

WYROK

z dnia 18 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Aleksandra Patyk

Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy oraz Alstal Real Estate Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Kleszczów

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w punkcie VII podpunkt 5. odwołania,

2. uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje Gminie Kleszczów unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy „CZ.P.B.P. Przemysłówka” Spółka akcyjna, w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia przedłożonego wykazu robót budowlanych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 14.1 podpunkt A specyfikacji warunków zamówienia oraz do wyjaśnienia przedłożonego wykazu osób w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 14.1 podpunkt B lit. a specyfikacji warunków zamówienia, a w przypadku niepotwierdzenia w wyjaśnieniach spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu, nakazuje wezwanie wykonawcy „CZ.P.B.P. Przemysłówka” Spółka akcyjna, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia tych dokumentów.

3. kosztami postępowania obciąża Gminę Kleszczów i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz Alstal Real Estate Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Gminy Kleszczów na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oraz Alstal Real Estate Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. 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 2763/21

Zamawiający - Gmina Kleszczów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę budynku szkoły w Kleszczowie wraz z infrastrukturą zewnętrzną” na podstawie ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 maja 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 091-234630. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp. komandytowa i Alstal Real Estate Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 1 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert ani do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że Zamawiający

uprawniony jest do zaniechania stosowania wskazanego w ust. 27 ust. 1 i 2 specyfikacji

warunków zamówienia zasad wyboru oferty najkorzystniejszej, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

2. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert ani do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do uzupełnienia wykazu doświadczenia o doświadczenie, które potwierdzałoby spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt

14.1.A) pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia, gdyż wykazane obecnie nie dotyczy realizacji zadania obejmującego budowę/rozbudowę co najmniej jednego budynku, którego powierzchnia użytkowa wynosi min. 6.500 m², przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

3. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert ani do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do uzupełnienia wykazu doświadczenia o doświadczenie, które potwierdzałoby spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt

14.1.A) pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia, gdyż wykazane obecnie nie dotyczy realizacji jednego odrębnego zamówienia/zadania (jest przedmiotem jednej odrębnej umowy) polegającej na budowie kompletnego budynku, tj. budowę budynku w pełnym zakresie prac wymaganych do użytkowania obiektu: konstrukcje, instalacje wewnętrzne, pokrycie dachu, stolarkę, elewację, roboty wykończeniowe, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

4. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert ani do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie doświadczenia kierownika budowy, które potwierdzałyby spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 14.1.B) lit a) specyfikacji warunków zamówienia, gdyż wykazane obecnie dotyczy tylko jednej zamiast dwóch realizacji zadania, obejmującego budowę budynku, którego powierzchnia użytkowa wynosi min. 6.500 m², przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

5. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert ani do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do uzupełnienia wykazu doświadczenia w zakresie wartości wykazanych robót budowlanych, choć w myśl ust. 17.2.1.1. specyfikacji warunków zamówienia informacja ta była wymagana, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

6. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 128 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert ani do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do wyjaśnień wykazu doświadczenia, wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 14.1.A) pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia z uwagi na brak wiedzy czy faktyczny podział zadań pomiędzy członkami konsorcjum pozwala na wykazanie przez Przemysłówka spełnienia warunku doświadczenia wykonawcy, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości,

7. art. 16 pkt 1 i 2 w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert ani do poszanowania zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do zaniechania dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym do wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, w przypadku niewykazania przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. w trybie uzupełnień spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości

Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. jako oferty najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem:

2.1. wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do uzupełnienia wykazu doświadczenia w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 14.1.A) pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia oraz

2.2. wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazania przez kierownika budowy spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt

14.1.B) lit a) specyfikacji warunków zamówienia oraz

2.3. wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do uzupełnienia wykazu doświadczenia w zakresie wskazania wartości wykazanych robót budowlanych oraz

2.4. wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do wyjaśnień wykazu doświadczenia w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 14.1.A) pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia oraz

3. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, w przypadku niewykazania przez „Cz.P.B.P

PRZEMYSŁÓWKA" S.A. w trybie uzupełnień spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy oraz zasobów osobowych w postaci kierownika budowy.

Warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 14.1.A) pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia stanowi, że Zamawiający uzna warunek zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca posiada doświadczenie (praktykę) w realizacji robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, tj. wykonał należycie w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane (każda z robót winna dotyczyć realizacji jednego odrębnego zamówienia/zadania i być przedmiotem jednej odrębnej umowy) polegające na budowie: 1. minimum jednego budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 6500 m² z halą sportową lub z salą gimnastyczną o powierzchni użytkowej co najmniej 500 m², 2. minimum jednego budynku co najmniej dwukondygnacyjnego o powierzchni użytkowej co najmniej 6500 m² - z wyłączeniem budynków należących do XVIII Kategorii obiektów budowlanych stanowiącym załącznik do Prawa budowlanego.

W zakresie terminów „budowa” i „rozbudowa” Zamawiający nie odwołał się w specyfikacji warunków zamówienia do definicji znajdujących się w ustawie Prawo budowlane, zatem w tym zakresie obowiązują definicje powszechnie używane (języka potocznego), gdy w przypadku terminu „uprawnienia budowlane” Zamawiający wskazał, że przez uprawnienia

budowlane rozumie uprawnienia, o których mowa w Prawie budowlanym i rozporządzeniu

wykonawczym. Świadome powoływanie się na definicje Prawa budowlanego w wąskim zakresie dotyczącym się uprawnień budowlanych, wskazuje na celowość stosowanych przez Zamawiającego różnic. To, że Zamawiający co do zasady używa definicji powszechnych, a nie ustawowych z Prawa budowlanego, wskazują również pytania i odpowiedzi, gdzie Zamawiający różnicuje terminy „budowa”, „rozbudowa” i „przebudowa”, tj. w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy Zamawiający dopuszcza wykazywanie się „budową” i „rozbudową”, zaś w przypadku kierownika robót drogowych - gdzie doświadczenie ma dotyczyć wyłącznie „budowy”, Zamawiający nie dopuścił wykazywania się doświadczeniem polegającym na kierowaniu „rozbudową” czy „przebudową”.

W ramach wniosków o wyjaśnienie treści specyfikacji warunków zamówienia zostało zadane pytanie zmierzające do rozszerzenia zakresu doświadczenia o niewskazane w specyfikacji warunków zamówienia: „293. Zwracam się z wnioskiem do Zamawiającego o zmianę zapisu SWZ 14.1 pkt B lit. d) poprzez dodanie możliwości wykazania się doświadczeniem przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami drogowymi w specjalności drogowej, która posiadać będzie doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy w zakresie wykonania: 1) Budowy lub rozbudowy lub przebudowy drogi o długości odcinka (kilometraż) drogi co najmniej 400 mb, 2) Budowy parkingu /płyty manewrowej /postojowej o powierzchni co najmniej 2.000 m². Zwracam szczególną uwagę, iż większość zadań związanych z realizacją robót drogowych ma charakter przebudowy lub rozbudowy. Powyższa zmiana nie spowoduje obniżenia kwalifikacji zawodowych w zakresie osoby skierowanej na ww. stanowisko.” Odpowiedź: „Zamawiający pozostawia zapisy SWZ bez zmian”. Tym samym Zamawiający nie dopuścił, aby kierownik robót drogowych mógł wykazać się doświadczeniem w rozbudowie drogi czy przebudowie drogi, lecz potwierdził, że jedynie budowa drogi będzie doświadczeniem odpowiednim dla wykazania spełnienia warunku. Również więc powyższy fragment wskazuje, że Zamawiający świadomie i celowo nie wprowadził do specyfikacji warunków zamówienia definicji terminów „budowa”, „rozbudowa” i „przebudowa” z Prawa budowlanego, lecz używa powszechnych definicji, różnicując zakresy robót budowlanych wykonanych w ramach każdej ze wskazanych rodzajów prac oraz wybiórczo dopuszczając możliwość wykazywania się „rozbudową”, wykluczając możliwość powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas „przebudowy”, „nadbudowy” czy „remontu” (gdyż tych zakresów wprost nie wymienia, a na zadane pytania nie rozszerza treści warunku o te zakresy).

Definicje powszechne ww. terminów, które mają istotne znaczenie w świetle referencji przedłożonej przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. dotyczących Zespołu Szkół w Poczesnej: wg wiktory.pl i sjp.pwn.pl „budowa” to „(1.1) wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, (1.2) miejsce wykonywania obiektu budowlanego, plac

budowy, (1.3) odbudowa, rozbudowa i nadbudowa obiektu budowlanego, (1.4) wzajemne

powiązania i rozmieszczenie części składowych pełnej całości, struktura, kształt, proporcje

