

Sygn. akt: KIO 1174/23

WYROK

z dnia 12 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 kwietnia 2023 r. przez odwołującego **LK**

Inwest

sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Jelenia Góra**

przy udziale:

wykonawcy **Pro Bud W. W.** - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **LK Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **LK Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **LK Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **Miasta Jelenia Góra** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r., poz. 1710 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**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1174/23

Uzasadnienie

Miasto Jelenia Góra, dalej: „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp” – „Renowacja zabytkowego zespołu pałacowo-parkowego w Jeleniej Górze i jego adaptacja na centrum kultury” (kontynuacja przerwanych robót budowlanych).

Zamawiający w dniu 21 kwietnia 2023 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty PRO BUD W. W. jako najkorzystniejszej.

Od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty odwołanie wniósł LK Inwest sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, dalej: „Odwołujący”, który zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu:

a) wykonawca nie wykazał spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tomu I SWZ warunku wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia

w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³;

b) wykonawca nie wykazał spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a Tomu I SWZ warunku dysponowania kierownikiem budowy, który:

i. przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach, zgodnie z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami

z dnia 23 lipca 2003 r. i

ii. w okresie ostatnich 5 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego (1) zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków.

Mając na uwadze powyższy zarzut, Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej PRO BUD W. W.;

2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez PRO BUD W. W. z uwagi na fakt, iż podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
3. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

W zakresie postępowania dowodowego, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

- uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XX/546/16,
- uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XXII/1032/17,
- uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XLV/1522/18,
- uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr VI/127/19
- uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XXII/530/20,
- uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XXXVI/729/21,
- uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XLIII/955/22,
- projektu uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego w sprawie udzielenia z budżetu Województwa Dolnośląskiego w roku 2023 dotacji na prace konserwatorskie, restauratorskie lub roboty budowlane przy zabytkach,
- wydruk informacji opublikowanej na stronie internetowej powiatu lwóweckiego-<https://powiatlwowecki.pl/termomodernizacja-budynkow-uzytecznoscipublicznejpowiatu-lwoweckiego>,
- ogłoszenia o wyniku postępowania nr 2022/BZP 00164911/01,
- zdjęcia południowej ściany kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim z widocznym rusztowaniem ze strony lwoweckslaski.zgoory.pl wraz z kodem źródłowym,
- wydruku ze strony internetowej Parafii pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim,
- opisu przedmiotu zamówienia, IZP-Z.271.3.2018,
- opisu przedmiotu zamówienia, IZP-Z.271.16.2018

- fakt podlegający stwierdzeniu: niespełnienie przez wykonawcę warunku wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³.

Ponadto, Odwołujący wniósł o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą w wypadku wątpliwości w zakresie rozmiaru robót wykonanych przez wykonawcę w ramach inwestycji dotyczącej remontu kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim do Parafii Rzymsko - Katolickiej pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim o udzielenie informacji, jakie obiekty oraz w jakiej części (w tym kubatura) obejmowały roboty wykonane przez PRO BUD W. W. w okresie od 16 kwietnia 2018 r. do 22 sierpnia 2018 r. oraz jaka była ich

wartość - fakt podlegający stwierdzeniu: niespełnienie przez wykonawcę warunku wykonania zgodnie

z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia

polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy (art. 505 ust. 1 Pzp). Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert uznałby, że PRO BUD W. W. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ofert i zachodzi konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, co w konsekwencji mogłoby prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy LK Inwest sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż uwzględniając odwołanie odwołującego LK Inwest sp. z o.o., Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2023 r. o sygnaturze akt KIO 873/23 unieważniła czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w toku postępowania RZ.271.92.2022 i zobowiązała zamawiającego do ponownej oceny ofert. Zgodnie z informacją opublikowaną przez zamawiającego, Zamawiający biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert określone w SWZ, po raz kolejny za najkorzystniejszą uznał ofertę PRO BUD M. W.. Zdaniem odwołującego wybrana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.

I. Uzasadnienie zarzutu nr 1a

Wykonawca nie wykazał spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tomu I SWZ warunku wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³.

W treści oświadczenia dotyczącego wykazu robót budowlanych w okresie 5 lat przed upływem

terminu składania ofert, wykonawca, celem wykazania spełnienia warunku z pkt 9.1.4 ppkt 2, powołał się na wykonanie robót budowlanych w ramach trzech zadań:

a) „Termomodernizacja budynków nr 1 i 2 Domu Pomocy Społecznej w Mirsku przy ul. Zielonej 12” - kubatura 5.495 m³, referencje z dnia 21 czerwca 2019 r.,

b) „Remont Kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim” - kubatura 36.400 m³, referencje z dnia 14 kwietnia 2023 r.,

c) „Prace remontowe dla Zespołu Szkół Ogólnokształcących i Zawodowych w Lwówku Śląskim, ul. Henryka Brodatego 1 - remont klas” - kubatura 36.024 m³, poświadczenie z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Tymczasem na podstawie przedłożonych referencji wykonawca nie wykazał spełnienia warunku wykonania co najmniej jednego zamówienia o cechach wskazanych w pkt 9.1.4. ppkt 2.

Z treści SWZ wynika jednoznacznie, że Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy wykażą się doświadczeniem w postaci remontu lub przebudowy obiektu o określonej kubaturze (a nie wyłącznie jego części w postaci kilku pomieszczeń lub elewacji). Za taką wykładnią przemawia cel ustanowienia warunku, tj. wykazanie się przez potencjalnego wykonawcę odpowiednim doświadczeniem. O spełnieniu warunku decyduje więc nie kubatura całego budynku, ale faktycznie remontowana lub przebudowywana kubatura. Tymczasem z przedłożonych referencji wynika, że dotyczą one jedynie „pomieszczeń” lub „elewacji”, stanowiących nieznaczną część budynku, a nie całego budynku.

Zgodnie z zasadą proporcjonalności warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne

do zakresu zamówienia publicznego – adekwatność taka nie zostałaby zachowana przy założeniu, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, remontując kilka pomieszczeń lub nieznaczną część w budynku użyteczności publicznej, w których wartość robót wynosiła nie więcej niż 522.692,19 zł, a w przypadku projektu, obejmującego inwestycję

pn. „Termomodernizacja budynków nr 1 i 2 Domu Pomocy Społecznej w Mirsku przy ul. Zielonej 12” wartość całego projektu wynosiła 1.977.371,54 zł (wykonawca w ramach projektu wykonał remont elewacji 1 z 3 budynków), podczas gdy koszt zamówienia zgodnie z ofertą wykonawcy ma wynieść 8.648.000,00 zł.

Interpretację warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy, prezentowaną przez odwołującego, podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 873/23, uwzględniającym odwołanie od czynności wyboru oferty w ramach tego samego postępowania. W uzasadnieniu tego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: *„mając na uwadze, że Zamawiający określa warunek udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 112 ust. 1 ustawy) odniesienie do wartości 5000 m³ kubatury budynku w warunku było proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, który obejmuje budynek o kubaturze ok. 7000 m³. Słusznie również zostało dostrzeżone, że warunek odnosi się do przebudowy lub remontu obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5000 m³, a nie przebudowy lub remontu „w obiekcie o kubaturze min. 5000 m³”. W ocenie Izby poprawność rozumienia warunku*

w sposób wskazany przez Izbę i wynikający jednoznacznie z treści SWZ potwierdził w

trakcie rozprawy sam Zamawiający, który podał, że „gdyby intencją Zamawiającego było wskazanie określonej kubatury czy też metrów kwadratowych remontowanych pomieszczeń, to Zamawiający by to wskazał” z tej wypowiedzi jednoznacznie wynika, że nie określono warunku, że to pomieszczenia mają być remontowane, a warunek odnosi się do remontu obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5000 m³.(...) W ramach warunku niezbędne było wykazanie się doświadczeniem remontu obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5000 m³, a nie remont pomieszczeń w obiekcie o takiej kubaturze. (...) W ocenie Izby taka argumentację potwierdza również niesłuszność interpretacji warunku dokonanej przez Zamawiającego, bowiem sprowadza się do nieproporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia.”

Wykonując wskazane zamówienia wykonawca zebrał więc doświadczenie zależne od zakresu

wykonanych robót, a nie od wielkości całego budynku, z którego remontowana była tylko niewielka część. Gdyby przyjąć optykę wykonawcy, jego doświadczenie wynikające z wykonania tych robót byłoby większe, gdyby te same roboty były wykonywane w budynku o jeszcze większej kubaturze.

Jednocześnie w postępowaniu nie mógłby wziąć udziału wykonawca, który dokonał przebudowy lub remontu pomieszczeń o większej kubaturze znajdujących się w budynku o mniejszej kubaturze. Taka wykładnia SWZ zupełnie niweczyłaby cel warunku udziału w postępowaniu. Przekładając powyższe rozważania na treść dokumentów przedłożonych przez wykonawcę, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący wskazał:

a) „Termomodernizacja budynków nr 1 i 2 Domu Pomocy Społecznej w Mirsku przy ul. Zielonej 12”

Z treści referencji z dnia 21 czerwca 2019 r., dotyczących inwestycji „Termomodernizacja budynków nr 1 i 2 Domu Pomocy Społecznej w Mirsku przy ul. Zielonej 12” wynika, że wykonawca zrealizował zakres prac na budynku nr 1, którego kubatura wynosi 5.495 m³, a roboty polegały na remoncie części budynku w postaci elewacji. Z referencji nie wynika natomiast, w jakim okresie wykonawca przeprowadził roboty, ani jaka część budynku nr 1 była

faktycznie remontowana.

Z informacji o inwestycji, opublikowanej przez powiat lwówecki wynika, że inwestycja była częścią projektu „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej powiatu lwóweckiego”, w ramach którego dokonano termomodernizacji trzech obiektów: Domu Pomocy Społecznej przy ul. Zielonej w Mirsku – budynek nr 1 i nr 2 oraz Sali gimnastycznej ZSOiZ przy ul. H. Brodatego 1 we Lwówku Śląskim, a realizacja projektu odbywała się w okresie od 1 października 2016 r. do 30 listopada 2018 r. Łączna wartość projektu (uwzględniając wszystkie trzy obiekty) wyniosła 1.977.371,54 zł. Z opublikowanych przez

powiat lwówecki informacji oraz dokumentów przekazanych przez wykonawcę nie wynika, które części projektu były realizowane, w jakim okresie.

Z powyższego wynika, że wykonawca nie wykazał wykonania robót objętych referencjami z dnia 21 czerwca 2019 r. w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert (taka informacja nie wynika z referencji).

Niezależnie od niewykazania terminu wykonania robót budowlanych, roboty budowlane objęte

referencjami dotyczyły tylko części budynku nr 1, tj. elewacji, co wynika wprost z ich treści.

Wykonawca w oświadczeniu dotyczącym wykazu robót budowlanych w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert powołał się na kubaturę całego budynku – 5.495 m³, co w świetle argumentacji podniesionej na wstępie jest niezgodne z warunkami udziału w postępowaniu, skoro faktyczny zakres robót dotyczył tylko części budynku. Na podstawie referencji z dnia 21 czerwca 2019 r. nie sposób ustalić rozmiaru remontowanej części budynku roboty dotyczyły, w tym jaka była kubatura wyremontowanej części budynku. Mając jednak na względzie, że elewacja stanowi jedynie element zewnętrznej części budynku, nie jest prawdopodobne aby przy łącznej kubaturze budynku odpowiadającej 5.495 m³, rozmiar robót wykonanych przez wykonawcę odpowiadał kubaturze min. 5.000 m³.

Na podstawie przedłożonych referencji wykonawca nie wykazał spełnienia warunku, ani co do zakresu robót, ani okresu ich wykonania.

b) „Remont Kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim”

Z treści referencji z dnia 14 kwietnia 2023 r. wynika, że wykonawca wykonywał w ramach inwestycji roboty budowlane obejmujące prace przy elewacji budynku, wykładzinach podłogowych, pokryciu dachowym, instalacji wodociągowo-kanalizacyjnej i elektrycznej itd. Inwestycja była, jak wynika z treści referencji, realizowana w okresie od 16 kwietnia 2018 r. do 22 sierpnia 2018 r.

W treści referencji wskazano jedynie łączną kubaturę budynku, nie wskazano natomiast kubatury, którą objęły przedmiotowe roboty.

Znamiennym pozostaje, że Parafia Rzymskokatolicka pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim inwestycje w zakresie konserwacji elewacji południowej ściany kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim prowadzi od co najmniej 2016 r., przy czym w 2023 r. realizowany będzie już VIII etap inwestycji. Parafia corocznie uzyskuje z budżetu województwa dolnośląskiego dotacje na prace konserwatorskie, restauratorskie lub roboty budowlane w ramach prowadzonej inwestycji.

Z treści uchwał Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XX/546/16, XXII/1032/17, XLV/1522/18, VI/127/19, XXII/530/20, XXXVI/729/21, XLIII/955/22, że w poszczególnych latach Parafia otrzymała skromne dotacje w wysokości:

– w 2016 r. – 30.000,00 zł na kontynuację renowacji elewacji: konserwacja kamienia i wymiana tynków południowej ściany kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim,

zakres dofinansowywanych prac: renowacja kamiennych elementów elewacji, czyszczenie, konserwacji spoinowanie elewacji kościoła z XVI w.;

– w 2017 r. – 30.000,00 zł na kontynuację renowacji elewacji południowej ściany kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim: konserwacja kamienia i wymiana tynków, zakres dofinansowywanych prac: konserwacja kamienia oraz wymiana tynków elewacji ściany południowej;

– w 2018 r. – 40.000,00 zł na kontynuację renowacji elewacji południowej ściany kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim: konserwacja kamienia i wymiana tynków, zakres dofinansowywanych prac: konserwacja kamienia oraz wymiana tynków elewacji ściany południowej;

– w 2019 r. – 40.000,00 zł na kontynuację konserwacji kamiennej elewacji i wymiany tynków ściany południowej kościoła – etap IV, zakres dofinansowywanych prac: konserwacja kamienia oraz wymiana tynków elewacji ściany południowej;

– w 2020 r. – 40.000,00 zł na kontynuację konserwacji kamiennej elewacji i wymiany tynków ściany południowej kościoła – etap V, zakres dofinansowywanych prac: konserwacja kamienia oraz wymiana tynków elewacji ściany południowej;

– w 2021 r. – 30.000,00 zł na renowację kamiennej elewacji ściany południowej kościoła – VI etap konserwacji kamienia i wymiana tynków, zakres dofinansowywanych prac: konserwacja kamienia oraz wymiana tynków ściany południowej;

– w 2023 r. – 40.000,00 zł na renowację kamiennej elewacji ściany południowej kościoła: konserwacja kamienia i wymiana tynków – etap VIII prac.

Z powyższego wywodzić należy, że zakres robót, który wynika z referencji, nie tylko nie obejmował całego obiektu, ale nadto mógł dotyczyć jedynie nieznacznej części prac konserwatorskich przy ścianie południowej kościoła, realizowanych w okresie od kwietnia do sierpnia 2018 r., których nieznaczny zakres wynika m.in. z wysokości udzielonej w tym okresie dotacji.

Co więcej, na zdjęciach zamieszczonych na stronie internetowej lwowekslaski.zgoory.pl w dniu 10 grudnia 2018 r. (co wynika z kodu źródłowego strony – wydruk w załączeniu do odwołania), najprawdopodobniej wykonanych latem 2018 r. widoczne jest rusztowanie przy części południowej ściany kościoła, co ukazuje faktyczny rozmiar robót budowlanych prowadzonych w 2018 r.

Znamienne pozostaje, że w okresie od 16 kwietnia 2018 r. do 8 sierpnia 2018 r. w kościele nieprzerwanie odbywały się msze święte i nabożeństwa, a na zdjęciach z tego okresu wykonanych wewnątrz kościoła nie widać żadnych oznak prowadzonych robót budowlanych. Mając na względzie powyższe, nie sposób uznać, że wykonawca wykazał – zgodnie z twierdzeniami zawartymi w oświadczeniu – wykonanie robót budowlanych przy obiekcie użyteczności publicznej o kubaturze 36.400 m³.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zauważył, że zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, zobowiązany był wykazać wykonanie remontu lub przebudowy obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5000m³, wykonanego w ramach jednego zamówienia. Warunek nie przewidywał możliwości zsumowania przeprowadzonych remontów lub przebudów wynikających z różnych zamówień. Tymczasem treść referencji w zestawieniu m.in. z publicznymi informacjami dotyczącymi inwestycji poddaje w wątpliwość, czy roboty objęte referencjami wynikały z jednego zamówienia. Co więcej, z samych referencji wynika, iż wykonawca zrealizował „czyszczenie ścian elewacji budynków”. Ponieważ natomiast zgodnie z informacjami dostępnymi na stronie internetowej parafii (http://parafia.lwowek.pl/?page_id=57) do kościoła należy również plebania oraz dom parafialny, zakres remontu opisany w referencji przynajmniej w części dotyczy niewątpliwie tych właśnie budynków. Również „wymiana wykładzin podłogowych” nie mogła być wykonana w kościele, w którym podłoga kryta jest kamienną lub ceramiczną posadzką. Na podstawie przedłożonych referencji wykonawca nie wykazał spełnienia warunku.

c) „Prace remontowe dla Zespołu Szkół Ogólnokształcących i Zawodowych w Lwówku Śląskim, ul. Henryka Brodatego 1 – remont klas”

Z treści referencji z dnia 18 kwietnia 2023 r. wynika, że wykonawca wykonał zadanie polegające na remoncie pomieszczeń w budynku Zespołu Szkół Ogólnokształcących i Zawodowych w Lwówku Śląskim, ul. Henryka Brodatego 1, którego łączna kubatura wynosi 36.024,00 m³.

Z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że w zakres robót wykonanych przez wykonawcę obejmował wykonanie remontu pomieszczeń - 6 klas oraz toalet, które stanowiły nieznaczną część budynku (budynek składa się z 3 kondygnacji i poddasza).

Tymczasem wykonawca w oświadczeniu o wykonanych robotach powołał się na kubaturę całego budynku, a nie na kubaturę wyremontowanych pomieszczeń, co w świetle przedstawione przez odwołującego argumentacji, popartej wyrokiem KIO z dnia 12 kwietnia 2023 r., jest niedopuszczalne i nie stanowi o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu.

Na podstawie przedłożonych referencji wykonawca nie wykazał spełnienia warunku.

II. Uzasadnienie zarzutu nr 1b

Zgodnie ze zmienionym pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ wykonawca musi dysponować kierownikiem

budowy, który:

1. jest uprawniony do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjnobudowlanej bez ograniczeń,
2. przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach, zgodnie z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami,

3. w okresie ostatnich 5 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków.

Ze złożonego przez wykonawcę wykazu osób wraz z referencjami wynika, że J. S. nie spełnia warunków wskazanych w pkt. 2 i 3 powyżej, a w konsekwencji wykonawca nie dysponuje kierownikiem budowy zdolnym do wykonywania zamówienia. J. S. nie legitymuje się doświadczeniem opartym na pełnieniu funkcji kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego (1) zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków, gdyż:

- 1) zadania objęte referencjami z dnia 5 lutego 2016 r. realizowane były w od 2014 r. do 2016 r., a więc wykraczają poza 5 – letni okres, wyznaczony w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ (można wnioskować, że Zamawiający prezentuje w tym zakresie analogiczne stanowisko, co wynika z liczby punktów przyznanych W. W.),
- 2) żadne z zadań objętych referencjami z dnia 8 sierpnia 2019 r., polegających na termomodernizacji budynków oświatowych Miasta Jelenia Góra, nie jest zamówieniem (zadaniem) polegającym na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków, a ponadto jak wynika z przedłożonych referencji, J. S. funkcję kierownika budowy pełnił jedynie w ramach pierwszego etapu poszczególnych zadań.

Wszystkie roboty objęte powyższymi referencjami, którymi kierował J. S. polegały nie na przebudowie lub remoncie całego obiektu, a jedynie na remoncie części budynku – w zakresie jego docieplenia i wymiany instalacji grzewczej.

Nie może tymczasem ulegać wątpliwości, że pisząc w SWZ o przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku, Zamawiający miał na myśli cały budynek, a nie wyłącznie kilka jego pomieszczeń, dach czy elewację. Zapewne intencją Zamawiającego – zgodnie z zasadą proporcjonalności – było pozyskanie wykonawcy, który dysponuje kierownikiem budowy posiadającym doświadczenie w realizacji inwestycji, o takim samym charakterze, jak przedmiotowe zamówienie publiczne.

Powyższą interpretację warunku podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 873/23, uwzględniającym odwołanie od czynności wyboru oferty w ramach tego samego postępowania, wskazując że „niezbędne było wykazanie doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy w zamówieniu polegającym na przebudowie lub remoncie obiektu. Nie ma tu mowy o pomieszczeniach w obiekcie, które miałyby być przebudowywane lub remontowane.(...) W ocenie Izby nie można utożsamiać z remontem pomieszczeń w obiekcie”.

Niezależnie od powyższego art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami stanowi, że funkcje kierownicze przy zabytkach wpisanych do rejestru może wykonywać

osoba, która (1) posiada uprawnienia budowlane oraz (2) przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach.

Treść warunku udziału w postępowaniu, która wprost nawiązuje do treści art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami („brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach, zgodnie z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami”), zgodnie z jego literalnym brzmieniem należy interpretować w ten sposób, że Zamawiający oczekuje od kierownika budowy nie legitymowania się jakimkolwiek doświadczeniem przy robotach przy zabytkach (które jest jednym z warunków nabycia uprawnień, o których mowa w art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami), ale doświadczeniem przy ich realizacji jako osoba już spełniająca warunki z art. 37c ustawy o ochronie zabytków. Od kierownika budowy Zamawiający wymaga, by przez odpowiedni okres legitymował się udziałem w robotach budowlanych przy zabytkach po nabyciu uprawnień z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, w związku z czym okres 18 miesięcy wynikający z treści warunku należy liczyć najwcześniej od uzyskania przedmiotowych uprawnień.

Taką interpretację wzmacnia treść warunku dotycząca pełnienia funkcji kierownika budowy przy realizacji zamówienia dotyczącego remontu lub przebudowy zabytku w okresie 5 lat przed upływem terminu do składania ofert. Aby kierownik mógł być kierownikiem robót przy remoncie lub przebudowie zabytku, obligatoryjnie musi wcześniej nabyć uprawnienia określone w art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Odmienna wykładnia pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż skutkowałaby de facto tym, że każdy kierownik budowy, który zrealizowałby wymóg ad. 3, spełniałby jednocześnie warunek ad. 2. Przy takim rozumieniu SWZ warunek ad. 2 traciłby całkowicie na znaczeniu. W świetle powyższego sformułowanie warunku, którego treść pokrywałaby się z treścią art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami byłoby zbędne i iluzoryczne – warunek ten każdorazowo byłby spełniony wraz z wykazaniem pełnienia funkcji kierownika budowy przy zabytkach, co przeczy założeniu o racjonalnym formułowaniu SWZ (warunek ad. 3 może spełnić tylko osoba, która uprzednio nabyła uprawnienia z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami).

Tymczasem na podstawie referencji z dnia 5 lutego 2016 r. J. S. nie legitymuje się doświadczeniem w kierowaniu robotami przy zabytkach przez 18 miesięcy. J. S. w okresie, który obejmują wskazane referencje, nie miał z pewnością uprawnień do kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach, bowiem uprawnienia budowlane uzyskał w _____ dniu 15 grudnia 2014 r. (w dniu wydania referencji posiadał uprawnienia budowlane od ok. 13 miesięcy, nie spełniał więc warunku kierowania robotami przy zabytkach z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami). W konsekwencji doświadczenie wynikające

z referencji z dnia 5 lutego 2016 r. nie ma żadnego znaczenia dla postępowania jako nieprzydatne do wykazania spełnienia któregoś z warunków.

Natomiast zgodnie z referencjami z dnia 8 sierpnia 2019 r. suma okresów realizacji zadań przy zabytkach w roli kierownika budowy wynosi nie więcej niż 16 miesięcy, tj. mniej niż wymagane

18 miesięcy. Okresy, które się na siebie nakładają nie podlegają oczywiście sumowaniu.

Wykonawca nie wykazał więc spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ.

Należy mieć na względzie, że Zamawiający pismem z dnia 14 kwietnia 2023 r. w trybie art. 128 ust. 1 Pzp ponownie wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w terminie do 20 kwietnia 2023 r. Ponownego wezwania Zamawiający dokonał z uwagi na fakt, że podmiotowe środki dowodowe złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie z dnia 20 marca 2023 r. nie dowodziły spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu – zarówno w zakresie pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a, jak i pkt 9.1.4. ppkt 2 SWZ.

Wobec powyższego, skoro wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomimo uprzedniego wezwania go w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, jego oferta podlega odrzuceniu.

Zamawiający, w trybie art. 521 ustawy Pzp, w odpowiedzi na odwołanie, wnosił o odrzucenie odwołania z powodu braku interesu Odwołującego do wniesienia odwołania i wskazał, że gdyby Izba uznała jednak, że Odwołujący ma interes do wniesienia odwołania z ostrożności procesowej, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz orzeczenie kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Środki ochrony prawnej przysługują, zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp, wykonawcy, jeżeli 1) ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz 2) poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Interes w uzyskaniu zamówienia to nic innego jak możliwość jego uzyskania, możliwość wygrania postępowania.

1) KIO w wyroku z dnia 30 stycznia 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 66/18 orzekła, iż prawo do wniesienia odwołania posiada ten, kto dysponuje obiektywną, tj. wynikającą

z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebą uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Ponadto, jak zauważyła Izba, norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zatem interes ten musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej znalazł zastosowanie. Wnoszący środek odwoławczy jest zobligowany, aby wykazać, iż obiektywnie w konkretnym postępowaniu ma potrzebę uzyskania danego zamówienia.

2) W wyroku z dnia 18 stycznia 2011 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 10/11, Izba wskazała, iż na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych, interes rozumiany jest jako możliwość uzyskania zamówienia. Wnosząc środek ochrony prawnej należy wykazać, że taka szkoda powstała lub może powstać. Szkoda musi pozostawać w związku przyczynowo skutkowym ze skarżoną czynnością lub zaniechaniem zamawiającego, które stanowi naruszenie przepisów Pzp. Podmiot, który chce wnieść odwołanie, musi wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę. Przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący w odwołaniu uzasadnił swój interes prawny w następujący sposób: gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert, uznałby, że PRO BUD W. W. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu ofert i zachodzi konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, co w konsekwencji mogłoby prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy LK Inwest sp. z o.o. W związku z odwołaniem LK INWEST Sp. z o.o. w dniu 13.03.2023 r. działając w oparciu o przepis art. 252 ust. 2 Pzp, Zamawiający zwrócił się do firmy PRO BUD W. W. o wyrażenie zgody na wybór jego oferty po terminie związania ofertą. Wykonawca w dniu 17.03.2023 r. złożył oświadczenie, iż wyraża zgodę na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą. W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie ma interesu do wniesienia odwołania, ponieważ nie jest już związany ofertą. W przedmiotowym postępowaniu niewątpliwym było, że termin związania ofertą Odwołującego minął. Tym samym w sytuacji uwzględnienia odwołania i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu to możliwość zawarcia umowy pozostawiona byłaby woli Odwołującego. Dlatego też w takiej sytuacji zasadnym jest przyjęcie, że po pierwsze wykonawca, któremu termin związania ofertą minął nie może skutecznie domagać się od Zamawiającego zawarcia z nim umowy, a po drugie brak jest podstaw prawnych do zobowiązania Zamawiającego do oceny i wyboru takiej oferty. Skoro Odwołujący nie pozostaje w związaniu ofertą i nie może skutecznie domagać się zawarcia umowy to odpadła możliwość poniesienia przez niego szkody (brak możliwości wykazania nawet potencjalnej szkody na skutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego). W takim wypadku odwołanie, wobec którego nie zostały spełnione materialno-prawne przesłanki warunkujące jego wniesienie - podlega oddaleniu bez konieczności jego merytorycznego rozpoznania. Takie stanowisko zaprezentowała Izba w wyroku z dnia 24 lipca 2017 r., KIO 1395/17. Takie samo stanowisko zaprezentowała Izba w wyroku o sygn. 255/14: „Kierując się tak dokonanyymi ustaleniami, Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego. Zgodnie z powołanym przepisem odwołanie przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego

zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. O ile w rozpoznawanym przypadku, uznać należało, iż Odwołujący miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, złożył bowiem ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia, to brak już było podstaw do przesądzenia, iż na dzień wniesienia odwołania mógłby on ponieść szkodę w wyniku potwierdzenia się podnoszonych przez niego zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Ewentualne uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania, doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

a w konsekwencji czynności badania i oceny ofert, w wyniku której oferta złożona przez Odwołującego nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, z uwagi na fakt, iż przerwany został stan związania nią Odwołującego. Stąd też, wobec braku możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody, niemożliwym było uznanie, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wykonawca - nie będąc związany ofertą w dacie złożenia środka ochrony prawnej - nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazywanych w odwołaniu,

bowiem w następstwie uwzględnienia odwołania i dokonania - zgodnie z jego żądaniami - powtórnej oceny ofert Zamawiający nie będzie miał możliwości wyboru oferty Odwołującego i zawarcia z nim niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba wskazuje w tym miejscu na konieczność rozróżnienia dwóch kwestii - możliwości zawarcia umowy z wykonawcą, który złożoną ofertą związany już nie jest (pod tym wszakże warunkiem, że jej wybór nastąpił przed upływem omawianego terminu) oraz możliwości wyboru, jako oferty najkorzystniejszej takiej, dla której termin związania ofertą już upłynął. O pierwszym zagadnieniu pozytywnie wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny w postanowieniu z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08 i w odniesieniu do niego orzecznictwo Izby zgodnie opowiada się za jego dopuszczalnością. Zamawiający zauważył, że z taką sytuacją nie będziemy mieli ad casum do czynienia. Konstrukcja wniosków odwołania wskazuje, że w wyniku jego uwzględnienia Postępowanie wróciłoby do etapu sprzed wyboru oferty najkorzystniejszej, którego to Odwołujący domagał się unieważnienia, a zatem - zgodnie z oczekiwaniem Odwołującego - do fazy powtórnej oceny ofert. To zaś de facto postawiłoby Zamawiającego przed ewentualnością wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co byłoby niedopuszczalne z poniższych względów. Po pierwsze - poza wskazaną wcześniej odrębnością czynności zawarcia umowy i wyboru oferty najkorzystniejszej - należy powiedzieć, że skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą trzeba rozpatrywać nie tylko przez

pryzmat przepisów Pzp, które de iure nie wprowadzają wymogu ciągłego utrzymywania przez wykonawcę stanu związania ofertą (patrz przepis art. 85 Pzp), ale sięgnąć również - poprzez odesłanie zawarte w art. 14 Pzp - do przepisów k. c. Istotne znaczenie w tym zakresie ma przepis art. 66 k.c., w świetle którego stan związania ofertą jest konstruktywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łączna interpretacja ww. przepisów prowadzi w konsekwencji do logicznego wniosku, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą." Wyrok sygn. KIO 883/14, 900/14, 904/14, 905/14. Gdyby jednak Izba podjęła decyzję o rozpatrzeniu odwołania, z ostrożności procesowej Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości w zakresie wszystkich zarzutów. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu:

a) wykonawca nie wykazał spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tomu I SWZ warunku wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³;

b) wykonawca nie wykazał spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a Tomu I SWZ warunku dysponowania kierownikiem budowy, który:

i. przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach, zgodnie z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z dnia 23 lipca 2003 r. i ii. w okresie ostatnich 5 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego (1) zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków.

W odniesieniu do zarzutu 1a, w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2022 r. poz. 1710). Wbrew opinii Odwołującego Zamawiający formułując warunek oczekiwał wykazania przez Wykonawcę doświadczenia w prowadzeniu remontu lub przebudowy obiektu/ budynku o wskazanej kubaturze. Warunek udziału w postępowaniu nie brzmiał remont pomieszczeń o określonej kubaturze lub powierzchni, jaka miała zostać wyremontowana tylko: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno (1) zamówienie polegające lub mające

w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³.” Wykonawca miał się wykazać, iż wykonał remont w budynku o kubaturze minimum 5 000 m³. W tym miejscu należy wyjaśnić, jak należy rozumieć pojęcie

„remont”. Remont został zdefiniowany w art. 3 pkt 8 prawa budowlanego jako wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego,

a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. W doktrynie wskazuje się, że roboty (czynności) remontowe muszą być wykonywane w istniejącym obiekcie budowlanym i powinny polegać na odtworzeniu (także z użyciem innych niż pierwotnie wyrobów) stanu pierwotnego (nie stanowiąc bieżącej konserwacji), bez zmiany parametrów użytkowych lub technicznych obiektu (co stanowiłoby przebudowę w rozumieniu art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego), w tym bez zmiany charakterystycznych parametrów, jak np. powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość (gdyż zmiana w tym zakresie prowadzi do rozbudowy lub nadbudowy w rozumieniu art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego). Pierwszą ważną kwestią, na którą należy zwrócić uwagę jest to, że remont dotyczy istniejącego obiektu budowlanego. A zatem, remontem mogą być wyłącznie prace dokonywane w obiekcie już postawionym. Kolejną ważną kwestią, jest cel prac remontowych, tj. „odtworzenie stanu pierwotnego”. Oznacza to, że remont nie może spowodować zmiany parametrów budynku (tak Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 stycznia 2018 r., II OSK 753/16). Jeśli więc skutek wykonywanych prac zmieniają się parametry budynku (kubatura, wysokość, długość, szerokość, itd.) to należy je uznać za budowę w rozumieniu art. 3 pkt 6 Pr. bud. W konsekwencji zaś konieczne będzie uzyskanie pozwolenia na budowę (Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 lipca 2011 r., II OSK 1234/10). Referencje dotyczące zadania „Remont Kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim” kubatura 36.400 m³, z dnia 14 kwietnia 2023 r., potwierdzają w ocenie Zamawiającego postawiony w SWZ warunek dotyczący doświadczenia. Odwołujący cytuje poprzedni wyrok w tej sprawie o sygn. akt KIO 873/23, w którym KIO orzekło: „W ramach warunku niezbędne było wykazanie się doświadczeniem remontu obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³, a nie remont pomieszczeń w obiekcie o takiej kubaturze.” Nie ulega wątpliwości, że Kościół w Lwówku Śląskim to:

- a) obiekt użyteczności publicznej,
- b) kubatura obiektu to 36.400 m³, a więc większa niż wymagał Zamawiający,
- c) kościół nie ma odrębnych pomieszczeń jak inne obiekty użyteczności publicznej, a więc jakiegokolwiek prace prowadzone w obiekcie dotyczą jednej kubatury,
- d) zakres prac wskazany w referencjach jest szeroki i nie ulega wątpliwości, że jest to remont zgodnie z przytoczoną wyżej definicją remontu z prawa budowlanego.

Dowody w postaci dotacji, jakie otrzymała parafia są chybione. Faktem jest, że parafia uzyskała z budżetu województwa dolnośląskiego dotacje na prace konserwatorskie w tym na remont części elewacji. Należy pamiętać, że parafia utrzymuje się głównie z datków

wiernych, czasem sponsorów. Dlatego też pozostałe prace wskazane w referencjach nie musiały być finansowe ze środków z dotacji a były finansowane ze środków własnych parafii. To, że parafia nie otrzymała dofinansowania w formie dotacji na prace wskazane w referencjach nie jest dowodem, że prace wskazane w referencjach nie były wykonywane. W treści odwołania pada stwierdzenie, że „od 16 kwietnia 2018 r. do 8 sierpnia 2018 r. w kościele nieprzerwanie odbywały się Msze Święte i nabożeństwa”. Kościół jest obiektem specyficznym, w którym wierni spotykają się na nabożeństwa w określonych godzinach. Dlatego firma musi tak prowadzić prace budowlane, żeby nie zakłócać nabożeństw religijnych. Odwołujący nie wskazał żadnych zdjęć na poparcie tezy, że w kościele w tym czasie, który obejmuje okres wskazany w referencjach, nie były prowadzone prace budowlane. Odwołujący stawia zarzut: „treść referencji w zestawieniu m.in. z publicznymi informacjami dotyczącymi inwestycji poddaje w wątpliwość czy roboty objęte referencjami wynikały z jednego zamówienia.” Jeżeli Odwołujący stawia zarzut to niech pokaże dowody na jego poparcie. Remont kościoła nie wyklucza prowadzenia remontu na innych obiektach należących do parafii. Nie ma to żadnego związku. Wykonawca miał się wykazać remontem obiektu

o kubaturze min 5 000m³. Kościół ma znacznie większą kubaturę. Poza tym chyba inwestor jakim jest proboszcz wie jaki zakres prac wykonywała firma PRO BUD. Z jednej strony mamy referencje wydane przez proboszcza inwestora z drugiej strony domysły i niejasne zarzuty ze strony odwołującego, który próbuje wmówić wszystkim, że wie lepiej od inwestora, jaki był zakres prac. Przywołana przez Odwołującego elewacja stanowi element obiektu. Trudno uznać, że prace związane z czyszczeniem elewacji nie wchodzą w zakres pojęcia remont.

W odwołaniu pada zarzut „do kościoła należy również plebania oraz dom parafialny, zakres remontu opisany w referencji przynajmniej w części dotyczy niewątpliwie tych właśnie budynków”. Czy to oznacza, że wykonawca nie mógł wykonywać prac także na innych obiektach należących do parafii nawet jeżeli te prace były podobne do tych wykonywanych w kościele? Przecież wykonawca celem wykazania doświadczenia nie sumował kubatury kościoła i plebanii? Są to odrębne obiekty i ewentualny remont plebanii nie ma związku z doświadczeniem jakie wykazał wykonawca PRO BUD.

Odnosnie innej wskazanej w referencjach robocie w ocenie Zmawiającego potwierdza ona także spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. „Termomodernizacja budynków nr 1 i 2 Domu Pomocy Społecznej w Mirsku przy ul. Zielonej 12”. Z treści referencji z dnia 21 czerwca 2019 r., dotyczących inwestycji „Termomodernizacja budynków nr 1 i 2 Domu Pomocy Społecznej w Mirsku przy ul. Zielonej 12” wynika, że wykonawca zrealizował zakres prac na budynku nr 1, którego kubatura wynosi 5.495 m³. Wykonywane prace dotyczyły m.in.:

- wymiany stolarki okiennej,
- wykonanie tynków zewnętrznych i wewnętrznych przyziemia,

- skucie i uzupełnienie uszkodzonych tynków,
- wykonanie obróbek blacharskich i rynien,
- naprawa izolacji pionowej ścian oraz wykonanie opaski,
- ocieplenie murów styropianem.

Zakres robót obejmuje zarówno prace zewnętrzne przy budynku jak i prace wewnątrz budynku. Zgodnie z ustawą Prawo budowlane wykonanie prac wewnątrz budynku jest remontem. Należy również zauważyć, że w zakresie przedmiotowego zadania mieści się również docieplenie budynku co wg przepisów prawa budowlanego stanowi przebudowę budynku. Zatem przedmiotowe referencje potwierdzają wykonanie remontu oraz przebudowy obiektu o kubaturze przekraczającej 5 tys. m³.

W odniesieniu do zarzutu 1 b, Zamawiający wskazał, iż w ocenie Zamawiającego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2022 r. poz. 1710).

Zgodnie z pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a Tomu I SWZ oraz zgodnie z wyjaśnieniami i zmianą treści SWZ z dnia 11.01.2023 r. (odpowiedź na pytanie nr 36) wykonawca musi dysponować kierownikiem budowy, który:

1. jest uprawniony do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
2. przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach, zgodnie z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami,
3. w okresie ostatnich 5 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego -budynek wpisanego do rejestru zabytków.

Organizatorem postępowania jest Zamawiający i to on formułuje warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, aby firma, która te warunki spełnia dawała gwarancję należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący nie wie jaka była intencja Zamawiającego, o czym świadczy zapis: „Zapewne intencją zamawiającego – zgodnie z zasadą proporcjonalności – było pozyskanie wykonawcy, który dysponuje kierownikiem budowy posiadającym doświadczenie w realizacji inwestycji,

o takim samym charakterze, jak przedmiotowe zamówienie publiczne”.

Warunek względem kierownika robót składał się niejako z 3 „elementów”:

- 1) ma mieć stosowne uprawnienia – z tym faktem nie dyskutuje nawet Odwołujący, bo podaje nawet datę uprawnień pana J. S.,
- 2) przez co najmniej 18 miesięcy osoba ta musiała brać udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach. Zapis ten wynika z art. 37 c o ochronie zabytków (Dz.U.2022.840). Wymogi wobec osoby kierującej lub wykonującej nadzór inwestorski przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru: „Robotami budowlanymi kieruje albo nadzór

inwestorski wykonuje, przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.”

Zapis ten wskazuje jasno, żeby osoba mogła w przyszłości pełnić funkcję kierownika robót albo inspektora nadzoru przy zabytkach musi mieć uprawnienia oraz odbyć niejako praktykę, to znaczy brać udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach. Dopiero po tym czasie osoba może pełnić funkcje kierownika robót lub inspektora nadzoru. Warunek brzmiał „brał udział” a nie „kierował robotami”!

Pan J. S. brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach od lutego 2014 do lutego 2016 r., co wynika z referencji wydanych przez Start Management, a więc miał niejako 24 miesiące prac przy zabytkach. Pełnił funkcję inżyniera budowy a nie kierownika robót, bo wówczas nie mógł tego robić, zdobywał niezbędną praktykę wynikającą z art. 37 c. Odwołujący przekreślił ten warunek twierdząc, że „Od kierownika budowy Zamawiający wymaga, by przez odpowiedni okres legitymował się udziałem w robotach budowlanych przy zabytkach po nabyciu uprawnień z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, w związku z czym okres 18 miesięcy wynikający z treści warunku należy liczyć najwcześniej od uzyskania przedmiotowych uprawnień”.

Tymczasem na podstawie referencji z dnia 5 lutego 2016 r. J. S. nie legitymuje się doświadczeniem w kierowaniu robotami przy zabytkach przez 18 miesięcy. J. S. w okresie, który obejmują wskazane referencje, nie miał z pewnością uprawnień do kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach, bowiem uprawnienia budowlane uzyskał w dniu 15 grudnia 2014 r. (w dniu wydania referencji posiadał uprawnienia budowlane od ok. 13 miesięcy, nie spełniał więc warunku kierowania robotami przy zabytkach z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami).”

Zamawiający nie wymagał doświadczenia w kierowaniu robotami przy zabytkach przez 18 miesięcy, tylko zgodnie z art. 37 ustawy o ochronie zabytków osoba ta musiała brać udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach. Brać udział nie znaczy kierować!

3) w okresie ostatnich 5 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków.

Z referencji wystawionych przez firmę SAWREM jasno wynika, że Pan J. S. spełnia także ten warunek, czyli w okresie ostatnich 5 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowanego - budynku wpisanego do rejestru zabytków czego nawet nie kwestionuje

Odwołujący stwierdzając „zgodnie referencjami z dnia 8 sierpnia 2019 r. suma okresów realizacji zadań przy zabytkach w roli kierownika budowy...”. Tyle tylko, że Zamawiający nie wymagał doświadczenia przez 18 miesięcy jak to próbuje „wmówić” Odwołujący a jedynie jednego zamówienia polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowanego - budynku wpisanego do rejestru zabytków. Okres 18 miesięcy dotyczył brania udziału w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach, a nie kierowania robotami.

Roboty wykazane w referencjach są wpisane do rejestru zabytków:

1. „Termomodernizacja budynków oświatowych Miasta Jelenia Góra - Etap I” - część I - Miejskie Przedszkole nr 4 przy ul. Krasickiego
2. „Termomodernizacja budynków oświatowych Miasta Jelenia Góra - Etap I” w zakresie części III Zespół Szkół Rzemiosł Artystycznych - budynek B przy ul. Cieplickiej 34 polegały na:

Ad 1.

- dociepleniu elewacji i dachu,
- dociepleniu stropów pod dachem,
- wymianie stolarki okiennej,
- wymianie i renowacji stolarki drzwiowej,
- renowacji zabytkowych elementów drewnianych oraz metalowych,
- wymianie instalacji C.O. wraz z grzejnikami i kotłem na nową,
- wymienia (demontaż i montaż) instalacji oświetleniowej,
- malowaniu pomieszczeń,
- wykonaniu drenażu oraz opaski żwirowej wokół budynku.

Ad 2.

Zakres robót budowlanych:

- wykonanie tynku termoizolacyjnego na ścianach budynku. Grubość tynku 3 cm,
- wymiana starych okien zewnętrznych w budynku szkoły na nowe drewniane o charakterze zabytkowym z nawiewnikami powietrza,
- wykonanie renowacji drzwi zewnętrznych, zabytkowych w budynku szkoły,
- wymiana starej wewnętrznej instalacji centralnego ogrzewania wraz z grzejnikami na nową o znikomej bezwładności cieplnej z zastosowaniem przygrzejnikowych zaworów termostatycznych, odcinających i równoważących oraz automatycznych odpowietrzników na pionach,
- wymiana oświetlenia wewnętrznego w budynku na nowoczesny energooszczędny system oświetleniowy,
- wykonanie daszku nad wejściem do budynku i remont balustrad,
- czyszczenie konserwatorskie elewacji z cegły i piaskowca,
- wykonanie drenażu i przyłącza pod nawierzchnią asfaltową oraz odtworzenie nawierzchni po

położeniu przyłącza,

- malowanie pomieszczeń,

- wymiana instalacji elektrycznej przy okazji wymiany opraw.

Wykonanie powyżej wymienionych prac wiązało się, obok prowadzenia robót bezpośrednio związanych z wymienionymi czynnościami, z wykonaniem szeregu prac towarzyszących umożliwiających wykonanie wymienionego zakresu. W szczególności wymianą okien wymaga przeprowadzenia prac rozbiórkowych części tynków oraz ich późniejszej naprawy. Prace związane z wymianą instalacji grzewczej wymagają również wykonania przejść przez przegrody budowlane zarówno pionowe (ściany) jak i poziome (stropy), co z kolei wiąże się z koniecznością prowadzenia prac naprawczych (remontowych) w zakresie ścian, sufitów i posadzek w niemalże każdym pomieszczeniu. Dodatkowo w zakresie zadania jest malowanie pomieszczeń po wykonaniu prac, co samo w sobie jest remontem tych pomieszczeń. Zakres prac obejmował zatem remont ścian wewnętrznych, stropów, posadzek, elewacji zewnętrznej, wymianę instalacji C.O, wymianę instalacji oświetleniowej, wymianę stolarki okiennej, wymianę i renowację stolarki drzwiowej, renowację zabytkowych elementów drewnianych i metalowych. Remontem objęte były zatem pomieszczenia, elewacja, instalacje oraz teren bezpośrednio przy obiekcie. Zakres wykonanych robót nie budzi wątpliwości Zamawiającego i jednoznacznie wskazuje na to, że dotyczy remontu budynku. Zakres prac wymagał bowiem przeprowadzenia prac w całym obiekcie (np. wymiana C.O. wymaga/wymusza wykonanie prac na każdej kondygnacji i na każdej ścianie, przez którą przechodzi, dodatkowo wymaga naprawy elementów, przez które przechodzi oraz malowania całości pomieszczenia). Aby zrealizować te zadania należało przeprowadzić remont niemal każdego wewnętrznego elementu budynku. Ponadto roboty obejmowały również termomodernizację tj. docieplenie, która w przepisach prawa budowlanego rozumiana jest jako przebudowa. Były to prace wykonywane dla Zamawiającego, a więc zna on dokładnie ich zakres. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego wskazał, że podjęte przez niego działania były prawidłowe. W związku z tym, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu braku interesu nie jest uzasadniony, ponieważ w ramach art. 528 ustawy Pzp nie została wskazana przesłanka braku interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż na skutek upływu terminu związania ofertą Odwołujący utracił interes we wniesieniu odwołania oraz że nie może ponieść szkody na skutek działań Zamawiającego, które kwestionuje w odwołaniu. Upływ terminu związania ofertą nie stoi na przeszkodzie ewentualnemu dokonaniu wyboru oferty i zawarciu umowy z wykonawcą. To oznacza, że Odwołujący może nadal ponieść szkodę, która wynika z braku możliwości uzyskania tego zamówienia. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w orzecznictwie sądów powszechnych, np. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14, w którym Sąd podkreślił, że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów Pzp, należy uznać, że upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty, a jedynie o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. Podobne stanowisko wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi, sygn. akt XIII Ga 379/12: celem związania ofertą jest umożliwienie dochodzenia przez zamawiającego spełnienia zobowiązania zawartego w ofercie wykonawcy, co służy głównie zabezpieczeniu interesów zamawiającego, a nie wykonawcy. Po upływie terminu związania ofertą jest ona nadal ważna, z tą różnicą, że działania zgodne z jej treścią (zawarcie umowy na warunkach oznaczonych w ofercie) jest zależne wyłącznie od suwerennej decyzji wykonawcy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 listopada 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2049/18, przywołując wskazane powyżej wyroki wskazała, że interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 (dawnej ustawy Pzp) należy rozumieć szeroko, również jako dążenie wykonawcy do przeprowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego w zgodzie z przepisami prawa.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca PRO BUD W. W..

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2,

a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez Strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy następujące dowody:

1. uchwałę Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XXII/1032/17,
2. uchwałę Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XLV/1522/18,
3. uchwałę Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr VI/127/19
4. uchwałę Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XXII/530/20,
5. uchwałę Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XXXVI/729/21,
6. uchwałę Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XLIII/955/22,
7. projekt uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego w sprawie udzielenia z budżetu Województwa Dolnośląskiego w roku 2023 dotacji na prace konserwatorskie, restauratorskie lub roboty budowlane przy zabytkach,
8. wydruk informacji opublikowanej na stronie internetowej powiatu lwóweckiego – <https://powiatlwówecki.pl/termomodernizacja-budynkow-uzytecznosci-publicznejpowiatu-lwóweckiego>,
9. ogłoszenie o wyniku postępowania nr 2022/BZP 00164911/01,
10. zdjęcie południowej ściany kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim z rusztowaniem ze strony lwowekslaski.zgoory.pl wraz z kodem źródłowym,
11. wydruk ze strony internetowej Parafii pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim,
12. opis przedmiotu zamówienia, IZP–Z.271.3.2018,
13. opis przedmiotu zamówienia, IZP–Z.271.16.2018,
14. zdjęcia z okresu od 31.03.2018 r. do 15.08.2018 r. umieszczone na stronie internetowej parafii pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim (<http://parafia.lwówek.pl>), zapisane na załączonej do pisma Odwołującego z dnia 8 maja 2023 r. płycie CD,
15. wykaz robót budowlanych wraz z protokołem odbioru końcowego dla zadania „Modernizacja pracowni szkolnych i sal dydaktycznych w zespole szkół ogólnokształcących i zawodowych, ul. Henryka Brodatego w Lwówku Śląskim, złożonych przez PRO BUD W. W. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego „Modernizacja energetycznego budynku Lubomirskiego Centrum Kultury w Lubomierzu”.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą do Parafii Rzymsko-Katolickiej pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim o udzielenie informacji jakie obiekty oraz w jakiej części (w tym kubatura) obejmowały roboty wykonane przez PRO BUD W. W. w okresie od 16 kwietnia 2018 r. do 22 sierpnia 2018 r. oraz jaka była ich wartość – fakt podlegający stwierdzeniu: niespełnienie przez wykonawcę warunku zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co

najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 500m³. Krajowa Izba Odwoławcza nie posiada uprawnień do wezwania do przedstawienia informacji mających znaczenie dla sprawy, które odpowiadałyby uprawnieniom posiadanym dla przykładu przez organ prowadzący postępowanie na podstawie ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych. Art. 91 c ww. ustawy brzmi, każdy może być wezwany przez organ prowadzący postępowanie do przedstawienia na piśmie, w wyznaczonym terminie, informacji mających znaczenie dla sprawy, w ramach posiadanej wiedzy. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z art. 536 ustawy Pzp, może zobowiązać strony i uczestników postępowania odwoławczego do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania. Zobowiązanie dotyczy jedynie stron i uczestników postępowania, nie dotyczy innych podmiotów. Ponadto Izba wskazuje, że nie może zastępować strony w dowodzeniu jej twierdzeń.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że odwołanie w powyższym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu: wykonawca nie wykazał spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tomu I SWZ warunku wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³, za niezasadny.

Izba ustaliła, że w punkcie 9.1.4 ppkt 2 Tom I Instrukcja dla wykonawców Specyfikacji Warunków Zamówienia, po uwzględnieniu zmian w SWZ, Zamawiający wskazał w odniesieniu do Warunków udziału w postępowaniu – Zdolności technicznej lub zawodowej: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy, to w tym okresie) wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno (1) zamówienie polegające lub mające w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5000 m³.

Wykonawca w celu wykazania spełnienia powyższego warunku przedstawił referencje dotyczące wykonania przez niego remontów następujących obiektów użyteczności publicznej:

1. termoizolacja budynku 1 i 2 Domu Pomocy Społecznej w Mirsku przy ul. Zielonej 12;
2. remont Kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim oraz
3. prace remontowe dla Zespołu Szkół Ogólnokształcących i Zawodowych w Lwówku Śląskim, ul. Henryka Brodatego 1 – remont klas.

W ocenie Izby, wykonawca wykazał, że wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej dwa zamówienia polegające na remoncie dwóch obiektów użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5000 m³: budynku nr 1 Domu Pomocy Społecznej w Mirsku przy ul. Zielonej 12 oraz Kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim.

W przypadku budynku nr 1 Domu Pomocy Społecznej w Mirsku przy ul. Zielonej 12, jak wynika z referencji z 21 czerwca 2019 r., znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prace remontowo-budowlane polegały na: demontażu i montażu nowej stolarki okiennej PCV, wykonaniu tynków zewnętrznych i wewnętrznych przyziemia, skuciu zawilgoconych, spękanych, głuchych tynków, dezynfekcji miejsc zaatakowanych przez mikroorganizmy preparatem grzybobójczym, wykonaniu pionowej izolacji przeciwwilgociowej murów ścian zagłębionych poniżej poziomu terenu, uzupełnieniu ubytków tynku w wyniku skucia oraz spękań, termorenowacji murów i docieplanie styropianem EPS 70 lub 80 gr. 12,0 cm, wykonaniu obróbek blacharskich, wykonaniu rynien z blachy cynkowo-tytanowej, wykonaniu opaski wokół budynku – naprawie izolacji pionowej oraz osuszeniu ścian budynku, montażu kompletnej instalacji solarnej, uzupełnieniu zaworów termostatycznych na instalacji CO. Budynek nr 1 miał kubaturę 5495 m³.

Natomiast remont Kościoła pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim obejmował: wymianę okładzin tynkarskich i wykonanie powłok malarskich, wymianę wykładzin podłogowych

i okładzin ściennych, czyszczenie ścian elewacji budynków i hydrofobizacja, wymianę instalacji odwadniających połąć dachową, uzupełnienie pokrycia dachowego, wymianę instalacji wodociągowo-kanalizacyjnej, wymianę urządzeń sanitarnych, wymianę instalacji elektrycznej. Kubatura Kościoła wynosiła: 36.400 m³, a zadanie było realizowane w terminie: 16.04.2018-22.08.2018 r. Biorąc pod uwagę charakter prac wskazanych w referencjach dotyczących budynku nr 1 DPS w Mirsku, takich jak termorenowacja murów i docieplenie styropianem czy wykonanie opaski wokół budynku w przypadku prac, czy w przypadku

remontu

Kościola

w Lwówku, wymiana instalacji odwadniającej połącz dachową, należy przyjąć, że dotyczyły one całego budynku. Gdyby prace te obejmowały część budynku, to zostałyby to w referencjach wskazane, tak jak w przypadku robót, które polegały na uzupełnieniu pokrycia dachowego Kościoła. Wskazując na powyższe okoliczności Izba przyjęła, że w obu przypadkach przebudowa oraz prace remontowe objęły cały obiekt, a nie poszczególne pomieszczenia

w tych obiektach, co pozostaje w zgodzie z interpretacją warunku udziału w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego prezentowanym w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 873/23: „warunek odnosi się do przebudowy lub remontu obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³, a nie przebudowy lub remontu „w obiekcie o kubaturze min. 5 000 m³”. Przy czym należy podkreślić, że Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu nie przewidywał, aby wykonawca zobowiązany był wykazać wykonanie zamówienia polegającego na kompleksowym remoncie obiektu (obejmującym cały obiekt wewnątrz i na zewnątrz), ani też remontu o określonej wartości.

W ocenie Izby, wskazane przez Odwołującego dowody w postaci zdjęć Kościoła, w tym zdjęć z płyty CD, wydruku ze strony internetowej Parafii pw. Wniebowzięcia NMP w Lwówku Śląskim oraz uchwał Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nr XX/546/16, nr XXII/1032/17, nr XLV/1522/18, nr VI/127/19, nr XXII/530/20, nr XXXVI/729/21, nr XLIII/955/22, projektu uchwały Sejmiku Województwa Dolnośląskiego w sprawie udzielenia z budżetu Województwa Dolnośląskiego w roku 2023 dotacji na prace konserwatorskie, restauratorskie lub roboty budowlane przy zabytkach nie okazały się wiarygodne dla stwierdzenia, że prace remontowe w Kościele dotyczyły tylko części obiektu, a nie całości obiektu. Autor zdjęć mógł zarówno nie ująć na zdjęciach prowadzonych prac lub ująć wewnątrz Kościoła w taki sposób, aby prac nie prezentować na zdjęciach udostępnianych szerszej publiczności. Wskazać należy,

że

na zdjęciach zamieszczonych na płycie CD ujęto przede wszystkim postacie uczestniczące w uroczystościach religijnych, a nie na wewnątrz Kościoła. Również z treści uchwał Sejmiku Województwa Dolnośląskiego nie można wywieść wniosku, iż prace w Kościele dotyczyły tylko części budynku, ponieważ dotacje przeznaczane corocznie na remont Kościoła nie przekraczały kwoty 30-40 tysięcy złotych. Remont Kościoła mógł być finansowany również z innych, poza dotacjami źródła, np. z darowizn parafian.

W odniesieniu do prac remontowych w budynku nr 1 DPS w Mirsku, Odwołujący podniósł, iż wątpliwe jest, czy remont dotyczył całości budynku oraz w jakim okresie wykonawca przeprowadził roboty. Jednak nie zaprzeczył, że takie prace były prowadzone. Natomiast sam wskazał jedynie, że z informacji opublikowanych przez powiat lwówecki wynika, że termomodernizacja dotyczyła trzech obiektów, odbywała się w okresie od 1 października

2016 r. do 30 listopada 2018 r., a ich łączna wartość wyniosła 1.977.371,54 zł. Jednakże nie przedstawił wiarygodnych dowodów dla stwierdzenia faktów przeciwnych niż te, które wynikają z referencji z 21 czerwca 2019 r.

Izba podkreśla znaczenie, określonego w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp obowiązku wskazywania przez strony i uczestników postępowania odwoławczego dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To na stronach i uczestnikach postępowania odwoławczego ciąży obowiązek podjęcia aktywności procesowej i przedstawienia dowodów na poparcie przytoczonych w odwołaniu okoliczności. Należy stwierdzić, że Odwołujący temu obowiązkowi nie sprostął. Z treści odwołania wynikają ogólne twierdzenia niepoparte wiarygodnymi dowodami. Odwołujący podkreślił jedynie brak prawdopodobieństwa, aby przy łącznej kubaturze budynku odpowiadającej 5495 m³, rozmiar robót wykonanych przez wykonawcę odpowiadał kubaturze min. 5000 m³. W natomiast w odniesieniu do zdjęć Kościoła, które miały ukazać faktyczny rozmiar robót prowadzonych w 2018 r. Odwołujący wskazał, że zostały one wykonane najprawdopodobniej latem 2018 r. Nie przedstawił jednak innych przekonujących dowodów.

Izba uznała, że również za niezasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu: b) wykonawca nie wykazał spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a Tomu I SWZ warunku dysponowania kierownikiem budowy, który:

- i. przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach, zgodnie z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami z dnia 23 lipca 2003 r. i
- ii. w okresie ostatnich 5 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego (1) zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków.

Izba ustaliła, iż w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a Tomu I SWZ, zgodnie z wyjaśnieniami i zmianą treści SWZ z dnia 11 stycznia 2023 r. Zamawiający sformułował następujący warunek: wykonawca musi dysponować kierownikiem budowy, który:

1. jest uprawniony do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń,
2. przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach, zgodnie z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami,
3. w okresie ostatnich 5 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego - budynku wpisanego do rejestru zabytków.

Potwierdzenie spełnienia warunku wskazanego w pkt 1, wynikało z faktu posiadania przez pana J. S. uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, które uzyskał w dniu 15 grudnia 2014 r. Na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt 2, wykonawca przedstawił referencje Start Management, z których wynikało, iż pan J. S. brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach. Pełnił wówczas funkcję inżyniera budowy.

Interpretacja powyższego warunku przedstawiona przez Odwołującego w odpowiedzi na odwołanie: *„od kierownika budowy zamawiający wymaga, aby przez odpowiedni czas legitymował się udziałem w robotach budowlanych przy zabytkach po nabyciu uprawnień z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, w związku z czym okres 18 miesięcy wynikający z treści warunku należy liczyć najwcześniej od uzyskania przedmiotowych uprawnień”* jest nieprawidłowa. Warunek z pkt 2, przy uwzględnieniu brzmienia art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, do którego warunek odnosił się, spełnia osoba, która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury oraz która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego. Zgodnie z brzmieniem art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, robotami budowlanymi kieruje albo nadzór inwestorski wykonuje, przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury. Warunek dotyczy osoby biorącej udział w robotach budowlanych, a nie osoby kierującej lub nadzorującej takie roboty. Z art. 14 ustawy Prawo budowlane wynika, że warunkiem uzyskania uprawnień budowlanych jest odpowiednio do specjalności m.in. odbycie praktyki, a zgodnie z art. 14 ust. 4 Prawa budowlanego, warunkiem zaliczenia praktyki zawodowej jest praca polegająca na bezpośrednim uczestnictwie w pracach projektowych albo na pełnieniu funkcji technicznej na budowie pod kierownictwem osoby posiadającej odpowiednie uprawnienia budowlane. Stąd należy wywieść, że osoba biorąca udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury, to osoba, która nie posiada jeszcze uprawnień budowlanych.

Z referencji wystawionych przez Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM wynika, że Pan J. S. spełniał również warunek pełnienia w okresie ostatnich 5 lat funkcji kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowanego - budynku wpisanego do rejestru zabytków.

Budynki, w których wykonywano przebudowę lub remont: budynki oświatowe Miasta Jelenia Góra - Etap I” - część I - Miejskie Przedszkole nr 4 przy ul. Krasickiego oraz budynki

oświatowe Miasta Jelenia Góra - Etap I" w zakresie części III Zespól Szkół Rzemiosł Artystycznych - budynek B, przy ul. Cieplickiej 34 to budynki wpisane do rejestru zabytków, a zgodnie

z informacją przedstawioną przez Zamawiającego (który był w odniesieniu do tych prac inwestorem) w odpowiedzi na odwołanie, prace termomodernizacyjne przeprowadzone w powyższych budynkach polegały odpowiednio na: dociepleniu elewacji i dachu, dociepleniu stropów pod dachem, wymianie stolarki okiennej, wymianie i renowacji stolarki drzwiowej, renowacji zabytkowych elementów drewnianych oraz metalowych, wymianie instalacji C.O. wraz z grzejnikami i kotłem na nową, wymienia (demontaż i montaż) instalacji oświetleniowej, malowaniu pomieszczeń, wykonaniu drenażu oraz opaski żwirowej wokół budynku oraz wykonaniu tynku termoizolacyjnego na ścianach budynku (Grubość tynku 3 cm), wymiana starych okien zewnętrznych w budynku szkoły na nowe drewniane o charakterze zabytkowym z nawiewnikami powietrza, wykonanie renowacji drzwi zewnętrznych, zabytkowych w budynku szkoły, wymiana starej wewnętrznej instalacji centralnego ogrzewania wraz z grzejnikami na nową o znikomej bezwładności cieplnej z zastosowaniem przygrzejnikowych zaworów termostatycznych, odcinających i równoważących oraz automatycznych odpowietrzników na pionach, wymiana oświetlenia wewnętrznego w budynku na nowoczesny energooszczędny system oświetleniowy, wykonanie daszku nad wejściem do budynku i remont balustrad, czyszczenie konserwatorskie elewacji z cegły i piaskowca, wykonanie drenażu i przyłącza pod nawierzchnią asfaltową oraz odtworzenie nawierzchni po położeniu przyłącza, malowanie pomieszczeń, wymiana instalacji elektrycznej przy okazji wymiany oprav.

Izba wskazuje, że charakter powyższych prac, które polegały m.in. na remoncie ścian wewnętrznych, stropów, posadzek, elewacji zewnętrznej, wymianie instalacji C.O, wymianie instalacji oświetleniowej, wymianie stolarki okiennej, wymianie i renowacji stolarki drzwiowej, renowacji zabytkowych elementów drewnianych i metalowych, którymi kierował J. S. wskazuje na fakt, że dotyczyły one całego budynku, a nie jego części. Remontem objęte były pomieszczenia, elewacja, instalacje oraz teren bezpośrednio przy obiekcie.

Wskazując na powyższe okoliczności, w ocenie Izby, wykonawca wykazał spełnienie obu warunków udziału w postępowaniu, a zatem zarzuty odwołania okazały się niezasadne.

W analizowanej sprawie, odwołanie okazało się niezasadne, a wobec powyższego odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi w całości Odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenie i wydatki oraz koszty jednego pełnomocnika w wysokości 3600 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz

w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 oraz pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: