Sygn. akt: KIO 1709/22

WYROK

z dnia 19 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Climamedic Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Michałowicach,

w postępowaniu prowadzonym przez Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie,

przy udziale wykonawcy Zab-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Climamedic Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Michałowicach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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: .....

Zamawiający - Centralny Szpital Kliniczny Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Termomodernizacja w ramach projektu „Poprawa efektywności energetycznej w budynkach CSK MSWiA w Warszawie" w systemie „zaprojektuj i wybuduj" w ramach działania 1.3.1 oś priorytetowa I Zmniejszenie emisyjności gospodarki Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014-2020. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lutego 2022 r. pod nr 2022/S 025-059549 .

W dniu 27 czerwca 2022 r. wykonawca Climamedic Sp. z o.o. Sp.k. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZAB-BUD Sp. z o.o. oraz wobec zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i jako, który wprowadził Zamawiającego w błąd oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, przez wybór oferty ZAB BUD Sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została ona wybrana przez Zamawiającego na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, gdyż jest on wykonawcą niespełniającym warunki udziału w postępowaniu w zakresie ogólnego warunku doświadczenia i ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w ramach inwestycji wskazanej w pierwotnym wykazie wykonawca nie mógł zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów;

2) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZAB BUD Sp. z o.o., który wprowadził Zamawiającego w błąd wskazując, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (zrealizowanie robót na czynnym obiekcie w ramach warunku udziału w postępowaniu obejmującego doświadczenie) i został on niezasadnie wezwany do uzupełnienia dokumentów;

3) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, przez wybór oferty ZAB BUD Sp. z o.o., która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została ona wybrana przez Zamawiającego na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, gdyż jest on wykonawcą niespełniającym warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej odnoszącej się do osób Kierownika budowy branży budowlanej, Kierownika robót branży elektrycznej oraz Kierownika robót sanitarnych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty ZAB BUD Sp. z o.o., wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w treści SWZ Zamawiający ustalił m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu:

7. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu i wymagania określone w niniejszej SWZ.

3) zdolności technicznej lub zawodowej

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat lub jeżeli okres

wykonywania działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał (zakończył; rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej) co najmniej 1 robotę budowlaną w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane polegającą na termomodernizacji budynku użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto oraz przynajmniej 1 w czynnym obiekcie polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kategorii

budowlanej XI (zgodnie z Prawem Budowlanym), na kwotę nie niższą niż 20.000.000,00 PLN brutto, (z podaniem daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie).

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje następującymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadającymi niezbędne do wykonania zamówienia kwalifikacje zawodowe, tj. posiadającymi uprawnienia budowlane, o których mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 1333) oraz w Rozporządzeniu Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r., poz. 831) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie 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 (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 220) lub zamierzający świadczyć usługi transgraniczne w rozumieniu przepisów tej ustawy oraz art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1117), tj.:

- Kierownikiem budowy branży budowlanej - co najmniej 1 osoba, posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Kierownik budowy powinien posiadać co najmniej 5 letnie (pięcio) doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy oraz posiadać doświadczenie zawodowe nabyte w ciągu ostatnich 10 lat (dziesięciu) polegające na prowadzeniu co najmniej jednej inwestycji obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę obiektu kategorii budowlanej XI (zgodnie z Prawem Budowlanym) o wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto. Zamawiający uznaje iż doświadczenie liczone jest od dnia uzyskania uprawnień.

- Kierownikiem robót branży elektrycznej - co najmniej 1 osoba, posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Kierownik robót elektrycznych powinien posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót Elektrycznych oraz posiadać doświadczenie nabyte w ciągu ostatnich 10 lat polegające na prowadzeniu co najmniej jednej inwestycji obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę obiektu kategorii budowlanej XI (zgodnie z Prawem Budowlanym) o wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto. Zamawiający uznaje iż doświadczenie liczone jest od dnia uzyskania uprawnień.

- Kierownik robót sanitarnych - co najmniej 1 osoba, posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych, kanalizacyjnych. Kierownik robót sanitarnych powinien posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych oraz powinien posiadać doświadczenie nabyte w ciągu ostatnich 10 lat polegające na prowadzeniu co najmniej jednej inwestycji obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę obiektu kategorii budowlanej XI (zgodnie z Prawem Budowlanym) o wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto. Zamawiający uznaje iż doświadczenie liczone jest od dnia uzyskania uprawnień.

W ramach prowadzonego postępowania Zamawiający w Rozdziale 8 przedstawił następujące przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania:

8. Podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania

Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1-6 ustawy

Pzp.

Wykluczenie Wykonawcy nastąpi w przypadkach, o których mowa w art. 111 ustawy Pzp Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1,

2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający oceni, czy podjęte przez Wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy, a jeżeli uzna, że nie są wystarczające, wykluczy Wykonawcę.

Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania, ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty Zab-Bud 12 maja 2022 r. Na tę czynność Odwołujący 23 maja 2022 r. wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 1379/22), jednakże Zamawiający unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co zmusiło Odwołującego do cofnięcia odwołania. Zamawiający nie wykonał jednak czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, lecz wezwał wykonawcę Zab-Bud do uzupełnienia dokumentów i dokonał ponownego wyboru oferty tego wykonawcy.
Zarzut dotyczący doświadczenia wykonawcy

Odwołujący wskazał, że Zab-Bud w złożonej ofercie w zakresie drugiej części warunku doświadczenia wskazał w wykazie robót następujące zadanie: (realizowane przez „P.P.U. "HEGOR" Sp. z o.o.) „Modernizacja i rozbudowa budynku w Warszawie przy ul. Koszykowej 79A na potrzeby Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. w Zagórzu" w okresie od 11.01.2019 r. do 10.08.2021 r. na rzecz inwestora Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. w Zagórzu k/Warszawy. Powyższe doświadczenie zostało użyczone przez P.P.U. "HEGOR" Sp. z o.o. na mocy zobowiązania złożonego z ofertą. Kompleksowe dane odnośnie powyższego zadania znajdują się na stronie internetowej Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. pod adresem:

Zdaniem Odwołującego wskazane źródło pozwala na ustalenie, że zadanie, na które powołuje się wykonawca, nie zostało wykonane na czynnym obiekcie, co determinuje konieczność uznania, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i wprowadził Zamawiającego w błąd wskazując w wykazie tę inwestycję. Ponieważ jest to okoliczność możliwa do stwierdzenia jednoznacznie, bez sięgania po interpretacje, czy jakiekolwiek analizy, o której wykonawca z pewnością wiedział, należy również uznać, że oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków stanowi celowe wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podniósł, że pod pojęciem „realizacja robót budowlanych na czynnym obiekcie" kryje się realizacja zadania na obiekcie znajdującym się w ciągłym użytkowaniu zgodnym z jego przeznaczeniem. Ze względu na charakter robót obejmujących wykonanie termomodernizacji budynku funkcjonującego szpitala Zamawiający w ramach warunku doświadczenia żądał wykazania się realizacją robót na czynnym obiekcie kategorii XI wg klasyfikacji obiektów budowlanych ujętej w ustawy Prawo budowlane na czynnym - a więc stale funkcjonującym obiekcie budowlanym.

Odwołujący wskazał, że niemal identyczny stan faktyczny był przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 767/21 i KIO 774/21, w której Izba uwzględniając odwołanie stwierdziła m.in., że wbrew informacji podanej w wykazie przez wykonawcę, którego oferta została zaskarżona, obiekt wskazany na potwierdzenie spełnienia warunku był wyłączony z użytkowania i tym samym nie można było uznać, aby jednocześnie był obiektem czynnym. Przedstawienie takiej inwestycji w wykazie Izba uznała jednocześnie jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Odwołujący podniósł, że z informacji o przebiegu realizacji inwestycji wskazanej przez Zab-Bud na potwierdzenie warunku wynika, że przedmiotem zadania inwestycyjnego nie było realizowanie robót na czynnym obiekcie (Informacja o inwestycji:

). Pod powyższym linkiem znajduje się szereg
dokumentów, w tym prezentacja wskazująca w sposób uproszczony przebieg inwestycji, film z realizacji fragmentu robót oraz obszerna galeria zdjęć, z których to dokumentów jasno wynika, że obiekt powstawał od podstaw, był całkowicie wyłączony i niezdatny do użytkowania w trakcie robót. Na szczególną uwagę zasługuje widniejąca na tej stronie prezentacja w formacie PowerPoint, która w następujący sposób wskazuje stan zaawansowania robót na dzień 06.05.2019 r.:

- rozebranie istniejącej części budynku - 100%
- rozebranie piwnicy i ław fundamentowych budynku istniejącego - 100%
- wykonanie podkładów z chudego betony - 100%

- wykopy i wywiezienie gruzu i ziemi - 100%
- ławy fundamentowe - 90%
- ściany fundamentowe żelbetowe - 90%
- izolacja pod ławami fundamentowymi - 100%
- instalacja odgromowa - 10%

Zdaniem Odwołującego powyższe dowodzi, że inwestycja ta polegała na rozebraniu do fundamentów istniejącego budynku i wzniesieniu całkowicie nowego obiektu, a co za tym idzie brak było możliwości (ze względu na istotę i charakter inwestycji), aby powyższe zadanie było realizowane na czynnym obiekcie. Już pobieżna analiza tych dokumentów wskazuje, że obiekt był nie tyle wyłączony z użytkowania, lecz wprost niezdolny do jakiejkolwiek eksploatacji. Pierwotny obiekt został bowiem całkowicie wyburzony i na jego miejsce doszło do wzniesienia nowego obiektu. Na żadnym z prezentowanych na powyższej stronie materiałów nie widać jakichkolwiek oznak użytkowania tego obiektu w trakcie prowadzonej inwestycji.

Odwołujący zaznaczył, że niezależnie od tego, czy wykonawca samodzielnie wykonywał dane zadanie inwestycyjne, czy też posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego, jego obowiązkiem jest rzetelne prezentowanie wszelkich informacji w postępowaniu, szczególnie tych odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, gdyż to one decydują o udziale podmiotu w procedurze, zaś w niniejszym wypadku zdecydowały o wyborze oferty Zab-Bud jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że obiekt wskazany w poz. 2 wykazu, niebędący obiektem czynnym, jest jedynym obiektem w wykazie wpisujący się w definicję obiektu z kategorii XI, do której zaliczają się: budynki służby zdrowia, opieki społecznej i socjalnej, jak: szpitale, sanatoria, hospicja, przychodnie, poradnie, stacje krwiodawstwa, lecznice weterynaryjne, domy pomocy i opieki społecznej, domy dziecka, domy rencisty, schroniska dla bezdomnych oraz hotele robotnicze. Nie można zatem przyjąć, że w zakresie tej części warunku Zab-Bud zaprezentował inną realizację. Obie realizacje wskazane w treści wykazu robót zostały zrealizowane przez P.P.U. HEGOR Spółka z o.o., zaś sama treść zobowiązania odnosi się do pełnej treści warunku. Tym samym to inwestycja z poz. 2 wykazu została wskazana na potwierdzenie 2 części warunku.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że Zab-Bud, prezentując te informacje na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowania wprowadził Zamawiającego w błąd i było to działanie przynajmniej wynikające z lekkomyślności lub niedbalstwa. Błędne wyobrażenie Zamawiającego o rzeczywistym stanie rzeczy poskutkowało następnie uznaniem, że ww. wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zaś następnie to przeświadczenie Zamawiającego zdecydowało o wadliwym wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający, po wniesieniu przez Odwołującego pierwszego odwołania, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie wezwał Zab-Bud pismem z 8 czerwca 2022 r. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający poinformował w wezwaniu, że złożone wcześniej dokumenty nie potwierdzają, że prace wskazane w wykazie robót były wykonywane w obiekcie czynnym. Zab-Bud przedstawił nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego (ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp.k.). W dokumencie tym zostało wskazane, że udostępnienie obejmuje doświadczenie w realizacji jednej roboty budowlanej polegającej na termomodernizacji budynku użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 20 000 000,00 PLN brutto oraz doświadczenie w realizacji jednej roboty budowlanej w czynnym obiekcie polegającej na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kategorii budowlanej XI na kwotę nie niższą niż 20 000 000,00 PLN brutto. W ramach uzupełnienia Zab-Bud przedstawił nowy wykaz robót obejmujący dwie realizacje ALSTAL:

- „Kompleksowa modernizacja energetyczna obiektu po Wydziale Chemii UAM (obecnie Collegium Heliodory Święcicki) przy ul. Grunwaldzkiej 6 w Poznaniu”
- „Rozbudowa budynków Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w ramach zadania „Nowoczesna baza Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku - Białej” przy ul. Wyzwolenia 18”.

W ocenie Odwołującego uzupełnienie tego dokumentu było niedopuszczalne.

W ramach pierwotnego wykazu Zab-Bud przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje, że wskazane tam realizacja na potwierdzenie głównego warunku była realizowana na czynnym obiekcie. Jak wskazuje się w orzecznictwie instytucja uzupełnienia dokumentu nie służy do zastępowania informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Taka praktyka jest sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający natomiast kontynuował procedurę z udziałem Zab-Bud, wzywając go do uzupełnienia dokumentów, co miało wpływ na wynik postępowania, tj. na wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący podniósł, że kolejna inwestycja, przedstawiona w uzupełnionym wykazie robót, również nie spełnia warunku, gdyż podobnie jak w pierwszym przypadku inwestycja dotyczy w zasadzie budowy nowego obiektu "przy istniejącym", co wynika z treści referencji oraz strony wykonawcy ALSTAL. Prace w istniejącym budynku dotyczyły jedynie powierzchni około 300 m2, a w zasadzie obejmowały połączenie obu obiektów (istniejącego i nowo budowanego). Inwestycja obejmowała bowiem wybudowanie przy istniejącym szpitalu onkologicznym pięciokondygnacyjnego budynku, który ze starą zabudową połączyła przewiązka (tzw. łącznik). Tym samym warunek dotyczący wykonania robót budowlanych na "czynnym obiekcie" o wartości 20 mln złotych nie mógł zostać spełniony. Odwołujący powołał się na informacje ze strony

Wskazał, że zostało tam podane m.in.: Projekt rozbudowy Centrum

Onkologii Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej zakładał wybudowanie przy istniejącym szpitalu onkologicznym pięciokondygnacyjnego budynku, który ze starą zabudową połączyła przewiązka. W nowym gmachu znalazły się między innymi: oddział leczenia terapią izotopową oraz cztery nowoczesne sale operacyjne. Z kolei na stronie

whttps://dziennikzachodni.pl/ale-efekt-nowy-budynek-beskidzkiego-centrum-onkologii-szpitala-miejskiego-w-bielskubialej-juz-otwarty-zapiera-dech-w-piersiach/ar/c1-15820311piersiach/ar/c1-15820311idoczny jest w galerii nowy obiekt powiązany ze starym łącznikiem. Tym samym Zab-Bud powinien zostać nie tylko wykluczony ze względu na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, lecz również ze względu na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut dotyczący kadry kierowniczej

Odwołujący wskazał, że Zab-Bud w zakresie warunku odnoszącego się do kadry kierowniczej podał dla Kierownika budowy branży budowlanej, Kierownika robót elektrycznych oraz Kierownika robót sanitarnych następujące zadanie: „Roboty budowlane mające na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A" w systemie zaprojektuj i wybuduj", okres realizacji: od 29.06.2020 do 14.12.2021 Inwestor: Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki, ul. Rzgowska 281/289, 93-338 Łódź o wartości 20.573.846,12 zł brutto. Wykonawca ten w powyższym zakresie polegał na zasobach podmiotu trzeciego w postaci PAGMA BUD.

Odwołujący podniósł, że również ubiegał się o powyższe zamówienie i stąd posiada informacje, że powyższe zadanie obejmowało nie tylko realizację robót budowlanych, lecz również dostawę urządzeń i aparatury medycznej oraz dostawę instalacji gazów medycznych. Stąd też ogólna wartość robót budowlanych powinna zostać pomniejszona o wartość towarzyszącej robotom dostawy tychże urządzeń. W ofercie Odwołującego, złożonej w postępowaniu na rzecz Centrum Zdrowia Matki Polki wartość dostawy opiewała na kwotę około 3.000.000 złotych brutto. Powyższe powoduje, że w zakresie 3 osób wskazanych na stanowisko kierowników warunek nie został spełniony pod względem wartościowym - wartość robót nie przekracza bowiem kwoty 20.000.000 złotych.

Odwołujący wskazał, że wystąpił do inwestora z wnioskiem o udostepnienie informacji publicznej odnoszącej się do wartości poszczególnych robót budowlanych oraz dostaw urządzeń medycznych oraz instalacji gazów medycznych. Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki przesłał Odwołującemu umowę oraz harmonogram rzeczowo-finansowym, z których to dokumentów wynika, że wartość instalacji gazów medycznych wraz z dostawą sprzętu medycznego przekraczała 3 mln. złotych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Zab-Bud Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące doświadczenia wykonawcy

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 7.1.3.a SWZ Zamawiający opisał następujące warunki udziału w postępowaniu:

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat lub jeżeli okres wykonywania działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał (zakończył; rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej) co najmniej 1 robotę budowlaną w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane polegającą na termomodernizacji budynku użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto oraz przynajmniej 1 w czynnym obiekcie polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kategorii budowlanej XI (zgodnie z Prawem Budowlanym), na kwotę nie niższą niż 20.000.000,00 PLN brutto, (z podaniem daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie).

W punkcie 8 SWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia dotyczące podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania:

Zamawiający wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 1-6 ustawy

Pzp.

Wykluczenie Wykonawcy nastąpi w przypadkach, o których mowa w art. 111 ustawy Pzp

Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający oceni, czy podjęte przez Wykonawcę czynności są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Wykonawcy, a jeżeli uzna, że nie są wystarczające, wykluczy Wykonawcę.

Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę na każdym etapie postępowania, ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zgodnie z punktem 9.3 SWZ: Zamawiający wezwie do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

a) Informacji z KRS - w zakresie art. 108. ust. 1 pkt 1 i 2

b) Oświadczenia wykonawcy w sprawie grupy kapitałowej - w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5

c) Oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu

o niepodleganiu wykluczeniu - w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 3-6.

Zamawiający nie wymagał przedłożenia żadnych dokumentów lub oświadczeń na

potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na innych podstawach.

Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawił następujący Wykaz wykonanych usług w ciągu ostatnich 5 lat (lub w okresie prowadzenia działalności, jeżeli jest krótszy), na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej:

Lp.	Nazwa zadania	Wartość w zł	Data realizacji	Zamawiający (nazwa, adres)
1	„Termomodernizacja budynku Głównego Urzędu Statystycznego”	35 305 731,77 zł brutto	od 21.05.2019 r. do 30.06.2021 r.	Główny Urząd Statystyczny, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa
2	„Modernizacja i rozbudowa budynku w Warszawie przy ul. Koszykowej 79A na potrzeby Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. w Zagórzu”	20 926 148,96 zł brutto	od 11.01.2019 r. do10.08.2021 r.	Mazowieckie Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. w Zagórzu k/Warszawy, 05-462 Wiązowna

Pismem z 8 czerwca 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia: dokumentu potwierdzającego, że w okresie ostatnich pięciu lat lub jeżeli okres wykonywania działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał (zakończył; rozpoczęcie mogło nastąpić wcześniej) co najmniej 1 robotę budowlaną w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane polegającą na termomodernizacji budynku użyteczności publicznej, o wartości co najmniej 20.000.000,00 PLN brutto oraz przynajmniej 1 w czynnym obiekcie polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu kategorii budowlanej XI (zgodnie z Prawem Budowlanym), na kwotę nie niższą niż 20.000.000,00 PLN brutto, (z podaniem daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie). Uzasadnienie: Złożone przez Wykonawcę dokumenty załączone do odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 kwietnia 2022 r. nie potwierdzają, że prace wskazane w wykazie robót były wykonywane w obiekcie czynnym.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przedstawił nowy wykaz robót i poinformował, że zmianie uległ podmiot trzeci na zdolnościach, którego będzie polegać w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym przedstawia również dokumenty potwierdzające, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania. Przystępujący przedstawił następujący wykaz:

Lp.	Nazwa zadania	Wartość w zł	Data realizacji	Zamawiający (nazwa, adres)
1	„Kompleksowa modernizacja energetyczna obiektu po Wydziale Chemii UAM (obecnie Collegium Heliodory Święcicki) przy ul. Grunwaldzkiej 6 w Poznaniu”	39 061 170,17 zł brutto, w tym wartość robót wykonana przez Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp.k. - 38 670 558,47 zł brutto	16.08.2017r. 30.11.2019r.	Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu ul. H. Wieniawskiego 1 61-712 Poznań

2	„Rozbudowa budynków Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w ramach zadania „Nowoczesna baza Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II w Bielsku - Białej" przy ul. Wyzwolenia 18	80 921 137,77 zł brutto, w tym wartość robót wykonana przez Alstal Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp.k.- 80 111 926,39 zł brutto	09.08.2019r. 24.11.2021r.	Miasto Bielsko - Biała Urząd Miejski w Bielsku - Białej ul. pl. Ratuszowy 1 43-300 Bielsko - Biała

W załączonych do wykazu referencjach dotyczących poz. 2 wykazu wskazano m.in.:

W ramach inwestycji wykonano: rozbudowę budynków Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego im. Jana Pawła II obejmującą w szczególności:

1. Rozbudowę zespołu pawilonów o nowy segment szpitalny wraz z łącznikami komunikacyjnymi,

2. Budowę zbiornika wody rezerwowej V=80m3,

3. Budowę fundamentu i kontenera tri-generacji,

4. Budowę fundamentu pod zbiornik z ciekłym tlenem,

5. Przebudowę strefy wejściowej budynku głównego z budową pochylni wejściowych,

6. Przebudowę budynku warsztatowego na serwerownię,

7. Remont zabytkowego ogrodzenia,

8. Przebudowę i rozbudowę instalacji wewnętrznych i infrastruktury technicznej.

Ponadto zakres inwestycji obejmował:

1.Roboty ziemne, w tym zabezpieczenie wykopu za pomocą ścianki Berlińskiej oraz zabezpieczenie fundamentów istniejącego budynku w postaci palisady z pali żelbetowych. Wykonanie posadowienia pośredniego budynku w postaci pali betonowych. Ściany kondygnacji podziemnej budynku zostały wykonane jako żelbetowe z izolacją przeciwwilgociową powłokową.

2.Roboty budowlane w tym roboty konstrukcyjne, murowe i wykończeniowe. Budowę i adaptację pomieszczeń dla sterylizatorni, rezonansu, USG, gammakamery, Spect Cardio, Spect CT, RTG, tomografów, biopsji oraz innych pomieszczeń lekarskich jak i oddziałów diagnostyki obrazowej. Budowa i adaptacja pomieszczeń dla zakładu izotopowego wraz z osłonami RTG. Budowę wraz z pełnym wyposażeniem i uruchomieniem czterech sal operacyjnych, w tym system integracji tych sal.

W ramach wyposażenia pomieszczeń dostarczono: panele medyczne, lampy operacyjne, lampy zabiegowe, kolumny chirurgiczne, kolumny anestezjologiczne, mosty medyczne sufitowe, szafki chirurgiczne, myjnie chirurgiczne.

3. Wybudowano i przebudowano infrastrukturę komunikacyjną wewnętrzny układu drogowy z placami manewrowymi, parkingami i chodnikami.

4. Przebudowę strefy wejściowej budynku głównego wpisanego do rejestru zabytków oraz rozbiórkę części głównego budynku - wtórna rozbudowa.

5. Roboty branży elektrycznej i teletechnicznej, w tym: (...)

6. Roboty branży sanitarnej, w tym: budowa układu wody lodowej w tym węzeł wody lodowej, układy chillerów dla chłodzenia urządzeń, instalacja ciepła technologicznego, instalacja CO w tym węzeł cieplny, instalacja wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacja gazów

medycznych, budowa systemu wody demineralizowanej, budowa układu trigeneracyjnego,

budowa poczty pneumatycznej.

Charakterystyczne parametry techniczne obiektów:

1. Budynek szpitalny — nowy budynek:

- Kubatura 13 500,67 m 3
- Powierzchnia zabudowy 1 189,72 m 2
- Powierzchnia użytkowa 4 650,26 m 2
- Ilość kondygnacji: 4 nadziemne, 1 podziemna oraz poziom techniczny dla urządzeń instalacji wentylacji, gazów medycznych oraz wody lodowej.

2. Łączniki (trzy):

- Kubatura 545,83 m 3, Powierzchnia netto 194,89 m 2

3. Przebudowa warsztatu na serwerownię:

- Kubatura 421,44 m 3,
- Powierzchnia zabudowy 161,84 m 2,
- Powierzchnia użytkowa 132,01 m 2
- Ilość kondygnacji: 1.

4. Zbiornik retencyjny:

- Pojemność zbiornika 80,00 m 3

5. Kontener tri-generacji:

- Powierzchnia zabudowy: 90,00 m 2
- Kubatura: 340,00 m 3
- Ilość kondygnacji: 1

6.Ilość miejsc postojowych:

- 68 miejsc postojowych.

7. Przebudowa istniejącego budynku Kubatura: 900,60 m 3

- Powierzchnia użytkowa: 338,00 m 2

Zarzuty odwołania są niezasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Stosownie do 109 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

pkt 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;

pkt 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.

Art. 109 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wzywając Przystępującego do uzupełnienia wykazu robót, a następnie uznając, że spełnianie warunku udziału w postępowaniu zostało przez Przystępującego wykazane.

Okoliczność, że zadanie wskazane w pierwotnie złożonym wykazie (Modernizacja i rozbudowa budynku w Warszawie przy ul. Koszykowej 79A na potrzeby Mazowieckiego Centrum Neuropsychiatrii Sp. z o.o. w Zagórzu) nie potwierdzało spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie zostało zrealizowane w obiekcie czynnym, nie była przez Zamawiającego i Przystępującego kwestionowana. Spór dotyczył natomiast możliwości wezwania do uzupełnienia wykazu na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a w dalszej kolejności kwestii wykazania warunku zadaniem wskazanym w uzupełnionym wykazie (Rozbudowa budynków Beskidzkiego Centrum Onkologii).

W odniesieniu do pierwszej z ww. kwestii Odwołujący podnosił, że działanie takie było niedopuszczalne, gdyż pierwotnie Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do wykonania robót budowlanych w czynnym obiekcie, zatem Zamawiający powinien go wykluczyć z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, nie wzywając do uzupełnienia wykazu.

W ocenie Izby powyższa teza jest nieuprawniona, Zamawiający bowiem nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu i w SWZ zastosowania w przedmiotowym postępowaniu ww. podstaw wykluczenia. Podstawy te mają charakter fakultatywny, co oznacza, że to od decyzji zamawiającego zależy ich zastosowanie w danym postępowaniu. Jeśli zamawiający przewidzi takie podstawy wszczynając postępowanie, to ma obowiązek ich zastosowania w przypadku zaistnienia przesłanek określonych w ww. przepisach. Jeżeli natomiast podstawy określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp nie zostaną przez zamawiającego przewidziane, nie ma możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd.

W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. W punkcie 8 SWZ Zamawiający wskazał bowiem, że wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcę, wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 1-6 ustawy Pzp (podkreślenie Zamawiającego), żadne inne podstawy nie zostały natomiast wskazane. Z postanowieniem tym koresponduje treść punktu 9.3 SWZ, w którym Zamawiający określił przedmiotowe środki dowodowe wymagane na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt. 1-6 ustawy Pzp , nie przewidział natomiast żadnych wymagań odnoszących się fakultatywnych przesłanek wykluczenia. Zastosowanie podstaw wykluczenia określonych w przepisach art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp nie wynika również z ogłoszenia o zamówieniu. W tej sytuacji nieuprawnione - zdaniem Izby - jest twierdzenie, że o skorzystaniu przez Zamawiającego z fakultatywnych podstaw wykluczenia świadczy fragment punktu 8 SWZ, o treści: Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp, jeżeli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki określone w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Skoro w postanowieniu określającym katalog podstaw wykluczenia te podstawy nie zostały przewidziane, co jest spójne z ogłoszeniem o zamówieniu, a także z wymaganymi podmiotowymi środkami dowodowymi, to nie można przeciwnego wniosku wyprowadzać z faktu przytoczenia regulacji ustawowej dotyczącej tzw. samooczyszczenia. Zamieszczenie powyższej treści w SWZ należy uznać za błąd w tym znaczeniu, że było to zbędne, wprowadziło natomiast pewien brak spójności postanowień SWZ, świadczyć to jednak może raczej o braku staranności w przygotowaniu SWZ, a nie o tym, że Zamawiający zdecydował się skorzystać z fakultatywnych przesłanek wykluczenia.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że nawet jeśli Zamawiający nie

przewidział wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, to niedopuszczalne było wezwanie Przystępującego do uzupełnienia wykazu, z uwagi na ukształtowany w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym nie można zastępować nieprawdziwych informacji prawdziwymi. Przywołany pogląd orzecznictwa należy rozumieć w ten sposób, że przesłanka wykluczenia aktualizuje się już w przypadku przedstawienia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w pierwotnie złożonych dokumentach, nie jest natomiast zasadne umożliwienie wykonawcy uzupełnienia tych dokumentów, a ewentualne wykluczenie - dopiero w razie przedstawienia w uzupełnionych dokumentach informacji wprowadzających w błąd. Przyjęcie odmiennego poglądu prowadziłoby do sytuacji, w której mimo nieskorzystania w danym postępowaniu z fakultatywnych przesłanek wykluczenia, dochodziłoby de facto do zastosowania wobec wykonawcy sankcji za działania przewidziane w tych fakultatywnych przesłankach.

Z powyższych powodów Izba stwierdziła, że skierowanie do Przystępującego - na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, było prawidłowe.

Ponadto, skoro Przystępujący nie mógł podlegać wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp, bo takie podstawy wykluczenia nie obowiązywały w niniejszym postępowaniu, to bezprzedmiotowe jest rozstrzyganie, czy informacje przedstawione przez Przystępującego w pierwszym wykazie robót rzeczywiście wprowadzały Zamawiającego w błąd, a jeśli tak, to czy i jaki stopień winy można Przystępującemu przypisać oraz czy Przystępującemu należało umożliwić samooczyszczenie. Istotne jest natomiast to, że zadanie wskazane w pierwszym wykazie nie potwierdzało spełniania warunku udziału w postępowaniu (co nie jest okolicznością sporną), w związku z czym Zamawiający prawidłowo zastosował procedurę z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zadanie wskazane przez Przystępującego w uzupełnionym wykazie (Rozbudowa budynków Beskidzkiego Centrum Onkologii) potwierdzało spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w tym co do wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej w czynnym obiekcie.

Odwołujący podnosił w tym zakresie, że ww. inwestycja dotyczy budowy nowego obiektu przy istniejącym, a prace w istniejącym budynku dotyczyły jedynie powierzchni około 300 m2 - a w zasadzie obejmowały połączenie obu obiektów (istniejącego i nowo budowanego), co oznacza, że warunek dotyczący wykonania robót budowlanych w czynnym obiekcie nie mógł zostać spełniony. Zamawiający i Przystępujący nie kwestionowali, że - tak jak twierdził Odwołujący (i co wykazał dowodami w postaci informacji ze stron internetowych na temat przedmiotowej inwestycji oraz dokumentacją zdjęciową) - zadanie polegało na wykonaniu pięciokondygnacyjnego pawilonu połączonego łącznikiem z obiektem już istniejącym, odmienna była jednak interpretacja tego stanu faktycznego w kontekście warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby za prawidłową należy uznać interpretację prezentowaną przez Zamawiającego i Przystępującego. Zauważenia wymaga bowiem, że Zamawiający w treści warunku wprost dopuścił możliwość wykazania się robotą polegającą na rozbudowie obiektu. Zadanie wskazane w uzupełnionym wykazie polegało właśnie na rozbudowie zespołu pawilonów o nowy segment szpitalny wraz z łącznikami komunikacyjnymi, co wynika wprost z treści referencji, a także z przedstawionej przez Przystępującego na rozprawie decyzji Prezydenta Miasta Bielska-Białej nr 443/2016 w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę. Ww. decyzja ta jednoznacznie określa, że obejmuje inwestycja obejmuje: rozbudowę zespołu pawilonów o segment szpitalny wraz z łącznikami komunikacyjnymi, budowę wiaty na samochody służbowe, zbiornika wody rezerwowej V=80 m, fundamentu i kontenera tri-generacji, fundamentu pod zbiornik ciekłym tlenem, pochylni wejściowych - a ponadto przebudowę wejściowej budynku głównego z budową pochylni wejściowych, przebudowę budynku warsztatowego na serwerownię, remont ogrodzenia, budowę i przebudowę instalacji wewnętrznych i infrastruktury technicznej (instalacji gazów medycznych, instalacji wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, instalacji międzyobiektowych doziemnych), budowę i przebudowę infrastruktury komunikacyjnej - wewnętrznego układu drogowego z placami manewrowymi, parkingami i chodnikami, rozbiórkę wtórnej rozbudowy budynku głównego (pawilonu wejściowego), dwóch budynków gospodarczych i niecki basenu, wyburzenie gruntowych pozostałości po budynku kotłowni lokalizacja. Nie ma więc - zdaniem Izby - wątpliwości, że przedmiotowe zadanie polegało na rozbudowie obiektu budowlanego.

Dodatkowo warto zauważyć, że zgodnie z przedłożonym przez Przystępującego pismem Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego z 26 maja 2015 r., 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. Dla takiego budynku należy prowadzić jedną książkę obiektu budowlanego, a nie osobno dla każdego segmentu wchodzącego w jego skład. Powyższe potwierdza, że w rozpoznawanej sprawie mamy do czynienia z rozbudową istniejącego (i czynnego) budynku.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że nawet uznając rodzaj wykonanych robót budowlanych za rozbudowę, nie został spełniony wymóg dotyczący robót w czynnym obiekcie, gdyż w dobudowywanym pawilonie nie była prowadzona działalność szpitalna, a pawilon ten został jedynie połączony łącznikiem z już istniejącym. Stanowisko to Izba uznała za nieprzekonujące, biorąc pod uwagę, że Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył w treści warunku możliwości legitymowania się doświadczeniem w rozbudowie obiektu, w tym nie określił, jaki zakres robót musi dotyczyć bezpośrednio części już istniejącej, w związku z czym należy stwierdzić, że każda rozbudowa czynnego obiektu była dopuszczalna. Warunki udziału w postępowaniu nie mogą bowiem być na etapie oceny ich spełniania interpretowane w sposób bardziej restrykcyjny, niż wynika to z ich literalnego brzmienia.

Skoro Zamawiający wymagał legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych w czynnym obiekcie, dopuszczając roboty polegające na rozbudowie tego obiektu, to dla spełniania warunku udziału w postępowaniu wystarczające jest ustalenie, że w obiekcie, który podlegał rozbudowie, była podczas robót prowadzona działalność szpitalna. Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie twierdził, że w istniejącej już części szpitala taka działalność nie była prowadzona. W świetle treści warunku nie ma znaczenia natomiast, jak duża powierzchnia tej istniejącej części była bezpośrednio objęta robotami budowlanymi. Nawet jeśli roboty te pozornie ograniczały się do połączenia pawilonów, nie może to być rozumiane tylko jako wybudowanie nowego budynku i łącznika, zauważenia wymaga bowiem, że dobudowanie nowego segmentu do istniejącego wiąże się z koniecznością wykonania również robót dotyczących wspólnych instalacji wewnętrznych, infrastruktury technicznej czy ciągów komunikacyjnych. Taki rodzaj robót bez wątpienia wpisuje się w definicję rozbudowy, której istotą jest powstanie nowej części już istniejącego obiektu budowlanego. Skoro ten istniejący, podlegający rozbudowie budynek, był przez inwestora użytkowany, należy stwierdzić, że rozbudowa - zgodnie z treścią warunku - została zrealizowana w czynnym obiekcie.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, że Przystępujący w wyniku uzupełnienia dokumentów podmiotowych wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu

odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy.

Zarzut dotyczący kadry kierowniczej

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 7.1.3.b SWZ Zamawiający opisał następujące warunki udziału w postępowaniu:

Warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje następującymi osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadającymi niezbędne do wykonania zamówienia kwalifikacje zawodowe, tj. posiadającymi uprawnienia budowlane, o których

mowa w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 1333)

oraz w Rozporządzeniu Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r., poz. 831) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie 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 (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 220) lub zamierzający świadczyć usługi transgraniczne w rozumieniu przepisów tej ustawy oraz art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1117), tj.:

- Kierownikiem budowy branży budowlanej - co najmniej 1 osoba, posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Kierownik budowy powinien posiadać co najmniej 5 letnie (pięcio) doświadczenie na stanowisku Kierownika Budowy oraz posiadać doświadczenie zawodowe nabyte w ciągu ostatnich 10 lat (dziesięciu) polegające na prowadzeniu co najmniej jednej inwestycji obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę obiektu kategorii budowlanej XI (zgodnie z Prawem Budowlanym) o wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto. Zamawiający uznaje iż doświadczenie liczone jest od dnia uzyskania uprawnień.

- Kierownikiem robót branży elektrycznej - co najmniej 1 osoba, posiadająca uprawnienia

budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych

i elektroenergetycznych. Kierownik robót elektrycznych powinien posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót Elektrycznych oraz posiadać doświadczenie nabyte w ciągu ostatnich 10 lat polegające na prowadzeniu co najmniej jednej inwestycji obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę obiektu kategorii budowlanej XI (zgodnie z Prawem Budowlanym) o wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto. Zamawiający uznaje iż doświadczenie liczone jest od dnia uzyskania uprawnień.

- Kierownik robót sanitarnych - co najmniej 1 osoba, posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych, kanalizacyjnych. Kierownik robót sanitarnych powinien posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie na stanowisku Kierownika Robót Sanitarnych oraz powinien posiadać doświadczenie nabyte w ciągu ostatnich 10 lat polegające na prowadzeniu co najmniej jednej inwestycji obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę obiektu kategorii budowlanej XI (zgodnie z Prawem Budowlanym) o wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto. Zamawiający uznaje iż doświadczenie liczone jest od dnia uzyskania uprawnień.

Przystępujący, w uzupełnionym w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wskazał jako Kierownika budowy, Kierownika robót elektrycznych oraz Kierownika robót sanitarnych następujące zadanie: „Roboty budowlane mające na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A" w systemie zaprojektuj i wybuduj", okres realizacji: od 29.06.2020 do 14.12.2021 Inwestor: Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki, ul. Rzgowska 281/289, 93-338 Łódź, wartość 20.573.846,12 zł brutto.

Zarzut jest niezasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby brak jest podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia Kierownika budowy branży budowlanej, Kierownika robót elektrycznych oraz Kierownika robót sanitarnych.

Przede wszystkim podkreślenia wymaga, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być na etapie oceny ich spełniania rozumiane w sposób bardziej restrykcyjny, niż wynika to z ich literalnego brzmienia, niewykazanie spełnienia warunków jest bowiem zagrożone sankcją w postaci odrzucenia oferty. Ewentualnych niejednoznaczności w ich sformułowaniu nie można interpretować na niekorzyść wykonawców. Pogląd taki jest ugruntowany w orzecznictwie Izby, a stanowisko przeciwne - dopuszczając uznaniowość decyzji zamawiającego - byłoby nie do pogodzenia z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W rozpoznawanej sprawie, zgodnie z 7.1.3.b SWZ Zamawiający wymagał, aby Kierownik budowy branży budowlanej, Kierownik robót elektrycznych oraz Kierownik robót sanitarnych posiadali co najmniej 5-letnie doświadczenie na prowadzeniu co najmniej jednej inwestycji obejmującej budowę, przebudowę lub rozbudowę obiektu kategorii XI o wartości co najmniej 20 000 000 zł brutto. W ocenie Izby powyższy warunek należy rozumieć w ten sposób, że wymagana przez Zamawiającego wartość odnosi się do całej inwestycji. Brzmienie warunku wskazuje, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego inwestycja miała

obejmować budowę, przebudowę lub rozbudowę obiektu kategorii XI oraz że miała mieć wartość co najmniej 20 000 000 zł brutto. Powyższe potwierdza odpowiedź Zamawiającego 28 lutego 2022 r. na pytanie 12 do SWZ, w którym jeden z wykonawców wnosił o doprecyzowanie, że wartość 20 mln zł odnosi się do wszystkich robót budowlanych w ramach inwestycji, Zamawiający natomiast nie zmienił w tym zakresie SWZ. Należy zakładać, że gdyby intencją Zamawiającego było odniesienie wymaganej wartości do robót budowlanych, to doprecyzowałby SWZ zgodnie z wnioskiem wykonawcy.

Przyjmując jednak nawet, że literalne brzmienie warunku mogło budzić wątpliwości, czy wartość 20 mln zł należy odnosić do całej inwestycji, czy tylko do objętej tą inwestycją budowy, przebudowy lub rozbudowy, wątpliwość taka nie może być interpretowana na niekorzyść wykonawcy. W związku z tym, w sytuacji gdy wartość inwestycji wskazanej przez Przystępującego jako doświadczenie personelu wynosiła co najmniej 20 mln zł (co nie było przez Odwołującego kwestionowane), spełnianie warunku udziału w postępowaniu należy uznać za wykazane.

W tej sytuacji jedynie dodatkowo wskazać należy na charakter spornej inwestycji, która obejmowała instalację gazów medyczny wmontowaną na stałe w konstrukcję budynku (co jest charakterystyczne dla obiektów szpitalnych, których dotyczył warunek) i - jako świadczenie kompleksowe - była objęta jedną stawką podatku VAT (23%). Również z tego powodu sztuczne wyodrębnianie i odliczanie wartości instalacji gazów medycznych należy uznać za niezasadne.

Biorąc powyższe pod uwagę, za niezasadną Izba uznała tezę, zgodnie z którą wartość robót budowlanych powinna zostać pomniejszona o wartość towarzyszącej robotom dostawy instalacji gazów medycznych, co w konsekwencji powinno prowadzić do wniosku, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1

2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: .....