenia - a więc łącznie z pkt 1 i 2 - wykazał się bądź jeden z konsorcjantów bądź podmiot udostępniający zasoby.

W złożonym Wykazie robót Konsorcjum PER-MIR wskazało 4 inwestycje:

1. Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejącego budynku ZOL dla Przewlekłe Chorych Zgromadzenia Sług Jezusa przy Wesołej 45 w Kielcach.

Ze złożonych referencji wynika, że wykonawcą tej inwestycji byli członkowie konsorcjum - T. J. oraz L. Wa., jako wspólnicy EXPERT spółka cywilna.

Żaden z tych wykonawców nie nabył więc w całości doświadczenia wynikającego z realizacji ww. inwestycji.

2. Rozbudowa i przebudowa budynku oświatowego Zakładu Doskonalenia Zawodowego w Końskich z przeznaczeniem na sale lekcyjne, sale ćwiczeń i zaplecze sanitarne wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną.

Ze złożonych referencji wynika, że wykonawcą tej inwestycji był lider Konsorcjum PER-MIR.

3. Nadbudowa łącznika między budynkami szkoły informatycznej, a budynkiem internatu z przeznaczeniem całości na potrzeby Zespołu Szkół Informatycznych, budowa drogi pożarowej, budowa parkingu dla samochodów osobowych na 48 stanowisk postojowych na działce nr ewid. 99 w obrębie 0011 w Kielcach przy ul. Warszawskiej 96.

Ze złożonych referencji wynika, że wykonawcą tej inwestycji był lider Konsorcjum PER-MIR oraz PUH G. P. .

Żaden z tych wykonawców nie nabył więc w całości doświadczenia wynikającego z realizacji ww. inwestycji.

4. Budowa Hali Sportowej przy III Liceum Ogólnokształcącym C.K. Norwida ul. Jagiellońska 4 w Kielcach.

Ze złożonych referencji wynika, że wykonawcą tej inwestycji była Firma Budowlane Prace

Izolacyjne T. J. .

Z powyższego wynika, że żaden z członków Konsorcjum PER-MIR nie wykazał się w całości doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Wymaganego przez Zamawiającego doświadczenie nie posiada też podmiot udostępniający zasób - PUH G. P. .

2. Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział VIII pkt 2.2. lita! SIWZ)

Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury [zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, która będzie pełnił funkcję Kierownika budowy.

Konsorcjum PER-MIR na Kierownika budowy wskazało p. D. C. . W złożonym Wykazie osób wykonawca wskazał na doświadczenie tej osoby nabyte w okresach przypadających na lata 1983 - 1987, na stanowisku: inspektor / specjalista w Dziale Przygotowania i Realizacji Produkcji PP Pracowni Konserwacji Zabytków o/Kielce. Z informacji zawartych w przedmiotowym Wykazie wynika więc, że ww. osoba nie brała udziału w robotach budowlanych, a jedynie zajmowała administracyjne stanowisko w przedsiębiorstwie państwowym, jakim było PP Pracowni Konserwacji Zabytków. Nie jest to wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem 18 miesięcznej praktyki na budowie, zdobytej poprzez fizyczny udział w realizacji robót budowlanych lub nadzorze na budowie, czym ww. osoba się nie legitymuje.

Tego rodzaju doświadczenie tej osoby nie wynika ze złożonego Wykazu. Ponadto, jak wynika ze złożonego przez Konsorcjum PER-MIR dokumentu pt. Stwierdzenie przygotowania zawodowego, p. D. C. nabył uprawnienia budowlane z dniem 07.04.1987 r. Oczywiście jest więc, że w poszczególnych okresach lat od 1983 do 07.04.1987 r. nie mógł brać udziału w robotach budowlanych ani jako kierownik budowy, ani kierownik robót, ani jako inspektor nadzoru budowlanego. Zgodnie z art. 17 Prawa budowlanego udział w robotach budowlanych oznacza bycie uczestnikiem procesu budowlanego. Uczestnikiem procesu budowlanego może być: inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant, kierownik budowy lub kierownik robót. Pan D. C. nie pełnił żadnej z tego rodzaju funkcji na zadaniach wpisanych w treści Wykazu. Nie brał więc udziału w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

Należy podkreślić, że wymóg 18 miesięcznego doświadczenia zdobytego przez udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury jest wymogiem ustawowym (art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami),

W wyroku z dnia 24 lipca 2018 r., sygn. akt IV SA/Wr 354/17, Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu wskazał, że „z powołanego przepisu ustawy wynika zatem, że kierownik robót budowlanych jak i kierownik nadzoru inwentarskiego pracujący przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru, a takim jest Pałac w B., powinni posiadać uprawnienia budowlane określone w przepisach prawa budowlanego oraz co najmniej 18 miesięczną praktykę w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru”. Jednocześnie Sąd stwierdził, że do robót budowlanych, o których mowa w art. 37c ww. ustawy nie należą roboty zabezpieczające.

To, że istotą postawionego przez Zamawiającego wymogu było posiadanie 18 miesięcznej praktyki na budowie, nie powinno budzić wątpliwości. Na etapie przed podpisaniem umowy Zamawiający żądał złożenia dokumentów potwierdzających „odbycie przez wskazaną w rozdz. VIII pkt 2.2. lit. a min. 18 miesięcznej praktyki zawodowej na budowie przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultur/” -

Rozdział XXI pkt 4 lit. e SIWZ.

Ze złożonego Wykazu nie wynika, by p. D. C., zajmujący stanowisko inspektora/specjalisty

posiadał 18 miesięczną praktykę zawodową na budowie. W dodatku część wskazanego doświadczenia dotyczy robót „zabezpieczających”, które nie kwalifikują się do robót

budowlanych, o których stanowi art. 37c ww. ustawy.

W tym stanie rzeczy Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum PER-MIR do złożenia nowego wykazu, w którym podana zostałaby osoba posiadająca wymagane doświadczenie lub do złożenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia p. D. C. .

3. Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział VIII pkt 2.2. lit c) SIWZ)

Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, która będzie pełnić funkcję kierownika robót w tym zakresie.

Ze złożonego przez Konsorcjum PER-MIR dokumentu dla p. J. M. wynika, że osoba ta posiada uprawnienia w zakresie instalacji elektrycznych. Nie posiada więc uprawnień w zakresie instalacji i urządzeń elektroenergetycznych. Jak przyjmuje orzecznictwo KIO, zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania (wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 11/14).

Podobnie w wyroku z dnia 13 listopada 2012 r. sygn. akt KIO 2382/12, Izba wskazała, że „Oceniając zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46 ze zm.) należy mieć na uwadze

postanowienie art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), zgodnie z którym osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Ustawodawca z zachowaniem zasady praw nabytych, wykluczył rozszerzającą interpretację co do zakresu uprawnień nabytych przed dniem wejścia w życie ustawy. Z treści tego przepisu nie można również wyprowadzić wniosku o uzyskaniu z mocy prawa uprawnień w szerszym niż wskazany w decyzji o uprawnieniach zakresie”.

W tym stanie rzeczy Zamawiający błędnie uznał, że Konsorcjum PER-MIR potwierdziło spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i uzasadnione, wnoszę zatem jak na wstępie.

Odpowiedź na odwołanie

Na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), cyt. dalej jako Pzp, działając w imieniu Zamawiającego Gminy Kielce, wniesiono odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Wykonawcę: Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, piętro 10, 00-124 Warszawa, od czynności oraz zaniechania czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Adaptację budynków Zespołu więziennego przy ul. Zamkowej I w Kielcach pod potrzeby Teatru Lalki i Aktora „Kubuś”

Wnoszę o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący w dniu 23 marca 2020 r. (zgodnie z pismem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietnia 2020 r. znak: UZP/BO/MS/4566/6048/20) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W tym samym dniu Odwołujący przekazał Zamawiającemu w formie elektronicznej kopię odwołania, liczącą 12 stron. Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia — Konsorcjum Firm (zwanego dalej Konsorcjum), w składzie:

1) M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „PER-MIR” M. P., ul. Piekoszowska 359D, 25-645 Kielce — jako Lider Konsorcjum,

2) W. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „Aga-Mar” W. L., ul. Wapiennikowa 45/3, 25-105 Kielce,

3) J. T. — prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: T. J. - Budowlane Prace Izolacyjne, Ociesęki 87, 26-035 Raków,

wspólnicy spółki cywilnej EXPERT, ul. Szczepaniaka 29, 25-118 Kielce — jako Członkowie Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego, wskutek wskazanej powyżej czynności, doszło do naruszenia przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2) art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 PZP przez przyznanie Konsorcjum 40 pkt w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”,

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ewentualnie:

4) art. 26 ust. 3 i 4 PZP przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie złożenia wyjaśnień,

5) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny kosztów wykonania projektu wykonawczego.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum, 2) wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 3) odrzucenia oferty Konsorcjum, ewentualnie:

4) przyznania Konsorcjum 10 pkt w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”,

5) wezwania Konsorcjum do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający podtrzymuje w całości swoje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu postępowania, a postawione przez Odwołującego zarzuty uznaje za bezzasadne.

Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przedstawia, co następuje:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez:

1) nieuwzględnienie w toku postępowania informacji złożonych przez Odwołującego zawartych w piśmie z dnia 18 lutego 2020 r., w którym Odwołujący zawiadamia Zamawiającego, iż

wskazany w ofercie Konsorcjum kierownik budowy nie posiada zadeklarowanego przez

Konsorcjum doświadczenia,

2) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, iż Konsorcjum wykazując nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia kierownika budowy nie działało w sposób

lekkoomyślny i niedbały, albo uznaniu, iż nieprawdziwe informacje nie wprowadzały w błąd Zamawiającego i nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzję Zamawiającego dotyczące wyboru oferty Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu.

Tak postawione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie z niżej podanych przyczyn:

Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż Konsorcjum przekazało w ofercie nieprawdziwą informację dotyczącą doświadczenia kierownika budowy — Pana D. C., które to doświadczenie stanowiło jedno z kryteriów oceny ofert. Fakt przedstawienia informacji nieprawdziwej został odnotowany przez Komisję przetargową Zamawiającego i uwzględniony w załączonym do protokołu postępowania dokumencie „OCENA OFERT — z dnia 10.03.2020 r.”, gdzie w wierszu 7 tabeli w kolumnie zatytułowanej „Doświadczenia kierownika budowy”.

wpisano: 4 budowy 40 pkt, opatrząc ten wpis stosownym komentarzem w dalszej części tego dokumentu. Zatem Zamawiający, wobec dostrzeżenia, iż informacja w zakresie doświadczenia kierownika budowy Konsorcjum jest w części nieprawdziwa, uwzględnił ten fakt przy ocenie ofert konstatując przy tym, co wynika także z ww. dokumentu, iż nie wpłynął on na punktację, a tym samym nie wpłynął na pozycję Wykonawców w rankingu.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, w rozdz. XX zatytułowanym „Kryteria i sposób oceny ofert”, w punkcie 2 lit. b zamieścił zapis:

Zamawiający oczekuje kierowania robotami budowlanymi przez kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane i praktykę wskazane w rozdz. VIII pkt 2.2 lit. a niniejszej SIWZ. Przyznając punkty według kryterium „doświadczenie kierownika budowy” Zamawiający będzie kierował się poniżej przedstawionymi zasadami:

- 1) brak doświadczenia kierownika budowy w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 0 pkt,
- 2) pełnienie funkcji kierownika budowy na jednej budowie w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 10 pkt,
- 3) pełnienie funkcji kierownika budowy na dwóch budowach w zakresie budowy przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 20 pkt,
- 4) pełnienie funkcji kierownika budowy w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 30 pkt,
- 5) pełnienie funkcji kierownika budowy na czterech i więcej budowach w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 40 pkt. Maksymalnie w tym kryterium można otrzymać 40 punktów.

Jak z powyższego zestawienia, 40 punktów wykonawca mógł otrzymać za doświadczenie kierownika budowy w pełnieniu tej funkcji i to zarówno wtedy, gdy wykazał doświadczenie na czterech budowach, jak i gdy liczba budów była od czterech większa. Zatem, co wymaga podkreślenia, doświadczenie kierownika budowy dotyczące ilości budów większej niż cztery było irrelevantne dla przyznanej punktacji. Wobec wykazania przez Konsorcjum doświadczenia w zakresie czterech budów, co jest okolicznością niesporną, należało stwierdzić, iż kierownik budowy wskazany przez Konsorcjum dysponuje doświadczeniem, które pozwala na przyznanie temu Konsorcjum 40 punktów w tym kryterium. Z tego też względu, informacja w zakresie doświadczenia kierownika, pozwalająca na przyznanie 40 punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, przedstawiona przez Konsorcjum w ofercie, nie była informacją wprowadzającą w błąd.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga wykazania przez Zamawiającego zaistnienia trzech, przewidzianych w tym przepisie przesłanek:

- 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego
- 2) działaniu wykonawcy można przypisać winę nieumyślną w postaci lekkomyślności lub

niedbalstwa,

- 3) informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego żadna z tych przesłanek nie zaistniała, gdyż:

Ad. 1) Konsorcjum w formularzu ofertowym zawarło informacje wskazujące, iż doświadczenie kierownika budowy, Pana D. C., jest wystarczające do przyznania mu w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” maksymalnej ilości punktów, to jest 40. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1183/19, w podobnym stanie faktycznym, stwierdziła: Aby móc wykluczyć z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Zamawiający musiałby zatem wykazać, iż nieprawdziwa była informacja, która całościowo prezentowała doświadczenie wskazanego inspektora, jako wystarczające dla oceny oferty w tym kryterium. (. . .) Aby móc uznać, iż informacja była nieprawdziwa, wymagało wykazania, iż doświadczenie

wskazanej osoby faktycznie nie pozwalało przyznać maksymalnej ilości punktów.

Ad. 2) Działaniu Konsorcjum trudno przypisać lekkomyślność czy też niedbalstwo. Jak

wynika ze złożonych w toku postępowania przez tegoż Wykonawcę wyjaśnień z dnia 24 lutego 2020 r., podanie w ofercie informacji nieprawdziwej w zakresie doświadczenia kierownika budowy na jednej z budów wynikało z treści oświadczeń zawartych w posiadanym przez Konsorcjum „Poświadczeniu”, wystawionym przez firmę Cameleon Termomodernizacja K. W. — pracodawcę Pana D. C., z którego jednoznacznie wynika, iż Pan C. pełnił obowiązki kierownika budowy przy realizacji robót w budynku mieszkalnym wielorodzinnym na os. „Słoneczny Stok” w Kielcach przy ul. Piłsudskiego 41. Zdaniem Zamawiającego, dokonanie przez Konsorcjum weryfikacji prawdziwości informacji o pełnionej na budowie funkcji przez Pana D. C. w oparciu o podpisany przez pracodawcę dokument, w którym ów pracodawca informację tę potwierdzał, było aktem, który w danych okolicznościach należy traktować jako dochowanie należytej staranności. W tym świetle nie można postawić Konsorcjum zarzutu działania niedbałego czy też lekkomyślnego, jeżeli Konsorcjum to, przedstawiając Zamawiającemu informację, uprzednio ją weryfikuje w oparciu o dokumenty wskazujące na jej prawdziwość. Wykonawcy takiemu nie sposób w tych warunkach przypisać winy, także nieumyślnej, a tylko przypisanie winy nieumyślnej wiązałoby się z wypełnieniem jednej z przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Z ostrożności wyjaśniam, że zarzut działania w sposób lekkomyślny mógłby być postawiony, gdyby Konsorcjum weryfikowało doświadczenie Pana D. C. w kierowaniu budową wyłącznie na podstawie posiadanej kopii umowy o pracę Pana C. z ww. pracodawcą, z której to jednoznacznie wynika jedynie zajmowane stanowisko (kierownik budowy), forma zatrudnienia oraz zakres obowiązków. Umowa ta nie mogłaby stanowić

bezsprzecznego dowodu na potwierdzenie wykonywania samodzielnej funkcji technicznej przez określony czas na konkretnej budowie.

Ad. 3) Informacja nieprawdziwa przedstawiona przez Konsorcjum w ofercie, niezależnie od tego czy była informacją wprowadzającą w błąd czy też cechy takiej nie posiadała (zdaniem Zamawiającego nie posiadała), z całą pewnością nie mogła mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. W ocenie Zamawiającego informacja owa nie miała żadnego wpływu — choćby hipotetycznego, a tym bardziej wpływu istotnego. Decyzja Zamawiającego o przyznaniu Konsorcjum maksymalnej ilości punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, zależała bowiem, na co uprzednio wskazywano, od faktu wykazania przez Konsorcjum doświadczenia w takim zakresie, jaki do tego uprawniał — to jest co najmniej cztery budowy. Wykazanie przez Konsorcjum większej ilości budów pozostawało bez znaczenia

dla decyzji Zamawiającego o przyznaniu 40 punktów, stąd też, informacja co do tej ilości nie miała żadnego wpływu, a tym bardziej nie miała wpływu istotnego.

Z ostrożności procesowej, pomimo iż Odwołujący bezpośrednio nie zarzuca Zamawiającemu błędnej kwalifikacji pisma Konsorcjum z dnia 24 lutego 2020 r. zatytułowanego „Wyjaśnienia Wykonawców w tzw. trybie procedury samooczystczenia

(art. 24 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych)", konieczne stało się wyjaśnienie toku rozumowania Zamawiającego przy dokonaniu wykładni zawartego w ww. piśmie oświadczenia, jego kwalifikacji oraz dokonania subsumpcji ustalonego stanu faktycznego względem właściwego przepisu prawa.

Instytucja samooczystczenia regulowana w dyspozycji przepisu art. 24 ust. 8 PZP stanowi

środek obrony wykonawcy przed negatywnymi skutkami w postaci wykluczenia z postępowania. Należy więc uznać, że z dobrodziejstwa przewidzianego w art. 24 ust. 8 Pzp może skorzystać wykonawca podlegający wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5 Pzp — a więc taki, wobec którego ziściły się przesłanki wykluczenia przewidziane w ww. przepisach. Konsorcjum w ocenie Zamawiającego nie podlegało wykluczeniu z postępowania, z tego też powodu Zamawiający nie analizował treści złożonych przez Konsorcjum wyjaśnień w świetle brzmienia art. 24 ust. 9 Pzp. Inaczej rzecz ujmując, dla Zamawiającego nie miało znaczenia, czy wskazane w treści pisma twierdzenia, fakty i dowody byłyby wystarczające dla uznania, iż Konsorcjum naprawiło ewentualnie wyrządzoną szkodę, lub doznaną krzywdę, lub podjęło skuteczne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, w celu zapobieżenia nieprawidłowemu postępowaniu Konsorcjum. Z tych też przyczyn Zamawiający nie musiał analizować powyższego oświadczenia pod kątem wypełnienia przesłanek niezbędnych dla uznania samooczystczenia za skuteczne. Z uwagi na to, że złożone oświadczenie należy analizować ze względu na jego treść, a nie tytuł, w celu ustalenia rzeczywistego stanu faktycznego w sprawie, Zamawiający dokonał analizy przedmiotowego pisma, kwalifikując je jako wyjaśnienia Konsorcjum dotyczące przyczyny złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie doświadczenia kierownika budowy, mimo iż wyjaśnienia te zostały złożone bez wezwania Zamawiającego. Nie można więc uznać, że Zamawiający pominął jakiegokolwiek fakty i dowody wskazane przez Konsorcjum lub dokonał błędnych ich wykładni.

W świetle powyższego nie ma znaczenia dla rozpoznania sprawy pominięcie przez Konsorcjum, w treści omawianego pisma, wskazania środków naprawczych, gdyż przy opisanej wyżej kwalifikacji przez Zamawiającego tegoż pisma, pozostawało to bez

znaczenia,

Z ostrożności procesowej, nawet gdyby przychylić się do poglądów Odwołującego, że przedmiotowe pismo mogłoby stanowić akt samooczystczenia, nie sposób nie zauważyć, że ustawodawca poprzedził zawarty w art. 24 ust. 8 Pzp zwrot „podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania” sformulowaniem „w szczególności”, co wobec regulacji zawartej w rozporządzeniu z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, oznacza, iż wyliczenie zawarte po tym sformułowaniu ma jedynie charakter przykładowy. Zatem brak wskazania środków naprawczych przez Konsorcjum nie oznacza, jak twierdzi Odwołujący, automatycznej nieskuteczności złożonych wyjaśnień w ramach procedury samooczystczenia, skoro ustawodawca w sposób kategoriyczny nie uwzględnił takiego działania jako elementu konstytutywny samooczystczenia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie ofercie Konsorcjum zawyżonej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, gdyż zdaniem Odwołującego:

1) wymienione w treści oferty inwestycje kierowane przez Pana D. C., a polegające na termomodernizacji budynków (budynek Szkoły Podstawowej Nr 61 w Krakowie oraz 10 budynków wielorodzinnych na terenie os. Na Stoku w Kielcach) nie wypełniały definicji budowy,

2) doświadczenie kierownika budowy nabyte na budowie prowadzonej nienależycie nie powinno być uwzględniane w ramach kryterium oceny ofert.

