Sygn. akt KIO 2220/21

WYROK
z dnia 27 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Anna Chudzik
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2021 r. przez wykonawcę **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jasionka 942, 36-002 Jasionka (adres do doręczeń: ERBUD Spółka Akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, ul. Partyzantów 2/4, 05-802 Pruszków**

przy udziale:

1. wykonawcy **ZAB-BUD Sp. z o.o., ul. Nowosielecka 14A/2, 00-466 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
2. wykonawcy **UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski reprezentowanego przez: UNIBEP S.A., ul. Kondratowicza 37, 03-285 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
3. wykonawcy **Adamietz Sp. z o.o. z siedzibą w Strzelcach Opolskich, ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie:
   a) zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej w związku z udostępnieniem zasobów przez osoby trzecie,
   b) zarzutu dotyczącego wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy.
2. Uwzględnia zarzut dotyczący niespełnienia przez wykonawcę **ZAB-BUD Sp. z o.o., ul. Nowosielecka 14A/2, 00-466 Warszawa** warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. niespełnienia warunku określonego w V pkt 4 ppkt 2) lit. d) SWZ i nakazuje wezwanie wykonawcy **ZAB-BUD Sp. z o.o., ul. Nowosielecka 14A/2, 00-466 Warszawa** do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych – Załącznika nr 4 „Wykaz osób" w trybie art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jasionka 942, 36-002 Jasionka (adres do doręczeń: ERBUD Spółka Akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** w części ½ i zamawiającego **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, ul. Partyzantów 2/4, 05-802 Pruszków** w części ½ i:
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jasionka 942, 36-002 Jasionka (adres do doręczeń: ERBUD Spółka Akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawcę **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jasionka 942, 36-002 Jasionka (adres do doręczeń: ERBUD Spółka Akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego **Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, ul. Partyzantów 2/4, 05-802 Pruszków** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   4.2. zasądza od zamawiającego **Mazowieckiego Specjalistycznego Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, ul. Partyzantów 2/4, 05-802 Pruszków** na rzecz wykonawcy **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Jasionka 942, 36-002 Jasionka (adres do doręczeń: ERBUD Spółka Akcyjna, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa)** kwotę **10 000 złotych 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem ½ wpisu,
   4.3. koszty pełnomocników znosi się wzajemnie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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 2220/21

Uzasadnienie

Mazowieckie Specjalistyczne Centrum Zdrowia im. prof. Jana Mazurkiewicza w Pruszkowie, zwane dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Poprawę efektywności energetycznej i dostosowanie do obowiązujących przepisów Pawilonów I i VIIB MSCZ w Pruszkowie."

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 kwietnia

2021 r., nr 2021/S 077-195942.

W dniu 16 lipca 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Jasionka, o ponownym dokonaniu wyboru oferty wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o., zwanego dalej „Wykonawcą ZAB-BUD", jako najkorzystniejszej.

W dniu 26 lipca 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w miejscowości Jasionka, zwany dalej „Odwołującym ERBUD", wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań czynności Zamawiającego, tj. od:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZAB-BUD dokonanej pismem Zamawiającego z 15 lipca 2021 r.,
2. zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy ZAB-BUD z postępowania,
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ZAB-BUD z postępowania,

zarzucając Zmawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZAB-BUD, mimo iż Wykonawca ten powinien zostać wykluczony, a jego oferta powinna zostać odrzucona,
2. art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy ZAB-BUD z postępowania i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego Wykonawcy, mimo że wskazany Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych, poprzez złożenie oświadczenia, że „dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie projektanta w specjalności architektonicznej o wymaganym w SWZ doświadczeniu, podczas gdy wskazana przez Wykonawcę w wykazie osób (Załącznik nr 4) Pani G. Z. odnośnie inwestycji wykonanej na rzecz Zarządu Mienia m.st. Warszawy w Warszawie pełniła funkcję projektanta sprawdzającego a nie projektanta wykonującego dokumentację projektową, ewentualnie
3. art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia Wykonawcy ZAB-BUD z postępowania i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego Wykonawcy, mimo że wskazany Wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez złożenie oświadczenia, że „dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie projektanta w specjalności architektonicznej o wymaganym w SWZ doświadczeniu, podczas gdy wskazana przez Wykonawcę w wykazie osób (Załącznik nr 4) Pani G. Z. odnośnie inwestycji wykonanej na rzecz Zarządu Mienia m.st. Warszawy w Warszawie pełniła funkcję projektanta sprawdzającego a nie projektanta wykonującego dokumentację projektową",
4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ZAB-BUD i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo iż Wykonawca ZAB-BUD nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,
5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że Wykonawca ZAB-BUD spełnia warunek zdolności technicznej lub zawodowej określony w V.4.1) SWZ w sytuacji gdy, celem wykazania spełnienia tego warunku, powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego (ZAB- BUD A. Z.), podczas gdy w formularzu oferty Wykonawca oświadczył, że odnośnie zakresu zamówienia objętego wskazanym warunkiem, na etapie składania oferty, nie są mu znani podwykonawcy, a w konsekwencji podmiot udzielający zasobu nie został wskazany jako podwykonawca robót budowlanych do realizacji, których jego zdolności są wymagane;
6. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ZAB-BUD postępowania i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego Wykonawcy, mimo że wskazany Wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy,
7. art. 16 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZAB-BUD mimo tego, że wskazany Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a dodatkowo jego oferta powinna zostać odrzucona;

Odwołujący ERBUD wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy ZAB-BUD;
2. dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
3. wykluczenia Wykonawcy ZAB-BUD i w konsekwencji odrzucenia oferty tego Wykonawcy,
4. odrzucenia oferty Wykonawcy ZAB-BUD;
5. dokonania wyboru oferty Odwołującego ERBUD jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący ERBUD wskazał m.in.:

Odnośnie zarzutu zaniechania czynności wykluczenia Wykonawcy ZAB-BUD z postępowania i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego Wykonawcy Odwołujący ERBUD podniósł, że Zamawiający- zgodnie z Rozdziałem V pkt 4 ppkt 2) lit. d) SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - wymagał dysponowania projektantem w specjalności architektonicznej, który posiada doświadczenie z okresu ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert w pełnieniu funkcji projektanta w specjalności architektonicznej, polegające na wykonaniu co najmniej 1 dokumentacji projektowej, której przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na obszarze objętym ochroną konserwatorską lub znajdującego się na obszarze wpisanym do rejestru zabytków szacowanej wartości roboty (całość inwestycji) co najmniej 5.000.000 zł netto

Wykonawca wskazał projektant – G. Z. oraz dwie inwestycje na poparcie doświadczenia posiadanego przez tę osobę, w tym inwestycję pn. „Rozbudowa i przebudowa budynku B Szpitala Praskiego przy al. Solidarności 67 w Warszawie" realizowaną dla Zarządu Mienia m.st. Warszawy w Warszawie.

Zamawiający wezwaniem z dnia 18.06.2021 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił *się* o wykazanie, że G. Z. wykonała w ramach ww. zadania dokumentację projektową w zakresie projektu budowlanego i wykonawczego. W odpowiedzi na powyższe Wykonawca ZAB-BUD oświadczył (pismem z dnia 21.06.2021 r)., *że* „pani G. Z. w ramach obu realizacji wykazanych przez Wykonawcę w poz. 4 Wykazu osób, tj. na rzecz Zarządu Mienia m.st. Warszawa i na rzecz Szpitala Grochowskiego im. dr. Rafała Masztaka Sp. z o.o.,nabyła doświadczenie jako projektant w specjalności architektonicznej w wykonaniu prac projektowych obejmujących wykonanie dokumentacji projektowej, która obejmowała (dla każdej w obu realizacji) projekt budowlany i projekt wykonawcza. Wykonawca dodał, że „w ramach tych obu

realizacji pani Z. pełniła funkcję projektanta w specjalności architektonicznej w wykonaniu prac projektowych, które obejmowały (dla każdej z wymienionych realizacji) wykonanie projektu budowlanego ¡projektu wykonawczego".
Tymczasem – jak podniósł Odwołujący ERBUD - z decyzji Prezydenta m.st. Warszawy w Warszawie nr 221/2018 z 16.10.2018 r. o pozwoleniu na budowę wydanej dla ww. inwestycji, wynika, że projektant G. Z. pełniła funkcje projektanta sprawdzającego, a nie projektanta sporządzającego projekt w oparciu, o który została wydana wskazana decyzja. Co więcej, z treści ww. decyzji o pozwoleniu na budowę wynika, że projekt wykonała projektant H. K. Treść ww. decyzji o pozwoleniu na budowę stoi w oczywistej sprzeczności ze złożonymi wyjaśnieniami z dnia 21.06.2021 r., ponieważ wynika z niej jednoznacznie, że pani G. Z. nie pełniła funkcji projektanta w specjalności architektonicznej w wykonaniu prac projektowych, a jedynie dokonała sprawdzenia projektu architektonicznego wykonanego przez inną osobę.
Wykonawca ZAB-BUD złożył więc nieprawdziwe informacje wskazując jednoznacznie, że dla ww. zadania funkcję projektanta w specjalności architektonicznej pełniła pani G. Z. i nabyła z tego tytułu doświadczenie jako projektant w specjalności architektonicznej w wykonaniu prac projektowych.

Odnośnie zarzutu niespełnienie warunku zdolności technicznej lub zawodowej określonego w V pkt 4 ppkt 2) lit. d) SWZ Odwołujący ERBUD podniósł, że Wykonawca ZAB-BUD wskazał w wykazie osób (Załącznik nr 4), że osoba spełniającą powyższy i posiadającą wymagane doświadczenie jest G. Z., a w celu wykazania posiadania wymaganego doświadczenia przez tę osobę, powołał się na zadanie pn. „Rozbudowa i przebudowa budynku B Szpitala Praskiego przy al. Solidarności 67 w Warszawie" zrealizowane dla Zarządu Mienia m.st. Warszawy w Warszawie. Odnośnie bowiem tylko tej inwestycji Wykonawca oświadczył, że jest to „Budynek wpisany do rejestru zabytków pod numerem: A-447", a więc powołał ją na okoliczność dysponowania projektantem w specjalności architektonicznej posiadającym doświadczenie przy realizacji wpisanej do rejestru zabytków - V pkt 4 ppkt 2) lit. d) iii SWZ.
Projektant G. Z. pełniła w ramach tej inwestycji jedynie funkcję projektanta sprawdzającego, a nie projektanta wykonującego projekt w oparciu, o który została wydana decyzja o pozwoleniu na budowę. Powyższe oznacza, że Wykonawca ZAB- BUD nie wykazał spełnienia ww. warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji, jego oferta powinna zostać odrzucona.
Jednocześnie podkreślenia wymaga, że Wykonawca został wezwany pismem z dnia 18.06.2021 r. do uzupełnienia oświadczenia złożonego w wykazie osób (Załącznik nr 4) m.in. odnośnie osoby projektanta branży architektonicznej - pani G. Z. i w odpowiedzi na to wezwanie, Wykonawca ZAB-BUD złożył uzupełniony wykaz osób, w którym „uzupełniono informację, że w ramach tych obu realizacji pani Z. pełniła funkcję projektanta w specjalności architektonicznej w wykonaniu prac projektowych, które obejmowały (dla każdej z wymienionych realizacji) wykonanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego.''.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku określonego w V pkt 4 ppkt 1) SWZ Odwołujący ERBUD podniósł, że w wykazie robót (Załącznik nr 3) wykonawca ZAB-BUD powołał się na dwie inwestycje. W zakresie inwestycji nr 2 („Modernizacja Pawilonu V") Wykonawca ZAB-BUD nie wykazał w wykazie robót, że w ramach tej inwestycji wykonał instalacje gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny. Nie wynika to również z dokumentu referencji z dnia 17.05.2010 r. przedłożonego dla tej inwestycji. Z umowy o zamówienie publiczne nr 22/2008 z dnia 8.05.2008 r. w oparciu o którą wskazana inwestycja referencyjna była realizowana, wynika jednoznacznie, że w zakresie przedmiotu umowy nie znajdowało się wykonanie instalacji gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny. Tym samym Wykonawca ZAB-BUD nie spełnił warunku zdolności technicznej lub zawodowej, co oznacza, że jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 2 lit. b) ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej w związku z udostępnieniem zasobów przez osoby trzeciej Odwołujący ERBUD podniósł, że Wykonawca ZAB-BUD w celu wykazania warunku posiadania zdolności technicznej, o którym mowa w Rozdziałem V pkt 4 ppkt 1) SWZ posługuje się zasobami osób trzecich, tj. ZAB-BUD A. Z.. Odwołujący ERBUD wskazuje tu na dwa dokumenty, podnosząc, że w pierwszym oświadcza, że „będziemy brali udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca w zakresie następujących robót: cześć robót ogólnobudowlanych i wykończeniowych *i* części prac instalacyjnych oraz udzielając doradztwa i konsultacji w zakresie realizacji zamówienia*''*. W drugim zaś (pkt 9 formularza oferty) wskazuje iż przewiduje powierzenie podwykonawcom wykonanie następujących części, tj. Część robót ogólnobudowlanych i wykończeniowych i Część prac instalacyjnych, dodając „podwykonawca" nie znany na tym etapie postępowania".

Zestawienie wskazanych dokumentów (zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz oferta) jednoznacznie wskazuje na to, że Wykonawca nie przewiduje udziału w realizacji zamówienia podmiotu udzielającego zasobu na spełnienie warunku zdolności technicznej (ZAB-BUD A. Z.). Udział podmiotu udzielającego zasobu jest konieczny, w innym wypadku, udzielenie zasobu nosi znamiona pozorności i nie jest realne. Aby można w ogóle mówić o spełnieniu warunku zdolności technicznej, Wykonawca musi wykazać, że podwykonawca udzielający zasobu na spełnienie tego warunku będzie w realizacji inwestycji uczestniczył oraz musi wykazać zakres w jakim będzie uczestniczył. Tymczasem Wykonawca wprost oświadcza w formularzu oferty, że podwykonawca realizujący zakres tożsamy z zakresem w zobowiązaniu o udzieleniu zasobu z dnia 28.05.2021 r. „nie jest znany na tym etapie postępowania", a więc z pewnością nie będzie to ZAB-BUD A. Z..

Odnośnie zarzutu dotyczącego wadium Odwołujący ERBUD podniósł, że Wykonawca ZAB-BUD wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej o terminie ważności od 28.05.2021 r. do 25.07.2021 r., tj. do dnia związania ofertą, który zgodnie z SWZ upływać miał w dniu r. (niedziela a więc dzień ustawowo wolny od pracy). A ponieważ do czynności podejmowanych w postępowaniu stosuje się przepisy ustawy kodeks cywilny oznacza to, że jeżeli termin do wykonania czynności przypada na dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy. Tym samym gwarancja ubezpieczeniowa powinna być ważna do dnia 26.07.2021 r.

W dniu 26 lipca 2021 r. Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienia o wniesieniu odwołania wraz z kopia odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

W dniu 29 lipca 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ADMIETZ Sp. z o.o., zwany dalej „Wykonawcą ADAMIETZ", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego ERBUD w cześc dotyczącej zaniechania odrzucenia ofert wykonawców ZAB-BUD, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu ERBUD i Zamawiającemu.

W dniu 29 lipca 2021 r. (pismem z tej samej daty) Wykonawca UNIBEP Sp. z o.o., zwany dalej „Wykonawcą UNIBEP", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego ERBUD, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu ERBUD i Zamawiającemu.

W dniu 28 lipca 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ZAB-BUD Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu ERBUD i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia
i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego ERBUD w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia Wykonawcy ZAB-BUD do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego oraz Wykonawców: ADAMIETZ i UNIBEP do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego ERBUD.

Zarzut dotyczący niespełnienia przez Wykonawcę ZAB-BUD warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. niespełnienia warunku określonego w V pkt 4 ppkt 2) lit. d) SWZ zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w SWZ rozdział V Kwalifikacja podmiotowa wykonawców pkt 4 ppkt 2) lit. d) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymagał aby wykonawca dysponował projektantem w specjalności architektonicznej, który spełnia poniższe wymagania:

i. „osoba posiadająca uprawnienia bez ograniczeń do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (tj.: Dz. U. z 2020r. poz. 1333 ze zm.), do projektowania w specjalności architektonicznej;
ii. doświadczenie z okresu ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert w pełnieniu funkcji projektanta w specjalności architektonicznej, polegające na wykonaniu co najmniej 1 dokumentacji projektowej (obejmująca projekt budowlany i projekt wykonawczy), której przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa budynku/budynków należącego do klasy 1264 wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, dokumentacja dotyczyła obiektu o powierzchni całkowitej co najmniej 1500 m2 i szacowanej wartości roboty (całość inwestycji) co najmniej 10.000.000 zł netto
iii. doświadczenie w pełnieniu funkcji projektanta w specjalności architektonicznej, polegające na wykonaniu co najmniej 1 dokumentacji projektowej, której przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa budynku wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na obszarze objętym ochroną konserwatorską lub znajdującego się na obszarze wpisanym do rejestru zabytków o szacowanej wartości roboty (całość inwestycji) co najmniej 5.000.000 zł. netto".

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był złożyć „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; (Załącznik nr 4 do SWZ).".

Wykonawca ZAB-BUD złożył wraz z ofertą załącznik nr 4 „Wykaz osób", w którym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - dysponowania projektantem w specjalności architektonicznej wskazał G. Z., posiadającą „uprawnienia nr Wa-wa 105/93 z dnia 26 kwietnia 1993 r. do projektowania w specjalności architektonicznej bez ograniczeń". Na potwierdzenie doświadczenia Wykonawca ZAB-BUD wskazał dwie inwestycje: „Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla inwestycji pn. „Rozbudowa i przebudowa budynku B Szpitala Praskiego przy al. Solidarności 67 w Warszawie", termin wykonania 03.2016 r. do 12.2018 r. Budynek wpisany do rejestru zabytków pod numerem: A-447 Powierzchnia użytkowa – 4311 m2, szacunkowy koszt inwestycji: 26 450 271,00 zł" oraz „Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla inwestycji pn. „Nadbudowa, rozbudowa i przebudowa Pawilonu V", termin wykonania 04.2016 r. do 10.2016 r. Powierzchnia użytkowa: 2957 m2. Wartość inwestycji 12 913 174,82 zł" (Szpital Grochowski im. dr Rafała Masztaka Sp. z o.o., ul. Grenadierów 51/59, 04-073 Warszawa).

Zamawiający, pismem z dnia 18 czerwca 2021 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę ZAB-BUD do złożenia uzupełnień w zakresie treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, wskazując m.in., iż „w wierszu 4 Wykazu Osób dotyczącym punktu d) Projektant w specjalności architektonicznej Wykonawca nie wykazał że zakres wskazanych prac projektowych obejmował wykonanie dokumentacji projektowej (obejmująca projekt budowlany i projekt wykonawczy). Wskazane prace projektowe zostały określone jako „Opracowanie dokumentacji projektów kosztorysowej" dla obydwóch wymienionych inwestycji. Użyte sformułowanie nie potwierdza że w zakresie tych prac Pani G. Z. realizowała dokumentację projektową w zakresie projektu budowlanego i wykonawczego.".

W odpowiedzi na powyższe Wykonawca ZAB-BUD, pismem z dnia 21 czerwca 2021 r., wyjaśnił m.in. iż „G. Z. w ramach obu realizacji wykazanych przez Wykonawcę w poz. 4 Wykazu osób, tj. na rzecz Zarządu Mienia m.st. Warszawa i na rzecz Szpitala Grochowskiego im. dr. Rafała Masztaka Sp. z o.o., nabyła doświadczenie jako projektant w specjalności architektonicznej w wykonaniu prac projektowych obejmujących wykonanie dokumentacji projektowej, która obejmowała (dla każdej w obu realizacji) projekt budowlany i projekt wykonawczy. Wobec tego Wykonawca przekazuje w złączeniu uzupełniony Wykaz osób, w którym w odniesieniu do obu realizacji wskazanych dla pani G. Z. w poz. 4 (dot. Zarządu Mienia m.st. Warszawa i Szpitala Grochowskiego im. dr. Rafała Masztaka Sp. z o.o.) uzupełniono informację, że w ramach tych obu realizacji pani Z. pełniła funkcję projektanta w specjalności architektonicznej w wykonaniu prac projektowych, które obejmowały (dla każdej z wymienionych realizacji) wykonanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego.".

Zamawiający, pismem z dnia 7 lipca 2021 r., działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę ZAB-BUD do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, tj. „do złożenia jednoznacznych wyjaśnień, czy Pani G. Z. w trakcie realizacji dokumentacji projektowej dla inwestycji „Rozbudowa i Przebudowa budynku B Szpitala Praskiego przy al. Solidarności 67 w Warszawie pełniła funkcję projektanta w specjalności architektonicznej czy też realizowała jedynie obowiązki projektanta sprawdzającego nie wykonując bezpośrednio dokumentacji projektowej. W zakresie postępowania odwoławczego wszczętego przez

wykonawcę ADAMIETZ został przedstawiony dokument „Decyzja Prezydenta m.st. Warszawy nr 221/2018 z dnia 16 października 2018r." z którego wynika że przedmiotowa dokumentacja w zakresie architektury została jedynie sprawdzona przez Panią Z. a jej autorem wykonawczym jest Pani H. K.".

W odpowiedzi na powyższe wykonawca ZAB-BUD, pismem z dnia 9 lipca 2021 r.wyjaśnił, iż „G. Z. w ramach obu realizacji wykazanych przez Wykonawcę w poz. 4 Wykazu osób, w tym na rzecz Zarządu Mienia m.st. Warszawa (Szpital Praski), nabyła doświadczenie jako projektant w specjalności architektonicznej w wykonaniu prac projektowych obejmujących wykonanie dokumentacji projektowej, która obejmowała projekt budowlany i projekt wykonawczy. (…) Pani G. Z. w trakcie realizacji dokumentacji projektowej dla inwestycji „Rozbudowa i Przebudowa budynku B Szpitala Praskiego przy al. Solidarności 67 w Warszawie" pełniła funkcję projektanta w specjalności architektonicznej wykonując bezpośrednio dokumentację projektową (projekt budowlany i wykonawczy) w odniesieniu do branży architektonicznej w zakresie technologii medycznej (Tom I Projektu pt. „Architektura", Część III – Projekt technologii medycznej).(…) była projektantem sprawdzającym, ale w odniesieniu do innej części projektu budowlanego (tj. w odniesieniu do Tomu I pt. „Architektura", Części II „Projekt budowlano-architektoniczny"). Okoliczności powyższe potwierdza zarówno treść projektu budowlanego i wykonawczego dot. cyt. inwestycji w odniesieniu do technologii (wyciąg w załączeniu), jak i Decyzja Prezydenta m.st. Warszawy nr 221/2018 z dnia 16 października 2018r. (w dokumentacji postępowania nr ZP/AM/5/2021). (…) treścią przedmiotowego warunku nie było posiadanie przez projektanta doświadczenia w wykonaniu dokumentacji projektowej „w zakresie architektury", ale „polegające na wykonaniu co najmniej 1 dokumentacji projektowej." Mając na uwadze, że Pani Z. wykonała projekt budowlany w odniesieniu do technologii medycznej (Tom I Projektu pt. „Architektura", Część III – Projekt technologii medycznej), wskazać należy, iż jej doświadczenie wypełnia treść pkt V.4.2) lit. d) iii SWZ.".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Z treści postawionego przez Zamawiającego w SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – *dysponowania* projektantem w specjalności architektonicznej jednoznacznie wynika, że osoba wskazana na potwierdzenie spełnienia tego warunku powinna posiadać doświadczenie projektanta w wykonaniu prac projektowych a więc doświadczenie w sporządzeniu projektu, którego przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa budynku/budynków i, które obejmowałyby, dla każdej z wymienionych realizacji, wykonanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego. Osoba ta miała pełnić funkcję projektanta w specjalności architektonicznej.

Takie rozumienie warunku potwierdza treść wezwania skierowanego do wykonawcy ZAB-BUD przez zamawiającego w lipcu br. gdzie wykonawcę wprost zapytano jaką funkcję w referencyjnej inwestycji pełniła pani G. Z. - funkcję projektanta w specjalności architektonicznej czy też realizowała jedynie obowiązki projektanta sprawdzającego nie wykonując bezpośrednio dokumentacji projektowej.

Funkcje te (projektanta i projektanta sprawdzającego) należy - jak słusznie podniósł Odwołujący ERBUD – odróżnić. Czym innym jest bowiem sporządzenie projektu, czym innym zaś jest jego sprawdzenie. W warunku wymagano doświadczenia w projektowaniu a więc w wykonaniu określonego opracowania. Wykonawca miał więc się wykazać ściśle określonym doświadczeniem. Wskazana osoba powinna posiadać doświadczenie w zakresie faktycznego projektowania, a nie sprawdzania projektu.

Tymczasem treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZAB-BUD jednoznacznie wskazuje, że G. Z. pełniła funkcję projektanta w specjalności architektonicznej jednak, wykonując wyłącznie dokumentację projektową (projekt budowlany i wykonawczy) w odniesieniu do branży architektonicznej w zakresie technologii medycznej, co wynika także ze złożonej przez Odwołującego ERBUD w poczet materiału dowodowego decyzji nr 221/2018, z treści której wynika, że G. Z. realizowała projekt w „w zakresie technologii", natomiast w „zakresie architektury" projekt realizowany był przez H. K." a jedynie „sprawdzony przez G. Z.".

Oznacza to, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej – dysponowania projektantem w specjalności architektonicznej z doświadczeniem w sporządzeniu projektu budowy, rozbudowy lub przebudowy budynku. Jednak nie każdy brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu może być utożsamiany z zajściem okoliczności uprawniających do wykluczenia wykonawcy z postępowania ze względu na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd.

Wobec tego rozważyć należy czy niespełnienie warunku udziału w postępowaniu było w „wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa" i wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, czy też „w wyniku lekkomyślności i niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd".

Wprowadzenie w błąd może być wywołane zarówno przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), jak też przedstawieniem informacji obiektywnie prawdziwych lecz wywołujących mylne wyobrażenie u zamawiającego (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021).

W tym stanie faktycznym nie może być mowy o przedstawieniu informacji obiektywnie nieprawdziwych, gdyż G. Z. faktycznie wykonywała dokumentację projektową (projekt budowlany i wykonawczy), także w odniesieniu do branży architektonicznej tylko, że w zakresie technologii medycznej. Informacje są więc prawdziwe i wskazują na czynności, które rzeczywiście były wykonywane w ramach wskazanego w wykazie projektu („Tom I Projektu pt. „Architektura", Część III – Projekt technologii medycznej"). Zamawiający wyjaśniał zakres prac realizowanych przez osobę wskazaną w „Wykazie osób" i to Zamawiający, dysponując faktycznym zakresem wykonywanych prac nieprawidłowo uznał, że warunek jest spełniony. Fakt, że wskazana w „Wykazie osób" osoba nie dysponuje doświadczeniem wymaganym przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie oznacza, że wynika to z określonych, negatywnych działań tego wykonawcy. Wykonawca złożył bowiem wyciąg z dokumentów – projekt wykonawczy, w którym wskazano „branża budowlana, architektura, technologia medyczna". Inaczej warunek interpretowali wykonawcy, inaczej zamawiający.

W tej sytuacji zamawiający zobowiązany jest wezwać wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (załącznik nr 4 Wykaz osób pozycja 4, tj. wykazania dysponowania projektantem w specjalności architektonicznej posiadającym wymagane przez zamawiającego doświadczenie w sporządzeniu projektu, którego przedmiotem była budowa, rozbudowa lub przebudowa budynku, które obejmowałyby wykonanie projektu budowlanego i projektu wykonawczego. Wcześniejsze wezwanie do uzupełnienia dotyczyło bowiem jedynie wyjaśnienia czy doświadczenie G. Z. obejmowało wykonanie dokumentacji projektowej (obejmującej projekt budowlany i projekt wykonawczy).

Zarzut dotyczący niespełnienia przez Wykonawcę ZAB-BUD warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. niespełnienia warunku określonego w V pkt 4 ppkt 1 SWZ nie zasługuje

na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w SWZ rozdział V Kwalifikacja podmiotowa wykonawców pkt 4 ppkt 2) lit. d) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wymagał aby „wykonawca dysponował projektantem w specjalności architektonicznej, który spełnia poniższe wymagania: (…)
4. W zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tzn.
1) Wykonawca spełnił warunek, jeżeli wykaże że w okresie ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie wykonał, co najmniej:

a) minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub/i przebudowie, budynku należącego do klasy 1264 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, o wartości 5 wykonanych robót nie mniejszej niż 10.000.000 złnetto (dziesięć milionów zł netto) każda i powierzchni całkowitej objętej zakresem każdej z wskazanych robót co najmniej 1500 m2,
b) minimum 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub/i przebudowie, budynku, wpisanego do rejestru zabytków lub znajdującego się na obszarze objętym ochroną konserwatorską lub znajdującego się na obszarze wpisanym do rejestru zabytków, o wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 5.000.000 zł netto (pięć milionów zł netto); ponadto w zakresie wskazanych robót spełniających warunki z punktu a) i b) powyżej

Wykonawca łącznie wykonał co najmniej:
- roboty budowlane konstrukcyjne oraz roboty wykończeniowe,
- instalacje elektryczne, w tym niskoprądowe instalacje teletechniczne,
- instalacje branży sanitarnej, w tym instalacje wentylacji mechanicznej i klimatyzacji,
- instalacje gazów medycznych certyfikowanej jako wyrób medyczny,

oraz dla co najmniej jednej z wykazanych robót konieczne było uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.
Wykonawca może wskazać jedną inwestycję spełniającą więcej niż jeden z powyższych warunków a), b).”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Warunek postawiony przez Zamawiającego w SWZ brzmi jednoznacznie. Zamawiający wymagał aby wykonawca w ramach wskazanych inwestycji wykazał się doświadczeniem w wykonaniu określonych robót i instalacji, przy czym zakres ten mógł być zrealizowany łącznie w ramach wskazanych inwestycji. Świadczy o tym zawarte w warunku sformułowanie „wykonawca łącznie wykonał co najmniej …”. Dla każdej z tych inwestycji zakres ten nie musiał być w pełni spełniony. Tak określony warunek - jak oświadczył Zamawiający na rozprawie – miał bowiem na celu ustalenie czy w ramach danej inwestycji były prowadzone roboty na obiekcie objętym ochroną konserwatorską. Dlatego też – jak wynika z treści warunku - inwestycje wskazane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu miały łącznie obejmować wskazany zakres robót i instalacji. Z treści tak postawionego warunku nie wynika jednak – jak oczekuje tego Odwołujący ERBUD - aby każda z referencyjnych inwestycji obejmowała wszystkie ze wskazanych robót i instalacji. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Odwołujący ERBUD cofnął na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie w zakresie części podniesionych zarzutów, tj.: zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w związku z udostępnieniem zasobów przez osoby trzecie oraz zarzutu dotyczącego wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy. Wobec powyższego odwołanie w tym zakresie podlega umorzeniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) w związku § 5 pkt 1) i 2) lit b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: ……..…....
……..
……..