Sygn. akt KIO 1609/24

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Michał Pawłowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Modanta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
i Maforma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ANTIQA Konserwacja Dzieł Sztuki W.P. z siedzibą
w Jaworniku

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Modanta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Maforma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Modanta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Maforma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego – Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiutytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kwotę 169 zł 00 gr (słownie: sto sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na rozprawę.
   2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Modanta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Maforma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego – Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu kwotę 3 769 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 1609/24

Uzasadnienie

Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„konserwację i remont murowanych baraków mieszkalnych o nr inw. B-115 i B-122 usytuowanych na odcinku BI dawnego KL Auschwitz II – Birkenau na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych
z dnia 1 marca 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00226961/01.

W dniu 6 maja 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Modanta Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Maforma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwani dalej „Odwołującym” lub „Konsorcjum Modanta”, wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) wyborze jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę ANTIQA Konserwacja Dzieł Sztuki W.P. z siedzibą w Jaworniku (zwanego dalej „wykonawcą ANTIQA”),

2) braku odrzucenia oferty wykonawcy ANTIQA jako niespełniającej wymagań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez wadliwy wybór oferty wykonawcy ANTIQA jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten nie spełnił wymagań udziału w postępowaniu (zarzut nr 1),

2) art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego wielokrotne stosowanie i uzyskanie wbrew ustawie PZP i SWZ dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego łącznie trzech różnych wykazów robót stanowiących Załącznik nr 4 do SWZ (zarzut nr 2),

3) art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zastosowanie go w celu uzyskania nowych podmiotowych środków dowodowych stanowiących nowy wykaz robót a nie w celu uzupełnienia złożonych przez wykonawcę ANTIQA podmiotowych środków dowodowych przy piśmie przewodnim z dnia 1 marca 2024 r. (zarzut nr 3),

4) art. 274 ust. 1 ustawy PZP poprzez brak pominięcia nowego wykazu robót stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ złożonego przez wykonawcę ANTIQA w dniu 3 kwietnia 2024 r., co w konsekwencji doprowadziło do sytuacji, że wykonawca ANTIQA miał możliwość wielokrotnego składania różnych podmiotowych środków dowodowych (zarzut nr 4),

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP poprzez nieodrzucenie oferty wykonawcy ANTIQA, podczas gdy podmiot ten nie złożył w terminie podmiotowych środków dowodowych (zarzut nr 5).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2) odrzucenia oferty wykonawcy ANTIQA z powodu niespełnienia wymagań udziału w postępowaniu,

3) powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania Konsorcjum Modanta wskazało, że Zamawiający pismem z dnia 26 lutego 2024 r. na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP wezwał wykonawcę ANTIQA do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. tj. „wykazu robót wykonanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Wzór Wykazu robót stanowi Załącznik nr 4 do SWZ". Wykonawca ANTIQA złożył Wykaz robót z dnia 1 marca 2024 r. obejmujący prace na rzecz tego samego Zamawiającego, tj. Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, a mianowicie prace konserwatorskie i roboty budowlane wraz z badaniami archeologicznymi baraków murowanych o nr inw. B-91 (kuchnia) wraz z ruinami zbiornika przy ścianie południowej i B-141 (latryna). Następnie pismem z dnia 26 marca 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że zwrócił się do drugiego podmiotu biorącego udział w postępowaniu z prośbą o wyjaśnienie treści złożonych podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi na to wezwanie, zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z dnia 26 marca 2024 r., „*Wykonawca ten uzupełnił wykaz robót o inną robotę, która w ocenie Zamawiającego spełnia warunek doświadczenia jako udziału w postępowaniu".* Odwołujący podniósł także, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego o złożenie wyjaśnień wykonawca ANTIQA samodzielnie złożył podmiotowe środki dowodowe, tj. Wykaz robót z dnia 15 marca 2024 r. Jednocześnie Zamawiający uznał, że dopuszczalne jest „uzupełnienie wykazu robót" w trybie składania wyjaśnień, gdyż według twierdzenia Zamawiającego – „*Wykonawca ten uzupełnił wykaz robót o inną robotę, która w ocenie Zamawiającego spełnia warunek doświadczenia jako udziału w postępowaniu".* Wątpliwości Odwołującego wzbudziła już sama zasadność wystosowania przez Zamawiającego wezwania z dnia 13 marca 2024 r. do złożenia wyjaśnień w kontekście robót wykonywanych na jego rzecz, albowiem powinny być mu one znane. Odwołujący podniósł też, że pismem z dnia 27 marca 2024 r. wskazał Zamawiającemu, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca nie może uzupełniać podmiotowych środków dowodowych z własnej inicjatywy, tylko wyłącznie na wezwanie Zamawiającego i w wyznaczonym przez niego terminie. Dokumenty przesłane przez wykonawcę ANTIQA po dniu określonym na ich przedstawienie, jako złożone niezgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy PZP, nie powinny być oceniane przez Zamawiającego. Zdaniem Konsorcjum Modanta wykonawca ANTIQA w przewidzianym terminie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dnia 26 lutego 2024 r., nie złożył wymaganych w postępowaniu dokumentów, więc jego oferta powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał również, że pismem z dnia 2 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ANTIQA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tytułując pismo „Wezwanie do uzupełnienia". Zamawiający wyjaśnił w tym piśmie, jakie ma wymagania co do warunków udziału w postępowaniu, a z czego wynika, że wezwaniu z dnia 26

lutego 2024 r. wykonawca ANTIQA nie sprostał, ponieważ w zakreślonym pierwotnie terminie nie przedstawił wymaganych przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych. Pismem z dnia 3 kwietnia 2024 r. wykonawca ANTIQA złożył nową treść Załącznika nr 4 do SWZ stanowiącą nowy Wykaz robót obejmujący tym razem wyłącznie prace wykonane na na rzecz Muzeum Narodowego w Poznaniu. Odwołujący podkreślił, że wykonawca ANTIQA w nowym Wykazie robót z dnia 3 kwietnia 2024 r. nie uzupełnił wykazu złożonego na dzień 1 marca 2024 r., ale załączył nowy wykaz niekorelujący wcale z wykazem z dnia 1 marca 2024 r. Zgodnie z treścią SWZ Załącznik nr 4 do SWZ stanowi jeden integralny dokument, więc według Odwołującego wykaz z dnia 3 kwietnia 2024 r. w żaden sposób nie może być potraktowany jako uzupełnienie wcześniej złożonego. Zgodnie z treścią pisma z dnia 2 kwietnia 2024 r. Zamawiający wzywał do uzupełnienia złożonych (przy piśmie przewodnim z dnia 1 marca 2024 r.) podmiotowych środków dowodowych, co powinno wykluczać złożenie nowego Wykazu robót. Nowy Wykaz robót nie stanowi uzupełnienia wykazu złożonego wcześniej, tymczasem w trybie przewidzianym jedynie dla uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych doszło do nieuprawnionego zastąpienia Wykazu robót z dnia 1 marca 2024 r. całkowicie nowym dokumentem. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że ponowne wzywanie o przedstawienie nowego Wykazu robót stanowi niedopuszczalne powtórne stosowanie trybu art. 128 ust. 1 ustawy PZP, który zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej może być użyty wyłącznie jednokrotnie, natomiast zaakceptowanie przez Zamawiającego nowego Wykazu robót z dnia 3 kwietnia 2024 r. w opinii Odwołującego świadczy o niewłaściwym stosowaniu art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Według Odwołującego uzupełnienie wykazu nie może prowadzić do złożenia nowego wykazu, a taka sytuacja wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu. Na skutek tego łącznie doszło do trzykrotnego złożenia przez wykonawcę ANTIQA podmiotowych środków dowodowych i w konsekwencji trzech różnych wersji Załącznika nr 4 do SWZ, tj. wykazu robót z dnia 1 marca 2024 r., 15 marca 2024 r. i 3 kwietnia 2024 r. Świadczy to jego zdaniem o prowadzeniu przez Zamawiającego postępowania w sposób nieprzejrzysty i niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający winien jednokrotnie wzywać do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, następnie może wezwać jednokrotnie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub ich wyjaśnienia. Wykonawca ANTIQA miał szansę złożyć taki wykaz robót przy pierwszym wezwaniu, aby wykazać, że spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Kilkukrotne składanie podmiotowych środków dowodowych nie jest przewidziane w ustawie PZP i stanowi naruszenie prawa. Odwołujący podsumował, że wykonawca ANTIQA na pierwsze wezwanie nie złożył wymaganego SWZ wykazu robót, zaś na kolejne wezwanie nie uzupełnił złożonego wcześniej, a faktycznie złożył zupełnie nowy wykaz robót, który w konsekwencji powinien zostać pominięty, a jego oferta odrzucona jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, albowiem nie została spełniona żadna wynikająca z regulacji art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę ANTIQĄ albowiem zostało ono dokonane w terminie wynikającym z ustawy i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowisko prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, a także wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego wyrażone w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 maja 2024 r. i stanowisko zaprezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w jego piśmie z dnia 27 maja 2024 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego oraz złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu.

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z działem III ust. 1 pkt 1.1 SWZ przedmiotem zamówienia są kompleksowe prace konserwatorskie i roboty budowlane wraz z badaniami archeologicznymi dwóch zabytkowych murowanych baraków mieszkalnych o numerze inw. B-115 i B-122 usytuowanych na odcinku BI dawnego KL Auschwitz II – Birkenau na terenie Państwowego Muzeum Auschwitz Birkenau w Oświęcimiu. Zgodnie z działem III ust. 1 pkt 1.2 SWZ przedmiot zamówienia obejmuje w odniesieniu do Baraków B-115 i B-122 (baraki mieszkalne) prace konserwatorskie, roboty budowlane i badania archeologiczne a także prace towarzyszące związane z organizacją i wykonaniem zaplecza terenu budowy oraz wykonania utwardzenia nawierzchni na potrzeby ruchu budowlanego łącznika z drogi technicznej przy baraku B-110.

Według działu V ust. 3 pkt 3.1 SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego udział mogą brać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

1) Zamawiający wymaga, aby wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

− co najmniej jedno zamówienie (umowę), które dotyczyło budynku o kubaturze nie mniejszej niż 3 000 m^3, wpisanego do rejestru zabytków, a w ramach którego wykonano prace konserwatorskie i roboty budowlane, w tym: 1) wykonano konserwacje nawarstwień malarskich na podłożu mineralnym o powierzchni min. 50 m^2, 2) wartość ogólna wykonanych prac konserwatorskich wynosiła nie mniej niż 600 000 zł brutto, 3) wartość ogólna wykonanych robót budowlanych wynosiła nie mniej niż 3 000 000 zł brutto, oraz

− co najmniej jedno zamówienie (umowę), które dotyczyło budynku o kubaturze nie mniejszej niż 3 000 m^3, wpisanego do rejestru zabytków, a w ramach którego wykonano prace konserwatorskie i roboty budowlane, w tym: 1) prace konserwatorskie przy wątku ceglanym o powierzchni wątku ceglanego nie mniejszej niż 200 m^2, 2) wartość ogólna wykonanych prac konserwatorskich wynosiła nie mniej niż 600 000 zł brutto, 3) wartość ogólna wykonanych robót budowlanych wynosiła nie mniej niż 3 000 000 zł brutto.

W dniu 26 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ANTIQA na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. wykazu robót wykonanych, w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

W dniu 1 marca 2024 r. wykonawca ANTIQA złożył Wykaz robót:

1) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale V ust. 3 pkt 3.1.1 SWZ – prace konserwatorskie i roboty budowlane wraz z badaniami archeologicznymi baraków murowanych o nr inw. B-91 (kuchnia) wraz z ruinami zbiornika przy ścianie południowej i B-141 (latryna) na rzecz Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, w okresie od dnia 23 grudnia 2020 r. do dnia 29 sierpnia 2023 r.; w ramach prac wykonano m. in. konserwacje nawarstwień malarskich na podłożu mineralnym o powierzchni ok. 958,35 m^2, kubatura ok. 3 841,41m^3, wartość ogólna prac konserwatorskich 1 713 941 zł 64 gr brutto, wartość robót budowlanych 5 105 613 zł 17 gr brutto,

2) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale V ust. 3 pkt 3.1.2 SWZ – prace konserwatorskie i roboty budowlane wraz z badaniami archeologicznymi baraków murowanych o nr inw. B-91 (kuchnia) wraz z ruinami zbiornika przy ścianie południowej i B-141 (latryna) na rzecz Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu, w okresie od dnia 23 grudnia 2020 r. do dnia 29 sierpnia 2023 r.; w ramach prac wykonano m. in. prace konserwatorskie przy wątku ceglanym o powierzchni wątku ceglanego ok. 613,02 m^2, kubatura ok. 3 841,41m^3, wartość ogólna prac konserwatorskich 1 713 941 zł 64 gr brutto, wartość robót budowlanych 5 105 613 zł 17 gr brutto.

Do Wykazu robót wykonawca ANTIQA załączył referencje Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu wystawione w dniu 18 stycznia 2024 r.

W dniu 13 marca 2024 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 w zw. z art. 266 ustawy PZP wezwał wykonawcę ANTIQA m. in. do:

1) wyjaśnienia Wykazu robót wykonanych (Załącznik nr 4 do SWZ) poprzez wskazanie, którego obiektu (B-91 czy B-141) dotyczy wiersz nr 1 mający potwierdzać spełnienie warunku doświadczenia (pkt 3.1.1 dział V SWZ), a którego obiektu (B-91 czy B-141) dotyczy wiersz nr 2 mający potwierdzać spełnienie warunku doświadczenia (pkt 3.1.2 dział V SWZ),

2) wyjaśnienia Wykazu robót wykonanych (Załącznik nr 4 do SWZ) poprzez wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią referencji, a treścią wykazu, tj. z referencji wynika że wartość robót budowlanych w obiekcie B-91 wynosiła 2 144 877 zł 77 gr brutto, a wartość robót budowlanych w obiekcie B-141 wynosiła 1 593 674 zł 83 gr brutto, a w wykazie podano wartość łączną robót ogólnobudowlanych dla obydwu tych obiektów, tj. w wierszach nr 1 i nr 2 jako kwotę nie mniejszą niż 3 000 000 zł brutto.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że jako warunek udziału w postępowaniu wymaga min. doświadczenia wykonawcy dotyczącego pojedynczego budynku.

W dniu 15 marca 2024 r. wykonawca ANTIQA złożyłzmieniony Wykaz robót, w którym dodał roboty wykonane na rzecz Muzeum Narodowego w Poznaniu:

1) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale V ust. 3 pkt 3.1.1 SWZ – roboty budowlano-konserwatorskie elewacji wraz z wystrojem rzeźbiarskim i architektonicznym dziedzińca Zamku w Gołuchowie, w okresie od dnia 28 marca 2023 r. do dnia 30 listopada 2023 r.; w ramach prac wykonano m. in. konserwacje nawarstwień malarskich na podłożu mineralnym o powierzchni ok. 345,15 m^2, kubatura ok. 18 000 m^3, wartość ogólna prac konserwatorskich 1 572 859 zł 35 gr brutto, wartość robót budowlanych 3 244 986 zł 15 gr brutto,

2) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale V ust. 3 pkt 3.1.2 SWZ – roboty budowlano-konserwatorskie elewacji wraz z wystrojem rzeźbiarskim i architektonicznym dziedzińca Zamku w Gołuchowie, w okresie od dnia 28 marca 2023 r. do dnia 30 listopada 2023 r.; w ramach prac wykonano m. in. prace konserwatorskie przy wątku ceglanym o powierzchni wątku ceglanego ok. 293,30 m^2, kubatura ok. 18 000 m^3, wartość ogólna prac konserwatorskich 1 572 859 zł 35 gr brutto, wartość robót budowlanych 3 244 986 zł 15 gr brutto.

Do złożonego Wykazu robót zostały dołączone referencje z dnia 9 stycznia 2024 r. wystawione przez Muzeum Narodowe w Poznaniu i referencje z dnia 18 stycznia 2024 r. wystawione przez Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ATNIQA na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia złożonych (przy piśmie przewodnim z dnia 1 marca 2024 r.) podmiotowych środków dowodowych, tj. Wykazu robót. Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 13 marca 2024 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonych podmiotowych środków dowodowych. W dniu 15 marca 2024 r. wykonawca ten odpowiedział na wezwanie Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego wykonawca ANTIQA nie wyjaśnił jednak treści podmiotowych środków dowodowych, tj. Wykazu robót wykonanych (Załącznik nr 4 do SWZ). Chodziło m. in. o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy treścią referencji, a treścią wykazu, tj. z referencji wynika, że wartość robót budowlanych w obiekcie B-91 wynosiła 2 144 877 zł 77 gr brutto, a wartość robót budowlanych w obiekcie B-141 wynosiła 1 593 674 zł 83 gr brutto, a w wykazie podano wartość łączną robót ogólnobudowlanych dla obydwu tych obiektów, tj. w wierszach nr 1 i nr 2 jako kwotę nie mniejszą niż 3 000 000 zł brutto. Zamawiający wskazał, że wartość robót ogólnobudowlanych należy odnosić do konkretnego budynku, a nie całej umowy mającej za przedmiot więcej niż jeden obiekt. Zamawiający wymaga doświadczenia dotyczącego budynku. Choć wykonawca przy piśmie z dnia 13 marca 2024 r. uzupełnił wykaz robót o inną robotę budowlaną, ale w literaturze przedmiotu słusznie podnosi się, że wyjaśnienia dotyczące dokumentów nie mogą prowadzić do ich uzupełnienia, albowiem wykonawca może uzupełnić dokumenty (podmiotowe środki dowodowe) tylko na wezwanie Zamawiającego.

W dniu 3 kwietnia 2024 r. wykonawca ANTIQA złożył poprawiony Wykaz robót, w którym ujął już tyle prace wykonane r rzecz Muzeum Narodowego w Poznaniu. Z Wykazu robót zostały usunięte prace wykonane rzecz Państwowego Muzeu Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu. Do Wykazu robót zostały załączone referencje z dnia 9 stycznia 2024 r. wystawior przez Muzeum Narodowe w Poznaniu.

W dniu 29 kwietnia 2024 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę złożoną przez wykonawcę ANTIQA przyznając ofercie tego wykonawcy 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron i uczestnika postępowania Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

We wniesionym środku ochrony prawnej Konsorcjum Modanta zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

− art. 128 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub

uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania,

− art. 274 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych,

− art. 239 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,

− art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W ocenie Izby odwołanie nie było zasadne. W podniesionych zarzutach dotyczących naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP i art. 274 ust. 1 ustawy PZP Odwołujący de facto zakwestionował uznanie przez Zamawiającego poprawionego Wykazu robót złożonego przez wykonawcę ANTIQA na jego wezwanie z dnia 2 kwietnia 2024 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (zarzuty nr 2, 3 i 4 odwołania). Wykaz robót, wraz z referencjami, miał potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale V ust. 3 pkt 3.1.1. i 3.1.2. Złożony przez wykonawcę ANTIQA w dniu 3 kwietnia 2024 r. Wykaz robót stanowił drugie uzupełnienie Wykazu robót tego wykonawcy, gdzie należy zaznaczyć, że pierwszego uzupełnienia Wykazu robót wykonawca ten dokonał samoczynnie w dniu 13 marca 2024 r., przy okazji udzielania wyjaśnień Zamawiającemu.

Izba stwierdza, że ze stanu faktycznego tej sprawy wcale nie wynika to, co twierdzi w odwołaniu Konsorcjum Modanta, tj. aby Zamawiający aż dwukrotnie kierował do wykonawcy ANTIQA wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Takie wezwanie było tylko jedno i zostało wystosowane do wykonawcy ANTIQA w dniu 2 kwietnia 2024 r. Nie ma żadnych podstaw, aby utożsamiać wezwanie do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych z wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, nawet jeśli w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wezwany wykonawca uzupełnił „na wyrost" podmiotowe środki dowodowe. Na wyraźne wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP wykonawca ANTIQA tylko raz odpowiedział składając uzupełniony Wykaz robót. Oczywistym przy tym jest, że skoro zainteresowany wykonawca składa poprawiony lub uzupełniony podmiotowy środek dowodowy, to dokument ten zawiera przynajmniej częściowo odmienną, nową treść względem tego uprzednio złożonego. Nie może to więc stanowić podstawy do twierdzenia, że doszło do wielokrotnego złożenia podmiotowego środka dowodowego z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy PZP, czy też art. 274 ust. 1 ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego naruszenia przepisów art. 128 ust. 1 ustawy PZP i art. 274 ust. 1 ustawy PZP, w związku z czym zarzuty nr 2, 3 i 4 odwołania podlegały oddaleniu.

Wobec powyższego na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut nr 1 odwołania, w którym Konsorcjum Modanta zarzuciło Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP, albowiem Zamawiający w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami ustawy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Nie było również podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy ANTIQA jako oferty złożonej przez wykonawcę, który nie złożył w terminie podmiotowych środków dowodowych, dlatego też Izba oddaliła zarzut nr 5 odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw.
z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 3 769 zł 00 gr, który obejmował wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr i koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę w wysokości 169 zł 00 gr.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:……..……..