Tak postawione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie z niżej podanych przyczyn:

Ad. 1) Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, według którego wykonanie ocieplenia, tynków, wymiany stolarki okiennej i drzwiowej, wymiany parapetów, obróbek blacharskich, nie stanowi budowy, przebudowy ani remontu. W szczególności przepis art. 29 ust. 2 pkt 4 Prawa budowlanego stanowi, iż pozwolenia na budowę nie wymaga wykonywanie robót budowlanych polegających na dociepleniu budynków o wysokości do 25 m. Zatem, nie powinno budzić wątpliwości, iż prace polegające na dociepleniu budynków (które to prace wchodziły w zakres obu kwestionowanych zadań), są robotami

budowlanymi, skoro do takiej kategorii zaliczył je ustawodawca. Przez roboty budowlane należy rozumieć, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego, budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Zdaniem doktryny prace polegające na ociepleniu obiektu budowlanego zalicza się do przebudowy, tak też zakwalifikował je Andrzej Gliniecki (red.), Prawo budowlane. Komentarz, wyd. III, 2016: Za remont w rozumieniu ustawowym nie można uznać wykonania ocieplenia zarówno domu, jak i werandy, ponieważ nie są to roboty budowlane polegające na odtworzeniu stanu pierwotnego (wyrok NSA w Warszawie z dnia 19 listopada 2001 r., IV SA 390/01, LEX nr 794692; wyrok NSA z dnia 12 lutego 2013 r., II OSK 1906/11, LEX nr 1358455). Przeprowadzenie tych robót budowlanych zawiera się w ustawowym pojęciu przebudowy, ponieważ prowadzi do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego.

Mając na uwadze wykładnię powołanych wyżej przepisów, potwierdzoną w poglądach sądów oraz wskazanym piśmiennictwie, nie powinno budzić wątpliwości, iż roboty termomodernizacyjne obiektów zaliczyć należy do robót budowlanych, a osobę kierującą ich realizacją uznać za kierownika budowy.

Ad. 2) Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wymagał w ramach kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” wykazania owego doświadczenia przy inwestycjach jedynie należycie wykonanych. Konieczność wykazania należytego wykonania zamówienia dotyczy potwierdzania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie zaś kryterium oceny ofert, przewidzianym w art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp dotyczącym organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Co oczywiste, odpowiedzialność za należyte wykonanie zamówienia spoczywa, co do zasady, na wykonawcy, nie zaś na jego personelu. Zatem, stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym doświadczenie Pana D. C., zdobyte na budowie, którą, według Odwołującego, wykonawca realizował nienależycie i przez to doświadczenie to nie może zostać uwzględnione przez Zamawiającego, jest bezzasadne. Okolicznością bezsporną jest to, iż Pan D. C. pełnił na zadaniu „Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Garwolina” funkcję kierownika budowy i z tej przyczyny Konsorcjum otrzymało stosowną punktację, zgodnie z opisem w przedmiotowym kryterium. Bez znaczenia w tym świetle pozostaje ustalenie, czy wykonawca, ponoszący całkowitą odpowiedzialność za wykonanie zamówienia, realizował ją w sposób należyty, czy też nie. Okoliczność rzekomego nienależytego wykonania umowy nie znajduje oparcia w dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenia zamówienia, a wynika ona jedynie z niczym nie udowodnionych twierdzeń Odwołującego. Wbrew stanowisku Odwołującego, na podstawie pojedynczych zdjęć przedstawiających składowane w nieładzie materiały budowlane lub odpady budowlane na fragmentach terenu, nie można wnioskować o niewłaściwej realizacji inwestycji, mając na względzie, iż przedmiotem takiej inwestycji jest wykonanie robót budowlanych, a nie sposób składowania materiałów. Dodatkowo należy rozróżniać sferę wykonywania działalności gospodarczej przez wykonawcę od sposobu pełnienia samodzielnej funkcji technicznej przez kierownika budowy. Nie można wywodzić adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy

działaniem przedsiębiorcy skutkującym rozwiązaniem zawartej umowy, lub odstąpieniem od niej, a sposobem pełnienia obowiązków inżynierskich przez kierownika budowy. Z doświadczenia życiowego wynika, że w przypadku, gdy kierownik budowy nie wypełnia swych zadań należycie to zostaje on przez wykonawcę z placu budowy usunięty i zastąpiony inną osobą bez wpływu na zakończenie prowadzonej inwestycji. W przypadku zaś, gdy wykonawca prowadzi swą działalność gospodarczą nienależycie, to nawet przy najlepszych staraniach kierownika budowy, umowa może być przedwcześnie rozwiązana. W stanie faktycznym, wynikającym z dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, nie można pominąć, iż sam Odwołujący w toku postępowania przedstawił dokument, z którego jednoznacznie wynika, że Pan D. C. rozwiązał umowę o pracę z własnej inicjatywy, a nie został zwolniony z przyczyny niewłaściwego wykonywania funkcji kierownika budowy (vide: pismo Urzędu Gminy Garwolin z dnia 22 stycznia 2020 r.). Nie można też pominąć faktu, że obowiązki Pana C. przejęła inna osoba, a odstąpienie od realizacji robót budowlanych nastąpiło podczas kierowania budową przez następcę Pana C., na co nie miał on wpływu.

Reasumując, rzekomy fakt niewłaściwej realizacji robót, nawet gdyby miał miejsce, to i tak w świetle kryteriów oceny ofert nie miałby znaczenia, a dodatkowo na podstawie dokumentów zgromadzonych w trakcie prowadzonego postępowania, trudno jest nawet domniemywać, iż fakt niewłaściwego sprawowania samodzielnej funkcji technicznej przez Pana D. C. mógł mieć miejsce.

Z powyższych przyczyn zarzuty stawiane przez Odwołującego nie mogą być uznane za zasadne.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie, zdaniem Odwołującego, miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Dla obalenia trafności zarzutu Odwołującego, należy na wstępie dokonać wykładni pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowymi działaniami o takich znamionach, wymienionymi w ustawie, są w szczególności: nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, utrudnianie dostępu do rynku. Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji, jest więc jedną z klauzul generalnych, które pozwalają wyłącznie na wskazanie odpowiedniego kierunku interpretacji zaistniałego stanu faktycznego.

Czynem nieuczciwej konkurencji będzie więc każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy

lub klienta bądź go narusza (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 20 lutego 2008 r., (Vide: Sieradzka Małgorzata (red.), Zdyb Marian (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II).

Dla uznania danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji, konieczne jest łączne spełnienie trzech przesłanek, według których działanie takie musi:

- 1) być dokonane w ramach prowadzonej działalności gospodarczej,
- 2) naruszać przepisy powszechnie obowiązujące lub dobre obyczaje,
- 3) stanowić zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta,

Dokonując analizy ceny, którą Konsorcjum zaoferowało za wykonanie projektu wykonawczego, nie ulega wątpliwości, że cena ta znacznie przewyższa przyjęty przez

Zamawiającego szacunek.

Oferowanie przez przedsiębiorcę wygórowanych cen, samo przez się nie będzie zawsze stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. Tak też stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia

4 października 2017 r. o sygn. akt. III SK 49/16. Zgodnie z poglądami tego Sądu, dla

uznania za praktykę ograniczającą uczciwą konkurencję polegającą na bezpośrednim narzucaniu wygórowanych cen, konieczne staje się nie tylko wykazanie, że cena taka nie jest jedynie wygórowana, lecz wygórowana w sposób rażący i dodatkowo koniecznym jest ustalenie, że taki przedsiębiorca ma pozycję dominującą. Przechodząc na grunt przedmiotowej sprawy nie sposób nie dostrzec, że żaden z Wykonawców, a w szczególności Konsorcjum, pozycji dominującej nie miał, choćby na rynku lokalnym. W takim stanie rzeczy Konsorcjum nie mogło takich cen narzucać, lecz jedynie oferować, a to samo w sobie wyklucza uznanie takiego działania za czyn nieuczciwej konkurencji.

Także Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku

z dnia 19 maja 2015 r., sygn. akt XVII AmA 17/14, stwierdził, że dla zaistnienia praktyki narzucania nieuczciwych cen, a przez to dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji, wymagane jest łączne spełnienie trzech ustawowych przesłanek, a mianowicie: 1) posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej; 2) narzucenia ceny z racji posiadanej siły rynkowej; 3) nieuczciwego charakteru narzuconej ceny.

W opisanym stanie faktycznym niewątpliwie dwie pierwsze przesłanki nie są spełnione.

Konsorcjum, nawet na rynku lokalnym nie posiada pozycji dominującej, o czym najlepiej świadczy liczna konkurencja wśród Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Konsorcjum w żaden sposób nie jest też w stanie narzucić Zamawiającemu swej ceny, gdyż nie posiada jakiegokolwiek siły rynkowej odmiennej od pozostałych Wykonawców.

Z ostrożności nie można też mówić o nieuczciwym charakterze oferowanej ceny — co do całości oferty, gdyż jest ona najniższa z zaoferowanych w przetargu.

Dokonując analizy części składowej oferty za sporządzenie dokumentacji projektowej wzmocnienia istniejących fundamentów w modernizowanych obiektach, nie może jednak ująć uwagę, że ceny oferowane przez pozostałych Wykonawców za tę część zamówienia także znacznie przewyższają szacunek wykonany przez Zamawiającego. Z uwagi na to, że projekt budowlany stanowi indywidualną działalność twórczą, a koszt jego wytworzenia to głównie nakład pracy intelektualnej, cena za wykonanie tego projektu nie może być precyzyjnie zweryfikowana. Nie istnieje też obowiązujący wykonawców cennik prac projektowych skutkujący względnym ujednoliceniem cen za takie usługi. Zamawiający nie miał więc żadnych możliwości, prawnych ani technicznych, do podważenia złożonej przez Konsorcjum oferty. Jediną prawną możliwością weryfikacji zaoferowanej ceny byłoby jej rażące zaniżenie prowadzące do uznania, iż nosi ona znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji. W przypadku oferty Konsorcjum, wysoka cena za realizację projektu w żaden sposób nie narusza uczciwej konkurencji, a jedynym skutkiem takiego działania było ryzyko Konsorcjum w uzyskaniu mniejszej ilości punktów w kryterium „Cena”.

Zamawiający, nie znajdując faktycznej podstawy do żądania od Konsorcjum wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny za projekt wykonawczy, dokonał analizy, czy zaoferowana cena za wykonanie ww. projektu, przy założeniu, że wynagrodzenie za tę część zamówienia będzie fakturowane i płacone jako pierwsze, choćby potencjalnie nie naraża Zamawiającego na szkodę.

W przypadku, gdy Konsorcjum, po zrealizowaniu prac projektowych i otrzymaniu za to wynagrodzenia, odstąpiłoby od zawartej umowy, Zamawiający zobowiązany byłby do naliczenia kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia za realizację całego przedmiotu umowy, tj. w kwocie 3 289 000,00 zł, zaś cena za wykonanie prac projektowych wynosi 2 000 000,00 zł. Przy takim odstąpieniu od umowy jedynym poszkodowanym byłoby Konsorcjum. Taki stan rzeczy nie narusza zasad wolnej konkurencji i nie szkodzi Zamawiającemu. Dodatkowo należy mieć na względzie, że Zamawiający przewidział zabezpieczenie należytego wykonania umowy wysokości 3% całkowitej ceny podanej w ofercie, co stanowi kwotę 986 700,00 zł.

Należy dodać, że drugi składnik ceny — cena za wykonanie robót budowlanych, nie odbiega istotnie od dokonanego przez Zamawiającego szacunku i nie wzbudza jego

wątpliwości co do rażąco niskiej ceny, gdyż jest ona niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert jedynie o 14%. Tak zaoferowana cena również nie może zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na próbie wyeliminowania z udziału w postępowaniu innych Wykonawców poprzez zaoferowanie ceny niższej niż koszty wytworzenia z uwzględnieniem godziwego zysku.

Zamawiający zwraca także uwagę, iż w rozdz. XVIII SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny” wskazał jednoznacznie, że wynagrodzenie należne wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Cena oferty miała stanowić zapłatę za całość robót w celu osiągnięcia oczekiwanego przez Zamawiającego rezultatu w postaci zmodernizowanego obiektu budowlanego. Jednocześnie wyraźnie zastrzeżono, iż do porównania cen złożonych ofert, brana będzie pod uwagę tylko cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, zgodnie z deklaracją zawartą w SIWZ, w formularzu ofertowym oczekiwał podania przez wykonawcę, oprócz ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, służącej do porównania ofert, także cen za wykonanie poszczególnych części składowych zamówienia, to jest:

1) ceny ryczałtowej za wykonanie robót budowlano-montażowych związanych z adaptacją budynków Zespołu Powięziennego przy ul. Zamkowej 1 w Kielcach do potrzeb Teatru Lalki i Aktora „Kubuś” — określonych w 2 ust. 1 pkt 1 i 2 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 5 do słwz,

2) ceny ryczałtowej za opracowanie projektu wykonawczego wykonania wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych, o którym mowa w 2 ust. 1 pkt 2 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ.

Jak już wskazano wyżej, ceny te nie służyły do porównywania ofert, a zatem, ich wysokość nie wpływała na ilość punktów otrzymanych przez wykonawcę w kryterium oceny ofert. Wzrost ten posiadała jedynie cena za wykonanie całości przedmiotu zamówienia.

Zamawiający mógłby powziąć wątpliwości co do ewentualnego działania niezgodnego z prawem lub dobrymi obyczajami, gdyby Konsorcjum celowo i świadomie zaniżyło cenę jednej części składowej oferty rekompensując to zawyżeniem pozostałej części. Dodatkowo takie działanie musiałoby chociaż potencjalnie działać na szkodę innych Wykonawców lub Zamawiającego, albo stanowić źródło nieuzasadnionego zysku dla Konsorcjum skutkującego naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Skoro więc żadna z części składowych oferty nie została zaniżona to trudno mówić o manipulowaniu, i celowym, niezgodnym ze stanem rzeczywistym, przedstawianiu faktów, a w szczególności o celowym przenoszeniu kosztów z jednej części zamówienia na pozostałe. Zdaniem Zamawiającego nie można uznać za manipulowanie ceną działania polegającego wyłącznie na zawyżeniu jednej części składowej oferty. Prawo zamówień publicznych nie zna bowiem pojęcia „rażąco wysokiej ceny”, w odróżnieniu od rażąco niskiej ceny, której istnienie jest regulowane przez Pzp. Kalkulacja ceny ofertowej zależy bowiem jedynie od swobodnego uznania wykonawcy działającego w warunkach gospodarki rynkowej, i o ile kalkulacja ta nie budzi wątpliwości zamawiającego w zakresie wysokości rażąco niskiej, to nie powinna ona być kwestionowana przez Zamawiającego.

W tak opisanym stanie faktycznym Konsorcjum nie dokonało jakiejkolwiek manipulacji w treści złożonej oferty ani też nie zaoferowało rażąco niskiej ceny w odniesieniu do całości oferty lub którejś z jej części składowej. Takie działanie Konsorcjum nie może zostać uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami i przez to za nieuczciwe, chociażby poprawiało jego sytuację w stosunku do innych Wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu rzekomego zaliczkowania robót budowlanych należy zwrócić uwagę, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny. Jak już wyżej omówiono, z zaliczkowaniem mieliśmy do czynienia w przypadku manipulowania cenami za poszczególne części składowe oferty poprzez zawyżenie ceny za wykonanie prac projektowych, realizowanych na początku trwania umowy, z jednoczesnym zniżeniem wartości robót budowlanych wykonywanych w dalszej kolejności. A takie działanie w opisanym stanie faktycznym nie miało miejsca.

Odwolujący, zarzucając Konsorcjum zawyżenie ceny za sporządzenie projektu wykonawczego, nie przedstawia żadnych dowodów na to, jak ten fakt (o ile miał miejsce) wpłynął na cenę całkowitą oferty, tak by można było twierdzić, iż cena ta jest zmanipulowana. Samo bowiem zawyżenie jednej z cen składowych bez wykazania jednoczesnego zniżenia innej ceny składowej nie może świadczyć o niedozwolonym działaniu Konsorcjum, co omówiono powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 września 2014 r., sygn. akt KIO 1863/14, stwierdziła: nie można odrzucić oferty wykonawcy w oparciu o domniemanie popełnienia

czynu nieuczciwej konkurencji, i co więcej, gdy - tak jak w niniejszej sprawie - takie domniemanie dotyczy czynu popełnionego nie przez wykonawcę, Izba podkreśla, że zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. jest możliwe tylko wtedy, gdy zostanie udowodnione, że złożenie oferty przez wykonawcę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o nieuczciwej konkurencji. Podobnie w wyroku z dnia 23 września 2019 r., sygn. akt KIO 1713/19, Izba stwierdziła, że (...) zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy czy klienta musi mieć charakter obiektywny, tym samym dostrzegalny dla wszystkich podmiotów w tym Zamawiającego, czyli nie może być kwalifikowane jako takie

zagrożenie jedynie subiektywne odczucie wykonawcy. Jednocześnie zagrożenie to musi

być realne. Należy wskazać, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy są działania wykonawcy które prowadzą do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom.

Z powyższych przyczyn, zarzuty stawiane przez Odwołującego, nie mogą być uznane za zasadne.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez

zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie złożenia wyjaśnień poprzez błędne uznanie, że złożone przez Konsorcjum dokumenty i oświadczenia potwierdziły spełnienie

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w:

- 1) rozdz. VIII pkt 2.1 SIWZ (doświadczenie wykonawcy przy realizacji wskazanych obiektów budowlanych),
- 2) rozdz. VIII pkt 2.2 lit. a SIWZ (doświadczenie kierownika budowy dotyczące wymaganej 18-miesięcznej praktyki przy zabytkach nieruchomości),
- 3) rozdz. VIII pkt 2.2 lit. c SIWZ (uprawnienia zawodowe osoby wskazanej do kierowania robotami elektrycznymi).

Tak postawione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Ad 1) Zamawiający nie zgadza się z wnioskami Odwołującego w zakresie tego zarzutu.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego Konsorcjum spełniło warunek udziału w postępowaniu, opisany w rozdz. VIII pkt 2.1 SIWZ, zgodnie z którym wykonawca winien wykazać, że:

- 1) wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną, o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł

(brutto), polegającą na przebudowie lub remoncie budynku/budynków stanowiących zabytek nieruchomy wpisany do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami - tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 2067 ze zm.) lub budynku/budynków zlokalizowanych

na terenie objętym ochroną konserwatorską, oraz

- 2) wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną, o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł (brutto), polegającą na budowie, przebudowie bądź remoncie budynku/budynków użyteczności publicznej.

Oceny spełnienia tego warunku Zamawiający dokonał z uwzględnieniem poczynionego w SIWZ zastrzeżenia, zgodnie z którym warunek miał zostać spełniony, jeżeli wymaganym doświadczeniem wykaże się w całości co najmniej jeden podmiot występujący wspólnie, o którym mowa w rozdz. XI SIWZ, bądź, w przypadku polegania przez Wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego, o którym mowa w rozdz. X SIWZ, wymaganym wyżej doświadczeniem wykaże się w całości Wykonawca lub ten podmiot.

W dniu 24 lutego 2020 r. Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożyło „Wykaz robót budowlanych”, w którym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamieszczono opisy czterech budów, po dwie budowy na potwierdzenie spełnienia każdej części warunku wskazanego powyżej.

Analiza załączonych do Wykazu referencji wskazuje, iż dwie budowy z czterech wykazanych przez Konsorcjum (po jednej w zakresie obu części warunku) zrealizował w całości ten sam podmiot — członek Konsorcjum, to jest Pan J. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: T. J. - Budowlane Prace Izolacyjne. Bez znaczenia dla spełnienia warunku, również w świetle postawionego przez Zamawiającego zastrzeżenia odnośnie zakazu sumowania doświadczenia jest fakt, iż jedną z ww. budów (Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejącego budynku Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego dla Przewlekłe Chorych Zgromadzenia Sług Jezusa przy Wesolej 45 w Kielcach) Pan J. T. zrealizował w ramach spółki cywilnej EXPERT z innym członkiem Konsorcjum, tj. Panem W. L. . Doświadczenie nabyte w ramach spółki cywilnej przynależy bowiem w całości do każdego ze współników tej spółki, zatem członek Konsorcjum — Pan J. T., mogący wykazać się całością doświadczenia w realizacji dwóch budów wskazanych w Wykazie robót budowlanych, spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego, także

uwzględniający poczynione przez Zamawiającego zastrzeżenie o zakazie sumowania potencjału.

Stanowisko Odwołującego, wyrażone w treści zarzutu w odniesieniu do zawartej w Wykazie robót budowlanych inwestycji — Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejącego budynku ZOL dla Przewlekłe Chorych Zgromadzenia Sług Jezusa przy Wesolej 45 w Kielcach, zgodnie z którym doświadczenie Wykonawców zdobyte w ramach spółki cywilnej nie przynależy w całości każdemu ze wspólników, idzie wbrew orzecznictwu KIO. W wyroku z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt KIO 910/18, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza: Jednocześnie trzeba odróżnić postrzeganie spółki cywilnej pod względem formalnym, z punktu widzenia procedury udzielania zamówień publicznych, od oceny zasobów, jakimi wspólnicy w ramach tej spółki dysponują. O ile należy zgodzić się z Odwołującym, że przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to podkreślenia wymaga aspekt, w jakim podejście takie jest w orzecznictwie prezentowane. Związane jest to z faktem, że oświadczenie woli, jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników, to oni bowiem, a nie spółka, mogą zaciągać zobowiązania. Z tych samych powodów w odniesieniu do każdego ze wspólników, nie zaś spółki, oceniane jest istnienie podstaw do wykluczenia, z czego wynika podkreślana przez Odwołującego okoliczność, że wspólnicy odrębnie składają wymagane oświadczenia oraz dokumenty JEDZ. Czym innym są natomiast kwestie związane z realizacją kontraktów w ramach umowy spółki, tj. z realizacją zobowiązań odrębnych od zobowiązań osobistych wspólników (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 stycznia 2015 r., sygn. akt I ACa 1021/14, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 21 kwietnia 2016 r., sygn. akt I ACa 1045/15) i nabywanie związanego z tym doświadczenia. W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby dla powołania się na doświadczenie nabyte w spółce cywilnej, każdy ze wspólników zobowiązany był "wyodrębnić swoje własne doświadczenie" i dopiero doświadczenie jednego wspólnika byłoby potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak już wyżej wskazano, doświadczenie to jest doświadczeniem wszystkich wspólników łącznie, a wyodrębnienie go co do wartości i zakresu w odniesieniu do każdego ze wspólników, byłoby sztuczne, a wręcz niemożliwe. Nie do przyjęcia jest natomiast sytuacja (która byłaby konsekwencją zaakceptowania stanowiska Odwołującego), że na całe doświadczenie zdobyte w ramach umowy spółki nie może powołać się ani spółka (tj. obaj wspólnicy łącznie), ani poszczególni wspólnicy z osobna. Prowadziłoby to do stawiania wobec takich podmiotów niezasadnie wygórowanych wymagań, nie służąc jednocześnie realizacji celów, jakim służą warunki udziału w postępowaniu. Wobec ustalenia, że doświadczenie nabyte przez wspólników spółki cywilnej działających w ramach umowy spółki może być uznane za samodzielne doświadczenie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, bezprzedmiotowe pozostaje rozstrzygnięcie, czy każdy ze wspólników odrębnie zrealizował zadanie o wymaganej wartości i uwzględniając wymagane przez Zamawiającego elementy, Stanowisko KIO, wyrażone w cytowanym wyżej wyroku, podzieli Zamawiający.

Podsumowując tę część uzasadnienia należy podkreślić, że wymagane w SIWZ doświadczenie przy realizacji obiektów zabytkowych, jeden z Wykonawców występujący wspólnie w niniejszym postępowaniu, Pan J. T., zdobył realizując w ramach spółki cywilnej

roboty budowlane budynku przy ul. Wesolej 45 w Kielcach. Mając na uwadze poglądy zawarte w ww. orzeczeniu KIO, niewątpliwie nabył On doświadczenie przy realizacji tych robót, a fakt działania w ramach spółki cywilnej nie powoduje zmniejszenia zakresu tego doświadczenia. Zgodnie z istotą spółki cywilnej, wspólnicy zobowiązują się działać w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Niezależnie od podziału późniejszych zysków i strat, charakter działania wspólników odpowiada zasadzie „niepodzielnej ręki”, więc nie jest możliwe szacowanie w jakiej proporcji poszczególni wspólnicy takiej spółki uzyskują doświadczenie.

Z kolei doświadczenie co do drugiego wymaganego obiektu budowlanego (budynek użyteczności publicznej — Hali Sportowej przy III Licem Ogólnokształcących w Kielcach) Pan J. T. zdobył samodzielnie,

W takim stanie faktycznym nie może budzić wątpliwości, że J. T. składający ofertę w ramach Konsorcjum, sam wykazał się w całości doświadczeniem w realizacji dwóch zadań, przewidzianych w opisie warunku udziału w postępowaniu. Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, iż jedno z tych zadań realizował w ramach spółki cywilnej z drugim Wykonawcą.

Ad. 2) Zamawiający nie zgadza się z przedstawionym przez Odwołującego zarzutem. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił warunek dotyczący zdolności

technicznej i zawodowej osób, które wykonawca skieruje do realizacji zamówienia. W pkt 2.2 lit. a rozdz. VIII SIWZ Zamawiający deklarował, iż warunek uzna za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż dysponuje m.in. jedną osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami - t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2067 ze zm.), która będzie pełnić funkcję Kierownika budowy. Konsekwencją wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu wyżej cytowanym, było skierowanie do Konsorcjum, którego oferta została najwyżej oceniona, wezwania zawierającego żądanie złożenia przez tegoż Wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie owego warunku, w szczególności przedstawienia wykazu osób — wzór owego Wykazu został sporządzony przez Zamawiającego i udostępniony Konsorcjum wraz z wezwaniem. W sporządzonym przez Zamawiającego formularzu Wykazu, w kolumnie 5 tabeli zatytułowanej „Opis doświadczenia zawodowego w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych (...)” i przeznaczonej do zaprezentowania doświadczenia zawodowego kierownika budowy w aspekcie wymogów przedmiotowego warunku, został wskazany

zakres informacji, jakich Zamawiający oczekuje od Wykonawcy, w tym m.in.: pełniona funkcja, nazwa zadania, zakres robót. Ze sposobu

wypełnienia przez Konsorcjum kolumny 5 Wykazu niezbicie wynika, iż Pan D. C., będąc zatrudnionym na stanowisku inspektor/specjalista w Dziale Przygotowania i Realizacji Produkcji w PP Pracowni Konserwacji Zabytków o/Kielce w sześciu opisanych robotach budowlanych przy zabytkach nieruchomych zajmował się przygotowaniem i nadzorowaniem tych robót, a zatem brał udział w robotach budowlanych, czego Zamawiający wymagał jako warunek udziału w postępowaniu. Z niezrozumiałych dla Zamawiającego względów, analiza tych zapisów prowadzi Odwołującego do odmiennych wniosków. Zdaniem Odwołującego nazwa zajmowanego przez Pana D. C. stanowiska przesądza o jego charakterze pracy, wskazując jednoznacznie na jej jedynie administracyjny charakter, co ma tym samym wykluczać możliwość udziału tej osoby w robotach budowlanych. Natomiast zdaniem Zamawiającego wnioskowanie Odwołującego jest wysoce nieuprawnione, bowiem w żadnym razie nazwa zajmowanego stanowiska czy też określenie pełnionej funkcji nie przesądza o rzeczywistych obowiązkach wykonywanych w ramach konkretnego zadania. Podobnie nieuprawnione jest, zdaniem Zamawiającego, wywodzenie z treści art. 17 Prawa budowlanego w związku z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami normy prawnej, zgodnie z którą wymaganą praktykę budowlaną uprawniającą do pracy przy zabytkach nieruchomych w charakterze kierownika budowy można zdobyć tylko jako uczestnik procesu budowlanego, czyli właśnie jako kierownik budowy, a także inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant lub kierownik robót. Gdyby faktycznie zamiarem racjonalnego ustawodawcy było powołanie do życia takiej regulacji, art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami odwoływałby się do terminu „uczestnik procesu budowlanego”, a nie do zwrotu „udział w robotach budowlanych”, jak to ma miejsce de lege lata. Ponadto stanowisko Odwołującego, gdyby przyjąć je za właściwe, oznaczałoby, iż 18-miesięczną praktykę wymaganą przez ustawę o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami mógłby zdobyć także inwestor, jako uczestnik procesu budowlanego, którego zadania w tym procesie sprowadzają się głównie do czynności o charakterze organizacyjnym (por. art. 18 Prawa budowlanego).

Ponadto, Odwołujący zdaje się nie dostrzegać regulacji przewidzianej w art. 37g ww. ustawy, a dotyczącej sposobu potwierdzania odbycia wymaganej przez art. 37c praktyki budowlanej. Zgodnie z tym przepisem udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach wpisanych do rejestru potwierdzają świadectwa, w tym dotyczące odbytych praktyk zawodowych, oraz inne dokumenty zaświadczające udział w tych pracach, badaniach lub robotach lub zatrudnienie przy tych pracach wydane przez kierownika jednostki organizacyjnej, na rzecz której te prace, badania lub roboty były wykonywane, albo przez osobę, pod której nadzorem były wykonywane, w tym zakresy obowiązków na stanowiskach pracy w muzeum będącym instytucją kultury lub zaświadczenia wydane przez wojewódzkich konserwatorów zabytków. Jak wynika z powyższego, to nie udział w procesie budowlanym w charakterze jego uczestnika przesądza o wymaganym doświadczeniu, a odbycie praktyki budowlanej potwierdzone otrzymaniem przez zainteresowanego stosownych świadectw, o których mowa w tym przepisie.

Odwołujący, powołując się na wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 24 lipca 2018 r., stwierdza, iż część wykazanego przez Konsorcjum doświadczenia Pana D. C. dotyczy robót

zabezpieczających, te zaś, zdaniem Odwołującego, nie powinny być brane pod uwagę. Nie wdając się w polemikę z Odwołującym w zakresie tego argumentu, Zamawiający pragnie podkreślić, iż pozostała część doświadczenia kierownika budowy, której wymiar czasowy znacznie przekracza wymagane przez Zamawiającego 18 miesięcy, nie dotyczy kwestionowanych przez Odwołującego robót zabezpieczających.

Ad. 3) Zamawiający, odmiennie niż Odwołujący, ustalił, iż Pan J. M. — osoba, którą Konsorcjum skieruje do realizacji zamówienia i która będzie pełnić funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. Twierdzenie Zamawiającego jest oparte na treści oświadczenia Konsorcjum, zawartego w złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykazie osób, gdzie w kolumnie zatytułowanej „Kwalifikacje zawodowe (uprawnienia, specjalność, zakres)”, w miejscu przeznaczonym na opis kwalifikacji zawodowych Pana J. M. został umieszczony zapis: „Uprawnienia budowlane do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń 180/65”. Zatem, jak wskazuje deklaracja Konsorcjum, Pan J. M. posiada wymagane przez Zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu uprawnienia. Odwołujący w treści odwołania powołuje się wyłącznie na wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2382/12. Lektura treści tego orzeczenia, poza stwierdzeniem, iż rozstrzygnięcie nie zawiera cytowanych przez Odwołującego zapisów, prowadzi do wniosku, iż za prawidłowe, zdaniem składu orzekającego, należy uznać takie działanie zamawiającego, które, w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, opiera się jedynie o analizę dokumentów, zawierających się w katalogu dokumentów do tej oceny służących, opisanym w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich

te dokumenty mogą być składane (w obecnym stanie prawnym — rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Na mocy przepisów ww. rozporządzenia Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia dokumentu, wskazanego w § 2 ust. 4 pkt 10, to jest do złożenia wykazu osób, Wykaz taki Konsorcjum złożyło w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, a jego treść wyczerpuje instrukcje Zamawiającego co do treści i sposobu wypełnienia. Załączenie do owego Wykazu kopii uprawnień nie było przez Zamawiającego wymagane i z tej racji, mając także na uwadze powołane wyżej rozstrzygnięcie, jego treść nie była przez Zamawiającego brana pod uwagę.

Z ostrożności jednak Zamawiający podnosi, iż uprawnienia budowlane jakie posiada Pan J. M., co wynika z załączonej z własnej inicjatywy przez Konsorcjum kopii „Stwierdzenia przygotowania zawodowego”, zostały mu przyznane w 1985 r., w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, które to przepisy nie wymieniały specjalności w zakresie instalacji i urządzeń elektroenergetycznych, wymieniały natomiast w 13 ust. 1 pkt 4 lit. d specjalność w zakresie instalacji elektrycznych. Pod pojęciem „instalacje elektryczne” mieściły się wówczas także instalacje i urządzenia elektroenergetyczne, jako stanowiące jeden z elementów instalacji elektrycznych. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do wniosku, iż w tamtym stanie prawnym nie istniała podstawa prawna do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych przy kierowaniu robotami w zakresie instalacji elektroenergetycznych. Stanowisko Zamawiającego podzieliła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 listopada 2011 r., sygn. akt KIO/2327/11. W tym świetle sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie ma charakteru interpretacji rozszerzającej, jak twierdzi Odwołujący, skoro zakres uprawnień posiadanych przez osobę wskazaną do realizacji zamówienia jest tożsamy z zakresem wskazanym w opisie warunku, różnica zaś zawiera się jedynie w różnym nazewnictwie tej samej specjalności. Zmiana tego nazewnictwa dokonywała się w ramach kolejnych nowelizacji rozporządzenia. Identyczne stanowisko wobec tego zagadnienia wyraziła Polska Izba Inżynierów Budownictwa, w opinii z dnia 1 czerwca 2012 r., opublikowanej na stronach internetowych Izby. W treści tej opinii Izba powołuje się także na zbieżne, z przedstawionym powyżej, stanowiskiem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 6 czerwca 1989 r., zawartym w piśmie znak: UMN-2/BB/2/12/89, w którym wskazano: „Nie zachodzi potrzeba rozszerzania w drodze decyzji zakresu stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, nadanych na podstawie dotychczasowych przepisów w

specjalnościach „sieci sanitarne”, „instalacje sanitarne”, „instalacje elektryczne o ile stwierdzenia te obejmują pełen zakres danej specjalności. W tych przypadkach rozszerzenie zakresu w ramach tak określonej specjalności następuje z mocy prawa”.

Ponadto, podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający zawarł w SIWZ, w rozdz. VIII zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu”, klauzulę o następującej treści:

Uwaga:

Przez ww. uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 07.07.1994 r. — Prawo budowlane (j.t. Dz. U z 2019 r, poz. 1186 ze zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29.04.2019 r., w

sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 2272) lub posiadać prawo do świadczenia usług transgranicznych zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (j.t. Dz. U. z 2019 r, poz. 1117).

Zatem, Zamawiający dostrzegając kwestię zmian nazewnictwa specjalności techniczno - budowlanych dokonywanych w ramach kolejnych nowelizacji przepisów dopuszczał, by wykonawca, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia przedstawił uprawnienia budowlane, których literalne brzmienie odbiegać będzie od brzmienia wydawanych na mocy aktualnej regulacji, jeśli tylko uprawnienia wydawane na mocy poprzednio obowiązujących przepisów, odpowiadać będą uprawnieniom nadawanym obecnie, co jak wykazano wyżej, ma miejsce w przypadku uprawnień Pana J. M. .

Z powyższych przyczyn zarzuty stawiane przez Odwołującego nie mogą być uznane za zasadne.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny kosztów wykonania projektu wykonawczego.

Tak postawione zarzuty nic zasługują na uwzględnienie z niżej podanych przyczyn:

Dla obalenia tak postawionego zarzutu istotnym jest dokonanie wykładni pojęcia „wyjaśnienie”. Już samo użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wyjaśnienia” wskazuje, że procedura uregulowana w art. 87 ust. 1 p.z.p, nie polega na uzupełnieniu bądź negocjacji treści oferty ani tym bardziej jej zmiany, ale służy do usunięcia wątpliwości wynikających z jej treści i uczynienia jej bardziej zrozumiałą dla zamawiającego: „Żądanie od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści oferty, co wprost wynika z brzmienia ww. artykułu, jest uprawnieniem zamawiającego, czego odwołujący nie kwestionował. Nie można jednak utożsamiać żądania złożenia wyjaśnień z żądaniem złożenia dokumentów. Odwołując się do znaczenia słów «wyjaśnienie» (t.j. uwagi wyjaśniające rzecz niezrozumiałą; usprawiedliwienie, umotywowanie czegoś) oraz «wyjaśnić» (tj. uczynić coś zrozumiałym; podać powody, motyw) w języku polskim nie może budzić wątpliwości, że przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi narzędzie zamawiającego do doprowadzenia niezrozumiałej treści oferty wykonawcy w konkretnym zakresie zrozumiałą, poprzez złożenie przez wykonawcę «uwag», które nie sposób rozumieć inaczej niż jako oświadczenie własne wzywanego do wyjaśnień wykonawcy (vide: Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, Opublikowano: LEX/el. 2019).

Przechodząc na grunt przedmiotowej sprawy, w złożonej przez Konsorcjum ofercie trudno znaleźć bardziej jednoznaczne oświadczenie niż określenie części składowej ceny oferty za wykonanie projektu wykonawczego, wyrażonej w postaci liczbowej, ze wskazaniem waluty i potwierdzonej zapisem słownym, zgodnym z przywołaną wartością liczbową. Przy braku sprzeczności tych dwóch elementów oświadczenia, Zamawiający nie mógł mieć jakichkolwiek wątpliwości co do kwoty jakiej żąda Konsorcjum za wykonanie tej dokumentacji, a zatem nie miał podstaw do żądania wyjaśnień w tym zakresie. Kwestionowane oświadczenie Konsorcjum było bowiem dostatecznie jednoznaczne i nie

dawało możliwości przyjęcia różnych wykładni, zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda.

Mając również na uwadze uzasadnienie wcześniej już omówionego zarzutu dotyczącego ewentualnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji, można jedynie podkreślić, że zaoferowana w przedmiotowej ofercie cena za wykonanie prac projektowych, nawet, gdyby uznać ją za rażąco wygórowaną, nie mogłaby stanowić czynu nieuczciwej konkurencji. Skoro zaś Zamawiający nie dopatrzył się jakichkolwiek manipulacji częściami składowymi ceny oferty, to nie miał podstaw do żądania wyjaśnień w tym zakresie.

Uwzględniając opisany stan faktyczny oraz uzasadnienie prawne, a także utrwalone w cytowanym orzecznictwie poglądy, odwołanie należy uznać za bezzasadne.

Wobec powyższego zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko Przystępującego

Pismem z dnia 26 marca 2020r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany/PER-MIR/Konsorcjum, który wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Jako przystępujący wskazał na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego.

Zgodnie z wymogami określonymi przez ustawodawcę w art. 185 ust. 2 Pzp, Konsorcjum posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego (jako strony postępowania odwoławczego, do której Konsorcjum przystępuje). Należy bowiem podkreślić, że oferta Konsorcjum została sklasyfikowana na pierwszym miejscu z punktacją 100, a więc została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Tymczasem Odwołujący w treści odwołania z dnia 23.03.2020 r. podnosząc szereg zarzutów, zaskarża właśnie czynność Zamawiającego w postaci dokonania wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, wnosząc m. in. o „2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum PER-MIR”, 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum PER-MIR z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, aż wreszcie 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum PER-MIR”. W związku z tym przystępujący wskazuje, że uwzględnienie rzeczzonego odwołania, niezależnie od tego który z wniosków Odwołującego zostanie podzielony przez Krajową Izbę Odwoławczą, doprowadzi do skutku w postaci utraty przez Konsorcjum rzeczzonego Zamówienia, a tym samym szkody po stronie Konsorcjum, do czego bez wątpienia doprowadzi zarówno wykluczenie Konsorcjum z postępowania o udzielenie Zamówienia (po uprzednim unieważnieniu czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum), jak i powtórzenie czynności badania ofert i przyznanie Konsorcjum tylko 10 punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”.

Przedstawiając interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, przystępujący przedstawił następujące wnioski.

Mając na względzie przedstawiony powyżej charakter interesu Konsorcjum w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego (jako strony postępowania odwoławczego, do której Konsorcjum przystępuje), w imieniu Konsorcjum wniesiono o wydanie wyroku o oddaleniu odwołania z dnia 23.03.2020 r. wniesionego przez Odwołującego w całości jako bezpodstawnego, oraz utrzymanie w mocy czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na wyborze i uznaniu za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum.

Przystępujący wskazał na dotrzymanie terminu do wniesienia odwołania.

Informację o wniesieniu przez Odwołującego odwołania z dnia 23.03.2020 r., Konsorcjum otrzymało od Zamawiającego w dniu 24.03.2020 r. W związku z tym, termin uregulowany w art. 185 ust. 2 Pzp, upływa z dniem 27.03.2020 r. — zatem został zachowany.

Co do zachowania warunków formalnych przystąpienia.

Konsorcjum przekazało kopię niniejszego zgłoszenia przystąpienia Konsorcjum po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wszczętego w wyniku wniesienia przez Odwołującego odwołania z dnia 23.03.2020 r., zarówno Zamawiającemu (na adres mailowy: oraz j.b.@um.kielce.pl), jak i Odwołującemu (na adres mailowy: kancelaria@p..pl).

Odpowiadając na zarzuty odwołania, przystępujący przedstawił stanowisko jak poniżej.

W odpowiedzi na okoliczności, twierdzenia, zarzuty i żądania zgłoszone przez Odwołującego - w odwołaniu z dnia 23.03.2020 r., uczestnicy Konsorcjum z nimi całkowicie się nie zgadzają i im zaprzeczają co do ich zaistnienia, prawdziwości oraz zasadności chyba, że w treści pism złożonych w toku postępowania o udzielenie Zamówienia albo w treści niniejszego pisma, je w sposób wyraźny i bezpośredni przyznają.

Ad. 1. uzasadnienia Odwołania z dnia 23.03.2020 r., względem zarzutu nr 1

Odnosząc się do twierdzeń i argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w treści uzasadnienia zarzutu nr 1, niniejszym wskazano, co następuje.

Bezspornym jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym — Pismem z dnia 24 lutego 2020 r. przystępujący poinformował Zamawiającego, że w treści oferty podał nieprawdziwe informacje dotyczące punktacji w kryterium „Doświadczenie Kierownika budowy” oraz że wynikało to z zaniedbania tego wykonawcy.

Bezspornym jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym — „Konsorcjum PER-MIR podniosło jednocześnie, że wobec faktu złożenia nieprawdziwych informacji dokonuje tzw. samooczyszczenia stwierdzając, że podanie nieprawdziwych informacji nie miało dużej wagi, gdyż nieprawdziwe informacje dotyczyły jednej inwestycji z pięciu wskazanych w treści oferty, zaś dla uzyskania maksymalnej liczby 40 pkt wystarczyło podanie czterech inwestycji.

W odniesieniu do przedstawionego stanu prawnego faktycznego, Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że — złożone w piśmie z dnia 24 lutego 2020 r. informacje w żaden sposób nie mogą świadczyć o skutecznym dokonaniu self-cleaningu. Wykonawca przekazał bowiem jedynie informację o złożeniu nieprawdziwych informacji, nie przedstawił zaś Zamawiającemu żadnych informacji lub dowodów na wykazanie podjęcia środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które mogłyby zostać uznane za odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy — czego wymaga art. 24 ust. 8 Pzp. Procedura self-cleaningu nie ogranicza się tylko do przekazania informacji o wprowadzaniu w błąd, lecz wymaga od wykonawcy wykazania zamawiającemu, jakie działania naprawcze zostały podjęte w tym celu, by w przyszłości taka sytuacja już się nie powtórzyła. W niniejszej sprawie Konsorcjum PER-MIR nie wskazało żadnych środków naprawczych. Nie przeprowadziło więc skutecznej procedury samooczyszczenia. Tego rodzaju okoliczność nie wynika też z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ustosunkowując się do zarzutu sformułowanego przez Odwołującego, Konsorcjum wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp (regulującym zasady obowiązywania instytucji tzw. „samooczyszczenia” — z angielskiego „self— cleaning”) — „Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16 - 20 lub ust. 5 Pzp, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności, udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu Wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się jeżeli wobec Wykonawcy będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Ponadto, zgodnie z art. 24 ust. 9 Pzp — „Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8”. W oparciu o treść przytoczonych przepisów, w kontekście zarzutu Odwołującego,

Konsorcjum wskazuje, że zgodnie z wolą ustawodawcy wyrażoną w przytoczonym art. 24 ust. 8 Pzp, wykonawca, który podlega wykluczeniu w oparciu o oznaczone przyczyny — „może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności”, w dalszej kolejności wymieniając „w szczególności” przykłady działań, które mogą zostać podjęte przez wykonawcę, aby tę rzetelność wykazać/udowodnić, w zależności od charakteru czynu wykonawcy, stanowiącego podstawę do jego wykluczenia z postępowania. W tym miejscu Konsorcjum wskazuje, że redakcja przywołanego przepisu nie przemawia za przedstawianą przez Odwołującego wykładnią, jakoby niezależnie od treści i charakteru zaistniałej wobec konkretnego wykonawcy przesłanki do wykluczenia go z postępowania, celem dokonania prawidłowego i skutecznego samooczyszczenia, wykonawca winien dokonać wszystkich czynności, których katalog ustawodawca sformułował w art. 24 ust. 8 Pzp. Nie sposób podzielić takiego stanowiska, chociażby ze względu na nieadekwatność części oczekiwanych przez ustawodawcę działań do zdecydowanej większości przypadków zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy, jak chociażby „udowodnienie naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym”, czy też „zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody”. Nie każdy przypadek ziszczenia się podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie polegał na wyrządzeniu szkody, czy też krzywdy, która będzie wymagała naprawienia/zadośćuczynienia, a z pewnością nie każdy przypadek będzie przestępstwem lub przestępstwem skarbowym. W związku z tym, Konsorcjum wskazuje, że zakres działań i środków oczekiwanych w danym przypadku i w efekcie podejmowanych przez wykonawcę celem wykazania jego rzetelności pomimo zaistnienia przyznanych podstaw do wykluczenia z postępowania, winien być odniesiony do dyrektyw nałożonych na zamawiającego w art. 24 ust. 9 Pzp, a więc z „uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy”. W związku z tym, odnosząc się do zarzutu Odwołującego, Konsorcjum wskazuje, że całość wyczerpujących i kompleksowych wyjaśnień przedstawionych przez Konsorcjum w treści pisma z dnia 24.02.2020 r. (złożonego w trybie samooczyszczenia) z jego wyłącznej inicjatywy, co do okoliczności zaistnienia podstawy do jego wykluczenia z postępowania, jak i zakres dowodów przedstawionych dla ich poparcia, przy uwzględnieniu „wagi i szczególnych okoliczności czynu wykonawcy”, w zupełności wyczerpują przesłanki ustawowe dokonania samooczyszczenia (self — cleaning) uregulowane w przywołanych art. 24 ust. 8 i 9 PZP — całkowicie uprawniając Zamawiającego do podjęcia decyzji o niewykluczeniu Konsorcjum z postępowania.

Idąc dalej Odwołujący podnosi, że „Niezależnie od twierdzeń Konsorcjum PER-MIR o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia Zamawiający winien wykluczyć tego wykonawcę za sam fakt złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć istotny wpływ na podejmowane w toku postępowania decyzje. Informacje z treści oferty referujące do kryterium oceny ofert zawsze są bowiem informacjami mogącymi mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy PZP. Nie sposób podzielić przytoczonego stanowiska Odwołującego.

Konsorcjum wskazuje, że wobec skutecznego dokonania pismem z dnia 24.02.2020 r. tzw. samooczyszczenia (self — cleaning), które zostało uwzględnione przez Zamawiającego, brak jest podstaw do formułowania stanowiska o istnieniu przesłanek do wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie Zamówienia — „Niezależnie od twierdzeń Konsorcjum PER-MIR o przeprowadzeniu procedury samooczyszczenia”. Należy bowiem podkreślić, że zaistnienie okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia Konsorcjum, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 8 Pzp, było bezpośrednią przyczyną podjęcia działań mających na celu samooczyszczenie Konsorcjum. W związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego samooczyszczenia dokonanego przez Konsorcjum, brak jest podstaw do formułowania stanowiska o istnieniu przesłanek do wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie Zamówienia, także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp.

Mając na względzie całość przedstawionych okoliczności, w tym w szczególności charakter i społeczno gospodarcze znaczenie uchybienia stanowiącego podstawę czynionych zarzutów, niezwłoczność i zakres wyjaśnień i dowodów przedstawionych przez Konsorcjum, jak i jego wyłączną inicjatywę w tym zakresie, Konsorcjum wskazuje na całkowitą prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 8 — 9 Pzp, która znalazła obraz w treści czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, z automatycznym pominięciem dokonania czynności polegających na wykluczeniu Konsorcjum z postępowania o udzielenie Zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17) Pzp ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Ad. II. Uzasadnienia Odwołania z dnia 23.03.2020 r. -- „Względem zarzutu nr 2”

Odnosząc się do twierdzeń i argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w treści uzasadnienia zarzutu nr 2 niniejszym wskazuje, co następuje.

Bezspornym jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym — „Zgodnie z treścią SIWZ — Rozdział XX pkt 2 lit. b) — Zamawiający przewidział punktowanie za pełnienie funkcji „kierownika budowy w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego”.

Odwołując się do treści przytoczonego kryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika budowy”, Odwołujący zakwestionował doświadczenie kierownika budowy wskazanego

przez Konsorcjum w treści oferty złożonej w toku ubiegania się o udzielenie Zamówienia w zakresie dwóch zadań:

1) „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 61 w Krakowie”, oraz

2) „Termomodernizacja 10 budynków wielorodzinnych (w tym trzech budynków pow. 25m wysokości, 11-to kondygnacyjnych) na terenie Osiedla Na Stoku w Kielcach” w obu przypadkach podnosząc argument zgodnie z którym — „Doświadczenie w pełnieniu kierownika budowy dla tego rodzaju prac termomodernizacyjnych nie odpowiada wymaganiom przewidzianym przez Zamawiającego, nie jest bowiem doświadczeniem w zakresie budowy, przebudowy lub remontu”.

Konsorcjum podkreśla, że wbrew twierdzeniom Odwołującego prace polegające na „termomodernizacji”, które były wykonywane na obu wymienionych powyżej inwestycjach mają charakter „przebudowy”, o której mowa w Rozdziale XX pkt 2 lit. b) SIWZ a także w art. 3 pkt 7a) ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 136 z późn. zm.). Należy bowiem wskazać że zgodnie z 3 pkt 7a) ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.) — „Ilekcroć 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, Analizując zakres prac wykonywanych na obu zadaniach, należy wskazać, że na każdej z nich wystąpiły prace polegające na dociepleniu istniejącego budynku. W przypadku zadania „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 61 w Krakowie” były wykonywane chociażby prace polegające na — „Docieplenie ścian zewnętrznych i ościeży metodą lekką mokrą --- 1963 m² 2. Docieplenie ścian piwnic z wykonaniem izolacji przeciwwilgociowej— 185 m². 3. Ocieplenie stropu budynku głównego granulatami — 1200 m². 4. Docieplenie dachu Sali gimnastycznej i szatni 459 m² 12. Docieplenie i remont kominów pod dachem wymienionych w zadaniach mają charakter „remontu”, o którym mowa w Rozdziale XX pkt 2 lit. b) SIWZ, a także w art. 3 pkt 8) ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.). Należy bowiem wskazać, że zgodnie z art. 3 pkt 8) ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.) — „Ilekcroć w ustawie jest mowa o: (..) 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;”.

(dowód: uwierzytelniona kserokopia pisma „Poświadczenie” sporządzonego przez Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie z dnia a. 03.2018 r. — w dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia)

12. Docieplenie i remont kominów pod dachem”.

Z kolei, w przypadku zadania Termomodernizacja 10 budynków wielorodzinnych (w tym Trzech budynków pow. 25m wysokości, 11-to kondygnacyjnych) na terenie Osiedla Na Stoku w Kielcach” były wykonywane chociażby prace polegające na — docieplenie ścian zewnętrznych w technologii systemu Ceresit Popular firmy Henke/ wraz z wykonaniem tynków silikatowo — silikonowych w ilości 5584,48 m²”. W związku z tym, Konsorcjum

podkreśla, że docieplenie budynku czyli termomodernizacja, to proces polegający na zastosowaniu materiałów i rozwiązań w celu zmniejszenia zapotrzebowania i zużycia energii cieplnej w obiekcie budowlanym. Docieplenie budynku prowadzi do zmiany parametrów technicznych obiektu, takich jak ogniotrwałość czy przepuszczalność. Prace dociepleniowe stanowią więc przebudowę budynku, w rozumieniu art. 3 pkt 7a) ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 186 z późn. zm.). Pozostałe prace wykonywane na wymienionych zadaniach mają charakter remontu o którym mowa w Rozdziale XX pkt 2 lit. b) SIWZ, a także w art. 3 pkt 8) ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.). Należy bowiem wskazać, że zgodnie z art. 3 pkt 8) ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.) — „Ilekroć w ustawie jest mowa o: (...)remontcie - 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;”.

(dowód: uwierzytelniona kserokopia pisma „Poświadczenie” sporządzonego przez Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie z dnia 14.03.2018r. - w dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia)

(dowód: uwierzytelniona kserokopia pisma „Poświadczenie” sporządzonego przez K. W. Cameleon Termomodernizacja z dnia 02.04.2018 r. w dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia)

(dowód: uwierzytelniona kserokopia pisma „List Referencyjny” sporządzonego przez

Spółdzielnię Mieszkaniową „Na Stoku” w Kielcach z dnia 08.09.2017 r. — w dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia)

(dowód: uwierzytelniona kserokopia pisma „Poświadczenie” sporządzonego przez K. W. Cameleon Termomodernizacja z dnia 02.02.2019 r. — w dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia)

W związku z powyższym, pierwsza część zarzutu nr 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

W dalszej kolejności, odnosząc się do wskazanego przez Konsorcjum — „Zadania — Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/ Garwolina”, a przede wszystkim uzyskanych informacji, że rzeczzone zadanie — „nie zostało należycie wykonane”, a — „Firma DORINWEST Sp. z o.o. (na zlecenie której funkcję kierownika budowy pełnił D. C.) przerwała swoje prace i porzuciła teren budowy, co skutkowało rozwiązaniem umowy z winy tego wykonawcy”, Odwołujący stawia zarzut, zgodnie z którym — „Nie sposób więc twierdzić, iż w ramach tak prowadzonej realizacji Pan D. C. nabył doświadczenie gwarantujące należyłą realizację niniejszego zamówienia”. Argumentując przedstawiony zarzut, Odwołujący wskazuje, że „Celem kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” było premiowanie wykonawców za doświadczenie osoby w pełnieniu funkcji kierownika budowy. W ramach tego kryterium należało wykazać doświadczenie danej osoby przy inwestycjach należycie wykonanych. Jedynie takie doświadczenie ma znaczenie dla Zamawiającego. W ramach ww. kryterium nie chodziło bowiem o formalne pełnienie funkcji Kierownika budowy i nie można zrównywać doświadczenia osoby, która potrafiła jako kierownik budowy zorganizować prace i pokierować tymi pracami w sposób prawidłowy, z doświadczeniem osoby, która nie sprawdziła się na danej inwestycji i nie potrafiła doprowadzić jej do pozytywnego zakończenia. Przyjęcie innego stanowiska wypaczałoby całkowicie sens ww. kryterium oceny ofert i prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Według przystępującego nie sposób zgodzić się z przytoczonym stanowiskiem Odwołującego.

Odpowiadając na przedstawiony zarzut, w pierwszej kolejności Konsorcjum potwierdza, że D. C. nie pełnił funkcji kierownika budowy przez pełny okres realizacji inwestycji — „Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Garwolina” i złożył rezygnację z pełnionej funkcji przed zakończeniem prac mających na celu realizację rzeczzonej inwestycji. Nie mniej, Konsorcjum ponadto podnosi, że zgodnie z opisem kryterium oceny ofert „Doświadczenie kierownika Budowy” sformułowanym przez Zamawiającego w Rozdziale XX pkt 2 lit. b) SIWZ, Zamawiający nie postawił wymogu „pełnienia funkcji kierownika budowy na (odpowiednio „jednej”, „dwóch”, „trzech” oraz „czterech i więcej”) budowach w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego”

począwszy od rozpoczęcia procesu budowlanego do jego skutecznego zakończenia. W związku z tym, Konsorcjum podnosi, że pełnienie przez D. C. funkcji kierownika budowy na inwestycji — „Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Garwolina” w okresie od dnia 25.06.2014 r. do dnia 25.02.2015 r., spełnia przesłanki określone w Rozdziale XX pkt 2 lit. b) SIWZ.

Idąc dalej, Konsorcjum wskazuje na zasadniczy błąd Odwołującego leżący u podstaw postawionego zarzutu. Należy bowiem wskazać, że już w treści pisma z dnia 18.02.2020 r., Odwołujący wyraźnie wskazał, że — „Pan D. C. pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od 25.06.2014 r. do dnia 25.02.2015 r. z ramienia DORINWEST Sp. z o.o., która jako Generalny Wykonawca wykonywała przedmiot umowy zawartej z Gminą Garwolin. Jak poinformował nas w piśmie z dnia 22.01.2020 r. (załącznik nr 2) Zamawiający tj. Urząd Gminy Garwolin, firma DORINWEST sp. z o.o. przerwała swoje prace i porzuciła teren budowy, co skutkowało rozwiązaniem umowy z winy Wykonawcy, tj. firmy DORINWEST Sp. z o.o.”. Nie mniej, formułując kolejne twierdzenia o nienależytym wykonaniu przez Pana D. C. pracy kierownika budowy na inwestycji „Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Gawolina” Odwołujący zdaje się nie zauważać, że D. C. „pełnił funkcję kierownika budowy w okresie od 25.06.2014 r. do dnia 25.02.2015 r.” (co Odwołujący wprost sam przyznaje w zacytowanym fragmencie pisma z dnia 18.02.2020 r.), a umowa łącząca wykonawcę - DORINWEST sp. z o.o. i inwestora - Gminę Garwolin, została rozwiązana w dniu 22.12.2015 r. (co wprost wynika z przedstawionego przez Odwołującego pisma Gminy Garwolin z dnia 22.01.2020 r.) a więc 10 miesięcy później. W związku z tym, Konsorcjum podnosi, że Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, ani nie przywołał jakiegokolwiek okoliczności, która mogłaby uzasadnić postawioną tezę, jakoby okoliczności przywołane przez Odwołującego w treści pisma z dnia 18.02.2020 r. miały w jakikolwiek sposób obciążać D. C.; czy też stanowić dowody na rzekome nienależyte wykonywanie przez D. C. obowiązków kierownika budowy. Nie sposób obciążać osoby pełniącej funkcję kierownika budowy na 10 miesięcy przed rozwiązaniem umowy z wykonawcą, na zlecenie którego działał, niesatysfakcjonującym zakresem wykonanych robót, zniszczeniem części materiałów budowlanych, czy też nieuprzątnięciem terenu robót.

(dowód: kserokopia pisma Odwołującego z dnia 18.02.2020 r. wraz z załącznikami, w tym w szczególności pismem Gminy Garwolin z dnia 22.01.2020r. — w dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia)

Konsorcjum ponadto wskazuje, że przedstawiona przez Odwołującego dokumentacja w postaci pisma Gminy Garwolin z dnia 22.01.2020 r. wraz ze zdjęciami mającymi rzekomo przedstawiać stan, jaki miał zaistnieć na inwestycji — „Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Garwolina”, w żaden sposób nie uprawnia Odwołującego do stawiania zarzutu nienależytego wykonywania przez D. C. obowiązków kierownika budowy. Należy bowiem wskazać, że z istoty funkcji kierownika budowy, którego zakres uprawnień i obowiązków został uregulowany przez ustawodawcę w ustawie z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.), nie sposób obciążać kierownika budowy zaistnieniem nieuzasadnionych przerw w realizacji przez wykonawcę robót stanowiących przedmiot umowy zawartej z inwestorem, aż wreszcie ostateczne „porzucenie” realizowanej budowy (tym bardziej, jeżeli nastąpiło to w okresie, w którym D. C. nie pełnił już funkcji kierownika budowy). Niewątpliwie przedmiotowe kwestie winny obciążać wykonawcę — DORINWEST sp. z o.o., jako podmiot odpowiedzialny za terminowe wykonanie przedmiotu umowy zawartej z inwestorem.

Ponadto, uzupełniając należy wskazać, że zgodnie z oświadczeniem Gminy Garwolin zawartym w piśmie z dnia 22.01.2020 r. — „W dniu 25.02.2015 r. Pan D. C. złożył rezygnację z funkcji kierownika budowy, od dnia 26.02.2015 r. funkcję tę przejął Pan N. Ł. . W związku z tym, biorąc pod uwagę, że umowa łącząca wykonawcę - DORINWEST sp. z o.o. i inwestora - Gminę Garwolin została podpisana w dniu 25.06.2014 r., przyjmując nawet hipotetyczne założenie Odwołującego, że Pan D. C. pełnił funkcję kierownika budowy od dnia następnego po dniu podpisania umowy (w rzeczywistości rzadko spotykane), i tak pełnił tę funkcję przez okres krótszy niż Pan N. Ł. .

Mając na względzie całość przedstawionych okoliczności, Konsorcjum podnosi, że zgłoszony przez Odwołującego zarzut nr 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad. III. uzasadnienia Odwołania z dnia 23.03.2020 r.— Względem zarzutu nr 3 i 5”

Odnosząc się do twierdzeń i argumentacji przedstawionej przez Odwołującego - Firmy Budowlanej ANNA — BUD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w treści uzasadnienia zarzutu nr 3 i 5 niniejszym przystępując wskazać jak następuje.

Bezspornym jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym — „Konsorcjum PER-MIR zaoferowało cenę ryczałtową za wykonanie projektu wykonawczego, o którym mowa w 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy w wysokości 2.000.000,00 zł.”. Bezspornym jest także, że — „Cena ta znacznie odbiega od cen pozostałych ofert - 98.400,00 zł; 37.565,43 zł; 51.540,00 zł; 160.000,00 zł; 50.000,00 zł., 76.000, 00 zł; 307.600,00 zł; 150.000,00 zł. ”

Odwołujący podnosi, że — „Konsorcjum PER-MIR zawyżyło cenę wykonania ww. projektu, podając cenę odbiegającą od rzeczywistej wartości tego zakresu prac, po to by na początku umowy otrzymać wynagrodzenie przekraczające znacznie faktyczną wartość tego świadczenia. W ten sposób Konsorcjum PER-MIR dokonało manipulacji wyceną oferty i zapewniło sobie „zaliczkowanie” wykonania realizacji robót budowlanych.”- Odwołujący wskazuje także, że — „Przyjęty sposób wyceny oferty nie został oparty na adekwatności wzajemnych świadczeń. Naraża to Zamawiającego na przepłacenie za wykonany projekt (...).” Aż wreszcie, Odwołujący zarzuca, że — „ Tego rodzaju manipulowanie ceną oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Odnosząc się do przedstawionych zarzutów Odwołującego, Konsorcjum wskazuje, że nie znajdują one żadnych podstaw w zaistniałym stanie prawno — faktycznym. Należy bowiem wskazać, że wskazana przez Konsorcjum w złożonej ofercie ryczałtowa cena brutto za wykonanie projektu wykonawczego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy, w wysokości 2.000.000,00 zł. została sporządzona w oparciu o własną kalkulację Konsorcjum, z uwzględnieniem ryzyka związanego z określeniem wysokości wynagrodzenia ryczałtowego, przy uwzględnieniu, że wysokość rzeczowej kwoty wpływa wyłącznie pośrednio na atrakcyjność złożonej oferty, jako element współkształtujący cenę oferty. W związku z tym, Konsorcjum zaprzecza twierdzeniom Odwołującego, jakoby miało celowo zawyżyć wysokość wynagrodzenia za wykonanie projektu wykonawczego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 Wzoru Umowy.

Podtrzymując w całości przedstawione powyżej stanowisko, z daleko idącej ostrożności, Konsorcjum wskazuje, że orzecznictwie Izby przyjmuje się, że manipulowanie sposobem wyceny kosztu oferty może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (przykładowo — wyrok KIO z dnia 11 stycznia. 2016 r., sygn. akt KIO 2786/15)”, tym nie mniej należy podkreślić, że wyłącznie w przypadku, gdy jest powodem przewagi lub korzyści po stronie wykonawcy polegającej na uzyskaniu dodatkowych punktów w ramach kryteriów oceny ofert albo gwarantuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu (jak w przypadku zaistniałym w przywołanym przez Odwołującego wyroku KIO, sygn. akt 2786/15). Taka sytuacja nie miała miejsca w przypadku zaistniałym w postępowaniu o udzielenie Zamówienia. Nawet przyjęcie hipotetycznego założenia o zasadności zarzutów Odwołującego w zakresie celowego zawyżenia przez Konsorcjum wysokości ceny brutto za projekt wykonawczy, należy wskazać, że Konsorcjum nie uzyskało żadnych korzyści w ramach postępowania o udzielenie Zamówienia,

Mając na względzie całość przedstawionych okoliczności, Konsorcjum podnosi, że zgłoszone przez Odwołującego zarzuty nr 3 i 5 nie zasługują na uwzględnienie.

Ad. IV. uzasadnienia Odwołania z dnia 23.03.2020 r.- „Względem zarzutu nr 4”

Odnosząc się do twierdzeń i argumentacji przedstawionej przez Odwołującego - Firmy Budowlanej ANNA — BUD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w treści uzasadnienia zarzutu nr 4, odnoszącej się do wykazania przez Konsorcjum spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie Zamówienia, odnosząc się za Odwołującym do kolejnych kategorii warunków udziału w postępowaniu, wskazano co następuje.

Ad IV pkt 1 . „Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział VIII pkt 2. 1 SIWZ

Bezspornym jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 2.1 . SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem co najmniej 2 zamówieniami odpowiadającymi swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tzn. 1) Wykonaniem co najmniej 1 roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto, polegającej na przebudowie lub remoncie budynku/budynków stanowiących zabytek nieruchomy wpisany do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) lub budynku/budynków zlokalizowanych na terenie objętym ochroną konserwatorską. 2) Wykonaniem co najmniej 1 roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 5.000.000, 00 zł brutto, polegającej na budowie, przebudowie bądź remoncie budynku/budynków

użyteczności publicznej. ”

Bezspornym jest także twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym — „Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że z uwagi na specyfikę przedmiotu postępowania jak i charakter postawionego warunku, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wymagany powyżej doświadczeniem wykaże się w całości co najmniej 1 podmiot występujący wspólnie, o którym mowa w rozdz. XI SIWZ, bądź w przypadku polegania przez Wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego, o którym mowa w rozdz. X SIWZ, wymagany wyżej doświadczeniem wykaże się w całości Wykonawca lub ten podmiot.

W związku z powyższym, przeprowadzając analizę przytoczonego powyżej warunku, Odwołujący stawia tezę, zgodnie z którą — „Z poczynionego zastrzeżenia wynika więc, że Zamawiający nie dopuścił sumowania doświadczenia i wymagał, by całością doświadczenia — a więc łącznie z pkt 1 i 2 — wykazał się bądź jeden z konsorcjantów bądź podmiot udostępniający zasób. W oparciu o przedmiotową tezę, po przeprowadzeniu analizy przedstawionego przez Konsorcjum „Wykazu robót”, w którym przywołano 4 (cztery) inwestycje, Odwołujący stawia zarzut, zgodnie z którym — „Z powyższego wynika, że żaden z członków Konsorcjum PER-MIR nie wykazał się w całości doświadczeniem wymagany przez Zamawiającego. Wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia nie posiada też podmiot udostępniający zasób — PUH G. P. .

Nie sposób zgodzić się z przytoczonym stanowiskiem Odwołującego.

Konsorcjum wskazuje, że zgodnie z przytoczonym powyżej zastrzeżeniem Zamawiającego — „(..) w przypadku polegania przez Wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego, o którym mowa w rozdz. K SIWZ, wymagany wyżej doświadczeniem wykaże się w całości Wykonawca lub ten podmiot.

W związku z tym, Konsorcjum wskazuje, że posłużenie się w SIWZ wyrazem „lub”, wskazuje na zastosowanie alternatywy łącznej (nierozłącznej), a więc jego zastosowanie umożliwia wykazanie się doświadczeniem uzyskanym przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia z powołaniem się na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu, w przypadku Konsorcjanta - MIROSŁAWA PERŁAKA prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą: PRZEDSIĘBIORSTWO REMONOTOWO - BUDOWLANE PER - MIR M. P., który:

działając samodzielnie nabył doświadczenie w ramach realizacji inwestycji pod nazwą: „Rozbudowa i przebudowa budynku oświatowego Zakładu Doskonalenia Zawodowego w Końskich z przeznaczeniem na sale lekcyjne, sale ćwiczeń i zaplecze sanitarne wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną. ” w zakresie wykazania warunku — „wykonania co najmniej 1 roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto, polegającej na przebudowie lub remoncie budynku/budynków stanowiących zabytek nieruchomy wpisany do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) lub budynku/budynków zlokalizowanych na terenie objętym ochroną konserwatorską. ” działając w konsorcjum z podmiotem trzecim udostępniającym zasoby — G. P. prowadzącym jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą: PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUGOWO HANDLOWE G. P., nabył doświadczenie w ramach realizacji inwestycji pod nazwą: „Nadbudowa łącznika między budynkami szkoły informatycznej, a budynkiem internatu z przeznaczeniem całości na potrzeby Zespołu Szkół Informatycznych, budowa drogi pożarowej, budowa parkingu dla samochodów osobowych na 48 stanowisk postojowych na działce nr ewid 99, w obrębie 0017 w Kielcach przy ul. Warszawskiej 96” w zakresie wykazania warunku „wykonania co najmniej 1 roboty budowlanej, o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł (brutto), polegającej na budowie, przebudowie bądź remoncie budynku/budynków użyteczności publicznej”.

(dowód: uwierzytelniona kserokopia pisma „Poświadczenie” sporządzonego przez Zespół Szkół Informatycznych im. Gen. Józefa Hauke — Bosaka w Kielcach z dnia 23.10.2019 r.)

(dowód: uwierzytelniona kserokopia pisma „Referencje” sporządzonego przez Zakład Doskonalenia Zawodowego w Kielcach z dnia 05.06.2018 r.)

W związku z powyższym, przytoczony zarzut Odwołującego jest całkowicie bezzasadny,

Ad. IV. ppkt 2. „Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej/ (Rozdział VIII pkt

22. lit.a) SIWZ

Bezspornym jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 2.2 lit a) SIWZ Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, która będzie pełnić funkcję Kierownika budowy”.

Bezspornym jest także twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym — „Konsorcjum PER-MIR na Kierownika budowy wskazało P. D. C. . W złożonym Wykazie osób wykonawca wskazał na doświadczenie tej osoby nabyte w okresach przypadających na lata 1983 — 1987, na stanowisku: inspektor/specjalista w Dziale Przygotowania i Realizacji Produkcji PP Pracownie Konserwacji Zabytków o/Kielce.

W związku z powyższym, przeprowadzając analizę wykazanego doświadczenia D. C., Odwołujący stawia tezę, zgodnie z którą — „Z informacji zawartych w przedmiotowym Wykazie wynika więc, że ww. osoba nie brała udziału w robotach budowlanych, a jedynie zajmowała administracyjne stanowisko w przedsiębiorstwie państwowym, jakim było PP Pracownie Konserwacji Zabytków. ”3 jednocześnie formułując zarzut, zgodnie z którym — „Nie jest to wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem 18 miesięcznej praktyki na budowie, zdobytej przez fizyczny udział w realizacji robót budowlanych lub nadzorze na budowie, czym ww. osoba się nie legitymuje. ”

Nie sposób zgodzić się z przytoczonym zarzutem Odwołującego.

Należy bowiem wskazać, że w rzeczonym „Wykazie osób” Konsorcjum w sposób wyraźny wskazało na charakter funkcji i zakres czynności wykonywanych przez D. C. w ramach poszczególnych inwestycji („przygotowanie i nadzór nad robotami” albo „nadzór na robotami”), informując wyłącznie, że D. C. wykonywał rzeczony czynności w ramach wykonywania obowiązków wynikających ze stosunku zatrudnienia na stanowisku — „inspektor/specjalista w Dziale Przygotowania i Realizacji Produkcji w PP Pracownie Konserwacji Zabytków o/ Kielce Pl. Zamkowy 1”. W związku z tym, zarzut Odwołującego, jakoby D. C. nie brał udziału w robotach budowlanych, a jedynie zajmował administracyjne stanowisko w przedsiębiorstwie państwowym (PP Pracownie Konserwacji Zabytków), nie znajduje żadnego potwierdzenia zarówno w treści oświadczenia złożonego w „Wykazie osób”, jak i w rzeczywistości zaistniałych okolicznościach faktycznych.

Idąc dalej, Odwołujący wskazuje, że — „jak wynika ze złożonego przez Konsorcjum PER-MIR dokumentu pt. Stwierdzenie przygotowania zawodowego, P. D. C. nabył uprawnienia budowlane z dniem 07.04.1987 r. Oczywiście jest więc, że w poszczególnych okresach lat od 1983 do 07.04.1987 r. nie mógł brać udziału w robotach budowlanych ani jako kierownik budowy, ani jako kierownik robót, ani jako inspektor nadzoru budowlanego”. Zdaniem Odwołującego — „Ze złożonego Wykazu nie wynika, by P. D. C., zajmujący stanowisko inspektora/specjalisty posiadał 18 miesięczną praktykę zawodową na budowie. W dodatku część wskazanego doświadczenia dotyczy robót „zabezpieczających”, które nie kwalifikują się do robót budowlanych, o których stanowi art. 37c ww. ustawy”.

Przystępujący nie zgadza się z przytoczonym zarzutem Odwołującego.

Konsorcjum nie zgadza się z przytoczonym stanowiskiem Odwołującego, podnosząc, że doświadczenie określone jako — „udział w robotach budowlanych” nie wymagało ani posiadania uprawnień zawodowych, ani pełnienia funkcji kierownika budowy, kierownika robót, czy też inspektora nadzoru inwestorskiego, a więc posiadania przymiotu uczestnika procesu budowlanego w rozumieniu art. 17 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz.1186 z późn. zm.). Możliwość okazania się rzeczonym doświadczeniem wymagała rzeczywistego udziału wskazanego podmiotu w robotach budowlanych weryfikowanego przez Zamawiającego na podstawie oświadczenia zawartego w „Wykazie osób”.

Ponadto, zaprzeczając zasadności zarzutów przedstawionych przez Odwołującego, Konsorcjum wskazuje, że w treści „Wykazu osób” wskazało na doświadczenie D. C. w zakresie wykonywania robót „konstrukcyjno — zabezpieczających”, które z pewnością

należą do kategorii robót budowlanych", a nie wyłącznie na „prace zabezpieczające” — jak podnosi Odwołujący.

W związku z powyższym, przytoczony zarzut Odwołującego jest całkowicie bezzasadny

Ad. IV. ppkt 3. „Warunek dotyczący zdolności technicznej/ lub zawodowej/ (Rozdział VIII pkt 2.2. lit. c) SIWZ)”

Bezspornym jest twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym zgodnie z Rozdziałem VIII pkt 2.2. lit. c) SIWZ - Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, która będzie pełnić funkcję kierownika robót w tym zakresie.

Bezspornym jest także twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym — „Ze złożonego przez Konsorcjum PER-MIR dokumentu dla p. J. M. wynika, że osoba ta posiada uprawnienia w zakresie instalacji elektrycznych. ”

W związku z powyższym, przeprowadzając analizę wykazanego doświadczenia Pana D. C., Odwołujący stawia tezę, zgodnie z którą P. J. M. — „Nie posiada więc uprawnień w zakresie 12 instalacji i urządzeń elektroenergetycznych. ". Jednocześnie powołując się na wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2382/12, oraz sformułowane tam zasady oceny — zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46 ze zm.)” z uwzględnieniem dyspozycji art. 104 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.): Odwołujący stawia zarzut, zgodnie z którym — „Ustawodawca z zachowaniem zasady praw nabytych, wykluczył rozszerzającą interpretację co do zakresu uprawnień nabytych przed dniem wejścia w życie ustawy. Z treści tego przepisu nie można również wyprowadzić wniosku o uzyskaniu z mocy prawa uprawnień w szerszym niż wskazany w decyzji o uprawnieniach zakresie. ", tym samym pośrednio wskazując, że fakt posiadania przez p. J. M. uprawnień „w zakresie instalacji elektrycznych”, nie oznacza, że posiada także wymagane przez Zamawiającego uprawnienia „w zakresie instalacji i urządzeń elektroenergetycznych”

Nie sposób zgodzić się z przytoczonym zarzutem Odwołującego.

Odpowiadając na przedstawione twierdzenia, w pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z treścią przedstawionego przez Konsorcjum dokumentu — „Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie” z dnia 11.09.1985 r. wydanego przez Urząd Wojewódzki w Kielcach Wydział Planowania Przestrzennego, Urbanistyki, Architektury i Nadzoru Budowlanego, o numerze ewidencyjnym 160/85, z tym dniem J. M. nabył uprawnienia („został upoważniony”) do: „wykonywania samodzielnej funkcji projektanta oraz kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno — inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych”. Istotnie, zgodnie z dyspozycją art. 104 ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. — Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186 z późn. zm.), osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie, tym nie mniej, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 17 lutego 2017 r.. Sygn. akt KIO/KD 7/17 - „Uprawnienia budowlane wydawane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów odpowiadające współczesnym uprawnieniom w danej specjalności bez ograniczeń, to uprawnienia, które nie mają zakresowo-rzeczowych ograniczeń definiowanych przez obowiązujące aktualnie przepisy (jako wyłączonych przez takie sformułowanie warunku) oraz są uprawnieniami umożliwiającymi wykonanie zamawianego zakresu robót, w związku z którym warunki były stawiane.”. Konsorcjum podnosi, że w analizowanym przypadku J. M., należy utożsamić zaświadczone uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych z wymaganymi przez zamawiającego uprawnieniami do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i- elektroenergetycznych Przemawia za tym fakt, że analizowane uprawnienia zostały udzielone J. M. „na podstawie § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d, § 4 ust. 2, § 7, § 5 ust. 1 pkt 1, § 7, §13 ust. 1 pkt 4 lit. d, § 6 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975 roku”. Zgodnie z brzmieniem § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d.

rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975 roku 1. Organ administracji państwowej stopnia powiatowego stwierdza posiadanie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta, kierownika budowy i robót oraz funkcji, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 i 4, w specjalnościach techniczno — budowlanych: (...) 4) instalacyjno — inżynierskiej w zakresie: (...) d) instalacji elektrycznych, (...)." Z kolei, zgodnie z treścią § 1 rozporządzenia z dnia 20 grudnia 1988 roku Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa zmieniającego rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie — „1. W rozporządzeniu Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46, i z 1986 r. Nr 26, poz. 127) w 13 w ust. 1 w pkt 4 lit. a), b) i d) otrzymują brzmienie: (...) d) sieci i instalacji elektrycznych — obejmującej instalacje elektryczne, napowietrzne i kablowe linie energetyczne, stacje i urządzenia elektroenergetyczne. ". W związku z tym, Konsorcjum wskazuje: że rozszerzenie zakresu w ramach specjalności „elektrycznej” nastąpiło z mocy prawa, przy czym na szczególną uwagę zasługuje fakt, że zostało nadane nowe brzmienie przepisu (§ 13 ust. 1 pkt 4 lit. d) rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 20 lutego 1975 roku), a nie nastąpiło dodanie kolejnej jednostki redakcyjnej wprowadzającej nową specjalność uprawnień budowlanych. Ponadto, wcześniejsze brzmienie rzeczzonego rozporządzenia w ogóle nie przewidywało specjalności „w zakresie instalacji i urządzeń elektroenergetycznych". Intencje prawodawcy w tym przypadku należy odczytać jako konieczność pełniejszego określenia specjalności już wymienionej w rozporządzeniu* a nie dodanie nowej specjalności uprawnień. Co więcej, jak wskazała Krajowa izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1332/11 - „Niecelowe jest hipotetyczne i teoretyczne porównywanie nadawanych niegdyś i obecnie uprawnień. Przy wszystkich różnicach terminologicznych i historycznych dotyczących ich regulacji wymaganie równości i absolutnej odpowiedniości uprawnień prowadziłoby jedynie do ograniczenia konkurencji w opisach warunków udziału w postępowaniu i w trakcie prowadzenia postępowań przez dyskryminację wykonawców dysponujących osobami zdolnymi do wykonania danego przedmiotu zamówienia, a posiadającymi uprawnienia wydane na podstawie uchylonych przepisów. Jedynym zaś sensownym sposobem interpretacji spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego osób sprawujących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie i wymaganej w warunkach odpowiedniości uprawnień wydawanych niegdyś i obecnie, jest stwierdzenie czy uprawnienia te umożliwiają wykonywanie danych robót". W związku z tym, przedstawione powyżej stanowisko, zgodnie z którym, w analizowanym przypadku J. M., należy utożsamiać zaświadczone uprawnienia do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych z wymaganymi przez zamawiającego uprawnieniami do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, znajduje pełne uzasadnienie w obowiązujących przepisach prawa.

(dowód: uwierzytelniona kserokopia dokumentu Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie" z dnia 11.09.1985 r. wydane przez Urząd Wojewódzki w Kielcach Wydział Planowania Przestrzennego, Urbanistyki, Architektury Nadzoru Budowlanego, o numerze ewidencyjnym 160/85 — w dokumentacji postępowania o udzielenie Zamówienia)

Podkreślenia wymaga, że przedstawiona powyżej interpretacja analizowanych przepisów w kontekście uprawnień J. M. przedstawionych przez Konsorcjum, została jednoznacznie potwierdzona w treści pisma z dnia 07.08.2007 r. wystosowanego przez Świętokrzyską Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa (podpisanego przez Przewodniczącą Okręgowej

Komisji Kwalifikacyjnej Świętokrzyskiej Izby Inżynierów Budownictwa dr inż. S. S.) (znak: L. dz. RP-025-0085(1)/07).

(dowód: uwierzytelniona kserokopia pisma z dnia 07.08.2007 r. wystosowanego przez Świętokrzyską Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa (podpisanego przez

Przewodniczącą Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Świętokrzyskiej Izby Inżynierów Budownictwa dr inż. S. S.) (znak: L. dz. RP-025-0085(1)/07) — załączone do niniejszego pisma)

Mając na względzie całość przedstawionych okoliczności, Konsorcjum podnosi, że zgłoszony przez Odwołującego zarzut nr 4 nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na względzie wszystkie przedstawione powyżej okoliczności, odwołanie z dnia

23.03.2020r. wniesione przez Odwołującego - Firmę Budowlaną ANNA — BUD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie — nie zasługują na uwzględnienie.

Kielce 07.08.2007

Pan J. M. ul. Żeromskiego 38/22; 25-370 Kielce

Odpowiadając na Pana prośbę odnośnie interpretacji uprawnień budowlanych o numerze ewidencyjnym 160/85. wydanych przez Urząd Wojewódzki w Kielcach dn. 11.09.1985r., Okręgowa Komisja Kwalifikacyjna uprzejmie informuje, iż Pana uprawnienia wydane są na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. 1975r. Nr 8, poz. 46) w jego pierwotnym brzmieniu.

Zakres uprawnień budowlanych należy oceniać indywidualnie, zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu, przy uwzględnieniu przepisów będących podstawą ich nadania. Prawo Budowlane (Dz.U. Nr 89 Poz. 414 ze zm.) w art. 104 wyraża zasadę poszanowania praw nabytych. „Osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy, uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie”.

Dokonując interpretacji przedmiotowych uprawnień budowlanych należy brać pod uwagę wszystkie zmiany prawne do w/w rozporządzenia m.in. dokonane rozporządzeniem Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1988r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. 1988, Nr 42, poz. 334).

Zmiana dokonana w 1988r. odnosiła się m.in. do przepisu §13 ust. 1 pkt. 4 lit. d rozporządzenia (leżącego u podstaw nadania przedmiotowych uprawnień) i polegała na doprecyzowaniu zakresu instalacji elektrycznych. Zmiana ta dotyczyła uprawnień budowlanych nadanych po dniu 13.01.1989r., jednak przyjmuje się, że uprawnienia budowlane wydane przed tą datą mają taki sam zakres jak te, które były wydawane po jej wprowadzeniu. W wyniku omawianej nowelizacji §13 ust. 1 pkt 4 lit. d otrzymał brzmienie: „sieci i instalacji elektrycznych — obejmującej instalacje elektryczne, napowietrzne, kablowe linie energetyczne, stacje i urządzenia elektroenergetyczne”.

Konkludując należy stwierdzić, iż posiadane przez Pana uprawnienia budowlane stanowią podstawę do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie zgodnie z ich treścią, z uwzględnieniem omówionych wyżej zmian, czyli w zakresie sieci i instalacji elektrycznych. Zakres pojęcia „instalacje elektryczne” użytego w rozporządzeniu z 1975r. odpowiada zakresowi pojęcia „sieci i instalacje elektryczne” wprowadzonego przepisami z 1988r. PRZEWODNICZĄCY Okręgowej Komisji Kwalifikacyjnej Świętokrzyskiej Izby Inżynierów Budownictwa dr inż. S. S. .

Izba ustaliła i zważyła co następuje

Odwołujący w dniu 23 marca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia — Konsorcjum Firm, w składzie:

1) M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „PER-MIR” M. P., ul. Piekoszowska 359D, 25-645 Kielce — jako Lider Konsorcjum,

oraz

2) W. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „Aga-Mar” W. L., ul. Wapiennikowa 45/3, 25-105 Kielce,

3) J. T. — prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: T. J. - Budowlane Prace Izolacyjne, Ocieski 87, 26-035 Raków,

wspólnicy spółki cywilnej EXPERT, ul. Szczepaniaka 29, 25-118 Kielce — jako Członkowie Konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego, wskutek wskazanej powyżej czynności, doszło do naruszenia przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP poprzez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2) art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 PZP przez przyznanie Konsorcjum 40 pkt w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”,

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

ewentualnie:

4) art. 26 ust. 3 i 4 PZP przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie złożenia wyjaśnień,

5) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny kosztów wykonania projektu wykonawczego.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum,

2) wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

3) odrzucenia oferty Konsorcjum,

ewentualnie:

4) przyznania Konsorcjum 10 pkt w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”,

5) wezwania Konsorcjum do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający podtrzymał w całości swoje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu postępowania, a postawione przez Odwołującego zarzuty uznał za bezzasadne. Do postępowania przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany.

Izba rozstrzygnęła postawione zarzuty jak poniżej.

Co do zarzutu naruszenia art.24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 18 lutego 2020 r. Odwołujący przekazał Zamawiającemu informację, iż

Konsorcjum PER-MIR podało w swojej ofercie nieprawdziwe informacje dotyczące doświadczenia P. D. C. [osoba podana na punkty w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”).

Udostępniona Odwołującemu dokumentacja potwierdza ww. okoliczność. Pismem z dnia 24

lutego 2020 r., Konsorcjum PER-MIR poinformowało Zamawiającego, iż w treści oferty podało nieprawdziwe informacje dotyczące punktacji w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” oraz że wynikało to z zaniedbania tego wykonawcy. Jest to okoliczność bezsporna i przyznana przez Konsorcjum PER-MIR.

Jako dowody przedstawiono:

1) pismo Odwołującego z dnia 18 lutego 2020 r.

2) pismo Konsorcjum PER-MIR z dnia 24.02.2020 r.

Konsorcjum PER-MIR podniosło jednocześnie, że wobec faktu złożenia nieprawdziwych informacji dokonuje tzw. samooczyszczenia stwierdzając, że podanie nieprawdziwych informacji nie miało dużej wagi, gdyż nieprawdziwe informacje dotyczyły jednej inwestycji z pięciu wskazanych w treści oferty, zaś dla uzyskania maksymalnej liczby 40 pkt wystarczyło podanie czterech inwestycji.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie przedstawił argumentację jak poniżej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez:

1) nieuwzględnienie w toku postępowania informacji złożonych przez Odwołującego zawartych w piśmie z dnia 18 lutego 2020 r., w którym Odwołujący zawiadamia Zamawiającego, iż wskazany w ofercie Konsorcjum kierownik budowy nie posiada zadeklarowanego przez Konsorcjum doświadczenia,

2) błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, iż Konsorcjum wykazując nieprawdziwe informacje w zakresie doświadczenia kierownika budowy nie działało w sposób lekkomyślny i niedbały, albo uznaniu, iż nieprawdziwe informacje nie wprowadzały w błąd Zamawiającego i nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego dotyczące wyboru oferty Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu.

Tak postawione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie z niżej podanych przyczyn:

Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż Konsorcjum przekazało w ofercie nieprawdziwą informację dotyczącą doświadczenia kierownika budowy — Pana D. C., które to doświadczenie stanowiło jedno z kryteriów oceny ofert. Fakt przedstawienia informacji nieprawdziwej został odnotowany przez Komisję przetargową Zamawiającego i uwzględniony w załączonym do protokołu postępowania dokumencie „OCENA OFERT — z dnia 10.03.2020 r.”, gdzie w wierszu 7 tabeli w kolumnie zatytułowanej „Doświadczenia kierownika budowy” wpisano: 4 budowy 40 pkt, opatrując ten wpis stosownym komentarzem w dalszej części tego dokumentu. Zatem Zamawiający, wobec dostrzeżenia, iż informacja w zakresie doświadczenia kierownika budowy Konsorcjum jest w części nieprawdziwa, uwzględnił ten fakt przy ocenie ofert konstatując przy tym, co wynika także z ww. dokumentu, iż nie wpłynął on na punktację, a tym samym nie wpłynął na pozycję Wykonawców w rankingu.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej SIWZ, w rozdz. XX zatytułowanym „Kryteria i sposób oceny ofert”, w punkcie 2 lit. b zamieścił zapis:

Zamawiający oczekuje kierowania robotami budowlanymi przez kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane i praktykę wskazane w rozdz. VIII pkt 2.2 lit. a niniejszej SIWZ. Przyznając punkty według kryterium „doświadczenie kierownika budowy” Zamawiający będzie kierował się poniżej przedstawionymi zasadami:

1) brak doświadczenia kierownika budowy w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 0 pkt,

2) pełnienie funkcji kierownika budowy na jednej budowie w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 10 pkt,

3) pełnienie funkcji kierownika budowy na dwóch budowach w zakresie budowy przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 20 pkt,

4) pełnienie funkcji kierownika budowy w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 30 pkt,

5) pełnienie funkcji kierownika budowy na czterech i więcej budowach w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego - 40 pkt.

Maksymalnie w tym kryterium można otrzymać 40 punktów.

Jak z powyższego zestawienia, 40 punktów wykonawca mógł otrzymać za doświadczenie kierownika budowy w pełnieniu tej funkcji i to zarówno wtedy, gdy wykazał doświadczenie na czterech budowach, jak i gdy liczba budów była od czterech większa. Zatem, co wymaga podkreślenia, doświadczenie kierownika budowy dotyczące ilości budów większej niż cztery było irrelevantne dla przyznanej punktacji. Wobec wykazania przez Konsorcjum doświadczenia w zakresie czterech budów, co jest okolicznością niesporną, należało stwierdzić, iż kierownik budowy wskazany przez Konsorcjum dysponuje doświadczeniem, które pozwala na przyznanie temu Konsorcjum 40 punktów w tym kryterium. Z tego też względu, informacja w zakresie doświadczenia kierownika, pozwalająca na przyznanie 40 punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, przedstawiona przez Konsorcjum w ofercie, nie była informacją wprowadzającą w błąd.

Wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp wymaga wykazania przez Zamawiającego zaistnienia trzech, przewidzianych w tym przepisie przesłanek:

- 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd zamawiającego
- 2) działaniu wykonawcy można przypisać winę nieumyślną w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa,
- 3) informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego żadna z tych przesłanek nie zaistniała, gdyż:

Ad. 1) Konsorcjum w formularzu ofertowym zawarło informacje wskazujące, iż doświadczenie kierownika budowy, Pana D. C., jest wystarczające do przyznania mu w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” maksymalnej ilości punktów, to jest 40.

Ad. 2) Działaniu Konsorcjum trudno przypisać lekkomyślność czy też niedbalstwo. Jak wynika ze złożonych w toku postępowania przez tegoż Wykonawcę wyjaśnień z dnia 24 lutego 2020 r., podanie w ofercie informacji nieprawdziwej w zakresie doświadczenia kierownika budowy na jednej z budów wynikało z treści oświadczeń zawartych w posiadanym przez Konsorcjum „Poświadczeniu”, wystawionym przez firmę Cameleon Termomodernizacja K. W. — pracodawcę Pana D. C., z którego jednoznacznie wynika, iż Pan C. pełnił obowiązki kierownika budowy przy realizacji robót w budynku mieszkalnym wielorodzinnym na os. „Słoneczny Stok” w Kielcach przy ul. Piłsudskiego 41. Zdaniem Zamawiającego, dokonanie przez Konsorcjum weryfikacji prawdziwości informacji o pełnionej na budowie funkcji przez Pana D. C. w oparciu o podpisany przez pracodawcę dokument, w którym ów pracodawca informację tę potwierdzał, było aktem, który w danych okolicznościach należy traktować jako dochowanie należytej staranności. W tym świetle nie można postawić Konsorcjum zarzutu działania niedbalczego czy też lekkomyślnego, jeżeli Konsorcjum to, przedstawiając Zamawiającemu informację, uprzednio ją weryfikuje w oparciu o dokumenty wskazujące na jej prawdziwość. Wykonawcy takiemu nie sposób w tych warunkach przypisać winy, także nieumyślnej, a tylko przypisanie winy nieumyślnej

wiązałoby się z wypełnieniem jednej z przesłanek zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Z ostrożności wyjaśniam, że zarzut działania w sposób lekkomyślny mógłby być postawiony, gdyby Konsorcjum weryfikowało doświadczenie Pana D. C. w kierowaniu budową wyłącznie na podstawie posiadanej kopii umowy o pracę Pana C. z ww. pracodawcą, z której to jednoznacznie wynika jedynie zajmowane stanowisko (kierownik

budowy), forma zatrudnienia oraz zakres obowiązków. Umowa ta nie mogłaby stanowić bezspornego dowodu na potwierdzenie wykonywania samodzielnej funkcji technicznej przez określony czas na konkretnej budowie.

Ad. 3) Informacja nieprawdziwa przedstawiona przez Konsorcjum w ofercie, niezależnie od tego czy była informacją wprowadzającą w błąd czy też cechy takiej nie posiadała (zdaniem Zamawiającego nie posiadała), z całą pewnością nie mogła mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. W ocenie Zamawiającego informacja owa nie miała żadnego wpływu — choćby hipotetycznego, a tym bardziej wpływu istotnego. Decyzja Zamawiającego o przyznaniu Konsorcjum maksymalnej ilości punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, zależała bowiem, na co uprzednio wskazywano, od faktu wykazania przez Konsorcjum doświadczenia w takim zakresie, jaki do tego uprawniał — to jest co najmniej cztery budowy. Wykazanie przez Konsorcjum większej ilości budów pozostawało bez znaczenia dla decyzji Zamawiającego o przyznaniu 40 punktów, stąd też, informacja co do tej ilości nie miała żadnego wpływu, a tym bardziej nie miała wpływu istotnego.

Powyższego zarzutu Izba nie uznaje za udowodniony.

2. Co do zarzutu naruszenia art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Odwolujący stoi na stanowisku, że Konsorcjum PER-MIR winno zostać wykluczone z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji. Z ostrożności Odwołujący stawia jednocześnie zarzut przyznania ofercie tego wykonawcy zbyt dużej ilości punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”.

Zgodnie z treścią SIWZ - Rozdział XX pkt 2 lit. b) - Zamawiający przewidział punktowanie za pełnienie funkcji kierownika budowy w zakresie „budowy, przebudowy lub remontu budynku użyteczności publicznej lub budynku mieszkalnego wielorodzinnego bądź budynku zamieszkania zbiorowego”.

Konsorcjum PER-MIR wskazało w treści oferty:

1. Zadanie - Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 61 w Krakowie.

Przedmiotowe zadanie było realizowane w ramach procedury zamówień publicznych. Z publicznie dostępnych informacji wynika, że w zakres prac przedmiotowego zamówienia wchodziło:- ocieplenie elewacji styropianem wraz z wykonaniem tynków cienkowarstwowych, wykonanie powłoki antygraffiti na ścianach, - wymiana parapetów zewnętrznych, - wymiana obróbek blacharski wraz z wymianą rur spustowych i rynien, - wymiana daszku nad wejściem bocznym, - wymiana stolarki okiennej i drzwiowej, - montaż nawiewników okiennych, - montaż budek lęgowych dla ptaków, - wykonanie opaski wokół budynku wraz z wykonaniem ścieków betonowych, - wymiana zwodów pionowych instalacji odgromowej, - wymiana okładziny schodów, - demontażowych i montażowych osprzętu elektrycznego zamontowanego na elewacji.

Zgodnie z art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego, budowa oznacza wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

Przebudową jest 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 nie wymagającym zmiany granic pasa drogowego (art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego). Remont z kolei to 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 (art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego).

Kryteria oceny ofert pozostają związane z przedmiotem zamówienia. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonanie skomplikowanych robót budowlano-montażowych, obejmujących w szczególności przebudowę istniejących budynków zespołu powięziennego, wykonanie niezbędnych rozbiórek budynków, wzmocnienia gruntu, dostosowania obiektu do potrzeb osób niepełnosprawnych, zmianie funkcji pomieszczeń (Rozdział II SIWZ).

Wykonanie robót budowlanych sprowadzających się do wykonania ocieplenia, tynków, wymiany parapetów, obróbek blacharskich, wymiany daszku, itd., nie stanowi budowy, przebudowy ani remontu. Doświadczenie w pełnieniu kierownika budowy dla tego rodzaju prac termomodernizacyjnych nie odpowiada wymaganiom przewidzianym przez Zamawiającego, nie jest bowiem doświadczeniem w zakresie budowy, przebudowy lub remontu.

W tym stanie rzeczy Wykonawca nie powinien otrzymać punktów za ww. zadanie.

2. Zadanie - Termomodernizacja 10 budynków wielorodzinnych w tym trzech budynków o pow. 23 m. wysokości 11-to kondygnacyjnych na terenie Osiedla Na Stoku w Kielcach.

Tożsame okoliczności, jak wskazane w pkt 1 powyżej, zachodzą względem zadania dotyczącego termomodernizacji 10 budynków wielorodzinnych na terenie Osiedla Na Stoku w Kielcach. W ramach przedmiotowego zadania wykonawca wykonywał jedynie ocieplenie wybranych ścian szczytowych, budynków, malowanie elewacji oraz wymianę płytek balkonowych z ewentualną obróbką. Doświadczenie kierownika budowy zdobyte przy tego rodzaju inwestycji nie jest doświadczeniem wymagany przez Zamawiającego, nie jest bowiem doświadczeniem w zakresie budowy, przebudowy lub remontu.

W tym stanie rzeczy Wykonawca nie powinien otrzymać punktów za ww. zadanie.

3. Zadanie - Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Garwolina

Celem kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” było premiowanie wykonawców za doświadczenie osoby w pełnieniu funkcji kierownika budowy. W ramach tego kryterium należało wykazać doświadczenie danej osoby przy inwestycjach należycie wykonanych. Jedynie takie doświadczenie ma znaczenie dla Zamawiającego. W ramach ww. kryterium nie chodziło bowiem o formalne pełnienie funkcji Kierownika budowy i nie można zrównywać doświadczenia osoby, która potrafiła jako kierownik budowy zorganizować prace i pokierować tymi pracami w sposób prawidłowy, z doświadczeniem osoby, która nie sprawdziła się na danej inwestycji i nie potrafiła doprowadzić jej do pozytywnego zakończenia.

Przyjęcie innego stanowiska wypaczałoby całkowicie sens ww. kryterium oceny ofert i prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Tą samą ilość punktów miałyby bowiem otrzymać wykonawca, który dysponuje osobą, która jako kierownik budowy prawidłowo pokierowała pracami przy 4 inwestycjach oraz wykonawca, który w swojej ofercie podałby osobę, która przykładowo przy każdej

inwestycji, co prawda zajmowała stanowisko kierownika budowy, ale nie była w stanie prawidłowo pokierować pracami.

Zamawiający w ramach ww. kryterium nie punktował więc „za stanowisko”, ale za doświadczenie, które ma przełożyć się na należyłą realizację niniejszego zamówienia. Oczywiście jest więc, że w ww. kryterium nie powinny podlegać punktacji zadania, które były nienależycie wykonywane.

Zadanie - Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Garwolina nie zostało należycie wykonane. Na tym zadaniu p. D. C. pełnił funkcję kierownika budowy z ramienia firmy DORINWEST Sp. z o.o., która jako Generalny Wykonawca wykonywała przedmiot umowy zawartej z Gminą Garwolin. Firma DORINWEST Sp. z o.o. przerwała swoje prace i porzuciła teren budowy, co skutkowało rozwiązaniem umowy z winy tego wykonawcy. Nie sposób więc twierdzić, iż w ramach tak prowadzonej realizacji p. D. C. nabył doświadczenie gwarantujące należyłą realizację niniejszego zamówienia.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 18 lutego 2020 r., wraz ze zdjęciami i pismem Urzędu Gminy Garwolin z dnia 22.01.2020 r. - w aktach postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w tym zakresie przedstawił następujące stanowisko.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez przyznanie ofercie Konsorcjum zawyżonej liczby punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy”, gdyż zdaniem Odwołującego:

- 1) wymienione w treści oferty inwestycje kierowane przez Pana D. C., a polegające na termomodernizacji budynków (budynek Szkoły Podstawowej Nr 61 w Krakowie oraz 10 budynków wielorodzinnych na terenie os. Na Stoku w Kielcach) nie wypełniały definicji budowy,
- 2) doświadczenie kierownika budowy nabyte na budowie prowadzonej nienależycie nie powinno być uwzględniane w ramach kryterium oceny ofert.

Tak postawione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie z niżej podanych przyczyn:

Ad. 1) Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego, według którego wykonanie ocieplenia, tynków, wymiany stolarki okiennej i drzwiowej, wymiany parapetów, obróbek blacharskich, nie stanowi budowy, przebudowy ani remontu.

Przez roboty budowlane należy rozumieć, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego, budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Zdaniem doktryny prace polegające na ociepleniu obiektu budowlanego zalicza się do przebudowy, tak też zakwalifikował je Andrzej Gliniecki (red.), Prawo budowlane. Komentarz, wyd. III, 2016: Za remont w rozumieniu ustawowym nie można uznać wykonania ocieplenia zarówno domu, jak i werandy, ponieważ nie są to roboty budowlane polegające na odtworzeniu stanu pierwotnego (wyrok NSA w Warszawie z dnia 19 listopada 2001 r., IV SA 390/01, LEX nr 794692; wyrok NSA z dnia 12 lutego 2013 r., II OSK 1906/11, LEX nr 1358455). Przeprowadzenie tych robót budowlanych zawiera się w ustawowym pojęciu przebudowy, ponieważ prowadzi do zmiany parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego.

Mając na uwadze wykładnię powołanych wyżej przepisów, potwierdzoną w poglądach sądów oraz wskazanym piśmiennictwie, nie powinno budzić wątpliwości, iż roboty termomodernizacyjne obiektów zaliczyć należy do robót budowlanych, a osobę kierującą ich realizacją uznać za kierownika budowy.

Ad. 2) Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie wymagał w ramach kryterium „Doświadczenie kierownika budowy” wykazania owego doświadczenia przy inwestycjach jedynie należycie wykonanych. Konieczność wykazania należytego wykonania zamówienia dotyczy potwierdzania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie zaś kryterium oceny ofert, przewidzianym w art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp dotyczącym organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Co oczywiste, odpowiedzialność za należyte wykonanie zamówienia spoczywa, co do zasady, na wykonawcy, nie zaś na jego personelu. Zatem, stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym doświadczenie Pana D. C., zdobyte na budowie, którą, według Odwołującego, wykonawca realizował nienależycie i przez to doświadczenie to nie może zostać uwzględnione przez Zamawiającego, jest bezzasadne. Okolicznością bezsporną

jest to, iż Pan D. C. pełnił na zadaniu „Rozbudowa, nadbudowa, przebudowa Zespołu Szkół w Rudzie Talubskiej k/Garwolina” funkcję kierownika budowy i z tej przyczyny Konsorcjum otrzymało stosowną punktację, zgodnie z opisem w przedmiotowym kryterium. Bez znaczenia w tym świetle pozostaje ustalenie, czy wykonawca, ponoszący całkowitą odpowiedzialność za wykonanie zamówienia, realizował ją w sposób należyty,

czy też nie. Okoliczność rzekomego nienależytego wykonania umowy nie znajduje oparcia w dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenia zamówienia, a wynika ona jedynie z niczym nie udowodnionych twierdzeń Odwołującego. Wbrew stanowisku Odwołującego, na podstawie pojedynczych zdjęć przedstawiających składowane w nieładzie materiały budowlane lub odpady budowlane na fragmentach terenu, nie można wnioskować o niewłaściwej realizacji inwestycji, mając na względzie, iż przedmiotem takiej inwestycji jest wykonanie robót budowlanych, a nie sposób składowania materiałów. Dodatkowo należy rozróżniać sferę wykonywania działalności gospodarczej przez wykonawcę od sposobu pełnienia samodzielnej funkcji technicznej przez kierownika budowy. Nie można wywodzić adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy działaniem przedsiębiorcy skutkującym rozwiązaniem zawartej umowy, lub odstąpieniem od niej, a sposobem pełnienia obowiązków inżynierskich przez kierownika budowy. Z doświadczenia życiowego wynika, że w przypadku, gdy kierownik budowy nie wypełnia swych zadań należyście to zostaje on przez wykonawcę z placu budowy usunięty i zastąpiony inną osobą bez wpływu na zakończenie prowadzonej inwestycji. W przypadku zaś, gdy wykonawca prowadzi swą działalność gospodarczą nienależyście, to nawet przy najlepszych staraniach kierownika budowy, umowa może być przedwcześnie rozwiązana. W stanie faktycznym, wynikającym z dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, nie można pominąć, iż sam Odwołujący w toku postępowania przedstawił dokument, z którego jednoznacznie wynika, że Pan D. C. rozwiązał umowę o pracę z własnej inicjatywy, a nie został zwolniony z przyczyny niewłaściwego wykonywania funkcji kierownika budowy (vide: pismo Urzędu Gminy Garwolin z dnia 22 stycznia 2020 r.), Nie można też pominąć faktu, że obowiązki Pana C. przejęła inna osoba, a odstąpienie od realizacji robót budowlanych nastąpiło podczas kierowania budową przez następcę Pana C., na co nie miał on wpływu.

Reasumując, rzekomy fakt niewłaściwej realizacji robót, nawet gdyby miał miejsce, to i tak w świetle kryteriów oceny ofert nie miałby znaczenia, a dodatkowo na podstawie dokumentów zgromadzonych w trakcie prowadzonego postępowania, trudno jest nawet domniemywać, iż fakt niewłaściwego sprawowania samodzielnej funkcji technicznej przez Pana D. C. mógł mieć miejsce.

Izba nie uznaje zarzutu za udowodniony.

Co do zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

Konsorcjum PER-MIR zaoferowało cenę ryczałtową za wykonanie projektu wykonawczego, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy w wysokości 2.000.000,00 zł.

Cena ta znacznie odbiega od cen pozostałych ofert - 98.400,00 zł; 37.565,43 zł; 51.540,00 zł; 160.000,00 zł; 50.000,00 zł; 76.000,00 zł; 307.600,00 zł; 150.000,00 zł.

Zgodnie z Rozdziałem VII SIWZ, termin wykonania zamówienia został ustalony do dnia 15.12.2021 r., przy czym dla wykonania projektu wykonawczego wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi termin ten wynosi 8 tygodni od dnia zawarcia umowy.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum PER-MIR zawyżyło cenę wykonania ww. projektu, podając cenę odbiegającą od rzeczywistej wartości tego zakresu prac, po to by na początku umowy otrzymać wynagrodzenie przekraczające znacznie faktyczną wartość tego świadczenia. W ten sposób Konsorcjum PER-MIR dokonało manipulacji wyceną ceny oferty i zapewniło sobie „zaliczkowanie” wykonania realizacji robót budowlanych. Zamawiający nie przewidział możliwości udzielania zaliczek.

Przyjęty sposób wyceny oferty nie został oparty na adekwatności wzajemnych świadczeń. Naraża to Zamawiającego na przepłacenie za wykonany projekt, poza tym rodzi ryzyko, że wykonawca po wykonaniu samego projektu może zrezygnować z dalszej realizacji umowy otrzymując za samo wykonanie tego projektu kwotę aż 2.000.000,00 zł. Tego rodzaju manipulowanie ceną oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust.

1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwłaszcza że chodzi o wydatkowanie środków publicznych, które powinno być celowe i gospodarne. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że manipulowanie sposobem wyceny kosztu oferty może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji

W tym stanie rzeczy Zamawiający winien był odrzucić ofertę Konsorcjum PER-MIR, a co najmniej wezwać tego wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień, skąd wynika tak wysoka cena za wykonanie projektu.

Zamawiający odpierając zarzut przedstawił następującą argumentację.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie, zdaniem Odwołującego, miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Dla obalenia trafności zarzutu Odwołującego, należy na wstępie dokonać wykładni pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Przykładowymi działaniami o takich znamionach, wymienionymi w ustawie, są w szczególności: nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, utrudnianie dostępu do rynku. Pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji, jest więc jedną z klauzul generalnych, które pozwalają wyłącznie na wskazanie odpowiedniego kierunku interpretacji zaistniałego stanu faktycznego.

Czynem nieuczciwej konkurencji będzie więc każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza (wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 20 lutego 2008 r., (Vide: Sieradzka Małgorzata (red.), Zdyb Marian (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, wyd. II).

Dla uznania danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji, konieczne jest łączne spełnienie trzech przesłanek, według których działanie takie musi:

- 1) być dokonane w ramach prowadzonej działalności gospodarczej,
- 2) naruszać przepisy powszechnie obowiązujące lub dobre obyczaje,
- 3) stanowić zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta,

Dokonując analizy ceny, którą Konsorcjum zaoferowało za wykonanie projektu wykonawczego, nie ulega wątpliwości, że cena ta znacznie przewyższa przyjęty przez Zamawiającego szacunek.

W opisanym stanie faktycznym niewątpliwie dwie pierwsze przesłanki nie są spełnione. Konsorcjum, nawet na rynku lokalnym nie posiada pozycji dominującej, o czym najlepiej świadczy liczna konkurencja wśród Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Konsorcjum w żaden sposób nie jest też w stanie narzucić Zamawiającemu swej ceny, gdyż nie posiada jakiegokolwiek siły rynkowej odmiennej od pozostałych Wykonawców.

Dokonując analizy części składowej oferty za sporządzenie dokumentacji projektowej wzmocnienia istniejących fundamentów w modernizowanych obiektach, nie może jednak ująć uwagę, że ceny oferowane przez pozostałych Wykonawców za tę część zamówienia także znacznie przewyższają szacunek wykonany przez Zamawiającego. Z uwagi na to, że projekt budowlany stanowi indywidualną działalność twórczą, a koszt jego wytworzenia to głównie nakład pracy intelektualnej, cena za wykonanie tego projektu nie może być precyzyjnie zweryfikowana. Nie istnieje też obowiązujący wykonawców cennik prac

projektowych skutkujący względnym ujednoliceniem cen za takie usługi. Zamawiający nie miał więc żadnych możliwości, prawnych ani technicznych, do podważenia złożonej przez

Konsorcjum oferty. Jediną prawną możliwością weryfikacji zaoferowanej ceny byłoby jej rażąco zaniżenie prowadzące do uznania, iż nosi ona znamiona naruszenia zasad uczciwej konkurencji. W przypadku oferty Konsorcjum, wysoka cena za realizację projektu w żaden sposób nie narusza uczciwej konkurencji, a jedynym skutkiem takiego działania było ryzyko Konsorcjum w uzyskaniu mniejszej ilości punktów w kryterium „Cena”.

Zamawiający, nie znajdując faktycznej podstawy do żądania od Konsorcjum wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny za projekt wykonawczy, dokonał analizy, czy zaoferowana cena za wykonanie ww. projektu, przy założeniu, że wynagrodzenie za tę część zamówienia będzie fakturowane i płacone jako pierwsze, choćby potencjalnie nie naraża Zamawiającego na szkodę.

W przypadku, gdy Konsorcjum, po zrealizowaniu prac projektowych i otrzymaniu za to wynagrodzenia, odstąpiłoby od zawartej umowy, Zamawiający zobowiązany byłby do naliczenia kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia za realizację całego przedmiotu umowy, tj. w kwocie 3 289 000,00 zł, zaś cena za wykonanie prac projektowych wynosi 2 000 000,00 zł. Przy takim odstąpieniu od umowy jedynym poszkodowanym byłoby Konsorcjum. Taki stan rzeczy nie narusza zasad wolnej konkurencji i nie szkodzi Zamawiającemu. Dodatkowo należy mieć na względzie, że Zamawiający przewidział zabezpieczenie należytego wykonania umowy wysokości 3% całkowitej ceny podanej w ofercie, co stanowi kwotę 986 700,00 zł.

Zamawiający, zgodnie z deklaracją zawartą w SIWZ, w formularzu ofertowym oczekiwał podania przez wykonawcę, oprócz ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, służącej do porównania ofert, także cen za wykonanie poszczególnych części składowych zamówienia, to jest:

- 1) ceny ryczałtowej za wykonanie robót budowlano-montażowych związanych z adaptacją budynków Zespołu Powięziennego przy ul. Zamkowej I w Kielcach do potrzeb Teatru Lalki i Aktora „Kubuś” — określonych w 2 ust. 1 pkt 1 i 2 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ,
- 2) ceny ryczałtowej za opracowanie projektu wykonawczego wykonania wzmocnienia gruntu pod istniejącymi ścianami murowanymi oraz wykonania pali fundamentowych, o którym mowa w 2 ust. 1 pkt 2 Wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 5 do SIWZ

Zamawiający mógłby powziąć wątpliwości co do ewentualnego działania niezgodnego z prawem lub dobrymi obyczajami, gdyby Konsorcjum celowo i świadomie zaniżyło cenę jednej części składowej oferty rekompensując to zawyżeniem pozostałej części. Dodatkowo takie działanie musiałoby chociaż potencjalnie działać na szkodę innych

Wykonawców lub Zamawiającego, albo stanowić źródło nieuzasadnionego zysku dla Konsorcjum skutkującego naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Skoro więc żadna z części składowych oferty nie została zaniżona to trudno mówić o manipulowaniu, i celowym, niezgodnym ze stanem rzeczywistym, przedstawianiu faktów, a w szczególności o celowym przenoszeniu kosztów z jednej części zamówienia na pozostałe. Zdaniem Zamawiającego nie można uznać za manipulowanie ceną działania polegającego wyłącznie na zawyżeniu jednej części składowej oferty. Prawo zamówień publicznych nie zna bowiem pojęcia „rażąco wysokiej ceny”, w odróżnieniu od rażąco niskiej ceny, której istnienie jest regulowane przez Pzp. Kalkulacja ceny ofertowej zależy bowiem jedynie od swobodnego uznania wykonawcy działającego w warunkach gospodarki rynkowej, i o ile kalkulacja ta nie budzi wątpliwości zamawiającego w zakresie wysokości rażąco niskiej, to nie powinna ona być kwestionowana przez Zamawiającego.

W tak opisanym stanie faktycznym Konsorcjum nie dokonało jakiejkolwiek manipulacji w treści złożonej oferty ani też nie zaoferowało rażąco niskiej ceny w odniesieniu do całości oferty lub którejkolwiek z jej części składowej. Takie działanie Konsorcjum nie może zostać uznane za sprzeczne z dobrymi obyczajami i przez to za nieuczciwe, chociażby poprawiało jego sytuację w stosunku do innych Wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu rzekomego zaliczkowania robót budowlanych należy zwrócić uwagę, że zarzut ten jest całkowicie bezzasadny. Jak już wyżej omówiono, z zaliczkowaniem mieliśmy do czynienia w przypadku manipulowania cenami za

poszczególne części składowe oferty poprzez zawyżenie ceny za wykonanie prac projektowych, realizowanych na początku trwania umowy, z jednoczesnym zaniżeniem wartości robót budowlanych wykonywanych w dalszej kolejności. A takie działanie w opisanym stanie faktycznym nie miało miejsca.

Odwolujący, zarzucając Konsorcjum zawyżenie ceny za sporządzenie projektu wykonawczego, nie przedstawia żadnych dowodów na to, jak ten fakt (o ile miał miejsce) wpłynął na cenę całkowitą oferty, tak by można było twierdzić, iż cena ta jest zmanipulowana. Samo bowiem zawyżenie jednej z cen składowych bez wykazania jednoczesnego zaniżenia innej ceny składowej nie może świadczyć o niedozwolonym działaniu Konsorcjum, co omówiono powyżej.

Izba uznaje zarzut za wykazany. Nakazuje w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień.

Co do zarzutu naruszenia art.26 ust.3 i 4 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego

Zamawiający w sposób błędny uznał, że złożone przez Konsorcjum PER-MIR dokumenty i oświadczenia potwierdziły spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

I. Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (rozdział VIII pkt 2.1. SIWZ)

Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem co najmniej 2 zamówieniami odpowiadającymi swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, tzn.:

1) Wykonaniem co najmniej 1 roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto, polegającej na przebudowie lub remoncie budynku/budynków stanowiących zabytek nieruchomy wpisany do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) lub budynku/budynków zlokalizowanych na terenie objętym ochroną konserwatorską.

2) Wykonaniem co najmniej 1 roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto, polegającej na budowie, przebudowie bądź remoncie budynku/budynków użyteczności publicznej.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że z uwagi na specyfikę przedmiotu postępowania jak i charakter postawionego warunku, warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wymaganym powyżej doświadczeniem wykaże się w całości co najmniej 1 podmiot występujący wspólnie, o którym mowa w rozdz. XI SIWZ, bądź w przypadku polegania przez Wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego, o którym mowa w rozdz. X SIWZ, wymaganym wyżej doświadczeniem wykaże się w całości Wykonawca lub ten podmiot.

Z poczynionego zastrzeżenia wynika więc, że Zamawiający nie dopuścił sumowania doświadczenia i wymagał, by całością doświadczenia - a więc łącznie z pkt 1 i 2 - wykazał się bądź jeden z konsorcjantów bądź podmiot udostępniający zasoby.

W złożonym Wykazie robót Konsorcjum PER-MIR wskazało 4 inwestycje:

1. Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejącego budynku ZOL dla Przewlekłe Chorych Zgromadzenia Sług Jezusa przy Wesolej 45 w Kielcach.

Ze złożonych referencji wynika, że wykonawcą tej inwestycji byli członkowie konsorcjum - T.

J. oraz L. W., jako wspólnicy EXPERT spółka cywilna.

Żaden z tych wykonawców nie nabył więc w całości doświadczenia wynikającego z realizacji ww. inwestycji.

2. Rozbudowa i przebudowa budynku oświatowego Zakładu Doskonalenia Zawodowego w Końskich z przeznaczeniem na sale lekcyjne, sale ćwiczeń i zaplecze sanitarne wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną.

Ze złożonych referencji wynika, że wykonawcą tej inwestycji był lider Konsorcjum PER-MIR.

3. Nadbudowa łącznika między budynkami szkoły informatycznej, a budynkiem internatu z przeznaczeniem całości na potrzeby Zespołu Szkół Informatycznych, budowa drogi pożarowej, budowa parkingu dla samochodów osobowych na 48 stanowisk postojowych na działce nr ewid. 99 w obrębie 0011 w Kielcach przy ul. Warszawskiej 96.

Ze złożonych referencji wynika, że wykonawcą tej inwestycji był lider Konsorcjum PER-MIR oraz PUH G. P. .

Żaden z tych wykonawców nie nabył więc w całości doświadczenia wynikającego z realizacji ww. inwestycji.

4. Budowa Hali Sportowej przy III Liceum Ogólnokształcącym C.K. Norwida ul. Jagiellońska 4 w Kielcach.

Ze złożonych referencji wynika, że wykonawcą tej inwestycji była Firma Budowlane Prace Izolacyjne T. J. .

Z powyższego wynika, że żaden z członków Konsorcjum PER-MIR nie wykazał się w całości doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. Wymaganego przez Zamawiającego doświadczenie nie posiada też podmiot udostępniający zasób - PUH G. P. .

2. Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział VIII pkt 2.2. lita! SMWZ)

Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury [zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, która będzie pełnić funkcję Kierownika budowy.

Konsorcjum PER-MIR na Kierownika budowy wskazało p. D. C. . W złożonym Wykazie osób wykonawca wskazał na doświadczenie tej osoby nabyte w okresach przypadających na lata 1983 - 1987, na stanowisku: inspektor / specjalista w Dziale Przygotowania i Realizacji Produkcji PP Pracownie Konserwacji Zabytków o/Kielce. Z informacji zawartych w przedmiotowym Wykazie wynika więc, że ww. osoba nie brała udziału w robotach budowlanych, a jedynie zajmowała administracyjne stanowisko w przedsiębiorstwie państwowym, jakim było PP Pracownie Konserwacji Zabytków. Nie jest to wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem 18 miesięcznej praktyki na budowie, zdobytej poprzez fizyczny udział w realizacji robót budowlanych lub nadzorze na budowie, czym ww. osoba się nie legitymuje.

Tego rodzaju doświadczenie tej osoby nie wynika ze złożonego Wykazu. Ponadto, jak wynika ze złożonego przez Konsorcjum PER-MIR dokumentu pt. Stwierdzenie przygotowania zawodowego, p. D. C. nabył uprawnienia budowlane z dniem 07.04.1987 r. Oczywiście jest więc, że w poszczególnych okresach lat od 1983 do 07.04.1987 r. nie mógł brać udziału w robotach budowlanych ani jako kierownik budowy, ani kierownik robót, ani jako inspektor nadzoru budowlanego. Zgodnie z art. 17 Prawa budowlanego udział w robotach budowlanych oznacza bycie uczestnikiem procesu budowlanego. Uczestnikiem procesu budowlanego może być: inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant, kierownik budowy lub kierownik robót. Pan D. C. nie pełnił żadnej z tego rodzaju funkcji na zadaniach wpisanych w treści Wykazu. Nie brał więc udziału w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

Należy podkreślić, że wymóg 18 miesięcznego doświadczenia zdobytego przez udział w

robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury jest wymogiem ustawowym (art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece na zabytkami],

W wyroku z dnia 24 lipca 2018 r., sygn. akt IV SA/Wr 354/17, Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu wskazał, że „z powołanego przepisu ustawy wynika zatem, że kierownik robót budowlanych jak i kierownik nadzoru inwentarskiego pracujący przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru, a takim jest Pałac w B., powinni posiadać uprawnienia budowlane określone w przepisach prawa budowlanego oraz co najmniej 18 miesięczną praktykę w

robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru”.

Jednocześnie Sąd stwierdził, że do robót budowlanych, o których mowa w art. 37c ww. ustawy nie należą roboty zabezpieczające.

To, że istotą postawionego przez Zamawiającego wymogu było posiadanie 18 miesięcznej praktyki na budowie, nie powinno budzić wątpliwości. Na etapie przed podpisaniem umowy Zamawiający żądał złożenia dokumentów potwierdzających „odbycie przez wskazaną w rozdz. VIII pkt 2.2. lit. a min. 18 miesięcznej praktyki zawodowej na budowie przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultur/” - Rozdział XXI pkt 4 lit. e SIWZ.

Ze złożonego Wykazu nie wynika, by p. D. C., zajmujący stanowisko inspektora/specjalisty

posiadał 18 miesięczną praktykę zawodową na budowie. W dodatku część wskazanego doświadczenia dotyczy robót „zabezpieczających”, które nie kwalifikują się do robót budowlanych, o których stanowi art. 37c ww. ustawy.

W tym stanie rzeczy Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum PER-MIR do złożenia

nowego wykazu, w którym podana zostałaby osoba posiadająca wymagane doświadczenie lub do złożenia wyjaśnień dotyczących doświadczenia p. D. C. .

3. Warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział VIII pkt 2.2. lit c) SIWZ)

Zamawiający wymagał wykazania się dysponowaniem co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, która będzie pełnić funkcję kierownika robót

w tym zakresie.

Ze złożonego przez Konsorcjum PER-MIR dokumentu dla p. J. M. wynika, że osoba ta posiada uprawnienia w zakresie instalacji elektrycznych. Nie posiada więc uprawnień w zakresie instalacji i urządzeń elektroenergetycznych. Jak przyjmuje orzecznictwo KIO, zakres uprawnień budowlanych należy odczytywać zgodnie z treścią decyzji o ich nadaniu i w oparciu o przepisy będące podstawą ich nadania .

Oceniając zakres uprawnień wydanych na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 roku w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 8, poz. 46 ze zm.) należy mieć na uwadze postanowienie art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), zgodnie z którym osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Ustawodawca z zachowaniem zasady praw nabytych, wykluczył rozszerzającą interpretację co do zakresu uprawnień nabytych przed dniem wejścia w życie ustawy. Z treści tego przepisu nie można również wyprowadzić wniosku o uzyskaniu z mocy prawa uprawnień w szerszym niż wskazany w decyzji o uprawnieniach zakresie”.

Zamawiający przedstawił następującą argumentację.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie

warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie złożenia wyjaśnień poprzez błędne uznanie, że złożone przez Konsorcjum dokumenty i oświadczenia potwierdziły spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w:

- 1) rozdz. VIII pkt 2.1 SIWZ (doświadczenie wykonawcy przy realizacji wskazanych obiektów budowlanych),
- 2) rozdz. VIII pkt 2.2 lit. a SIWZ (doświadczenie kierownika budowy dotyczące wymaganej 18-miesięcznej praktyki przy zabytkach nieruchomych),
- 3) rozdz. VIII pkt 2.2 lit. c SIWZ (uprawnienia zawodowe osoby wskazanej do kierowania robotami elektrycznymi).

Tak postawione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Ad 1) Zamawiający nie zgadza się z wnioskami Odwołującego w zakresie tego zarzutu. Wbrew twierdzeniu Odwołującego Konsorcjum spełniło warunek udziału w postępowaniu, opisany w rozdz. VIII pkt 2.1 SIWZ, zgodnie z którym wykonawca winien wykazać, że:

- 1) wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną, o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 zł (brutto), polegającą na przebudowie lub remoncie budynku/budynków stanowiących zabytek nieruchomy wpisany do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury (zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami - tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 2067 ze zm.) lub budynku/budynków zlokalizowanych na terenie objętym ochroną konserwatorską, oraz
- 2) wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną, o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł (brutto), polegającą na budowie, przebudowie bądź remoncie budynku/budynków użyteczności publicznej.

Oceny spełnienia tego warunku Zamawiający dokonał z uwzględnieniem poczynionego w SIWZ zastrzeżenia, zgodnie z którym warunek miał zostać spełniony, jeżeli wymaganym doświadczeniem wykaże się w całości co najmniej jeden podmiot występujący wspólnie, o którym mowa w rozdz. XI SIWZ, bądź, w przypadku polegania przez Wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego, o którym mowa w rozdz. X SIWZ, wymaganym wyżej doświadczeniem wykaże się w całości Wykonawca lub ten podmiot.

W dniu 24 lutego 2020 r. Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożyło „Wykaz robót budowlanych”, w którym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamieszczono opisy czterech budów, po dwie budowy na potwierdzenie spełnienia każdej części warunku wskazanego powyżej.

Analiza załączonych do Wykazu referencji wskazuje, iż dwie budowy z czterech wykazanych przez Konsorcjum (po jednej w zakresie obu części warunku) zrealizował w całości ten sam podmiot — członek Konsorcjum, to jest Pan J. T., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: T. J. - Budowlane Prace Izolacyjne. Bez znaczenia dla spełnienia warunku, również w świetle postawionego przez Zamawiającego zastrzeżenia odnośnie zakazu sumowania doświadczenia jest fakt, iż jedną z ww. budów (Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejącego budynku Zakładu Opiekuńczo-Leczniczego dla Przewlekłe Chorych Zgromadzenia Sług Jezusa przy Wesolej 45 w Kielcach) Pan J. T. zrealizował w ramach spółki cywilnej EXPERT z innym członkiem Konsorcjum, tj. Panem W. L. . Doświadczenie nabyte w ramach spółki cywilnej przynależy bowiem w całości do każdego ze współników tej spółki, zatem członek Konsorcjum — Pan J. T., mogący wykazać się całością doświadczenia w realizacji dwóch budów wskazanych w Wykazie robót budowlanych, spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego, także uwzględniając poczynione przez Zamawiającego zastrzeżenie o zakazie sumowania potencjału.

Stanowisko Odwołującego, wyrażone w treści zarzutu w odniesieniu do zawartej w Wykazie robót budowlanych inwestycji — Przebudowa, rozbudowa, nadbudowa istniejącego budynku ZOL dla Przewlekłe Chorych Zgromadzenia Sług Jezusa przy

Wesołej 45 w Kielcach, zgodnie z którym doświadczenie Wykonawców zdobyte w ramach spółki cywilnej nie przynależy w całości każdemu ze wspólników, idzie wbrew orzecznictwu KIO. W wyroku z dnia 21 maja 2018 r., sygn. akt KIO 910/18, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza: Jednocześnie trzeba odróżnić postrzeganie spółki cywilnej pod względem formalnym, z punktu widzenia procedury udzielania zamówień publicznych, od oceny zasobów, jakimi wspólnicy w ramach tej spółki dysponują. O ile należy zgodzić się z Odwołującym, że przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej na gruncie ustawy Pzp należy traktować jako wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to podkreślenia wymaga aspekt, w jakim podejście takie jest w orzecznictwie prezentowane. Związane jest to z faktem, że oświadczenie woli, jakim jest złożenie oferty, jest składane nie przez spółkę cywilną, a przez jej wspólników, to oni bowiem, a nie spółka, mogą zaciągać zobowiązania. Z tych samych powodów w odniesieniu do każdego ze wspólników, nie zaś spółki, oceniane jest istnienie podstaw do wykluczenia, z czego wynika podkreślana przez Odwołującego okoliczność, że wspólnicy odrębnie składają wymagane oświadczenia oraz dokumenty JEDZ. Czym innym są natomiast kwestie związane z realizacją kontraktów w ramach umowy spółki, tj. z realizacją zobowiązań odrębnych od zobowiązań osobistych wspólników (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 7 stycznia 2015 r., sygn. akt I ACa 1021/14, wyrok Sądu

Apelacyjnego w Szczecinie z 21 kwietnia 2016 r., sygn. akt I ACa 1045/15) i nabywanie

związanego z tym doświadczenia W związku z powyższym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby dla powołania się na doświadczenie nabyte w spółce cywilnej, każdy ze wspólników zobowiązany był "wyodrębnić swoje własne doświadczenie" i dopiero doświadczenie jednego wspólnika byłoby potwierdzeniem spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jak już wyżej wskazano, doświadczenie to jest doświadczeniem wszystkich wspólników łącznie, a wyodrębnienie go co do wartości i zakresu w odniesieniu do każdego ze wspólników, byłoby sztuczne, a wręcz niemożliwe. Nie do przyjęcia jest natomiast sytuacja (która byłaby konsekwencją zaakceptowania stanowiska Odwołującego), że na całe doświadczenie zdobyte w ramach umowy spółki nie może powołać się ani spółka (tj. obaj wspólnicy łącznie), ani poszczególni wspólnicy z osobna. Prowadziłoby to do stawiania wobec takich podmiotów niezasadnie wygórowanych wymagań, nie służąc jednocześnie realizacji celów, jakim służą warunki udziału w postępowaniu. Wobec ustalenia, że doświadczenie nabyte przez wspólników spółki cywilnej działających w ramach umowy spółki może być uznane za samodzielne doświadczenie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, bezprzedmiotowe pozostaje rozstrzygnięcie, czy każdy ze wspólników odrębnie zrealizował zadanie o wymaganej wartości i uwzględniając wymagane przez Zamawiającego elementy, Stanowisko KIO, wyrażone w cytowanym wyżej wyroku, podziela Zamawiający.

Podsumowując tę część uzasadnienia należy podkreślić, że wymagane w SIWZ doświadczenie przy realizacji obiektów zabytkowych, jeden z Wykonawców występujący wspólnie w niniejszym postępowaniu, Pan J. T., zdobył realizując w ramach spółki cywilnej roboty budowlane budynku przy ul. Wesołej 45 w Kielcach. Mając na uwadze poglądy zawarte w ww. orzeczeniu KIO, niewątpliwie nabył On doświadczenie przy realizacji tych robót, a fakt działania w ramach spółki cywilnej nie powoduje zmniejszenia zakresu tego doświadczenia. Zgodnie z istotą spółki cywilnej, wspólnicy zobowiązują się działać w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Niezależnie od podziału późniejszych zysków i strat, charakter działania wspólników odpowiada zasadzie „niepodzielnej ręki”, więc nie jest możliwe szacowanie w jakiej proporcji poszczególni wspólnicy takiej spółki uzyskują doświadczenie.

Z kolei doświadczenie co do drugiego wymaganego obiektu budowlanego (budynek użyteczności publicznej — Hali Sportowej przy III Licem Ogólnokształcących w Kielcach) Pan J. T. zdobył samodzielnie,

W takim stanie faktycznym nie może budzić wątpliwości, że J. T. składający ofertę w ramach Konsorcjum, sam wykazał się w całości doświadczeniem w realizacji dwóch zadań, przewidzianych w opisie warunku udziału w postępowaniu. Bez znaczenia pozostaje przy tym fakt, iż jedno z tych zadań realizował w ramach spółki cywilnej z drugim Wykonawcą.

Ad. 2) Zamawiający nie zgadza się z przedstawionym przez Odwołującego zarzutem. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej osób, które wykonawca skieruje do realizacji zamówienia. W pkt 2.2 lit. a rozdz. VIII SIWZ Zamawiający deklarował, iż warunek uzna za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż dysponuje m.in. jedną osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego

instytucją kultury (zgodnie z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami - t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2067 ze zm.), która będzie pełnić funkcję Kierownika budowy. Konsekwencją wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu wyżej cytowanym, było skierowanie do Konsorcjum, którego oferta została najwyżej oceniona, wezwania zawierającego żądanie złożenia przez tegoż Wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie owego warunku, w szczególności przedstawienia wykazu osób — wzór owego Wykazu został sporządzony przez Zamawiającego i udostępniony Konsorcjum wraz z wezwaniem. W sporządzonym przez Zamawiającego formularzu Wykazu, w kolumnie 5 tabeli zatytułowanej „Opis doświadczenia zawodowego w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomości (...)” i przeznaczonej do zaprezentowania doświadczenia zawodowego kierownika budowy w aspekcie wymogów przedmiotowego warunku, został wskazany zakres informacji, jakich Zamawiający oczekuje od Wykonawcy, w tym m.in.: pełniona funkcja, nazwa zadania, zakres robót. Ze sposobu wypełnienia przez Konsorcjum kolumny 5 Wykazu niebicie wynika, iż Pan D. C., będąc zatrudnionym na stanowisku

inspektor/specjalista w Dziale Przygotowania i Realizacji Produkcji w PP Pracowni Konserwacji Zabytków o/Kielce w sześciu opisanych robotach budowlanych przy zabytkach nieruchomości zajmował się przygotowaniem i nadzorowaniem tych robót, a zatem brał udział w robotach budowlanych, czego Zamawiający wymagał jako warunek udziału w postępowaniu. Z niezrozumiałych dla Zamawiającego względów, analiza tych zapisów prowadzi Odwołującego do odmiennych wniosków. Zdaniem Odwołującego

nazwa zajmowanego przez Pana D. C. stanowiska przesądza o jego charakterze pracy, wskazując jednoznacznie na jej jedynie administracyjny charakter, co ma tym samym wykluczać możliwość udziału tej osoby w robotach budowlanych. Natomiast zdaniem Zamawiającego wnioskowanie Odwołującego jest wysoce nieuprawnione, bowiem w żadnym razie nazwa zajmowanego stanowiska czy też określenie pełnionej funkcji nie przesądza o rzeczywistych obowiązkach wykonywanych w ramach konkretnego zadania. Podobnie nieuprawnione jest, zdaniem Zamawiającego, wywodzenie z treści art. 17 Prawa budowlanego w związku z art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami normy prawnej, zgodnie z którą wymaganą praktykę budowlaną uprawniającą do pracy przy zabytkach nieruchomości w charakterze kierownika budowy można zdobyć tylko jako uczestnik procesu budowlanego, czyli właśnie jako kierownik budowy, a także inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant lub kierownik robót. Gdyby faktycznie zamiarem racjonalnego ustawodawcy było powołanie do życia takiej regulacji, art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami odwoływałby się do terminu „uczestnik procesu budowlanego”, a nie do zwrotu „udział w robotach budowlanych”, jak to ma miejsce de lege lata. Ponadto stanowisko Odwołującego, gdyby przyjąć je za właściwe, oznaczałoby, iż 18-miesięczną praktykę wymaganą przez ustawę o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami mógłby zdobyć także inwestor, jako uczestnik procesu budowlanego, którego zadania w tym procesie prowadzą się głównie do czynności o charakterze organizacyjnym (por. art. 18 Prawa budowlanego).

Ponadto, Odwołujący zdaje się nie dostrzegać regulacji przewidzianej w art. 37g ww. ustawy, a dotyczącej sposobu potwierdzania odbycia wymaganej przez art. 37c praktyki budowlanej. Zgodnie z tym przepisem udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach wpisanych do rejestru potwierdzają świadectwa, w tym dotyczące odbytych praktyk zawodowych, oraz inne dokumenty zaświadczające udział w tych pracach, badaniach lub robotach lub zatrudnienie przy tych pracach wydane przez kierownika jednostki organizacyjnej, na rzecz której te prace, badania lub roboty były wykonywane, albo przez osobę, pod której nadzorem były wykonywane, w tym zakresy obowiązków na stanowiskach pracy w muzeum będącym instytucją kultury lub zaświadczenia wydane przez wojewódzkich konserwatorów zabytków. Jak wynika z powyższego, to nie udział w procesie budowlanym w charakterze jego uczestnika przesądza o wymaganym doświadczeniu, a odbycie praktyki budowlanej potwierdzone otrzymaniem przez zainteresowanego stosownych świadectw, o których mowa w tym przepisie.

Odwołujący, powołując się na wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 24 lipca 2018 r., stwierdza, iż część wykazanego przez Konsorcjum doświadczenia Pana D. C. dotyczy robót zabezpieczających, te zaś, zdaniem Odwołującego, nie powinny być brane pod uwagę. Nie wdając się w polemikę z Odwołującym w zakresie tego argumentu, Zamawiający pragnie podkreślić, iż pozostała część doświadczenia kierownika budowy, której wymiar czasowy znacznie przekracza wymagane przez Zamawiającego 18 miesięcy, nie dotyczy kwestionowanych przez Odwołującego robót zabezpieczających.

Ad. 3) Zamawiający, odmiennie niż Odwołujący, ustalił, iż Pan J. M. — osoba, którą Konsorcjum skieruje do realizacji zamówienia i która będzie pełnić funkcję kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i

elektroenergetycznych, posiada wymagane przez Zamawiającego uprawnienia. Twierdzenie Zamawiającego jest oparte na treści oświadczenia Konsorcjum, zawartego w złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykazie osób, gdzie w kolumnie zatytułowanej „Kwalifikacje zawodowe (uprawnienia, specjalność, zakres)”, w miejscu przeznaczonym

na opis kwalifikacji zawodowych Pana J. M. został umieszczony zapis: „Uprawnienia budowlane do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń 180/65”. Zatem, jak wskazuje deklaracja Konsorcjum, Pan J. M. posiada wymagane przez Zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu uprawnienia. Odwołujący w treści odwołania powołuje się wyłącznie na wyrok KIO z dnia 13 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2382/12. Lektura treści tego orzeczenia, poza stwierdzeniem, iż rozstrzygnięcie nie zawiera cytowanych przez Odwołującego zapisów, prowadzi do wniosku, iż za prawidłowe, zdaniem składu orzekającego, należy uznać takie działanie zamawiającego, które, w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, opiera się jedynie o analizę dokumentów, zawierających się w katalogu dokumentów do tej oceny służących, opisanym w treści rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (w obecnym stanie prawnym — rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia). Na mocy przepisów ww. rozporządzenia Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia dokumentu, wskazanego w § 2 ust. 4 pkt 10, to jest do złożenia wykazu osób, Wykaz taki Konsorcjum złożyło w zakreślonym przez Zamawiającego terminie, a jego treść wyczerpuje instrukcje Zamawiającego co do treści i sposobu wypełnienia. Załączenie do owego Wykazu kopii uprawnień nie było przez Zamawiającego wymagane i z tej racji, mając także na uwadze powołane wyżej rozstrzygnięcie, jego treść nie była przez Zamawiającego brana pod uwagę.

Z ostrożności jednak Zamawiający podnosi, iż uprawnienia budowlane jakie posiada Pan J. M., co wynika z załączonej z własnej inicjatywy przez Konsorcjum kopii „Stwierdzenia przygotowania zawodowego”, zostały mu przyznane w 1985 r., w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, które to przepisy nie wymieniały specjalności w zakresie instalacji i urządzeń elektroenergetycznych, wymieniały natomiast w 13 ust. 1 pkt 4 lit. d specjalność w zakresie instalacji elektrycznych. Pod pojęciem „instalacje elektryczne” mieściły się wówczas także instalacje i urządzenia elektroenergetyczne, jako stanowiące jeden z elementów instalacji elektrycznych. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do wniosku, iż w tamtym stanie prawnym nie istniała podstawa prawna do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych przy kierowaniu robotami w zakresie instalacji elektroenergetycznych. W tym świetle sposób oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie ma charakteru interpretacji rozszerzającej, jak twierdzi Odwołujący, skoro zakres uprawnień posiadanych przez osobę wskazaną do realizacji zamówienia jest tożsamy z zakresem wskazanym w opisie warunku, różnica zaś zawiera się jedynie w różnym nazewnictwie tej samej specjalności. Zmiana tego nazewnictwa dokonywała się w ramach kolejnych nowelizacji rozporządzenia. Identyczne stanowisko wobec tego zagadnienia wyraziła Polska Izba Inżynierów Budownictwa, w opinii z dnia 1 czerwca 2012 r., opublikowanej na stronach internetowych Izby. W treści tej opinii Izba powołuje się także na zbieżne, z przedstawionym powyżej, stanowiskiem

Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 6 czerwca 1989 r., zawartym w piśmie znak: UMN-2/BB/2/12/89, w którym wskazano: „Nie zachodzi potrzeba

rozszerzania w drodze decyzji zakresu stwierdzenia posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, nadanych na podstawie dotychczasowych przepisów w specjalnościach „sieci sanitarne”, „instalacje sanitarne”, „instalacje elektryczne o ile stwierdzenia te obejmują pełen zakres danej specjalności. W tych przypadkach rozszerzenie zakresu w ramach tak określonej specjalności następuje z mocy prawa”.

Ponadto, podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający zawarł w SIWZ, w rozdz. VIII zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu”, klauzulę o następującej treści:

Uwaga:

Przez ww. uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 07.07.1994 r. — Prawo budowlane (j.t. Dz. U z 2019 r, poz.

1186 ze zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29.04.2019 r., w

sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r. poz. 831) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 2272) lub posiadać prawo do świadczenia usług transgranicznych zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (j.t. Dz. U. z 2019 r. poz. 1117).

Zatem, Zamawiający dostrzegając kwestię zmian nazewnictwa specjalności techniczno - budowlanych dokonywanych w ramach kolejnych nowelizacji przepisów dopuszczał, by wykonawca, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia przedstawił uprawnienia budowlane, których literalne brzmienie odbiegać będzie od brzmienia wydawanych na mocy aktualnej regulacji, jeśli tylko uprawnienia wydawane na mocy poprzednio obowiązujących przepisów, odpowiadać będą uprawnieniom nadawanym obecnie, co jak wykazano wyżej, ma miejsce w przypadku uprawnień Pana J. M. .

Z powyższych przyczyn zarzuty stawiane przez Odwołującego nie mogą być uznane za zasadne.

Izba uznała zarzut za nieudowodniony.

W tym stanie rzeczy na podstawie art.192 ust.2 ustawy Pzp Izba orzekła jak w sentencji wyroku, ponieważ naruszenie art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, nakazując procedurę z art.87 ust.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23.600,00zł z 00 gr na rzecz odwołującego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego .

Przewodniczący: