

WYROK

z dnia 30 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 17 i 24 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę M. W. S.A. z siedzibą w W., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – A. N. w K., przy udziale wykonawcy S. S.A. z siedzibą w W., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

A. N. w K. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa nowej siedziby A. N. w K., zwane dalej: „Postępowaniem”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 października 2016 r., pod nr 2016/S 209-377736.

W dniu 24 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. S.A. z siedzibą w W. (dalej „Wykonawca S”).

W dniu 6 marca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy M. W. S.A. z siedzibą w W. (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy S w sytuacji, gdy podmiot ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu, tj. określonego przez Zamawiającego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w zakresie dysponowania osobą spełniająca sformułowane przez Zamawiającego wymagania dla kierownika budowy,
2. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy S w sytuacji, gdy podmiot ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w zakresie dysponowania osobą spełniająca sformułowane przez Zamawiającego wymagania dla kierownika budowy,
3. nieprawidłową ocenę oferty Wykonawcy S w świetle przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. wybór oferty Wykonawcy S,
5. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy S.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy S z Postępowania w sytuacji niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, sformułowanego przez Zamawiającego w Rozdziale 3 pkt 1.1.3 SIWZ, w zakresie dotyczącym wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia dla kierownika budowy, gdyż osoba wskazana przez Wykonawcę S na to stanowisko nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 7.000 m² lub o wartości brutto wykonanych robót co najmniej 40.000.000,00 zł,
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy S, w sytuacji gdy wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia ww. warunek udziału w Postępowaniu,
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp polegające na nieprawidłowym badaniu i ocenie oferty Wykonawcy S, przejawiających się w błędnym przyznaniu temu wykonawcy punktów w kryterium „Zespół osób” w następstwie uznania, że wskazana przez Wykonawcę S na stanowisko kierownika budowy osoba, posiada punktowane przez Zamawiającego doświadczenie opisane w Rozdziale 7 pkt 7.2.2 ppkt 1) lit. a) SIWZ, tj. doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy inwestycji zrealizowanej w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającą na budowie lub przebudowie budynku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1.000 m²:
 - którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych (zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach, Dz.U. 2016.1506 j.t. ze zm.)lub
 - którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe,lub
 - należącego do grupy 1262 (zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych – „PKOB”), z wyłączeniem galerii sztuki i centrów informatycznych,podczas gdy doświadczenia takiego, w świetle informacji zawartych w ofercie oraz w złożonych przez Wykonawcę S dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, nie posiada,

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy S, w sytuacji gdy wykonawca ten przedstawił informację wprowadzającą Zamawiającego w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, polegające na przedstawieniu informacji, że osoba dedykowana przez Wykonawcę S na stanowisko kierownika budowy pełniła funkcję kierownika budowy na inwestycji, o której mowa w Rozdziale 7 pkt 7.2.2 ppkt 1) lit. a) SIWZ, co skutkowało przyznaniem ofercie Wykonawcy S punktów w ramach kryterium „Zespół osób”, podczas gdy doświadczenia takiego, w świetle informacji zawartych w ofercie oraz w złożonych przez Wykonawcę S dokumentach, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, nie posiada,
5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy S, pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z Postępowania, z uwagi na ziszczenie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp,
6. art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. art. 25a ust. 1 i 2 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy S z Postępowania, pomimo że złożone przez niego, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, oświadczenie w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia („JEDZ”) nie spełniało wymogu aktualności na dzień składania ofert, gdyż – zgodnie z datą wskazaną w jego treści przez Wykonawcę S – stanowiło potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu według stanu na dzień przypadający już po dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy S,
2. ponownego badania i oceny ofert, jak również dokumentów złożonych przez Wykonawcę S na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a w jego następstwie – nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy S z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w Postępowaniu sklasyfikowaną na drugim miejscu, co oznacza, że w przypadku wykluczenia Wykonawcy S albo odrzucenia jego oferty, jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego. Wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący przedstawił następującą argumentację.

1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp

Odwołujący podał, że przywołany przepis nakazuje Zamawiającemu wykluczyć wykonawcę, który (m.in.) nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiający określił, w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, warunki udziału w Postępowaniu w Rozdziale 3 SIWZ. Zamawiający, celem wykluczenia jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych w zakresie kluczowych pojęć, którymi posłużył się konstruując warunki udziału w Postępowaniu, w Rozdziale 3 pkt 3.1.1.2. dokonał ich precyzyjnego zdefiniowania.

Pojęcie „budowa” Zamawiający nakazał rozumieć „zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 07.07.1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2016 r., poz. 290 ze zm.). Powyższe rozumienie pojęcia budowa odnosi się do słowa budowa użytego we wszystkich miejscach SIWZ, które dotyczą warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.”.

W analogiczny sposób, przez odesłanie do definicji legalnej zawartej w art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2016.290 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, Zamawiający nakazał rozumieć pojęcie „przebudowy”. Również i w tym zakresie Zamawiający wskazał, że definicja ta „odnosi się do słowa przebudowa użytego we wszystkich miejscach SIWZ, które dotyczą warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert.”.

Zgodnie z właściwymi definicjami legalnymi oraz w sposób tożsamy we wszystkich miejscach SIWZ, które dotyczą warunków udziału w Postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert, Zamawiający nakazał również rozumieć pojęcia:

- „budynek użyteczności publicznej” – odsyłając do definicji zawartej w § 3 pkt 6 rozporządzenia ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2015.1422 j.t.),
- „budynek, którego głównym przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe” – odsyłając do Załącznika nr 1 Rozporządzenia Rady (WE) nr 116/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie wywozu dóbr kultury (Dz.U.U.E.L.2009.39.1), z pominięciem wymagań w zakresie wartości wskazanych w części B ww. załącznika.

Wykonawcy na etapie przygotowania ofert nie mogli mieć zatem żadnych wątpliwości co do sposobu interpretacji sformułowanych przez Zamawiającego wymagań.

W Rozdziale 3 w pkt 1.1.3 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału „w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia”, obligując wykonawców do wykazania dysponowania osobą dedykowaną na stanowisko kierownika budowy, posiadającą, m.in. doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 7.000 m² lub o wartości brutto wykonanych robót co najmniej 40.000,000.00 zł.

Wykonawca S, zarówno w JEDZ z dnia 4 stycznia 2017 r., jak i w datowanym na 4 stycznia 2017 r. „Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” (sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 6 do SIWZ), jako osobę posiadającą doświadczenie wymagane przez Zamawiającego dla kierowania budową, wskazał M.D. Analogicznego wskazania dokonał również w wykazie z 30 stycznia 2017 r., złożonym w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 24 stycznia 2017 r.

Celem potwierdzenia posiadania przez M.D. doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 7.000 m² lub o wartości brutto wykonanych robót co najmniej 40.000.000,00 zł Wykonawca S wskazał na pełnienie przez M.D. funkcji kierownika budowy przy realizacji inwestycji pn. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G. w K.». W obu wykazach Wykonawca S wskazał, że inwestycja ta realizowana była dla zamawiającego – Z. R. Z. Z. K. w okresie od 3 sierpnia 2009 r. do 15 grudnia 2010 r. i obejmowała roboty na obiekcie o powierzchni użytkowej 6.834,80 m², a wartość inwestycji wyniosła 43.251.107,78 zł. Oświadczenie takie jest, zdaniem Odwołującego, nieprawdziwe w kilku jego aspektach.

Zgodnie z poczynionymi przez Odwołującego ustaleniami wartość robót wykonanych w ramach ww. zadania inwestycyjnego wyniosła 38.396.786,19 zł brutto. Wartość ta była zatem niższa niż wymagana przez Zamawiającego minimalna wartość 40.000.000 zł brutto.

Co więcej, z uzyskanych przez Odwołującego informacji wynika, że ww. zadanie inwestycyjne nie miało charakteru wyłącznie przebudowy (a tym bardziej budowy) w rozumieniu przepisów Ustawy. Roboty te polegały bowiem zarówno na przebudowie, jak i na remoncie (w rozumieniu Ustawy), zaś ich realizacja nastąpiła w ramach dwóch odrębnych umów o roboty budowlane, a w każdej z nich po stronie inwestora (zamawiającego) występował inny podmiot.

Przedmiotem pierwszej z przywołanych wyżej umów była przebudowa krakowskich S. i podziemi R. G. w K. Przedmiotem drugiej umowy – remont k. S. i podziemi R. G. w K.

Zgodnie z uzyskanymi przez Odwołującego informacjami wartość robót kwalifikowanych jako remont wyniosła 16.043.372,38 zł. Zamawiający w warunku określonym w Rozdziale 3 w pkt 1.1.3 SIWZ wymagał zaś w sposób wyraźny, aby doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy dotyczyło budowy o wartości wykonanych robót co najmniej 40 mln złotych brutto. Tymczasem z rachunku matematycznego wynika, że wartość robót kwalifikowanych jako przebudowa wyniosła zaledwie 22.353.413,81 zł (różnica kwoty 38.396.786,19 i 16.043.372,38 zł), a zatem zaledwie połowę minimalnej wartości wymaganej przez Zamawiającego w Rozdziale 3 w pkt 1.1.3 SIWZ.

Odwołujący podkreślił również, że Z. R. Z. Z. K. pełnił jedynie rolę inwestora zastępczego. Nie wystąpił zatem po stronie zamawiającego w żadnej z przedmiotowych umów.

Odniesienie powyższych ustaleń do treści sformułowanych przez Zamawiającego wymagań wobec doświadczenia osoby wskazywanej na stanowisko kierownika budowy prowadzi do wniosku, że M.D. nie posiada doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy opisanego w treści warunku. Zadanie określone przez Wykonawcę S jako „Remont i modernizacja krakowskich S. i podziemi R. G. w K.” polegało bowiem nie na budowie, a na częściowo przebudowie i częściowo remoncie (w ramach dwóch oddzielnych umów o roboty budowlane) budynku o powierzchni użytkowej mniejszej niż 7.000 m². Globalna wartość brutto wykonanych robót była przy tym niższa niż wymagana przez Zamawiającego kwota 40.000.000,00 zł, przy czym wartość wykonanych robót, które miały charakter przebudowy w rozumieniu Ustawy wynosiła zaledwie 22.353.413,81 zł.

