

**WYROK**  
z dnia 22 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz**

**Członkowie: Marek Bienias**

**Anna Chudzik**

**Protokolantka: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2023 r. przez wykonawcę **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku**

przy udziale:

- wykonawcy „**BUDREM-RYBAK**” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Luzinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w części tj. w zakresie zarzutów nr 1, 5 i 6

    i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty „**BUDREM-RYBAK**” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Luzinie jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp wykonawcy „**BUDREM-RYBAK**” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Luzinie z postępowania oraz odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp oferty „**BUDREM-RYBAK**” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. w Luzinie

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w części 2/5, Zamawiającego Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku w części 1/5 oraz wykonawcę „**BUDREM-RYBAK**” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Luzinie w części 2/5 i:

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

    3.2. zasądza od Zamawiającego Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku na rzecz Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 1.115 zł 40 gr (słownie: jeden tysiąc sto piętnaście złotych czterdzieści groszy).

    3.3. zasądza od wykonawcy „**BUDREM-RYBAK**” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Luzinie na rzecz Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 7.557 zł 80 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset pięćdziesiąt siedem złotych osiemdziesiąt groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....  
.....  
.....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający: Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z odpowiednim zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Punktu Obsługi Ruchu Turystycznego wraz z parkingiem wielostanowiskowym; elementami zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową infrastruktury technicznej na plw. Westerplatte”, Numer referencyjny: PA.280.6(1).2023 Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2023/S 108-337815 z dnia 7 czerwca 2023 r.

Dnia 7 września 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności oraz zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego - niezgodnych z przepisami ustawy Pzp, polegających na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budrem-Rybak Sp. z o.o. Sp.k. (dalej również jako „Budrem”);

2) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Budrem, a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty,

3) niezasadnym ustaleniu liczby punktów przyznanych wykonawcy Budrem w ramach kryteriów pozacenowych

dotyczących doświadczenia kierownika budowy;

4)zaniechaniu wezwania Budrem do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnień w zakresie spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie szczegółowo opisanym w ramach uzasadnienia odwołania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Budrem z Postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do uprawnień osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika, robót branży telekomunikacyjnej, odpowiadających rzekomo wymaganiom Zamawiającego zdefiniowanym w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. f) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej również jako „SWZ”) co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

względnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej

2)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Budrem do uzupełnienia poprzez wskazanie innej (nowej) osoby dedykowanej do pełnienia funkcji kierownika robót branży telekomunikacyjnej, pomimo, iż uprawnienia posiadane przez osobę wskazaną przez Budrem w ramach wykazu osób do sprawowania tego stanowiska, wbrew deklaracji tego wykonawcy, nie odpowiadają wymaganiom zdefiniowanym przez Zamawiającego w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. f), nie pozwalając na realizację przedmiotowego zamówienia;

3)art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Budrem z Postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do okresu realizacji roboty budowlanej, mającej stanowić przedmiot punktowanego doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, zrealizowanej na rzecz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

względnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej

4)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Budrem w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia kierownika budowy wbrew znaczeniom tego kryterium wynikającym z treści SWZ, co skutkowało przyznaniem Budrem nieprawidłowej (zbyt dużej) ilości punktów za osobę proponowaną do pełnienia rzeczowej funkcji, w sposób nieuprawniony uwzględniającej inwestycję zrealizowaną na rzecz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego

5) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Budrem w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia kierownika budowy wbrew znaczeniom tego kryterium wynikającym z treści SWZ, co skutkowało przyznaniem Budrem nieprawidłowej (zbyt dużej) ilości punktów za osobę proponowaną do pełnienia rzeczowej funkcji, w sposób nieuprawniony uwzględniającej inwestycję nie mające charakteru dodatkowego względem minimalnych warunków udziału w postępowaniu zdefiniowanych w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. c) SWZ;

6)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Budrem do wyjaśnień i/lub uzupełnień w zakresie wartości inwestycji przedstawianej celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. b) SWZ, pomimo, iż Budrem nie wykazał, iż wartość referencyjnej inwestycji w zakresie budowy parkingu/ placu składowego/ drogi z wyłączeniem wyburzeń wynosiła 3.000.000,00 zł netto.

Odwołujący wnosil o:

1)uwzględnienie odwołania;

2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Budrem i powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3)wykluczenie Budrem z Postępowania, a w konsekwencji odrzucenie wniesionej przez niego oferty,

4)ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dalej idących) modyfikację punktacji przyznanej Budrem w kryterium dotyczącym doświadczenia kierownika budowy oraz wezwanie Budrem do wyjaśnień i/lub uzupełnień w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu niniejszego Odwołania.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego uzyskała 98,37 pkt i w związku z tym została sklasyfikowana na drugiej pozycji wśród ofert niepodlegających odrzuceniu w Postępowaniu. Oferta Budrem została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji z sumaryczną liczbą punktów 100. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową ofertę, obejmującą wszystkie wymagania określone w treści SWZ i posiadający stosowne doświadczenie oraz dysponując wymaganą kadrą, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazał, że niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez spółkę Budimex S.A. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom do wniesienia odwołania określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał drogą elektroniczną w dniu 28 sierpnia 2023 r. Wartość zamówienia, zakwalifikowanego jako zamówienie na roboty budowlane, przekracza tzw. progi unijne, w związku z czym 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp, został zachowany.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający w ramach Rozdziału 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. f)

SWZ wskazał, że wykonawca skieruje jedną osobę pełniącą funkcję kierownika robót branży telekomunikacyjnej: posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń:

-posiada co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w charakterze kierownika robót.

Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że określając wymogi dla każdej osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo budowlane (Dz.U z 2021 r., poz. 2351) oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2021 r., poz. 1646).

Odwołujący wskazał, że Budrem, w ramach przedłożonych Zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych w wykazie osób do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych wskazał p. J. R.. Budrem w ocenie Odwołującego złożył jednoznaczną deklarację wskazującą, że uprawnienia posiadane przez p. J. R. stanowią uprawnienia odpowiadające wymaganiom Zamawiającego, stanowią rzekomo uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń. Zgodnie z informacjami posiadanymi przez Odwołującego, uprawnienia p. J. R. o numerze 1428/98/U są uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie Unii, instalacji i urządzeń liniowych oraz stacyjnych. Uprawnienia te wydane zostały na podstawie art. 104 ustawy z dnia 14.06.1960 r. - kodeks postępowania administracyjnego w zw. z §11 Rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Odwołujący wskazał, że w świetle obecnie obowiązujących przepisów (art. 15a ust. 18 Prawa budowlanego) uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Odwołujący zauważył, że w świetle przepisów stanowiących podstawę wydania uprawnień p. J. R., tj. Rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym możliwym było uzyskanie uprawnień telekomunikacyjnych w zakresie zarówno telekomunikacji przewodowej jak i bezprzewodowej (radiowej). Co za tym idzie, w świetle obecnie obowiązujących przepisów, aby mówić o posiadaniu uprawnień telekomunikacyjnych bez ograniczeń muszą one obejmować zarówno telekomunikację przewodową jak i radiową. Tylko więc uprawnienia obejmujące oba ww. zakresy mogą być kwalifikowane jako uprawnienia odpowiadające wymaganiom Zamawiającego, zgodnie z zastrzeżeniem poczynionym przez niego w treści SWZ. Bezsprzecznym jest przy tym (co wynika bezpośrednio z treści decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych p. J. R.), że posiadane przez niego uprawnienia obejmują wyłącznie telekomunikację przewodową, nie stanowiąc więc uprawnień nieograniczonych zgodnie z obecnie obowiązującymi przepisami. Takiej kwalifikacji w sposób jednoznaczny dokonuje też Główny Urząd Nadzoru Budowlanego.

Odwołujący wskazał, że zaistniała powyżej sytuacja wypełnia jego zdaniem przesłankę wprowadzenia w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp (zastrzeżoną przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego Postępowania), o tyle, że:

- przekazana przez Budrem informacja dotycząca uprawnień p. J. R. była informacją jednoznacznie niezgodną z rzeczywistością - uprawnienia rzeczony osoby nie odpowiadają bowiem uprawnieniom telekomunikacyjnym bez ograniczeń;

-przekazana informacją dotyczącą uprawnień p. J. R. niewątpliwie dotyczyła kwestii związanych ze spełnianiem warunku udziału w postępowaniu;

-przekazaną informacją Budrem skutecznie wprowadził Zamawiającego w błąd, co nie tylko mogło, ale miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, o tyle, że przekazana informacja wprost warunkowała pozytywną weryfikację Budrem jako wykonawcy spełniającego warunki udziału w postępowaniu, determinując w konsekwencji dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej;

-działaniom Budrem można przypisać rażące niedbalstwo, zwłaszcza jeśli uwzględnić wymagany od wykonawców poziom profesjonalizmu i możliwości weryfikacji informacji związanych z posiadanymi uprawnieniami (vide powoływane przez Odwołującego narzędzie weryfikacji dostępne na stronie Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego). Okoliczności sprawy wskazują więc, że Budrem nie podjął żadnego wysiłku celem weryfikacji danych przekazywanych przez Zamawiającemu, pomimo dostępnych ku temu narzędzi, co o takim rażącym niedbalstwie świadczy.

Odnosząc się do zarzutów 3-5 Odwołujący wskazał, że czasookres trwania robót budowlanych i pełnienia funkcji kierownika budowy w ramach inwestycji realizowanej na rzecz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego został przez Budrem określony w sposób nieprawidłowy, determinując, iż rzeczona inwestycja nie może być podstawą przyznania Budrem dodatkowych punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia kierownika budowy (brak wymaganych 6 miesięcy pełnienia funkcji kierownika budowy oraz realizacji robót budowlanych).

W dalszej części odwołania Odwołujący wskazał, że zestawiając inwestycje wskazane celem wykazania spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu i celem uzyskania dodatkowych punktów w kryterium pozacenowym, należy zauważyć, że część z tych inwestycji się pokrywa, a jednocześnie, że inwestycje, które wskazane zostały wyłącznie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie są wystarczające, aby wypełnić wymagania zdefiniowane przez Zamawiającego w ramach Rozdziału 10 pkt 2 pkt 2.4. lit. c) SWZ. Przyjmując za prawidłowe lata nabywanego doświadczenia określone przez Budrem, skala doświadczenia wykazana za pośrednictwem inwestycji, które nie zostały wskazane równoległe celem uzyskania punktów w ramach kryterium, nie przekracza wymaganych 60 miesięcy, wynosząc maksymalnie 56 miesięcy (przy uwzględnieniu pełnych miesięcy skrajnych), minimalnie zaś 48 miesięcy (przy wyeliminowaniu miesięcy skrajnych przez wzgląd na brak oznaczenia dat dziennych). W konsekwencji zdaniem Odwołującego, aby uznać, że Budrem wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 10 pkt 2 pkt 2.4. lit. c) SWZ należałoby uwzględnić w ramach oceny doświadczenia na minimum, co najmniej jedną inwestycję wskazywaną celem uzyskania punktów w kryterium. W konsekwencji, co najmniej jedna z inwestycji wskazywanych celem uzyskania punktów w kryterium odnoszącym się do

doświadczenia kierownika budowy nie będzie posiadać waloru dodatkowości, z uwagi na konieczność „skonsumowania” jej w ramach wykazywania spełniania warunku z Rozdziału 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit c) SWZ. Co za tym idzie, wobec braku wymaganego waloru dodatkowości co najmniej jedna inwestycja, która musi zostać zaliczona dla wykazania minimalnego warunku udziału w postępowaniu, nie będzie mogła być przedmiotem punktowania w ramach kryterium.

W uzasadnieniu zarzutu 6 Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełniania przez Przystępującego warunku określonego w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. b) SWZ, Budrem wskazał w ramach wykazu robót dwie inwestycje, w tym inwestycję wykonaną dla Gminy Miasta Reda. W ramach podmiotowych środków dowodowych, Budrem przedstawił referencję dotyczącą tej inwestycji, wystawioną przez Gminę Miasto Reda w dniu 20.12.2019 r. Treść przedłożonej referencji obrazuje przy tym, że wartość 11.750.708,08 zł netto deklarowana przez Budrem w ramach wykazu robót została przez niego zrównana z wartością całej inwestycji, bez dokonania jakichkolwiek wyłączeń, w tym bez wyłączenia wartości wyburzeń realizowanych w ramach omawianego kontraktu. Tymczasem, z tej samej referencji wynika, że w zakres omawianego kontraktu wchodziło szereg wyburzeń o znacznych powierzchniach (pkt 1.2. rozbiórki elementów dróg; pkt 1.3. likwidacje wraz z wywozem materiałów z rozbiórki na legalne składowisko; roboty demontażowe; demontaż kabli), jak również elementów niezwiązanych z budową parkingu/ placu składowego/ drogi, w konsekwencji czego z kwoty przypisanej ściśle do tego zakresu winny być wyłączone (przynajmniej w części) np. roboty zieleniarskie czy roboty branżowe. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego Budrem nie wykazał spełniania warunku zdefiniowanego w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. b) SWZ, nie wskazując jaka wartość kontraktu realizowanego na rzecz Gminy Miasta Reda odpowiadała kwocie budowy parkingu/ placu składowego/ drogi, z wyłączeniem wyburzeń i innych elementów nie związanych z tym zakresem. Co za tym idzie, w ocenie Odwołującego konieczne i zasadne jest w przedmiotowym przypadku wdrożenie procedury wezwania do wyjaśnień i/lub uzupełnień w kontekście wykazania spełniania warunku z Rozdziału 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. b) SWZ.

Zamawiający w dniu 15 września 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił Odwołanie w części w zakresie zarzutu nr 1 i w części zarzutu nr 2 związanego merytorycznie z zarzutem nr 1, jak również zarzutu nr 6 w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi odnosząc się do zarzutów 3 i 4 podniósł, że dla otrzymania dodatkowych punktów w kryterium „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia” wykonawca winien był wykazać, że w tym okresie kierownik budowy pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji roboty budowlanej, co w ocenie Zamawiającego jest równoznaczne z jego odpowiedzialnością zawodową na gruncie prawa budowlanego. W ocenie Zamawiającego znaczenie stwierdzenia „pełnienia funkcji kierownika budowy przy realizacji roboty budowlanej” nie może być oderwane od odpowiedzialności kierownika budowy za teren budowy i prowadzone roboty i każdorazowo okres ten winien być liczony od momentu objęcia funkcji kierownika robót na placu budowy do momentu zakończenia całego procesu budowlanego kończącym się m.in. uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie włącznie. Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy od tego okresu odejmowali okres nieobecności kierownika budowy z uwagi na np. zwolnienie chorobowe, albo też okresów np. przerw technologicznych w robotach budowlanych czy też okresów w jakich kierownik przebywał np. w biurze analizując projekty budowlane. Taki wymóg byłby zresztą absurdalny i niemożliwy do spełnienia. Wykazana przez Przystępującego inwestycja spełnia zdaniem Zamawiającego wymagania stawiane wykonawcom w pozacenowym kryterium „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia”.

Odnosząc się do zarzutu 5 Zamawiający wskazał, że w ramach przedmiotowego zarzutu po ponownym przeliczeniu ilości miesięcy wykazanych przez Przystępującego dla spełnienia przez kierownika budowy C. P. warunków udziału w postępowaniu („posiadanie co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego w charakterze kierownika budowy”), na podstawie informacji podanych przez Przystępującego w treści pisma z dnia 24.08.2023 roku przywołanego przez Odwołującego, Zamawiający potwierdza, że wykazane inwestycje nie potwierdzają spełnienia przez kierownika budowy warunku udziału w postępowaniu tj. 5 letniego (60 miesięcznego) doświadczenia kierownika budowy na tym stanowisku. Jednak z treści ww. pisma Przystępującego z dnia 24.08.2023 roku jak zauważył Zamawiający wynika, że wskazani w tym piśmie inżynierowie mają doświadczenie o wiele dłuższe niż to, w jakich były realizowane wykazane w piśmie dla każdego z nich inwestycje. Zamawiający stoi na stanowisku, że mógłby w toku np. ponownego badania ofert wezwać Przystępującego do wykazania dodatkowych inwestycji (np. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy lub 128 ust. 4 ustawy), w ramach których kierownik budowy nabierał doświadczenia, celem wykazania przez Przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego minimalnej ilości lat doświadczenia kierownika budowy wskazanej w warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego, zarzut Odwołującego dotyczący nieprawidłowego wyliczenia przez Zamawiającego ilości punktów w pozacenowym kryterium „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia” Zamawiający uznał za nieuzasadniony, choć przyznał, że w zakresie wykazania spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia kierownika budowy zebrana dokumentacja wymagałaby uzupełnienia.

W dniu 18 września 2023 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów odwołania tj. złożył sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów pkt. 1 i w części pkt. 2 oraz zarzutu nr 6 przedstawionych w odwołaniu Budimex S.A. W związku z powyższym, na podstawie art. 523 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł o:

1) rozpoznanie odwołania i (1) podtrzymanie decyzji Zamawiającego w zakresie czynności wyboru Oferty Przystępującego z dnia 27.07.2023 r. [dalej Oferta] jako najkorzystniejszej, która to Oferta spełnia wymagania zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia, została złożona w określonym przez Zamawiającego terminie, jest zgodną co do treści z wymaganiami Zamawiającego, która to Oferta uzyskała najwyższą ilość punktów w zakresie przyjętych kryteriów oceny ofert. W konsekwencji (2) wniósł o oddalenie odwołania poprzez uznanie, iż żądanie wskazane w pkt. 1 do 4 odwołania nie zasługuje na uwzględnienie i oddalenie go w całości jako bezpodstawnego;

2) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we

wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania jego oferta uplasuje się na pozycji pierwszej w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił następujący wykonawca: „BUDREM-RYBAK” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Luzinie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę „BUDREM-RYBAK” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Luzinie do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowego złożonego przez Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowodów złożonych podczas posiedzenia przez Odwołującego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie należało uwzględnić w części tj. w zakresie zarzutów nr 1, 5 i 6, zaś w pozostałym zakresie podlegało ono oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Punktu Obsługi Ruchu Turystycznego wraz z parkingiem wielostanowiskowym; elementami zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową infrastruktury technicznej na plw. Westerplatte”, Numer referencyjny: PA.280.6(1).2023. Dnia 28 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców, przy czym oferta Przystępującego uzyskała największą ilość punktów, oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji. Z tak dokonaną oceną nie zgodził się Odwołujący wskazując, że Przystępujący powinien zostać wykluczony z prowadzonego postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona ewentualnie wskazał na konieczność skorygowania ilości punktów przyznanych Przystępującemu w kryterium pozacenowej oceny ofert. Zamawiający w części podzielił stanowisko Odwołującego, uwzględniając złożone odwołanie w części. Sprzeciw wobec tej czynności zgłosił Przystępujący.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Budrem z Postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do uprawnień osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika, robót branży telekomunikacyjnej, odpowiadających rzekomo wymaganiom Zamawiającego zdefiniowanym w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. f) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej również jako „SWZ”) co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Zamawiający w rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. f) SWZ wskazał, że wykonawca

„skieruje jedną osobą pełniącą funkcję kierownika robót branży telekomunikacyjnej:

posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń oraz posiadającą co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe w charakterze kierownika robót.”

Przystępujący wskazując do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych pana J. R. powinien mieć świadomość, że osoba ta nie posiada uprawnień wymaganych przez Zamawiającego. W ocenie Izby nie powinno budzić wątpliwości, jak należy rozumieć pojęcie uprawnień bez ograniczeń w branży telekomunikacyjnej. Jak przyznał podczas rozprawy sam Przystępujący, dokonał on analizy dokumentacji projektowej i w jego ocenie uprawnienia dotyczące sieci bezprzewodowej nie powinny być wymagane przez Zamawiającego. Nie przeszkodziło to jednak Przystępującemu we wskazaniu w wykazie osób, że pan J. R. posiada uprawnienia bez ograniczeń co nie jest zgodne z prawdą, co wynika chociażby z ogólnodostępnej bazy na stronie Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego. Izba wskazuje, że Przystępujący jako profesjonalista w obrocie, jeżeli uważał, że warunek udziału w postępowaniu był nadmierny powinien skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej na etapie ogłoszenia przez Zamawiającego dokumentów postępowania. Przystępujący wskazał, że nie wiadomo, w jaki sposób będzie się odbywała komunikacja np. ze Strażą Pożarną przewodowo czy bezprzewodowo. Co więcej z dokumentacji postępowania wynika, że w zakresie zamówienia mieszczą się również sieci bezprzewodowe. Zauważyć jednak należy, że decyzja w tym zakresie nie należy do wykonawców, a do Zamawiającego. Warunek został sformułowany w sposób jednoznaczny: uprawnienia powinny być bez ograniczeń. Przystępujący w ocenie Izby nie zadał sobie trudu, w celu dokonania weryfikacji uprawnień posiadanych przez pana J. R.. Świadczy to o rażącym niedbalstwie Przystępującego jako podmiotu profesjonalnego, co skutkowało złożeniem przez niego nieprawdziwego oświadczenia.

W ocenie Izby zarzuty nr 3 i 4 tj. dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Budrem z Postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd co do okresu realizacji roboty budowlanej, mającej stanowić przedmiot punktowanego doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy, zrealizowanej na rzecz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;

względnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 powyżej

art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Budrem w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia kierownika budowy wbrew znaczeniom tego kryterium wynikającym z treści SWZ, co skutkowało przyznaniem Budrem nieprawidłowej (zbyt dużej) ilości punktów za osobę proponowaną do pełnienia rzeczowej funkcji, w sposób nieuprawniony uwzględniającej inwestycję zrealizowaną na rzecz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego nie zasługiwały na uwzględnienie. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego była nadinterpretacją pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy wyznaczonego do realizacji zamówienia.” Wskazana przez Przystępującego inwestycja zrealizowana na rzecz Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego zdaniem Izby spełnia wymagania stawiane wykonawcom w pozacenowym kryterium oceny ofert. Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego dotyczące znaczenia stwierdzenia „pełnienia funkcji kierownika budowy przy realizacji roboty budowlanej.” Jak słusznie wskazał Zamawiający odpowiedzialność kierownika budowy nie kończy się wraz z rozpoczęciem procedur odbiorowych przez Straż Pożarną czy służby sanitarne. Z decyzji o pozwoleniu na użytkowanie wydanej dla budynku WUM jednoznacznie wynika, że Komendant Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej m.st. Warszawy

w stanowisku z dnia 31 grudnia 2013 r. wniósł uwagi. Ocenił on co prawda, że charakter stwierdzonej nieprawidłowości pozwala na rozpoczęcie użytkowania obiektu, jednak w decyzji tej zostało również stwierdzone, że kierownik budowy przedłożył oświadczenie, że w/w uwagi zostały wykonane i potwierdzone wpisem do dziennika budowy. Nie sposób w związku z tym zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że ostatni wpis do dziennika budowy został dokonany przed dniem 31 grudnia 2013 r. tj. przed odbiorem budynku przez Straż Pożarną, a co za tym idzie wskazana przez Przystępującego realizacja nie spełnia warunków kryterium pozacenowego.

Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Budrem w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego doświadczenia kierownika budowy wbrew znaczeniu tego kryterium wynikającym z treści SWZ, co skutkowało przyznaniem Budrem nieprawidłowej (zbyt dużej) ilości punktów za osobę proponowaną do pełnienia rzeczonych funkcji, w sposób nieuprawniony uwzględniającej inwestycje nie mające charakteru dodatkowego względem minimalnych warunków udziału w postępowaniu zdefiniowanych w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. c) SWZ za zasadny. W ocenie Izby, jeżeli wykonawca wskazuje inwestycję mającą potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to nie może tej samej inwestycji wskazać w dodatkowo punktowanym pozacenowym kryterium oceny ofert. Zamawiający w dokumentacji postępowania jednoznacznie wskazał, że dodatkowo punktowane będzie doświadczenie kierownika budowy „ponad te, które mają zostać wykazane jako warunek udziału w postępowaniu.” Nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Przystępującego, że warunki punktowe nie stanowiły nadbudowy warunków podstawowych, ale mogłyby się zawierać w warunku podstawowym. Podobnie niezrozumiałe jest tworzenie własnej definicji pojęcia „dodatkowo” przez Przystępującego. To Zamawiający jako gospodarz postępowania sformułował warunki udziału w postępowaniu oraz zasady przyznawania ofertom dodatkowej punktacji. „Ponad te” nie sposób inaczej rozumieć, jak z ich wyłączeniem, a nie w uzupełnieniu, jak próbuje to przedstawić Przystępujący.

Izba uznała również za zasadny zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1)- 3) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Budrem do wyjaśnień i/lub uzupełnień w zakresie wartości inwestycji przedstawianej celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w Rozdziale 10 pkt 2 ppkt 2.4. lit. b) SWZ, pomimo, iż Budrem nie wykazał, iż wartość referencyjnej inwestycji w zakresie budowy parkingu/ placu składowego/ drogi z wyłączeniem wyburzeń wynosiła 3.000.000,00 zł netto. Jak podczas rozprawy wskazał sam Przystępujący referencje zostały wystawione przed przedmiotowym postępowaniem, w związku z tym ich treść jest ogólna, Zamawiający natomiast nie wezwał Przystępującego do wyjaśnień w tym zakresie. Izba zgadza się, że referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania w tym wypadku robót budowlanych i ich treść nie musi odpowiadać w całości stawianym w postępowaniu warunkom. Należy jednak zauważyć, że wykonawcy mieli wykazać wartość referencyjnej inwestycji w zakresie budowy parkingu/ placu składowego/ drogi z wyłączeniem wyburzeń, która wynosiła 3.000.000,00 zł netto. W sytuacji gdy informacja taka nie wynikała z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego, Zamawiający powinien był go wezwać do wyjaśnień i wskazania wartości zrealizowanej inwestycji. Bez tego nie mógłby on stwierdzić jednoznacznie, czy inwestycja wskazana przez Przystępującego spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego, czy nie. Mógł on co prawda podjąć próbę oszacowania tej wartości we własnym zakresie, biorąc pod uwagę zakres robót zrealizowanych w ramach inwestycji, jednak po pierwsze nie miał takiego obowiązku, a po drugie takie obliczenia należałoby uznać za co najwyżej przybliżone, ale nie dające jednoznacznej odpowiedzi odnośnie wartości. W przedmiotowym przypadku nie było podstaw do żądania uzupełnienia dokumentów podmiotowych, jednak Zamawiający powinien był wezwać Przystępującego do wyjaśnień.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części dotyczącej zarzutów nr 1, 5 i 6, a w pozostałej części podlegało oddaleniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a), b) i d) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 3 w zw. z § 7 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w części 2/5, Zamawiającego Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku w części 1/5 oraz wykonawcę „BUDREM-RYBAK” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Luzinie w części 2/5.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....