

WYROK

Warszawa, dnia 27 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2024 r. przez M.B. prowadzącego działalność pod firmą 3JM M.B. w Kwidzynie w postępowaniu prowadzonym przez Muzeum Zamkowe w Malborku

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu działającego jako R.S. Firma Budowlano-Konserwatorska „Budkon” w Gdańsku

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego M.B. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2809/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Zamkowe w Malborku ul. Starościńska 1, 82-200 Malbork prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie zabezpieczeń zachodniego odcinka muru oporowego zamku w Sztumie oraz prace konserwatorskie muru oporowego i Wieży Więziennej” Znak sprawy: ZP.2611.4.1.2024.mw.

Odwołujący 3JM M.B. w Kwidzynie wniósł dnia 6 sierpnia 2024 r. odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu, polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,

- art. 16 pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający przejrzystości i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji, czynności unieważnienia postępowania;

2. powtórzenia czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem zarzutów odwołania;

UZASADNIENIE

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest Wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu. Po ponownym badaniu ofert, przy założeniu uwzględnienia zarzutów odwołania, oferta Odwołującego stanowiłaby jedyną niepodlegającą odrzuceniu.

Uzasadnienie zarzutów

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 maja 2024 r. Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą oraz odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę – obecnego przystępującego. Wykonawca ten wniósł odwołanie w zakresie odrzucenia jego oferty przez, nie wnosząc żadnych zastrzeżeń do treści oferty Odwołującego. Odwołanie zostało dnia 17 czerwca 2024 r. przez Izbę oddalone w całości (KIO 1788/24). Dnia 17

czerwca 2024 r. Pan R.S., już po wyroku KIO, wysłał do Zamawiającego pismo zawierające informacje o potencjalnych uchybieniach przy wyborze oferty Odwołującego.

Uchybienia te nie zostały przez R.S. wskazane, ani poruszone w odwołaniu do KIO (a więc organu niewątpliwie właściwego do ich rozstrzygnięcia na tym etapie postępowania), termin do złożenia którego upłynął 20 maja 2024 r.

Wskazać w tym miejscu należy, że Odwołujący w niniejszym postępowaniu w pierwszej kolejności zgłosił Panią.M. do pełnienia funkcji Kierownika prac konserwatorskich. Jeszcze przed wyborem oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, z uwagi na zastrzeżenia Zamawiającego, Odwołujący dysponując również drugą osobą mogącą pełnić ww. funkcję i nie chcąc na tamtym etapie nie wchodzić w spór z Zamawiającym zgłosił również do pełnienia funkcji Kierownika prac konserwatorskich Panią.A., która spełnia wymagania opisane w SWZ.

W wyniku pisma Pana Rafała Sochy z dnia 17 czerwca 2024 r. Zamawiający podjął arbitralną decyzję o unieważnieniu wyboru Odwołującego i zażądał od Odwołującego wyjaśnień w zakresie wątpliwości dotyczących wskazanej przez niego osoby na stanowisko Kierownika prac konserwatorskich. Odwołujący wyjaśnienia poparte dowodami i racjonalnymi argumentami dostarczył. Pomimo powyższego jednak Zamawiający dnia 1 sierpnia 2024 r. podjął decyzję o odrzuceniu oferty i unieważnieniu całego postępowania.

Dowody w aktach postępowania i załącznikach.

Zamawiający w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 1 sierpnia 2024 r. wskazał, iż odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niespełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie przez wykonawcę osobą, która „posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich dla co najmniej jednego zamówienia obejmującego remont polegający na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni minimum 200m² w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub w przypadku rejestrów prowadzonych poza granicami RP – rejestrów równoważnych w stosunku do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami prowadzonych na podstawie przepisów obowiązujących ze względu na miejsce położenia zabytku.”

Zamawiający natomiast odrzucił ofertę Odwołującego twierdząc, iż żadna ze wskazanych przez Odwołującego osób mająca pełnić funkcję kierownika prac konserwatorskich nie spełnia warunków postępowania, wskazując następujące powody:

1.w odniesieniu do Pani M.G., iż nie spełnia wymogów art. 37a ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (dalej: „Ustawa”) z uwzględnieniem art. 37h tej ustawy.

2.w odniesieniu do Pani A.J., iż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale V ust. 2 pkt. 2.4) ppkt. 2) SWZ tj. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich dla co najmniej jednego zamówienia obejmującego remont polegający na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni minimum 200m² w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub w przypadku rejestrów prowadzonych poza granicami RP – rejestrów równoważnych w stosunku do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami prowadzonych na podstawie przepisów obowiązujących ze względu na miejsce położenia zabytku. (...)”

Obydwa powyższe stwierdzenia są nieprawdziwe, a każda z osób wskazanych w wykazie osób przez Odwołującego spełnia z osobna wszystkie warunki przewidziane w SWZ. W związku z powyższym Odwołujący odnosi się do nich osobno.

1. Spełnianie warunków określonych w SWZ przez Panią.M.

Z całą pewnością stwierdzić trzeba, iż Pani M.G. spełnia wymogi wskazane w art. 37a Ustawy. Zgodnie ze wskazanym artykułem:

“Pracami konserwatorskimi, pracami restauratorskimi lub badaniami konserwatorskimi, prowadzonymi przy zabytkach wpisanych do rejestru kieruje osoba, która ukończyła studia drugiego stopnia lub jednolite studia magisterskie, w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków oraz która po rozpoczęciu studiów drugiego stopnia lub po zaliczeniu szóstego semestru jednolitych studiów magisterskich przez co najmniej 9 miesięcy brała udział w pracach konserwatorskich, pracach restauratorskich lub badaniach konserwatorskich, prowadzonych przy zabytkach wpisanych do rejestru, inwentarza muzeum będącego instytucją kultury lub zaliczanych do jednej z kategorii, o których mowa w art.

14a ust. 2.”

Zaznaczyć należy, iż art. 37a Ustawy dodany został do ww. aktu prawnego dnia 30 listopada 2015 r., a w aktualnym brzmieniu dopiero 1 września 2017 r. Pani Gałązka, jak wynika z załączonego skanu dyplomu, ukończyła studia na kierunku “Ochrona Dóbr Kultury” w zakresie konserwatorstwa 7 grudnia 2001 r., a więc niemal 12 lat przed uchwaleniem niniejszego przepisu. W żadnym wypadku nie oznacza to więc, że przed wprowadzeniem art. 37a Ustawy, studia te nie obejmowały swoim zakresem konserwatorstwa co potwierdza wyraźny zapis na dyplomie Pani Gałązki-Nikonov.

Głównym argumentem przemawiającym za odrzuceniem oferty było według Zamawiającego ryzyko braku zgody Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w zakresie obsadzenia Pani Gałązki na stanowisku Kierownika prac konserwatorskich:

„Przedłożenie zgłoszenia o rozpoczęciu prac z danymi oraz dyplomem Pani M.G.. spotka się z odmową Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w zakresie przejęcia funkcji kierownika prac konserwatorskich przez wyżej wymienioną osobę. Zamawiający (Muzeum Zamkowe w Malborku) będzie musiał wskazać kierownika prac konserwatorskich, który spełnia wymogi ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami w zakresie zapisów art. 37a. w celu możliwości rozpoczęcia prac konserwatorskich przy obiekcie będącym przedmiotem niniejszego postępowania.”

Powyższy argument jest zupełnie nietrafiony. Przede wszystkim należy wspomnieć tutaj o fakcie, iż Pani Gałązka dysponuje już zawartym w piśmie z dnia 2 października 2023 r. zaświadczeniem Kujawsko-Pomorskiego Konserwatora Zabytków wprost potwierdzającego spełnienie przez nią wymagań wynikających z art. 37a Ustawy:

“(…) Kujawsko-Pomorski Wojewódzki Konserwator Zabytków informuje, że Pani M.G. jest osobą zweryfikowaną przez tutejszy urząd pod względem wymaganego wykształcenia i doświadczenia. W związku z powyższym spełnia wymagania, o których mowa w art. 37a ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. O ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (…).”

Nie ma więc żadnych podstaw, by sądzić iż decyzja Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków byłaby odmienna, jako iż obydwie te instytucje opierają się na tych samych przepisach i dokumentacji.

Ponadto nie sposób nie wspomnieć, iż Pani Gałązka zarówno aktualnie, jak i w przeszłości realizowała wiele zleceń na stanowisku kierownika prac konserwacyjnych na zabytkach stanowiących właściwość Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. Pomorski Konserwator, wyrażając zgodę na obsadzenie Pani Gałązki na tymże stanowisku miał pełną świadomość jej kwalifikacji (również w świetle art. 37a Ustawy).

Dowód: Notatka z rady konserwatorskiej z udziałem obecnego Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków D.C. z dnia 26 lipca 2024r., dot. inwestycji na której funkcję kierownika pełni Pani G., Protokół odbioru zadania inwestycyjnego z 21 grudnia 2023 r., Referencje KAMARO Sp. z o.o. z 15 stycznia 2020 r.

Brak jest więc podstaw do twierdzenia, iż tym razem decyzja Pomorskiego Konserwatora mogłaby być odmienna. Na tym etapie trzeba zaznaczyć również, że Zamawiający miał świadomość powyższego, co sam potwierdza w Informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 1 sierpnia 2024 r:

„Do pisma [BUDKON RAFAŁ SOCHA] zostało m.in. dołączone pismo od Inwestora inwestycji pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych polegających na dostosowaniu budynków zlokalizowanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu do pełnienia funkcji na rzecz kultury” wskazując, że Pani A.J.. nie pełniła na tym zadaniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich, a funkcję tą pełniła Pani M.G.. pierwotnie wykazana w wykazie osób na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika prac konserwatorskich.”

Zamawiający przeczy sam sobie, zakładając że Pomorski Konserwator nie wyrazi zgody na obsadzenie Pani Gałązki na stanowisku Kierownika prac konserwatorskich, a jednocześnie powołując się właśnie na fakt, iż Pani Gałązka pełniła już tą funkcję w tożsamym zadaniu (sic!) jednocześnie uznaje bezpodstawnie, iż Pani A.J. nie spełnia warunków określonych w SWZ do pełnienia przedmiotowej funkcji. Jak Zamawiający sam zauważył, Pani Gałązka pełniła funkcję Kierownika prac konserwatorskich, zatem zgoda Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków musiała zostać bez żadnych przeszkód wydana.

Dowód: Umowa nr 70/20/FE z dnia 30 kwietnia 2020 r.

Niezrozumiałą pozostaje argumentacja Zamawiającego w tym zakresie, a jego stanowisko stanowi jedynie potwierdzenie, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 16 pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców.

Zamawiający przeczy sam sobie również po raz kolejny, powołując się na opinię pozyskaną z Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego dnia 16 lipca 2024 r. Przedmiotowa opinia w sposób jednoznaczny potwierdza stanowisko

Odwołującego:

„Odnosząc się zatem do Pani pytań zawartych w pkt 1 i 2 wyjaśnić należy, iż ustawodawca nie wskazał nazwy konkretnego kierunku studiów, którego ukończenie uprawnia do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków lub ich samodzielnego wykonywania, posługując się pojęciem „studia w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków”. Co więcej, zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustaw regulujących warunki dostępu do wykonywania niektórych zawodów (Dz.U. z 2015 r. poz. 1505), osoby – które przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy uzyskały uprawnienia w zakresie kierowania pracami konserwatorskimi lub ich samodzielnego wykonywania albo kierowania robotami budowlanymi lub wykonywania nadzoru inwestorskiego na podstawie dotychczasowych przepisów – zachowują te uprawnienia.”

Powyższa opinia nie pozostawia więc pola do interpretacji, jednoznacznie twierdząc odpowiadając na zadane pytania i potwierdzając iż uprawnienia Pani Gałązki zostały zachowane, pomimo zmiany przepisów.

Dowód: Opinia dyrektora J.M. z Departamentu Ochrony Zabytków Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego z 16 lipca 2024 r. – w aktach postępowania

Już powyższe stanowi o nietrafności rozumowania Zamawiającego. Dodatkowo odwołać można się do orzecznictwa, a mianowicie do wyroku KIO 653/18. Wyrok ten jest w pełni aktualny, również dotyczy spełnienia warunku udziału polegającego na dysponowaniu przez wykonawcę odpowiednim personelem. W wyroku mamy do czynienia z bardzo podobnym stanem faktycznym, w którym zamawiający także bezpodstawnie kwestionował wykształcenie osoby mającej wykonywać prace konserwatorskie: W ocenie Izby Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania okoliczności uzasadniających ww. czynność. Przede wszystkim podkreślić należy, iż uzasadnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy H. Sp. z o.o. z postępowania oparte zostało na założeniu, że skoro wykonawca nie dysponuje osobą, która ukończyła studia na kierunku konserwacja i restauracja dzieł sztuki, to osoba ta nie posiada kwalifikacji do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków zdobytych przed wejściem w życie aktualnych regulacji. Izba wskazuje, że przyjęcie powyższego poglądu, bez należytego ustalenia, potwierdzonego informacją od właściwego podmiotu mogącego odnieść się do stwierdzonych kwalifikacji posiadanych przez Pana J. S., jest zbyt daleko idące i nie stanowi o prawidłowości działań Zamawiającego.

Powyższego stanowiska Zamawiającego nie potwierdza także korespondencja prowadzona z Dyrektorem Instytutu Zabytkoznawstwa i Konserwatorstwa UMK w Toruniu, który w wiadomości elektronicznej z dnia 19 marca 2018 r. słusznie zauważył, że o uprawnieniach do kierowania pracami konserwatorskimi decyduje ustawodawca, a nie uczelnia. (...)

Zaznaczyć trzeba, iż w omawianym stanie faktycznym uczelnia była zamawiającym. Jak więc wyraźnie wynika z powyższego stanowiska KIO – to nie zamawiający winien oceniać wykształcenie osoby pełniącej funkcję konserwatora zabytków, a ustawodawca.

Dalej cytując powyższy wyrok: „prawodawca w ww. przepisie nie wskazał nazwy konkretnego kierunku studiów, którego ukończenie uprawnia do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków lub ich samodzielnego wykonywania, posługując się pojęciem "studia w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków".”

Pani Gałązka ukończyła studia w zakresie konserwatorstwa, co oznacza pełną zgodność z wymaganiami art. 37a w interpretacji powyższego wyroku.

Powyższe stanowisko KIO zostało Zamawiającemu przedstawione przez Odwołującego i zamawiający odniósł się do niego w informacji o unieważnieniu postępowania z 1 sierpnia 2024 r. Stwierdził on, iż „wyrok ten nie będzie miał w omawianej sytuacji zastosowania, jako iż „wskazany Pan S. studiował i uzyskał dyplom (1982 r.), gdy nie było kierunku ochrona dóbr kultury, a studia były w zakresie konserwacji zabytków. Wobec powyższego wskazana osoba Pana S. spełnia warunki art. 37a ustawy (...), ponieważ ukończył studia w zakresie konserwacji zabytków”. Twierdzenie to należy określić jako nieprawdziwe, gdyż Pani Gałązka, podobnie jak Pan S., ukończyła studia w wymaganym zakresie, niezależnie od nazwy kierunku. Jest to więc sytuacja ze všech miar tożsama. Odwołujący w stanowisku nie nawiązuje do niuansów stanu faktycznego, który był przedmiotem rozważań w sprawie KIO 653/18, a jedynie do wniosków i wywodów w zakresie stanu prawnego, które Izba poczyniła. Wnioski te pozostają uniwersalne w zakresie tego zagadnienia i z całą pewnością można i należy zastosować je do zaistniałej sytuacji. Wyrok KIO 653/18 definitywnie potwierdza poprawność rozumowania.

Podniesienia wymaga również kwestia samego przepisu (art. 37a Ustawy), na którym opiera się powyższy wyrok, i który stanowi problem niniejszego odwołania. Przepis ten jest jasny i nie powinien być źródłem wątpliwości wynikających z jego konstrukcji. Nawet jednak w sytuacji, w której wątpliwości te się pojawiają, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i doktryną winny one być interpretowane na korzyść wykonawcy. Przywołać tutaj trzeba przede wszystkim wyrok Trybunału Sprawiedliwości sprawie C-35/17 (będący wynikiem pytania prejudycjalnego zadane przez KIO, w którym stwierdzono: „W tym względzie Trybunał orzekł już, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk”.

Trybunał z całą pewnością uznał więc, że podstawą wykluczenia wykonawcy z przetargu publicznego w żadnym wypadku nie może być obowiązek wynikający nie bezpośrednio z ustawy, tylko z jej wykładni. Taka właśnie sytuacja jest powodem niniejszego odwołania. Przepis został przez Zamawiającego zinterpretowany w konkretny, niekorzystny dla Odwołującego sposób, co spowodowało odrzucenie jego oferty. Nawet więc przy założeniu, że art. 37a Ustawy jest w swoim brzmieniu niejasny/wątpliwy, mamy do czynienia z ewidentnym naruszeniem przez Zamawiającego art. 16 pzp (zasada przejrzystości i równego traktowania).

Niezależnie od powyższych, prawnych rozważań, w niniejszej sytuacji należy odnieść się również do kwestii praktycznych, a więc związanych z doświadczeniem i dotychczasowymi pracami Pani Gałązki. Od 2013 roku pełni ona funkcję kierownika prac konserwatorskich i zarówno przed jak i po wprowadzeniu art. 37a Ustawy jej kwalifikacje nie były przedmiotem wątpliwości ze strony podmiotów zamawiających jak i różnych wojewódzkich konserwatorów zabytków. Przeciwnie wręcz, kwalifikacje te były niejednokrotnie potwierdzane w decyzjach, np. Prezydenta M. St. Warszawy, czy też wcześniej wspomnianego Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, a także w wielu artykułach, referencjach i protokołach odbioru.

Dowody: Wykaz prac konserwatorskich w zakresie kierowania pracami konserwatorskimi przez M.G.ąłązkę-Nikonov, Decyzja Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków nr Zn/327/2013, Decyzja Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków Zn/267/2013, Decyzja Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy nr 195 n/17, Referencje Gminy Miasta Chełmno z zakresu prac w budynku Gimnazjum nr 2 w Chełmnie, Artykuł Urzędu Miejskiego w Grudziądzu, Protokół odbioru końcowego zadania inwestycyjnego z 21 grudnia 2023 r. , Referencje firmy BAYARD Sp. z o.o. z 8 stycznia 2018 r. i z dnia 8 grudnia 2018 r., Zaświadczenie Parafii Św. Hieronima o kierowaniu pracami konserwatorskimi Zaświadczenie Z.B. Krupiński o kierowaniu pracami konserwatorskimi Protokół odbioru końcowego robót z 9 maja 2022 r., Protokół odbioru prac konserwatorskich przy zabytku z 28 lutego 2024 r., Protokół z odbioru prac konserwatorskich i robót budowlanych przy obiekcie zabytkowym z dnia 31 lipca 2019 r., Protokół odbioru końcowego z dnia 22 listopada 2017 r., Protokół z dnia 15 grudnia 2017 r., Poświadczenie z dnia 7 kwietnia 2021 r.

Jak można zauważyć po powyższym, Pani Gałązka na przestrzeni ponad 10 lat wielokrotnie prowadziła prace konserwatorskie na stanowisku kierownika prac konserwatorskich. Żaden z dotychczasowych zamawiających nie miał wątpliwości, że spełnia ona wymagania wynikające z art. 37a Ustawy, jak również przed uchwaleniem przedmiotowego przepisu z rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych, w którym posługiwano się tożsamym brzmieniem analogicznego przepisu (jeśli mowa o pracach wykonanych przed 2015 rokiem). Nie powinno więc podlegać wątpliwościom, iż omawiany stan rzeczy nie uległ zmianie, a Pani Gałązka jest w dalszym ciągu podmiotem odpowiednim i wykwalifikowanym do pełnienia tego typu funkcji.

2. Spełnianie warunków określonych w SWZ przez Panią.A.

Kandydaturze Pani A.J. Zamawiający zarzucił z kolei niespełnienie warunków SWZ zawartych w dziale V ust. 2 pkt. 2.4) ppkt. 2):

„(...) posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich dla co najmniej jednego zamówienia obejmującego remont polegający na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni minimum 200m² w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub w przypadku rejestrów prowadzonych poza granicami RP – rejestrów równoważnych w stosunku do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami prowadzonych na podstawie przepisów obowiązujących ze względu na miejsce położenia zabytku.”

Zamawiający w Informacji o unieważnieniu postępowania z 1 sierpnia 2024 r. wprost nie wskazał jaka była przyczyna nieuznania spełnienia warunków określonych w SWZ przez Panią A., aczkolwiek biorąc pod uwagę przywołanie twierdzeń Pana Sochy z pisma z dnia 17 czerwca 2024 r., zgodnie z którymi „druga z inwestycji na których Pani A.J.. pełniła funkcję Kierownika prac konserwatorskich nie może zostać wzięta pod uwagę przy badaniu i ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że Zamek Biskupów Chełmińskich w Lubawie jest ruiną, a nie elewacją.” należy założyć, że Zamawiający uznał te twierdzenia za uzasadnione.

Należy uznać takie rozumowanie za nietrafione. Na początek przytoczyć należy definicję elewacji według słownika języka polskiego PWN: „elewacja - zewnętrzna ściana budynku wraz z występującymi na niej elementami architektonicznymi”.

Idąc dalej, sięgnąć trzeba po definicję „budynku” zgodnie z art. 3 Ustawy Prawo Budowlane (Dz.U.2024.725): Ilekroć w ustawie jest mowa o:

2) 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;

Nie sposób uznać więc, że „elewacja” i „ruina” to pojęcia, które w omawianym kontekście się wykluczają. Elewacja jest częścią budynku (czy też w tym przypadku ruiny).

Niezależnie jednak od powyższego wskazać należy, iż w orzecznictwie nierzadko stosuje się pojęcie elewacji w stosunku do obiektów budowlanych niebędących budynkami. Przykładem na poparcie tej tezy pozostaje wyrok KIO/UZP 1031/09.: „Arkady Kubickiego są budowlą o elewacjach zewnętrznych pokrytych wyprawami tynkarskimi i okładzinami kamiennymi”

„Reasumując w sprawie bezsporną okolicznością jest to, że Pan Grzegorz M. jako uznany konserwator zabytków w kraju wykonał w należyty sposób co najmniej trzy prace konserwatorskie na murach (elewacjach) kamiennych czy ceramicznych.”

Jak więc można zauważyć, przyjął się zwyczaj korzystania z określenia „elewacja” również w stosunku do innych niż budynki obiektów budowlanych, takich jak budowla, czy też nawet (w sposób bezpośredni) „mur”. W dziale V ust. 2 pkt. 2.4) ppkt. 2) SWZ mamy do czynienia z określeniem „elewacja”, co w kontekście powyższego mogło prowadzić od przekonania, iż Zamawiający dopuszcza szerokie jego znaczenie. W przypadku, gdy Zamawiający oczekiwał doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich w konserwacji elewacji budynku, winien on doprecyzować to w SWZ, a w przypadku gdy tego nie zrobił, wątpliwość taka powinna być interpretowana na korzyść wykonawcy. Stanowisko takie zostało utrwalone w orzecznictwie KIO: „W przypadku możliwości interpretacji zapisów SIWZ w różny sposób, wszelkie niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, odczytywać należy na korzyść wykonawców.” - KIO 2100/18, 24 października 2018 r.

„Podstawą dla zastosowania sankcji, jaką jest odrzucenie oferty wykonawcy i tym samym pozbawienie go szans na uzyskanie zamówienia, musi być stwierdzenie, że oświadczenie woli wykonawcy, jakim jest oferta, w pewnych merytorycznych aspektach, pozostaje w sprzeczności z jednoznacznie rozumianymi i nie budzącymi wątpliwości wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w dokumentach zamówienia. Nie można jednak sankcji takiej zastosować w sytuacji, gdy wymagania te pozostawiają pewne pole do interpretacji. W takim wypadku wszelkie niejasności powinny być interpretowane na korzyść wykonawców biorących udział w postępowaniu” – KIO 366/22, 2 marca 2022 r.

Odwolujący miał wszelkie podstawy do interpretacji tegoż fragmentu w sposób szeroki, opierając się na przyjętej praktyce i nomenklaturze chociażby w orzecznictwie KIO.

W tym miejscu należy wskazać, że warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do przedmiotu prac, które mają być zrealizowane w ramach danego postępowania tak aby nie ograniczały one równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przedmiotem umowy mają być prace obejmujące Wykonanie zabezpieczeń zachodniego odcinka muru oporowego zamku w Sztumie oraz prace konserwatorskie muru oporowego i Wieży Więziennej, które polegać będą na przeprowadzeniu prac konserwatorskich i inżynierskich polegających na:

- w zakresie robót konserwatorskich oczyszczeniu z ziemi, roślinności, zabrudzeń i pozostałości zdestruowanych spoin i późniejszych uzupełnień oraz wzmocnienie strukturalnym osłabionych partii muru zarówno poprzez przemurowywanie – uzupełnianie ubytków jak i zabezpieczenie strukturalne wątków kamiennych i ceglanych, uzupełnienie spoin, konserwację kamienia, wątków ceglanych,

- w zakresie robót inżynierskich wykonanie izolacji partii murów znajdujących się pod poziomem gruntu, wykonanie stabilizacji muru poprzez wykonanie nasypu,

a tym samym będą tożsame z pracami realizowanymi przez Panią.A. na Zamku Biskupów Chełmińskich w Lubawie. Nie sposób zatem zaakceptować próby nadinterpretowania warunku udziału jaki stara się przeforsować Zamawiający. W konsekwencji też Pani J. z całą pewnością spełnia więc wymogi wskazane w SWZ, a odrzucenie jej kandydatury na stanowisko Kierownika prac konserwacyjnych przez Zamawiającego było nieuzasadnione i niezgodne z pzp.

Jak więc można wywnioskować z powyższej argumentacji, Zamawiający popełnił szereg błędów i uchybień, które ostatecznie doprowadziły do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania.

Wszystkie swoje zarzuty Zamawiający oparł na informacjach pozyskanych z pisma kontroferenta, które wpłynęło do niego już po prawidłowym wyborze oferty Odwołującego, a także po rozpatrzeniu przez KIO odwołania tegoż kontroferenta. Nierozumiiałam jest, z jakiego powodu Zamawiający podjął tak arbitralną decyzję o odrzuceniu oferty, pomimo wielokrotnych, popartych dowodami i orzecznictwem, wyjaśnień i tłumaczeń kierowanych do niego przez Odwołującego. Tak jak zostało wykazane w niniejszym odwołaniu, zarówno Pani GałązkaNikonov, jak i Pani A.J. z całą pewnością są uprawnione do pełnienia funkcji Kierownika prac konserwatorskich w omawianej inwestycji. Należy więc uznać, iż czynności dokonane przez Zamawiającego, opierające się na wskazanych wyżej błędach i zaniechaniach, są nieprawidłowe i w sposób bezsporny naruszają przepisy ustawy pzp.

Załączono dokumenty opisane w uzasadnieniu odwołania.

Zamawiający: Muzeum Zamkowe w Malborku w odpowiedzi na odwołanie złożonej dnia 22 sierpnia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając stanowisko zamawiający wskazał, co następuje.

Odwołujący w niniejszym postępowaniu był ofertą czwartą w kolejności pod względem najkorzystniejszej ceny.

Pierwsze trzy oferty podlegały odrzuceniu w wyniku czego oferta Odwołującego podlegała badaniu i ocenie pod względem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 9 maja 2024 r. Odwołujący został na podstawie art. 274 ust.1 pzp wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwana dalej „SWZ”) oraz ogłoszeniu o zamówieniu, które brzmiały :

1.„Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał co najmniej jedną (1) robotę budowlaną polegającą na wzmocnieniu i ustabilizowaniu elementów konstrukcyjnych obiektu zabytkowego wraz z jego konserwacją, wpisanego do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub w przypadku rejestrów prowadzonych poza granicami RP – rejestrów równoważnych w stosunku do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami prowadzonych na podstawie przepisów obowiązujących ze względu na miejsce położenia zabytku na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych brutto).

UWAGA: w przypadku, gdy wartość wykazanej roboty zostanie podana w walucie innej niż PLN, Zamawiający, w celu oceny spełnienia warunku udziału, przeliczy jej wartość wg średniego kursu NBP na dzień w którym opublikowano ogłoszenie o zamówieniu

w BZP. Jeżeli w dniu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w BZP, Narodowy Bank Polski nie opublikuje tabeli kursów walut, Zamawiający przyjmie kurs przeliczeniowy według ostatniej tabeli kursów NBP, opublikowanej przed dniem publikacji ogłoszenia..

2.„Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, dysponuje lub będzie dysponować osobami, które skieruje do realizacji zamówienia tj.:

2.1.jedną (1) osobę, która pełnić będzie funkcję Kierownika budowy spełniającego łącznie następujące minimalne wymagania:

2.1.1.posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń odpowiadające wymaganiom /.../

2.1.2.spełnia warunki określone w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami w związku z art. 37g i art. 37f ustawy z dnia 23 lipca 2003 r.

o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

2.1.3. posiadającym doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy dla:

a) co najmniej jednego zamówienia obejmującego roboty budowlane polegające na wzmocnieniu i ustabilizowaniu elementów konstrukcyjnych obiektu zabytkowego wpisanego do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub w przypadku rejestrów prowadzonych poza granicami RP – rejestrów równoważnych w stosunku do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami prowadzonych na podstawie przepisów obowiązujących ze względu na miejsce położenia zabytku. Z zastrzeżeniem, że robota musiała zostać (zakończona) odebrana przez Zamawiającego/Inwestora w okresie ostatnich 7 lat przed terminem składania ofert.

2.2. jedną (1) osobą – Kierownikiem prac konserwatorskich, spełniającego łącznie następujące minimalne wymagania:

2.2.1. spełnia warunki określone w art. 37a ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z uwzględnieniem art. 37h w/w ustawy,

2.2.2. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich dla co najmniej jednego zamówienia obejmującego remont polegający na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni minimum 200m² w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub w przypadku rejestrów prowadzonych poza granicami RP – rejestrów równoważnych w stosunku do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami prowadzonych na podstawie przepisów obowiązujących ze względu na miejsce położenia zabytku.

UWAGA 1: /.../ UWAGA 2: Zamawiający nie dopuszcza łączenia funkcji kierowania budowy i kierownika prac konserwatorskich."

Odwolujący w dniu 13 maja 2024 r. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 maja 2024 r. złożył podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania w/w warunków udziału w postępowaniu. W przedłożonym wykazie osób na potwierdzenie spełnienia warunku udziału

w postępowaniu w zakresie Kierownika prac konserwatorskich Odwołujący wykazał Panią.M.. Zamawiający posiadał wiedzę z innego postępowania wszczętego w dniu 29.03.2023r. pn. „Umowa Ramowa na naprawcze roboty budowlane do wykonania na terenie zespołu zamkowego w Malborku, Zamku w Kwidzynie i Zamku w Sztumie” nr sprawy ZP.2611.3.1.2023.bm, o tym że Pani M.G.. nie posiada odpowiedniego wykształcenia pozwalającego jej na pełnienie funkcji Kierownika prac konserwatorskich. W tym samym czasie Odwołujący został wezwany na tej samej podstawie prawnej jak i faktycznej do uzupełnienia wykazu osób o nowego Kierownika prac konserwatorskich, który spełnia wymagane przepisami prawa wykształcenie określone na podstawie art. 37a ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (dalej: „ustawa”). Wykonawca w postępowaniu w 2023 r. jak i w niniejszym, którego odwołanie dotyczy, dokonał zmiany wykazu osób w zakresie Kierownika prac konserwatorskich. W zamian za Panią.M.. wskazał Panią.A.. wykazując w wykazie, że Pani ta spełnia warunki określone w art. 37a ustawy z uwzględnieniem art. 37h, ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, a także posiada doświadczenie na inwestycji pn.:

1) Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych polegających na dostosowaniu budynków zlokalizowanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu do pełnienia funkcji na rzecz kultury - prace konserwatorskie polegały na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni 800 m² dla Zamawiającego Miasta Grudziądz,

2) Prace konserwatorskie i restauratorskie przy ceglano kamiennych gotyckich murach Zamku Biskupów Chełmińskich w Lubawie - prace konserwatorskie polegały na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni 400 m² dla Zamawiającego Gmina Miejska Lubawa.

Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy Pani A.J.. wziął pod uwagę tylko doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich przy opracowaniu dokumentacji projektowej i wykonaniu robót budowlanych polegających na dostosowaniu budynków zlokalizowanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu do pełnienia funkcji na rzecz kultury. Drugie z wykazanego doświadczenia przy pracach konserwatorskich i restauratorskich przy ceglano kamiennych gotyckich murach Zamku Biskupów Chełmińskich w Lubawie nie mogło zostać zakwalifikowane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale V ust. 2 pkt. 2.4) ppkt. 2) SWZ, gdyż wskazany przez Odwołującego obiekt, nazwany w odwołaniu „Zamek Biskupów Chełmińskich w Lubawie”, został wpisany do rejestru zabytków nieruchomych województwa warmińsko-mazurskiego dnia 04.08.1957, nr rejestru:

A-384 jako „ruiny zamkowe biskupów chełmińskich” (źródło: bip.wuoz.olsztyn.pl, dostęp z dnia 15.05.2024 r.). Na stronie internetowej Narodowego Instytutu Dziedzictwa określa się je jako Relikty kompleksu zamkowego o cechach rezydencjalnych należącego do biskupstwa chełmińskiego (źródło: zabytek.pl, dostęp z 15.05.2024 r.). Są to informacje ogólnodostępne, które nie wymagają dodatkowych wyjaśnień, ustaleń. Na powyższe również zwrócił uwagę Pan R.S. w złożonym przez siebie do Zamawiającego piśmie o niespełnieniu przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu (pismo z dnia 17.06.2024 r. o którym poniżej). Zamawiający w dniu 15 maja 2024 r. dokonał wyboru Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej i odrzucenia pozostałych ofert cenowo niższych od oferty Odwołującego.

Zamawiający na podstawie nowych okoliczności, które pojawiły się w postępowaniu, z dnia

17 czerwca 2024 r. nie podjął jak to wskazuje Odwołujący „arbitralnej decyzji” o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a dokonał tej czynności z uwagi na załączoną do pisma Pana Sochy informację od samego Inwestora - Zamawiającego, Miasta Grudziądzu i który to wskazał, że Pani A.J.. nie pełniła funkcji Kierownika prac konserwatorskich konkretnie przy zadaniu pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych polegających na dostosowaniu budynków zlokalizowanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu do pełnienia funkcji na rzecz kultury” - prace konserwatorskie polegały na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni 800 m² dla Zamawiającego Urząd Miasta w Grudziądzu.

Bez względu na to, w jakichkolwiek okolicznościach Zamawiający powziąłby uzasadnione wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu zobowiązany jest w myśl art. 16 ustawy PZP do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w ocenie spełnienia warunków zgodnie z postanowieniami dokumentów zamówienia.

Mając na uwadze sposób zadanego przez Kancelarię IURIDICO z Gdańska pytania do Urzędu Miasta w Grudziądzu udzielonej odpowiedzi na zadane pytanie Zamawiający nie mógł podjąć automatycznej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, tylko przeprowadzić wyjaśnienia sprawy, takowe uprawnienie wynika z art. 128 ust. 4 PZP. Zamawiający w dniu 20 czerwca 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym: „(...) m.A.. Kierownik prac konserwatorskich: 1) dlaczego Wykonawca wykazał, że Pani A.J.. pełniła funkcję Kierownika prac konserwatorskich na tej samej inwestycji co uprzednio wykazana przez Wykonawcę Pani m.M.. tj. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych polegających na dostosowaniu budynków zlokalizowanych w Grudziądzu – Konserwacja elewacji ceglanej, murów, odtworzenie stolarki otworowej”, której inwestorem był Urząd Miasta Grudziądz. Obiekt na którym były kierowane prace konserwatorskie jest wpisany do rejestru zabytków pod nr: Spichlerz 33 - A/530, Spichlerz 35 – A/626 (kujawsko-pomorski rejestr zabytków)? (...)”.

Odwołujący w ramach wyjaśnień z 26 czerwca 2024 r. wskazał, że przy zadaniu na Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu do pełnienia funkcji na rzecz kultury funkcję Kierownika prac konserwatorskich pełniła Pani M.G.. wraz z Panią.A., jako iż tworzyły one w tym czasie zespół zajmujący się kierowaniem prac. Powyższe potwierdza oświadczenie Pani M.G.. z dnia 24 czerwca 2024 r. w którym potwierdza ona, iż Pani A.J.. pełniła przy niniejszych pracach funkcję równorzędnego kierownika prac konserwatorskich.

Nie sposób przyjąć powyższą argumentację Odwołującego, gdyż nie ma możliwości aby było jednocześnie dwóch kierowników prac konserwatorskich na tej samej inwestycji.

W rozporządzeniu z dnia 2 sierpnia 2018 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich i badań konserwatorskich przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków albo na Listę Skarbów Dziedzictwa oraz robót budowlanych, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, a także badań archeologicznych i poszukiwań zabytków § 12 ust. 1 pkt. 4 ustawodawca wyraźnie zaznacza, że należy przekazać wojewódzkiemu konserwatorowi zabytków albo ministrowi nie później niż w terminie 14 dni przed dniem rozpoczęcia prac albo badań, a w toku prac albo badań na 14 dni przed dokonaniem zmiany osoby, o której mowa w pkt 3:

a) imienia, nazwiska i adresu osoby, o której mowa w pkt 3,

b) dokumentów potwierdzających spełnianie przez tę osobę wymagań, o których mowa odpowiednio w art. 37a ust. 1 i 2, art. 37b ust. 1 i 3 albo art. 37d ust. 1 ustawy,

c) oświadczenia osoby, o której mowa w pkt 3, o przyjęciu przez tę osobę obowiązku kierowania tymi pracami albo badaniami albo samodzielnego ich wykonywania;

Ustawodawca określa zatem wskazanie danych osoby, a nie osób. Wskazuje to na fakt, że funkcję kierownika w zakresie jednej decyzji administracyjnej może pełnić jedna osoba, lecz można dokonać jej zmiany na innego kierownika prac w określonym przez ustawodawcę terminie.

W związku z powyższym Zamawiający dokonał w dniu 1 sierpnia 2024 r. odrzucenia oferty Odwołującego, a tym samym unieważnienia postępowania.

Na powyższą czynność Zamawiającego zostało wniesione przez Wykonawcę 3JM M.B. odwołanie, do którego zostaje przedłożona niniejsza odpowiedź z jednoczesnym ustosunkowaniem się do stawianych zarzutów.

1. Spełnienie warunków określonych w SWZ przez Panią.M..

Przedmiotem zamówienia są m.in. prace konserwatorskie muru oraz wieży więziennej, które należy przeprowadzić na podstawie załączonego do dokumentów postępowania programu prac konserwatorskich oraz zgodnie z decyzją administracyjną pozwalającą na prowadzenie tych prac.

Dlatego też Zamawiający celem należytego wykonania przedmiotu umowy ustanowił warunki udziału w postępowaniu w tym w zakresie kierownika prac konserwatorskich, w myśl art. 37a ustawy, który stanowi, że pracami konserwatorskimi przy zabytku nieruchomym wpisanym do rejestru zabytków może kierować osoba, „która ukończyła studia drugiego stopnia lub jednolite studia magisterskie, w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków oraz która po rozpoczęciu studiów drugiego stopnia lub po zaliczeniu szóstego semestru jednolitych studiów magisterskich przez co najmniej 9 miesięcy brała udział w pracach konserwatorskich, pracach restauratorskich lub badaniach konserwatorskich, prowadzonych przy zabytkach wpisanych do rejestru, inwentarza muzeum(...)”.

Pani M.G., ukończyła studia na kierunku ochrona dóbr kultury w zakresie konserwatorstwo i uzyskała dyplom w 2001 roku.

Odwołujący w odwołaniu „stwierdza, iż Pani M.G.. spełnia wymogi wskazane w art. 37a ustawy. (...) Zaznaczyć należy, iż art. 37a ustawy dodany został do ww. aktu prawnego dnia 30 listopada 2015 r., a w aktualnym brzmieniu dopiero 1 września 2017 r. Pani M.G., jak wyraźnie wynika z załączonego skanu dyplomu, ukończyła studia na kierunku „Ochrona Dóbr Kultury” w zakresie konserwatorstwa 7 grudnia 2001 r., a więc niemal 12 lat przed uchwaleniem niniejszego przepisu. W żadnym wypadku nie oznacza to więc, że przed wprowadzeniem art. 37a ustawy, studia te nie obejmowały swoim zakresem konserwatorstwa co potwierdza wyraźny zapis na dyplomie Pani M.G..”

Wskazanie w odwołaniu zakresu różnych stanów prawnych w różnym czasookresie m.in. zarzut, że art. 37a ustawy dodany został do ustawy dnia 30 listopada 2015 r., a w aktualnym brzmieniu dopiero 1 września 2017 r., a Pani M.G.. ukończyła studia na kierunku Ochrona Dóbr Kultury w zakresie konserwatorstwa 7 grudnia 2001 r. a więc niemal 12 lat przed uchwaleniem art. 37a ustawy, należy zaznaczyć, że w momencie ukończenia studiów przez Panią.M.. obowiązywała ustawa z dnia 15 lutego 1962 roku oraz rozporządzenia określające kwalifikacje osób prowadzących prace konserwatorskie. Należy zaznaczyć, że w dniu ukończenia studiów wyższych (7 grudnia 2001 r.) dyplom, który przedkłada obecnie Pani M.G.. nie uprawniał do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich. Zaznaczyć również należy, że zarówno ustawa z 1962 roku jak i obowiązujące razem z nią rozporządzenia zostały uchylone. Obecnie obowiązują przepisy dotyczące uprawnień do kierowania m.in. pracami konserwatorskimi wyraźnie wskazują, że uprawnienia takie mogą posiadać absolwenci w studiów w zakresie „konserwacji i restauracji dzieł sztuki” lub „konserwacji zabytków” a nie „konserwatorstwa”. Odwołujący wyraźnie w treści odwołania wskazuje, że studia „Ochrona Dóbr Kultury” ukończone przez Panią.M.. obejmowały swoim zakresem „konserwatorstwo”, czego Zamawiający nie podważa. Zwraca się jednak uwagę, że studia w zakresie „konserwatorstwa” nie są tożsame ze studiami w zakresie „konserwacji i restauracji dzieł sztuki” lub „konserwacji zabytków”. Nie bez przyczyny organizatorzy studiów związanych z ochroną zabytków na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika prowadzą dwa odrębne kierunki na Wydziale Sztuk Pięknych. Studia na kierunku „Konserwacja Dzieł Sztuki” realizują program o 1 rok dłużej i obejmują w szczególności zajęcia z praktycznej konserwacji dzieł sztuki, przygotowujące do samodzielnego prowadzenia prac konserwatorskich przy zabytku. Stanowisko Zamawiającego wynika nie tylko z własnej wiedzy i doświadczenia, ale również z opinii, które Zamawiający otrzymał m.in. od przedstawicieli Uniwersytetu Mikołaja Kopernika – organizatora dwóch kierunków studiów wyższych: Ochrona Dóbr Kultury oraz Konserwacja

i Restauracja Dzieł Sztuki (korespondencja w załączeniu) <dowód nr 3 i nr 4>. Takie stanowisko przedstawione jest również na oficjalnej stronie internetowej uczelni (zrzut ekranu informacji ze strony internetowej w załączeniu) <dowód nr 5>.

Odwołujący wskazuje, że głównym argumentem Zamawiającego przemawiającym za odrzuceniem oferty Odwołującego było ryzyko braku zgody Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w zakresie Pani M.G.. na objęcie przez nią funkcji Kierownika prac konserwatorskich.

Zamawiający wskazuje, że nie był to główny argument, ale jeden z argumentów które zdyskwalifikowały z udziału w

postępowaniu Panią.M., gdyż Zamawiający (Muzeum Zamkowe w Malborku) dysponuje aktualnie decyzją pozwalającą na realizację prac przy murze oporowym wraz z wieżą więzienną zamku w Sztumie, będących przedmiotem spornego zamówienia. Decyzja ta, zgodnie z § 2. ust. 1 pkt 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 sierpnia 2018 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich i badań konserwatorskich przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków albo na Listę Skarbów Dziedzictwa oraz robót budowlanych, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, a także badań archeologicznych i poszukiwań zabytków zawiera warunki kierowania pracami konserwatorskimi przez osobę spełniającą wymagania art. 37a ustawy oraz dostarczenia danych tej osoby w terminie 14 dni przed dniem rozpoczęcia prac. Rozporządzenie nie określa zagrożeń związanych z niedopełnieniem lub niewłaściwym dopełnieniem – poprzez wskazanie osoby nie posiadającej faktycznie stosownych uprawnień – tych obowiązków. Wynikają one natomiast wprost z ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy „Wojewódzki konserwator zabytków wydaje decyzję o wstrzymaniu wykonywanych bez jego pozwolenia lub w sposób odbiegający od zakresu i warunków określonych w pozwoleniu prac konserwatorskich, restauratorskich, badań konserwatorskich lub architektonicznych przy zabytku wpisanym do rejestru”. Prowadzenie prac niezgodnie z warunkami pozwolenia konserwatorskiego zagrożone jest również administracyjną karą pieniężną. Zgodnie z art. 107d ust. 2 ustawy „kto podejmuje działania, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 1–5, niezgodnie z zakresem lub warunkami określonymi w pozwoleniu wojewódzkiego konserwatora zabytków, podlega karze pieniężnej w wysokości od 500 do 500 000 zł”. Zatem stwierdzenie przez Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków na jakimkolwiek etapie realizacji inwestycji w tym przed jej rozpoczęciem, że Kierownik prac konserwatorskich nie spełnia wymogów art. 37a ustawy, a zatem nie spełnia warunków wydanego pozwolenia konserwatorskiego stanowi poważne zagrożenie dla gospodarności wydania środków publicznych. O ile ewentualne wstrzymanie inwestycji mogłoby mieć charakter czasowy, to kara pieniężna może zostać nałożona już za samo podjęcie działań niezgodnie z warunkami pozwolenia. Wskazać należy, że Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych zobowiązana jest do przestrzegania również przepisów o finansach publicznych w tym również art. 44 ust. 3 tej ustawy zgodnie z zapisami tego artykułu Zamawiający ma obowiązek wydatkować środki publiczne w taki sposób, aby uzyskać efektywność ekonomiczną, zatem odpowiedni stosunek jakości do ceny oraz zrealizować finansowane prace w sposób umożliwiający terminową realizację zadania. Terminowość zadania może być zagrożona z uwagi na potencjalne komplikacje przyjęcia uprawnień Pani M.G., które wskazał Urząd Ochrony Zabytków w Gdańsku zaznaczając w wiadomości przesłanej do Muzeum Zamkowego w Malborku <dowód nr 6 i 7>, że wskazana osoba nie ma kompetencji do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich. W związku z powyższym kwestia posiadanych przez Panią.M.. kwalifikacji nie mogły pozostać Zamawiającemu obojętne.

Odwolujący w odwołaniu jak i do wyjaśnień składanych w 26 czerwca 2024 r. wskazał, że Pani M.G.. dysponuje pismem z dnia 2 października 2023 r. wydanym przez Kujawsko-Pomorskiego Konserwatora Zabytków, które potwierdza spełnienie przez tą Panią wymagań określonych w art. 37a ustawy.

Zamawiający wskazuje, że nie istnieją żadne regulacje prawne dotyczące osób, kierujących pracami konserwatorskimi, które sankcjonowałyby uznanie uprawnień w jednym województwie jako wiążące dla wszystkich pozostałych województw. W przypadku konserwatorów zabytków nie funkcjonuje izba zawodowa, czy rejestr uprawnień, a kwalifikacje poszczególnych osób każdorazowo podlegają weryfikacji przez właściwego miejscowo wojewódzkiego konserwatora zabytków. Zaznaczyć należy, że pismo Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z 2 października 2023 r. nie potwierdza spełnienia wymagań do kierowania pracami konserwatorskimi, lecz potwierdza kwalifikacje do kierowania lub samodzielnego prowadzenia badań konserwatorskich, dla których kwalifikacje określa ten sam przepis ustawy. Wydaje się, że pomimo jednakowych zapisów ustawowych dla kwalifikacji niezbędnych do kierowania pracami konserwatorskimi i badaniami konserwatorskimi istotny jest kontekst przygotowanego przez Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków pisma, mającego na celu potwierdzenia kwalifikacji do kierowania badaniami konserwatorskimi, a nie pracami konserwatorskimi.

Odwolujący podnosi w odwołaniu, że Pani M.G.. aktualnie jak i w przeszłości realizowała wiele zleceń na stanowisku Kierownika prac konserwacyjnych na zabytkach stanowiących własność Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, a wyrażając zgodę na obsadzenie Pani M.G.. na tymże stanowisku miał świadomość jej kwalifikacji również w świetle art. 37a ustawy. Przedkładając na dowód tego notatkę z rady konserwatorskiej z udziałem obecnego Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków D.C. z dnia 26 lipca 2024 roku.

Natomiast Zamawiający wskazuje, że jak wskazano powyżej w argumentacji Zamawiającego posiadanie uprawnień do kierowania pracami konserwatorskimi zgodnych z art. 37a ustawy jest warunkiem pozwoleń wydawanych na podstawie obowiązującego od 2018 r. rozporządzenia. Wojewódzkie urzędy ochrony zabytków nie dokonują zatem oceny formalnej

złożonych dokumentów na etapie rozpatrywania wniosku o pozwolenie. Zamawiający (Muzeum Zamkowe w Malborku) nie ma wiedzy, czy i w jaki sposób weryfikowane są składane przez poszczególnych inwestorów zawiadomienia o kierowaniu pracami. Natomiast zgodnie z obowiązującymi przepisami weryfikacja taka może się odbywać. Można przypuszczać, że w przypadkach prac, w których odbiorze Pani M.G.. występowała jako kierownik prac konserwatorskich na terenie województwa pomorskiego nie dokonano faktycznej oceny przedłożonych dokumentów przesłanych wraz z zawiadomieniem o wyborze Kierownika prac konserwatorskich, na co Zamawiający nie ma wpływu. Taka sytuacja nie wykluczałaby jednak przeprowadzenia dokładnej weryfikacji w przypadku innych inwestycji, w tym również w zakresie prac konserwatorskich prowadzonych na zamku w Sztumie.

Ponadto obecność na odbiorze końcowym Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, na co wskazuje Odwołujący, jest związana z zakończeniem inwestycji przy obiekcie zabytkowym oraz koniecznością sporządzenia protokołu końcowego prac konserwatorskich. Konserwator Wojewódzki w trakcie odbioru nie dokonuje weryfikacji uprawnień osób biorących udział w danym odbiorze.

Poza powyższym Odwołujący wskazuje w treści odwołania, że brak jest podstaw do twierdzenia, iż tym razem decyzja Pomorskiego Konserwatora mogłaby być odmienna. (...) Wskazuje, że do pisma Pana Rafała Sochy zostało dołączone pismo Inwestora (w tym przypadku Urzędu Miasta w Grudziądzu) inwestycji pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych polegających na dostosowaniu budynków zlokalizowanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu do pełnienia funkcji na rzecz kultury”) wskazując, że Pani A.J.. nie pełniła na tym zadaniu funkcji kierownika prac konserwatorskich, a funkcję tę pełniła Pani M.G.. Odwołujący wskazuje przy niniejszym wątku, że Zamawiający przeczy sam sobie, zakładając, że Pomorski Konserwator Zabytków nie wyrazi zgody na obsadzenie Pani M.G.. na stanowisku Kierownika prac konserwatorskich, a jednocześnie powołując się na fakt, iż Pani M.G.. pełniła już tę funkcję w tożsamym zadaniu (...), co za tym idzie, zgoda Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków musiała być wydana bez zastrzeżeń.

Odwołujący pominął fakt, że inwestycja prowadzona była na obiekcie podlegającym pod Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, a nie pod Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków. W związku z powyższym zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, a tym samym nie wpisuje się w stawiany zarzut naruszenia art. 16 ustawy PZP.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego związanego z pozyskaną opinią z Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 16 lipca 2024 r. i z tym, że opinia ta potwierdza stanowisko Odwołującego cyt. „Odnosząc się zatem do Pani pytań zawartych w pkt 1 i 2 wyjaśnić należy, iż ustawodawca nie wskazał nazwy konkretnego kierunku studiów, którego ukończenie uprawnia do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków lub ich samodzielnego wykonywania, posługując się pojęciem „studia w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków”. Co więcej, zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustaw regulujących warunki dostępu do wykonywania niektórych zawodów (Dz.U. z 2015 r. poz. 1505), osoby – które przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy uzyskały uprawnienia w zakresie kierowania pracami konserwatorskimi lub ich samodzielnego wykonywania albo kierowania robotami budowlanymi lub wykonywania nadzoru inwestorskiego na podstawie dotychczasowych przepisów – zachowują te uprawnienia.”

Zamawiający nie podziela powyższego twierdzenia Odwołującego, gdyż w tej samej opinii Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego wskazano, że „do wyłącznych kompetencji wojewódzkiego konserwatora zabytków należy weryfikacja danych dotyczących osób kierujących pracami konserwatorskimi lub je wykonującymi (zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z 2 sierpnia 2018 r.)”

Weryfikacji uprawnień Pani M.G.. dokonał Pomorski Wojewódzki Konserwator Zabytków na wniosek Zamawiającego z 19 lipca 2024 r. (do wniosku, którego treść przedłożono w załączniku dołączono zanonimizowane dyplomy Pani M.G., na których widoczna jest data oraz kierunek ukończenia studiów oraz data ukończenia szkoły średniej <dowód nr 9>). Inspektor działający w imieniu Wojewódzkiego Pomorskiego Konserwatora Zabytków 22 lipca 2024 r. stwierdził, że przedstawiona osoba nie ma kompetencji do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich, co zostało dodatkowo potwierdzone przez samego Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków pismem z dnia 12 sierpnia 2024 (treść obu odpowiedzi w załączeniu).

Odwołujący jako kolejną argumentację, która miałaby potwierdzić jego racje w zakresie uprawnień Pani M.G.. do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich powołuje się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 653/18 z dnia 23 kwietnia 2018 r.

Zamawiający podnosił tę kwestię w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazując, że przywołany wyrok KIO

nie jest odzwierciedleniem niniejszej sytuacji, gdyż wskazany Pan S. studiował i uzyskał dyplom (1982 r.), gdy nie było kierunku ochrona dóbr kultury, a studia były w zakresie konserwacji zabytków. Wobec powyższego wskazana osoba Pana S. spełnia warunki art. 37a ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, ponieważ ukończył studia w zakresie konserwacji zabytków. Pani M.G.. skończyła studia na kierunku ochrona dóbr kultury w zakresie konserwatorstwa, więc załączony wyrok nie może stanowić analogii do niniejszego postępowania. Dodatkowo wskazać należy, że sam Odwołujący w treści swojego odwołania wskazuje, że „w przytoczonym wyroku mamy do czynienia z bardzo podobnym stanem faktycznym”, ale nie identycznym. Odwołujący nacisk kładzie na sformułowania z w/w wyroku typu, że o uprawnieniach do kierowania pracami konserwatorskimi decyduje ustawodawca.

Dlatego też Zamawiający skierował swoje zapytanie do ustawodawcy tj. Ministerstwa Kultury

i Dziedzictwa Narodowego w dniu 10.07.2024 r. <dowód nr 10>. Ustawodawca udzielił Zamawiającemu odpowiedzi, że do wyłącznych kompetencji wojewódzkiego konserwatora zabytków należy weryfikacja danych osób kierujących pracami. W tym przypadku, jak wyżej wskazano, Zamawiający zwrócił się do Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków.

W związku z powyższym zarzut postawiony przez Odwołującego podlega oddaleniu w całości.

Nie kończąc konkluzji w zakresie wyroku KIO 653/18 z dnia 23 kwietnia 2018 r. do którego w dalszej treści odwołania Odwołujący cytuje owy wyrok „prawodawca w ww. przepisie nie wskazał nazwy konkretnego kierunku studiów, którego ukończenie uprawnia do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków lub ich samodzielnego wykonywania, posługując się pojęciem <studia w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków>. Raz jeszcze wspomnieć należy, że Pani M.G.. ukończyła studia w zakresie konserwatorstwa, co oznacza pełną zgodność z wymaganiami art. 37a ustawy.

Odwołujący w powyższej argumentacji po raz kolejny wskazuje, że Zamawiający miał rację, że należy ukończyć studia w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków, a Pani M.G.. ukończyła studia w zakresie konserwatorstwa.

Odwołujący w końcowej konkluzji zarzutu dotyczącego naruszeń ze strony Zamawiającego przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Panią.M.. wskazuje, że na przestrzeni 10 lat ta Pani prowadziła prace konserwatorskie na stanowisku kierownika prac konserwatorskich i że dotychczas, żaden Zamawiający nie miał wątpliwości, że spełnia wymagania art. 37a ustawy.

Zamawiający wskazuje, że nie ponosi odpowiedzialności za działania i podejmowane decyzje przez innych Zamawiających. Taki stan rzeczy nie może prowadzić do tego, że Zamawiający, który zarządza obiektem wpisanym na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturowego UNESCO jakim jest Zamek w Malborku, będzie opierać się na precedensie. Dodatkowo należy wskazać, że nie wszyscy Zamawiający tak jak to wskazuje Odwołujący nie mieli wątpliwości co do posiadanych przez Panią.M.. uprawnień do pełnienia funkcji Kierownika prac konserwatorskich w myśl art. 37a ustawy, gdyż sam Odwołujący wraz z wyjaśnieniami składanymi Zamawiającemu w dniu 26 czerwca 2024 r. przedłożył dowody (dokument) właśnie w postaci pisma Kujawsko-Pomorskiego Konserwatora Zabytków z 02.10.2023 r., kierowane do PKP w Warszawie (pismo w aktach postępowania), które to również powzięły wątpliwość co do posiadanych przez Panią.M.. uprawnień z art. 37a, skoro wystąpiły z takim zapytaniem do Konserwatora Zabytków. Dodatkowo należy wskazać, że w większości Zamawiających, którzy stawiają warunek udziału w postępowaniu z zakresu art. 37a ustawy, przyjmą Panią.M.. na spełnienie warunku, a to w wyniku uprawnień Zamawiających co do dokumentów jakich może żądać na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w myśl rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, a dokumentem takim jest tylko wykaz osób, który opiera się na oświadczeniu własnym Wykonawcy, a jak widać Wykonawcy wiele mogą oświadczyć, co często nie ma to przełożenia na stan faktyczny i prawny.

Spełnienie warunków określonych w SWZ przez Panią.A..

Spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Panią.A.. zostały opisane powyżej w stanie faktycznym sprawy.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje na naruszenia Zamawiającego związane z brakiem doprecyzowania w SWZ warunku udziału w postępowaniu przy Kierowniku prac konserwatorskich.

Zarzut ten należy uznać za spóźniony, gdyż Odwołujący jak i inni uczestnicy postępowania mieli odpowiedni czas i niczym nie skrzepowane możliwości do składania zapytań i udzielania wyjaśnień do SWZ z czego Odwołujący nie skorzystał. Przedmiotowy warunek został sformułowany jasno i wprost przez co nie zasługuje na głębszą analizę i zawilg

wykładnię – takie działania prowadzić mogą do przekłamania intencji Zamawiającego i zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z powyższym, Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego jako byby on uprawniony do szerokiej interpretacji jakiegokolwiek warunku, gdyż jest to działanie zmierzające do zakłamywania rzeczywistości i naciągania warunków pod swoje możliwości celem (nieuczciwego) pozyskania zamówienia.

W związku z powyższym zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty

i unieważnieniu postępowania. Oferta Odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w dokumentach zamówienia.

Zamawiający – Muzeum Zamkowe w Malborku, zarządca zamków w Malborku, Sztumie i Kwidzynie, dochowując należytej staranności, przy zaangażowaniu wszelkich dostępnych mu środków, wiedzy i doświadczenia do ochrony zabytków i dóbr kultury oraz w obawie przed ich zniszczeniem podjął decyzje w zakresie przedmiotowego postępowania adekwatne do zaistniałej sytuacji faktycznej i prawnej. Nie ma przy tym miejsca na błędy, uchybienia i wątpliwości, które mogłyby przekreślić kompetencje Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający stoi na stanowisku, że dokonane w postępowaniu czynności są zgodne z dyspozycjami przepisów prawa, a w szczególności ustawy PZP i ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, przez co Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.

Wskazano na dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie ustaliła stan faktyczny na podstawie dokumentów przedstawionych przez strony i podmioty trzecie w toku postępowania o udzielenie zamówienia oraz pismach skierowanych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, złożonych na rozprawie oraz stanowisk zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także przedstawionych do protokołu rozprawy.

Izba zważyła, co następuje

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia przez żądanie nakazania unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania prowadzonego przez zamawiającego, jako materialnoprawna przesłanka wniesienia odwołania w rozumieniu art. 505 ustawy pzp, uznaje się za potwierdzony.

Ustalono, że zamawiający podjął kwestionowane odwołaniem czynności w wyniku sygnalizacji dokonanej w piśmie z dnia 17 czerwca 2024 r. innego oferenta, obecnego przystępującego, który skierował do zamawiającego informacje o braku spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wybranego wykonawcę, obecnego odwołującego.

Należy stwierdzić, że niezależnie od źródła informacji zamawiający jest uprawniony, a w istocie zobowiązany do rzetelnego przeprowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad Prawa zamówień publicznych.

Istotą sporu jest kwestia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ o brzmieniu:

1. „Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał co najmniej jedną (1) robotę budowlaną polegającą na wzmocnieniu i ustabilizowaniu elementów konstrukcyjnych obiektu zabytkowego wraz z jego konserwacją, wpisanego do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub w przypadku rejestrów prowadzonych poza granicami RP – rejestrów równoważnych w stosunku do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami prowadzonych na podstawie przepisów obowiązujących ze względu na miejsce położenia zabytku na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł brutto (słownie: jeden milion złotych brutto).

UWAGA: /.../

2. „Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, dysponuje lub będzie dysponować osobami, które skieruje do realizacji zamówienia tj.:

2.1. jedną (1) osobę, która pełnić będzie funkcję Kierownika budowy spełniającego łącznie następujące minimalne wymagania:

2.1.1. posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń odpowiadające wymaganiom określonym

w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane oraz Rozporządzeniu MliR z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, /.../,

2.1.2. spełnia warunki określone w art. 37c ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami w związku z art. 37g i art. 37f ustawy z dnia 23 lipca 2003 r.

o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

2.1.3. posiadającym doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy dla:

a) co najmniej jednego zamówienia obejmującego roboty budowlane polegające na wzmocnieniu i ustabilizowaniu elementów konstrukcyjnych obiektu zabytkowego wpisanego do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub w przypadku rejestrów prowadzonych poza granicami RP – rejestrów równoważnych w stosunku do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami prowadzonych na podstawie przepisów obowiązujących ze względu na miejsce położenia zabytku. Z zastrzeżeniem, że robota musiała zostać (zakończona) odebrana przez Zamawiającego/Inwestora w okresie ostatnich 7 lat przed terminem składania ofert.

2.2. jedną (1) osobą – Kierownikiem prac konserwatorskich, spełniającego łącznie następujące minimalne wymagania:

2.2.1. spełnia warunki określone w art. 37a ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z uwzględnieniem art. 37h w/w ustawy,

2.2.2. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich dla co najmniej jednego zamówienia obejmującego remont polegający na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni minimum 200m² w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami lub w przypadku rejestrów prowadzonych poza granicami RP – rejestrów równoważnych w stosunku do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami prowadzonych na podstawie przepisów obowiązujących ze względu na miejsce położenia zabytku.

UWAGA 1/.../UWAGA 2: Zamawiający nie dopuszcza łączenia funkcji kierowania budowy i kierownika prac konserwatorskich."

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania w/w warunków udziału w postępowaniu. W przedłożonym wykazie osób na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika prac konserwatorskich wskazując Panią.M.. Zamawiający posiadał wiedzę z innego postępowania wszczętego w dniu 29.03.2023 r. pn. „Umowa Ramowa na naprawcze roboty budowlane do wykonania na terenie zespołu zamkowego w Malborku, Zamku w Kwidzynie i Zamku w Sztumie” nr sprawy ZP.2611.3.1.2023.bm, o tym że ta Pani nie posiada odpowiedniego wykształcenia pozwalającego jej na pełnienie funkcji Kierownika prac konserwatorskich. W tamtym czasie Odwołujący został wezwany na tej samej podstawie prawnej jak i faktycznej do uzupełnienia wykazu osób o nowego Kierownika prac konserwatorskich, który spełnia wymagane wykształcenie określone na podstawie art. 37a ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (dalej: ustawa). Wykonawca w postępowaniu w 2023 r. jak i w niniejszym, dokonał zmiany wykazu osób w zakresie Kierownika prac konserwatorskich wskazując nową osobę tj. Panią.A.. wykazując w wykazie, że Pani ta spełnia warunki określone w art. 37a ustawy z uwzględnieniem art. 37h, ustawy z dnia 23 lipca 2003r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, a także posiada doświadczenie na inwestycji pn.:

1) Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych polegających na dostosowaniu budynków zlokalizowanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu do pełnienia funkcji na rzecz kultury - prace konserwatorskie polegały na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni 800 m² dla Zamawiającego Urząd Miasta

w Grudziądzu,

2) Prace konserwatorskie i restauratorskie przy ceglano kamiennych gotyckich murach Zamku Biskupów Chełmińskich w Lubawie - prace konserwatorskie polegały na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni 400 m² dla Zamawiającego Gmina Miejska Lubawa.

Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy Pani A.J.. wziął pod uwagę tylko doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich przy opracowaniu dokumentacji projektowej i

wykonaniu robót budowlanych polegających na dostosowaniu budynków zlokalizowanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu do pełnienia funkcji na rzecz kultury. Drugie z wykazanego doświadczenia przy pracach konserwatorskich i restauratorskich przy ceglano kamiennych gotyckich murach Zamku Biskupów Chełmińskich w Lubawie nie zostało zakwalifikowane do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale V ust. 2 pkt. 2.4) ppkt. 2) SWZ, gdyż wskazany przez Odwołującego obiekt, nazwany w odwołaniu „Zamek Biskupów Chełmińskich w Lubawie”, wpisany jest do rejestru zabytków nieruchomych województwa warmińsko-mazurskiego dnia 04.08.1957, nr rejestru: A-384 jako „ruiny zamkowe biskupów chełmińskich”. Są to Relikty kompleksu zamkowego o cechach rezydencjalnych należącego do biskupstwa chełmińskiego (źródło: zabytek.pl, dostęp z 15.05.2024 r.)

Zamawiający na podstawie nowych okoliczności, dokonał czynności oceny z uwagi na załączoną do pisma przystępującą informację od samego Inwestora, a tym samym Zamawiającego, którym był Urząd Miasta w Grudziądzu i który to wskazał, że Pani A.J.. nie pełniła funkcji Kierownika prac konserwatorskich konkretnie przy zadaniu pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych polegających na dostosowaniu budynków zlokalizowanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu do pełnienia funkcji na rzecz kultury” - prace konserwatorskie polegały na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni 800 m² dla Zamawiającego Urząd Miasta w Grudziądzu.

W toku procedowania zamawiający w dniu 20 czerwca 2024 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym m.in. „(...) m.A.. Kierownik prac konserwatorskich: 1) dlaczego Wykonawca wykazał, co do informacji, że Pani A.J.. pełniła funkcję Kierownika prac konserwatorskich na tej samej inwestycji co uprzednio wykazana przez Wykonawcę Pani m.M.. tj. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych przy ul. Spichrzowej 33 oraz 35 w Grudziądzu – Konserwacja elewacji ceglanej, murów, odtworzenie stolarki otworowej”(…).”

Odwołujący w ramach wyjaśnień, z 26 czerwca 2024 r. wskazał, że przy zadaniu powyższym funkcję Kierownika prac konserwatorskich pełniła Pani M.G.. wraz z Panią.A., jako iż tworzyły one w tym czasie zespół zajmujący się kierowaniem prac. Powyższe potwierdza oświadczenie Pani M.G.. z dnia 24 czerwca 2024 r. w którym potwierdza ona, iż Pani A.J.. pełniła przy niniejszych pracach funkcję równorzędnego kierownika prac konserwatorskich.

Powyższa argumentacja jest o tyle niezasadna, że nie ma możliwości, aby było jednocześnie dwóch kierowników prac konserwatorskich na tej samej inwestycji, niezależnie od prawnych możliwości zmiany na innego kierownika prac w określonych warunkach.

W związku z powyższym Zamawiający dokonał w dniu 1 sierpnia 2024 r. odrzucenia oferty Odwołującego, a wobec faktu, że pozostałe oferty zostały odrzucone, unieważnienia postępowania.

W odniesieniu do spełniania warunków określonych w SWZ przez Panią.M.. znaczenie ma ich treść, nie zaś sam przedmiot zamówienia, jakkolwiek okoliczności te powinny być adekwatne i proporcjonalne.

Zamawiający w zakresie kierownika prac konserwatorskich powołał w warunku art. 37a ustawy, który stanowi, że pracami konserwatorskimi przy zabytku nieruchomym wpisanym do rejestru zabytków może kierować osoba, „która ukończyła studia drugiego stopnia lub jednolite studia magisterskie, w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków oraz która po rozpoczęciu studiów drugiego stopnia lub po zaliczeniu szóstego semestru jednolitych studiów magisterskich przez co najmniej 9 miesięcy brała udział w pracach konserwatorskich, pracach restauratorskich lub badaniach konserwatorskich, prowadzonych przy zabytkach wpisanych do rejestru, inwentarza muzeum(...)”.

Pani M.G., ukończyła studia na kierunku ochrona dóbr kultury w zakresie konserwatorstwo i uzyskała dyplom w 2001 roku.

Niespornie art. 37a ustawy dodany został do ustawy dnia 30 listopada 2015 r., a w aktualnym brzmieniu dopiero 1 września 2017 r., a Pani M.G.. ukończyła studia na kierunku Ochrona Dóbr Kultury w zakresie konserwatorstwa 7 grudnia 2001 r. a więc niemal 12 lat przed uchwaleniem art. 37a ustawy, należy zaznaczyć, że w momencie ukończenia studiów przez Panią.M.. obowiązywała ustawa z dnia 15 lutego 1962 roku oraz rozporządzenia określające kwalifikacje osób prowadzących prace konserwatorskie. W dniu ukończenia studiów wyższych (7 grudnia 2001 r.) dyplom, który przedkłada Pani M.G.. nie uprawniał do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich. Obowiązujące przepisy dotyczące uprawnień do kierowania m.in. pracami konserwatorskimi wskazują, że uprawnienia takie mogą posiadać absolwenci w studiów w zakresie „konserwacji i restauracji dzieł sztuki” lub „konserwacji zabytków” a nie „konserwatorstwa”. Studia „Ochrona Dóbr Kultury” ukończone przez Panią.M.. obejmowały swoim zakresem „konserwatorstwo”, jednak jako studia w zakresie „konserwatorstwa” nie są tożsame ze studiami w zakresie „konserwacji i restauracji dzieł sztuki” lub „konserwacji zabytków”. Skład orzekający podziela w tym względzie

stanowisko Zamawiającego oparte nie tylko na jego wiedzy i doświadczeniu, ale również z opinii, które otrzymał m.in. od przedstawicieli Uniwersytetu Mikołaja Kopernika – organizatora dwóch kierunków studiów wyższych: Ochrona Dóbr Kultury oraz Konserwacja

i Restauracja Dziel Sztuki. Realne przy tym jest ryzyko braku zgody Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w zakresie Pani M.G.. na objęcie przez nią funkcji Kierownika prac konserwatorskich, na co wskazują złożone dowody – PWKZ.

Komplikacje przyjęcia uprawnień Pani M.G.. wskazał Urząd Ochrony Zabytków w Gdańsku zaznaczając w wiadomości przesłanej do Muzeum Zamkowego w Malborku, że wskazana osoba nie ma kompetencji do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich. W związku z powyższym kwestia posiadanych przez Panią.M.. kwalifikacji nie mogły pozostać Zamawiającemu obojętne.

Wskazanie przez odwołującego, że organ ochrony zabytków w innym województwie ma odmienne stanowisko, dla sprawy rozpatrywanej są bezprzedmiotowe, jako że nie jest i nie będzie to organ właściwy, podobnie jak powoływanie się na przedstawione doświadczenie Pani M.G.. w innych realizacjach.

W konsekwencji analogicznej ocenie podlega wykazanie prac w Grudziądzu, dodatkowo wobec wątpliwości co do tego, która z Pań wskazanych pełniła wymaganą funkcję.

Tu również inwestycja prowadzona była na obiekcie podlegającym pod Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków.

Wylączną kompetencję właściwego wojewódzkiego konserwatora zabytków stanowi weryfikacja danych dotyczących osób kierujących pracami konserwatorskimi lub je wykonującymi (zgodnie z § 12 ust. 1 pkt 3 i 4 rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z 2 sierpnia 2018 r.), co potwierdza opinia uzyskana z Ministerstwa Kultury /.../

Weryfikacji uprawnień Pani M.G.. dokonał Pomorski Wojewódzki Konserwator Zabytków na wniosek Zamawiającego z dnia 19 lipca 2024 r. (do wniosku, którego treść przedłożono w załączniku dołączono zanonimizowane dyplomy Pani M.G., na których widoczna jest data oraz kierunek ukończenia studiów oraz data ukończenia szkoły średniej. Inspektor działający w imieniu Wojewódzkiego Pomorskiego Konserwatora Zabytków w dniu 22 lipca 2024 r., że przedstawiona osoba nie ma kompetencji do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich, co zostało dodatkowo potwierdzone przez samego Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwator Zabytków pismem z dnia 12 sierpnia 2024

W odniesieniu do spełnienia warunków określonych w SWZ, zacytowanych powyżej, przez Panią.A.. wskazać należy, że niesporna jest okoliczność legitymowania się przez Panią J. wymaganym wykształceniem kierunkowym.

Przedmiotem sporu jest doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika prac konserwatorskich dla co najmniej jednego zamówienia obejmującego remont polegający na konserwacji gotyckiej elewacji ceglanej i/lub kamiennej o powierzchni minimum 200m² w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

W tym zakresie przedstawiono realizację w obiekcie wpisanym do rejestru zabytków, doświadczenie przy pracach konserwatorskich i restauratorskich przy ceglano kamiennych gotyckich murach Zamku Biskupów Chełmińskich w Lubawie na dowód spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Dziale V ust. 2 pkt. 2.4) ppkt. 2).SWZ, gdyż wskazany przez Odwołującego obiekt, nazwany w odwołaniu „Zamek Biskupów Chełmińskich w Lubawie”, wpisany jest do rejestru zabytków nieruchomych województwa warmińsko-mazurskiego dnia 04.08.1957, nr rejestru: A-384 jako „ruiny zamkowe biskupów chełmińskich”. Są to Relikty kompleksu zamkowego o cechach rezydencjalnych należącego do biskupstwa chełmińskiego (źródło: zabytek.pl, dostęp z 15.05.2024 r.)

Skład orzekający zauważa, że w przedmiotowym zakresie istotny argument za przyjęciem stanowiska zamawiającego przedstawił sam odwołujący dokonując definicji pojęcia „elewacja” (które jest istotnym wymogiem SWZ),w oparciu o słownik języka polskiego PWN i definicję z prawa budowlanego.

Wg słownika elewacja to „zewnątrzna ściana budynku wraz z występującymi na niej elementami architektonicznymi”. Idąc dalej, sięgnąć trzeba po definicję „budynku” zgodnie z art. 3 Ustawy Prawo Budowlane (Dz.U.2024.725 t.j. z dnia 2024.05.14):

Ileć w ustawie jest mowa o:

2) 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.

W przedmiotowym obiekcie, co wynika z opisu oraz dokumentacji fotograficznej złożonej przez odwołującego, prace nie były wykonywane w budynku, lecz przy murze kamiennym i ceglanym, któremu nie można przypisać określenia „budynek” wobec braku co najmniej przegród budowlanych i dachu. Skoro dla istnienia elewacji jako ściany zewnętrznej budynku, niezbędny jest budynek, który w przedstawionym obiekcie zabytkowym, niezależnie od przypisania mu cechy ruiny, czy innego obiektu, to należy potwierdzić, że warunek specyfikacji w tym zakresie nie został spełniony.

W związku z powyższym skład orzekający stoi na stanowisku, że dokonane w postępowaniu czynności zamawiającego nie naruszyły wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust.2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodniczący: