Sygn. akt: KIO 459/22

WYROK

z dnia 7 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa,

przy udziale wykonawcy Firma Budowlana A.-BUD sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1 p.10, 00-124 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy Firma Budowlana A.-BUD sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i

odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ww. ustawy, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa, na rzecz odwołującego: ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka, kwotę 13 600 zł 00 gr (trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego 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 (t.j. 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 459/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Warszawski Uniwersytet Medyczny, ul. Żwirki i Wigury 61, 02-091 Warszawa, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wykonanie termomodernizacji budynku Rektoratu Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego", numer referencyjny: AEZ/S-060/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11.10.2021 r., nr 2021/BZP 00228360/01.

Pismem z dnia 14.02.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Budowlana A.-BUD sp. z o.o.

W dniu 21.02.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca ERBUD INTERNATIONAL sp. z o.o., Jasionka 942, 36-002 Jasionka (dalej: „odwołujący"), zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp", poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Budowlana A.-Bud sp. z o.o., mimo iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony, a oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona,

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Firma Budowlana A.-Bud sp. z o.o. z postępowania, mimo że wskazany wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 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 w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej, że wykonał w ramach inwestycji referencyjnej wskazanej w wykazie robót (Załącznik nr 5 do swz) jeden budynek, podczas gdy budynek Centrum B+R oraz budynek hali półtechnik to dwa budynki,

3) ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Firma Budowlana A.-Bud sp. z o.o. z postępowania, mimo że wskazany wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, poprzez złożenie oświadczenia w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej, że wykonał w ramach inwestycji referencyjnej wskazanej w wykazie robót (Załącznik nr 5 do swz) jeden budynek, podczas gdy budynek Centrum B+R oraz budynek hali półtechnik to dwa budynki,

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy

Firma Budowlana A.-Bud sp. z o.o. i dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, mimo iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w

postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,

5) art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Budowlana A.-Bud sp. z o.o. mimo tego, że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a także dopuścił się wprowadzenia

zamawiającego w błąd, co w konsekwencji doprowadziło do prowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) Jak widać wymagania stawiane przez Zamawiającego dotyczyły wykazania doświadczenia w ramach realizacji jednego budynku o określonej kubaturze w ramach którego wykonano określone warunkiem roboty o wartości nie mniejszej niż 15 mln zł brutto.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu Wykonawca wskazał w złożonym wykazie robót (Załącznik nr 5 do SWZ) inwestycję referencyjną zrealizowaną dla Grupy Azoty SA przy ul. E. Kwiatkowskiego 8 w Tarnowie pn. „Budowa budynku laboratoryjno — biurowo — socjalnego oraz hali półtechnik wraz z wyposażeniem i z zagospodarowaniem terenu i przyłączami dla Centrum Badawczo- Rozwojowego Grupy Azoty SA w Tarnowie". (...) Na potwierdzenie wskazanej realizacji Wykonawca przedłożył referencje, z których wynika, że „przedmiotem inwestycji była budowa Centrum B+R Grupy Azoty SA oraz hali instalacji półtechnicznych wraz z łącznikiem, wraz z instalacjami wewnętrznymi (...)". Jednocześnie z treści dokumentu referencji można odczytać, że w ramach inwestycji wykonano:

„ Obiekty kubaturowe:

- budynek Centrum B+R 2-kondygnacyjny

- budynek hali instalacji półtechnicznych 1-kondygnacyjny, w części 2-kondygnacyjny".

Z treści referencji wynika więc, że inwestycja referencyjna o kubaturze 52 846 m3 oraz wartości ponad 50 mln zł brutto, w istocie składała się z dwóch budynków (budynek C+R oraz hala półtechnik), podczas gdy warunek przetargowy wskazywał na robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie jednego budynku. (...)

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający powziął słuszne wątpliwości i wezwał Wykonawcę w dniu 3.02.2022 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 PZP w zakresie złożonego wykazu robót budowlanych, zadając pytanie czy kubatura 52 846 m3 oraz wartość robót podana jako powyżej 15 mln zł brutto, odnoszą się do obu budynków wykonanych w ramach inwestycji referencyjnej czy do jednego z tych budynków. Zamawiający podkreślił, że warunek przetargowy dotyczy spełnienia wymagań w ramach budowy jednego budynku. (...)

Wykonawca udzielił wyjaśnień pismem z dnia 7.02.2022 r. wskazując, że w ramach inwestycji referencyjnej „wykonano jeden obiekt składający się z budynku laboratoryjno-biurowo-socjalny połączonego z halą półtechnik". (...)

