

WYROK
z dnia 12 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Polską Agencję Żeglugi Powietrznej, ul. Wieżowa 8, 02-147 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11a, 02-673 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Polską Agencję Żeglugi Powietrznej z Warszawy na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest robota budowlana polegająca na „Budowie budynku szkoleniowo - administracyjnego”. Wykonawca - Skanska S.A. z Warszawy [Odwołujący] wniósł odwołanie związane z wyborem, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie (Mostostal), albowiem jego zdaniem wykonawca Mostostal nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia - pkt. 1.1. część V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ]) i tą czynnością Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 tej ustawy oraz art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Mostostal, oraz art. 24 ust. 4 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal. Odwołujący wskazał także na naruszenie art. 25 ust.2 ustawy Pzp w zw. z paragrafem 1 ust. 1 pkt.2 i paragrafem 1 ust.2 pkt. 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, z uwagi na uwzględnienie złożonego przez Mostostal dokumentu protokołu przekazania oraz protokołu odbioru końcowego dotyczących Hali widowiskowo-sportowej (Czyżyny) w

Krakowie, jako dowodu zrealizowania roboty w sposób należyty, zgodnie ze sztuką, jako prawidłowo ukończonej. Odwołujący, podnosząc zarzut złożenia przez Mostostal nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy - zaznaczył, że zarzut ten podnosi z ostrożności. Wskazał również na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wyborem, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący, wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu, oraz

3

wykluczenie Mostostal z przedmiotowego postępowania i odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;

Odwołujący podał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy interes wykonawcy doznał uszczerbku, albowiem na skutek niezgodnej z prawem czynności, Odwołujący, jako wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, pomimo że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych w tym postępowaniu ofert.

W uzasadnieniu odwołania w szczególności podał, co następuje:

W Ogłoszeniu o zamówieniu i w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie warunku udziału w postępowaniu [Warunek nr 1] Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, minimum dwie roboty budowlane każda polegająca na wybudowaniu budynku biurowego lub użyteczności publicznej średniowysokiego (min. 19 m) klasy min. B+ o powierzchni użytkowej min. 10 000 m². Dalej podał, że zgodnie z tym postanowieniem (...) Za klasę B+ rozumiany jest budynek, który posiada następujące wyposażenie, w tym techniczne i w zakresie aranżacji: 1) Klimatyzacja; 2) Kontrola wilgotności powietrza; 3) Podwieszane sufity; 4) Wysokość pomieszczeń (od podłogi do sufitu) - minimum 2,70m; 5) Możliwość dowolnej aranżacji wnętrza; 6) Trzy oddzielne okablowania strukturalne dla linii telefonicznych, elektrycznych i systemów komputerowych; 7) System podłóg technicznych; 8) Wykończenie podłóg (np. wykładziny podłogowe, parkiety, okładziny ceramiczne); 9) Wykończenie ścian; 10) W pełni wykończone wnętrza łazienek i kuchni; 11) Dobrej jakości materiały wykończeniowe; 12) Podwójne szyby nisko emisyjne; 13) Windy; 14) System telekomunikacyjny; 15) System ochrony; 16) Alarm przeciwwłamaniowy, przeciwpożarowy i tryskacz; 17) Podwójne zasilanie lub awaryjny system podtrzymywania napięcia; 18) Parking podziemny (...). Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wymagał Wykazu robót budowlanych wykonanych w wymaganym okresie, co najmniej dwóch, z podaniem ich rodzaju, dat wykonania (od-do) oraz miejsca wykonania (w tym podmiotów, na rzecz których zostały wykonane ~ nazwa, adres i telefon) - opracowany wg druku dołączonego do specyfikacji - zgodnie z załącznikiem nr 6 do S/WZ Wymagane co najmniej dwie roboty budowlane miały dotyczyć – każda - wybudowania budynku biurowego lub użyteczności publicznej średniowysokiego (min. 19 m) klasy min. B+ o powierzchni użytkowej min. 10 000 m³ wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie. Dowodem w tym przypadku miało być

4

poświadczenie, lub inny dokument - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Dalej podał, że Zamawiający pismem z dnia 18 września 2014 r. wezwał wykonawcę

Mostostal w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień "(....) Czy roboty budowlane wskazane w załączonym do ofert na str 12-13 Wykazie wykonanych robót budowlanych były wykonane w pełnym zakresie wyszczególnionym w SIWZ, w rozdziale V, pkt. 1.1, {warunek nr 1) ppkt 1-18 [...]". Mostostal pismem z dnia 23 września 2014 r. potwierdził, że pierwsza w Wykazie wykonanych robót budowlanych - Budowa Centrum Komputerowego (Centrum Informatyki) AGH, budynek WEAlIE AGH w Krakowie, nie spełnia wszystkich wymogów Zamawiającego wyszczególnionych w SIWZ z uwagi na brak w przedstawionym obiekcie instalacji tryskaczowej, zastosowano bowiem inne rozwiązanie - instalację hydrantową. W związku z powyższym Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę Mostostal [pismem z dnia 23 września 2014 r.] do uzupełnienia Wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z załączeniem dowodów potwierdzających ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, zawierającego co najmniej dwie roboty budowlane potwierdzające spełnienie warunku nr 1 określonego w rozdziale nr V pkt. 1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Mostostal w piśmie z dnia 01 października 2014 r. przedłożył uzupełniony Wykaz - załącznik nr 6 do SIWZ wraz z dowodami mającymi potwierdzać ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz ich prawidłowe ukończenie. W Wykazie wykonanych robót budowlanych, Mostostal wskazał wykonanie 4 robót budowlanych: 1. Budowa Centrum Komputerowego (Centrum Informatyki) AGH, budynek WEAlIE AGH w Krakowie; 2. Budowa Galerii Handlowej „Galeria Jastrzębie” w Jastrzębiu Zdroju; 3. Budowa nowej siedziby Warmińsko-Mazurskiej Filharmonii w Olsztynie - II Etap; 4. Budowa Hali widowiskowo- Sportowej (Czyżyny) w Krakowie.

W odniesieniu do budowy z poz. 1 Wykazu [Budowa Centrum Komputerowego (Centrum Informatyki) AGH, budynek WEAlIE AGH w Krakowie] Odwołujący ponownie stwierdził, że przedstawiona budowa nie spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego, gdyż brak instalacji tryskaczowej. Odwołujący z ostrożności wskazał, że wymóg stosowania w budynkach instalacji hydrantowej (punktu poboru wody do celów pożarowych) i instalacji tryskaczowej (stałego samoczynnego urządzenia gaśniczego) regulują rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 07 czerwca 2010 r. oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Żadne z tych rozporządzeń nie przewiduje i nie dopuszcza stosowania tych instalacji w sposób równorzędny lub zamienny. Główna różnica polega na tym, iż instalacja

5

hydrantowa nie jest instalacją automatyczną (samoczynną) w przeciwieństwie do instalacji tryskaczowej - automatycznej i samoczynnej. Dodatkowo, stosowanie instalacji tryskaczowej może nakładać wymóg zawarty i opisany w Scenariuszu Rozwoju Zdarzeń na Wypadek Pożaru, opracowanym przez Specjalistę ds. Zabezpieczeń Pożarowych lub wymogi nakładane na Zamawiającego (Inwestora) w ramach świadczenia usługi gwarancyjnej przez Ubezpieczyciela obiektu. W konkluzji stwierdził, że instalacja hydrantowa i instalacja tryskaczowa nie są instalacjami, które można stosować zamiennie, albowiem są to zupełnie różne instalacje. Jednocześnie podniósł, że Mostostal był już wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zatem ponowne wzywanie przez Zamawiającego nie jest na gruncie przepisów ustawy Pzp możliwe, albowiem zarówno literalna interpretacja przepisów ustawy (art. 26 ust. 3), jak i orzecznictwo wskazują, że ponowne wezwanie do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków stanowiłoby naruszenie podstawowej zasady udzielania zamówień, a więc zasady wyrażonej przepisem art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Odnośnie budowy z poz. 2 Wykazu [Budowa Galerii Handlowej „Galeria Jastrzębie” w Jastrzębiu Zdroju] wykonawca podał, że jednym z systemów jakim musiał wykazać się wykonawca dla spełnienia wymagania w zakresie wykonania budynku w klasie B+ był System kontroli wilgotności powietrza, którego w budynku Galerii nie zastosowano. Wskazał również, że System kontroli wilgotności powietrza jest specjalistyczną instalacją do kontroli wilgotności powietrza ściśle powiązaną z systemem wentylacji i klimatyzacji oraz systemem zarządzania budynkiem. Zaznaczył również, że System kontroli wilgotności powietrza stosowany jest w pomieszczeniach o szczególnym przeznaczeniu, m.in.: sale koncertowe, aule, serwerownie, pomieszczenia biurowe w budynkach klasy A+ lub wyższej oraz innych obiektach zaprojektowanych i wykonanych w standardzie ukierunkowanym na

zminimalizowanie zużycia energii oraz jej ewentualny odzysk. W Obiekcie „Galeria Jastrzębie” nie zaprojektowano ani nie wybudowano systemu kontroli wilgotności powietrza oraz systemu jakości powietrza wentylowanego, co potwierdza na zapytanie Odwołującego Zarządca Obiektu - firma UPSIDE PROPERTY. Ponownie podkreślił, że nie jest możliwe powołanie się na posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie budynku o wymaganych parametrach w klasie B+, skoro nie wykonano takiego elementu robót budowlanych.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że wbrew oświadczeniu Mostostal z tabeli Wykaz wykonanych robót, obiekt Galerii Handlowej „Galeria Jastrzębie” nie spełnia również wymogu odnośnie parkingu podziemnego oraz minimalnej wysokości średniowysokiego budynku oczekiwanej przez Zamawiającego tj. 19 m. Wykonawca podał, że punktem odniesienia do powyższego twierdzenia są przepisy prawa, które zawierają definicje i wymagania odnośnie

6

projektowanych i wykonanych budynków. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie („Rozporządzenie”), [które po nowelizacji w odniesieniu do definicji wysokości wprowadziło zmiany obowiązujące od dnia 27 maja 2004 r. - aktualne na dzień złożenia wniosku o wydanie decyzji pozwolenia na budowę (biorąc pod uwagę, że budowa rozpoczęła się w 2008 roku)] przez „kondygnację podziemną - należy rozumieć kondygnację, której więcej niż połowa wysokości w świetle, ze wszystkich stron budynku, znajduje się poniżej poziomu przylegającego do niego, projektowanego lub urządzonego terenu, a także każdą sytuowaną pod nią kondygnację” przesądza, iż parking w Galerii Jastrzębie” nie może być uznany za parking podziemny. Parking w przedmiotowym budynku jest w rozumieniu wyżej wymienionej definicji zlokalizowany na kondygnacjach nadziemnych, a nie podziemnych. Decyduje o tym fakt, że mniej niż połowa wysokości tych kondygnacji w świetle (czyli od podłogi do sufitu) znajduje się poniżej poziomu terenu i że nie są one zagłębione ze wszystkich stron budynku. Pokazuje to rys nr 3 (zdjęcie Galerii - widok 2). W odniesieniu do wymaganej wysokości budynku podał, że budynek Galerii nie ma wysokość 19 m, gdyż zgodnie z definicją wysokości budynku z § 6 przywołanego wyżej rozporządzenia: [„Wysokość budynku mierzy się od poziomu terenu przy najniższym położonym wejściu do budynku lub jego części pierwszej kondygnacji nadziemnej budynku do górnej płaszczyzny stropu bądź najwyższej położonej krawędzi stropodachu nad najwyższą kondygnacją użytkową, łącznie z grubością izolacji cieplnej i warstwy ją osłaniającej, albo do najwyższej położonej górnej powierzchni innego przekrycia”] oraz treścią § 3 punkt 15 Rozporządzenia [„Poziom terenu — należy rozumieć poziom projektowanego lub urządzonego terenu przed wejściem głównym do budynku, niebędącym wejściem wyłącznie do pomieszczeń gospodarczych lub pomieszczeń technicznych”] - kondygnacji uznanych za podziemne nie można uwzględniać w pomiarze wysokości budynku Galerii. Ostatecznie więc wysokość tego budynku mierzona zgodnie z definicją Rozporządzenia od poziomu terenu przy wejściu głównym nie spełnia wymogu 19 m wysokości. Na dowód powołał mapę sytuacyjną i zdjęcie Galerii.

Odnosnie pozycji 3 Wykazu [Budowa nowej siedziby Warmińsko-Mazurskiej Filharmonii w Olsztynie – II Etap], Odwołujący stwierdził, że również nie spełnia warunku w zakresie budynku średniowysokiego o wysokości minimum 19 metrów. Analizując projekt i przekrój pionowy budynku Filharmonii z projektu wykonawczego dokumentacji projektowej opracowanej przez Consultor Sp. z o.o., w kontekście wyżej wymienionych definicji rozporządzenia i wymagań Zamawiającego, stwierdził, że poziom terenu przed wejściem głównym do budynku znajdującym się na pierwszej kondygnacji nadziemnej wynosi zgodnie z rzędną z projektu wynosi -0.02 m. Z kolei projektowana rzędna najwyższej położonej

7

krawędzi stropodachu wynosi +18.90 m. W konsekwencji wysokość budynku wynosi 18,92 m, a nie jak twierdzi Mostostal 19.17 m. Odwołujący wskazał dodatkowo, że z posiadanej przez niego wiedzy w opisie do projektu budowlanego Filharmonii pojawiają się następujące wzmianki: 1. Wysokość budynku do góry gzymsu = 19.17 m oraz 2. Całkowita wysokość budynku = 19.17 m. Zdaniem wykonawcy, żadna z tych wysokości nie jest wysokością wymaganą przez Zamawiającego w rozumieniu cytowanych przepisów Rozporządzenia,

gdyż podawana jest z ujęciem elementów, które nie są częściami konstrukcyjnymi budynku w rozumieniu wskazywanych definicji.

Wykonawca także podał, że jednym z systemów jakim musiał wykazać się wykonawca dla spełnienia wymagania w zakresie wykonania budynku w klasie B+, było wykonanie systemu podłóg technicznych i zgodnie z powszechnie funkcjonującą definicją „podłoga podniesiona - to układ odpowiednio dobranych i zamocowanych na wspornikach płyt, dostarczający przestrzeń pomiędzy podłożem właściwym, a płytami podłogi technicznej, w której to przestrzeni umieszczone są elementy instalacyjne budynku”. Zdaniem Odwołującego, na przedmiotowej Inwestycji zastosowano jedynie „Mechaniczne podesty sceniczne ZOOM”, które nie mogą być traktowane jako system podłóg technicznych, ze względu na szczególne przeznaczenie tego rozwiązania typowo, jako „mechanicznych podestów scenicznych”.

Odnosnie pozycji 4 Wykazu [Budowa Hali widowiskowo- Sportowej (Czyżyny) w Krakowie] wykonawca podał, że w odpowiedzi na wezwanie wykonawca Mostostal uzupełnił Wykaz wykonanych robót budowlanych oraz przedstawił dokumenty, które rzekomo miałyby potwierdzać spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego. Jednym z załączonych dokumentów był protokół przekazania Hali widowiskowo-sportowej (Czyżyny) w Krakowie oraz protokół odbioru końcowego tej Hali. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wymagał wykazania (zgodnie z treścią Rozporządzenia w sprawie dokumentów (...)), że roboty budowlane, które podawane są na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powinny wskazywać, że roboty zostały „wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. W opinii Skanska z załączonych protokołów, nie wynika, że roboty budowlane zostały wykonane należyście. Wskazał na zapisy na protokole przekazania hali, które informują, że (...) Zamawiający wyznacza wykonawcy termin do 18.06.2014 r. do usunięcia wad/usterek celem podpisania protokołu odbioru końcowego...). Z kolei w protokole odbioru końcowego Hali w pkt 4 zamieszczono postanowienie, że „[...] Sprawy sporne wynikłe w związku z realizacją w/w umów oraz rozliczenia finansowe inwestycji będą procedowane w odrębnym trybie.”

8

Odwołujący stwierdził, że na wymienione elementy świadczące o nienależytym wykonywaniu prac, należy patrzeć przez pryzmat przedmiotu zamówienia i jego specyfiki, co w niniejszym postępowaniu jest istotne. Niezależnie od powyższego zwrócił uwagę że nie został przedłożony dokument o charakterze dowodu o jakim mowa w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z paragrafem 1 ust. 1 pkt.2 i paragrafem 1 ust.2 pkt. 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, gdyż protokół odbioru z wadami nie jest dokumentem od podmiotu, na rzecz którego zadanie budowlane zostało wykonane, z którego Zamawiający mógłby wywieść, że przedmiotowa robota została wykonana należyście. Nie ma on też charakteru referencyjnego, a inne dokumenty (za paragrafem 1 ust.2 pkt. 2) powołanego rozporządzenia mogą być przedstawiane jedynie, jeżeli z przyczyn o charakterze obiektywnym wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia (co musi być przez wykonawcę wykazane). Odwołujący podkreślił, że samo stwierdzenie wykonanie umowy, nie jest tożsame z potwierdzeniem należytego wykonania umowy, a zatem wykonania w pełni zgodnego z umową,

W konkluzji wykonawca stwierdził, że w związku z brakiem możliwości powtórnego uzupełnienia dokumentów na gruncie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp wykonawca Mostostal powinien być wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że skoro informacje oświadczone przez Mostostal okazały się niezgodne ze stanem faktycznym oznacza to, że wykonawca ten poświadczył nieprawdę, który to fakt należy rozpatrywać na gruncie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Odwołujący wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził, że ta okoliczność nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zwrócił ponownie uwagę, że Mostostal był przez Zamawiającego wzywany do przedłożenia dokumentu na potwierdzenie spełniania warunku, a dokumentu zawierającego informację nieprawdziwą nie można uznać,

że mamy do czynienia z błędem, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który można sanować, albowiem ustawa Pzp nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje tym samym obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych.

9

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc w szczególności, co następuje:

W toku postępowania w celu wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca Mostostal Warszawa S.A. przedstawił Wykaz wykonanych 4 robót budowlanych, z których dwie roboty budowlane w pełni spełniają postawiony przez Zamawiającego warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powyższe dotyczy budowy nowej siedziby Warmińsko - Mazurskiej Filharmonii w Olsztynie - II Etap, jaki i w zakresie robót budowlanych polegających na budowie Hali Widowiskowo-Sportowej (Czyżyny) w Krakowie,

Zdaniem Zamawiającego wnoszący odwołanie wykonawca Skanska, nie udowodnił jakoby powyższe realizacje nie spełniały warunku, a zgodnie z utrwaloną doktryną orzecniczą ciężar dowodowy spoczywał na Odwołującym. Dalej podał, że Odwołujący opiera się na własnych założeniach bądź interpretacjach niepopartych jednoznacznymi dowodami oraz, że nie sposób przyznać wartości dowodowych załączonym do odwołania rysunkom, które w żaden sposób nie stanowią potwierdzenia stanu faktycznego przywoływanych obiektów i nie jest potwierdzona ich autentyczność, oraz zgodność ze stanem faktycznym. Zamawiający stwierdził także, że w toku postępowania nie nastąpiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem nie miało miejsca kilkukrotne wzywanie Mostostal do uzupełnienia dokumentów.

W zakresie poz. nr 3 Wykazu wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. - Budowy nowej siedziby Warmińsko-Mazurskiej Filharmonii w Olsztynie - Etap II – stwierdził, że wysokości na rysunkach dołączonych do odwołania są wymiarami wskazanymi przez Odwołującego, które nie mogą stanowić dowodu na nieprawdziwość informacji złożonych przez wykonawcę Mostostal, a ponadto Odwołujący w obliczeniach nie przyjmuje najniższej położonego wejścia do budynku. W odniesieniu do zastosowania na obiekcie systemu podłóg technicznych wskazał, że nie ma prawnie przyjętej definicji podłogi technicznej. Odwołujący w zakresie podłogi technicznej wskazuje na „podłogę podniesioną, jako układ odpowiednio dobranych i zamocowanych na wspornikach płyt, dostarczający przestrzeni między podłożem właściwym a płytami podłogi, w której to przestrzeni umieszczone są elementy instalacyjne”, podczas gdy Zamawiający nie ograniczał wymagania do konkretnego rozwiązania czy systemu, jaki wykonawcy zastosowali w ramach realizacji podłogi podniesionej.

Odnosząc się do pozycji 4 Wykazu robót - w zakresie Budowy Hali Widowiskowo-Sportowej – podał, że Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, w celu oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i

10

doświadczenia żądał Wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. Miał prawo także żądać podania ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączenia dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, co wynika z obowiązującego rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i wykonawca w celu udowodnienia, że roboty budowlane wykonane zostały w sposób wymagany przez zamawiającego, może przedstawić jak dotychczas najbardziej popularne wśród wykonawców listy referencyjne, a także: faktury czy protokoły odbioru. Podkreślił, że dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, zgodnie z przepisami wykonawca przedkłada dwa rodzaje dokumentów. Są to: prywatny dokument wykonawcy - jego oświadczenie wiedzy

odnośnie uzyskanego doświadczenia, które stanowi w przedmiotowym przypadku wykaz robót oraz inne dokumenty, które potwierdzają prawidłowość wykazanych w ramach doświadczenia robót. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie dostaw, usług, czy też robót budowlanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie zostały w sposób jednoznaczny i konkretny zdefiniowane w obowiązujących przepisach ustawy Pzp, jak i przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów, poprzez określenie ich treści, formy, zakresu itp. Podkreślił, że wskazany przepis w żadnym przypadku nie wymaga, że na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wykonawcy powinni przedkładać wyłącznie referencje, ponieważ dokument referencji nie stanowi jakiegoś urzędowo zdefiniowanego dokumentu. Tym samym zatem na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia można przedłożyć każdy dokument, wystawiony przez podmiot, na rzecz którego dane zamówienie było realizowane, który będzie potwierdzał należyte wykonanie zamówienia, czyli prawidłowość jego wykonania. Wśród takich dokumentów wymienia się również protokoły obioru prac, wykonanych bez zastrzeżeń na rzecz podmiotu wystawiającego takie dokument. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdzone orzecznictwem sądowym. Podkreślił, że dokumenty przedstawiane na potwierdzenie należytego wykonania określonych prac nie muszą potwierdzać wszystkich okoliczności związanych z wykazywanym zrealizowanym zamówieniem, także w kontekście określanego przez zamawiającego warunku. Dalej podał, że „Choć w praktyce dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie robót, dostaw lub usług często nazywa się referencjami, niekoniecznie wymaganym dokumentem będzie dokument o nazwie „referencja”. (...) W konkretnych przypadkach za takie dokumenty mogą zostać uznane np. pisemne potwierdzenia prawidłowego wykonania, protokoły odbiorów końcowych, a nawet pismo

11

zamawiającego skierowane do wykonawcy po zakończeniu realizacji zamówienia, towarzyszące zwracanej gwarancji należytego wykonania. Podkreślił, że to do zamawiającego należy ostateczna ocena, czy dany dokument jest wystarczającym potwierdzeniem prawidłowego wykonania zadania wykazanego, jako doświadczenie wykonawcy. Wskazał tak na dopuszczalność w świetle orzecznictwa KIO - przyjęcia protokołu odbioru końcowego na potwierdzenie, iż roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką czy też świadectwa przejęcia robót, jak i świadectwa wykonania. Podniósł także, że „Na podstawie informacji zawartej na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych uznać należy, że pojęcie „należycie wykonane” mieści w sobie zarówno określenie „zgodnie z zasadami sztuki budowlanej”, jak i „prawidłowo ukończone”. Zgodnie z orzecznictwem pojęcie „zasadniczo wykonane” jest określeniem też wystarczającym” oraz, że „Z obowiązujących przepisów prawa nie sposób wywieść, że wymagane jest użycie zwrotu „należycie wykonane”. Zdaniem Zamawiającego, ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym.” *Podkreślił także, że „Nie sposób przyjąć by protokół odbioru końcowego nie miał waloru dowodu wykonania zgodnie ze sztuką zważywszy, że z analizy orzecznictwa KIO wynika, że również świadectwu przejęcia robót, jak i świadectwu wykonania przysługuje walor dowodu potwierdzającego należyte wykonanie robót (...) oraz, że (...) świadectwo przejęcia robót stanowi dowód potwierdzający wykonanie robót nawet wtedy, gdy wskazane w nim są prace zaległe czy wady, które w istotny sposób nie przeszkadzają w korzystaniu z nich.”* Powyższe wskazuje, że walor dowodu mają dokumenty stosowane w postępowaniach realizowanych w ramach programu FIDIC, stawiane na równi z powszechnie obowiązującym w robotach budowlanych protokołem odbioru. Skoro, więc świadectwo przejęcia robót mimo uwag ma walor dowodu realizacji robót zgodnie ze sztuką to nie sposób kwestionować waloru dowodu dla protokołu odbioru końcowego bez uwag, zwłaszcza, gdy w konsekwencji obiekt zostaje również dopuszczony do użytku publicznego. Stwierdził ponadto, że „Niewątpliwie w przypadku realizacji robót budowlanych a zwłaszcza obiektów użytku publicznego a do takich zalicza się wskazany przez Wykonawcę Mostostal Warszawa S.A obiekt Hali widowiskowo-sportowej (Czyżyny) w Krakowie, stosuje się bardzo rygorystyczne uwarunkowania dla odbioru a zwłaszcza dopuszczenia i przekazania do użytkowania. Obiekty tego typu poddane szczególnym procedurą odbioru przez Zamawiających podlegają również weryfikacji w celu dopuszczenia do użytkowania przez niezależne podmioty zarówno od wykonawcy, jaki i Zamawiającego. Tym samym dopuszczenie obiektu do użytkowania ma gwarantować, iż jest on obiektem bezpiecznym

wykonanym zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zgodnie z przeznaczeniem. Reasumując stwierdził, że nie sposób w tym przypadku kwestionować

12

zarówno protokołu odbioru jak i faktu dopuszczenia obiektu do użytkowania i organizacji imprez masowych.

W zakresie zarzutu, jakoby wykonawca Mostostal Warszawa S.A. poświadczył nieprawdę, Zamawiający powołując się na orzecznictwo KIO przede wszystkim wskazał, że „stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości” oraz, że przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo, jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości oświadczenia woli.”

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Mostostal Warszawa S.A. [wykonawca Mostostal] wnosząc tak jak zamawiający o oddalenie odwołania.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając, w pierwszej kolejności wniosek Przystępującego wykonawcy Mostostal S.A. [wykonawca Mostostal lub Przystępujący] o odrzucenie odwołania wniesionego przez wykonawcę Skanska S.A. [wykonawca Skanska lub Odwołujący] na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że to odwołanie zostało wniesione w dniu 22 grudnia 2014 r. przez wykonawcę Skanska S.A. [wykonawca Skanska lub Odwołujący] w związku z wyborem, jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego wykonawcy, o której to decyzji Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 12 grudnia 2014 r. Z kolei wykonawca Mostostal we wniosku o odrzucenie odwołania powołał się na informację z dnia 2 października 2014 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum Rubau Polska sp. z o.o. (lider), Constructiones Rubau S.A., Plesmar sp. z o. o. i CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. [„Konsorcjum Rubau oraz stwierdził, że Odwołujący z tą datą mógł powziąć informacje, stanowiące podstawę wniesienia odwołania, oraz, że już wtedy wykonawca Skanska miał interes w żądaniu wykluczenia i/lub odrzucenia ofert dwóch wykonawców zajmujących wyższe od niego pozycje w rankingu korzystności ofert. Zwrócił uwagę, że wykonawca Skanska, która w

13

rankingu ofert znalazła się na trzeciej pozycji po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 02.10.2014 r. nie skorzystała z możliwości złożenia własnego odwołania w postępowaniu, ani nie zgłosiła przystąpienia do odwołania złożonego przez wykonawcę Mostostal w odniesieniu do dokonanego wyboru oferty Konsorcjum Rubau. Zdaniem Odwołującego, termin wniesienia odwołania, uwzględniając obowiązującą w polskim prawie zamówień publicznych koncentrację środków ochrony prawnej, powinien być w niniejszym przypadku liczony od dnia dokonania pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, który miał miejsce w dniu 02.10.2014 r., a tym samym termin na wniesienie przez Odwołującego odwołania upłynął ostatecznie 13.10.2014 r. Podkreślił, że Odwołujący nie podnosił na tym etapie postępowania wobec konkurencyjnych ofert, w tym oferty Przystępującego, jakichkolwiek zarzutów, pomimo przysługujących temu wykonawcy środków ochrony prawnej. Dalej podał, że w wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wykonawcy Mostostal, Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 27.10.2014 r. umorzyła postępowanie odwoławczego (sygn. akt: KIO 2141/14) skutkiem, którego doszło do unieważnienia poprzedniego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert w postępowaniu. Przystępujący podniósł również, że po dokonaniu czynności wyjaśniających wobec Konsorcjum Rubau,

oraz jako Zamawiający dokonał wykluczenia

wskazanego podmiotu wyboru,

najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mostostal, nie dokonując wobec tej oferty – przede

wszystkim wobec złożonych do dnia 2.10.2014 r. oświadczeń i dokumentów - żadnych czynności wyjaśniająco - uzupełniające, które w jakikolwiek sposób wpłynęłyby na zmianę jej dotychczasowej treści. Tym samym substancja przedmiotowa oferty Przystępującego znana Odwołującemu de facto od dnia otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu, do dnia dokonania tak pierwotnego, unieważnionego, jak i drugiego, powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej nie uległa zmianie. W konkluzji stwierdził, że w świetle zasady koncentracji środków ochrony prawnej, obowiązującej na gruncie przepisów ustawy Pzp, po stronie uczestników postępowania przetargowego leży m.in. obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej. Skoro o okolicznościach będących przedmiotem odwołania Odwołujący bezspornie dowiedział się, lub przy zachowaniu należytej staranności mógł się dowiedzieć, już po otwarciu ofert, a z pewnością nie później niż po dokonaniu pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, możliwe zarzuty wobec konkurencyjnych ofert - zgodnie ze wspomnianą zasadą koncentracji środków ochrony prawnej - powinny być przez Odwołującego podniesione na wcześniejszym etapie postępowania, po otrzymaniu informacji o pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty.

14

Izba stwierdziła, że wniosek Przystępującego wykonawcy Mostostal w przedmiocie odrzucenia odwołania wykonawcy Skanska na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Izba przede wszystkim stwierdza, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, statuuje przesłanki materialno-prawne, które w przypadku korzystania ze środka ochrony prawnej muszą być spełnione łącznie. Jedną z nich jest interes w uzyskaniu danego zamówienia, a drugą możliwość poniesienia przez wykonawcę szkody [lub możliwość poniesienia takiej szkody] w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Przystępujący wykonawca we wniosku o odrzucenie odwołania powoływał i wykazywał wyłącznie, że w dacie 2 października 2014 r. wnoszący odwołanie wykonawca Skanska miał interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, w okolicznościach faktycznych sprawy, nie było możliwe powoływanie się przez Odwołującego Skanska na wymaganą przepisem art. 179 ust.1 ustawy Pzp możliwość poniesienia szkody w związku z brakiem wykluczenia wykonawcy Mostostal z tego postępowania, albowiem Odwołujący nie kwestionował wyboru z dnia 2.10.2014 r., jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Rubau, uznając ten wybór za prawidłowy. Brak zatem możliwości wykazania przez wykonawcę Skanska szkody w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp skutkowałoby oddaleniem odwołania w całości bez merytorycznego rozpoznawania zarzutów podnoszonych w stosunku do oferty wykonawcy Mostostal. Izba dodatkowo zauważa, że analogiczne uregulowanie – tak jak w przepisie art. 179 ust.1 ustawy Pzp - wynika także z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG, a posiadanie wymaganej legitymacji czynnej podlega badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji prowadzi w konsekwencji – tak jak wskazano powyżej - do oddalenia odwołania.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty związane z wymaganiami punktu 1.1. część V specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, że są one niezasadne i tym samym odwołanie podlega oddaleniu.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa budynku szkoleniowo-administracyjnego” doszło - zdaniem Odwołującego w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego wykonawcy Mostostal - do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 tej ustawy oraz art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, oraz art. 24 ust. 4 Pzp, a także art. 25 ust.2 ustawy Pzp w zw. z paragrafem 1 ust. 1 pkt.2 i paragrafem 1 ust.2 pkt. 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od

15

wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, albowiem wykonawca ten z uwagi na niepotwierdzenie spełniania wymaganego warunku udziału w postępowaniu z punktu 1.1. część V specyfikacji istotnych podlegał wykluczeniu z tego postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą.

W specyfikacji w zakresie spornego warunku z punktu 1.1. część V – podobnie w Ogłoszeniu o zamówieniu - Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, minimum dwie roboty budowlane każda polegająca na wybudowaniu budynku biurowego lub użyteczności publicznej średniowysokiego (min. 19 m) klasy min. B+ o powierzchni użytkowej min. 10 000 m². Podał również, że „Za klasę B+ rozumiany jest budynek, który posiada następujące wyposażenie, w tym techniczne i w zakresie aranżacji: 1) Klimatyzacja; 2) Kontrola wilgotności powietrza; 3) Podwieszane sufity; 4) Wysokość pomieszczeń (od podłogi do sufitu) - minimum 2,70 m; 5) Możliwość dowolnej aranżacji wnętrza; 6) Trzy oddzielne okablowania strukturalne dla linii telefonicznych, elektrycznych i systemów komputerowych; 7) System podłóg technicznych; 8) Wykończenie podłóg (np. wykładziny podłogowe, parkiety, okładziny ceramiczne); 9) Wykończenie ścian; 10) W pełni wykończone wnętrza łazienek i kuchni; 11) Dobrej jakości materiały wykończeniowe; 12) Podwójne szyby nisko emisyjne; 13) Windy; 14) System telekomunikacyjny; 15) System ochrony; 16) Alarm przeciwwłamaniowy, przeciwpożarowy i tryskacze; 17) Podwójne zasilanie lub awaryjny system podtrzymywania napięcia; 18) Parking podziemny”.

Wnoszący odwołanie – w zakresie podtrzymanym na rozprawie - podniósł, że podane w Wykazie cztery roboty budowlane przez wykonawcę Mostostal nie spełniają wymagań specyfikacji, a mianowicie obiekty wymienione pod: (1) poz. 1 Wykazu - Centrum Komputerowe (Centrum Informatyki) AGH, budynek WEAlE AGH w Krakowie - w zakresie instalacji tryskaczowej; (2) poz. 2 Wykazu - Galeria Handlowa „Galeria Jastrzębie” w Jastrzębiu Zdroju – w zakresie systemu kontroli wilgotności powietrza oraz parkingu podziemnego i minimalnej wysokości średniowysokiego budynku 19 metrów; (3) poz. 3 Wykazu - siedziba Warmińsko-Mazurskiej Filharmonii w Olsztynie – w zakresie minimalnej wysokości średniowysokiego budynku 19 metrów; (4) poz. 4 Wykazu - Budowa Hali widowiskowo- Sportowej (Czyżyny) w Krakowie – w zakresie braku potwierdzenia należytego wykonania umowy.

16

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawca Mostostal w składanych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp - co podkreślał również Odwołujący - potwierdził, że budynek - Centrum Komputerowego podany w poz. 1 nie posiada wymaganej instalacji tryskaczowej - stałego samoczynnego urządzenia gaśniczego, a tylko punkt poboru wody do celów pożarowych - instalację hydrantową. Wskazane instalacje hydrantowa i tryskaczowa nie są instalacjami, które można stosować zamiennie, są to zupełnie różne instalacje, a to oznacza, że wobec treści punktu V. 1.1.16 specyfikacji dla tego obiektu wymaganie nie zostało spełnione.

W odniesieniu do obiektów wymienionych pod poz. 2 i 3 Wykazu wnoszący odwołanie wykonawca nie potwierdził, że wymagania techniczne w spornym zakresie nie zostały spełnione.

Izba stwierdza, że w niniejszym postępowaniu odwoławczym, wobec zarzutów skierowanych do oferty wykonawcy Mostostal przez wnoszącego odwołanie wykonawcę Skanska, to wnoszący odwołanie wykonawcy - zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności w postępowaniu odwoławczym oraz w myśl dyrektywy z art. 190 ust.1 ustawy Pzp – zobowiązany był przedstawić dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzi skutki prawne. Zdaniem Izby, zarzuty odwołania zostały oparte – co również zauważył Zamawiający - na własnych założeniach Odwołującego bądź jego interpretacjach, a przedstawiana argumentacja nie została poparta jednoznacznymi, bezspornymi dowodami. Tak jak podnosił Przystępujący wykonawca oraz Zamawiający, nie sposób przyznać pierwszeństwa i wartości dowodowej przedkładanym przez Odwołującego fotografiom, analizom geodetów i ich rysunkom, przedłożonymi w toku rozprawy wyciągom z dokumentacji projektowej, które stanowiły podstawę wydanych decyzji administracyjnych [pozwolenia na budowę czy pozwolenia na użytkowanie] oraz opiniom projektantów, których prawdziwości, wnoszący odwołanie wykonawca nie kwestionował. Izba podzieliła pogląd wykonawcy Mostostal, że Projekt budowlany - dokument pochodzący od inwestora, sporządzony oraz sprawdzony przez

uprawnionych projektantów, będący podstawą uzyskania decyzji administracyjnych (pozwolenie na budowę, pozwolenie na użytkowanie) - jest najbardziej miarodajnym źródłem pozyskania informacji o parametrach budynku, w tym co do jego wysokości i rodzaju kondygnacji oraz jego wyposażenia technicznego, także w zakresie aranżacji. Izba zwraca również uwagę, że dokument ten także posługuje się tymi samymi pojęciami co przepisy budowlane, w tym powoływane przez Odwołującego rozporządzenie w sprawie warunków technicznych. W okolicznościach tej sprawy, nie sposób mieć wątpliwości, że informacje zawarte w Projekcie budowlanym, który był przedmiotem analizy różnych organów

17

administracyjnoprawnych w związku z wydanymi decyzjami administracyjnoprawnymi zawierają nieprawdziwe informacje dotyczące parametrów budynku, w tym, co do podanych kondygnacji podziemnych, czy też wysokości budynku. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że w tym postępowaniu - dla zdefiniowania użytych w niej pojęć – Zamawiający w specyfikacji nie wskazał, że wyłączną regułą interpretacyjną wymagań stanowią powoływane przez wnoszącego odwołanie przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Mając zatem na uwadze zasadę obiektywnej interpretacji wymagań oraz uwzględniając, że Zamawiający w specyfikacji posługując się pojęciami wskazywanego w odwołaniu rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jednocześnie wprowadził do nich modyfikacje, [choćby odnośnie pojęcia budynku średniowysokiego, wyznaczając w miejsce 12 m pułap 19 metrów, jako dolną granicę uznania budynku średniowysokiego za spełniający warunek udziału w postępowaniu, oraz uwzględniając w ramach 19 m pomieszczenia techniczne, które zgodnie z rozporządzeniem należałoby wyłączyć przy liczeniu wysokości i w konsekwencji wysokość zamawianego budynku szkoleniowo - administracyjnego wynosiłaby 16,67 metra] – w tym postępowaniu wymagania z powołanego rozporządzenia należało stosować odpowiednio, a nie wprost. Izba zwraca także uwagę, że Zamawiający obliczał wysokość budynku, będącego przedmiotem zamówienia bez odejmowania żadnych wartości, uzasadnione zatem było przyjęcie, jako reguły interpretacyjnej dla ustalenia treści warunku związanego z wysokością budynku także co do przyjętego przez Zamawiającego sposobu obliczania wysokości budynku, będącego przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu. Izba zwraca także uwagę, że nawet powołane rozporządzenie w § 6 stanowi o dokonywaniu pomiaru wysokości, nie jak twierdzi Odwołujący od poziomu terenu przy wejściu głównym [co nie spełnia wymogu 19 m wysokości], ale alternatywnie - od poziomu terenu przy najniższym położonym wejściu do budynku lub jego części pierwszej kondygnacji nadziemnej budynku do górnej płaszczyzny stropu bądź najwyższej położonej krawędzi stropodachu nad najwyższą kondygnacją użytkową, łącznie z grubością izolacji cieplnej i warstwy ją osłaniającej, albo do najwyższej położonej górnej powierzchni innego przekrycia”

Tym samym zarzut dotyczący nie posiadania minimalnej wysokości średniowysokiego budynku 19 metrów wymaganej w punkcie 1.1. część V specyfikacji przez obiekty wymienione w Wykazie pod pozycją 2 - Galeria Jastrzębie i pod poz. 3 - Warmińsko-Mazurska Filharmonia nie zasługuje na uwzględnienie.

18

Izba stwierdza również, że przedłożony wyciąg z projektu budowlanego potwierdza także, że obiekt Galerii Jastrzębie wyposażony został w wymaganą punktem 1.1. 2) części V specyfikacji - kontrolę wilgotności powietrza oraz posiada wymagany punktem [po jego modyfikacji] 1.1. 18) - parking podziemny.

Wbrew twierdzeniom odwołania, Zamawiający nie wymagał Systemu kontroli wilgotności w całym obiekcie, albowiem wymagał tylko obiektu, który posiada wyposażenie, w zakresie kontroli wilgotności powietrza. Przedłożone na rozprawie przez Przystępującego wykonawcę wyjaśnienia projektanta z dnia 8 września 2014 r. oraz z dnia 8 stycznia 2015 r. i projekt budowlany zamienny instalacji sanitarnych [jego wyciąg] potwierdzają, że w obiekcie Galerii została zaprojektowana centrala N5 tak, że posiada możliwość kontroli wilgotności powietrza dla kondygnacji +2 – najemcy spożywczego. Zaznaczono jednocześnie w tych

wyjaśnieniach, że elementy związane z tym i ich wykorzystywanie są w gestii najemcy i użytkownika. Zdaniem Izby, nie wykorzystanie przez użytkownika budynku Galerii Jastrzębskiej kontroli nawilżania powietrza, z uwagi na zmniejszenie zakresu prowadzonej działalności przez najemcę nie może oznaczać, że budynek Galerii nie został wyposażony w wymaganą w tym postępowaniu kontrolę wilgotności powietrza. Izba zauważa również, że Odwołujący także w odwołaniu przyjął, że nawet System kontroli wilgotności powietrza nie musi być stosowany dla całego obiektu, ale „stosowany jest w pomieszczeniach o szczególnym przeznaczeniu, m.in.: sale koncertowe, aule, serwerownie, pomieszczenia biurowe w budynkach klasy A+ lub wyższej oraz innych obiektach zaprojektowanych i wykonanych w standardzie ukierunkowanym na zminimalizowanie zużycia energii oraz jej ewentualny odzysk”.

Odnośnie zarzutu dotyczącego niespełnienia wymogu w zakresie parkingu podziemnego – stwierdza, że z Projektu budowlanego zmian Centrum Handlowego „Galeria-Jastrzębie” przedłożonego na rozprawie przez Przystępujący Mostostal, jednoznacznie wynika, iż budynek jest budynkiem 5 kondygnacyjnym z dwoma kondygnacjami podziemnymi, na których znajdują parkingi [poziom -1 i -2.

Także nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący niepotwierdzenia należytego wykonania zamówienia odnośnie roboty budowlanej wymienionej pod pozycją 4 Wykazu.

Zgodnie z punktem VI.1.1 specyfikacji Zamawiający wymagał podania w Wykazie [Uwaga do tego punktu] robót wykonanych zgodnie z zasadami sztuki budowlanej wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, ich wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz,

19

że roboty te zostały prawidłowo ukończone. Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że w tym punkcie odesłał do punktu 1.2, którego tytuł jest szerszy, aniżeli zakres wymaganego dokumentu, albowiem z jego brzmienia [„Dowody potwierdzające, że roboty budowlane uwzględnione w wykazie z punktu 1.1. zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”] wynika, że dotyczy on także dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót, jednakże w zakresie punktu 1.1. tak oznaczony dokument nie był wymagany, albowiem punkt ten dotyczy – zgodnie z literalnym brzmieniem warunku co najwyżej dokumentu potwierdzającego wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz ich prawidłowe ukończenie. Zamawiający – tak jak wymagają tego o zamówień publicznych - wskazał w pierwszej kolejności, że takim potwierdzającym dokumentem będzie poświadczenie. Zdaniem Izby - w kontekście określanego przez Zamawiającego wymagania - takim dokumentem potwierdzającym że roboty budowlane uwzględnione w wykazie z punktu 1.1. zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone mógł być niewątpliwie Protokół odbioru końcowego Hali Widowiskowo Sportowej, albowiem nie sposób przyjąć aby protokół odbioru końcowego nie miał waloru dowodu wykonania robót zgodnie ze sztuką budowlaną, czy robót prawidłowo ukończonych. Izba zwraca także uwagę, że w przypadku realizacji robót budowlanych, których przedmiotem są obiekty użytku publicznego, a do takich należy zaliczyć wskazany przez wykonawcę Mostostal obiekt Hali Widowiskowo-Sportowej stosuje się bardzo rygorystyczne uwarunkowania dla odbioru a zwłaszcza dopuszczenia i przekazania do użytkowania oraz, że obiekty tego typu poddane szczególnym procedurom odbioru podlegają tym samym weryfikacji przez niezależne podmioty [zarówno od wykonawcy jaki i Zamawiającego] w celu dopuszczenia do użytkowania, co stanowi obiektywny dowód na potwierdzenie, że taki obiekt został wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i ukończony prawidłowo zgodnie z przeznaczeniem.

Izba uznała, że również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z ustaleniami Izby oświadczenie złożone do obiektu z poz. 1 o spełnianiu wymagań w zakresie instalacji tryskaczowej punktu V.1.1.16 specyfikacji niewątpliwie jest niezgodne ze stanem faktycznym. Jednakże w tej sprawie dla oceny podstawy wykluczenia, o której stanowi art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i w pierwszej kolejności istotne znaczenie miała okoliczność, czy informacja ta miała rzeczywisty, realny wpływ na wynik tego postępowania. W tym postępowaniu wymagano dwóch robót budowlanych o określonych wymaganiach,

Izby – potwierdzają wymagane parametry, co do wysokości i co do wyposażenia. Tym samym złożone oświadczenie do roboty budowlanej z poz. 1 Wykazu nie było przedmiotem pogłębionych badań przez Izbę w kontekście jego nieprawdziwości, albowiem podstawy wykluczenia dotyczą tylko tych informacji nieprawdziwych, które mają wpływ na wynik danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – jak słusznie podniósł Zamawiający - jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo, jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistych okolicznościach – mających wpływ na wynik danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - związanych ze składanym przez wykonawcę oświadczeniem wiedzy.

W konkluzji Izba stwierdza, że podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 tej ustawy oraz art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, oraz art. 24 ust. 4 Pzp, a także art. 25 ust.2 ustawy Pzp w zw. z paragrafem 1 ust. 1 pkt.2 i paragrafem 1 ust.2 pkt. 2) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zostały przez Izbę uznane za niezasadne, co skutkowało ich nieuwzględnieniem.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).