przedmiotu, ciała, anatomia, (1.5) tworzenie i organizowanie czegoś"; „rozbudowa” to „(1.1) powiększenie budowli, (1.2) powiększenie, zwiększenie liczby składników czegoś”, „nadbudowa” to „to, co nadbudowano”, „przebudowa” to „1. dokonywanie zmian w budowie czegoś, 2. zmiana istniejącego stanu czegoś na inny”, „remont” to „doprowadzenie jakiegoś budynku lub urządzenia do stanu używalności”, „doprowadzenie do stanu użyteczności”, „modernizacja” to „unowocześnienie i usprawnienie czegoś”, „unowocześnienie, uwspółcześnienie produktu, trwałe ulepszenie prowadzące do zwiększenia jego wartości użytkowej”. Termin „modernizacja” jest obecnie terminem ustawowo nie zdefiniowanym. Zakres prac określonych jako „modernizacja” pojawia się również w referencjach dotyczących Zespołu Szkół w Poczesnej. Zwyczajowo wskazuje się, że pojęcie „modernizacja” mieści się w zakresie pojęciowym „remontu”, „przebudowy” albo „rozbudowy”. Gmina Poczesna w referencjach przy opisywaniu zakresu prac używała terminów „budowa”, „rozbudowa” i „modernizacja”, które nie zawsze pokrywają się swym zakresem z terminami powszechnie używanymi ani z terminami ustawowymi, co można wywieść w drodze weryfikacji oświadczenia z treścią dokumentacji projektowej. Gmina w Poczesna nie zastosowała podziału rozdzielnego przy opisie prac, a zatem niektóre zakresy zostały włączone w dwa punkty referencji, dublując powierzchnie będące przedmiotem świadczenia. Zestawienie danych zaczerpniętych z dokumentacji projektowej wskazuje, że podczas realizacji inwestycji „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. zrealizowała prace polegające na budowie, które sumują się do budowy budynku o « 5400 m² powierzchni użytkowej i nie wykonała żadnych prac polegających na rozbudowie, a zatem rozbudowana powierzchnia użytkowa budynku wynosi 0 m² powierzchni użytkowej. Tak więc łączna ilość prac polegających na budowie i rozbudowie budynku sumuje się do « 5400 m². Minimalna wartość wykazywanych w ramach doświadczenia wykonawcy robót budowlanych powinna wynosić 6.500 m². Tym samym realizacja inwestycji Zespołu Szkół w Poczesnej nie spełnia minimalnych warunków dla wykazania stosownego doświadczenia, gdyż brakuje « 1100 m² wybudowanej lub rozbudowanej powierzchni użytkowej budynku. Dane te są rzetelne, lecz bazują na dokumentacji projektowej załączonej do dokumentacji przetargu, a nie dokumentacji powykonawczej. Odwołujący wystąpił do Gminy Poczesna z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, w skład której wchodzi rzeczona dokumentacja. Zatem ostateczne wartości mogą delikatnie różnić się od faktycznie zrealizowanych. Z doświadczenia życiowego wynika, że dokumentacja powykonawcza jedynie nieznacznie różni się od projektowej, zatem zarzut niewykazania spełnia warunku dotyczącego 6.500 m² pozostaje niezmienny.

Z uwagi na bardzo wąskie odesłanie przez specyfikację warunków zamówienia do przepisów Prawa budowlanego, przy wykładni terminu „budowa”, „rozbudowa” i „przebudowa” nie należy posługiwać się terminami ustawowymi, lecz powszechnymi. Uwzględniając definicje powszechnie stosowane oraz dokonując przeliczeń budowanej i rozbudowanej powierzchni użytkowej stwierdzić należy, że „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. zrealizowała roboty mieszczące się w warunku udziału w postępowaniu, które sumują się na wartość ~ 5400 m², co oznacza, że w inwestycji tej brakuje aż ~ 1100 m² dla możliwości zakwalifikowania jej jako potwierdzającej spełnienie odnośnego warunku, a zatem spełnienie warunku doświadczenia nie zostało wykazane.

Wobec powyższego, zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania wezwania do uzupełnień, z uwagi na niedostateczną ilość metrów kwadratowych możliwych do zakwalifikowania, jako spełniających wymagania Zamawiającego, jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią warunku opisanego w pkt 14.1.A) pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykazywane doświadczenie uzyskane było na jednym kontrakcie, w ramach którego zrealizowana została budowa w sposób kompleksowy, „tj. budowę budynku w pełnym zakresie prac wymaganych do użytkowania obiektu: konstrukcje, instalacje wewnętrzne, pokrycie dachu, stolarkę, elewację, roboty wykończeniowe”. Tymczasem inwestycja dla Zespołu Szkół w Poczesnej została przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. zrealizowana w sposób kompleksowy, lecz nie na podstawie jednej umowy, lecz szeregu kontraktów, które łącznie pozwoliły na „budowę budynku w pełnym zakresie prac, wymaganych do użytkowania obiektu”. Szczególne znaczenie ma umowa nr GIZ.272.28.2012.JO z 16 maja 2012 r., która swym zakresem dotyczyła spraw przeciwpożarowych. Umowa ta została zawarta w trybie z wolnej ręki z uwagi na fakt, że do prawidłowego wykonania robót budowlanych, realizowanych przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. niezbędne stało się wykonanie dodatkowych instalacji przeciwpożarowych warunkujących możliwość realizacji kompletnego budynku, tj. budowę budynku w pełnym zakresie prac wymaganych do użytkowania obiektu. Bez zamówionych w trybie z wolnej ręki, czyli odrębną umową, dodatkowych instalacji wewnętrznych p.poż, Zespół Szkół w Poczesnej nie spełniał wymagań Zamawiającego w zakresie należącego standardu wymaganego do użytkowania obiektu. Z uwagi na precyzyjną regulację specyfikacji warunków zamówienia w zakresie prac, które mają być objęte jednym

kontraktem, w ramach którego zrealizowana została budowa wykazywana na spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz z uwagi na fakt, że podstawowa umowa na realizację robót budowlanych dla Zespołu Szkół w Poczesnej nie obejmowała w sposób kompleksowy realizacji budynku w pełnym zakresie prac wymaganych do użytkowania obiektu (gdyż nie zawierała niezbędnych instalacji wewnętrznych p.poż), nie można uznać, że doświadczenie „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. zdobyte na wykazywanym kontrakcie spełnia warunek. Zatem spełnienie warunku doświadczenia nie zostało wykazane.

Zarzut 4. dotyczy warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 14.1.B) lit. a) specyfikacji warunków zamówienia, który stanowi, że warunek w zakresie minimalnych poziomów zdolności w zakresie osób, które zostaną skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiających realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości Zamawiający uzna za spełniony w stosunku do wykonawców, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.: osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie wymagane przepisami prawo budowlane w specjalnościach adekwatnych do wykonania zakresu robót w poszczególnych branżach: a) do pełnienia funkcji Kierownika budowy (koordynatora wszystkich branż) - jedna osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej posiadająca doświadczenie zawodowe: był kierownikiem budowy w trakcie realizacji robót na co najmniej dwóch zadaniach obejmujących swym zakresem budowę co najmniej jednego budynku co najmniej dwukondygnacyjnego o powierzchni użytkowej 6500 m² - każde zadanie.

Kwestionowanie wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu wynika z faktu, że wskazany przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. kierownik budowy w pierwszej pozycji wykazywanego doświadczenia wskazał doświadczenie zdobyte przy realizacji inwestycji dla Zespołu Szkół w Poczesnej. Zatem powyższa argumentacja pozostaje aktualna również w odniesieniu do podstawy faktycznej tego zarzutu. Tożsamość inwestycji skutkuje tym, iż osoba przeznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy nie jest w stanie wykazać tą inwestycją spełnienia warunku w zakresie minimalnej wartości powierzchni użytkowej 6.500 m². W odniesieniu do doświadczenia kierownika budowy Zamawiający nie zrobił wyłomu od dopuszczalności wyłącznie doświadczenia w budowie i nie dopuścił również rozbudowy. Z uwagi na fakt, że całość prac polegała na budowie (bez rozbudowy) całkowitej powierzchni użytkowej, kierownik budowy inwestycją tą może wykazać realizację powierzchni 5400 m².

Zarzut 5. dotyczy treści ust. 17.2.1.1 specyfikacji warunków zamówienia, która, zdaniem

Odwołującego, determinuje konieczność przekazania - w celu wykazania spełnienia

warunku udziału w postępowaniu - wartości wykonanych przez wykonawcę robót

budowlanych. Fakt, iż w warunku udziału w postępowaniu nie została wskazana minimalna

kwota wykazywanego kontraktu na roboty budowlane nie anuluje wymogu z ust. 17.2.1.1

specyfikacji warunków zamówienia. Treść specyfikacji warunków zamówienia jest wiążąca

zarówno dla wykonawców, jak i Zamawiającego od momentu jej publikacji, zatem skoro Zamawiający żądał wykazania wartości wykazywanych robót budowlanych, to „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. miała obowiązek złożyć stosowne oświadczenie. Konsekwentnie Zamawiający zobowiązany jest do wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do uzupełnienia tych oświadczeń zarówno w odniesieniu do inwestycji wykazywanej w poz. 1., jak i poz. 2, gdyż w żadnych z wykazywanych doświadczeń wymagane informacje nie zostały przekazane. Tym samym fakt, iż Zamawiający nie nadał rangi istotnych postanowień oświadczeniu o wartości robót, które determinują możliwość wykazania spełnienia warunku, nie może skutkować pominięciem ich złożenia przez wykonawcę czy też wnoszenia przez Zamawiającego o ich uzupełnienie. Również z faktu, iż formularz wykazu robót nie wskazywał wprost miejsca do uzupełnienia wartości wykazywanego kontraktu, nie można wywodzić, iż wykonawcy zostali zwolnieni z obowiązku wskazanego w punkcie 17.2.1.1. specyfikacji warunków zamówienia. Załączone do specyfikacji formularze stanowią jedynie wzory, które mogą i powinny być stosownie przez wykonawców modyfikowane. To rzetelność i kompletność informacji przekazywanych w ramach uzupełnienia wzoru formularza przesądza, czy wykonawca uczynił zadość żądaniom stawianym w treści specyfikacji warunków zamówienia. „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. nie przekazała kompletnych informacji, zaś fakt, że formularz nie zawierał sformułowania np. „Wartość:zł

brutto" nie świadczy o jego wadliwości, lecz o braku należytej staranności „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność, iż w referencjach podane są wartości „wykonanych prac” oraz „wykonanego zakresu robót” nie może być przez Zamawiającego utożsamiana z oświadczeniem wykonawcy w tym zakresie.