Powyższe wyjaśnienia dalej budziły wątpliwości Zamawiającego, który wezwał Wykonawcę w dniu 10.02.2022 r. w trybie art. 128 ust. 4 PZP do złożenia kolejnych wyjaśnień związanych z rozbieżnościami w dokumentach (m.in. referencje i wyjaśnienia Wykonawcy z 7.02.2022) i wynikającymi z nich wątpliwościami czy w ramach inwestycji referencyjnej wykonano jeden czy dwa budynki. (...)

Wykonawca udzielił wyjaśnień z dnia 11.02.2022 r., w których oświadczył, że w ramach ww. zadania „wykonano jeden budynek składający się z segmentu laboratoryjno-biurowo-socjalnego połączonego trwałym łącznikiem z segmentem hali półtechnik". (...)

Zamawiający zaakceptował wskazane wyjaśnienia i dokonał w dniu 14.02.2022 r. wyboru oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej, mimo iż Wykonawca jednoznacznie oświadczył. że w ramach inwestycji referencyjnej wykonano jeden budynek. Jest to oświadczenie, które ma na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do spełnienia przez inwestycje referencyjną warunku. o którym mowa w rozdziale IX ust. 2 pkt 4 SWZ (zdolność techniczna lub zawodowa). (...)

Wykonawca nie wyjaśnił podniesionej przez Zamawiającego rozbieżności pomiędzy składanymi oświadczeniami a treścią referencji i nie wykazał dlaczego sam inwestor w udzielonych referencjach wprost określił, że inwestycja polegała na wykonaniu dwóch budynków - Centrum B+R oraz hali półtechnik. Wykonawca powołuje się na nazwę inwestycji jako rzekomy dowód zrealizowania jednego budynku, ale pomija, że już z samej nazwy inwestycji wynika, że łącznik był częścią budynku hali półtechnik. Pomiędzy Centrum B+R a halą instalacji półtechnicznych w nazwie zadania jest spójnik „oraz", co oznacza, że przedmiotem zadania była budowa Centrum B+R oraz budowa hali wraz z łącznikiem, a nie Centrum B+R wraz z halą i łącznikiem. Niestety, tak mało przekonujące tłumaczenie okazało się dla Zamawiającego wystarczające.

Zamawiający sformułował pytanie wyraźnie żądając wskazania czy w ramach inwestycji referencyjnej wykonano jeden czy dwa budynki. Na tak zadane pytanie Wykonawca sformułował jednoznaczną odpowiedź, aby utrzymać Zamawiającego w przekonaniu, że mamy do czynienia z jednym budynkiem, a więc że warunek przetargowy został spełniony. W tym celu Wykonawca wprowadził w swoich wyjaśnieniach pojęcie „segmentu" a nie „budynku" (jak w referencjach), aby jeszcze bardziej utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, że to jedynie elementy większej całości (jednego budynku). Wykonawca wywołał u Zamawiającego mylne przekonanie, że Centrum B+R oraz hala półtechnik stanowią jeden budynek.

Tymczasem, Centrum B+R oraz hala półtechnik to faktycznie dwa odrębne budynki, które zostały ze sobą połączone krytym łącznikiem na poziomie +1, stanowiącym przejście pomiędzy nimi (zdjęcia powszechnie dostępne w internecie).

Tezie Wykonawcy przeczy treść decyzji Prezydenta Miasta Tarnowa nr 66/2017 z dnia 22.02.2017 r. zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę. Organ objął bowiem jednym pozwoleniem budowę dwóch budynków, co też wyspecyfikował w treści decyzji, wskazując dane techniczne obu budynków: (...) W decyzji o pozwoleniu na budowę osobno wskazano powierzchnię zabudowy i powierzchnie całkowite dwóch budynków. W treści decyzji o pozwoleniu na budowę w ww. zestawieniu powierzchni budynków, łącznik został przypisany do Centrum B+R jako stanowiący jego element. (...)

W oparciu o pozwolenie na budowę i zatwierdzony projekt budowlany, po dokonaniu oceny wykonanych robót pod względem zgodności z tym projektem, Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego wydał decyzji o pozwoleniu na użytkowanie inwestycji nr 104/2018 z dnia 20.11.2018 r.. Z treści pozwolenia na użytkowanie wynika, że „udziela się pozwolenia na użytkowanie budynku laboratoryjno-badawczego (centrum B+R), budynku hali instalacji półtechnicznych wraz z przewiązką łączącą obydwa budynki oraz obiektami towarzyszącymi (...)". Organ nie pozostawia wątpliwości, że mamy do czynienia nie z jednym, a dwoma budynkami dopuszczonymi do użytkowania. Podkreślenia wymaga, że takie ustalenia Organu wynikają z otrzymanej dokumentacji projektowej, a wydając pozwolenie na użytkowanie, jest związany treścią pozwolenia na budowę. W dalszej części decyzji o pozwoleniu na użytkowanie organ wyszczególnia każdy z odbieranych budynków i wskazuje jego parametry techniczne.

Wskazane budynki nie mają ze sobą istotnego funkcjonalnego związku i stanowią odrębne budynki także w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane przez budynek należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Oba budynki (Centrum B+R oraz hala półtechnik) nie posiadają wspólnych fundamentów i dachu i są niezależnie od siebie wydzielone z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych. Jest to oczywiste nie tylko dla organów wydających decyzje budowlane i oceniających projekt budowlany, ale również dla samego Inwestora ww. inwestycji, który w referencjach wprost wskazuje, że w jej ramach wykonano „obiekty kubaturowe: budynek Centrum B+R 2-kondygnacyjny; budynek hali instalacji półtechnicznych 1-kondygnacyjny, w części 2-kondygnacyjny". Jedynie Wykonawca, nie dysponując odpowiednimi zdolnościami technicznymi, próbuje wywołać mylne wyobrażenie u Zamawiającego, że mamy do czynienia z jednym budynkiem. (...)

Podkreślenia wymaga, że zarówno budynek hali półtechnik, jak i budynek Centrum B+R, stanowią samodzielne budynki z własnymi wejściami, wyposażeniem i są oddzielnie wykorzystywane (pełnią odmienne funkcje).

Jednocześnie, na mapie ewidencyjnej (Ewidencja Gruntów i Budynków) dostępnej na portalu , łącznik w ogóle nie został uwzględniony i pokazany, a Centrum B+R oraz hala półtechnik widnieją jako dwa odrębne budynki.

Do wskazanych dokumentów i źródeł (decyzja o pozwoleniu na budowę wraz z projektem budowlanym, decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, ewidencja gruntów i budynków) Wykonawca miał dostęp jako podmiot realizujący wskazaną inwestycję referencyjną. Mimo iż z powyższych jednoznacznie wynika, że mamy do czynienia z dwoma budynkami, Wykonawca w ramach niniejszego postępowania oświadczył, że zrealizował jeden budynek.

Tymczasem wyjaśnienia Wykonawcy nie są spójne z powyższymi dokumentami i mają na celu przekonanie Zamawiającego, wbrew treści wskazanych dokumentów, że Centrum B+R i hala półtechnik to jeden budynek. W tej sytuacji Wykonawca powinien zostać wykluczony już za sam fakt wprowadzenia Zamawiającego w błąd na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, ewentualnie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP. (...)

Wykonawca, niezależnie od tego, że w okolicznościach niniejszej sprawy działał w pełni świadomie i celowo, to składając oświadczenia zawarte w wykazach robót, co najmniej nie dochował należytej staranności wymaganej dla profesjonalisty zgodnie z art. 355 § 2 KC analizując dokumenty stanowiące podstawę do wypełnienia wykazu robót oraz udzielanych wyjaśnień. (...)

Wykonawca w pełni świadomie i celowo przedstawiał inwestycję jako rzekomo spełniającą ww. warunek udziału w postępowaniu, co sprawia, że w przedmiotowej sprawie dopuścił się uchybień wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, a ewentualnie, co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa pozwalających mu przypisać uchybienia wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP. Wykonawca powinien zostać za powyższe wykluczony czego Zamawiający zaniechał. (...)

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Wykonawca nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Spełnienia tego warunku nie potwierdza inwestycja referencyjna zrealizowana dla Grupy Azoty SA pn. „Budowa budynku laboratoryjno-biurowo-socjalnego oraz hali półtechnik wraz z wyposażeniem i z zagospodarowaniem terenu i przyłączami dla Centrum Badawczo-Rozwojowego Grupy Azoty SA w Tarnowie" wskazana w wykazie robót (Załącznik nr 5 SIWZ). (...)

Powyższe oznacza, że Wykonawca że inwestycja referencyjna z Załącznika nr 5 spełnia warunek udziału w postępowaniu odnośnie wykonania jednego budynku o określonym w tym warunku zakresie robót o wartości powyżej 15 mln zł brutto.

Ponadto, Wykonawca nie wykazał, mimo wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 10.02.2022 r., jaka była wartość robót, określonych w warunku, na budynku laboratoryjno-biurowo-socjalnym. Wykonawca oświadczył bowiem, że jest to jeden budynek i odniósł wartość robót określonych warunkiem jedynie do zrealizowanych budynków jako całości (jako jednego budynku), bez wyszczególnienia tych wartości dla poszczególnych budynków. W efekcie, Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla jednego budynku (Centrum B+R). (...)

Mając powyższe na uwadze, Wykonawca nie wykazał spełnienia ww. warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej, a w konsekwencji, jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 2 lit. b) PZP."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Firma Budowlana A.-Bud sp. z o.o.,

2) dokonania powtórnego badania i oceny złożonych ofert,

3) wykluczenia wykonawcy Firma Budowlana A.-Bud sp. z o.o. i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy,

4) odrzucenia oferty wykonawcy Firma Budowlana A.-Bud sp. z o.o.,

5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 23.02.2022 r. wykonawca Firma Budowlana A.-BUD sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1 p.10, 00-124 Warszawa (dalej: „przystępujący"), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 02.03.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wraz z dowodami i wniósł o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 04.03.2022 r. przystępujący przedstawił swoją argumentację wraz dowodami i wniósł o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 04.03.2022 r. odwołujący złożył wykaz dowodów wraz tymi dowodami.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na termomodernizacji budynku Rektoratu Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego.

W rozdziale VIII swz zamawiający przewidział wykluczenie wykonawcy na podstawie m.in. art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

W rozdziale IX pkt 1.4) swz zamawiający wskazał, że uzna za spełniony warunek zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu termomodernizacji budynku o kubaturze co najmniej 20 000 m3, której zakresem było wykonanie elewacji w technologii fasady aluminiowo-szklano-kompozytowej lub elewacji wentylowanej oraz wykonanie instalacji wentylacji i chłodu, o łącznej wartości tych robót nie mniejszej niż 15 000 000 zł brutto. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli ww. zakres robót wykonawca wykonał w ramach budowy lub przebudowy budynku, o kubaturze i wartości ww. robót jak wyżej.

Pismem z dnia 25.01.2022 r., zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia m.in. wykazu robót.

Przystępujący złożył wykaz robót, w którym wskazał inwestycję pn. „Budowa budynku laboratoryjno-biurowo-socjalnego oraz hali półtechnik wraz z wyposażeniem i z zagospodarowaniem terenu i przyłączami dla Centrum Badawczo- Rozwojowego Grupy Azoty S.A. w Tarnowie" obejmującą wykonanie m.in. następujących prac: elewacji systemowej wentylowanej z płyt ceramicznych oraz z płyt mineralno-akrylowych na podkonstrukcji, ścian fasadowych słupowo-ryglowych, instalacji wentylacji i chłodu. Jako kubaturę przystępujący wskazał: 52 846,99 m^3. Jako wartość przystępujący wskazał: „Powyżej 15 000 000,00zł brutto. Wartość całego zadania ponad 50 mln zł brutto".

Do wykazu robót przystępujący dołączył referencje, w których wskazano m.in.:

- „Przedmiotem inwestycji była budowa Centrum B+R Grupy Azoty S.A. oraz hali instalacji półtechnicznych wraz z łącznikiem, wraz z instalacjami wewnętrznymi (.)"
- „Obiekty kubaturowe:
- budynek Centrum B+R 2-kondygnacyjny
- budynek hali instalacji półtechnicznych 1-kondygnacyjny, w części 2-kondygnacyjny",
- „Wartość Zadania — przekroczyła kwotę 50,0 mln PLN brutto".

Pismem z dnia 03.02.2022 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień: „Czy kubatura oraz podana wartość robót (kubatura 52 846,99 m3, wartość powyżej 15 000 000 zł) dotyczy obu budynków wykonanych w ramach zadania inwestycyjnego przywołanego w treści Wykazu, czy jednego z wymienionych budynków tj. budynku laboratoryjno-biurowo-socjalnego Centrum B+R czy budynku hali instalacji półtechnicznych".

Pismem z dnia 07.02.2022 r. przystępujący odpowiedział m.in.: „W ramach zadania pn. „Budowy budynku laboratoryjno-biurowo-socjalnego oraz hali półtechnik wraz z wyposażeniem i z zagospodarowaniem terenu i przyłączami dla Centrum Badawczo-Rozwojowego Grupy Azoty S.A. w Tarnowie" wykonano jeden obiekt składający się z budynku laboratoryjno-biurowo-socjalny połączonego z halą półtechnik. Wartość całego zadania wynosiła ponad 50 mln zł brutto. Kubatura łącznie tego budynku wynosi 52 846,99 m3. Kubatura budynku w części laboratoryjno-biurowo-socjalnego wynosi 24 619,92 m3, kubatura budynku w części hali półtechnik wynosi 28 227,07 m3."

Pismem z dnia 10.02.2022 r. zamawiający ponownie wezwał przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w związku z wątpliwościami, czy w wyniku realizacji inwestycji wykazanej w wykazie robót budowlanych powstał jeden czy dwa budynki. W przypadku, gdyby wykazany obiekt składał się z dwóch budynków, zamawiający poprosił o wyjaśnienie, jaka była wartość robót w zakresie budynku laboratoryjno-biurowo-socjalnego.

Pismem z dnia 11.02.2022 r. przystępujący odpowiedział: „W ramach zadania pn.

„Budowy budynku laboratoryjno-biurowo-socjalnego oraz hali półtechnik wraz z wyposażeniem i z zagospodarowaniem terenu i przyłączami dla Centrum Badawczo-Rozwojowego Grupy Azoty S.A. w Tarnowie" wykonano jeden budynek składający się z segmentu laboratoryjno-biurowo-socjalnego połączonego trwałym łącznikiem z segmentem hali półtechnik. Wynika to również z przedstawionych przez Wykonawcę referencji: (.)". Dlatego też realizacja tego zadania traktowana jest jako jeden budynek, w skład którego wchodzi segment laboratoryjno-biurowo-socjalny, połączony trwale łącznikiem z segmentem hali półtechnik.

Nadto wskazuję, że przez łącznik przechodzi szereg instalacji wspólnych dla całego budynku, tj. Ciepło technologiczne, Instalacja co., Woda bytowa, Woda technologiczna, Powietrze sprężone, Powietrze technologiczne, Gaz ziemny, Woda zdemineralizowana, instalacja azotu co sprawia, że poszczególne części budynku są ze sobą funkcjonalnie połączone w taki sposób, że dla prawidłowego funkcjonowania segmentu laboratoryjno-biurowo-socjalnego niezbędne jest jego bezpośrednie połączenie z segmentem hali półtechnik, stąd oba te segmenty tworzą jednolitą, zorganizowana całość funkcjonalną (.)."

Pismem z dnia 14.02.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 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;

10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę:

2) jeżeli została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutów postawionych w odwołaniu w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść warunku udziału w postępowaniu, którego spełnienie musieli wykazać wykonawcy. W warunku tym wyraźnie i jednoznacznie jest mowa o wykonaniu termomodernizacji budynku (w liczbie pojedynczej) posiadającego określone parametry i wartość. Tym samym dla oceny tego, czy przystępujący wykazał spełnienie ww. warunku należy ocenić, czy wskazane przez niego doświadczenie obejmowało wykonanie jednego budynku.

Pojęcie „budynku" zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem, ilekroć w ustawie jest mowa o budynku - należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany

z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Wskazane przez przystępującego doświadczenie należy zatem oceniać w świetle tej właśnie definicji, gdyż ta definicja odnosi się do „budynku", o którym mowa w ww. warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym nie mają w niniejszej sprawie zastosowania definicje, orzeczenia i argumenty przywoływane przez przystępującego, a odnoszące się do takich pojęć jak: obiekt, inwestycja, czy zamierzenie budowlane, ponieważ ani obiekt, ani inwestycja, ani zamierzenie budowlane, nie są przedmiotem warunku opisanego w niniejszym postępowaniu. Pojęcia te mogą mieć w danym stanie faktycznym związek z pojęciem „budynku", gdyż „budynek" może wchodzić w zakres obiektu, inwestycji, czy zamierzenia budowlanego, niemniej jednak nie są tożsame z pojęciem „budynku" i w związku z przytoczoną wyżej treścią warunku, argumentacja związana z tymi pojęciami nie ma znaczenia dla oceny, czy przystępujący w tym konkretnym postępowaniu wykazał spełnienie tego warunku. Dodatkowo przywołane na rozprawie orzeczenia dotyczą budowy sieci energetycznej i drogi, czyli zupełnie odmiennych stanów faktycznych.

Oceniając zatem doświadczenie wskazane przez przystępującego, należy zauważyć, że zarówno Centrum B+R (laboratoryjno-biurowo-socjalne), jak i hala półtechnik, są trwale związane z gruntem, każde z nich jest wydzielone z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz każde posiada odrębne fundamenty i odrębny dach. Wynika to choćby ze zdjęć przedstawionych przez zamawiającego i przystępującego. Łączy je wąski, przeszklony łącznik znajdujący się na wysokości pierwszego piętra, ale nie wpływa to na podane wyżej parametry, tj. trwałe połączenie z gruntem, wydzielenie z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych, odrębne fundamenty i odrębny dach. Tym samym w świetle ww. definicji zawartej w art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane, zarówno Centrum B+R (laboratoryjno-biurowo-socjalne), jak i hala półtechnik, stanowią odrębne budynki.

Powyższe potwierdzają dowody złożone przez odwołującego:

1) projekt architektoniczno-budowlany, w którym:

- na str. 12 w pkt II.A.1. wymieniono osobno oba budynki wskazując dla każdego z nich odrębnie ich podstawowe parametry,
- na str. 12 w pkt II.A.2.1. oba budynki są opisywane jako odrębne: „projektowany budynek laboratoryjno-badawczy będzie posiadał 2 kondygnacje nadziemne, natomiast budynek hali instalacji półtechnicznych 1 kondygnację nadziemną oraz (...). Oba budynki będą połączone łącznikiem wykonanym w konstrukcji stalowej. W nowoprojektowanym budynku centrum B+R znajdować się będzie część szkoleniowa (...), natomiast budynek hali będzie przystosowany do montażu instalacji półtechnicznych (...)",
- na str. 15 w pkt II.A.3. ponownie wymieniono osobno oba budynki wskazując dla każdego z nich odrębnie ich parametry konstrukcyjne,
- od str. 16 w pkt II.A.4.1. odrębnie dla obu budynków opisano ich programy funkcjonalne,
- na str. 21 w pkt II.A.4.2. oraz w pkt II.A.4.4. odrębnie dla obu budynków opisano, z czego będą zbudowane ich ściany,
- na str. 22 w pkt II.A.4.5. odrębnie dla obu budynków opisano ich stropodachy i attykę,
- na str. 23 w pkt II.A.4.8. oraz w pkt II.A.4.9. odrębnie dla obu budynków opisano, z czego będą zbudowane ich podłogi, stropy i posadzki na stropach,
- na str. 25 w pkt II.A.4.18. odrębnie dla obu budynków opisano ich izolacje termiczne,
- na str. 28 w pkt II.A.9.1. odrębnie dla obu budynków opisano ich podstawowe parametry (powierzchnie, kubatury, wysokości),
- na str. 29 i 30 w pkt II.A.9.4. i w pkt II.A.9.5. odrębnie dla obu budynków opisano ich odporność pożarową,
- na str. 31 w pkt II.A.9.7. wskazano: „Budynki są obiektami wolnostojącymi oddalonymi od innych obiektów o co najmniej 20 m. Tylko jedną stroną budynek laboratoryjny jest połączony łącznikiem do budynku hali. (...)"

2) opis techniczny - projekt konstrukcji, w którym w pkt II.C.3. opisano charakterystykę ogólną odrębnie dla obu budynków (A i B) oraz łącznika (C), w pkt II.C.3.3. opisano ściany i przegrody konstrukcyjne odrębnie dla obu budynków (A i B), w pkt II.C.3.4. opisano

odporność pożarową odrębnie dla jednego budynku z łącznikiem (A i C) oraz drugiego budynku (B),

3) projekt zagospodarowania terenu, w którym w pkt I.A.4. wymieniono oba budynki jako odrębne obiekty kubaturowe, w pkt I.C.3. wymieniono oba budynki odrębnie w celu opisania wszystkich wejść do nich, w pkt I.D. wymieniono odrębnie oba budynki opisując ich parametry, na dołączonej mapie zaznaczono oba budynki odrębnie jako „A" i „B",

4) charakterystyki energetyczne odrębne dla każdego budynku,

5) wypis z kartoteki budynków prowadzonej przez Miasto Tarnów, w której każdy z ww. budynków jest wymieniony w odrębnej pozycji pod innym numerem (związek danej pozycji z danym budynkiem ustalony przez Izbę na podstawie numeru i obrębu działki oraz powierzchni użytkowej z projektu),

6) decyzja Prezydenta Miasta Tarnowa nr 66/2017 z dnia 22.02.2017 r., którą zatwierdzono projekt budowlany i udzielono pozwolenia na budowę i w której wymieniono odrębnie budynek Centrum B+R wraz z łącznikiem i danymi technicznymi oraz budynek hali instalacji półtechnicznych wraz z danymi technicznymi,

7) decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego Miasta Tarnowa nr 104/2018 z dnia 20.11.2018 r., którą udzielono pozwolenia na użytkowanie i w której wymieniono odrębnie budynek laboratoryjno-badawczy wraz z danymi technicznymi oraz budynek hali instalacji półtechnicznych wraz z danymi technicznymi.

Z treści wszystkich ww. dowodów wynika zatem, że przystępujący wykonał dwa odrębne budynki w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, różniące się parametrami, funkcjami i częściowo materiałami, z których są wykonane. Treść ww. dowodów przedstawionych przez odwołującego jest zatem zbieżna z treścią referencji złożonych w toku postępowania przez przystępującego, w których też przecież wskazano odrębnie budynek Centrum B+R oraz budynek hali instalacji półtechnicznych. Izba uznała przy tym ww. dowody złożone przez odwołującego za wiarygodne i oparła na nich swoje ustalenia, ponieważ dotyczą one tych konkretnych budynków, które przystępujący wskazał jako swoje doświadczenie, zatem dowody te najlepiej opisują to, co jest przedmiotu sporu w niniejszej sprawie.

Jednocześnie Izba nie uznała za przydatne i wiarygodne dowody złożone przez zamawiającego i przystępującego w postaci:

1) opinii Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego z dnia 26.05.2015 r., w której stwierdzono, że „zespół segmentów (pawilonów) - trwale związanych z gruntem, wydzielonych z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadających fundamenty i dach - należy traktować jako jeden budynek, jeżeli wchodzące w jego skład części są połączone ww. łącznikiem", ponieważ opinia ta (pomijając, że nie została wydana w związku z inwestycją wskazaną przez przystępującego) dotyczy kwestii stosowania art. 64 ustawy Prawo budowlane, tj. kwestii sposobu prowadzenia książki obiektu budowlanego i w związku z powyższym tylko w tym zakresie powoływanie się na tę opinię mogłoby być zasadne, natomiast nie znajduje uzasadnienia w niniejszej sprawie,

2) opinii inwestora, czyli spółki Grupa Azoty S.A., ponieważ w opinii tej nie stwierdzono, że został wybudowany jeden budynek, a poza tym nawet gdyby takie stwierdzenie znalazło się w tej opinii, jego moc dowodowa, w ocenie Izby, byłaby mniejsza niż dokumentów sporządzonych i wydanych w związku z procesem budowlanym przez właściwe uprawnione osoby i organy,

3) wydruki ze stron internetowych z komunikatami opisującymi inwestycję i wypowiedziami inwestora na jej temat, gdyż:

- z treści komunikatów nie wynika, że został wybudowany jeden budynek w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (w dodatku na marginesie należy zauważyć, że w treści komunikatu z dnia 23.08.2017 r. wręcz wymieniono w ramach projektu dwa budynki i wskazano na teren wokół „budynków", zatem akurat ten komunikat nie potwierdza argumentacji przystępującego),

- przedłożone wydruki zawierają komunikaty mające na celu promocję ww. inwestycji, zatem ich treść i słowa zostały dobrane pod kątem właśnie promocji, co powoduje, że nawet gdyby była w nich mowa o budowie jednego budynku, nie mogłyby przesądzać o tym, czy rzeczywiście został wybudowany jeden czy dwa budynki i musiałyby mieć, w ocenie Izby, mniejszą moc dowodową niż dokumenty sporządzone i wydane w związku z procesem budowlanym przez właściwe uprawnione osoby i organy.

Izba stwierdziła jednocześnie, że złożone przez odwołującego i przystępującego opinie

wydane przez Zespół Rzeczoznawców Budowlanych PZITP Oddział w Rzeszowie oraz przez mgr inż. T.B., są opiniami prywatnymi wyrażającymi stanowiska strony i uczestnika w postępowaniu odwoławczym. Izba dokonała zatem analizy i oceny tych stanowisk w oparciu o dokumentację postępowania, wypowiedzi stron i przystępującego wyrażone na rozprawie i w pismach procesowych oraz w oparciu o ww. dowody złożone przez odwołującego, które zostały uznane za przydatne i wiarygodne.

Izba oddaliła wniosek przystępującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, ponieważ uznała, że fakty konieczne do ustalenia w niniejszej sprawie, są możliwe do ustalenia na podstawie złożonych już dowodów, w tym dowodów bezpośrednio związanych z budynkami wskazanymi jako doświadczenie przystępującego. Izba oddaliła także z tych samych powodów wniosek przystępującego o odroczenie rozprawy w celu umożliwienia przedstawienia kolejnego dowodu z opinii GUNB, ponadto zauważyć należy, że znając termin rozpoznania odwołania przez Izbę, strony i uczestnicy powinni być przygotowani na zgromadzenie dowodów w wyznaczonym w danej sprawie terminie.

W niniejszej sprawie Izba nie podzieliła także argumentacji zamawiającego, zgodnie z którą wykonanie samego budynku Centrum B+R (laboratoryjno-biurowo-socjalnego) jest wystarczające do wykazania doświadczenia przez przystępującego. Należy zauważyć, że zgodnie z treścią warunku w ramach budynku miały być wykonane roboty w zakresie elewacji w technologii fasady aluminiowo-szklano-kompozytowej lub elewacji wentylowanej oraz instalacji wentylacji i chłodu o łącznej wartości tych robót nie mniejszej niż 15.000.000 zł brutto. W wykazie robót przystępujący wskazał jako wartość: „Powyżej 15 000 000,00zł brutto, Wartość całego zadania ponad 50 mln zł brutto". W referencjach wskazano tylko wartość zadania (czyli obu budynków) jako przekraczającą kwotę 50 mln zł brutto. W wyjaśnieniach z dnia 07.02.2022 r. przystępujący wskazał, że prace związane z wykonaniem elewacji systemowej wentylowanej z płyt ceramicznych oraz z płyt mineralno-akrylowych na podkonstrukcji oraz ścian fasadowych słupowo-ryglowych wykonane były w części laboratoryjno-biurowo-socjalnej, zaś prace związane z wykonaniem instalacji wentylacji i chłodu wykonane były „na całym budynku", czyli także w hali półtechnik, a wartość przekraczająca 15.000.000,00 zł dotyczy wszystkich ww. prac, w tym prac w zakresie instalacji wentylacji i chłodu. Skoro zatem sam przystępujący wskazał, że instalacja wentylacji i chłodu była wykonywana zarówno w Centrum B+R, jak i w hali półtechnik, to nie wiadomo, jaka część z kwoty 15.000.000 zł stanowiła wartość ww. instalacji w budynku Centrum B+R, a jaka część - w hali półtechnik. Z uwagi na brak wiedzy w tym zakresie, na podstawie dotychczas złożonych dokumentów nie da się ustalić, czy roboty wykonane w ramach budynku Centrum B+R (laboratoryjno-biurowo-socjalnego) rzeczywiście miały wartość min. 15.000.000 zł brutto.

Nie jest przy tym zasadne stanowisko zamawiającego, jakoby wartość instalacji wentylacji i chłodu powinna być w całości uwzględniona dla wykazania spełnienia warunku, gdyż jest nierozerwalnie związana z budynkiem Centrum B+R. Jeżeli w opisie warunku zamawiający wymagał wykazania doświadczenia w zakresie robót wykonanych w jednym budynku, to nie może na obecnym etapie zaliczać do wartości tych robót instalacji, które wchodzą w zakres drugiego budynku. Ocena spełnienia warunku musi być bowiem dokonywana konsekwentnie w stosunku do wymagań zawartych w warunku, czyli w tym wypadku - wymagana wartość musi być oceniana w obrębie robót wykonanych w jednym budynku i nie może obejmować robót wykonanych w drugim, odrębnym budynku. Skoro zatem zamawiający nie ustalił, jaka jest wartość wymaganych robót wykonanych w obrębie budynku Centrum B+R z wyłączeniem hali półtechnik (przystępujący nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie), to nie ma podstaw, by uznać, że przystępujący wykazał spełnienie warunku poprzez wykazanie realizacji samego tylko budynku Centrum B+R, gdyż nie jest znana wartość robót wykonanych tylko w tym budynku.

Reasumując, Izba stwierdziła, że wskazane przez przystępującego doświadczenie obejmowało wykonanie dwóch odrębnych budynków, tj. budynku Centrum B+R (laboratoryjno-biurowo-socjalnego) oraz budynku hali półtechnik. W świetle treści warunku udziału w postępowaniu oznacza to, że przystępujący nie wykazał spełnienia tego warunku i niezgodnie ze stanem faktycznym udzielał wyjaśnień, w których wskazywał na posiadanie doświadczenia w wykonaniu jednego budynku.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Przystępujący wprawdzie od początku wskazywał w wykazie robót oraz w złożonych referencjach, że wykonał Centrum B+R oraz halę półtechnik i w tym zakresie podane przez niego informacje były zgodne ze stanem faktycznym. Ale jednocześnie w wyjaśnieniach z dnia 07.02.2022 r. i z dnia 11.02.2022 r. przystępujący wskazywał, że ww. Centrum oraz hala są jednym budynkiem.

Tymczasem przystępujący, jako wykonawca ww. inwestycji, musiał znać informacje zawarte w wyżej wskazanych dowodach w postaci projektu architektoniczno-budowlanego, opisu technicznego - projektu konstrukcji, projektu zagospodarowania terenu, charakterystyk energetycznych budynków, decyzji o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę oraz decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Tym samym przystępujący powinien był wiedzieć, że w ww. dokumentach oba budynki są opisywane odrębnie. Oznacza to, że przystępujący udzielając wyjaśnień, w których wskazywał, że Centrum B+R oraz hala półtechnik są jednym budynkiem, przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, co nie tylko mogło, ale też miało wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdyż oferta przystępującego została uznana za najkorzystniejszą.

Izba uznała jednocześnie, że działanie przystępującego można byłoby uznać za zamierzone lub rażąco niedbałe, gdyby przystępujący w swoich oświadczeniach ukrywał, że inwestycja składa się z Centrum B+R oraz hali półtechnik połączonych łącznikiem. Jednak informację tę przystępujący od początku podawał zgodnie ze stanem faktycznym, a jedynie niezasadnie, mimo treści ww. dokumentów związanych z procesem budowlanym, w udzielanych wyjaśnieniach informował zamawiającego, że Centrum i hala tworzą jeden budynek. Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła, że zachowanie przystępującego należy ocenić jako lekkomyślność lub niedbalstwo polegające na braku dochowania należytej staranności w ocenie własnego doświadczenia w świetle dokumentów, które powinny być przystępującemu znane. Dlatego też Izba stwierdziła, że przystępujący podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący .....