

Sygn. akt: KIO 1638/20

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2020 r. przez wykonawcę **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce 942** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Politechnikę Lubelską z siedzibą w Lublinie przy ul. Nadbrzystrzyckiej 38D**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu:**
 - a) **art. 26 ust. 4 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako konsorcjum firm: 1. Switelsky Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ul. Cisowej 9, 2. SWITELSKY AG, Edlbacherstraße 10, A-4020 Linz - do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego przez tego wykonawcę „Wykazu Wykonanych Robót Budowlanych”, którego wzór stanowi załącznik nr 6 do SIWZ, w zakresie wysokości budynku w ramach inwestycji oznaczonej, jako „Budowa nowego budynku biurowego i administracyjnego łącznie z powierzchnią wystawową, konferencyjną i stołówką zakładową - OMV Office Building w Rafinerii Schwechat w Schwechat w Austrii o kubaturze 51.280 m³ i wysokości 25,02 m” (poz. 3 Wykazu);**
 - b) **art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako konsorcjum firm:**

1. Switelsky Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ul. Cisowej 9, 2. SWITELSKY AG, Edlbacherstraße 10, A-4020 Linz

i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert połączoną z odrzuceniem oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako konsorcjum firm:

1. Switelsky Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ul. Cisowej 9, 2. SWITELSKY AG, Edlbacherstraße 10, A-4020 Linz - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Politechnikę Lubelską z siedzibą w Lublinie przy ul. Nadbrzystrzyckiej 38D i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 00 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce 942** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego: **Politechniki Lubelskiej z siedzibą w Lublinie przy ul. Nadbrzystrzyckiej 38D** na rzecz wykonawcy **ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce 942** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1986 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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Politechnikę Lubelską z siedzibą w Lublinie przy ul. Nadbrzystrzyckiej 38D (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Przebudowa Domu Studenckiego nr 3 Politechniki Lubelskiej w ramach dostosowania do nowelizacji przepisów przeciwpożarowych i podniesienia standardu w pokojach mieszkalnych”. Numer sprawy: KP-272-PNK-55/2020.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 czerwca 2020 r. pod numerem 547815-N-2020.

Pismem z dnia 10 lipca 2020 r. Zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawcę ERBUD OPERATIONS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jasionce 942 (dalej: „Odwołujący” lub „Erbud”) o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako konsorcjum firm: 1. Switelsky Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie przy ul. Cisowej 9, 2. SWITELSKY AG, Edlbacherstraße 10, A-4020 Linz (dalej: „Konsorcjum” lub „Switelsky”).

Odwołujący w dniu 15 lipca 2020 r. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego związanych z czynnością wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujący przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Switelsky, mimo że wskazany wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, lub który zataił te informacje, ewentualnie
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Switelsky, mimo że wskazany wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny

wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Swietelsky, mimo że wskazany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
4. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Swietelsky do złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie przez wskazanego wykonawcę wymaganej zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w wykonaniu, co najmniej jedną kompleksową budowę/przebudowę/rozbudowę/nadbudowę/ modernizację budynku wysokiego w rozumieniu zapisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. 2019.0.1065) - dalej: „rozporządzenie”- (w zakresie oprócz robót ogólnobudowlanych powinny być: roboty budowlane branży sanitarnej obejmujące: instalację wentylacyjną i c.o. oraz roboty branży elektrycznej w zakresie instalacji oświetleniowej, zasilającej i internetowej) o wartości robót min. 10 mln zł brutto”;
5. art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Swietelsky do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego przez wykonawcę Wykazu Wykonanych Robót Budowlanych (dalej: „wykaz”) w zakresie wysokości budynku w ramach inwestycji oznaczonej, jako „Budowa nowego budynku biurowego i administracyjnego łącznie z powierzchnią wystawową, konferencyjną i stołówką zakładową - OMV Office Building w Rafinerii Schwechat w Schwechat w Austrii o kubaturze 51.280 m³ i wysokości 25,02 m”;
6. naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór oferty wykonawcy Swietelsky, jako najkorzystniejszej, mimo że wskazany wykonawca powinien zostać wykluczony, a jego oferta powinna zostać odrzucona;
7. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez nieuzasadnione przyjęcie, że wykonawca Swietelsky wniósł prawidłowo w przedmiotowej sprawie wadium i przez nieodrzuconie oferty wskazanego wykonawcy mimo tego, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca podnosił, że:

- I. **Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie niespełnianie warunku udziału w postępowaniu, co do zdolności technicznych lub zawodowych oraz zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.**

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z punktem 5 ppkt 2 lit. c) SIWZ (warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej), Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w należyтым wykonaniu:

„co najmniej jedną kompleksową budowę/przebudowę/rozbudowę/nadbudowę/modernizację budynku wysokiego w rozumieniu zapisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U.2019.0.1065) (w zakresie oprócz robót ogólnobudowlanych powinny być: roboty budowlane branży sanitarnej obejmujące: instalację wentylacyjną i c.o. oraz roboty branży elektrycznej w zakresie instalacji oświetleniowej, zasilającej i internetowej) o wartości robót min. 10 mln zł brutto”.

Zgodnie z § 8 wskazanego rozporządzenia budynki dzieli się na następujące grupy wysokości:

1. niskie (N) - do 12 m włącznie nad poziomem terenu lub mieszkalne o wysokości do 4 kondygnacji nadziemnych włącznie;
2. średniowysokie (SW) - ponad 12 m do 25 m włącznie nad poziomem terenu lub mieszkalne o wysokości ponad 4 do 9 kondygnacji nadziemnych włącznie;
3. wysokie (W) - ponad 25 m do 55 m włącznie nad poziomem terenu lub mieszkalne o wysokości ponad 9 do 18 kondygnacji nadziemnych włącznie;
4. wysokościowe (WW) - powyżej 55 m nad poziomem terenu.

Odwołujący wskazywał, że podział budynków został wprowadzony w celu określenia wymagań technicznych i użytkowych określonych w rozporządzeniu dla danej grupy wysokości. Wykonawca Erbud w treści odwołania (str. 4 i 5) przedstawił w tabeli zestawienie różnic pomiędzy budynkiem średniowysokim a wysokim w zakresie bezpieczeństwa pożarowego wynikające z polskich warunków technicznych. Następnie na podstawie owego zestawienia stwierdził, że wymogi w zakresie bezpieczeństwa pożarowego dla budynku wysokiego, tj. ponad 25 m (a więc objętego warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym) są znacznie wyższe niż wymogi dla budynku średniowysokiego, tj. do 25 m włącznie. W szczególności wykonanie inwestycji polegającej na budowie budynku średniowysokiego (do 25 m włącznie) nie wymaga realizacji zbiornika wody, instalacji zaworów hydrantowych, czy też wind pożarowych. Wykonawca po zrealizowaniu takiej inwestycji nie posiada, więc doświadczenia w wykonaniu wskazanych elementów. Ponadto, mając na uwadze wymogi wynikające z przepisów, wykonanie budynku do 25 m włącznie (średniowysokiego) jest mniej skomplikowane i tańsze niż wykonanie budynku powyżej 25 m (wysokiego). Zdaniem Odwołującego w tej sytuacji żaden racjonalny inwestor nie zleciłby realizacji budynku o wysokości 25,02 m, tj. o 2 cm wyższej niż wartość graniczna, po której

przekroczeniu (25 m) należy spełnić warunki techniczne, w tym przeciwpożarowe, o wiele bardziej rygorystyczne niż dla budynku o 2 cm niższego. Taki inwestor nie uzyskałby żadnej realnej wartości użytkowej z budynku 2 cm wyższego, a musiałby ponieść znacznie większe koszty wykonania inwestycji. Odwołujący stanął więc na stanowisku, że już sam ten fakt powinien wzbudzić wątpliwość Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający przyjął oświadczenie wykonawcy, co do wysokości budynku referencyjnego (25,02 m) całkowicie bezkrytycznie.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z § 6 ww. rozporządzenia wysokość budynku, służącą do przyporządkowania temu budynkowi odpowiednich wymagań rozporządzenia, mierzy się od poziomu terenu przy najniżej położonym wejściu do budynku lub jego części, znajdującym się na pierwszej kondygnacji nadziemnej budynku, do górnej powierzchni najwyżej położonego stropu, łącznie z grubością izolacji cieplnej i warstwy ją osłaniającej, bez uwzględniania wyniesionych ponad tę płaszczyznę maszynowni dźwigów i innych pomieszczeń technicznych, bądź do najwyżej położonego punktu stropodachu lub konstrukcji przykrycia budynku znajdującego się bezpośrednio nad pomieszczeniami przeznaczonymi na pobyt ludzi.

Odnosząc powyższe do dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum celem wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, w pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że wykonawca nie przedłożył opisów technicznych wykonanego obiektu referencyjnego, stanowiących element dokumentacji projektowej, w których opisane są charakterystyczne parametry obiektu takie jak jego: szerokość, wysokość, długość, powierzchnia użytkowa, kubatura itp. Zamiast tego wykonawca przedłożył rysunki techniczne obiektu z własnoręcznymi dopiskami wskazującymi jak należy interpretować wskazane na tych rysunkach opisy. Tymczasem parametry takie jak rozmiary budynku nie wymagają interpretacji i powinny zostać określone wprost w opisie technicznym stanowiącym część składową dokumentacji projektowej. Wykonawca z całą pewnością posiada opis techniczny stanowiący element dokumentacji, ponieważ przekazuje jej fragmenty na wykazanie, jakie instalacje zostały wykonane w ramach budynku referencyjnego. Niestety nie ujawnia opisu technicznego w części dotyczącej rozmiarów wykonanego obiektu, jako dowodu na spełnienie warunku - parametru wysokości budynku.

Kolejno Odwołujący stwierdził, że sama analiza przedstawionych rysunków, pomijając własnoręczne dopiski wskazuje, że mamy do czynienia z budynkiem średniowysokim, tj. o wysokości 25 m włącznie, a nie budynkiem wysokim, tj. o wysokości ponad 25 m (w tym wypadku 25,02 m). Na rysunku został, bowiem przedstawiony parametr „OK+25,00” gdzie OK oznacza „Ober Kante”, co w tłumaczeniu oznacza „górną krawędź” 25 m. Taki opis jednoznacznie wskazuje, że obiekt nie posiada wysokości do górnej krawędzi 25,02 m, ale

25 m. Projektant zaznaczył, bowiem na rysunku najwyższy punkt od poziomu 0,00 m, jako 25,00 m. Gdyby najwyższy punkt sięgał poziomu 25,02 m to na taki wskazałby projektant w opisie parametru „OK”. Tymczasem wykonawca próbuje zaciemnić ten obraz dopuszczając się kreatywnej interpretacji i przyjmując, że do wskazanej wysokości należy dodać parametr określony na rysunku, jako „FBOK -0,02” tłumacząc go odręcznie, jako „wierzch wykonanego chodnika -0,02m”.

Odwołujący wyjaśniał, że zgodnie z ww. rozporządzeniem wysokość należy liczyć od poziomu terenu przy najniżej położonym wejściu do budynku. Z załączonej dokumentacji nie wynika, że wejście do obiektu jest usytuowane na poziomie -0,02 m. Parametr „FBOK -0,02” nie został opisany na rysunku w odniesieniu do najniżej położonego wejścia do budynku, ale w odniesieniu do przestrzeni wokół budynku. Trudno wyobrazić sobie, że poziom chodnika przed samym wejściem do budynku nie jest zrównany z poziom posadzki wewnątrz budynku, ale został wykonany w tym miejscu próg w wysokości 2 cm. Nikt takich budynków nie wykonuje. Budynek przedstawiony na rysunkach jednoznacznie ma 25 m wysokości. Wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów na wykazanie deklarowanej przez siebie wysokości 25,02 m budynku referencyjnego poza własną interpretacją rysunku projektowego (o treści, która tej interpretacji nie potwierdza) oraz własnym oświadczeniem (karta informacyjna inwestycji).

Zdaniem wykonawcy Erbud wykonawca Switelsky nie dochował należytej staranności przy przedstawianiu Zamawiającemu informacji w zakresie dotyczącym spełnienia wskazanego warunku. Wykonawca przedkładając wypełniony wykaz celem wykazania doświadczenia w realizacji budynku wysokiego powołał się na inwestycję opisaną w poz. 3 tego wykazu oznaczoną, jako „Budowa nowego budynku biurowego i administracyjnego łącznie z powierzchnią wystawową, konferencyjną i stołówką zakładową - OMV Office Building w Rafinerii Schwechat w Schwechat w Austrii o kubaturze 51.280 m³ i wysokości 25,02 m”. Wykonawca oświadczył więc, że zrealizował budynek o wysokości 25,02 m, a więc budynek „wysoki” zgodnie z klasyfikacją wynikającą z ww. rozporządzenia. Tymczasem z dokumentów przedstawionych, jako dowód wskazanego oświadczenia wykonawcy nie wynika, że w ramach inwestycji poz. 3 wykazu wykonawca wybudował budynek o wysokości 25,02 m. Z przedłożonych dokumentów wynika, że wykonawca zrealizował budynek średniowysoki (tj. do wysokości 25 m włącznie). Odwołujący podnosił, że Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu wyraźnie wskazał, że oczekuje doświadczenia wykonawcy w realizacji budynku wysokiego, a nie średniowysokiego. Wykonawca, próbując wykazać spełnienie parametru wysokości budynku przyjął własną interpretację tego parametru dodając do jego wysokości 2 cm, aby przekroczyć próg określony przepisami rozporządzenia. Czyni to jednak wbrew literalnym zapisom załączonej dokumentacji oraz

wbrew logice. Nie buduje się, bowiem budynków o wysokości 25,02 m, gdyż jest to ekonomicznie nieuzasadnione.

Tym samym Odwołujący uznał, że wykonawca Switelsky, wprowadził Zamawiającego w błąd, co do spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Ewidentnie, więc wykonawca składając oświadczenie zawarte w wykazie, uczynił to celowo, aby wykazać się doświadczeniem w realizacji budynku wysokiego. Wykonawca, co najmniej nie dochował minimum należytej staranności i nie zweryfikował oświadczenia składanego w wykazie robót z faktycznym zakresem rzeczowym inwestycji. Jak wynika z orzecznictwa „należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia, by upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości” (wyrok KIO z 1.02.2019 r., sygn. akt KIO 45/19). Zdaniem Odwołującego okoliczności sprawy uzasadniają przypisanie wykonawcy Switelsky celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż dokonuje on odrębnych tłumaczeń sformułowań wskazanych na rysunkach oraz dokonuje ich interpretacji próbując wykazać, że budynek ma 25,02 m wysokości jak zadeklarował w wykazie robót. Profesjonalny wykonawca powinien wiedzieć jak należy odczytywać opis parametrów obiektu w kontekście ww. rozporządzenia. Jeśli analizując dokumentację przyjmuje, że budynek ma wysokość 25,02 m to, co najmniej dopuszcza się rażącego niedbalstwa. W powołanym orzeczeniu „rażące niedbalstwo” odnoszone jest do naruszenia reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Za zasadę należy uznać obowiązek takiego zachowania wykonawcy, który upewnia się co do wypełnienia podstawowego dokumentu, jakim jest wykaz robót. W konsekwencji upewnia się, co do możliwości złożenia zgodnego z prawdą oświadczenia o posiadanych zdolnościach technicznych, w tym doświadczenia. W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

Z ostrożności Odwołujący podnosił, że postępowanie wykonawcy Switelsky podpada, co najmniej pod lekkomyślność lub niedbalstwo w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp i przy niedbalstwie, co podkreśla orzecznictwo, wykonawca nie musi nawet zdawać sobie sprawy i przewidywać skutku, jakim jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Wystarczające jest uznanie, że skutek taki wykonawca mógł i powinien był przewidzieć.

W opinii Odwołującego złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wprowadziło Zamawiającego w błąd, co do niepodlegania przez tego wykonawcę wykluczeniu z postępowania. Złożenie wskazanych informacji miało, bowiem wpływ na

decyzję Zamawiającego o wyborze oferty wykonawcy, jako najkorzystniejszej. W tej sytuacji wykonawca Switelsky winien zostać wykluczony z postępowania.

Gdyby Izba uznała, że zarzut złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji nie jest zasadny, to wykonawca Erbud podnosił, że z przedłożonych w postępowaniu dokumentów wynika jednoznacznie, że wykonawca nie spełnia określonych w punktem 5 ppkt 2 lit c) SIWZ warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowych. Natomiast w ocenie Odwołującego wykonawca Switelsky nie wykazał za pomocą dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 24aa Pzp, że spełnia ww. warunek udziału odnośnie wykonania, co najmniej jednej roboty budowlanej, w której zakres wchodziło wykonanie budynku „wysokiego” w rozumieniu zapisów rozporządzenia. Zgodnie z pkt 7 ppkt 2 SIWZ Wykonawca miał obowiązek przedstawić dowody potwierdzające należyte wykonanie inwestycji, przez co należało rozumieć referencje, jak i dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz, którego roboty zostały wykonane, ewentualnie, w razie ich braku, inne dokumenty. Wykonawca przedłożył referencje dla inwestycji wskazanych w poz. 3 wykazu oraz wyciąg z dokumentacji projektowej obiektu referencyjnego, ale nie wynika z nich, że w ramach tej inwestycji wykonał budynek o wysokości ponad 25 m. Tym samym wykonawca nie wykazał spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a Zamawiający wybierając jego ofertę, jako najkorzystniejszą naruszył przepis art. 24ust 1 pkt 12 Pzp.

Kolejno Odwołujący podnosił, że wykonawca nie wykazał również, że obiekt referencyjny z poz. 3 wykazu spełnia wymogi (warunki techniczne) określone przepisami ww. rozporządzenia, w tym warunki w zakresie bezpieczeństwa pożarowego wynikające z polskich warunków technicznych. Podkreślenia wymaga, że przedmiotem zamówienia jest zadanie polegające na Przebudowie Domu Studenckiego nr 3 Politechniki Lubelskiej w ramach dostosowania do nowelizacji przepisów przeciwpożarowych i podniesienia standardu w pokojach mieszkalnych, a więc realizacja obiektu „wysokiego”, tj. posiadającego wysokość ponad 25 m, który musi spełniać ściśle określone dla takiej kategorii budynków warunki techniczne, w tym w zakresie zabezpieczeń pożarowych, takich jak: realizacja zbiornika wody, instalacja zaworów hydrantowych, czy też montaż wind pożarowych. Zdaniem wykonawcy Erbud powoływany warunek na wykazanie zdolności technicznej lub zawodowej nie może być odczytywany w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, albowiem został sformułowany w ściśle określony sposób (tj. poprzez odniesienie do ww. rozporządzenia) właśnie, dlatego żeby Zamawiający miał pewność, że wykonawca, który będzie realizował zamówienie, ma | doświadczenie w realizacji obiektów „wysokich” o przewidzianych dla takich obiektów wymogach technicznych. Wykonawca nie może mieć zdolności stawiania wyłącznie konstrukcji ponad 25 metrowych, ale musi mieć zdolność wykonania tak wysokich

obiektów ze wszystkimi prawnie wymaganymi dla takich obiektów wymogami technicznymi. W opinii Odwołującego wykonawca Switelsky nie wykazał spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, a Zamawiający wybierając jego ofertę, jako najkorzystniejszą naruszył przepis art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp.

Zdaniem wykonawcy Erbud Zamawiający przyjął bezkrytycznie dokumenty przedłożone przez wykonawcę Switelsky. Tymczasem, przy występowaniu wskazanych rozbieżności pomiędzy opisem inwestycji poz. 3 zawartym w wykazie, a dowodami przedłożonymi na potwierdzenie realizacji tego zadania w zakresie wysokości budynku oraz spełnienia wymogów technicznych dla budynku „wysokiego”, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnienia, a w przypadku niezłożenia wskazanych wyjaśnień w sposób usuwający wątpliwości, wezwać wykonawcę do wskazania innej inwestycji referencyjnej na wykazanie ww. warunku udziału w postępowaniu, czego zaniechał.

II. Zarzutu wniesienia nieprawidłowego wadium przez Konsorcjum.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazywał, że wykonawcą, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, jest konsorcjum firm wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Swietelsky Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie (Lider Konsorcjum) oraz Swietelsky AG z siedzibą w Linz, Austria (Partner Konsorcjum). Tymczasem gwarancja wadialna w formie gwarancji bankowej nr GW/003677/20 przedłożona przez Konsorcjum jest w istocie gwarancją bankową wystawioną wyłącznie na spółkę Swietelsky Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie działającą samodzielnie, a nie jako Lider Konsorcjum czy nawet Członek Konsorcjum. Treść oświadczenia woli Gwaranta BNP Paribas Bank Polska SA zawartego w dokumencie gwarancji bankowej nr GW/003677/20 w istocie wyklucza odniesienie tej gwarancji do Konsorcjum wskazując, że „Wykonawcą”, który ma zamiar złożyć ofertę w ogłoszonym przetargu jest wyłącznie SWIETELSKY Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie. Odwołujący stał na stanowisku, że z dokumentu wadialnego powinno wynikać, w imieniu, jakich wykonawców wadium jest wnoszone a tej sprawie wskazany wymóg nie został przez Konsorcjum spełniony. Powyższe oznacza, że w rozpoznawanej sprawie wykonawca Swietelsky nie wniósł prawidłowo wadium. To zaś oznacza konieczność odrzucenia oferty wskazanego Konsorcjum.

W dniu 10 sierpnia 2020 r. do Izby ze strony Zamawiającego wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wyjaśniał, że

I. Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie niespełnianie warunku udziału w postępowaniu, co do zdolności technicznych lub zawodowych oraz zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Zdaniem Zamawiającego z przedłożonych przez Konsorcjum dokumentów wynika, że wysokość referencyjnego budynku wynosi 25,02 m. Na wartość tą składają się dwa wymiary, pierwszy wynoszący 25,00 m., który jest określeniem rzędnej + 25,00 oznaczającej wysokość posadowienia wierzchnich warstw ostatniego stropu ponad rzędną $\pm 0,00$ ustanowioną w projekcie na poziomie posadzki parteru, drugi o wartości - 0,02 m jest oznaczeniem poziomu terenu przy budynku, przed wejściami na poziom parteru. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, dane wysokościowe na przekrojach projektowych nie wymagają, zatem „kreatywnej interpretacji dla zaciemnienia obrazu”, lecz są elementami pierwotnie i trwale umieszczonymi w projekcie, zaś odręczne wyjaśnienia tłumacza niczego w tej kwestii nie zmieniają. Ponadto zdaniem Zamawiającego nie można również zgodzić się z dodatkowym uzasadnieniem, iż „Trudno wyobrazić sobie, że poziom chodnika przed samym wejściem do budynku nie jest zrównany z poziomem posadzki wewnątrz budynku, ale został wykonany w tym miejscu próg w wysokości 2 cm. Nikt takich budynków nie wykonuje”. W rzeczywistości jest odwrotnie, progi są powszechnie stosowane, a rozporządzenie w § 62.1.ust. 3 stwierdza, że wysokość progów nie może przekroczyć 0,02 m.

Zamawiający stwierdził, że definicja przedstawiona w § 6 rozporządzenia jest definicją umocowaną prawnie, służącą do jednoznacznego ustalania wysokości budynku. W definicji tej nie określono, że należy mierzyć wysokość budynku od poziomu istniejącego terenu, gdyż taki teren przestaje istnieć po zrealizowaniu inwestycji. Ustalono coś wręcz przeciwnego, że wysokość należy mierzyć od poziomu terenu przy najniższym położonym wejściu do budynku lub jego części, znajdującego się na pierwszej kondygnacji nadziemnej. Zarówno wejście, jak i teren przy nim są elementami projektu budowlanego, a nie stanu istniejącego (OPINIA nr ZR 72 Zespołu Rzeczoznawców przy Radzie Małopolskiej Okręgowej Izby Architektów RP).

Przekładając powyższe na realia niniejszej sprawy Zamawiający twierdził, że budynek referencyjny przedstawiony przez Konsorcjum mierzony z zastosowaniem powołanego przepisu rozporządzenia ma wysokość 25,02 m, ponieważ niezależnie do wartości + 25,00 oznaczającej wysokość posadowienia wierzchnich warstw ostatniego stropu ponad rzędną $\pm 0,00$ ustanowioną w projekcie na poziomie posadzki parteru, należy uwzględnić także drugi

parametr o wartości - 0,02 m, który jak już wspomniano jest oznaczeniem poziomu terenu przy budynku, przed wejściami na poziom parteru. Taki sposób mierzenia wysokości budynków, zgodnie z treścią rozporządzenia, potwierdzają złożone wraz z niniejszym pismem Opinie Zespołu Rzeczoznawców przy Radzie Małopolskiej Okręgowej Izby Architektów RP. Przykładowo w opinii nr Zr 120 z dnia 20 maja 2019 r. dotyczącej analizy konkretnego przypadku wskazano, że wysokość budynku wynosi 10,77 m, w sytuacji gdy na wartość tę składają się 10,75 m tj. wysokość posadowienia wierzchnich warstw ostatniego stropu ponad rzędną $\pm 0,00$ ustanowioną w projekcie na poziomie posadzki parteru oraz wartość - 0,02 m, która tak samo jak w przypadku budynku referencyjnego przedstawionego przez Konsorcjum jest oznaczeniem poziomu terenu przy budynku, przed wejściami na poziom parteru. Na tą okoliczność wraz z odpowiedzią na odwołanie Zamawiający przedstawił dowody w postaci: opinii nr ZR 120 Zespołu Rzeczoznawców przy Radzie Małopolskiej Okręgowej Izby Architektów RP z dnia 20 maja 2019 r. oraz opinii nr ZR 72 Zespołu Rzeczoznawców przy Radzie Małopolskiej Okręgowej Izby Architektów RP z dnia 14 marca 2018 r.

Zdaniem Zamawiającego bezpodstawny jest także zarzut Odwołującego odnoszący się do tego, że Konsorcjum nie wykazało, iż obiekt referencyjny spełnia wymogi (warunki techniczne) określone przepisami ww. rozporządzenia, w tym warunki w zakresie bezpieczeństwa pożarowego wynikające z polskich warunków technicznych. Odnosząc się do tego zarzutu Zamawiający wskazywał, że zarzut skonstruowany został przez Odwołującego przy założeniu, że Konsorcjum przedstawiło w procedurze przetargowej budynek średniowysoki a nie wysoki. Kwestia wysokości budynku została już wyjaśniona powyżej. Domaganie się dowodu na spełnienie wszystkich wymagań technicznych, w tym przeciwpożarowych jak dla budynku wysokiego ZLV nie jest zasadne, gdyż Zamawiający jednoznacznie sprecyzował, jaki powinien być rodzaj budynku referencyjnego wskazując w SIWZ, że chodzi o „kompleksową budowę/przebudowę/rozbudowę/nadbudowę/modernizację budynku wysokiego w rozumieniu zapisów rozporządzenia (w zakresie oprócz robót ogólnobudowlanych powinny być: roboty budowlane branży sanitarnej obejmujące: instalacje wentylacyjną i c.o. oraz roboty branży elektrycznej w zakresie instalacji oświetleniowej, zasilającej i internetowej). Ograniczenie zakresu oceny wymogów, jakie ma spełniać budynek referencyjny było nie tylko prawnie dozwolone, ale także uzasadnione okolicznościami faktycznymi i prawnymi przedmiotu zamówienia. Zamawiający przeprowadził, bowiem postępowanie, nie na wybudowanie kompletnego obiektu budowlanego, lecz na modernizację i remont istniejącego obiektu budowlanego w zakresie szczegółowo określonym w dokumentacji projektowej. Przedmiotowy obiekt budowlany został wybudowany wiele lat temu, kiedy obowiązywały zupełnie inne normy budowlane, zaś

jego funkcjonowanie jest oparte na licznych, zatwierdzonych przez właściwe organy odstępstwach od aktualnie obowiązujących przepisów, także w zakresie ppoż.

W konsekwencji, Zamawiający uznał za wystarczające wykazanie doświadczenia w zakresie robót ogólnobudowlanych prowadzonych w budynku wysokim (bez określenia kategorii ZL) i wymienionych wprost instalacji: wentylacyjnej i c.o., instalacji oświetleniowej, zasilającej i internetowej. Ten warunek postawiony przez Zamawiającego Konsorcjum spełniło prawidłowo, wskazując w poz. 3 wykazu robót budowlanych budynek biurowy i administracyjny łącznie z powierzchnią wystawową, konferencyjną i stołówką zakładową-OMV Office Building w Rafinerii Schwechat w Schwechat w Austrii o kubaturze 51.280 m³ i wysokości 25,02 m dodając, że w zakresie umowy wykonano pełny zakres robót ogólnobudowlanych oraz wszystkie instalacje techniczne budynku, między innymi instalacje sanitarne: instalację wentylacyjną i c.o. oraz roboty branży elektrycznej instalację oświetleniową, zasilającą i internetową.

II. Zarzut wniesienia przez Konsorcjum nieprawidłowego wadium.

Zdaniem Zamawiającego zarzut Odwołującego jest nieuzasadniony, zaś powołane przez niego orzecznictwo KIO wydane zostało na kanwie odmiennych stanów faktycznych i nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie. Ocena tego zarzutu w każdej sprawie powinna być dokonywana przez pryzmat wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie wadium, jak również w oparciu o stosunek prawny pomiędzy członkami konsorcjum i umocowanie jednego z konsorcjantów do działania w związku ze złożeniem oferty i wykonaniem zamówienia publicznego.

Zamawiający wyjaśniał, że w pkt. 9 SIWZ wymagał m.in.: „

1. Wykonawca przystępujący do przetargu zobowiązany jest wnieść, przed upływem terminu składania ofert (liczy się moment zaksięgowania na koncie zamawiającego), wadium w wysokości: 250.000,00 zł (słownie: dwieście pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100).
2. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:
 - 1) pieniądzu;
 - 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
 - 3) gwarancjach bankowych;
 - 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;

- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000z o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U . z 2014 r. poz. 1804 oraz z 2015 r. poz. a. 1240).
3. Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego tj. BANK PEKAO S.A. III O/Lub/in, Nr konta (...);
4. Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.
5. Wadium wnoszone w formie innej niż pieniądz Wykonawca wnosi w oryginale.
6. Dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie gwarancji i poręczenia winien zawierać stwierdzenie, że ma ona charakter „bezwarunkowy” i „nieodwołalny”, a suma gwarancyjna płatna jest na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, wzywające do zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości wadium.
7. Oferta Wykonawcy który nie wniósł akceptowanej formy wadium zostanie przez Zamawiającego odrzucona.
8. Zamawiający zwraca wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po "wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wątkiem Wykonawcy, którego oferta została "wybrana, jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.
9. Zamawiający zwraca niezwłocznie wadium, na wniosek Wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.
10. Zamawiający żąda ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca wnosi wadium w terminie określonym przez Zamawiającego.
11. Jeżeli wadium wniesiono w pieniądzu, Zamawiający zwraca je wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę.
12. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej”.

Zamawiający stwierdził, że z powyższych warunków wskazanych w pkt 9 SIWZ wynika, że bezpośrednio, co do formy gwarancji wadialnej odnoszą się pkt 9.1, 9.2, 9.5, 9.6.

Zważywszy na treść pkt 9.6 SIWZ Zamawiający postawił jedynie następujący warunek: dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie gwarancji i poręczenia winien zawierać stwierdzenie, że ma ona charakter „bezwarunkowy” i „nieodwoławny” a suma gwarancyjna płatna jest na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, wzywające do zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości wadium. Dokument gwarancyjny powinien być wniesiony w oryginale (pkt. 9.5). Zamawiający nie przewidywał zatem żadnych szczególnych wymagań dodatkowych poza tymi wskazanymi powyżej.

Zamawiający uznał, że w realiach niniejszej sprawy konieczne jest także odniesienie się do stosunku prawnego pomiędzy członkami Konsorcjum i zakresu umocowania jednego z członków do działania w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zgodnie z dokumentem pełnomocnictwa z dnia 15.06.2020, Swietelsky AG z/s w Linz ustanowiła pełnomocnikiem oraz Liderem Konsorcjum Swietelsky Sp. z o.o. z/s w Lublinie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego „Przebudowa Domu Studenckiego nr 3 Politechniki Lubelskiej w ramach dostosowania do nowelizacji przepisów przeciwpożarowych i podniesienia standardu w pokojach mieszkalnych”. Zdaniem Zamawiającego zakres umocowania pełnomocnika (Lidera Konsorcjum) jest bardzo szeroki i obejmuje reprezentowanie Konsorcjum we wszystkich sprawach związanych z przygotowaniem i realizacją zadania będącego przedmiotem zamówienia publicznego, a w szczególności obejmuje ono upoważnienie: do składania oświadczeń woli i wszystkich innych oświadczeń w imieniu Konsorcjum, we wszystkich sprawach związanych z przedmiotowym postępowaniem. W opinii Zamawiającego tak ukształtowane pełnomocnictwo obejmuje swoim zakresem także umocowanie do złożenia wadium, w tym również wadium w formie gwarancji bankowej. Przedłożona przez Konsorcjum gwarancja bankowa została udzielona 22.06.2020 r., a więc po dacie udzielenia pełnomocnictwa przez Partnera Liderowi Konsorcjum i spełnia wszystkie wymogi stawiane przez Zamawiającego w SIWZ, tzn. jest bezwarunkowa i nieodwoływalna, a suma gwarancyjna jest płatna na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. W dokumencie gwarancyjnym wskazano przedmiotowe postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego i wykonawcę - jednego z konsorcjantów, Lidera Konsorcjum: Swietelsky Sp. z o.o. z/s w Lublinie.

Zamawiający podnosił, że zarzuty odwołania zasadzają się na z góry przyjętym założeniu, że gwarancja udzielona jednemu z członków Konsorcjum nie obejmuje swoim zakresem całego Konsorcjum i tym samym nie stanowi skutecznego zabezpieczenia interesu Zamawiającego. W stanie faktycznym i prawnym niniejszej sprawy okoliczności takie nie następują, a dla uzasadnienia powyższego należy zważyć na wnioski płynące z najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego oraz KIO.

W świetle tak ukształtowanych okoliczności faktycznych, w szczególności treści SIWZ, do niniejszej sprawy można odnieść orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie IV CSK 86/17, zakończonej wyrokiem z dnia 15 lutego 2018 r. Sądu Najwyższego w powołanym wyroku stwierdził, że wskazanie w treści gwarancji jedynie lidera konsorcjum i pominięcie pozostałych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum pozostaje bez wpływu na skuteczność zobowiązania gwaranta - przy zastrzeżeniu braku szczególnych obostrzeń w tym zakresie w treści SIWZ (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2020 r., KIO 159/20, LEX nr 2937343). Zamawiający wyjaśniał, że w rozpoznawanej sprawie specyfikacja nie zawierała szczególnych uregulowań w przedmiocie tzw. wadium konsorcjalnego.

Odnosząc powołany wyrok rozpoznawanej sprawy zdaniem Zamawiającego podkreślenia wymaga, że zgodnie z pełnomocnictwem załączonym do oferty Konsorcjum to Lider Konsorcjum Swietelsky Sp. z o.o. z/s w Lublinie ma umocowanie do działania w imieniu i na rzecz Konsorcjum we wszystkich sprawach związanych ze złożeniem oferty oraz realizacją przedmiotu zamówienia publicznego. Wskazane postanowienia mają doniosłe znaczenie wobec warunku, jaki postawił Sąd Najwyższy zgodnie, z którym wadium należy uznać za prawidłowo wniesione, jeżeli zmaterializowanie się przesłanki zatrzymania wadium wynika z zaniechania członka Konsorcjum pominiętego w gwarancji. W ocenie Zamawiającego, ww. pełnomocnictwo pozwala na jednoznaczne ustalenie, że wykonawca - Swietelsky Sp. z o.o. z/s w Lublinie, jako lider konsorcjum upoważniony i zobowiązany do pełnej reprezentacji Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia, będzie odpowiadał za wystąpienie przesłanek zatrzymania wadium określonych w treści gwarancji i art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp nawet, jeśli przyczyna ich zmaterializowania będzie tkwiła bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy (członka konsorcjum) pominiętego w gwarancji.

Mając powyższe na uwadze w opinii Zamawiającego należało uznać, że z uwagi na treść gwarancji oraz treść SIWZ Konsorcjum prawidłowo wniosło wadium składając ofertę w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, wobec czego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp nie jest w żaden sposób uzasadniony.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i potwierdzony w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego, wobec czego Izba stwierdziła, że jest właściwie pomiędzy stronami

bezsportny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Jedynie dodatkowo, na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że przekazane Zamawiającemu na wezwanie przez Konsorcjum przekroje podłużne budynku biurowego OMV Office Building Schwechat o kubaturze 51.280 m³ są nieczytelne w zakresie oznaczeniem poziomu terenu przy budynku, przed wejściami na poziom parteru. Ponadto informacje podane przez wykonawcę w formie dopisków („Górna krawędź attyki = 25 m”) na dokumencie są niespójne z wymiarami rzędnej dotyczącej oznaczającej wysokość posadowienia wierzchnich warstw ostatniego stropu ponad rzędną ustanowioną w projekcie na poziomie posadzki parteru.

Ponadto Izba ustaliła, że w treści gwarancji bankowej z dnia 22 czerwca 2020 r. udzielonej przez Bank BNP Paribas podano m. in.: „My, BNP Paribas Bank (...) zostaliśmy poinformowani, że SWITELSKY SP. Z O.O. z siedzibą: ul. Cisowa 9, 20-703 Lublin („Wykonawca”) ma zamiar złożyć ofertę w ogłoszonym przez Beneficjenta przetargu nr (...) którego przedmiotem jest „Przebudowa domu studenckiego (...). Mając na uwagę powyższe, bezwarunkowo i nieodwołalnie zobowiązujemy się wobec Beneficjenta do zapłaty sumy 250 000,00 PLN (...) na pierwsze żądanie Beneficjenta skierowane do Banku, zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek w art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Ustawa PZP), tj., gdy:

1. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy PZP, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy PZP, oświadczenia o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy PZP, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej,
2. Wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy,

wraz ze wskazaniem, która konkretnie z nich zaistniała. (...).”

W toku rozprawy zostały złożone następujące dowody:

1. Opinia techniczna sporządzona przez zespół Rzecznawców Budowlanych PZITB z sierpnia 2020 r.,
2. Wydruki ze stron internetowych projektanta budynku wskazanego w „Wykazie Wykonanych Robót Budowlanych”, którego wzór stanowi załącznik nr 6 do SIWZ (poz. 3 wykazu),
3. Wydruki ze strony internetowej zawierające powiększone rzuty budynku wskazanego w wykazie (poz. 3 wykazu) wraz z komentarzem inżyniera budownictwa Pana Z. K. .

Izba zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Odwołanie podlega uwzględnieniu. Zarzuty zgłoszone w odwołaniu w części dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp oraz art. 26 ust. 4 Pzp potwierdziły się. Naturalną konsekwencją powyższego było potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. W zakresie pozostałych zarzutów Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp i stwierdziła, że zgłoszony zarzut należy uznać za uzasadniony.

Na wstępie Izba wskazuje, że nie było sporu między stronami, że przedłożona przez Konsorcjum gwarancja bankowa z dnia 22 czerwca 2020 r. wystawiona przez Bank BNP Paribas, jako wykonawcę definiowała podmiot o nazwie Switelsky Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Cisowej 9.

Osią sporu w zakresie rozpoznawanego zarzutu była kwestia zasadzająca się na tym, czy wadium wniesione przez Konsorcjum w postaci opisanej powyżej gwarancji bankowej, wystawionej jedynie na Lidera Konsorcjum, tj. firmę Switelsky Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie zostało wniesione w sposób prawidłowy? Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

W ocenie Izby, wykładnia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. w sprawie o sygn. IV CSK 86/17 poczyniona przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, w wyniku ponownego rozpoznania skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, pozwala na uznanie, iż w każdym przypadku, w którym ofertę składają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjum), dokument gwarancji wadialnej złożony przez konsorcjum, podlega wykładni w oparciu o przepis art. 65 Kodeksu cywilnego. Zatem za każdym razem, w sytuacji odnoszącej się do konkretnego wykonawcy w danym postępowaniu, konieczne jest odtworzenie oświadczenia woli, jakie zostało złożone w dokumencie gwarancji wadialnej.

W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18, wskazał, że: „Znaczenie takie ma bowiem wyłącznie okoliczność, którą potwierdził także i Sąd Najwyższy, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. (...). Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (j.t. Dz. U. z 2012 r. późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie zadania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi natomiast o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Uprawnia to tym samym stwierdzenie, iż ani sposób ukształtowania ani treść stosunku prawnego podstawowego (zamawiający - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta. Odpowiedzialność ta jest bowiem wyznaczona samą treścią gwarancji. (...). Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu

głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W efekcie okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji. Zatem nawet jeśli, jak w niniejszej sprawie, członkowie konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę/zlecającego należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę”.

Izba wskazuje, że treść gwarancji bankowej przedłożonej przez Konsorcjum nie zawiera żadnych informacji, które mogłyby prowadzić do uznania, iż gwarant miał wiedzę, iż zdefiniowany, jako wykonawca podmiot Switelsky Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie będzie składał ofertę w postępowaniu, jako jeden z uczestników Konsorcjum, czy chociażby działał, jako umocowany pełnomocnik tego Konsorcjum. Na podstawie następującej treści gwarancji „ (...) zostaliśmy poinformowani, że SWITELSKY SP. Z O.O. z siedzibą: ul. Cisowa 9, 20-703 Lublin („Wykonawca”) ma zamiar złożyć ofertę w ogłoszonym przez Beneficjenta przetargu (...)” - należy dojść do przeciwnego wniosku. Z przywołanej treści gwarancji jednoznacznie wynika, że Bank został poinformowany, iż ofertę w tym postępowaniu zamierza złożyć jedynie podmiot o nazwie Switelsky Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie i to właśnie ten podmiot został zdefiniowany w treści gwarancji, jako wykonawca. Konsekwencją powyższego jest stwierdzenie, że Bank wobec zaniechań czy też działań tego właśnie podmiotu zdefiniowanego, jako wykonawca, a nie jak twierdzi Zamawiający, wobec całego Konsorcjum, zobowiązał się bezwarunkowo i nieodwołalnie do zapłaty określonej sumy gwarancyjnej.

Istotnym jest, iż zagadnienie analogiczne do rozpoznawanego było już przedmiotem rozstrzygnięcia powołanego wcześniej wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku, w którym Sąd jednoznacznie stwierdził, że „próżno szukać w treści gwarancji ubezpieczeniowej z (...) takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecającego

jako lidera konsorcjum. Przeciwnie, podkreślane jest wielokrotnie przejęcie odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie zleceniobiorcy, i leżące po "jego" stronie (nie "ich", czy "podmiotów powiązanych" czy "współwykonawców"), jako podmiotu w sposób pełny i kompletny zdefiniowanego już w komparacji gwarancji ubezpieczeniowej. Nie zaznaczono w tym miejscu by działał bądź zamierzał działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów, bądź by uzgodniono objęcie działań i zaniechań takich podmiotów definicją "przyczyn leżących po stronie zleceniodawcy".

Izba stanęła na stanowisku, że z treści przedłożonej przez Konsorcjum gwarancji bankowej okoliczności takie w żaden sposób nie wynikają i nie sposób ich na żadnej podstawie domniemywać, czy uzyskać w drodze wykładni gwarancji. Izba uznała, że w treści omawianej gwarancji bankowej znajduje odzwierciedlenie wyłączny, zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy, zakres odpowiedzialności gwaranta. Zauważenia wymaga, że z treści omawianej gwarancji ani wprost ani w sposób domniemany, nie wynika by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta także poza wprost wskazane w niej przyczyny leżące po stronie wykonawcy. Wobec tego stwierdzić należy, że wyłącznie, zatem od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby przyjęcie, iż obejmowała także przyczyny, za które wykonawca ogólnie jest odpowiedzialny. Podkreślić przy tym należy, ten rodzaj argumentacji prowadzi do sytuacji, w której nastąpiłoby istotne zwiększenie zakresu odpowiedzialności gwaranta. W tym miejscu wskazać należy, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie jednego członka konsorcjum, w tym przypadku lidera, ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy może być przecież inne niż gdyby jej treścią objęte było więcej podmiotów.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że złożona przez Konsorcjum gwarancja, nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, a tym samym nie jest prawidłowa. W ocenie Sądu Odwoławczego (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku), z czym Izba się zgadza, „koniecznym było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 23 ust. 1 w związku z ust. 3 Ustawy PZP), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku "gwarancyjnego" jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela, a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej

przez gwaranta (...) w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Sądu Okręgowego w mniejszej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że zamawiający z uwagi na nieścistości, co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją”.

Izba wskazuje, że analogiczne poglądy, do tych zaprezentowanych powyżej, Izba wyraziła w orzeczeniach zapadłych następujących w sprawach: wyrok z dnia 2 listopada 2019 r. w sprawie o sygn. akt 2262/19, wyrok z dnia 23 grudnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt 2503/19, wyrok z dnia 9 marca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 364/20, wyrok z 31 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1183/20.

Z tych też względów Izba w tej sprawie uznała za chybioną argumentację Zamawiającego opartą o pełnomocnictwo udzielone liderowi Konsorcjum firmie Switelsky Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, która zasadzała się na tym, że w tym przypadku zmaterializowała się przesłanka zatrzymania wadium z powodu zaniechania członka konsorcjum pominiętego w treści gwarancji. Zaprezentowana i przedstawiona przez Izbę argumentacja przesądza o błędności stanowiska Zamawiającego, który twierdził, że pełnomocnictwo pozwala na jednoznaczne ustalenie, że wykonawca Switelsky Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie, jako Lider Konsorcjum w postępowaniu upoważniony i zobowiązany do pełnej reprezentacji Konsorcjum w tym postępowaniu będzie odpowiadał za wystąpienie przesłanek zatrzymania wadium określonych w treści gwarancji i art. 46 ust. 4a i 5 ustawy nawet, jeśli przyczyna ich zmaterializowania będzie tkwiła bezpośrednio w zaniechaniu Partnera Konsorcjum pominiętego w treści gwarancji.

Podsumowując Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum z powodu braku wniesienia w sposób prawidłowy wadium.

II. Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie niespełnianie warunku udziału w postępowaniu, co do zdolności technicznych lub zawodowych oraz zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 Pzp a nie potwierdziły się pozostałe zarzuty naruszenia przez Zamawiającego

przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp oraz przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. W konsekwencji uznać należy, że potwierdził się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucił Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Według ust. 3 ww. przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Według art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Natomiast przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zaś według art. 22 ust. 1b. pkt 3 Pzp Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: zdolności technicznej lub zawodowej.

Przed merytorycznym rozpoznaniem zarzutów wskazać należy, że nie była sporna między stronami sama treść warunku udziału w postępowaniu, a także sposób określania wysokości budynku, czy też kwestia typu budynku. Strony nie kwestionowały również tego, że Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego przedstawiło m. in. referencje oraz przekroje podłużne budynku biurowego OMV Office Building Schwechat.

Izba wskazuje, że zarzut dotyczący warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej został przez Odwołującego oparty na dychotomicznych podstawach. Po pierwsze Odwołujący twierdził, że Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu z zakresie doświadczenia w budowie/przebudowie/rozbudowie/nadbudowie/modernizacji budynku wysokiego w zakresie bezpieczeństwa pożarowego. Po drugie wykonawca Erbud stwierdził, że doświadczenie wykazane przez Konsorcjum w poz. 3 wykazu nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie zakwalifikowania wskazanego tam budynku do budynków wysokich w rozumienia przepisów rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę treści warunku udziału w postępowaniu, który został w SIWZ opisany w pkt 5 ppkt 2 li. c oraz uwzględniając przedmiot zamówienia w tej sprawie Izba doszła do przekonania, że stanowisko Odwołującego w zakresie rozumienia ww. postanowień SIWZ w aspekcie doświadczenia w wykonywaniu prac dotyczących bezpieczeństwa pożarowego jest chybione. W tym zakresie Izba w pełni podzieliła stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, że ograniczył swoje wymagania do konkretnego zakresu prac, tj. oprócz robót ogólnobudowlanych powinny być: roboty budowlane branży sanitarnej obejmujące: instalację wentylacyjną i c.o. oraz roboty branży elektrycznej w zakresie instalacji oświetleniowej, zasilającej i internetowej. Prace to zostały przez zamawiającego wprost ujęte w nawiasie, w opisie warunku udziału w postępowaniu. Izba uznała, że przedstawiony sposób argumentacji jest spójny i wpisuje się w opis przedmiotu zamówienia, w którym stwierdzono, że przedmiotem zamówienia będzie przebudowa budynku, polegająca na wykonaniu właśnie tego rodzaju prac nie wybudowanie nowego budynku wysokiego. Konsekwencją uznania przez Izbę nietrafności zgłaszanego w tym aspekcie zarzutu jest stwierdzenie o nieprzydatności dowodów w postaci wydruków ze stron internetowych, składanych w tym zakresie przez Odwołującego.

Kolejno Izba odniosła się do grupy zarzutów związanych z wysokością budynku wskazanego przez Konsorcjum w poz. 3 wykazu.

Po dokonaniu wszechstronnej i wyczerpującej analizy Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym zakresie potwierdził się jedynie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp, polegający na zaniechaniu wezwania wykonawcy Swietelsky do złożenia wyjaśnień dotyczących poz. 3 wykazu złożonego przez Konsorcjum.

Przyjęcie takiego stanowiska przez Izbę opiera się o posiadaną dokumentację postępowania, złożone dowody oraz wzajemne stanowiska stron prezentowane w toku rozprawy. W tym zakresie należy wziąć pod uwagę przed wszystkim ustalenia poczynione przez Izbę, z których wynika, że przekroje podłużne budynku biurowego OMV Office Building

Schwechat są nieczytelne w zakresie oznaczeniem poziomu terenu przy budynku, przed wejściami na poziom parteru. Ponadto informacje podane przez wykonawcę Switelsky w formie dopisków na dokumencie są niespójne z wymiarami rzędnej oznaczającej wysokość posadowienia wierzchnich warstw ostatniego stropu ponad rzędną ustanowioną w projekcie na poziomie posadzki parteru. Również w treści przedłożonej przez Odwołującego opinii (str. 6) podano m. in. „Z uwagi na jakość przedłożonych rysunków brak jest możliwości obliczenia wysokości budynku od poziomu posadzki parteru do górnej powierzchni najwyższej położonego stropu, łącznie z grubością izolacji cieplnej i warstwy ją osłaniającej bądź do najwyższej położonego punktu stropodachu lub konstrukcji przekrycia budynku znajdującego się bezpośrednio nad pomieszczeniami przeznaczonymi na pobyt ludzi, poprzez wykonanie sumowania wysokości pomieszczeń i odpowiadających im grubości elementów konstrukcyjnych (stropów) wraz z ich wykończeniem”.

W tym miejscu należy również zwrócić uwagę na stanowisko samego Zamawiającego, który w toku rozprawy wskazał, że na podstawie przedstawionych przez Konsorcjum dokumentów, które mają charakter jedynie materiałów poglądowych nie sposób zaprezentować miarodajnego stanowiska. Jeden z pełnomocników Zamawiającego wskazał, iż w celu oceny zasadności zgłoszonego przez Odwołującego zarzutu wszedł w posiadanie dokumentacji technicznej ww. budynku „na własną rękę”. W toku rozprawy poprzez złożenie oświadczenia zostało niezbitnie potwierdzone, że Zamawiający w tym zakresie nie stosował procedury z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Odwołujący również popierał analogiczny pogląd podpierając się treścią złożonej opinii.

W kontekście powyższego Izba stwierdziła, że wobec tego rodzaju wątpliwości koniecznym było skorzystanie przez Zamawiającego z procedury wyjaśniającej, opisanej w art. 26 ust. 4 Pzp i wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości opisanego powyżej budynku. Zamawiający nie dokonał tego rodzaju czynności przy uwzględnieniu art. 26 ust. 4 Pzp, co spowodował naruszenie ww. przepisu.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że co prawda Izba stwierdziła naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp to jednak nie nakazała Zamawiającemu zwrócenia się do Konsorcjum o wyjaśnienia wysokości budynku opisanego w poz. 3 wykazu. Wyjaśnienia wymaga, że w realiach rozpoznawanej sprawy przeprowadzanie procedury wyjaśniającej byłoby bezcelowe, bowiem oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Tym samym potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp nie daje już żadnych możliwości w aspekcie wyboru oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej. Naturalną konsekwencją przyjęcia przez Izbę stanowiska, które zostało przedstawione powyżej jest brak potwierdzenia się zarzutu art. 24 ust. 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

Konkludując, Izba uznała, że stwierdzone i opisane powyżej naruszenia przepisów ustawy mają istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

.....