

WYROK
z dnia 9 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2021 r. przez wykonawców wspólnie obiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm:

1. D. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZESTOBUD” D. Ś. ; siedzibą w Częstochowie, 2. Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wilamowice z siedzibą w Wilamowicach;** przy udziale:

A.wykonawcy **GRUPA FEWATERM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gromniku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B.wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. Sp. J. z siedzibą w Porąbce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołania w zakresie braku wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.**
- 2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego braku potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w SWZ w rozdziale V ust. 2 pkt 4 lit. b1) tiret drugi (doświadczenie Kierownika budowy) przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe J. Sp. J. z siedzibą w Porąbce i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej połączone z wezwaniem ww. wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” (załącznik nr 4 do SWZ) w zakresie wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika budowy.**
- 3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.**
- 4. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie obiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: 1. D. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZESTOBUD” D. Ś. z siedzibą w Częstochowie, 2. Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie w części 1/2 i Gminę Wilamowice z siedzibą w Wilamowicach w części 1/2 i:**
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie obiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: 1. D. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZESTOBUD” D. Ś. z siedzibą w Częstochowie, 2. Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Wilamowice z siedzibą w Wilamowicach na rzecz wykonawców wspólnie obiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum firm: 1. D. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZESTOBUD” D. Ś. z siedzibą w Częstochowie, 2. Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie kwotę 5 962,50 zł (słownie: pięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt groszy).**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1235/21

Uzasadnienie

Gmina Wilamowice z siedzibą w Wilamowicach (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp” - w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przedszkola w Pisarzowicach”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 marca 2021 r. pod nr 2021/BZP 00012055/01. Wartość zamówienia nie jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W dniu 26 kwietnia 2021 r. wykonawcy wspólnie obiegających się o udzielenie zamówienia, jako konsorcjum firm: 1. D. Ś. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „CZESTOBUD” D. Ś. z siedzibą w Częstochowie, 2. Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Jaskrowie (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”) wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe H. J. sp. j. z siedzibą w Porąbce (dalej: „Przystępujący” lub „wykonawca PUH”) oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1.art. 128 ust 1 w związku z art. 266 ustawy przez jego niezastosowanie i brak wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej

wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy oraz kompletnego wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, zawierającego między innymi informacje na temat ich doświadczenia, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ;

2.art. 239 ustawy przez jego niezastosowanie i brak dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;

3.art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PUH jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy PUH,
- odrzucenie oferty tego wykonawcy,
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w konsekwencji czego to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał między innymi, że wykonawca PUH nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Po pierwsze, wykonawca w ogóle nie złożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2021 r. stosownej informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, wymaganej treścią SWZ, a Zamawiający nie wezwał wykonawcy do jego złożenia w wyznaczonym terminie. Oznacza to, że Zamawiający nie był w stanie ustalić, czy Przystępujący spełnił postawiony w SWZ warunek udziału w postępowaniu.

Po drugie, wykonawca PUH złożył na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2021 r. „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” (dalej: „Wykaz- załącznik nr 4”), zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ, w którym wykonawca wskazał, jako osobę pełniącą funkcję Kierownika budowy Pana H. C., posiadającego doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji Kierownika budowy podczas trzech inwestycji. W treści Wykazu - załącznik nr 4 do SWZ wykonawca wykazał, na potwierdzenie doświadczenia zawodowego Kierownika budowy, tj. na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, te same realizacje, inwestycje, które wykonawca wykazał w treści Wykazu dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy”, sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 4A do SWZ (dalej: „Wykaz-załącznik nr 4A”), złożonego wraz z ofertą, na potwierdzenie dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy. Mając na uwadze, że Zamawiający wyraźnie zastrzegł i podkreślił w treści SIWZ, że wykonawca w ramach kryterium dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy, które było dodatkowo punktowane, nie może wykazywać doświadczenia Kierownika budowy, stanowiącego jednocześnie potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, należy stwierdzić, że wykonawca PUH nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4 lit. b1) SWZ. Zdaniem Odwołującego mając na uwadze postanowienia SWZ, jeśli wykonawca zdecydował się w ramach doświadczenia dodatkowego na wskazanie 3 realizacji (miał taką możliwość) to w ramach warunku zobowiązany jest do wskazania zupełnie innej realizacji.

Kolejno Odwołujący podniósł, że wykonawca PUH nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobą, skierowaną przez wykonawcę do realizacji zamówienia i pełnienia funkcji Kierownika budowy, posiadającą uprawnienia konstrukcyjno- budowlane bez ograniczeń. Jego zdaniem wskazana przez wykonawcę osoba, tj. H. C., posiadający wykształcenie średnie, legitymuje się uprawnieniami budowlanymi o numerze 69/M/84, w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, które uzyskał w dniu 20.09.1984 r. W dacie, w której wydane zostały uprawnienia budowlane Pana H. C., w przedmiocie rodzaju i zakresu poszczególnych specjalności uprawnień budowlanych, obowiązywały przepisy Rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8, poz. 46 z późn. zm.). Wprowadzały one zarówno ograniczenia o charakterze podmiotowym, jak również przedmiotowym, nie posługując się jednak wprost oznaczeniem „uprawnienia budowlane bez ograniczeń” i „uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie”, tak jak to obecnie czyni art 14 ust. 3 Prawa budowlanego (por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 24.09.2008 r. sygn. akt VII SA/Wa 1036/08). Zgodnie z 5 ust. 1 ww. Rozporządzenia z 1975 r. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót wymagane było następujące przygotowanie zawodowe: 1) ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie, 2) ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie, 3) dyplom mistrza w rzemiośle budowlanym, 4) świadectwo czeladnicze lub tytuł robotnika wykwalifikowanego w rzemiośle budowlanym oraz co najmniej dwuletnia praktyka po uzyskaniu świadectwa lub tytułu. Zgodnie z ust. 2 § 5 ww. rozporządzenia „ Osoby ze średnim w kształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust 1 pkt 3 - wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem”.

W ocenie Konsorcjum to właśnie sformułowanie, o powszechnie znanych rozwiązaniach technicznych stanowi o ograniczeniu uzyskanych uprawnień. Tak, więc nie został spełniony wymóg legitymowania się przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Kierownika budowy, uprawnieniami konstrukcyjno-budowlanymi bez ograniczeń.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał błędnej oceny oferty Przystępującego w ramach kryteriów oceny ofert, ponieważ doświadczenie osoby wskazanej przez wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika budowy w ogóle nie powinno być brane pod uwagę, gdyż nie posiada on uprawnień budowlanych do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, a posiada uprawnienia z ograniczeniami. W opinii Konsorcjum oznacza to, że wykonawca PUH powinien był otrzymać w ramach tego kryterium oceny ofert 0 punktów, a nie 20 punktów. To z kolei oznacza, że Zamawiający popełnił kolejny błąd polegający na tym, że wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych inny podmiot niż powinien był faktycznie wezwać. Jest to brak nieusuwalny, niepodlegający uzupełnieniu. Bowiem w ramach kryterium oceny ofert dokumenty stanowią treść oferty nie podlegają żadnemu uzupełnieniu. Tym samym wybrany wykonawca otrzymuje 0 pkt w ramach kryterium doświadczenie dodatkowe, co oznacza, że to nie jego oferta jest ofertą najwyższej ocenioną. Jest on podmiotem, który winien zostać skasyfikowany na 3-cim miejscu.

Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. W jego ocenie odwołanie nie znajdowało uzasadnionych podstaw. W pierwszej kolejności podkreślał, że dokonał poprawnej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PUH.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza przedstawił wymagane zaświadczenie w dniu 20 kwietnia 2021 r. wystawione przez Bank Spółdzielczy w Porąbce w dniu 30 marca 2021 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2021 r. Odwołujący otrzymał powyższy dokument w dniu 22 kwietnia 2021 r. w odpowiedzi na wniosek o udostępnienie dokumentów z postępowania z dnia 21 kwietnia 2021 r.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza przedstawił wymagany Wykaz-załącznik nr 4 w dniu 30 marca 2021 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2021 r. W przekazanym Wykazie-załączniku nr 4 wykonawca wyznaczył do pełnienia funkcji Kierownika budowy Pana H. C., który wykazał się odpowiednim doświadczeniem zawodowym w pełnieniu funkcji Kierownika budowy. Zamawiający podał, że zakwalifikował 2 roboty wykazane przez wykonawcę w Wykazie-załączniku nr 4A w celu spełnienia warunku dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy, tj. pozycje nr 1 i 2. Natomiast w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika budowy Zamawiający zakwalifikował robotę z pozycji nr 3 wg. Wykazu-załącznika nr 4 przekazanego przez wykonawcę PUH w toku postępowania. W ocenie Gminy nie powinno budzić wątpliwości, że w ramach kryterium dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy były punktowane przez Zamawiającego inne roboty, aniżeli robota wykazana przez wykonawcę dla potrzeb spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Kolejno Zamawiający odniósł się do zarzutu Konsorcjum zasadzającego się na tym, że Przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobą, skierowaną przez wykonawcę do realizacji zamówienia i pełnienia funkcji Kierownika budowy, posiadającą uprawnienia konstrukcyjno-budowlane bez ograniczeń. Zamawiający podał, że uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie posiadane przez Pana H. C. zostały uzyskane na podstawie decyzji z dnia 20 września 1984 roku, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 24 października 1974 r. - Prawo budowlane (Dz. U. nr 38 poz. 229 z późn. zm.) oraz przepisu wydanego na jej podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8 poz. 46 z późn. zm.). Zgodnie z zasadą wyrażoną w przepisie art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (Dz.U.2020.1333 t.j.) uprawnienia budowlane uzyskane pod rządami poprzednio obowiązujących przepisów pozostają w mocy a ich zakres nie ulega zmianie.

Zdaniem Zamawiającego uprawnienia wynikające z decyzji z dnia 20 września 1984 roku umożliwiają pełnienie samodzielnych funkcji Kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w zakresie kierowania i nadzorowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcji elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych, mostów, budowli hydrotechnicznych i melioracji wodnych. Pod pojęciem „powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne”, należy rozumieć systemy rozwiązań, których sposób zaprojektowania i warunki wykonania określają jednoznacznie normy, przepisy techniczno-budowlane oraz ogólnie znane opracowania jednostek i placówek naukowych, naukowo-badawczych lub badawczo-rozwojowych.

Zamawiający podnosił, że w momencie wydawania decyzji dla Pana H. C. przepisy prawa nie posługiwały się pojęciem uprawnień budowlanych bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie. Posiadane przez Pana H. C. uprawnienia budowlane nie wprowadzają ograniczeń w zakresie kierowania budową i robót tak jak zostało to wykazane w art. 15a ust. 5 obecnie obowiązującego Prawa budowlanego.

Zdaniem Zamawiającego, zatem nie sposób uznać, że Pan H. C. posiada uprawnienia budowlane w ograniczonym zakresie, gdyż nie mógłby on pełnić funkcji Kierownika budowy przy realizacji licznych obiektów wykraczających poza ograniczenia przytoczone w art. 15a ust. 5 Prawa budowlanego. Natomiast zgodnie z załączonym wykazem robót, Pan H. C. prowadził liczne inwestycje, dla których wymagane są uprawnienia budowlane bez ograniczeń, oddane do użytkowania bez zastrzeżeń Organów Nadzoru Budowlanego. Zamawiający zgodnie z zapisami SWZ wymagał uprawnień budowlanych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadających im ważnych uprawnień budowlanych, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Aktualnie posiadane przez Pana H. C. uprawnienia budowlane pozwalają mu pełnić funkcję Kierownika budowy na przedmiotowym zadaniu, jeżeli uprawnienia te byłyby interpretowane, jako „z ograniczeniami” nie byłoby takiej możliwości.

Kolejno Zamawiający wyjaśniał, że zgodnie z interpretacją Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr MOIIB/OKK/0215/10 z dnia 7 lipca 2010 r. dotyczącej uprawnień budowlanych Pana H. C. jest on uprawniony do projektowania oraz kierowania budową i robotami w zakresie wszelkich budynków i innych budowli objętych specjalnością konstrukcyjno-budowlaną, z wyłączeniem budynków i innych budowli o charakterze eksperymentalnym. Budowa budynku przedszkola nie mieści się w ramach budynków o charakterze eksperymentalnym. Odwołujący podnosił w swoich zarzutach, że Pan H. C., jako technik budownictwa nie może posiadać uprawnień budowlanych bez ograniczeń. Zauważyć w tym miejscu należy, że uprawnienia budowlane nadawane na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 października 1974 r. - Prawo budowlane, rozszerzają uprawnienia dla inżynierów budownictwa jedynie o „budynki o charakterze eksperymentalnym”, co pozostaje bez znaczenia na przedmiotowe postępowanie. W związku z powyższym, Zamawiający uznawał uprawnienia posiadane przez osobę wskazaną przez Przystępującego za spełniające wymagania nałożone w SWZ.

Na potwierdzenie przedstawionych argumentów Zamawiający przekazał w załączeniu ww. pismo Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr MOIIB/OKK/0215/10 z dnia 7 lipca 2010 r. dotyczące uprawnień budowlanych Pana H. C.. Ponadto Zamawiający wskazał, że ww. pismo Zamawiający posiada od momentu realizacji przez wykonawcę PUH inwestycji: „Budowa sali gimnastycznej z zapleczem socjalnym przy Szkole Podstawowej w Dankowicach” rozpoczętej w roku 2018, gdzie Pan H. C. również pełnił funkcję Kierownika Budowy.

Do Izby w dniu 2 czerwca 2021 r. ze strony Konsorcjum wpłynęło pismo procesowe, w którym Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut wskazanego w pkt 1 odwołania w zakresie braku wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w

postępowaniu, tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Natomiast w pozostałym zakresie podtrzymał stanowisko zaprezentowane w odwołaniu, co zostało przytoczone wyżej. Wraz z pismem Odwołujący przedłożył następujące dokumenty:

- wydruk SIWZ do zadania inwestycyjnego pod nazwą „Budowa sali gimnastycznej z zapleczem socjalnym przy Szkole Podstawowej w Dankowicach” (nr postępowania: ZP/4/2018) – w celu wykazania faktu, że w dokumentacji postępowania, na które powołuje się Zamawiający w treści pisma z dnia 10 maja 2021 roku (w celu wykazania, że pan H. C. wykonywał liczne inwestycje, dla których wymagane są uprawnienia budowlane bez ograniczeń, co zostało wyliczone w wykazie robót) nie przewidywała konieczności posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń;
- wydruk komunikatu Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej oraz wydruku procedury wyjaśniania wątpliwości dotyczących treści decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych (oba dokumenty z dnia 31 stycznia 2007 roku) – w celu wykazania faktu, że interpretacje uprawnień budowlanych dokonywane są w sposób wiążący wyłącznie w trybie decyzji administracyjnej, co oznacza, że dokument, na który powołuje się Zamawiający na potwierdzenie uprawnień pana H. C. (pismo Małopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa z dnia 7 lipca 2010 roku) nie jest wiążącym dokumentem w sprawie, gdyż nie został wydany w obowiązującej procedurze administracyjnej;
- kopii decyzji nr 49/2000 dot. pana M. Ż. wraz z pismem z dnia 31 maja 2007 roku – w celu wykazania faktu jak przykładowo wygląda prawidłowo wystawiony dokument, wskazujący na uprawnienia budowlane wydane bez ograniczeń.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- wykonawca GRUPA FEWATERM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gromniku zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego;
- wykonawcy PUH zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem III ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest budowa budynku dziesięcioddziałowego przedszkola w Pisarzowicach (gmina Wilamowice) wraz z infrastrukturą zewnętrzną i przeciwpożarową, miejscami parkingowymi dla samochodów osobowych, dojazdami i ciągami pieszymi. Szczegółowy zakres prac opisuje: Dokumentacja Projektowa (Projekt budowlany - wykonawczy, Przedmiar robót) oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR). Zakres prac obejmuje również złożenie do Nadzoru Budowlanego zgłoszenia zakończenia robót budowlanych, jak również uzyskanie od Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla powiatu bielskiego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Wykonawca zobowiązany jest do opracowania dokumentacji powykonawczej w 2 egzemplarzach w wersji papierowej oraz elektronicznej na płycie CD i przekazania jej Zamawiającemu.

Zgodnie z rozdziałem V ust. 2 pkt 4 lit. b1) SWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego, tj.

4. dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, czyli:

b) wykazują, że dysponują osobami skierowanymi przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, a w szczególności:

- b1) kierownikiem budowy - osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i minimum 5 - letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w swojej specjalności oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję Kierownika budowy w zakresie posiadanych uprawnień przy minimum 1 robocie budowlanej polegającej na budowie budynku o wartości co najmniej 2.000.000,00 złotych brutto.

Ponadto Zamawiający w tym rozdziale SWZ ustalił, że Kierownik budowy/kierownicy robót powinni posiadać uprawnienia budowlane zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

W rozdziale VI ust. 2 pkt 1 lit. c) SWZ Zamawiający sprecyzował, że wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

1) Wykaz dokumentów i oświadczeń, które Wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

- c) wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wzór wykazu stanowi załącznik nr 4 do SWZ.

Natomiast w SWZ w rozdziale XV w ust. 4 wskazał i opisał kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej w następujący sposób:

Cena oferty (C) - waga 60 %

Gwarancja i rękojmia za wady na przedmiot zamówienia (za wyjątkiem urządzeń) (G) - waga 20 %

Dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy (D) - waga 20%.

3) Kryterium: Dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy (D)

W ramach niniejszego kryterium Zamawiający będzie oceniał dodatkowe doświadczenia Kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i minimum 5-letnie doświadczenie w postaci kierowania robotami budowlanymi w swojej specjalności, i przyznawać punkty, jeżeli osoba ta w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję Kierownika budowy w zakresie posiadanych uprawnień, przy robocie budowlanej polegającej na budowie budynku o wartości minimum 2.000.000,00 zł brutto - dotyczy roboty budowlanej, zakończonej przed upływem terminu składania ofert na podstawie odbioru końcowego lub częściowego.

Punktacja za dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy będzie przyznawana w następujący sposób:

- za pełnienie funkcji Kierownika budowy przy wykonaniu jednej roboty budowlanej spełniającej powyższy warunek - 10 pkt,
- za pełnienie funkcji Kierownika budowy przy wykonaniu dwóch lub więcej robót budowlanych spełniających powyższy warunek - 20 pkt.

Uwaga: w ramach niniejszego kryterium Wykonawca nie może wykazywać doświadczenia Kierownika budowy, stanowiącego potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2 ppkt. 4) lit. b1) niniejszej SWZ.

Zamawiający dokona oceny ofert w ramach kryterium „Dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy” na podstawie oświadczenia Wykonawcy złożonego na druku „Wykaz dodatkowego doświadczenia” - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4A do SWZ.

„Wykaz dodatkowego doświadczenia” musi zostać złożony wraz z ofertą.

Osoba, której doświadczenie będzie punktowane musi zostać wyznaczona do realizacji zamówienia i wskazana w „Wykazie osób” - jako Kierownik budowy.

Jeżeli Wykonawca nie wykaże żadnego dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy lub wykazane doświadczenie nie będzie spełniało wymaganego warunku - Zamawiający w ramach niniejszego kryterium przyzna 0 pkt.

Zamawiający przyzna również 0 pkt. w przypadku nieprzedłożenia wraz z ofertą wypełnionego wykazu stanowiącego załącznik nr 4A do SWZ.

W powyższym kryterium maksymalna ilość punktów wynosi 20.

W rozdziale XI ust. 7 pkt 8 SWZ Zamawiający określił, że oferta wraz z załącznikami winna zawierać: wykaz dodatkowego doświadczenia - wg załącznika nr 4A (w przypadku, gdy wykonawca wykazuje dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy, które będzie podlegało ocenie w ramach kryterium oceny ofert).

Izba ustaliła, że w terminie składania ofertą Przystępujący złożył ofertę wraz z Wykazem-załącznik nr 4A, w treści, którego wykonawca, jako Kierownika budowy wskazał Pana H. C., dla którego wykazano doświadczenie w wykonaniu 3 robót. Ponadto wykonawca PUH zawarł w powyższym Wykazie informację, że posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń z dnia 20.09.1984r. a także, iż posiada 37 letnie doświadczenie w postaci kierowania robotami budowlanymi w swojej specjalności (liczone od daty uzyskania uprawnień). Pod tabelą zawierającą wskazywane doświadczenie Kierownika budowy znajdowała się następująca treść: „Uwaga! W ramach niniejszego wykazu Wykonawca nie może wykazywać doświadczenia Kierownika budowy, stanowiącego potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b.1) SWZ”.

Zamawiający na podstawie ww. kryteriów dokonał oceny ofert złożonych w postępowaniu i ustalił, że najwięcej punktów uzyskała oferta wykonawcy PUH – 100 pkt, co skutkowało tym, że pismem z dnia 12 kwietnia 2021 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym: wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - wzór wykazu stanowi załącznik nr 4 do SWZ.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył żądany wykaz, w którym do pełnienia funkcji Kierownika budowy wskazano osobę Pana H. C. . Ponadto wykonawca podał następujące informacje dotyczące Pana C.: „Uprawnienia budowlane nr: 69/M/84, data uzyskania uprawnień: 20.09.1984r. Specjalność i zakres uprawnień: Projektant i kierownik budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Wykształcenie: średnie”. W treści ww. Wykazu wykonawca wskazał w poz. od 1-3 na doświadczenie, którym legitymuje się Pan C., jako Kierownik budowy. Nie było sporne między stronami, że doświadczenie wykazane w tym wykazie jest identyczne, jako to podane w Wykazie-załącznik nr 4A do SIWZ, które posłużyło Zamawiającemu do oceny w kryterium: „Dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy”.

Nie było sporne pomiędzy stronami to, że uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zostały nadane Panu H. C. decyzją z dnia 20 września 1984 r. nie na mocy obecnie obowiązujących przepisów a pod rządami uprzednio obowiązujących, tj. w oparciu o przepisy ustawy z dnia 24 października 1974 r. - Prawo budowlane (Dz. U. nr 38 poz. 229 z późn. zm.) oraz przepisu wydanego na jej podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8 poz. 46 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że w treści ww. decyzji wskazano, że Pan H. C. posiada przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji projektanta i kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Jest upoważniony m. in. do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania

wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg oraz lotniskowych dróg startowych i manipulacyjnych mostów, budowli hydrotechnicznych i melioracji wodnych.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba odniosła się do zagadnienia związanego z występowaniem po stronie Konsorcjum legitymacji do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

Na gruncie rozpoznawanej kwestii przede wszystkim należy przytoczyć stanowisko Odwołującego wskazane w treści odwołania, który stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy PUH z naruszeniem przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, a w przypadku wykonawcy zajmującego drugie miejsce, tj. Grupa Fewaterr sp. z o.o. s.k. z siedzibą w Gromniku, wykonawca nie mógł ocenić spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdyż Zamawiający dokonywał tej oceny dopiero po wezwaniu wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza do przedłożenia oświadczeń i dokumentów oznaczonych w SWZ. W ocenie Odwołującego, to jego oferta została złożona zgodnie z przepisami prawa, a tym samym powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 ustawy, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba nie podziela zapatrywania Zamawiającego o braku uprawnienia po stronie Odwołującego do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania z uwagi na fakt, iż jego oferta nie została sklasyfikowana na drugiej pozycji a na kolejnej w rankingu ofert. W tym zakresie Izba prezentuje analogiczny pogląd jak ten wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 maja 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 118/21, w którym stwierdzono: „Izba uznała za chybioną argumentację Zamawiającego oraz Przystępującego, którzy stwierdzili, że Odwołujący w złożonym odwołaniu nie wykazał, że posiada interes w skorzystaniu ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Za przyjęciem przez Izbę takiego stanowiska przemawiają następujące argumenty. Po pierwsze, Odwołujący złożył ofertę na Zadanie 6, która uplasowała się na trzeciej pozycji. Tym samym jest on wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia w tej części, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może pozbawić go udzielenia zamówienia w zakresie Zadania 6. Po drugie, rozpoznawane postępowanie jest prowadzone przez Zamawiającego w tzw. „procedurze odrzuconej”, co zdaniem Izby oznacza, że interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy wykonawca, który został sklasyfikowany w rankingu ofert, tzn., którego oferta nie została odrzucona. Przyjęcie takiego zapatrywania zasadza się na tym, że nie można wykluczyć, iż zarówno pierwszy, jak i drugi w kolejności wykonawca nie wykazą spełniania warunków. W takiej sytuacji Odwołujący po dokonaniu przez Zamawiającego ponownej oceny ofert będzie miał potencjalną możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli jego oferta będzie ważna i sam nie będzie podlegał wykluczeniu z postępowania. Po trzecie, Izba zwraca uwagę, że Odwołujący w treści złożonego odwołania uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu odwołania wskazał, że: „Stosownie do art. 505 ust. 1 NPZP, Odwołujący podnosi, iż „ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów PZP przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego uzyskała trzecią pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie w przypadku odrzucenia oferty DROMAR Odwołujący wciąż może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Odwołujący może utracić, zatem korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia”. Co prawda przytoczone uzasadnienie nie jest zbyt rozbudowane w swej treści nie mniej jednak w ocenie Izby zupełnie dostateczne. Tym samym Izba uznała, że nie może się ostać argumentacja wykonawcy DROMAR, iż Odwołujący nie wykazał w stopniu dostatecznym interesu w uzyskaniu zamówienia kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody”.

Izba za chybioną również uznała argumentację Zamawiającego zasadzającą się na konieczności unieważnienia postępowania z uwagi na niemożność zwiększenia przez Zamawiającego środków na realizację zamówienia do kwoty oferty Odwołującego. W tym zakresie Izba wskazuje na ugruntowane orzecznictwo Izby, w którym podkreśla się, że interes w rozumieniu poprzednio obowiązującej ustawy (art. 179 ust. 1) jak również obecnie obowiązującego przepisu art. 505 ust. 1 Pzp powinien być oceniany na dzień wniesienia odwołania, toteż jakiegokolwiek przyszłe, hipotetyczne czynności zamawiającego nie mają wpływu na ocenę istnienia interesu wykonawcy. Z uwagi na powyższe Izba przyjmuje, że odwołanie może zostać skutecznie wniesione przez wykonawcę dążącego do wyeliminowania oferty konkurencji, mimo, że oferta Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Powyższego zapatrywania nie zmieniają również dowody złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy w postaci: oświadczenia z dnia 2 czerwca 2021 r. wraz z załącznikami, jak również wniosku o uzyskanie środków funduszu przeciwdziałania Covid dla jednostek samorządu terytorialnego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za niezasadny wniosek Zamawiającego o oddalenie odwołania z uwagi na brak legitymacji do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania.

W tym miejscu wskazać należy, że zarzut zawarty w pkt 1 odwołania w zakresie braku wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy – został przez Odwołującego wycofany, co skutkowało umorzeniem w tym zakresie postępowania odwoławczego.

Zatem ocenie Izby podlegały pozostałe zarzuty odwołania dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na brak wykazania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b1) SWZ oraz dokonania przez Zamawiającego błędnej oceny oferty Przystępującego w świetle ustalonych w SWZ kryteriów a także skutku w postaci dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej. Po dokonaniu analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że zarzuty odwołania potwierdziły się w części dotyczącej błędnej oceny Zamawiającego, polegającej na uznaniu, że Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b1) SWZ w zakresie doświadczenia

zawodowego posiadanego Pana H. C., który został wskazany przez w wykazie wykonawcę do pełnienia funkcji Kierownika budowy. Natomiast Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut dotyczący braku potwierdzenia ww. warunku w aspekcie braku odpowiednich uprawnień w odniesieniu do wskazanego przez Przystępującego Kierownika budowy, a tym samym za chybiony Izba uznała zarzut dotyczący przyznania wykonawcy PUH nieprawidłowej liczby punktów w kryterium dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy. U podstaw takiego rozstrzygnięcia Izby leży następujące powody.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami ustawy przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, których naruszenie przez Zamawiającego wskazywał Odwołujący przede wszystkim wskazał na dyspozycję art. 128 ust. 1 Pzp zgodnie, z którą jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba, że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Według art. 266 Pzp do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Natomiast przepis art. 239 Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia (ust.1). Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (ust. 2).

Zaś zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę: niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Nie budziło żadnych wątpliwości Izby, że Zamawiający jednoznacznie i wyraźnie rozdzielił doświadczenie Kierownika budowy, które należało wykazać celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu od tego wykazywanego na rzecz pozyskania dodatkowej punktacji w kryterium oceny ofert. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia takie ani inne ukształtowanie postanowień SWZ jak również załączników do SIWZ. Przede wszystkim zwrócić uwagę należy, że dodatkowe doświadczenie Kierownika budowy zgodnie z dyspozycją Zamawiającego należało przedstawić w odrębnym wykazie, tj. „Wykazie-załącznik nr 4A podczas, gdy doświadczenie Kierownika budowy na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b1) SWZ należało zawrzeć w innym wykazie, tj. „Wykazie-załącznik nr 4. Również moment złożenia obu wykazów był różny, bowiem wykaz na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji zgodnie z rozdziałem XI ust. 7 pkt 8 SWZ powinien być złożony przez wykonawcę już wraz z ofertą. Natomiast wykaz doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie z rozdziałem VI ust. 2 pkt 1 lit. c) SWZ powinien być złożony później i jedynie przez wykonawcę wezwanego przez Zamawiającego.

Co istotne, Zamawiający w rozdziale XV w ust. 4 SWZ zamieścił uwagę treścią, której w sposób wyraźny i klarowny ustalił zakaz wykorzystywania przez wykonawców doświadczenia wskazanego w ramach kryterium dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy na potrzeby wykazywania doświadczenia Kierownika budowy, stanowiącego potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b1) niniejszej SWZ. Z tego rodzaju sytuacja mieliśmy w rozpoznawanej sprawie, ponieważ Przystępujący w obu wykazach, zarówno w tym na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji jak i tym na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu podał tożsame doświadczenie, którym legitymuje się Pan H. C. wyznaczony do pełnienia funkcji Kierownika budowy. Izba stwierdziła, że nieprawidłowe jest postępowanie Zamawiającego, który uznał, że doświadczenie wykazane poz. 3 Wykazu-załącznik nr 4 zakwalifikował, jako doświadczenie służące wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika budowy. Izba wskazuje, że na drodze do uznania tego stanowiska za właściwe stoi bez wątpienia regulacja zawarta w treści SWZ w rozdziale XV w ust. 4, której treść nie zezwala na dublowanie doświadczenia Kierownika budowy. Na kanwie powyższej treści SWZ wykonawca PUH powinien mieć świadomość, że skoro zdecydował się na posłużeniem określonym doświadczeniem Kierownika budowy na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji to następnie nie będzie mógł go wykorzystywać przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie może się również ostać, jako błędna, argumentacja tego rodzaju, że maksymalną liczbę punktów można było uzyskać wykazując doświadczenie w realizacji dwóch robót o określonym charakterze, a zatem skoro Przystępujący wykazał trzy roboty w wykazie dodatkowego doświadczenia na potrzeby punktacji (Wykaz-załącznik nr 4A) to wówczas jedną z nich można było „zagospodarować” na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba uważa tego rodzaju argumentację za chybioną i niedopuszczalną z punktu widzenia postanowień SWZ. Po pierwsze należy podkreślić, że skoro Przystępujący w treści wykazu dodatkowego doświadczenia wskazał określony katalog robót celem uzyskania dodatkowej punktacji to oznacza, że jego wolą było, aby Zamawiający przyznając punkty brał po uwagę wszystkie trzy roboty wskazane w wykazie, a nie tylko dwie. Z dużą dozą prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością należy stwierdzić należy, że Przystępujący, jako wykonawca ubiegający się o zamówienia zapoznał się z treścią SWZ i było jemu wiadome, iż wystarczającym jest wykazanie dwóch robót o określonym charakterze, aby uzyskać maksymalną ilość punktów. Skoro podał ich więcej to znaczy, że taki miał zamiar i nieuprawnionym jest zawężanie przedstawionego wykazu jedynie do dwóch robót z poz. 1 i 2. Izba stoi na stanowisku, że skoro wykonawca PUH na potrzeby dodatkowej punktacji w wykazie przedstawił konkretne doświadczenie Kierownika budowy to zostało ono „skonsumowane” na potrzeby uzyskania dodatkowej punktacji poprzez samo jego podanie w Wykazie-załącznik nr 4A. Bez znaczenia jest kwestia, czy Zamawiający doświadczenie to „wykorzystał” do przyznania dodatkowych punktów czy też nie.

Z tych względów Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, który został wskazany w rozdziale V pkt. 2 ppkt. 4) lit. b1) SWZ w zakresie legitymowania się przez Kierownika budowy odpowiednim doświadczeniem. Konsekwencją takiego stanowiska jest uznanie, że Zamawiający wadliwie uznał, że wykonawca PUH ww. warunek spełnia. Wobec tego Izba uznał zgłoszony zarzut za uzasadniony i nakazała Zamawiającemu wezwaniem ww. wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia Wykazu-załącznik nr 4 do SWZ w zakresie wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika budowy.

Kolejno Izba odniosła się do grupy zarzutów opartych o podstawę faktyczną związaną z uprawnieniami budowlanymi posiadanymi przez Pana H. C., który został przez Przystępującego wskazany, jako osoba mająca pełnić funkcję Kierownika budowy. Rozstrzygnięcie zgłoszonych zarzutów wymaga odpowiedzi na pytanie, czy uprawnienia budowlane, którymi legitymuje się Pan H. C. należy uznać za spełniające postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu oraz czy są one dostateczne, aby przyznać Przystępującemu punkty w ramach kryterium oceny ofert? Izba stwierdziła, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Izba wskazuje, że Zamawiający w zakresie wymagań dotyczących Kierownikiem budowy wskazał, że osoba ta ma posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Dostrzec również należy, że Zamawiający w treści SWZ sprecyzował także, że Kierownik budowy/kierownicy robót powinni posiadać uprawnienia budowlane zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Oznacza to, iż treść interpretowanych dokumentów w niniejszym postępowaniu, a zwłaszcza warunków oraz kryteriów dotyczących uprawnień budowlanych, formułowano pod rządami obowiązujących aktualnie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1333) – dalej: „Prawo budowlane”. I właśnie przepisy tego aktu prawnego regulują materię uprawnień budowlanych oraz są normatywnym punktem odniesienia dla interpretacji treści uprawnień oraz warunków, które ich dotyczą.

W myśl art. 15a ust. 4 Prawa budowlanego uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniają do projektowania konstrukcji obiektu lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do konstrukcji oraz architektury obiektu.

Natomiast według ust. 5 ww. przepisu uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania konstrukcji obiektu lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do konstrukcji obiektu, o kubaturze do 1000 m³ oraz:

- 1) o wysokości do 12 m nad poziomem terenu, do 3 kondygnacji nadziemnych i o wysokości kondygnacji do 4,8 m;
- 2) posadowionego na głębokości do 3 m poniżej poziomu terenu, bezpośrednio na stabilnym gruncie nośnym;
- 3) przy rozpiętości elementów konstrukcyjnych do 6 m i wysięgu wsporników do 2 m;
- 4) niezawierającego elementów wstępnie sprężanych na budowie;
- 5) niewymagającego uwzględniania wpływu eksploatacji górniczej.

Tym samym na podstawie powołanych przepisów stwierdzić należy, że uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej w ograniczonym zakresie, uprawniają do projektowania lub kierowania robotami budowlanymi konstrukcji obiektów opisanych w art. 15a ust. 5 Prawa budowlanego, a uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń uprawniają do projektowania konstrukcji obiektów lub kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do konstrukcji oraz architektury obiektu bez rzeczowych ograniczeń opisanych w przepisach w odniesieniu do uprawnień w ograniczonym zakresie. Innymi słowy: przepisy prawa określają i definiują obecnie tylko dwa rodzaje uprawnień w ww. specjalności: uprawnienia w ograniczonym zakresie i uprawnienia bez ograniczeń.

Izba stoi na stanowisku, że sformułowania dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustanawiających warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert odnoszące się do zagadnień ściśle regulowanych przepisami prawa oraz posługujące się terminologią wprost zaczerpniętą z tych przepisów, należy odczytywać w taki sposób, jakim posłużył się nimi ustawodawca, a nie projektować dla nich jakieś inne znaczenie. Nie budzi żadnych wątpliwości, że treścią wskazanych przepisach zdefiniowano znaczenie pojęć „uprawnienia bez ograniczeń” i „uprawnienia w ograniczonym zakresie”, które są wzajemnie powiązane oraz razem wyczerpują całość rodzajów uprawnień budowlanych nadawanych pod rządami ww. przepisów. Jako specyficzne definicje legalne określające zakres danych typów uprawnień, nie odnoszą się do żadnych innych uprawnień, które występowały i występują w obrocie, wydawanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów. Wobec tego aktualne uprawnienia, zarówno te bez ograniczeń i z ograniczeniami, nie są ani tymi samymi, ani takimi samymi, uprawnieniami, jak uprawnienia wydawane niegdyś. Również uprzednie i aktualne ograniczenia uprawnień, to nie te same ograniczenia, ale różne instytucje prawne.

Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie referował w treści SWZ do jakichkolwiek ograniczeń uprawnień lub ich braku, ale do ograniczeń wynikających z aktualnie obowiązujących przepisów prawa. W przypadku, gdy Zamawiający chciałby przyjąć jakieś inne znaczenie terminów odnoszących się do danej instytucji prawnej, niż zastane w obowiązujących w tym zakresie przepisach, to winien to wyraźnie zastrzec i zdefiniować powyższe w swoim dokumencie zamówienia. W rozpatrywanym przypadku Zamawiający nic takiego nie uczynił, należy, więc trzymać się znaczenia prawnego danych pojęć i przyjmować, że w tym znaczeniu Zamawiający się nimi posługiwał.

Izba prezentuje pogląd, że przy zdefiniowanych legalnie pojęciach uprawnień z ograniczeniami i bez ograniczeń, którymi posługiwało się przedmiotowa SWZ nie można nadawać im projektującemu innemu, zwłaszcza rozszerzającego znaczenia. Właśnie rozszerzającym rozumieniem pojęcia jest w tym przypadku przypisywanie użytemu w SWZ terminowi „bez ograniczeń” zamiast znaczenia ustawowego, treści, którą można zrekonstruować następująco: „bez jakichkolwiek i występujących kiedykolwiek, formalnych lub faktycznych ograniczeń”, – gdy pojęcie ograniczeń lub ich braku jest zdefiniowane w aktualnie obowiązujących przepisach i odnosi się do ściśle określonych instytucji prawnych. W szczególności nieuprawnione jest rozszerzanie tego pojęcia na instytucje, które nie posługują się nawet takim terminem, i przesadzanie, że delimitacyjne określenia zakresów uprawnień stosowane w uprzednio obowiązujących przepisach, mają „charakter” ograniczeń, o których mowa w SWZ.

Izba jeszcze raz podkreśla, że w przedmiotowej SWZ, interpretowanej przez logiczne podstawienie pod użyte terminy/zmienne ich prawnego znaczenia, wykluczono ograniczenia uprawnień, o których mowa w art. 15a ust. 5 Prawa budowlanego, a nie jakiegokolwiek ograniczenia uprawnień definiowane w uprzednio obowiązujących przepisach, a tym bardziej inne stosowane uprzednio sposoby określania zakresu uprawnień, które kwalifikowane są, jako mające charakter ograniczeń. Tym samym również określenie, iż Pan H. C. posiada uprawnienia do kierowania robotami w zakresie rozwiązań konstrukcyjno- budowlanych budynków i innych budowli – o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych, nie jest ograniczeniem uprawnień, którego zakazuje Zamawiający (a contrario do „bez ograniczeń”, o których mowa w powoływanych przepisach i treści ogłoszenia). W ocenie Izby tego typu

interpretacja ocenianego warunku udziału w postępowaniu oraz kryterium, abstrahująca od prawnego znaczenia pojęcia „bez ograniczeń”, którym Zamawiający się posługiwał, jest, więc nieprawidłowa logicznie. Ponadto prowadzi do znacznego ograniczenia konkurencji w postępowaniu przez eliminację wykonawców dysponujących potencjałem osobowym zdolnym do jego wykonania.

Zamawiający żądał w tym przypadku uprawnień bez ograniczeń w rozumieniu art. 15a ust. 4 Prawa budowlanego, nie dopuszczając tym samym uprawnień z ograniczeniami, o których mowa w art. 15a ust. 5 Prawa budowlanego, ponieważ, jak można założyć, było to związane ze specyfiką jego przedmiotu zamówienia, do którego wykonania uprawnienia w ograniczonym zakresie są niewystarczające. Natomiast brak jest uzasadnienia dla niedopuszczania w ramach warunku, uprawnień wydanych na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20.02.1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46, z dnia 7 III 1975 r.), którymi posługuje się Pan H. C., a które na zasadzie art. 104 Prawa budowlanego oraz które w związku ze swoim zakresem, umożliwiają projektowanie oraz kierowanie robotami w zakresie obiektów zamawianych w ramach przedmiotowego postępowania.

Izba uznaje za niedopuszczalną taką interpretację, która eliminuje szereg podmiotów obecnych na rynku i zdolnych do wykonania zamówienia. Zwłaszcza w związku z niedookreślonym i nieostрым, a postulowanym przez Odwołującego, rozszerzonym znaczeniem zwrotu „bez ograniczeń”, mogłoby dojść do eliminacji bardzo znacznego kręgu takich podmiotów. Nie jest, bowiem jasne czy rzeczony brak jakichkolwiek ograniczeń miałby dotyczyć i być określany względem wymaganego, współczesnego zakresu uprawnień w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, czy też to zakresy uprawnień wydawanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów miałyby być oceniane jako ograniczone, względem jakichś najszerszych uprawnień wtedy przewidywanych. Najlogiczniej należałoby postulować oba powyższe warianty, w myśl dictum, że wszelkie ograniczenia, to ograniczenia, a w dokumencie dotyczącym udzielenia zamówienia nie dopuszczono przecież żadnych ograniczeń wskazanych uprawnień konstrukcyjno-budowlanych.

Zamawiając opisał w tym przypadku warunek udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert właściwie jedynie w odniesieniu do aktualnie wydawanych uprawnień budowlanych. Powyższe oczywiście nie mogło prowadzić do eliminacji wszystkich uprawnień wydawanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów, z których żadne nie są przecież współczesnymi uprawnieniami bez ograniczeń. Konieczne stało się, więc poszukiwanie adekwatnych kryteriów kwalifikacji „starych” uprawnień, jako odpowiadających uprawnieniom opisanym i wymaganym przez Zamawiającego.

W ocenie Izby, najbardziej adekwatną do celów oceny formułą porównywania i kwalifikowania „starych” uprawnień względem „nowych”, jest formuła wskazana w wyroku Izby z dnia 8 lipca 2011 r. (sygn. akt. KIO 1332/11; KIO 1333/11), powoływanym przez Zamawiającego. 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 kryterium) oraz są uprawnieniami umożliwiającymi wykonanie zamawianego zakresu robót, w związku, z którym warunki i kryteria były stawiane.

Argumentacja zbieżna z tą zaprezentowana powyżej znajduje odzwierciedlenie nie tylko w powołanym orzeczeniu Izby, ale również w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lutego 2017 r. KIO/KD/7/17 oraz orzeczeniu Izby z dnia 13 września 2013 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 2093/13.

Reasumując, interpretację postanowień SWZ przedstawioną przez Odwołującego w odwołaniu oraz piśmie procesowym należy uznać za błędną, co oznacza, że dokonana przez Zamawiającego ocena przedstawionych uprawnień budowlanych Pana H. C. jest prawidłowa. Uprawnienia te nie posiadają ograniczeń, o których mowa w art. 15a ust. 5 Prawa budowlanego, ale umożliwiają pełnienie funkcji Kierownika budowy na tym zamówieniu, tak jak uprawnienia bez ograniczeń, o których mowa w art. 15a ust. 4 Prawa budowlanego, i w tym znaczeniu odpowiadają tym uprawnieniom. Tym samym Zamawiający prawidłowo uznał, iż wykonawca PUH w tym zakresie spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie osoby Kierownika budowy jak również zasadnie przyznał Przystępującemu maksymalną ilość punktów w kryterium dodatkowego doświadczenia Kierownika budowy.

W kontekście powyższych rozważań Izby stwierdzić należy, że złożone przez Odwołującego dowody, które zostały opisane powyżej, pozostają bezużyteczne, bowiem uprawnienia Pana H. C. nie wymagały potwierdzania, a tym samym nie wystąpiła potrzeba prowadzenia procedury wykazywanej ww. dowodami. Jeśli zaś chodzi o dowód przedłożony przez Zamawiającego w postaci pisma pochodzącego z Małopolskiej Izby Inżynierów Budownictwa to Izba wskazuje, że potwierdza ono słuszność argumentacji Izby w zakresie tego, iż w okresie, kiedy Pan H. C. uzyskiwał uprawnienia, nie obowiązywał ich podział na uprawnienia z ograniczeniami oraz bez ograniczeń, jak również okoliczności związane z tym, że wspomniany podział został wprowadzony przepisami obecnie obowiązującego Prawa budowlanego. Tym samym Izba nie uznała złożonego za kluczowy, na którym oparła swoje rozstrzygnięcie a jedynie za dodatkowy, który ma jedynie walor wspierający główny trzon stanowiska Izby.

Uwzględniając powyższe Izba stanęła na stanowisku, że zarzuty odwołania potwierdziły się jedynie w części, co zostało szczegółowo wyjaśnione powyżej. Skutkiem stwierdzonych naruszeń była konieczność uwzględnienia odwołania oraz nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej połączonego z wezwaniem wykonawcy PUH na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia Wykazu-załącznik nr 4 w zakresie wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia Kierownika budowy.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1235/21 zgodnie z art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) obciążyła Odwołującego w części ½ oraz Zamawiającego w części ½. Izba wskazuje, że na koszty postępowania odwoławczego w kwocie 15 275 zł, na którą składał się: koszt wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 1 476,00 zł oraz koszt

dojazdu pełnomocnika Zamawiającego na rozprawę w kwocie 199 zł. W tym Odwołujący poniósł koszty na kwotę 13 600 zł, podczas, gdy obciążała go jedynie kwota połowy kosztów postępowania odwoławczego, która wyniosła 7 637,50 zł. Z tych względów Izba w sentencji wyroku zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 962,50 zł. Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego z uwagi na brak podstawy prawnej do zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego na jego rzecz w przypadku, gdy Przystępujący nie występował w rozpoznawanej sprawie w roli uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw względem uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....