Zarzut 6. dotyczy treści referencji, które „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. złożyła jako dowód należytego wykonania robót budowlanych, wskazujących na wykazanie spełnienia warunku doświadczenia wykonawcy, która wskazuje, że inwestycja realizowana była w ramach konsorcjum. Konsorcjum tworzone jest przez wykonawców, którzy z uwagi na swój niewystarczający potencjał nie są w stanie samodzielnie startować w przetargu lub którzy chcą dzielić się ryzykiem kontraktowym i zyskiem z innym wykonawcą. Każdorazowo w ramach wykonywanego kontraktu istnieje podział obowiązków pomiędzy konsorcjantów, a każdy z wykonawców odpowiada za własny zakres, choć solidarnie odpowiada przed zamawiającym za całość zobowiązania. Tym samym doświadczenie konsorcjanta nabywane przez niego w trakcie realizacji prac sprowadza się wyłącznie do określonego zakresu prac, wykonanych w trakcie realizacji kontraktu.

Treść wykazu doświadczenia przemilcza fakt, że inwestycja była realizowana przez konsorcjum, a tym samym nie wskazuje, jakie doświadczenie zostało nabyte przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. Sama treść referencji wskazuje, że na etapie przetargu publicznego, dzięki zdolnościom kredytowym drugiego podmiotu, konsorcjum mogło wykazać spełnienie warunku zdolności finansowej i ekonomicznej. Referencje nie wskazują jednak, jaki zakres prace wykonał drugi podmiot, zaś z profilu działalności drugiego konsorcjanta (zakład remontowo-budowlany) należy domniemywać, że firma budowlana realizowała jakąś część zamówienia. Nawet jednak gdyby treść referencji wskazywała, jaki był podział prac pomiędzy konsorcjantami, to Zamawiający nie byłby uprawniony do polegania na treści oświadczenia podmiotu trzeciego, lecz zobowiązany byłby do żądania wyjaśnień od „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A., gdyż to wykonawca, a nie Gmina Miasta Częstochowa złożyła ofertę i jest zobowiązana do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podział prac między konsorcjantów mógł uwzględniać wykonawstwo robót budowlanych, co może przekładać się na niemożność wykazania przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. tą realizacją posiadania doświadczenia niezbędnego do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Obecnie Zamawiający nie ma wiedzy, jaki był podział prac podczas realizacji „Parku Wodnego” i czy podział ten faktycznie pozwolił „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. na zdobycie doświadczenia wystarczającego dla wykazania spełnienia warunku w postępowaniu.

trudności. Nie można apriorycznie uznać, że lider konsorcjum nabywa całe doświadczenie związane z realizacją robót budowlanych, zaś parter konsorcjum nie realizował robót

budowlanych.

Przyjmowanie przez Zamawiającego szablonowych oświadczeń z wykazu robót za wskazanie faktu realizacji inwestycji w ramach konsorcjum i za wskazanie, jaki zakres prac

był realizowany przez konsorcjanta - „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A., stanowiłoby nieuprawnione domniemywanie treści oferty, która w żaden sposób nie została wyartykułowana przez wykonawcę. Sama wzmianka w referencji, że drugi podmiot na etapie postępowania przetargowego przedstawił dokumenty potwierdzające spełnienie przez konsorcjum warunku finansowego i ekonomicznego, jest niewystarczające.

Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (obecnie - art. 16 ust. 1) mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadzają się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami, zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w okolicznościach niniejszej sprawy również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz - po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności - dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez łzbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych. Zamawiający wskazał, że zarówno wykaz robót budowlanych, jak i wyjaśnienia złożone przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. wskazują, że wykonawca wykonał roboty budowlane polegające na budowie budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 6500 m² z salą gimnastyczną o powierzchni użytkowej co najmniej 500 m². Ani w wykazie, ani w wyjaśnieniach wykonawcy nie sposób odnaleźć sformułowań, iż do tej powierzchni wykonawca wliczył jakąś przebudowę, modernizację lub remont. Już tylko z tego powodu zastrzeżenia Odwołującego odnośnie interpretacji pojęcia „budowa” pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania. Zamawiający w sposób prawidłowy zastosował treść art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywając „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do złożenia stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia te, w ocenie Zamawiającego, nie pozostawiają żadnych wątpliwości i jednoznacznie potwierdzają spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 14.1 A) ppkt 1 specyfikacji warunków zamówienia.

Interpretacji sformułowań zawartych w specyfikacji warunków zamówienia należy dokonywać także przez pryzmat adresatów zapisów w nim zawartych, czyli specjalistów, profesjonalistów trudniących się realizowaniem robót w konkretnych branżach. W postępowaniu przetargowym biorą udział podmioty profesjonalne, posiadające doświadczenie i wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji zamawiający ma prawo domniemywać, iż wykonawcy będą analizować dokumentację przetargową posiadając odpowiednią wiedzę i doświadczenie, jakie przypisać można profesjonalście działającemu w danej branży. Wykonawca, mając wątpliwości interpretacyjne, ma możliwość złożenia do zamawiającego wniosku o wyjaśnienie ich znaczenia lub złożenia odwołania. W przypadku braku zdefiniowania przez zamawiającego określonego pojęcia czy zwrotu użytego w specyfikacji warunków zamówienia należy mu przypisać znaczenie powszechnie przyjmowane w danej branży, a nie znaczenie potoczne). Z żadnego zapisu specyfikacji warunków zamówienia nie wynika przyjęta arbitralnie przez Odwołującego zasada, że wszędzie tam, gdzie Zamawiający w definicji nie odniósł się do konkretnej ustawy, obowiązuje potoczne rozumienie danego wyrażenia. W ocenie Zamawiającego taka zasada nie obowiązuje także w ramach ogólnie przyjętych sposobów wykładni norm prawnych. Takiej zasady nie potwierdza przeprowadzona przez Odwołującego wykładnia a contrario, w myśl której zawarcie przez Zamawiającego odniesienia do ustawy Prawo budowlane w zakresie uprawnień budowlanych miałyby oznaczać, że brak takiego odniesienia w stosunku do zwrotu „budowa” wskazuje na potoczne jego rozumienie. O niezasadności użytej wykładni świadczy również fakt, iż referencja do ustawy Prawo budowlane oraz właściwego rozporządzenia w zakresie uprawnień budowlanych dokonana została w celu czytelnego, zwięzłego określenia rodzaju oraz waloru (tj. procedury przyznawania i możliwości uznania za aktualne i wiążące) uprawnień budowlanych wymienionych w tych aktach prawnych adekwatnych do wykonywanych czynności objętych przedmiotem zamówienia. To odniesienie pozwoliło Zamawiającemu na zwięzłe zakreślenie wymogów co do uprawnień budowlanych poprzez zastąpienie treści normatywnej ustawy i rozporządzenia odnoszącego się do tych uprawnień. To z kolei pozwoliło na czytelne postawienie wymagań odnośnie odpowiednich uprawnień budowlanych wydanych na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Zamawiający, wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie zawęży możliwości wykazania doświadczenia tylko co do budowy i rozbudowy. Zamawiający w punkcie 14.1 A) specyfikacji warunków zamówienia wskazuje, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zostanie spełniony w przypadku wykonania robót budowlanych polegających na budowie (a nie na budowie i rozbudowie, co miałyby w jego zamyśle wykluczać m.in. nadbudowę - zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane). Wątek rozbudowy pojawia się jedynie w kontekście sposobu liczenia powierzchni rozbudowywanego budynku. Odwołujący nie przedstawia przekonującej argumentacji, iż przy analizowaniu zakresu znaczeniowego słowa „budowa” należy pominąć definicję zawartą w art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane.

Zamawiający zaprzecza twierdzeniu Odwołującego, iż w przypadku kierownika robót drogowych Zamawiający nie dopuścił wykazywania się doświadczeniem polegającym na kierowaniu rozbudową. W odpowiedzi na przedstawione przez Odwołującego pytanie nr 239 Zamawiający wskazał jedynie, iż zapisy specyfikacji warunków zamówienia pozostawia bez zmian. Błędne jest wobec tego wywodzenie przez Odwołującego, iż odpowiedź

Zamawiającego należy odczytywać w ten sposób, że Zamawiający „nie dopuścił, aby kierownik robót drogowych mógł wykazać się doświadczeniem w rozbudowie drogi (.) i potwierdził, że jedynie budowa drogi będzie doświadczeniem odpowiednim dla wykazania spełnienia warunku.” Nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do twierdzenia, że także w przypadku kierownika robót drogowych słowo „budowa” zostało zastosowane w znaczeniu potocznym i eliminowało ze swojego zakresu znaczeniowego pojęcie „rozbudowy”.

Przywołana odpowiedź Zamawiającego o pozostawieniu zapisów specyfikacji warunków zamówienia bez zmian potwierdza zbędność modyfikowania zapisu odnośnie doświadczenia kierownika robót drogowych w zakresie dodawania sformułowania „rozbudowa” wobec przyjętego w branży robót budowlanych sposobu rozumienia słowa „budowa” (stanowiłoby to niepotrzebne powtórzenie). Odwołujący ani żaden inny wykonawca nie zgłaszał zastrzeżeń odnośnie niejasności pojęcia „budowa” użytego w ramach pkt 14.1 A) specyfikacji warunków zamówienia. W żadnych dokumentach postępowania nie sposób odnaleźć wskazówki, iż znaczenie poszczególnych wyrażen zawartych w specyfikacji warunków zamówienia należy ustalać w oparciu o ich definicję zawartą na stronie internetowej pl.wiktionary.org. Zamawiający kwestionuje wyłączność i przesądzający charakter definicji zawartych na powyższej stronie internetowej. Na stronie internetowej sjp.pwn.pl możemy odnaleźć definicję budowy jako tworzenia czegoś, zaś w „Wielkim słowniku języka polskiego” budowanie oznacza wznoszenie obiektu, zaś „budować” to tworzyć obiekty łącząc ze sobą różne elementy. Niewykluczone, że w innych słownikach odnajdziemy inne definicje tego samego pojęcia. Propozycja Odwołującego, aby podmiot profesjonalnie zajmujący się budowaniem obiektów budowlanych mógł odczytywać pojęcia branżowe wyrażone w specyfikacji warunków zamówienia przez pryzmat ich znaczenia potocznego wprowadzałoby nie do zaakceptowania chaos terminologiczny.

Odwołując się do uwag dotyczących „modernizacji” Zamawiający zauważył, że w wykazie robót budowlanych, służącym do oceny spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu nie odnajdziemy tego słowa. W zakresie budowy szkoły podstawowej i gimnazjum w Poczesnej „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. informuje, że powierzchnia użytkowa o wartości 6963 m² obejmuje budynek nowy i rozbudowę, a nie modernizację, jak podaje Odwołujący. Na rolę wykazu (a nie referencji) jako dokumentu, który ma potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazuje § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia

Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych

środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Ten sam przepis wskazuje, iż referencje, do których nawiązuje Odwołujący w kontekście użytego słowa „modernizacja” stanowią wyłącznie dowód określający, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Słowo „modernizacja” nie zostało również użyte w wyjaśnieniach złożonych przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A.

Wobec powyższego irrelevantne pozostają zastrzeżenia sformułowane na tym tle przez Odwołującego. Z tych samych względów nie zasługują na aprobatę twierdzenia Odwołującego, iż treść referencji w połączeniu z „danymi zaczerpniętymi z dokumentacji projektowej” świadczy o braku spełnienia warunku w zakresie budowy budynku o powierzchni 6500 m². Zestawienie to nie stanowi wiarygodnego i posiadającego moc dowodową dokumentu mającego podważać spełnienie przedmiotowego warunku. Odwołujący przyznaje, że „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. zrealizował inwestycję w sposób kompleksowy, twierdzi jednak, że realizacja ta nastąpiła nie na podstawie jednej umowy, a szeregu kontraktów. Z treści złożonego wykazu robót budowlanych oraz wyjaśnień wykonawcy wynika w sposób jednoznaczny i czytelny okoliczność zrealizowania przedmiotowej inwestycji w ramach jednej umowy. Wykonawca stwierdza w wyjaśnieniach, że „zakres robót budowlanych związanych z budową budynku szkoły podstawowej o pow. użytkowej 2.501 m², budową sali gimnastycznej o pow. użytkowej 3.630 m², rozbudową budynku gimnazjum o pow. użytkowej 832 m², został wykonany w ramach jednego odrębnego zamówienia/zadania i był przedmiotem jednej odrębnej umowy.” Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się do treści złożonych wyjaśnień, nie przywołuje również „szeregu kontraktów”, na podstawie których miała być wykonana rzeczona inwestycja, nawiązuje jedynie do zamówienia z wolnej ręki udzielonego w celu wykonania dodatkowych instalacji przeciwpożarowych. Nie przedstawia jednak na tę okoliczność (poza zrzutem ekranu) żadnego dokumentu (umowy, dokumentacji projektowej, dokumentacji przetargowej), który poświadczałaby zasadność zarzutu. Treść wykazu robót skonfrontowana z wyjaśnieniami wykonawcy potwierdza ponad wszelką wątpliwość, że inwestycja ta została zrealizowana na podstawie jednej odrębnej umowy.

W ocenie Zamawiającego ze spornego fragmentu specyfikacji warunków zamówienia odnoszącego się do warunku opisanego w pkt 14.1 A), tj. „wykonał należycie (...) co najmniej dwie roboty budowlane (każda z robót winna dotyczyć realizacji jednego odrębnego zamówienia / zadania i być przedmiotem jednej odrębnej umowy)” nie wynika, że w sprawie realizacji inwestycji wyróżnionej w wykazie robót nie może być zawarta umowa na realizację robót dodatkowych. Ta klauzula statuuje wymaganie, aby wskazane w wykazie robót inwestycje nie były przedmiotem tego samego zamówienia lub tej samej umowy, tj. mają być wykonane w ramach innych, odrębnych zamówień i innych, odrębnych umów. Użycie sformułowań „jednego odrębnego zamówienia” i „jednej odrębnej umowy” ma jedynie wzmocnić to wymaganie, aby zakresy zrealizowanych robót budowlanych nie krzyżowały się w ramach jednego zamówienia/zadania i jednej umowy. Zamawiający wykluczył jedynie

sytuację dokończenia budowy budynku (pkt 1 „Informacji dodatkowych” zamieszczonych na str. 12 specyfikacji warunków zamówienia), nie wykluczając jednocześnie możliwości zrealizowania w ramach zadania robót dodatkowych. Istotą tego warunku jest, aby wskazane w wykazie roboty budowlane zostały zrealizowane w ramach odrębnego zamówienia/zadania i odrębnej umowy, rozumianych jako odrębny proces budowlany, w wyniku którego powstaje budynek nadający się do użytkowania. Te rygory (opierając się przede wszystkim na treści wykazu robót i wyjaśnień wykonawcy) spełnia budowa szkoły podstawowej i sali gimnastycznej w Poczesnej.

Zarzut Odwołującego uznać należy za niezasadny także przez pryzmat celu, któremu ma służyć warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia (art. 112 ustawy Prawo zamówień publicznych). Sposób interpretacji warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przedstawiony przez Odwołującego prowadziłby do nieakceptowalnego wniosku, że wyłącznie wskutek realizacji przez wykonawcę robót dodatkowych w ramach zamówienia udzielonego z wolnej ręki (w zakresie marginalnym w stosunku do całego przedmiotu zamówienia) eliminowałby go z udziału w przedmiotowym postępowaniu, nawet gdyby inwestycja ta spełniała rygory co do powierzchni i kompletności postawione przez Zamawiającego. W tym duchu wypowiedział się również Sąd Okręgowy w Krakowie, który w wyroku z 2 października 2009 r., XII Ga 311/09 stwierdził, że: „Wbrew twierdzeniom skarżącego, trafne jest stanowisko KIO, że spełnione są wymagania SIWZ (a zatem wymagania stawiane przez zamawiającego), jeżeli przystępujący do procedury zamówienia publicznego wykaże, że świadczył usługę w sposób ciągły, stanowiącą funkcjonalną całość, nawet jeżeli formalnie była podzielona na kilka umów (aneksów), a których wartość przekracza kwotę 6.000.000 zł. (...) Sam fakt swoistego rozłożenia umowy o świadczenie usług, które odpowiadają stawianym wyżej kryteriom SIWZ, na kilka odrębnych umów, których jednostkowa wartość jest mniejsza niż 6.000.000 zł, nie oznacza, że w istocie nie wykonano usługi, która w całości spełnia stawiane wymogi. W tym kontekście Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko KIO, iż decydujące znaczenie ma specyfika konkretnej sytuacji, postrzeganie świadczonej usługi jako funkcjonalnej całości. Odwrotna ocena tj. traktowanie każdej oddzielnej umowy jako odrębnej usługi (np. w przypadku świadczenia usługi na ZOZ w P.) prowadziłoby do absurdalnych wniosków i oceny zdobywanego doświadczenia w skali jednego miesiąca, gdy w rzeczywistości była to usługa świadczona na przestrzeni ponad 3 lat.”. W wyroku KIO - podtrzymanym w powyższym orzeczeniu - wskazano dodatkowo, że: „w praktyce zdarza się, iż umowy mają charakter bardziej skomplikowany, a każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie. Zdaniem Izby, w niniejszej sytuacji możliwym jest zakwalifikowanie następujących po sobie umów i aneksów jako jednej usługi, gdyż stanowią jedną funkcjonalną całość i były wykonywane bez przerwy, bezpośrednio jedna po drugiej, a samo ich wykonywanie w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonywania usługi zleconej na podstawie jednej umowy.” Dodatkowo Odwołujący w swoim zarzucie pomija specyfikę, którą rządziło się ówczesnie (tj. w 2012 roku) udzielanie zamówienia z wolnej ręki. Nowelizacją z dnia 22 czerwca 2016 r. uchylony został art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., dotyczący zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. Jednocześnie w ramach tej nowelizacji znacząco rozszerzono normatywną treść art. 144 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. poprzez wprowadzenie szeregu okoliczności umożliwiających zmianę umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem w stanie prawnym obowiązującym w 2012 r. zlecenie robót dodatkowych w toku realizacji inwestycji dotychczasowemu wykonawcy, niezbędnych do wykonania zamówienia podstawowego, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia i których wykonanie uzależnia możliwość wykonania zamówienia podstawowego, mogło odbyć się wyłącznie w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., tj. w ramach zamówienia z wolnej ręki. Cztery lata później podobny problem zostałby rozwiązany poprzez zmianę umowy w trybie art. 144.

W zakresie zarzutu odnoszącego się do warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 14.1.B) lit. a specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający, uznając, że zarzuty te są ze sobą powiązane, podtrzymuje także w zakresie tego zarzutu argumentację wywiedzioną powyżej. Zamawiający podważa jednocześnie słuszność twierdzenia Odwołującego, iż w odniesieniu do doświadczenia kierownika budowy „Zamawiający nie zrobił wyłomu od dopuszczalności wyłącznie doświadczeniem w budowie i nie dopuścił również rozbudowy”. W żadnym fragmencie specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający nie uczynił takiego zastrzeżenia. W ocenie Zamawiającego pojęcie „budowy” także w zakresie doświadczenia kierownika budowy należy interpretować w sposób przedstawiony w ramach odpowiedzi na zarzut odnoszący się do warunku opisanego w pkt 14.1.A) pkt 1 specyfikacji warunków zamówienia.

Co do zarzutu 5. Zamawiający stwierdził, że w kontekście warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nieistotnym - co słusznie zauważa Odwołujący - była wartość wykonanych robót budowlanych, gdyż warunek w ogóle nie odnosił się do tego kryterium. Podobnie wzór wykazu robót budowlanych udostępniony przez Zamawiającego nie przewidywał podawania wartości wykonanych robót budowlanych, co korespondowało w sposób logiczny i rozsądny z treścią warunku udziału w postępowaniu.

Celem zapisów specyfikacji warunków zamówienia odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu jest umożliwienie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Jeżeli zarówno warunek udziału w postępowaniu, jak i wzór wykazu robót nie stawia wymagań w zakresie podawania wartości wykonanych robót budowlanych, to - biorąc pod uwagę ratio legis zapisów dotyczących warunku - niepodanie tej informacji nie uniemożliwia Zamawiającemu oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W tym kontekście zarzut Odwołującego odnosi się do kwestii niemającej istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut 6. odwołania pomija fundamentalny fragment specyfikacji warunków zamówienia - zgodnie bowiem z punktem 17.2.1 specyfikacji warunków zamówienia „jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz o którym mowa w pkt 1), dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył”. Ten zapis koresponduje wprost z treścią § 9 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Oznacza to, że przywołanie przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” Sp. z o.o. w wykazie określonych robót samo w sobie interpretować należy jako wykonanie tych robót bezpośrednio przez wykonawcę. Zarówno treść wykazu, jak i referencji jednoznacznie potwierdzają, że to właśnie „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. zrealizował cały zakres robót w ramach zadania „Budowa Parku Wodnego w Częstochowie”. Wobec przywołanej powyżej treści specyfikacji warunków zamówienia oraz jednoznacznych zapisów wykazu i referencji, nie ma żadnych podstaw do twierdzenia, iż wniosek o wykonaniu przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. całego zakresu robót na rzeczonym zadaniu był efektem domniemania treści oferty.

W wykazie wykonawca dodatkowo zastrzega, że „wykonaliśmy (red. - jako spółka) następujące roboty budowlane spełniające warunki określone w pkt 14.1 ppkt 4)A) SWZ”. W treści wykazu nie sposób odnaleźć żadnego fragmentu nawiązującego do konsorcjanta lub mogącego prowokować wniosek, iż ten konsorcjant wykonał część robót.

Odnosząc się do treści referencji, to zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy referencje, do których nawiązuje Odwołujący, stanowią wyłącznie dowód określający, czy roboty budowlane zostały wykonane należycie. Jakkolwiek także z ich treści wynika, że to „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A., a nie konsorcjant, wykonał roboty budowlane w ramach wspomnianego zadania. Pierwszy akapit tych referencji jako wykonawcę zadania inwestycyjnego wymienia jedynie „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. (pomijając wyraźnie konsorcjanta). Po wskazaniu przez autora referencji wykonawcy zadania inwestycyjnego następuje opis zakresu prac składających się na tę inwestycję. Autor referencji w ostatnim akapicie ponownie nawiązuje do tego, iż to właśnie „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. zrealizował to zadanie inwestycyjne (wskazano bowiem, że „Firma CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA S.A. jako lider konsorcjum podczas kompleksowej realizacji w/w robót wykazała się doświadczeniem oraz odpowiednimi umiejętnościami. Prace zostały wykonane z należyłą starannością.”). Konsorcjant pojawia się w osobnym akapicie, co tylko dodatkowo jeszcze uwypukla odrębność informacji podawanych przez autora referencji w stosunku do „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. i konsorcjanta i wyłącznie w kontekście udzielenia zdolności kredytowej.

Za chybione i nieprzekonujące uznać należy stwierdzenie Odwołującego, iż nazwa konsorcjanta „Zakład Remontowo - Budowlany” miałaby sugerować, iż ten konsorcjant wykonywał jakąś część robót budowlanych. Zamawiający nie odnajduje żadnego związku pomiędzy nazwą, którą podmiot posługuje się w obrocie, a stwierdzeniem, iż sama tylko nazwa może sugerować realizację robót budowlanych przez ten podmiot w ramach konkretnego zadania. Także wykładnia referencji a contrario mogłaby prowadzić do wniosku, iż skoro w odrębnych akapitach wymienia się „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. oraz konsorcjanta i wyłącznie w akapicie poświęconym „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A.

poświadcza się realizację prac, to oznacza, iż konsorcjant żadnych robót w tym zakresie nie wykonał, tym bardziej, że w akapicie poświęconym konsorcjantowi poruszono wyłącznie kwestię zdolności kredytowej. Mając na uwadze powyższe niezrozumiałym pozostaje stwierdzenie Odwołującego, iż treść wykazu doświadczenia przemilcza fakt, że inwestycja była realizowana przez konsorcjum, a także, że obecnie Zamawiający nie ma wiedzy, jaki był podział prac.

Argumentacja wywiedziona przez Zamawiającego pozostaje aktualna także w odniesieniu do samoistnych zarzutów Odwołującego naruszenia art. 16 pkt 1 i 2, art. 128 ust. 1 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny ofert, a także zasadnie uznał, iż oferta „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. była najkorzystniejsza, opierając się w tym względzie na dedykowanych ustawą dokumentach - w szczególności odnośnymi wykazami, wyjaśnieniem wykonawcy oraz referencjami.

III Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma

interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odwołujący podczas posiedzenia oświadczył, że cofa zarzut opisany w punkcie VII podpunkt 5. odwołania, tj. zarzut wskazany na wstępie niniejszego uzasadnienia jako 5., Izba postanowiła więc o umorzeniu postępowania odwoławczego w tym zakresie.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Art. 568 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowania odwoławcze w formie postanowienia. Powyższe ma zastosowanie także do poszczególnych zarzutów, a postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w danym zakresie można zawrzeć także w sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie odwołania Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania, w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia i treść dokumentów przedstawionych Zamawiającemu przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego oraz pism i stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2, art. 128 ust. 1 i 5 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepisy te stanowią:

Art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: 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.

Art. 128 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych: Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Przy tym, jak wynika wyraźnie z treści zarzutów, zarzuty te w ogóle nie dotyczą wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert, tj. nieprawidłowej oceny ofert według tych kryteriów, do czego odnosi się art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem zarzut naruszenia tego przepisu w sposób oczywisty jest niezasadny.

Należy także zauważyć, że biorąc pod uwagę treść zarzutu 6., tj. zarzutu zaniechania wezwania „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do wyjaśnień wykazu doświadczenia, wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 14.1.A) pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia z uwagi na brak wiedzy czy faktyczny podział zadań pomiędzy członkami konsorcjum, Odwołujący powołał nieprawidłową podstawę prawną, bowiem treść zarzutu odnosi się raczej do art. 128 ust. 4, a nie ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Dotyczy zatem wyjaśnień żądanych od wykonawców biorących udział w postępowaniu i jest odpowiednikiem art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.). Natomiast art. 128 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazujący na „zwrócenie się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów” odnosi się do podmiotów innych niż ww. wykonawcy - wskazani w ust. 4. Biorąc jednak pod uwagę, że zarzut w postaci przywołania przepisów i wskazania uzasadnienia ich naruszenia stanowi całość, powyższe nie stanowi przeszkody w jego rozpoznaniu.

W specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający zawarł następujące postanowienia dotyczące spornego zakresu.

W rozdziale 14. „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, punkt 14.1 ppkt 4 Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności

technicznej lub zawodowej wykonawcy:

A) Minimalne poziomy zdolności w zakresie posiadanego doświadczenia

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający zbada wcześniejsze doświadczenie nabyte przez wykonawcę uprawniające do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia - Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca posiada doświadczenie (praktykę) w realizacji robót budowlanych związanych z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, tj. wykonał należycie w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej dwie roboty budowlane (każda z robót winna dotyczyć realizacji jednego odrębnego zamówienia/zadania i być przedmiotem jednej odrębnej umowy) polegające na budowie:

1. minimum jednego budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 6500 m² z halą sportową lub z salą gimnastyczną o powierzchni użytkowej co najmniej 500 m²,
2. minimum jednego budynku co najmniej dwukondygnacyjnego o powierzchni użytkowej co najmniej 6500 m² - z wyłączeniem budynków należących do XVIII Kategorii obiektów budowlanych stanowiącym załącznik do Prawa budowlanego.

Informacje dodatkowe:

Dla potrzeb oceny posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (praktyki) przez budowę budynku należy rozumieć wykonanie kompletnego budynku, tj. budowę budynku w pełnym zakresie prac wymaganych do użytkowania obiektu: konstrukcje, instalacje wewnętrzne, pokrycie dachu, stolarkę, elewację, roboty wykończeniowe.

Zamawiający nie uwzględni dokończenia budowy budynku bez względu na zakres zrealizowanych robót.

W przypadku rozbudowy budynku uwzględni jedynie powierzchnię rozbudowaną budynku. Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami (konsorcjum), wykonawca składając ofertę zobowiązany jest do wskazania robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył, wykonawca zobowiązany jest wskazać zakres jego rzeczywistego udziału w realizacji wykazywanej roboty w celu ustalenia rzeczywistego doświadczenia - wyłącznie poprzez faktyczny, realny udział w realizacji przynajmniej takiej z części zamówienia, która spełnia warunki opisane w niniejszym zamówieniu.

B) Minimalne poziomy zdolności w zakresie osób, które zostaną skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Zamawiający uzna warunek za spełniony w stosunku do wykonawców, którzy dysponują lub będą dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.: osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie wymagane przepisami prawo budowlane w specjalnościach adekwatnych do wykonania zakresu robót w poszczególnych branżach:

a) do pełnienia funkcji Kierownika budowy (koordynatora wszystkich branż)

- jedna osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej posiadająca doświadczenie zawodowe: był kierownikiem budowy w trakcie realizacji robót na co najmniej dwóch zadaniach obejmujących swym zakresem budowę co najmniej jednego budynku co najmniej dwukondygnacyjnego o powierzchni użytkowej 6500 m² - każde zadanie.

Wskazane osoby, o których mowa w punkcie B), powinny posiadać uprawnienia budowlane i doświadczenie zawodowe adekwatne do wykonywanych czynności objętych przedmiotem zamówienia.

Przez ww. uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz w rozporządzeniu 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 wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub odpowiednich przepisów obowiązujących na terenie kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, uznanych przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej, w przypadku osób, które są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej oraz państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym (w rozumieniu art. 4a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, osoby wyznaczone do realizacji zamówienia posiadają uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, wyszczególnione wyżej jeżeli:

a) nabyły kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznacznej wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, odpowiadające posiadaniu uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi, oraz

b) posiadają odpowiednią decyzję o uznaniu kwalifikacji zawodowych lub w przypadku braku decyzji o uznaniu kwalifikacji zawodowych zostały spełnione w stosunku do tych osób wymagania, o których mowa w art. 20a ust. 2-6 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa, dotyczące świadczenia usług transgranicznych.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 17. specyfikacji warunków zamówienia „Informacja o jedz i podmiotowych środkach dowodowych składanych na wezwanie zamawiającego” punkt 17.2 Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień złożenia):

17.2.1 W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty - zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do specyfikacji warunków zamówienia.

UWAGA: Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz o którym mowa w pkt 1), dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

„Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. na wezwanie Zamawiającego przedstawiła „Wykaz wykonanych robót budowlanych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu” obejmujący dwa zadania:

1. Nazwa zadania Budowa szkoły podstawowej i sali gimnastycznej w Poczesnej dla Gminy Poczesna, okres realizacji: 08.04.2010 r. - 30.08.2012 r. Wskazane zadanie obejmowało budowę co najmniej jednego budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 6500 m² - TAK, powierzchnia użytkowa: 6963 m² (budynek nowy i rozbudowa), w budynku jest: sala gimnastyczna - TAK, powierzchnia użytkowa 3630 m² (pow. podłogi sportowej 822 m²). Wykonaliśmy budowę kompletnego budynku podłączonego do sieci zewnętrznych, tj. budowę budynku w pełnym zakresie prac wymaganym do użytkowania obiektu: konstrukcje, instalacje wewnętrzne, pokrycie dachu, stolarka, elewacje, roboty wykończeniowe - TAK

2. Nazwa zadania Budowa Parku Wodnego w Częstochowie dla Gminy Miasta Częstochowa, okres realizacji 23.08.2017 r. - 16.10.2020 r. Wskazane zadanie obejmowało budowę co najmniej jednego budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 6500 m² - TAK, powierzchnia użytkowa: 6826 m², budynek jest co najmniej dwukondygnacyjny - TAK, ilość kondygnacji: 3, budynek należy do XV Kategorii obiektów budowlanych. Wykonaliśmy budowę kompletnego budynku podłączonego do sieci zewnętrznych, tj. budowę budynku w pełnym zakresie prac wymaganym do użytkowania obiektu: konstrukcje, instalacje wewnętrzne, pokrycie dachu, stolarkę, elewację, roboty wykończeniowe - TAK.

Wykonawca ten przedstawił także „Wykaz osób do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia”, w którym, „dla osoby, która będzie pełnić funkcję kierownika budowy (koordynatora wszystkich branż) posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, osoba ta posiada następujące doświadczenie zawodowe: osoba ta była kierownikiem budowy w trakcie realizacji robót na co najmniej dwóch zadaniach obejmujących swym zakresem budowę co najmniej jednego budynku co najmniej dwukondygnacyjnego o powierzchni użytkowej 6 500m² - każde zadanie” wskazał następujące zadania:

1. Nazwa zadania: Budowa szkoły podstawowej i sali gimnastycznej w Poczesnej. Wskazane zadanie obejmowało budowę budynku co najmniej dwukondygnacyjnego o powierzchni użytkowej 6500 m² - TAK, odbiorca: Gmina Poczesna.

2. Nazwa zadania: Budowa Parku Wodnego w Częstochowie. Wskazane zadanie polegało na wybudowaniu parkingu o powierzchni co najmniej 2 000m² - TAK. Odbiorca: Gmina Miasto Częstochowa.

Do powyższego wykazu, dla zadania 1., „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. dołączyła referencje Wójta Gminy Poczesna z 22 października 2012 r., z których wynikało m.in., że kubatura obiektów nowych oraz modernizowanych wynosi 50.145 m, powierzchnia użytkowa 9.784 m², zakres rzeczowy zadania obejmował m.in.: budowę budynku szkoły podstawowej o kubaturze 11.870m³ i pow. użytkowej 2.501 m², modernizację istniejącej sali gimnastycznej o kubaturze 1400 m³ i pow. użytkowej 253 m² obejmującą między innymi remont pokrycia dachu, remont parkietu, wykonanie nowej elewacji z dociepleniem obiektu, wykonanie ciągów komunikacyjnych do budynku nowopowstałej szkoły oraz rozbudowanego gimnazjum, budowę sali gimnastycznej o kubaturze 25.580 m³ i pow. użytkowej 3.630 m², rozbudowę i modernizację budynku gimnazjum o kubaturze 11.295 m³ i powierzchni

użytkowej 3.400 m². Budynek został rozbudowany o dodatkową kondygnację na styku nowopowstałej sali gimnastycznej i istniejącego gimnazjum. Po rozbudowie i modernizacji szkoła zyskała nową czytelnię, salę komputerową, salę konferencyjną oraz kuchnię wraz z zapleczem kuchennym i jadalnią. Budynki zostały uzbrojone w instalacje: c.o, wod-kan, cwu., gazu, elektryczne, logiczne, odgromowe, inst. ppoż. klatek schodowych, instalacje radiowęzła i monitoringu, wentylacji oraz w kotłownię gazową. W ramach zadania wykonano przekładki istniejących sieci kolidujących z nowobudowanymi obiektami oraz wykonano kanalizację deszczową, sanitarną wraz z przyłączami wod-kan oraz zasilaniem elektrycznym, wykonanie dróg komunikacyjnych i pożarowych, chodników i parkingów o łącznej powierzchni ok. 4.600m oraz zieleni i elementów małej architektury. Wartość wykonanego zakresu robót - 17.000.000,00 zł.

Natomiast dla zadania 2. poświadczenie z 20 listopada 2020 r. wystawione w imieniu Gminy Miasta Częstochowa, w którym wystawca poświadcza, że firma CZ.P.B.P. Przemysłówka S.A. jako lider konsorcjum, zrealizowała w generalnym wykonawstwie zadanie inwestycyjne pn.: Zaprojektowanie i wykonanie obiektu sportowo-rekreacyjnego „Park Wodny” w Częstochowie w zakresie umożliwiającym uzyskanie, zgodnie z przepisami Prawa budowlanego, pozwolenia na użytkowanie. Rzeczowy zakres prac (.) Wartość brutto wykonanych prac wyniosła 51.537.000,00 zł. Firma CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA S.A. jako lider konsorcjum podczas kompleksowej realizacji w/w robót wykazała się doświadczeniem oraz odpowiednimi umiejętnościami. Prace zostały wykonane z należytą starannością, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, warunkami umowy oraz ukończone w terminie. Firma K. P. Zakład Remontowo-Budowlany „KAR-BUD” jako partner konsorcjum udzieliła zdolności kredytowej w wysokości 7.000.000 zł.

Jak wynika z powyżej przywołanych postanowień specyfikacji warunków zamówienia, ubiegający się o zamówienie wykonawca miał wykazać wykonanie dwóch robót budowlanych (każda z robót winna dotyczyć realizacji jednego odrębnego zamówienia/zadania i być przedmiotem jednej odrębnej umowy), polegające na budowie budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 6500 m² z halą sportową lub z salą gimnastyczną o powierzchni użytkowej co najmniej 500 m² oraz budynku co najmniej dwukondygnacyjnego o powierzchni użytkowej co najmniej 6500 m².

Odwolujący w odwołaniu zakwestionował dane dotyczące powierzchni budynku wymienionego jako zadanie 1., dla którego wskazano powierzchnię użytkową 6963 m² (budynek nowy i rozbudowa), w tym salę gimnastyczną o powierzchni użytkowej 3630 m². Zdaniem Odwołującego nie są to prawidłowe dane, a „Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. przedstawiła nieścisły dokument. Według Odwołującego powierzchnia użytkowa jest mniejsza o 844,39 m² od podanej z uwagi na podwójne zliczenie części zakresów podanych w punkcie 5. i 6. referencji Wójta gminy Poczesna, a realna powierzchnia użytkowa to 5.359,51 m².

Na poparcie swojego twierdzenia Odwołujący przedstawił następujące dokumenty: ogólna charakterystyka zespołu budynków - zagospodarowanie terenu (dowód nr 7), wyciąg z projektu zagospodarowania terenu (dowód nr 8), rzut piwnicy i rzut parteru realizacji spornej (dowód nr 9), rzut piętra realizacji spornej (dowód nr 10), obmiar - budynek szkoły podstawowej (część niesporna) (dowód nr 11), obmiar - budynek hali sportowej (dowód nr 12), obmiar - nadbudowa części budynku gimnazjum (dowód nr 13), projekt budowlany dla budowy budynku szkoły podstawowej w Poczesnej - dokumentacja przetargowa (dowód nr 14), projekt budowlany dla budowy sali gimnastycznej dla szkoły podstawowej i gimnazjum z przebudową budynku gimnazjum w Poczesnej - dokumentacja przetargowa (dowód nr 15), projekt budowlany dla budowy sali gimnastycznej dla szkoły podstawowej i gimnazjum z przebudową budynku gimnazjum w Poczesnej - zatwierdzony (dowód nr 16), projekt powykonawczy - rzut piwnic (dowód nr 17), projekt powykonawczy - rzut parteru (dowód nr 18), projekt powykonawczy - powiększony rzut parteru w celu wykazania faktycznej powierzchni pomieszczenia WC damski (dowód nr 19), projekt powykonawczy - rzut piętra (dowód nr 20), projekt powykonawczy - powiększony rzut piętra w celu wykazania zakresu nadbudowy (dowód nr 21), projekt powykonawczy - przekrój H-H elewacji wschodniej (dowód nr 22), dokumentacja archiwalna - rzut piwnic (dowód nr 23), porównanie dokumentacji archiwalnej i projektu powykonawczego - rzut piwnic (dowód nr 24), dokumentacja archiwalna - rzut parteru (dowód nr 25), porównanie dokumentacji archiwalnej i projektu powykonawczego - rzut parteru (dowód nr 26), dokumentacja archiwalna - zdjęcia powykonawcze: widok szkoły od strony północnej (dowód nr 27), dokumentacja archiwalna - zdjęcia powykonawcze: widok szkoły od strony wschodniej (dowód nr 28).

Rozpoczynając od zarzutu w zakresie interpretacji powyższego warunku zawartego w

punkcie 14.1 podpunkt A specyfikacji warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, w którym wskazuje on, że użyte w warunku pojęcie „budowa” należy rozumieć w sposób potoczny, a nie oficjalny, zdefiniowany w art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 r. poz. 1333), gdzie wskazano, że przez „budowę” należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Bowiem nawet jeśli, zamawiając wykonanie robót budowlanych, dany zamawiający nie powoła się bezpośrednio na ustawę Prawo budowlane, jest logiczne, że pojęcia zdefiniowane w przepisach należy w taki sposób wyklądać, zwłaszcza w obrocie profesjonalnym. Jest to zgodne z zasadami wykładni wskazanymi w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którymi oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Nie ma wątpliwości, że „ustalone zwyczaje” rozumienia tego pojęcia wśród profesjonalistów branży budowlanej - jak i innych pojęć - odnoszą się do definicji z ustawy Prawo budowlane, a nie nieokreślonych desygnatów z języka potocznego. Zresztą akurat w tym przypadku, w opinii Izby, potoczne i ustawowe rozumienie słowa „budowa” w tym zakresie są podobne i oba obejmują zarówno budowę nowego obiektu, jak i jego rozbudowę i nadbudowę, sama zaś nadbudowa jest jedynie jedną z form rozbudowy (w górę).

Tym samym, zdaniem Izby, w ramach powyższego warunku wykonawca mógł wykazać nie tylko budowę stricte, czyli wykonanie budynku nowego, ale także rozbudowę i nadbudowę budynku istniejącego. Potwierdza to choćby poniższa część postanowienia specyfikacji warunków zamówienia „W przypadku rozbudowy budynku uwzględni jedynie powierzchnię rozbudowaną budynku.” Nie mógł natomiast wykazać się wykonaniem „remontu” i „przebudowy”, zdefiniowanych odrębnie w art. 3 pkt 7a i 8 ustawy Prawo budowlane i nie wchodzących w zakres pojęcia „budowa”. Przy czym, jak już Izba wskazywała wielokrotnie w swoich orzeczeniach, w przypadku użycia przez inwestora określenia „modernizacja”, należy zbadać zakres rzeczowy prac i zdecydować, do którego z pojęć: budowa stricte, odbudowa, rozbudowa, nadbudowa, przebudowa, remont prace te należy zaliczyć. Odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 293 do specyfikacji warunków zamówienia nie ma w ocenie Izby istotnego znaczenia dla sprawy. Przede wszystkim bowiem nie dotyczy spornych postanowień, lecz wymogu odnoszącego się do kierownika robót drogowych i stanowi odpowiedź na prośbę o zmianę specyfikacji warunków zamówienia, na którą Zamawiający się nie zgodził - nie wskazując, z jakich powodów. Zatem jego ewentualne intencje można interpretować w obu kierunkach, wskazywanych zarówno przez Odwołującego, jak i Zamawiającego.

Co do kwestii interpretacji części warunku „wykonanie dwóch robót budowlanych (każda z robót winna dotyczyć realizacji jednego odrębnego zamówienia/zadania i być przedmiotem jednej odrębnej umowy)”, Izba uznała, że jakkolwiek cel Zamawiającego mógł być taki, jak wskazany przez niego w odpowiedzi na odwołanie, tj. że celem tym było, aby to każda z dwóch wskazanych w warunku robót była odrębna od drugiej, to z samej jego treści wynikają większe restrykcje, tzn. że żadne z wykazywanych zadań nie może być łączone z dwóch lub więcej zamówień/umów.

Jak zostało ustalone i co nie było sporne, realizacja inwestycji wskazanej przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. w zadaniu 1. wynikała z dwóch umów, tj. umowy głównej oraz umowy na wykonanie zamówienia dodatkowego w rozumieniu uchylonego art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.

Należy zauważyć, że na gruncie pojawiających się sporów dotyczących rozumienia wymagań typu „jedno zamówienie” lub analogicznych, akurat umowa o wykonanie robót dodatkowych w rozumieniu ww. art. 67 ust. 1 pkt 5 jest najmniej sporna, gdyż oczywiste jest, że z samej swojej definicji stanowi część zamówienia niezbędną do wykonania, pomimo że formalnie wymagała odrębnej umowy.

W ramach omawianego warunku Zamawiający jednak wskazał wyraźnie na „jedną odrębną umowę” nie zaznaczając, że zamówienia dodatkowe lub uzupełniające (art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r.) mieszczą się w rozumieniu pojęcia jednej umowy. Zatem w tym wypadku zaliczenie umowy na zamówienie dodatkowe do „jednej odrębnej umowy” rzeczywiście mogłoby być sporne. Należy jednak zauważyć, że warunku Zamawiającego nie powinno się sprowadzać do stwierdzenia, że dany wykonawca nie mógł zawrzeć większej liczby umów dotyczących zrealizowanego obiektu - w takim przypadku należy bowiem wziąć pod uwagę tylko jedną z umów, tj. tutaj umowę główną.

Jak wskazano w stanowiskach Stron, umowa na roboty dodatkowe powiązana była z koniecznością zmiany błędnie zaprojektowanych prac w zakresie ochrony przeciwpożarowej, zatem można założyć, że nie miała wpływu na parametry budynku wskazane w warunku, skupiające się na wielkości powierzchni użytkowej. Nie przeczy temu

zawarte w rozdziale 14. specyfikacji warunków zamówienia wyjaśnienie, że „Dla potrzeb oceny posiadanego przez wykonawcę doświadczenia (praktyki) przez budowę budynku należy rozumieć wykonanie kompletnego budynku, tj. budowę budynku w pełnym zakresie prac wymaganych do użytkowania obiektu: konstrukcje, instalacje wewnętrzne, pokrycie dachu, stolarkę, elewację, roboty wykończeniowe.” Powyższe należy czytać łącznie z następnymi zasadami oceny: „Zamawiający nie uwzględni dokończenia budowy budynku bez względu na zakres zrealizowanych robót. W przypadku rozbudowy budynku uwzględni jedynie powierzchnię rozbudowaną budynku.” Zatem pierwsze i drugie zdanie wyjaśniają, jaki zakres robót wchodzi, a jaki nie wchodzi w zakres budowy stricte (budowy nowego obiektu od podstaw). Jak zaś Izba wskazała na początku, w zakres wymogu wchodzi nie tylko budowa stricte. Dlatego też zdanie trzecie wyjaśnia, jak obliczać powierzchnię rozbudowy.

Odnosząc się zaś do spornej kwestii powierzchni użytkowej budynku Zespołu Szkół w Poczesnej, należy wskazać, co następuje.

Zamawiający, pismem z 31 sierpnia 2021 r., wezwał „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie:

1. O jaką powierzchnię użytkową (w m²) rozbudowano budynek szkoły w ramach zadania pn. „Budowa szkoły podstawowej i sali gimnastycznej w Poczesnej”?
2. Czy zakres robót budowlanych związany z budową budynku szkoły podstawowej o powierzchni użytkowej 2501 m², budową sali gimnastycznej o powierzchni użytkowej 3630 m², rozbudową budynku gimnazjum o wskazanej w wyjaśnieniu powierzchni użytkowej został wykonany w ramach jednego odrębnego zamówienia/zadania i był przedmiotem jednej odrębnej umowy?
3. Czy zakres robót budowlanych w ramach zadania pn. „Budowa szkoły podstawowej i sali gimnastycznej w Poczesnej” obejmował wykonanie budowy jednego budynku?
4. Czy rozbudowa budynku szkoły w ramach zadania pn. „Budowa szkoły podstawowej i sali gimnastycznej w Poczesnej” obejmowała prace wymagane do użytkowania rozbudowanego budynku szkoły: konstrukcje, instalacje wewnętrzne, pokrycie dachu, stolarkę, elewację, roboty wykończeniowe?

Pismem z 3 września 2021 r. wykonawca odpowiedział:

„Ad.1 W związku z warunkami zamówienia SWZ str.12 Zamawiający wymagał w przypadku rozbudowy wskazania w wykazie robót jedynie powierzchni użytkowej rozbudowywanej części budynku. Wykonawca do podanej powierzchni użytkowej nie włączył zatem całej powierzchni użytkowej rozbudowy i modernizacji budynku gimnazjum, która jak wynika z przedstawionej referencji wynosiła 3.400 m², a jedynie powierzchnię rozbudowy/nadbudowy gimnazjum, która wynosiła 832 m².

Ad.2 Zakres robót budowlanych związanych z budową budynku szkoły podstawowej o pow. użytkowej 2501 m², budową sali gimnastycznej o pow. użytkowej 3.630 m², rozbudową budynku gimnazjum o pow. użytkowej 832 m², został wykonany w ramach jednego odrębnego zamówienia/zadania i był przedmiotem jednej odrębnej umowy. Zamówienie wykonawca pozyskał w ramach przetargu publicznego (tryb przetarg nieograniczony) pn. „Budowa Szkoły Podstawowej i Sali gimnastycznej dla Zespołu Szkół w Poczesnej”. Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określała dokumentacja projektowa. Dokumentacja zawierała projekt budowy szkoły podstawowej oraz sali gimnastycznej dla potrzeb szkoły podstawowej i gimnazjum z przebudową i rozbudową budynku gimnazjum. Parterowa, podpiwniczona część gimnazjum została przebudowana i nadbudowana o jedną kondygnację oraz dostosowana do istniejących przepisów.

Ad.3 Tak, zakres robót budowlanych w ramach zadania obejmował wykonanie jednego budynku, składającego się z segmentów mieszczących pomieszczenia przeznaczone na potrzeby szkoły podstawowej i gimnazjum oraz sali gimnastycznej wraz z zapleczem, połączonych komunikacyjnie. Podobnie do budynku szkoły będącej przedmiotem niniejszego zamówienia, budynek mieści pomieszczenia dydaktyczne, pomieszczenie dla nauczycieli, świetlicę, bibliotekę, pracownie komputerowe, pomieszczenia administracyjne, sale gimnastyczne, stołówki, kuchnie, szatnie, pom. sanitarne i pom. techniczne. Obiekt zlokalizowano na działkach położonych w Poczesnej (dz. nr 110/4, 110/75 i 152/2) przy ul. Szkolnej. Budynek został zaprojektowany i wbudowany w miejscu istniejącej szkoły

podstawowej, której rozbiórki wykonawca dokonał również w ramach niniejszego kontraktu. Obsługa komunikacyjna obiektu odbywa się przez przeprojektowane wjazdy od ul. Szkolnej. Ad.4 Tak, rozbudowa budynku szkoły obejmowała prace wymagane do użytkowania rozbudowy budynku szkoły, tj. prace konstrukcyjne, instalacje wewnętrzne, pokrycie dachu, stolarkę, elewację, roboty wykończeniowe."

Jak więc widać z powyższego, odpowiedzi „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. zmierzały w kierunku zapewnienia Zamawiającego, że wszystkie jego wymagania zawarte w rozdziale 14. specyfikacji warunków zamówienia zostały spełnione.

Odwołujący jednak w trakcie rozprawy przedstawił szereg rysunków projektowych mających wykazać, że wskazana w punkcie 2. odpowiedzi „rozbudowa budynku gimnazjum o pow. użytkowej 832 m²” mieści się w ramach „budowy sali gimnastycznej o pow. użytkowej 3.630 m²”, o której również mowa w tym punkcie, tzn. powierzchnia ta została podana i policzona podwójnie, a całkowita powierzchnia użytkowa budynku w części budowanej lub rozbudowanej nie osiągnęła wymaganych 6500 m² (powyżej wymienione dowody nr 7-28).

W opinii Izby Zamawiający podczas rozprawy nie odniósł się do powyższych planów i obliczeń powierzchni w sposób merytoryczny i wystarczający, nie dokonał ich analizy i nie przedstawił własnych wyliczeń wskazujących, że obliczenia przedstawione przez Odwołującego zostały wykonane błędnie. Przy tym „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. nie przystąpiła skutecznie do postępowania odwoławczego (przystąpiła po terminie), zatem również nie przedstawiła własnych dowodów i wyjaśnień.

Tym samym twierdzenia Odwołującego Izba uznała za bardziej przekonujące.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że dane dotyczące budynku Zespołu Szkół w Poczesnej w realizacji wymienionej w punkcie 1. „Wykazu wykonanych robót budowlanych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu” przedstawione przez „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. wymagają ponownej weryfikacji Zamawiającego, w tym wezwania wykonawcy „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A., w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, do wyjaśnienia przedłożonego „Wykazu wykonanych robót budowlanych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu” w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 14.1 podpunkt A specyfikacji warunków zamówienia, a w przypadku niepotwierdzenia w wyjaśnieniach spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, także wezwania, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia tego dokumentu.

Ze względu na to, że kwestia spornej powierzchni budynku Zespołu Szkół w Poczesnej dotyczy zarówno warunku wskazanego w punkcie 14.1 podpunkt A specyfikacji warunków

zamówienia, jak i warunku udziału w postępowaniu opisanego w punkcie 14.1 podpunkt B lit. a specyfikacji warunków zamówienia - osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy (koordynatora wszystkich branż), w przypadku potwierdzenia się sytuacji, w której budynek ten, przy przyjęciu zasad obliczeń wskazanych przez Zamawiającego, nie posiada powierzchni użytkowej 6500 m² - także uzupełnienia „Wykazu osób do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia”.

Co zaś do inwestycji wskazanej w wykazie wykonanych robót jako zadanie 2. - Odwołujący nie kwestionował samego zakresu robót składających się na to zadanie, lecz brak informacji dotyczących sposobu podziału wykonania tych prac pomiędzy poszczególnych wykonawców wspólnie wykonujących zamówienie, pozwalających na ustalenie, że „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. zdobyła rzeczywiste doświadczenie związane z wykonaniem tych prac.

Zamawiający w rozdziale 17. specyfikacji warunków zamówienia wskazał, że „jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył”. „Cz.P.B.P PRZEMYSŁÓWKA” S.A. w „Wykazie wykonanych robót budowlanych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu” nie zawarła żadnych uwag na temat realizacji tych prac w konsorcjum, jak i zakresu swojego własnego udziału w ich realizacji.

Jedynie z treści przedstawionego „Poświadczenia” Gminy Miasta Częstochowa wynika, że „firma CZ.P.B.P. Przemysłówka S.A. jako lider konsorcjum, zrealizowała w generalnym wykonawstwie zadanie”, a jej konsorcjantem była co najmniej Firma K.P. Zakład Remontowo-Budowlany „KAR-BUD”, która jako partner konsorcjum udzieliła (konsorcjum) zdolności kredytowej w wysokości 7.000.000 zł.

W ocenie Izby z treści powyższego „Poświadczenia” nie można jednak wnioskować kategorycznie, że zadaniem Firmy K. P. Zakład Remontowo-Budowlany „KAR-BUD” w konsorcjum było tylko i wyłącznie udzielenie konsorcjum zdolności kredytowej, a „Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. samodzielnie wykonała wszystkie prace, jak też nie wynika żaden inny system podziału prac pomiędzy konsorcjantów (jak wskazano wcześniej - nie poświadcza nawet, że konsorcjantów było jedynie dwóch). O samodzielnym wykonaniu wszystkich prac nie świadczy też o tym fakt, że „Poświadczenie” odnosi się jedynie do prac wykonanych przez „Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A., gdyż wynika to jedynie z faktu, że samo poświadczenie dotyczy wyłącznie „Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A., a nie całego konsorcjum - prawdopodobnie zostało wystawione na prośbę tej firmy i tym samym jedynie dla tej firmy.

Zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, odpowiedź nr 3 „Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.” Jednocześnie TSUE wyjaśnił: „zdobyte przez wykonawcę doświadczenie stanowi szczególnie istotne kryterium kwalifikacji podmiotowej tego wykonawcy, gdyż umożliwia instytucji zamawiającej sprawdzenie, zgodnie z art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18, predyspozycji kandydatów lub oferentów do realizacji danego zamówienia. Tym samym, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.” (akapit 61-64 wyroku).

Ze względu na brak stanowiska i wyjaśnień „Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. w tym zakresie, Zamawiający, w ramach nakazanych powyżej wyjaśnień dokumentu „Wykaz wykonanych robót budowlanych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu”, powinien wezwać „Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A., w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do przedłożenia wyjaśnień także i w tej kwestii. I ewentualnie - w przypadku, gdyby zakres udziału „Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. w ocenie Zamawiającego okazał się niewystarczający - do uzupełnienia „Wykazu wykonanych robót budowlanych do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu”.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2, § 5, § 7 ust. 1 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 20.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Z kolei zgodnie z § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający, w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

W związku z powyższym Izba uwzględniła uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 20.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 złotych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: