Sygn. akt: KIO 1527/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 maj 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego – Wykonawcę **Wegner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji w Poznaniu**, ul. Jana Kochanowskiego 2a, 60-844 Poznań

przy udziale Przystępującego po stronie Odwołującego – Wykonawcy **Dekpol Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Gajowa 31, 83-251 Pinczyn

orzeka:

1Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3, 4, 5 i 6;
2Oddala odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 i 2.
3Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego Wegner Sp. z o.o. sp. k. i:
3.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;
3.2zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika strony.

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.

Przewodnicząca:……

Sygn. akt: KIO 1527/24

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Komendę Wojewódzką Policji w Poznaniu, w trybie podstawowym dla zamówienia *Przebudowa obiektu budowlanego zlokalizowanego w Poznaniu przy ul. Taborowej 22 na potrzeby Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości Zarząd w Poznaniu – Etap II*(nr postępowania: ZZP.2380.50.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.11.2023 r., OJ S 221/2023 00695984 wobec czynności polegających na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej (PBH REMBUDEX Sp. z o.o Sp. k.), a także zaniechania odrzucenia ofert REMBUDEX i OBUD Michał Budziński, wniesione zostało w dni 29.04.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Wegner Sp. z o.o. sp.k. z/s w Poznaniu (sygn. akt KIO 1527/24).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 Pzp polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez REMBUDEX oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy REMBUDEX pomimo, że wykonawca te wprowadził zamawiającego w błąd poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.2.1.1. SWZ zawartego w części IV sekcji C JEDZ poprzez:

a) zawyżenie powierzchni użytkowej wykazywanych robót budowlanych;

b) przedstawienie robót budowlanych dotyczących zespołu budynków (zamiast jednego budynku).

2) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy REMBUDEX pomimo, że wprowadził zamawiającego w błąd poprzez złożenie w części IV sekcji C JEDZ nieprawdziwego oświadczenia dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.3.1.1. SWZ poprzez:

a) zawyżenie powierzchni użytkowej wykazywanych robót budowlanych;

b) podanie nieprawdziwej informacji na temat terminu realizacji robót budowlanych;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy OBUD pomimo, że wprowadził zamawiającego w błąd poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia dot. spełnienia warunku udziału w

postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.2.1.1. SWZ, zawartego w części IV sekcji C JEDZ, co polegało na podaniu nieprawdziwej informacji dotyczącej powierzchni użytkowej inwestycji wykazywanej w doświadczeniu (Budowa Szkoły Podstawowej w Chomęcicach);

ewentualnie naruszenie:

4) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1: art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy REMBUDEX do poprawienia oświadczenia zawartego w części IV sekcji C JEDZ dot. warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7.2.1.1. SWZ poprzez wskazanie robót budowlanych, które będą spełniać kryterium powierzchni użytkowej;

5) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 2: art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy REMBUDEX do poprawienia oświadczenia zawartego w części IV sekcji C JEDZ dot. warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7.3.1.1. SWZ poprzez wskazanie w doświadczeniu kierownika budowy kierowania robotami spełniającymi kryterium powierzchni użytkowej oraz okresu pełnienia funkcji kierownika budowy dłuższego niż 10 miesięcy;

6) w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 3: art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy OBUD do poprawienia oświadczenia zawartego w części IV sekcji C JEDZ dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.2.1.1. SWZ, poprzez podanie inwestycji, która spełnia warunek powierzchni użytkowej 2300 m2;

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy REMBUDEX z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu;

3) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy OBUD z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu;

4) ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy REMBUDEX do poprawienia oświadczeń zawartych w części IV sekcji C JEDZ dot. spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 7.2.1.1. oraz 7.3.1.1. SWZ;

5) ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy OBUD poprawienia oświadczenia zawartego w części IV sekcji C JEDZ dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.2.1.1. SWZ, poprzez podanie inwestycji, która spełnia warunek powierzchni użytkowej 2300 m2;.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Odwołującego Wykonawca – Dekpol Budownictwo Sp. z o.o. z/s w Pinczynie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty nr 4 i 5 dotyczące nie wykazania przez Wykonawcę - Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe „REMBUDEX" sp. z o.o. sp. k. - spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej w zakresie doświadczenia, określonego w pkt 7.2.1.1 SWZ oraz dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, określonego w pkt 7.3.1.1 SWZ i w związku z powyższym Zamawiający wezwał wykonawcę REMBUDEX do poprawienia oświadczeń zawartych w części IV sekcji C JEDZ dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt. 7.2.1.1. oraz 7.3.1.1. SWZ, a następnie Zamawiający powtórzy czynność oceny wykonawcy REMBUDEX pod kątem spełniania rzeczonych warunków udziału. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołujący w piśmie procesowym z 22.05.2024 r. podtrzymał zarzut nr 1 i 2 w zakresie w jakim dotyczą zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy REMBUDEX z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd (powierzchnia użytkowa oraz 10-miesięczne doświadczenie kierownika budowy). Odwołujący wniósł o umorzenie postępowania w zakresie zarzutów nr 4 i 5 na podstawie art. 368 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 3 Ustawy i cofnął zarzut nr 3 oraz zarzut ewentualny nr 6 wnosząc w tym zakresie o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 Ustawy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, a także stanowiska stron i uczestnika prezentowane w pismach oraz ustnie na rozprawie.

Zarzut nr 1 - naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 Pzp polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez REMBUDEX oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy REMBUDEX pomimo, ż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd poprzez złożenie nieprawdziwego oświadczenia dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.2.1.1. SWZ zawartego w części IV sekcji C JEDZ poprzez:

a) zawyżenie powierzchni użytkowej wykazywanych robót budowlanych;

b) przedstawienie robót budowlanych dotyczących zespołu budynków (zamiast jednego budynku).

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, jako wprowadzające w błąd Zamawiającego oświadczenie zawarte w JEDZ w części IV sekcja C dotyczące zawyżenia powierzchni użytkowej - wykazywanej roboty budowlanej. Wykonawca wskazał roboty budowlane objęte tym samym pozwoleniem na budowę, dla której wydano jedno pozwolenie na użytkowanie, która była realizowana w dwóch etapach i dotyczyła zespołu budynków. Odwołujący podnosi, że powierzchnia użytkowa budynku kaplicy wraz z kapitularzem nie przekracza 2300 m2. Orientacyjny pomiar dokonany przez odwołującego na geoportalu wskazuje, że powierzchnia zabudowy kaplicy to około 280 m2. przy trzech kondygnacjach i powierzchni użytkowej kapitularza 621,2 m2, nie może dać wymaganych przez Zamawiającego wartości powierzchni użytkowej.

Ponadto nie może umknąć uwadze Izby, że Zamawiający wymagał doświadczenia polegającego na budowie budynku albo rozbudowie lub nadbudowie lub przebudowie budynku, a także wymagana powierzchnia użytkowa odnosiła się w warunku do budynku. Przedstawione doświadczenie dotyczy jednak zespołu budynków, bowiem kaplica jest odrębnym budynkiem od pozostałej części klasztoru (w tym kapitularza).

Nawet jeśli potraktować roboty budowlane wskazane przez wykonawcę REMBUDEX jako dwie odrębne roboty budowlane wymagane przez zamawiającego, to wykonawca REMBUDEX w pierwszej z nich zawyżył powierzchnię użytkową części dobudowanej lub nadbudowanej lub przebudowanej budynku, a ponadto wskazał roboty budowlane realizowane w zespole budynków, a nie – jak wymagał w opisie warunku udziału w postępowaniu – pojedynczym budynku.

Zarzut nr 2 - naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 16 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy REMBUDEX pomimo, że wprowadził zamawiającego w błąd poprzez złożenie w części IV sekcji C JEDZ nieprawdziwego oświadczenia dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.3.1.1. SWZ poprzez:

a) zawyżenie powierzchni użytkowej wykazywanych robót budowlanych;

b) podanie nieprawdziwej informacji na temat terminu realizacji robót budowlanych;

W zakresie zarzutu nr 2 – Wykonawca miał wprowadzić Zamawiającego w błąd oświadczeniem o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.3.1.1 swz poprzez zawyżenie powierzchni użytkowej wykazywanej roboty (ocenianej w warunku z pkt 7.2.1.1 swz), w której wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy osoba pełniła obowiązki.

Zamawiający wymagał przedstawienia doświadczenia kierownika budowy w ramach realizacji dwóch inwestycji. Jak wskazano w uzasadnieniu zarzutu nr 1 inwestycja *„Termomodernizacja, przebudowa i nadbudowa oraz zmiana sposobu użytkowania części pomieszczeń w domu zakonnym Misjonarzy Świętej Rodziny w Bąblinie”*jest jedną inwestycją, na podstawie jednego pozwolenia na budowę, dla tego samego inwestora, gdzie występował jeden projektant i jeden kierownik budowy, są zlokalizowane na jednej nieruchomości, należącej do tego samego właściciela.

Ponadto wykonawca REMBUDEX wprowadził zamawiającego w błąd poprzez wskazanie nieprawdziwej daty realizacji inwestycji. W oświadczeniu JEDZ wskazano początek jej realizacji na 1.07.2016 r. a jej zakończenie na 31.05.2017 r., tymczasem pozwolenie na budowę wydano 7.11.2016 r.

Rozpoczęcie budowy, regulowane art. 41 Prawa budowlanego, poprzedza zawiadomienie złożone do organu nadzoru budowlanego oraz skierowane do projektanta sprawującego nadzór autorski o zamierzonym terminie rozpoczęcia budowy. Zawiadomienie takie dotyczy inwestycji, na którą inwestor uzyskał pozwolenie na budowę lub dokonał zgłoszenia z obligatoryjnym projektem, względnie zgłoszenia zwykłego w sytuacji realizacji instalacji gazowej wewnątrz i na zewnątrz użytkowanego budynku.

Biorąc więc pod uwagę jedynie datę wydania decyzji o pozwoleniu na budowę nie jest możliwe, aby wskazany kierownik budowy realizował inwestycję przez wymagany przez Zamawiającego okres co najmniej 10 miesięcy.

Izba ustaliła i zważyła.

W zakresie zarzutów podtrzymanych odwołanie zasadniczo sprowadza się do oceny informacji prezentowanych w oświadczeniu JEDZ w zakresie posiadanego doświadczenia w realizacji robót budowlanych i dotyczące powierzchni użytkowej odnoszonej do budynku. Podstawą obu zarzutów była ocena tych samych prac pod kątem weryfikacji spełnienia warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia wykonawcy, jak i oceny przygotowania zawodowego kierownika budowy, do którego dodatkowa informacją wprowadzającą w błąd miała dotyczyć terminu realizacji robót.

W pkt 7.2.1.1. SWZ Zamawiający wymagał wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

2 roboty budowlane, z których każda polegała na budowie budynku albo rozbudowie lub nadbudowie lub przebudowie budynku, w technologii monolitycznej lub murowanej, albo mieszanej, o powierzchni użytkowej wybudowanego budynku albo powierzchni użytkowej części dobudowanej lub nadbudowanej lub przebudowanej budynku nie mniejszej niż 2 300,00 m2, ilości kondygnacji nie mniejszej niż 3, wraz z instalacjami: wodną, kanalizacyjną, centralnego ogrzewania, elektryczną, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, o wartości brutto każdej z wykazanych robót nie mniejszej niż 5 000 000,00 PLN;

W pkt. 7.3.1.1. SWZ Zamawiający, jako warunek udziału w postępowaniu wymagał dysponowania kierownikiem budowy o wskazanym doświadczeniu. Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności zawodowej w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, jeżeli wykaże, że będzie dysponował:

kierownikiem budowy, tj. osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, która posiada co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu tych uprawnień oraz pełniła funkcję kierownika budowy: 12.1.1.1.1 dla co najmniej 2 inwestycji polegających na budowie lub rozbudowie lub nadbudowie lub przebudowie budynku, w technologii monolitycznej lub murowanej albo mieszanej, o powierzchni użytkowej wybudowanego budynku albo powierzchni użytkowej dobudowanej lub nadbudowanej lub przebudowanej części budynku nie mniejszej niż 2 300,00 m2 i ilości kondygnacji nie mniejszej niż 3, przez okres nie krótszy niż 10 miesięcy dla danej inwestycji

Wykonawca REMBUD w oświadczeniu złożonym w JEDZ załączonym do oferty w sekcji C na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt 7.2.1.1. swz wskazał opisane, jako dwa zadania:

1. Zadanie: „Termomodernizacja, przebudowa i nadbudowa oraz zmiana sposobu użytkowania części pomieszczeń w domu zakonnym Misjonarzy Świętej Rodziny w Bąblinie - Etap I". Zakres prac: wykonanie robót budowlanych, instalacji sanitarnych, wod-kan, c.o., wentylacji i klimatyzacji, instalacji elektrycznych i teletechnicznych. Powierzchnia: 2450 m2, wartość robót: 6018099,88PLN, ilość kondygnacji: 5, termin realizacji: 01-07-2016 do 31-05-2017 Zamawiający: Zgromadzenie misjonarzy Świętej Rodziny Dom Zakonny w Bąblinie, Bąblin 5.

2. Zadanie: „Termomodernizacja, przebudowa i nadbudowa oraz zmiana sposobu użytkowania części pomieszczeń w domu zakonnym Misjonarzy Świętej Rodziny w Bąblinie - Etap II, oś 1-9". Zakres prac: wykonanie robót budowlanych, instalacji sanitarnych, wod-kan, c.o., wentylacji i klimatyzacji, instalacji elektrycznych i teletechnicznych. Powierzchnia: 2400 m2, wartość robót: 7466461,92PLN, ilość kondygnacji: 5, termin realizacji: 06-04-2018 do 30-04-2019 Zamawiający: Zgromadzenie misjonarzy Świętej Rodziny Dom Zakonny w Bąblinie, Bąblin 5.

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7.3.1.1. SWZ REMBUDEX oświadczył w części IV sekcji C JEDZ, że spełnia warunek udziału i wskazał następujące roboty budowlane wskazując kierownika budowy: *Tomasz Kuciński upr. Bud. Nr WKP/0206/ OWOK/12 z dnia 12-12-2012, członek WOIIB o nr ew. WKP/BO/0099/1 ważne do 31-03-2024.*

1. Robota: „Termomodernizacja, przebudowa i nadbudowa oraz zmiana sposobu użytkowania części pomieszczeń w domu zakonnym Misjonarzy Świętej Rodziny w Bąblinie - Etap I. Powierzchnia: 2450 m2, ilość kondygnacji: 5, termin realizacji: 01-07-2016 do 31-05-2017 Zamawiający: Zgromadzenie Misjonarzy Świętej Rodziny Dom Zakonny w Bąblinie, Bąblin 5

2. Robota: „Termomodernizacja, przebudowa i nadbudowa oraz zmiana sposobu użytkowania części pomieszczeń w domu zakonnym Misjonarzy Świętej Rodziny w Bąblinie - Etap II, oś 1-9" ..Powierzchnia: 2400 m2, ilość kondygnacji: 5, termin realizacji: 06-04-2018 do 30-04-2019 Zamawiający: Zgromadzenie Misjonarzy Świętej Rodziny Dom Zakonny w Bąblinie, Bąblin 5.

Zamawiający pismem z 22.02.2024 r. wezwał REMBUD do złożenia oświadczenia JEDZ dotyczącego spółki Wykonawcy

w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 6.1.1.2, 7.2.1.1 i 7.3.1.1 swz *ponieważ oświadczenie złożone w JEDZ dotyczący Państwa spółki nie potwierdza spełnienia warunków udziału określonych w powyżej wymienionych punktach swz.* W zakresie dotyczącym doświadczenia Zamawiający wskazał, iż z oświadczenia nie wynika w jakiej technologii wykonane są budynki oraz czy wskazane powierzchnie są powierzchniami użytkowymi części nadbudowanej lub przebudowanej wskazanych budynków. W zakresie dotyczącym doświadczenia kierownika robót p. Tomasza Kucińskiego Zamawiający również wskazał, że z oświadczenia w JEDZ nie wynika, że wskazane powierzchnie budynków są powierzchniami użytkowymi części nadbudowanej lub przebudowanej oraz w jakim okresie pełnił funkcje kierownika budowy – *zwrot termin realizacji w ocenie Zamawiającego jest niejednoznaczny i dotyczy terminu realizacji robót, a nie okresu, w którym ta osoba pełniła funkcję kierownika budowy.*

W odpowiedzi REMBUD złożył oświadczenie w JEDZ z dnia 29.02.2024 r., w którym w odniesieniu do robót mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.1.1. *(część IV Kryteria kwalifikacji, lit. C)* opisał te same dwa zadania dotyczące termomodernizacji, przebudowy nadbudowy i zmiany użytkowania części pomieszczeń w domu zakonnym Misjonarzy Świętej Rodziny w Bąblinie realizowanego w dwóch etapach, z tą różnicą, iż w zadaniu nr 1, etap I wskazana została powierzchnia użytkowa części przebudowanej i nadbudowanej – 2450 m2, a dla etapu II – 2400 m2.

W dniu 05.04.2024 r. Zamawiający wezwał REMBUD do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w ty wykazu robót i wykazu osób, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z pkt. 7.2.1 (doświadczenie) i 7.3.1 (kierownik budowy).

W odpowiedzi Rembudex przedłożył dwie referencje dla robót wskazanych w JEDZ z 26.06.2017 r., dotyczące prac realizowanych w terminie od 01.07.2016 r. do 31.05.2017 r. oraz referencja z dnia 12.02.2020 r.

Z referencji wynika, iż w pierwszym etapie realizowane były prace w budynku Kaplicy (cz. I) i Kapitularzu (cz. II) ze strony Klasztoru. W etapie II realizowane były prace w terminie od 06.04.2018 r. do 30.04.2019 r.

Opisując w swz w pkt 6 podstawy wykluczenia Zamawiający wskazał, iż będzie badał czy wobec wykonawcy nie zachodzą podstawy wykluczenia określone m.in. w art. 109 ust. 1 pkt 4, 5 i 7 Ustawy. Zamawiający wskazał zatem wybrane przesłanki fakultatywne z opisanych w art. 109 ust. 1 Ustawy i pominął przesłanki z pkt 8 i 10 Ustawy, dotyczące przedstawienia informacji wprowadzających zamawiającego w błąd. Zgodnie z art. 109 ust. 2 Ustawy *Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.* Zamawiający stosował procedurę odwróconą w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia, co przewidział w pkt 6.2 swz.

Odwołujący przedstawił szereg dowodów na okoliczność wykazana rzeczywistego zakresu prac realizowanych na obiekcie składającym się z kompleksu budynków (klasztor, kaplica, kapitularz), w tym wyciągi z księgi wieczystej nieruchomości gruntowej, informacji przestrzennej Gminy Oborniki, projekty budowlane Klasztoru, Kapitularza (dokumentacja projektowa).

Izba oddaliła odwołanie w zakresie, w jakim podlegało ono rozpoznaniu.

Zasadniczym dla podtrzymanych zarzutów było odniesienie się do kwestii związanej z możliwością wykluczenia z postępowania wykonawcy w oparciu o ustalenie, iż informacje jakie podał w celu potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogły wprowadzać Zamawiającego w błąd, w sytuacji gdy Zamawiający nie przewidział w podstawach wykluczenia stosowania przesłanki fakultatywnej z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy. Odwołujący mając tego świadomość, sformułował zarzuty nr 1 i 2 naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b w związku z art. 16 Ustawy, tj. naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Skład orzekający podziela co do zasady nie kwestionuje stanowiska prezentowanego w orzecznictwie, iż informacje niezgodne z rzeczywistości, wprowadzające zamawiającego w błąd mogą być badane zarówno w świetle podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie fakultatywnych przesłanek, czy odrzucenia oferty z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, czy też z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji, przewidzianej w art. 16 Ustawy (stanowisko to jest prezentowane m.in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, np. z dnia 15.05.2023 r., sygn. akt KIO 1160/23, czy też z dnia 23.05.2023 r., sygn. akt KIO 1208/23). Dla niniejszej sprawy należało jednak uzupełnić tą argumentację. Mając na uwadze, iż Zamawiający w ramach kwalifikacji podmiotowej wykonawców nie przewidział zastosowania przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Ustawy, ocena postępowania Zamawiającego nie może być prowadzona z pominięciem tego, iż Ustawa w sposób jednoznaczny traktuje możliwość wykluczenia z postępowania w oparciu o fakultatywne podstawy (w tym art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy), od wskazania tej podstawy w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 Ustawy). Tym samym dla stwierdzenia naruszenia przez

Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy dokonać oceny czynności Zamawiającego z punktu widzenia wykonawcy wobec, którego miałyby być podjęte konsekwencje w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy, tj. wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Co istotne, nie mogą mieć w takiej sytuacji odniesienia wytyczne stosowania przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Ustawy, nie mającej zastosowania w tym postępowaniu, w tym miedzy innymi odnoszące się do braku możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń pozwalających ocenić spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zapewnienie przejrzystości postepowania, jak i równej pozycji wykonawców w postępowaniu nakłada na zamawiającego obowiązek przestrzegania określonych w dokumentacji zasad oceny, a w sytuacji gdy miałoby dojść do uznania, iż wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, taka ocena nie może być zakończona bez przeprowadzenia pełnej procedury weryfikacji podmiotowej wykonawcy. Odwołujący formułując zarzuty 4 i 5 wskazał na możliwość zastosowania art. 128 ust. 1 Ustawy, który ma odniesienie do oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 (JEDZ) zawierającego błędy, które może być poprawione lub uzupełnione. Co istotne Zamawiający uwzględniając w tym zakresie odwołania przychyli się do żądania wezwania Wykonawcy, unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ponieważ Odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odrzucenia oferty REMBUD wynikające z oceny doświadczenia opisanego w JEDZ, którego dotyczyły złożone podmiotowe środki dowodowe z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, w tym zakresie Izba oddaliła odwołanie.

W ocenie składu orzekającego, nie jest w okolicznościach badanej sprawy możliwe przypisanie Zamawiającemu naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia tylko w oparciu o samo ustalenie, iż oświadczenie w JEDZ zawierało informacje, które wymagały wyjaśnienia co do zakresu rzeczowego robót, w szczególności powierzchni użytkowej budynków, składających się na całość kompleks zabudowań. Działania Zamawiającego, podjęte również przed wniesieniem odwołania, wskazują na staranność w badaniu złożonych oświadczeń i dokumentów. Prowadzą również do uznania, iż opisana w JEDZ realizacja inwestycji podzielonej na dwa etapy miała miejsce i była realizowana przez Wykonawcę, co potwierdziły również referencje wystawione przez inwestora. Oceniająca same informacje jako nieprecyzyjne w tym znaczeniu, iż Wykonawca opisał inwestycję dotyczącą zespołu budynków, co prowadziło do konieczność wyjaśnienia zakresu prac wykonywanych na poszczególnych budynkach, w tym powierzchni użytkowej, nie stanowiło jeszcze podstawy do uznania, iż doszło do naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca przewidział bowiem procedurę pozwalającą zamawiającym na wyjaśnienie nakładając również obowiązek umożliwienia wykonawcy uzupełnienia oświadczeń i dokumentów przed podjęciem ostatecznej decyzji o spełnianiu bądź nie warunków udziału w postępowaniu. Należy również wskazać, iż sam Zamawiający powziął wątpliwości oceniając oświadczenie w JEDZ, w którym brakowała precyzyjnego odniesienia przy opisie doświadczenia do warunków udziału w postępowaniu, w tym sprecyzowania informacji dotyczącej powierzchni użytkowej, co prowadzi do wniosku, iż oświadczenie wymagało uzyskania co najmniej wyjaśnień.

Co istotne w odwołaniu nie zostały podniesione zastrzeżenia co do samych czynności zainicjowanych wezwaniem z 22.02.2024 r., a zarzuty i żądania zasadniczo miały na celu doprowadzenie do odrzucenia oferty wybranej bez możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Pomimo bowiem sformułowania w zarzutach opisanych w pkt 4 i 5 na zaniechanie wezwania do poprawienia oświadczeń, do czego Zamawiający się przychylił, Odwołujący podtrzymał zarzut podstawowy z pkt 1 i 2 odwołania. Żądanie w tym zakresie dotyczyło uznania, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze argumenty wskazane powyżej, ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie mogła być uznana za zakończoną tylko w oparciu o ustalenie, iż wskazywane w oświadczeniu składanym w JEDZ roboty ocenione zostaną, jako nieprecyzyjne w zakresie opisu powierzchni użytkowej budynków. Ponieważ, jak wskazano powyżej, nie ma zastosowania przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Ustawy, weryfikacja doświadczenia nie mogła sprowadzać się wyłącznie do stwierdzenia, że informacje zawarte w oświadczenie w JEDZ były nieprecyzyjne. Czynności te wymagały bowiem wezwania do uzupełnienia oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych, co nie jest objęte podstawą faktyczną zarzutów. Izba nie ocenia zatem prawidłowości wezwań kierowanych do Wykonawcy przed decyzją o wyborze oferty najkorzystniejszej, które nie były kwestionowane. Również czynności wskazane w odpowiedzi na odwołanie, które prowadziły do uchylenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i ponownej ocenie doświadczenia pozostają bez znaczenia dla przedmiotu rozpoznania, gdyż wykraczają poza zakres zarzutów opisanych w odwołaniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).
Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 10.000 zł oraz uzasadnione koszty Zamawiającego wykazane rachunkiem złożonymi przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.600 zł i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodnicząca:……..