Odwołujący podał, że Wykonawca S samodzielnie, tj. bez wezwania ze strony Zamawiającego, złożył w dniu 30 stycznia 2017 r. nowy wykaz osób. Tym samym, mając na uwadze wyrowadzoną przez orzecznictwo z art. 26 ust. 3 Pzp zasadę jednokrotności wezwania, Zamawiający nie mógłby – w przypadku ponownego badania i oceny ofert – wezwać Wykonawcy S do złożenia tego dokumentu. Odwołujący stwierdził, że jakkolwiek żadna z norm Pzp nie zakazuje ponownego wezwania do złożenia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zakaz taki wynika z ugruntowanej w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych zasady jednokrotności wezwania. Okoliczność, że Wykonawca S złożył wykaz osób z dnia 30 stycznia 2017 r. bez formalnego wezwania ze strony Zamawiającego nie skutkuje wyłączeniem zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów.

2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp

W ocenie Odwołującego zarzucane Zamawiającemu naruszenie art 24 ust 1 pkt 16 Pzp wynikało z celowego, a co najmniej będącego następstwem rażącego niedbalstwa,

wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Wykonawcę S, co wynika z przytoczonych wcześniej okoliczności.

Odwołujący wyjaśnił, że z poczynionych przez niego ustaleń wynika, że M.D. pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji obu umów dotyczących remontu i modernizacji krakowskich S. i podziemi R. G. w K. Tym samym faktyczny przedmiot wykonywanych robót był mu doskonale znany. Mając przy tym na uwadze wykształcenie M.D. oraz posiadanie przez niego uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wykluczyć należy pomyłkę co do kwalifikacji robót budowlanych, których realizacją kierował, w świetle definicji budowy, przebudowy i remontu. M.D. niewątpliwie miał świadomość, że część robót budowlanych, którymi kierował miała charakter remontu w rozumieniu przepisów Ustawy, a nie przebudowy.

W ocenie Odwołującego M.D. znał również wartość wykonywanych robót, ponieważ skoro miał kierować realizacją robót to musiał, a co najmniej w świetle obowiązku zachowania należytej staranności, powinien był zapoznać się z treścią obu umów na roboty budowlane zawartych w ramach inwestycji pn. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G. w K.”. Elementem przedmiotowo istotnym umowy o roboty budowlane jest określenie wynagrodzenia należnego wykonawcy robót – innymi słowy w umowie koniecznie jest wskazanie kwoty umówionego przez strony wynagrodzenia.

Ponadto, jako kierownik budowy dla robót wykonywanych w ramach obu umów, uczestniczył w opracowywaniu harmonogramów rzeczowo-finansowych, czy innych dokumentów określających stopień zaawansowania robót w aspekcie rzeczowym i finansowym. M.D. miał zatem pełną i aktualną informację na temat faktycznej wartości wykonanych robót, która była niższa niż wymagana przez Zamawiającego kwota minimum 40.000.000 zł brutto.

Tymczasem Wykonawca S w wykazie osób oraz w JEDZ (w każdym z trzech złożonych) jednoznacznie wskazał, że roboty którymi kierował M.D. miały wyłącznie charakter przebudowy, realizowanej na rzecz jednego zamawiającego, a wartość wykonanych robót nie wynosiła, jak oświadczył Wykonawca S, 43.251.107,78 zł.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że Wykonawca S w obu wykazach osób wskazał jako podstawę dysponowania M.D. „zasób własny, zatrudniony w S. S.A. na podstawie Umowy o pracę”. Z zasad doświadczenia życiowego wynika, że pracodawcy przed nawiązaniem stosunku pracy z pracownikiem szczegółowo zapoznają się z dotychczasowym przebiegiem kariery zawodowej kandydata do pracy. Wysoce nieprawdopodobnym zatem jest, aby na etapie rekrutacji M.D. Wykonawca S nie zapoznał się z jego CV, listem motywacyjnym, referencjami od poprzednich pracodawców/zleceniodawców. Równie mało prawdopodobne jest by Wykonawca S, jako podmiot profesjonalny, nie zweryfikował danych

zwartych przez M.D. w jego CV. Wykonawca S miał zatem wiedzę, a co najmniej powinien był ją mieć gdyby dołożył należytej staranności, że M.D. w ramach zadania pn. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G. w K.” nadzorował – jako kierownik robót budowlanych – wykonywanie dwóch umów o roboty budowlane z których jedna polegała na przebudowie, a druga na remoncie budynku o powierzchni użytkowej mniejszej niż 7.000 m², a wartość brutto robót wykonanych w ramach przebudowy była niższa niż wymagana przez Zamawiającego kwota 40.000.000,00 zł. Nie wynosiła zatem, wbrew konsekwentnie powielanym oświadczeniom Wykonawcy S, 43.251.107,78 zł.

W świetle powyższego nie można mieć wątpliwości, że Wykonawca S przez oświadczenie złożone tak w JEDZ, jak i w złożonych wykazach osób, w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Zachowanie Wykonawcy S wypełniło zatem dyspozycję przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp.

3. Naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp

Odwołujący wskazał, że przepis art. 91 ust. 1 Pzp obliguje zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Naruszenie cytowanego przepisu z oczywistych względów implikować będzie również uchybienie normie wyrażonej w art. 7 ust. 3 Pzp, gdyż skutkować będzie udzieleniem zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami Pzp.

Kryteria oceny ofert zostały określone przez Zamawiającego w Rozdziale 7 SIWZ. Jedno z nich określone zostało jako „Zespół osób”. W ramach tego kryterium, zgodnie z Rozdziałem 7 pkt 7.2.2 ppkt 1) lit. a) pkt 1) SIWZ, Zamawiający przyznawał punkty w podkryterium „Doświadczenie członków podstawowego Zespołu”, jeżeli osoba wskazana przez wykonawcę jako dedykowana na stanowisko kierownika budowy posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy inwestycji zrealizowanej w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, polegającą na budowie lub przebudowie budynku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 1.000 m²:

- którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych (zgodnie z definicją zawartą w przepisie art. 1 ustawy z dnia 14 lipca 1983 r. o narodowym zasobie archiwalnym i archiwach)
- lub
- którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe,
- lub

- należącego do grupy 1262 PKOB, z wyłączeniem galerii sztuki i centrów informatycznych.

Wykonawca S na stanowisko kierownika budowy wskazał M.D. W obu wykazach osób oświadczył, że osoba ta ma wymagane dla przyznania punktowania doświadczenie, polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy, zdobyte przy inwestycji „Przebudowa budynków n. sz. R. w W.”, zrealizowanej dla zamawiającego – K. S. „W.” T.T. sp. z o.o. Wykonawca S określił rodzaj tego budynku jako „miejsce przechowywania dziedzictwa kulturowego/budynki z grupy 1262 zgodnie z klasyfikacją PKOB”.

N. S. R. nie sposób jednak uznać ani za budynek, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe, ani za budynek należący do grupy 1262 POKB.

Z ogólnodostępnych informacji zawartych na stronie internetowej M. Ż. K.W. pod adresem: wynika bowiem, że aktualnie n. S. R. „dostosowane jest do obsługi ruchu turystycznego”. Jego funkcją jest przyjmowanie potoku turystów, którzy z n. zjeżdżają do k. s. w W., udając się na zwiedzanie kopalni trasą górniczą (gdzie podziemia zwiedza się ubranym w kombinezon górniczy, w kasku i z lampką górniczą). S. tym niekiedy wyjeżdżają także na powierzchnię grupy turystyczne, które następnie są „odprowadzane przez przewodników na początek trasy do S. D.”.

Z powyższego wynika, że n. S. R. pełni funkcję swoistego wejścia czy też lobby do M. Ż. K. W. W n. S. R. nie są natomiast przechowywane obiekty dziedzictwa kulturowego. Podstawowym i głównym jego przeznaczeniem nie jest więc przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. N. S. R. nie jest zatem, wbrew temu co oświadczył Wykonawca S, „miejszem przechowywania dziedzictwa kulturowego”, nie mieści się również żadnej z kategorii przedmiotów kultury wymienionych w Załączniku nr 1 do Rozporządzenia Rady (WE) nr 116/2009 z dnia 18 grudnia 2008 r. w sprawie wywozu dóbr kultury.

N. Szybu R. nie sposób również zakwalifikować jako budynku należącego do grupy 1262 PKOB. Czterocyfrowa klasa 1262 PKOB „Budynki muzeów i bibliotek” obejmuje muzea, galerie sztuki, biblioteki i centra informacyjne oraz budynki archiwów. N.S. R. nie jest zaś żadnym z wyżej wymienionych budynków. Jest budynkiem o charakterze służebnym wobec kompleksu budynków M. Ż. S. w W. Z samej tylko przynależności administracyjnej oraz położenia budynku nie sposób wywodzić by był on budynkiem muzealnym. Przyjęcie takiej wykładni nakazywałoby bowiem uznawać za muzea budynki kawiarni, restauracji, czy nawet budynki ogólnodostępnych toalet publicznych, przynależne w znaczeniu administracyjnym do jakiegokolwiek muzeum, czy pełniące wobec niego służebną rolę (przeznaczone dla turystów zwiedzających muzeum). Za budynki muzealne należałoby

wówczas uznać również parkingi dla pracowników czy budynki, w których mieszczą się stołówki pracownicze. Taka wykładania skutkowałaby zatem zaprzeczenie sensu istnienia klasyfikacji PKOB.

Zamawiający błędnie zakwalifikował zatem nadszybie Szybu Regis jako budynek opisany w Rozdziale 7 pkt 7.2.2 ppkt 1) lit. a) pkt 1) SIWZ („Doświadczenie członków podstawowego Zespołu”), a w konsekwencji błędnie uznał, że M.D. posiada określone w tym postanowieniu doświadczenie, co skutkowało błędnym przyznaniem ofercie Wykonawcy S dodatkowych punktów we wspomnianym podkryterium.

4. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp

W ocenie Odwołującego, zarzucane Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp było następstwem wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Wykonawcę S, co wynika z przytoczonych powyżej okoliczności.

Z poczynionych przez Odwołującego ustaleń wynika, że M.D. faktycznie pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji inwestycji „Przebudowa budynków n. s. R. w W.”. Tym samym znane mu było planowane przeznaczenie n. S. R. Znał również doskonale zakres wykonywanych robót, które przecież musiały odpowiadać przeznaczeniu budynków po przebudowie.

Wykonawca S. wskazał jako podstawę dysponowania M.D. „zasób własny, zatrudniony w S. S.A. na podstawie Umowy o pracę”. Z zasad doświadczenia życiowego wynika, że pracodawcy przed nawiązaniem stosunku pracy z pracownikiem szczegółowo zapoznają się z dotychczasowym przebiegiem ich kariery zawodowej kandydata. Wysoce nieprawdopodobnym zatem jest, aby na etapie rekrutacji Wykonawca S nie zapoznał się z CV M.D., listem motywacyjnym, referencjami od poprzednich pracodawców/zleceniodawców. Równie mało prawdopodobne jest aby Wykonawca S, jako podmiot profesjonalny, nie zweryfikował danych zwartych przez M.D. w jego CV.

Wykonawca S miał zatem wiedzę, a co najmniej powinien był ją mieć gdyby dołożył należytej staranności, co do zakresu robót, którymi M.D. kierował w ramach inwestycji „Przebudowa budynków n. s. R. w W.” oraz co do przeznaczenia budynków objętych tą przebudową.

W świetle powyższego nie można mieć wątpliwości, że Wykonawca S przez oświadczenie złożone tak w JEDZ (każdym z trzech), jak i wykazach osób, przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez w Postępowaniu.

5. Naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp

Całokształt wyżej przywołanych okoliczności faktycznych prowadzi do konkluzji, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp, ewentualnie art. 24. ust. 1 pkt 17 Pzp oraz naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w zakresie oceny oferty Wykonawcy S w ramach kryterium „Zespół osób”, naruszone zostały również przepisy art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór oferty Wykonawcy S.

6. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 Pzp

Odwołujący z ostrożności podniósł również, że wraz z ofertą Wykonawca S złożył JEDZ datowany na dzień 4 stycznia 2017 r. Stanowił on zatem wstępne potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art 25a ust. 1 i 2 Pzp, wedle stanu istniejącego na ten dzień.

Następnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 25 stycznia 2017 r. wzywające do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazu osób z 4 stycznia 2017 r., złożył nowy wykaz (datowany na 30 stycznia 2017 r.) oraz nowy JEDZ z datą 30 stycznia 2017 r.

Kolejno, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 13 lutego 2017 r. wzywające zarówno do złożenia wyjaśnień jak i do złożenia JEDZ w zakresie w wezwaniu tym wskazanym, złożył kolejny JEDZ z dnia 14 lutego 2017 r., a zatem wstępnie potwierdzający okoliczności, o których mowa w art. 25a ust. 1 i 2 Pzp, wedle stanu istniejącego na ten dzień.

Odwołujący podał, że zgodnie z przywołanymi przepisami JEDZ powinien być aktualny na dzień składania ofert. Wymogu tego nie spełniają zatem oświadczenia, co do których Wykonawca S sam oświadczył, że potwierdzają okoliczności według stanu na dzień – odpowiednio – 30 stycznia i 14 lutego 2017 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie uzasadniając wniosek w następujący sposób.

Na wstępie Zamawiający podkreślił, że powołał w Postępowaniu, poza „standardową” Komisją Przetargową, ekspertów – przedstawicieli Inwestora Zastępczego wybranego do obsługi przedmiotowej inwestycji, którzy stanowili wsparcie Zamawiającego. W skład powołanej grupy ekspertów wchodziło 7 osób, z których każda posiada wykształcenie wyższe, w tym aż 5 inżynierów branżowych oraz 2 specjalistów z zakresu zamówień publicznych. Grupa ekspertów, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, na bieżąco dokonywała analizy przekazanych materiałów (np. wykazów osób złożonych wraz z ofertami wykonawców, czy też wyjaśnień i uzupełnień przedstawianych przez wykonawców w toku Postępowania), a następnie przedstawiała rekomendacje dotyczące dalszego procedowania. Zamawiający wyjaśnił, że angażował ekspertów w szczególności do badania ofert pod względem spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz do oceny ofert w kryterium „Zespół osób”, bowiem intencją Zamawiającego było, aby informacje dotyczące posiadanego doświadczenia w zakresie realizowanych inwestycji, zawarte w złożonych ofertach,

zostały zweryfikowane przez ekspertów posiadających wyselekcjonowaną wiedzę w danej dziedzinie i doświadczenie zdobyte podczas realizacji szeregu zadań inwestycyjnych.

Zamawiający przy podejmowaniu czynności w Postępowaniu brał pod uwagę rekomendacje przygotowane przez powołany zespół ekspertów. Na marginesie Zamawiający wskazał, że w skład Komisji Przetargowej powołanej do przygotowania i przeprowadzenia Postępowania wchodził także przedstawiciel kancelarii prawnej, którzy są specjalistami w zakresie zamówień publicznych.

Wobec powyższego, zdaniem Zamawiającego, nie ulega wątpliwości, że dołożył wszelkich starań, aby Postępowanie było przeprowadzone w sposób rzetelny, prawidłowy i obiektywny.

1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp

Zgodnie z pkt 3.1.1.3 ppkt 1 lit. d SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoba dedykowana do pełnienia funkcji kierownika robót budowlanych posiadała m.in. następujące doświadczenie:

„d) posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min., 7.000 m² (słownie: siedem tysięcy) lub o wartości brutto wykonanych robót budowlanych co najmniej 40.000.000,00 PLN (słownie: czterdzieści milionów)”.

Na potwierdzenie spełniania powyższego wymogu Wykonawca S wskazał, że M.D. posiada doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy inwestycji pn.: „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G. w K.”. Jako zamawiającego wykonawca wskazał Z. R. Z. Z. K. W wykazie podano, że wartość przedmiotowej inwestycji wyniosła 43.251.107,78 zł brutto, natomiast powierzchnia użytkowa to 6.834,80 m².

Mając na względzie ww. wymóg w zakresie doświadczenia kierownika budowy Zamawiający na etapie badania i oceny ofert dokonał sprawdzenia wskazanego doświadczenia w trzech następujących aspektach.

Najpierw Zamawiający zbadał, czy inwestycja pn.: „Remont i modernizacja k. S.” dotyczyła budynku użyteczności publicznej. W wyniku analizy Zamawiający ustalił, że budynek K. S. bez wątpienia jest budynkiem użyteczności publicznej, co wynika z wiedzy ogólnej. W budynku znajduje się muzeum o funkcji ekspozycyjnej, na parterze część handlowa, co niewątpliwie pozwala stwierdzić, że obiekt ma funkcje budynku użyteczności publicznej. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że w tym zakresie wymóg został spełniony.

Następnie Zamawiający zbadał, czy zakres prac związany z ww. inwestycją polegał na budowie w rozumieniu definicji słowa „budowa” określonej w Ustawie, do której odesłał wykonawców w SIWZ. Otóż zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 6 Ustawy pod tym pojęciem należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Jest faktem znanym powszechnie, że powyższe muzeum powstało w wyniku budowy, a nie adaptacji istniejących pomieszczeń, bowiem kondygnacje podziemne należało dopiero zbudować. Wobec tego w ocenie Zamawiającego wskazana inwestycja spełniała także wymóg dotyczący „budowy”.

Zamawiający zaznaczył, że odmienne stanowisko w zakresie spełniania tego wymogu miał zespół ekspertów, który zarówno we wstępnej analizie (przedstawionej w dniu 19 stycznia 2017 r.), jak i w tej ostatecznej, przekazanej mailem w dniu 25 stycznia 2017 r., zwrócił uwagę na fakt, że omawiana inwestycja nie polegała na budowie w rozumieniu słowa „budowa” użytym w Ustawie.

Zamawiający, biorąc pod uwagę, że Wykonawca S w wykazie osób oświadczył, że spełnia powyższy wymóg, natomiast z treści opinii ekspertów wynikało, że jednak tego wymogu nie spełnia, w dniu 25 stycznia 2017 r. wezwał Wykonawcę S do złożenia wyjaśnień, czy inwestycja pn.: „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G. w K.” polegała na budowie w rozumieniu definicji pojęcia „budowa” zawartej w Ustawie oraz w SIWZ.

Wykonawca S w odpowiedzi na ww. wezwanie, w piśmie z 30 stycznia 2017 r., potwierdził, że przedmiotowa inwestycja polegała na budowie w takim właśnie znaczeniu.

W świetle powyższego Zamawiający nie miał podstaw, aby przyjąć, że Wykonawca S nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu.

Co ważne – Zamawiający po otrzymaniu odwołania przekazał jego kopię oraz inne dokumenty związane z inwestycją „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G. w K.”, które udało się pozyskać Zamawiającemu, a które to mogą być kluczowe przy rozstrzygnięciu odwołania, zespołowi ekspertów, celem przedstawienia rekomendacji. Wśród zebranych dokumentów były m.in. 2 decyzje o pozwoleniu na budowę wydane dla ww. inwestycji, a także jedna z umów na roboty budowlane dla tej inwestycji. Analiza ekspertów przygotowana w oparciu o ww. dokumenty oraz o treść odwołania potwierdza, że roboty budowlane przy ww. inwestycji można zaliczyć do budowy rozumianej zgodnie z definicją wyrażoną w Ustawie.

Kolejnym aspektem, który został zbadany przez Zamawiającego był ostatni wymóg, tj. czy wartość robót budowlanych wykonanych w ramach inwestycji wynosi nie mniej niż 40.000.000,00 zł brutto lub powierzchnia użytkowa tego budynku wynosi nie mniej niż 7.000 m².

Z uwagi na fakt, że Wykonawca S wskazał w treści wykazu, że powierzchnia użytkowa budynku jest mniejsza niż 7.000 m², Zamawiający skupił się na wartości robót wykonanych w ramach inwestycji. Zamawiający dokonał weryfikacji w oparciu o oświadczenie Wykonawcy S. złożone w treści wykazu osób, zgodnie z którym wartość wykonanych robót w ramach inwestycji wynosi 43.251.107,78 zł brutto. Wartość robót budowlanych wskazana przez Wykonawcę S nie budziła wątpliwości Zamawiającego ze względu na skalę inwestycji. Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że wartość ta nie wzbudziła także zastrzeżeń zespołu ekspertów.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że po zapoznaniu się z treścią odwołania wyszukał w Internecie publicznie dostępne ogłoszenia dotyczące zamówień związanych z inwestycją pn.: „Remont i modernizacja k. S.”, z których wynika, że wartość robót wykonanych w ramach ww. inwestycji rzeczywiście przekracza 40 mln zł brutto. Dodał, że podczas badania i oceny ofert przyjął, że wymóg dotyczący wartości robót wykonanych w ramach danej inwestycji należy odczytywać bez żadnych ograniczeń co do rodzaju robót, a zatem zgodnie z Ustawą, tj. zaliczając do wartości robót również prace remontowe.

Rozdział między robotami remontowymi na istniejącej części, a robotami na części rozbudowanej – na co zwraca uwagę Odwołujący w treści odwołania – jest w ocenie Zamawiającego sztuczny i trudny w rzeczywistości do przeprowadzenia, gdyż każda rozbudowa zakłada dostosowanie istniejącej części do nowo powstałej, tak aby obydwie funkcjonowały jako całość. Zamawiający określając w SIWZ warunki doświadczenia w odniesieniu do kierownika budowy, nie rozdzielał wartości tych robót, ale zgodnie z ustawową definicją wymagał przedstawienia ich łącznej wartości dla pracy kierownika budowy na obiekcie. Zamawiający nadmienił, że funkcją wprowadzenia do SIWZ ww. wymogu w odniesieniu do kierownika budowy jest gwarancja posiadania przez niego doświadczenia w prowadzeniu inwestycji o odpowiedniej skali. Rozróżnienie między robotami *stricte* remontowymi a faktycznie polegającymi na budowie w rozumieniu Ustawy jest w tym zakresie nieistotne. Zamawiający przyjmując taki tok rozumowania, kierował się wytycznymi Izby wyrażonymi w wyroku z 30 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2112/16, KIO 2122/16, wydanym również na gruncie Postępowania.

Powyższe pozwoliło Zamawiającemu uznać, że Wykonawca S wykazał spełnianie wymogu co do wartości inwestycji, przy której M.D. pełnił funkcję kierownika budowy.

W zakresie kwestii dotyczącej braku możliwości ponownego wezwania Wykonawcy S do złożenia wykazu osób w przypadku ponownego badania i oceny ofert, z uwagi na fakt, że wykonawca ten bez wezwania Zamawiającego dokonał uzupełnienia wykazu osób, Zamawiający potwierdził, że Wykonawca S, przy okazji wezwania do złożenia wyjaśnień dokonał tzw. „samouzupełnienia”, a Zamawiający to „samouzupełnienie” uznał. Istotne jest

jednak, że nowy wykaz osób został uzupełniony o osobę do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, a nie o osobę do pełnienia funkcji kierownika budowy. W pozostałym zakresie dane zawarte w wykazie uzupełnionym w dniu 30 stycznia 2017 r. nie odbiegały od danych zawartych w wykazie złożonym wraz z ofertą. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, w przypadku ponownego badania i oceny ofert możliwe byłoby wezwanie Wykonawcy S do uzupełnienia wykazu osób w zakresie osoby do pełnienia funkcji kierownika budowy, bowiem poprzedni wykaz został uzupełniony w zupełnie innym zakresie. Zasada jednokrotności wezwania, na którą powołuje się Odwołujący, dotyczy sytuacji, w której wykonawca byłby wzywany kilkakrotnie do uzupełnienia dokumentu w tym samym zakresie, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, gdyż kłóci się to z podstawowymi zasadami udzielania zamówień, takimi jak zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co do zarzutu dotyczącego ewentualnego wprowadzenia w błąd Zamawiający wyjaśnił, że przyjął, że informacje zawarte przez wykonawców w wykazie osób są prawdziwe, bowiem profesjonalny wykonawca, który często startuje w publicznych przetargach, a takim bez wątpienia jest Wykonawca S, doskonale wie, jakie konsekwencje na gruncie Pzp, ale także innych regulacji, przewidziane są dla wykonawców, którzy wprowadzają Zamawiającego w błąd.

2. Naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp

Zamawiający przytoczył postanowienie pkt 7.2.2 ppkt 1 SIWZ dotyczące zasad przyznawania punktów w podkryterium „Doświadczenie członków podstawowego Zespołu” i wyjaśnił, że jedną z inwestycji wskazanych przez Wykonawcę S przy doświadczeniu M.D. (osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy) faktycznie była „Przebudowa budynków n. s. R. w W.”, zrealizowana dla zamawiającego – K. S. „W.” T. T. sp. z o.o. Zgodnie ze wzorem wykazu osób wykonawca zobowiązany był zaznaczyć do jakiego rodzaju budynku należy budynek wskazany w wykazie spośród następujących opcji: (1) archiwum, (2) miejsce przechowywania dziedzictwa kulturowego, (3) budynek z grupy 1262 zgodnie z klasyfikacją PKOB. Zamawiający podkreślił, że w przypadku pkt (1) i (2) jasno zdefiniował w SIWZ, co należy rozumieć pod tymi pojęciami. Wykonawca S zaznaczył, że budynek ten należy do grupy (2) i (3).

Zamawiający przyznał, że N. S. R. jest budynkiem o charakterze służebnym wobec kompleksu budynków M. Ż. S. w W. Wynika to zarówno z przynależności administracyjnej, położenia budynku, a także jego funkcji. Zamawiający uznał jednak, że ww. budynek spełnia wymóg kryterialny, o czym przesądziły w szczególności następujące okoliczności:

1. obiekt stanowi jedną z głównych części komunikacyjnych muzeum; bezpośrednio w obiekcie znajdują się kasy biletowe, stałe i tymczasowe wystawy

eksponatów muzealnych, oraz zabezpieczone relikty historyczne i architektoniczne, co stwarza konieczność zapewnienia odpowiednich warunków ich przechowywania,

2. obiekt stanowi całość funkcjonalną i administracyjną z kompleksem muzeum.

W związku z powyższym Zamawiający nie miał wątpliwości, że wskazana inwestycja spełnia wymóg kryterialny, a w konsekwencji, że należy przyznać za nią punkty.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wprowadzania Zamawiającego w błąd Zamawiający przytoczył argumentację z odpowiedzi na omówiony w pkt 1 zarzut, a nadto stwierdził, że jego zadaniem jest badanie i ocena złożonych ofert, a nie weryfikowanie prawdziwości wszystkich informacji podanych przez wykonawców. Ewentualna „interwencja” Zamawiającego w postaci wezwania do wyjaśnień czy uzupełnień pojawia się wtedy, gdy informacje zawarte w ofercie budzą wątpliwości lub są niekompletne. W niniejszej sytuacji Zamawiający na etapie oceny ofert nie miał zastrzeżeń do tej inwestycji. Pokreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że także zespół ekspertów w swoich rekomendacjach nie miał zastrzeżeń do tej inwestycji i rekomendował przyznanie za nią punktów. Co więcej, ów zespół w analizie przygotowanej po zapoznaniu się z treścią odwołania podtrzymał swoje stanowisko, że Zamawiający słusznie przyznał punkty za ww. inwestycję, bowiem N. S. R. stanowi integralną część M. Ż. S. w W.

3. Naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp

Zamawiający podkreślił, że przy przygotowaniu i prowadzeniu Postępowania starał się podejmować takie działania, które spowodują, że Postępowanie zostanie przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi przepisami, w sposób rzetelny i obiektywny. Do tych działań należało m.in. powołanie zespołu ekspertów z ramienia Inwestora Zastępczego oraz powołanie do Komisji Przetargowej specjalistów z zakresu zamówień publicznych z zewnętrznej obsługi prawnej. Wszystkie ważniejsze decyzje były omawiane podczas posiedzeń Komisji Przetargowej, a w sprawach kluczowych Zamawiający występował o rekomendację do zespołu ekspertów. Zamawiający podejmował działania bazując również na wyjaśnieniach składanych przez wykonawców, a także na wiedzy i doświadczeniu w realizowaniu podobnych inwestycji powołanych ekspertów.

4. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 Pzp

Zamawiający potwierdził, że Wykonawca S złożył oświadczenie JEDZ razem z ofertą, aktualne na dzień 4 stycznia 2017 r. Następnie, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Wykonawca S sam uzupełnił wykaz osób, a w konsekwencji przedstawił nowe

oświadczenie JEDZ datowane na 30 stycznia 2017 r. W odpowiedzi na kolejne wezwanie wykonawca z ostrożności złożył kolejne oświadczenie JEDZ datowane na dzień 14 lutego 2017 r.

Zamawiający wyjaśnił, że nie kwestionował uzupełnionych oświadczeń JEDZ w zakresie ich daty aktualności. Z przepisu art. 25a Pzp wynika bowiem, że oświadczenie JEDZ aktualne na dzień składania ofert powinno być złożone razem z ofertą i takie oświadczenie zostało złożone przez Wykonawcę S. Zamawiający podczas badania i oceny ofert powziął wątpliwość, czy osoba wskazana przez Wykonawcę S do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sanitarnym spełnia wymogi określone w SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę S do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Wykonawca S w piśmie z 30 stycznia 2017 r. potwierdził, że osoba do pełnienia funkcji kierownika robót w zakresie sanitarnym wskazana w wykazie osób złożonym wraz z ofertą nie spełnia wymogu opisanego w SIWZ i jednocześnie dokonał „samouzupełnienia” w taki sposób, że wraz z odpowiedzią na wezwanie do złożenia wyjaśnień wykonawca przedstawił nowy wykaz osób uzupełniony o nową osobę do pełnienia ww. funkcji. W konsekwencji Wykonawca S przedstawił też oświadczenie JEDZ, które w stosunku do oświadczenia JEDZ złożonego wraz z ofertą różniło się tylko tym, że została zamieniona osoba do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych. Uzupełnione oświadczenie JEDZ było datowane na dzień 30 stycznia 2017 r. Zamawiający, mając na względzie nowe brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, uznał, że dopuszczalne jest złożenie oświadczenia JEDZ z datą aktualną na dzień uzupełnienia. Głównym argumentem było to, że w brzmieniu ww. przepisu przed nowelizacją dokonaną w lipcu 2016 r. zawarte było postanowienie, zgodnie z którym złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W aktualnym brzmieniu art. 26 ust. 3 Pzp brak jest ww. postanowienia, wobec czego Zamawiający przyjął, że oświadczenie JEDZ aktualne na dzień uzupełnienia jest prawidłowe.

Na marginesie Zamawiający podał, że odmienna interpretacja prowadziłaby do sytuacji, w której w celu wypełnienia ustawowego przywileju [uzupełnienia] wykonawca musiałby „antydatować” dokument. Wiadomo bowiem, że dokument uzupełniany po otwarciu ofert nie może mieć daty z daty otwarcia ofert.

Odnosząc się do oświadczenia JEDZ złożonego przez Wykonawcę S w dniu 14 lutego 2017 r. Zamawiający wskazał, że podczas badania dokumentów uzupełnionych w dniu 30 stycznia 2017 r. zauważył, że w oświadczeniu JEDZ nie została wymieniona jedna

z osób wskazana w uzupełnionym wykazie osób. W związku z powyższym wezwał Wykonawcę S do potwierdzenia, czy omyłkowo w oświadczeniu JEDZ została pominięta ta osoba. Wykonawca S w piśmie z 14 lutego 2017 r. potwierdził, że nastąpiło to w wyniku omyłki, a z ostrożności przedstawił także oświadczenie JEDZ, w którym ujęto brakującą osobę. Oświadczenie to było datowane na dzień 14 lutego 2017 r. i także ze z względów wskazanych powyżej Zamawiający nie miał zastrzeżeń do daty tego dokumentu.

W piśmie procesowym z 22 marca 2017 r. Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie, argumentując dodatkowo jak niżej.

Na wstępie podkreślił, że twierdzenia pełnomocnika Zamawiającego co do sposobu rozumienia warunku udziału w Postępowaniu (a w konsekwencji – twierdzenia w sprawie spełnienia tego warunku przez Przystępującego) nie zasługują na uwzględnienie. Jeden z pełnomocników Zamawiającego podnosił, że wspomniany warunek obejmuje alternatywny wymóg posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy robotach o wartości brutto co najmniej 40.000.000,00 zł. Stoi to w sprzeczności z literalną treścią omawianego warunku, która wartość robót odnosi do budowy budynku użyteczności publicznej. Kwota ta charakteryzuje budowę, którą powinien legitymować się, a nie czyni roboty o takiej wartości samodzielnym wymogiem w zakresie doświadczenia. Gdyby bowiem Zamawiający chciał sformułować warunek dotyczący doświadczenia przy kierowaniu robotami o wartości 40.000.000,00 zł, to całkowicie zbędny byłby ten fragment rozdziału 3 pkt 1.1.3. SIWZ, który stanowi o doświadczeniu w pełnieniu funkcji kierownika budowy na budowie co najmniej 1 budynku użyteczności publicznej. Zgodnie z definicją robót budowlanych zawartą w art. 3 pkt 7 Ustawy przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Tym samym (przy przyjęciu rozumienia warunku prezentowanego przez Zamawiającego) nie byłoby żadnego sensu wyodrębniania w treści warunku doświadczenia polegającego na budowie co najmniej 1 budynku użyteczności publicznej, gdyż jako budowa zawierałby się on w robotach. Pojęcie robót budowlanych (art. 3 pkt 7 Ustawy) obejmuje bowiem także budowę.

Gdyby Zamawiający sformułował wymóg legitymowania się pełnieniem funkcji kierownika budowy na robotach o wartości 40.000.000,00 zł, to warunek brzmiałby zupełnie inaczej niż brzmi postanowienie rozdziału 3 pkt 1.1.3 SIWZ. Byłaby w nim mowa o doświadczeniu w pełnieniu funkcji kierownika budowy na robotach o wartości 40.000.000,00 zł. Taką wykładnię warunku udziału w Postępowaniu wspiera też fakt, że Zamawiający określił w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości warunki udziału w Postępowaniu w rozdziale 3 SIWZ. Zamawiający, celem wykluczenia jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych w zakresie kluczowych pojęć, którymi posłużył się konstruując

warunki udziału w Postępowaniu, w Rozdziale 3 pkt 3.1.1.2. dokonał ich precyzyjnego zdefiniowania.

Nie jest zatem tak, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy (w tym przypadku – M.D. wskazany przez Przystępującego) mogła się legitymować doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy na jakichkolwiek robotach o wartości 40.000.000,00 zł. Przeciwnie – doświadczenie to mogło pochodzić jedynie z wykonywania funkcji kierownika budowy budynku użyteczności publicznej, który bądź posiadał powierzchnię użytkową min. 7,000 m², bądź którego wartość brutto wykonanych robót wynosiła co najmniej 40.000.000,00 zł.

Takie rozumienie powyższego warunku jest również uzasadnione przedmiotem zamówienia (budowa nowej siedziby A. N.), zaś zgodnie z art. 65 § 1 K.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje,

Nie zasługują też na uwzględnienie twierdzenia drugiego z pełnomocników Zamawiającego, który podnosił, że w zakresie prac objętych modernizacją wykonywane były prace polegające *de facto* na rozbudowie, co z racji definicji pojęcia „budowa” wypełnia wymóg budowy, o którym mowa w treści warunku. Stosownie bowiem do definicji legalnej budowy należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Pomijając wzajemną sprzeczność twierdzeń poszczególnych pełnomocników Zamawiającego, należy zwrócić uwagę, że argumentacja upatrująca w zakresie prac modernizacyjnych wykonywanych w ramach realizacji inwestycji pn. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G. w K.” nie może się ostać z następujących powodów:

1. gdyby roboty te polegały na wykonywaniu rozbudowy to w decyzji Prezydenta Miasta K. o pozwoleniu na budowę nr 1766/05 z dnia 27 października 2006 r. nie zostałyby nazwane remontem i modernizacją; decyzja o pozwoleniu na budowę zostaje wydana przez organ administracji budowlanej właściwy w sprawie, korzysta z domniemania legalności (zgodności z prawem) i trudno uznać, że organ ją wydający nic potrafi dokonać prawidłowej kwalifikacji zamierzenia budowlanego,
2. w złożonej do akt sprawy decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. z dnia 15 stycznia 2010 r. nr 20/10 o umorzeniu postępowania w sprawie pozwolenia na użytkowanie dla robót będących przedmiotem decyzji Prezydenta Miasta K. z dnia 27 października 2005 r. nr 1766/05 o pozwoleniu na budowę organ nadzoru budowlanego wyraźnie wskazał, że w zakresie inwestycji pn. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R.G. w K.” nie doszło do jakiegokolwiek rozbudowy obiektu budowlanego; w uzasadnieniu ten

decyzji organ nadzoru napisał, że „Zgodnie z powołanym orzecznictwem pojęcie „wzniesienia” obiektu nie jest tożsame z pojęciem wyremontowanych i zmodernizowanych pomieszczeń parteru istniejącego budynku S. (bez M. N.), skoro w wyniku tych robót nie została powiększona substancja obiektu przez jego odbudowę, nadbudowę lub rozbudowę”.

Analogiczne stwierdzenia znalazły się także w dwóch innych decyzjach Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. o umorzeniu postępowania w przedmiocie udzielenia pozwolenia na użytkowanie (decyzja nr 313/10 z dnia 25 czerwca 2010 r. oraz decyzja nr 481/10 z dnia 20 września 2010 r.). Także w tych przypadkach organ nadzoru budowlanego jednoznacznie wskazywał, że nie dochodziło do rozbudowy obiektu S. W związku z powyższym oświadczenie Zamawiającego złożone na rozprawie jest twierdzeniem ponad osnowę dokumentu urzędowego i nie powinno mieć znaczenia przy ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego.

Przy okazji Odwołujący zauważył, że Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w K. nie miał żadnych wątpliwości, aby wydać pozwolenie na użytkowanie dla robót budowlanych objętych pozwoleniem na budowę nr 2820/08 z dnia 9 grudnia 2008 r. W tym zakresie organ nadzoru wydał decyzję nr 485/10 z dnia 23 września 2010 r.

Analizując przedmiot umowy nr TI-2/2251/99/2009 zawartej przez Z. R. Z. Z. K. działający w imieniu (1) Z. I. K. i T. w K. oraz (2) Z. B. K. w K., zwanej dalej „Umową”, wynikający z harmonogramu rzeczowo-finansowego załączonego do tej umowy widać jednoznacznie, że nie obejmował ona żadnej rozbudowy, a jedynie prace polegające na wykonywaniu nowych instalacji oraz prac konserwatorskich i wykończeniowych, przy czym na same tylko prace konserwatorskie i wykończeniowe przypada ponad 6 mln zł wartości wynagrodzenia wynikającego z tej umowy.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że przywoływana argumentacja Zamawiającego zdaje się nie dostrzegać, że w omawianym przypadku mamy do czynienia z decyzjami wydanymi dla odrębnych obiektów budowlanych. Decyzja Prezydenta Miasta K. o pozwoleniu na budowę nr 1766/05 z dnia 27 października 2006 r. (obejmująca remont i modernizację) dotyczy istniejącego budynku S., zaś decyzja Prezydenta Miasta K. nr 2820 z dnia 9 grudnia 2008 r. dotyczy nowopowstającego podziemnego budynku muzeum. Nie można w tym przypadku mówić o doświadczeniu zdobytym w ramach budowy, skoro część robót polegała na remoncie sąsiadującego, ale innego obiektu budowlanego (w tym przypadku budynku S.).

W odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego o udzieleniu bliżej niewskazanych zamówień dodatkowych i uzupełniających Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wskazał ani ich zakresu, ani ich wartości. Ocenie w ramach postępowania dowodowego

podlegać mogą jedynie kopie umów na zamówienia dodatkowe złożone przez Przystępującego. Dodatkowo, z ostrożności procesowej, Odwołujący wskazał, że ewentualne zamówienia uzupełniające, jeżeli nawet były udzielane przez inwestorów zadania inwestycyjnego pn. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G. w K.”, nie powinny być brane pod uwagę przy określaniu wartości tej budowy. Zamówienia uzupełniające, z racji przesłanek ich zastosowania wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 6 Pzp (w brzmieniu wówczas obowiązującym), nie musiały się bezpośrednio wiązać z robotami budowlanymi wykonywanymi w ramach zamówienia podstawowego, co powoduje, że nie powinny być doliczane do wartości zamówienia podstawowego. Okoliczność tą uprawdopodobnia informacja o wartości środków trwałych wytworzonych w ramach omawianej inwestycji uzyskana od Z. I. K. i T. w K. Zgodnie z nią wartość tych środków trwałych wynosi 38.396.786,19 zł.

Co więcej, analizując umowy na roboty dodatkowe złożone przez Przystępującego na rozprawie widać, że tylko niewielki zakres rzeczowy tych umów przypadął na wykonanie budowy:

1. umowa na roboty dodatkowe z dnia 15 września 2010 r. w części dotyczącej wynagrodzenia w kwocie 1.795.390,72 zł brutto obejmuje zamówienie dodatkowe do prac remontowych, a zatem nie może być traktowane jako wartość robót polegających na budowie; wartość zamówień dodatkowych do prac remontowych wynika z § 4 ust. 4 lit. b ww. umowy, który wskazuje jako płatnika tej kwoty inwestora części remontowo-modernizacyjnej, czyli Z. B. K. w K.,
2. umowa na roboty dodatkowe z dnia 20 kwietnia 2010 r. w całości obejmuje zamówienie dodatkowe do prac remontowych, a zatem nie może być traktowane jako wartość robót polegających na budowie; wynika to z faktu stroną inwestorską tej umowy jest inwestor części remontowo-modernizacyjnej, czyli Z. B. K. w K.,
3. umowa dodatkowa nr U TI-2/2251/163/2009 w całości obejmuje zamówienie dodatkowe do prac remontowych, a zatem nie może być traktowane jako wartość robót polegających na budowie; wynika to z faktu stroną inwestorską tej umowy jest inwestor części remontowo-modernizacyjnej, czyli Z. B. K. w K. i to on jest płatnikiem wynagrodzenia (§ 6 ww. umowy).

Nie jest także prawdą (jak starał się przekonywać Przystępujący), że zakresy robót objęte obydwoma pozwoleniami na budowę w ramach zadania pn.: „Remont i modernizacja krakowskich S. i podziemi R. G. w K.” tworzyły jedną nierozdzielalną całość. Przeciwno takiemu ich ujęciu w pierwszej kolejności przemawia okoliczność, że poszczególne zakresy rzeczowe robót ujęte w pozwoleniach na budowę zostały w taki, a nie inny sposób określone przez inwestorów wnioskujących o wydanie tych decyzji. To nikt inny, jak poszczególni

inwestorzy (Z. I. K. i T. w K. oraz Z. B. K. w K.) zawnioskowali o wykonywanie robót na poszczególnych obiektach (istniejący budynek S. oraz nowobudowany budynek podziemnego muzeum).

Postrzeganie obu zadań jako odrębnych zamierzeń budowlanych będące udziałem inwestorów (Z. I. K. i T. w K. oraz Z. B. K. w K.) znalazło również odzwierciedlenie w odrębnych decyzjach administracyjnych o pozwoleniu na budowę. Powyższa okoliczność prawna oznacza, że organy administracji budowlanej traktowały oba zakresy rzeczowe jako dwa odmienne co do swojego charakteru zamierzenia budowlane. Zgodnie bowiem z art. 33 ust. 1 Ustawy pozwolenie na budowę dotyczy całego zamierzenia budowlanego.

Stanowisko podobne do stanowiska organu administracji budowlanej zajął też nadzór budowlany w powoływanych powyżej decyzjach Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K.

Zakresy rzeczowe prac prowadzonych na podstawie pozwoleń na budowę nr 2820/08 z dnia 9 grudnia 2008 r. i nr 1766/05 z dnia 27 października 2005 r. niewątpliwie sąsiadowały ze sobą, ale nie oznacza to, że oba tworzyły jedną budowę w rozumieniu przepisów Ustawy. Remont (sąsiadującego z budową nowego budynku podziemnego muzeum) budynku S. w zakresie potrzebnym do stworzenia wejścia do nowobudowanego budynku podziemnego muzeum wynikał z decyzji Prezydenta Miasta K. z dnia 29 września 2008 r. nr AU-2/7331/3427/08 o warunkach zabudowy. Jak wynika z Załącznika nr 1 do tej decyzji, w warunkach zabudowy określono zakaz wyprowadzania na płytę R. jakichkolwiek wyjść (w tym ewakuacyjnych), co wymusiło stworzenie wejścia do nowobudowanego budynku podziemnego poprzez jedną z arkad S.

Nie oznacza to jednak, że w ten sposób doszło do rozbudowania S. o nowy podziemny budynek muzeum. W efekcie prowadzonych robót budowlanych powstał nowy (podziemny) budynek muzeum oraz został poddany remontowi budynek S., tak aby stworzyć w nich wejście do nowopowstałego budynku podziemnego muzeum. Z tego właśnie powodu organ administracji budowlanej (Prezydent Miasta K.) wydał nie jedną, lecz dwie decyzje administracyjne o pozwoleniu na budowę. Był bowiem świadomy, że budowa nowego podziemnego budynku muzeum nie stanowi ani przebudowy, ani rozbudowy istniejącego budynku S., lecz prowadzi do wzniesienia całkowicie nowego budynku pod płytą R. Był też w pełni świadomy, że prace remontowe istniejącego budynku S. nie są częścią budowy nowego podziemnego budynku muzeum.

Podkreślenia wymaga, że pomimo sąsiedztwa zakresów decyzji administracyjnych o udzieleniu pozwolenia na budowę dla remontu S. i dla budowy nowego muzeum podziemnego oba budynki (tj. istniejący budynek S. i nowopowstający budynek muzeum) były i są całkowicie odrębne strukturalnie i konstrukcyjnie. Odrębność tą akcentuje

przywoływana już decyzja decyzji Prezydenta Miasta K. z dnia 29 września 2008 r. nr AU-2/7331/3427/08 o warunkach zabudowy. W Załączniku nr 1 do tej decyzji ustanawia się bowiem wymóg nienaruszalności budynku S.

Z powyższych względów bez większego znaczenia pozostaje złożenie przez Przystępującego decyzji Prezydenta Miasta K. z dnia 10 października 2010 r. nr 1771/06 w sprawie zmiany decyzji o pozwoleniu na budowę nr 1766/05 z dnia 27 października 2006 r. Z decyzji tej nie wynika, aby roboty będące jej przedmiotem traktować jako całość z robotami będącymi przedmiotem decyzji nr 2820/08 z dnia 9 grudnia 2008 r.

Co więcej, odrębności zakresów obu zamierzeń inwestycyjnych był świadomy M.D. jako kierownik budowy. Składając do właściwego organu dokumentację powykonawczą dla zadania „Budowa podziemnych pomieszczeń sanitarno-technicznych oraz ekspozycji muzealnej pod płytą R. G. wraz z infrastrukturą techniczną” złożył dokumentację jedynie w zakresie rzeczowym objętym przedmiotem decyzji o pozwoleniu na budowę nr 2820/08 z dnia 9 grudnia 2008 r. Skoro roboty objęte zakresem obu pozwoleń na budowę stanowiły (rzekomo) jedno zamierzenie budowlane, to dlaczego kierownik budowy nie opracował dokumentacji powykonawczej dla zakresu rzeczowego ujętego w decyzji budowę nr 1766/05 z dnia 27 października 2006 r.

W zakresie doświadczenia M.D. zdobytego przy realizacji inwestycji „Przebudowa budynków n. s. R. w W.” Odwołujący zwrócił uwagę, że nie ma racji Zamawiający twierdząc, jakoby decyzja D. U. G. do B. K. U. E. (dalej: „Dyrektora UG”) nr 24 z dnia 15 lipca 2009 r. o pozwoleniu na budowę nie dotyczyła przebudowy tego budynku, a jedynie urządzeń technicznych. W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę, że przedmiotowa decyzja (poza powołaniem się na przepisy Ustawy), jako podstawę prawną swojego wydania wskazuje również art. 57 obowiązującej wówczas ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U.2005.228.1947 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pgg”. Przepis ten stanowił, że do projektowania, budowy, utrzymania i rozbiórki obiektów budowlanych zakładu górniczego stosuje się przepisy prawa budowlanego, chyba że ustawa stanowi inaczej. Z kolei art. 57 ust. 2 tej ustawy stanowił, że w odniesieniu do działalności, o której mowa w art. 57 ust. 1 Pgg, zadania z zakresu administracji architektoniczno-budowlanej i nadzoru budowlanego określone w przepisach prawa budowlanego wykonują właściwe organy nadzoru górniczego.

Z powyższego wynika, że ww. decyzja dotyczy budynku nadszybia, a nie urządzeń technicznych i została wydana przez organ właściwy w sprawie, gdyż przepis art. 57 ust. 2 Pgg, jako przepis szczególny do Ustawy, uchylał w tym zakresie właściwość starosty do wydania pozwolenia na budowę.

Z tego też powodu bez znaczenia dla sprawy jest decyzja Starosty Wielickiego nr 827/2009 z dnia 11 sierpnia 2009 r. złożona przez Przystępującego. Z bardzo dużym prawdopodobieństwem decyzja ta dotyczy jakichś obiektów budowlanych znajdujących się w sąsiedztwie nadszybia, ale nie samego nadszybia, gdyż w tym zakresie pozwolenie na budowę wydał Dyrektor UG kwalifikując ten obiekt do kategorii XVIII z załącznika do Ustawy (czyli do obiektów przemysłowych).

Nie jest też tak, jakoby decyzja D. U. G. stanowiła stanowisko wydane w toku postępowania administracyjnego w przedmiocie udzielenia pozwolenia na budowę prowadzonego przez Starostę W. W istocie, stosownie do postanowień art. 106 § 1 K.p.a., jeżeli przepis prawa uzależnia wydanie decyzji od zajęcia stanowiska przez inny organ (wyrażenia opinii lub zgody albo wyrażenia stanowiska w innej formie), decyzję wydaje się po zajęciu stanowiska przez ten organ. Należy jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 106 § 5 K.p.a. zajęcie stanowiska przez ten organ następuje w drodze postanowienia, a nie decyzji.

Na marginesie Odwołujący zasygnalizował, że decyzja Starosty W. rzeczywiście nawiązuje do pisma Dyrektora UG z tej samej daty co decyzja, ale o innej sygnaturze niż sygnatura decyzji.

W świetle powyższego nie może być wątpliwości, że obiekt wskazany w doświadczeniu M.D. nie może być zakwalifikowany do grupy 1262 PKOB. Czterocyfrowa klasa 1262 PKOB „Budynki muzeów i bibliotek” obejmuje muzea, galerie sztuki, biblioteki i centra informacyjne oraz budynki archiwów.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest to, że w przebudowanym n. s. R. umieszczone zostały muzealia i fragmenty wystawy, jako że okoliczność ta nie wpisuje się w opis kryterium oceny ofert.

Poza sporem jest fakt, że omawiane nadszybie nie jest obiektem, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie materiałów archiwalnych. Jak wykazano to powyżej nie jest też obiektem z grupy 1262 PKOB. Jego ewentualne uznanie w procesie punktacji ofert musiałoby więc się wiązać z uznaniem go za obiekt budowlany (budynek), którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Tymczasem podstawowym i głównym przeznaczeniem tego obiektu była funkcja obsługi szybu górniczego kopalni soli. Został on jedynie przystosowany do eksponowania w nim muzealiów, ale nie funkcja ta nie była jego przeznaczeniem głównym i podstawowym. Powstał on jako część zakładu górniczego i z racji charakteru M. Ź. S. został przystosowany (i to jedynie w pewnej części) do eksponowania obiektów muzealnych. Tymczasem Zamawiający w treści SIWZ wyraźnie wskazał, że chodzi doświadczenie w przebudowie takiego obiektu, którego podstawowym i

głównym przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Musiał to być zatem taki budynek, który powstał właśnie w tym celu, a przechowywanie obiektów dziedzictwa kulturowego stanowi jego od początku przyjęty cel.

Gdyby teraz przyjąć stanowisko prezentowane przez Przystępującego to *de facto* każdy budynek spełniałby wymóg obiektu, którego podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe tylko przez fakt następczego umieszczenia w nim ekspozycji muzealiów (np. obiekt sakralny, budynek fortyfikacji, budynek lokomotywni, dawny szpital, czy też hala fabryczna). Takie stanowisko pomija jednakże fakt, iż Zamawiającemu ewidentnie chodziło o budynek, dla którego przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe stanowiło podstawowe i główne przeznaczenie. Tym samym był to widomy znak, że Zamawiający eliminuje z tego zakresu obiekty wybudowane pierwotnie z innym przeznaczeniem, a które jedynie zostały przystosowane do przechowywania muzealiów. Wyraźnie bowiem zaznaczył Zamawiający, że chodzi mu o oznaczone przeznaczenie budynku, które określił jako główne i podstawowe.

Na marginesie zauważyć należy, że nawet w aktualnym stanie rzeczy głównym i podstawowym przeznaczeniem n. s. R. nie jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Jak wynika zarówno z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, jak i przez Przystępującego, obiekt ten stanowi część trasy turystycznej M. Ż. S., a zatem pełni rolę komunikacyjną, jedynie obok której występuje pewna funkcja ekspozycyjna.

Jako budynków, których podstawowym i głównym przeznaczeniem jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe nie można też traktować budynków, do których odnosi się decyzja Starosty W. nr 827/2009 z dnia 11 sierpnia 2009 r. złożona na ostatniej rozprawie przez Przystępującego. W sentencji tej decyzji wskazano bowiem, że udziela się pozwolenia na przebudowę budynków z przeznaczeniem dla obsługi turystów. Przeznaczeniem tych obiektów (a do tego podstawowym i głównym) nie jest zatem przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Rolę tego przeznaczenia określił organ administracji budowlanej i aktualne twierdzenia Przystępującego o innym podstawowym i głównym przeznaczeniu tych budynków jest próbą przeprowadzenia dowodu z zeznań uczestnika postępowania ponad ośnowę dokumentu urzędowego jakim jest decyzja administracyjna.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że Przystępujący oświadczy Zamawiającemu w JEDZ, że budynek n. s. R. jest budynkiem z grupy 1262 PKOB, co jest informacją nieprawdziwą.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca S (dalej również „Przystępujący”), wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez ww. przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

W piśmie procesowym z 22 marca 2017 r. Przystępujący uzasadnił wniosek o oddalenie odwołania w następujący sposób.

W odniesieniu do zarzutu niespełniania warunku udziału w Postępowaniu Wykonawca S podniósł, że zadanie pn. „Remont i modernizacja k. s. i podziemi R. G. w K.” stanowiło przedmiot jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z treścią ogłoszenia z dnia 8 stycznia 2009 r, które nie przewidywało możliwości składania ofert częściowych. Stwierdził również, że niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy są twierdzenia Odwołującego, jakoby realizacja robót będących elementem ww. budowy nastąpiła w ramach dwóch odrębnych umów o roboty budowlane, a w każdej z nich po stronie inwestora występował inny podmiot. Podkreślił, że przedmiotowe zadanie było realizowane na podstawie Umowy. W trakcie realizacji zamówienia zlecone zostały roboty dodatkowe i uzupełniające konieczne do wykonania budowy i osiągnięcia zamierzonego celu. Wartość brutto wykonanych robót budowlanych w ramach budowy – z uwzględnieniem wartości umowy podstawowej oraz umów o roboty dodatkowe i uzupełniające – przekroczyła wymagane przez Zamawiającego 40.000.000,00 zł, co jednoznacznie wynika z umowy podstawowej, umów o roboty dodatkowe i uzupełniające oraz ich zestawienia.

Osobą pełniącą funkcję kierownika budowy przez cały okres realizacji zadania był M.D.. Po stronie Inwestora w Umowie występowały co prawda dwa podmioty, tj. Z. I. K. i T. w K. oraz Z. B. K. w K., ale wyłącznie z uwagi na sposób finansowania przedmiotowej budowy. Zabieg redakcyjny polegający na opisie zadania przez wskazanie wyszczególnionych elementów robót służył tylko i wyłącznie rozdzieleniu płatności za te elementy zgodnie z § 6 ust. 1 ww. umowy, natomiast budowa była jedna, co wynika wprost z § 1 ust. 1, który stanowi że wykonawca zobowiązuje się wykonać zadanie, nie zaś zadania.

Niewątpliwie w ramach tej budowy doszło do zwiększenia kubatury oraz powierzchni budynku S., co przesądza o tym, że była to rozbudowa, a więc budowa w rozumieniu art. 3 pkt. 6 Ustawy oraz Rozdziału 3 pkt. 1.1.3 ppkt 1) lit. d) SIWZ. Ponadto, elementy robót wykonywanych w ramach obu pozwoleń na budowę były nierozdzielnie ze sobą związane, wzajemnie się uzupełniały i były wykonywane równolegle, o czym w szczególności świadczą wspólne dokumenty.

Przede wszystkim należy zwrócić szczególną uwagę na dokumenty świadomie załączone do Umowy przez strony, tj. m.in. (1) dokumentację projektową, o której mowa

w § 2 ust. 1 lit. a i b, (2) harmonogram rzeczowo-finansowy prac i plan BIOZ oraz (3) projekt organizacji placu budowy, o którym mowa w §2 ust. c).

(1) Dokumentacja projektowa

Z dokumentacji projektowej kluczowych z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania obiektu budowlanego instalacji jednoznacznie wynika, że projekt obejmował łącznie zarówno zakres określony w § 1 ust. 1a Umowy tj. „Remont i modernizację k. S. – części gminna parteru i piwnic”, jak również zakres określonym w §1 ust. 1b Umowy, tj. „Budowa podziemnych pomieszczeń sanitarno-higienicznych oraz ekspozycji muzealnej pod płytą R. G. wraz z infrastrukturą techniczną (wewnętrzne instalacje wodno-kanalizacyjna, elektryczna, wentylacja mechaniczna i klimatyzacja, słaboprądowa, gazowa, centralnego ogrzewania, wraz z przyłączem gazu”. Przedmiotem prac było jedno kompletne i nierozdzielalne zadanie opisane w §1 ust. 1, tj. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G.”.

Wykonawca S wskazał na przykładowe nazwy projektów:

1. projekt instalacji wodno-kanalizacyjnej wchodzący w skład dokumentacji technicznej projektowej o której mowa w § 1 ust. 1a Umowy dotyczy całego zakresu inwestycji, której dotyczą pozwolenia na budowę o nr 1766/05 i 2820/08. Wspomniana dokumentacja projektowa precyzuje zakres opracowania w pkt 3 opisu technicznego w następujący sposób:
„Projektowana inwestycja zawarta w niniejszej dokumentacji obejmuje:
 - rozwiązanie instalacji wodno-kanalizacyjnej dla rozbudowy i modernizacji podziemia S. i otoczenia fontanny na R. G. (przygotowanie instalacji do ekspozycji muzealnej),
 - przeniesienie wodomierzy do projektowanych studzienek wodomierzowych,
 - rozbudowę wewnętrznej instalacji wodociągowej dla przestrzeni podziemnych wraz z siecią hydrantów,
 - przepompownie, które będą tłoczyć ścieki z dolnych partii budynku do sieci miejskiej.”,
2. projekt instalacji centralnego ogrzewania wchodzący w skład dokumentacji technicznej projektowej o której mowa w §1 ust. 1a Umowy dotyczy całego zakresu inwestycji, której dotyczą pozwolenia na budowę o nr 1766/05 i 2820/08. Wspomniana dokumentacja projektowa precyzuje zakres opracowania w pkt 1.3 opisu technicznego w następujący sposób:
„Projekt obejmuje: instalację co. projektowanych sanitariatów, zmianę instalacji co. w pom. Kupców, podłączenie nagrzewnic wentylacyjnych N1, N2 i N3 w centralach

wentylacyjnych oraz doprowadzenie ciepła do: węzła cieplnego, i do węzłów M. N., Z.B.K, Z.D.I.T, Sanitariatów publicznych i do wyjścia korytarza do Ratusza”.

Zarówno pomieszczenia projektowanych sanitariatów jak i pomieszczenie z centralami wentylacyjnymi oraz samo pomieszczenie węzła MPEC znajduje się w części objętej decyzją Pozwolenia na budowę 2820/08, natomiast całość instalacji obsługuje obydwie części,

3. projekt wewnętrznej instalacji gazowej wchodzący w skład dokumentacji technicznej projektowej o której mowa w §1 ust. 1a Umowy dotyczy całego zakresu inwestycji, której dotyczą pozwolenia na budowę o nr 1766/05 i 2820/08. W ramach Nadzoru Autorskiego dla Remontu i modernizacji K. S. w dniu 27 października 2009 r. została wydana karta nadzoru autorskiego nr 27, z treści której wynika, że prace należy wykonać zgodnie z opracowanym projektem, której przedmiotem jest: „Adaptacja podziemnych kubatur pod płytą R. G. wraz z infrastrukturą techniczną, uwzględniającą zakres badań archeologicznych”,
4. projekt wewnętrznej instalacji wentylacji i klimatyzacji wchodzący w skład dokumentacji technicznej projektowej o której mowa w §1 ust. 1a Umowy dotyczy całego zakresu inwestycji, której dotyczą pozwolenia na budowę o nr 1766/05 i 2820/08. Wspomniana dokumentacja projektowa precyzuje zakres i przedmiot opracowania w ppk 1.1 opisu technicznego w następujący sposób:
„Przedmiotem niniejszego opracowania jest projekt wykonawczy instalacji wentylacji i klimatyzacji dla pomieszczeń muzeum podziemnego R. G. i S. – ciągów kramów w K. zlokalizowanych na poziomie 0.00.”.
Z powyższego oraz wykazu rysunków w punkcie 4 Spisu Zawartości Projektu wynika wprost, że centrale wentylacyjne znajdujące się w części kubatur pod płytą R. G., obsługują wszystkie pomieszczenia muzeum podziemnego (zarówno część bezpośrednio pod budynkiem S. oraz w części kubatur podziemnych pod R.G.) oraz doprowadzają powietrze do kramów znajdujących się na parterze obiektu,
5. projekt wewnętrznych instalacji słaboprądowych wchodzący w skład dokumentacji technicznej projektowej o której mowa w §1 ust. 1a Umowy dotyczy całego zakresu inwestycji, której dotyczą pozwolenia na budowę o nr 1766/05 i 2820/08. Wspomniana dokumentacja projektowa precyzuje zakres i przedmiot opracowania w pkt 1.1 opisu technicznego w następujący sposób:
„Przedmiotem niniejszego opracowania jest projekt wykonawczy instalacji słaboprądowych, dla podziemnych kubatur pod płytą R. G. i pomieszczeń S. (bez M. N.) w K.”.
W pkt 1.2 doprecyzowano również, że pomieszczenia objęte opracowaniem obejmują część I piętra, parter oraz pomieszczenia piwnic w poziomie -1 oraz -2.

(2) Harmonogram finansowo-rzeczowy

Zdaniem Przystępującego nie bez znaczenia pozostaje fakt, że roboty budowlane zostały zaplanowane w harmonogramie rzeczowo-finansowym przez wykonawcę, (potwierdzonym jako załącznik do Umowy przez Zamawiającego) w taki sposób, że wykonywane były równocześnie lub w zależności od technologii prowadzenia robót wzajemnie się uzupełniały bez względu na to czy dotyczą one zakresu o którym mowa w §1 ust. 1a czy w ust. 1b Umowy.

(3) Projekt organizacji placu budowy

Zupełnie niezależnie, na potwierdzenie że w tym konkretnym przypadku mamy do czynienia z jedną budową świadczy również, fakt załączenia do Umowy razem z pozostałymi dokumentami, o których mowa w § 2 ust. 1 projektu organizacji placu budowy. Dokument został opracowany na zlecenie jednego z zamawiających na ok. pół roku przed ogłoszeniem o zamówieniu. Jak można przeczytać w dokumencie:

„Przedmiotem opracowania jest projekt organizacji robót i zagospodarowania placu budowy dla remontu i modernizacji pomieszczeń budynku S. (bez M. N.) i budowy podziemnych pomieszczeń sanitarno-technicznych oraz ekspozycji muzealnej pod płytą R. G. wraz z infrastrukturą techniczną w K., co stanowi II etap remontu całego S. Projekt uwzględnia wymogi Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27.08.2002 r. (Dz. U. nr 151/2002, poz. 1256) dotyczące planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia.”.

Do głównego dokumentu został opracowany również załącznik graficzny przedstawiający usytuowanie planowanego przez Zamawiającego ogrodzenia w ramach jednego placu budowy oraz lokalizację jednego zaplecza dla całego zadania. Organizacja robót zaplanowana jest zarówno dla przyziemia oraz piwnic, jak również podziemnych kubatur pod płytą R. G.

Innym dowodem świadczącym o tym że Zamawiający planował zrealizować prace w ramach jednej budowy stanowi wydana na jego wniosek decyzja o ustaleniu warunków zabudowy nr AU-2/7331/3427/08 z dnia 25 września 2008 r., na podstawie której Zamawiający uzyskał decyzje o pozwoleniu na budowę 2820/08. W treści wyników analizy urbanistyczno-architektonicznej możemy przeczytać (str.2):

„Przyszłe muzeum powinno obejmować całą istniejącą kubaturę podziemną pod płytą R G., z wyłączeniem podziemi ratusza, dostępne pomieszczenia Wagi Wielkiej, cały zachodni trakt K. B. oraz obszar odkryć archeologicznych w „krzyżu” K., także cały zespół piwnic północnej części S. z przyległymi korytarzami, połączono nowo wykonywanymi przejściami w „krzyżu” S. i pod północną częścią budynku.”.

Decyzję uzupełnia w formie załącznika nr 2 część graficzna, która pokazuje linie rozgraniczające teren inwestycji kubaturowej. Na opracowaniu wyraźnie widać, że decyzja obejmuje swoim zakresem cały zakres robót budowlanych wynikający z obydwu powołanych powyżej pozwoleń na budowę.

W ocenie Wykonawcy S dokumentem ostatecznie przesądzającym o nierozzerwalnym charakterze robót budowlanych prowadzonych w oparciu o dwa pozwolenia na budowę jest protokół ustaleń z czynności kontrolno-rozpoznawczych z zakresu ochrony przeciwpożarowej przeprowadzonych przez Komendę Miejską Państwowej Straży Pożarnej w K. w „Ekspozycji muzealnej pod płytą R. G. oraz piwnicach pod główną halą S. – R. G. w K.”. Zakresem czynności kontrolno-rozpoznawczych była ocena zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym. Z treści wynika jednoznacznie, że odbiór dotyczył zarówno robót budowlanych w piwnicach S. (objętych pozwoleniem nr 1766/05) oraz tych prowadzonych w zakresie części rozbudowanej (pozwolenie nr 2820/08).

Powyższe zostało jednoznacznie stwierdzone w akapicie protokołu kontroli dotyczącym podziału obiektu na strefy pożarowe. Protokół wymienia 8 stref pożarowych (od S1 do S8), które obejmują cały zakres zadania objęty Umową i pozwoleniami na budowę przedłożonymi zarówno przez Odwołującego jak i Przystępującego podczas rozprawy. Przyczyną takiego właśnie stanu rzeczy jest fakt, że w tak podstawowej kwestii jaką jest ochrona obiektu budowlanego przed pożarem inwestycja pn. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G.” może być traktowana tylko i wyłącznie jako budowa jednej nierozzerwalnej i wzajemnie od siebie zależnej całości.

Przystępujący wskazał również, że zakresy wyszczególnione w § 1 ust. 1 Umowy nie mogą funkcjonować samodzielnie z uwagi na jedno wejście, wspólne klatki schodowe czy windę, a także pomieszczenia techniczne np. stacja trafo, wymiennikownia ciepła.

Chybnym jest argument odnoszący się do dwóch pozwoleń na budowę. W szczególności na uwagę zasługuje fakt, że podejmowanie decyzji co do kształtu całego zamierzenia budowlanego (w tym muzeum i ekspozycji) było procesem długotrwałym, na który wpływ miały zmieniające się warunki związane z pracami archeologicznymi. Niezwykle istotnym do oceny całości przedmiotowego zamierzenia inwestycyjnego jest fakt jego lokalizacji w miejscu podziemi S. i R. w K., który stanowi zabytek o najwyższej kulturowej wartości w skali nie tylko krajowej ale również światowej, wpisany wraz z całym S. M. w K. na listę światowego dziedzictwa UNESCO. Po uzyskaniu pierwszego pozwolenia na budowę dokonano dalszych odkryć archeologicznych i podjęto decyzję o rozszerzeniu zakresu budowy. Ponadto fakt uzyskania dla jednej budowy więcej niż jednego pozwolenia na budowę jest często spotykaną praktyką organów architektoniczno-budowlanych oraz zamawiających.

Wykonawca S zasygnalizował, że omawiana powyżej okoliczność nie została przez Odwołującego wskazana w skonstruowanej przez niego podstawie faktycznej zarzutu. Stosownie do brzmienia z art. 192 ust. 7 Pzp zarzut wymaga konkretyzacji zarówno na płaszczyźnie faktycznej i prawnej (w odwołaniu) i podlega rozpoznaniu tylko w tych granicach.

Zdaniem Przystępującego nie jest uprawnionym odnoszenie się przez Odwołującego we wszystkich aspektach postawionego przez Zamawiającego warunku udziału określonego w SIWZ wyłącznie do przepisów Ustawy, skoro Zamawiający wprost wskazał, że jedynie dwa pojęcia użyte przez niego w SIWZ należy interpretować zgodnie z definicjami zawartymi w Ustawie, tj. pojęcia „budowa” oraz „przebudowa”. Z punktu widzenia warunku postawionego przez Zamawiającego istotnym jest wykazanie doświadczenia osoby pełniącej funkcję kierownika budowy na zadaniu o określonej skali przedsięwzięcia, czemu dał wyraz konstruując warunek co do powierzchni użytkowej budynku lub wartości brutto wykonanych robót budowlanych, co zostało przez Wykonawcę S potwierdzone.

Na uwagę zasługuje również, że Zamawiający ukształtował warunek odnoszący się do zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w sposób odmienny od warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy. W Rozdziale 3, pkt. 1.1.2 ppkt 1 SIWZ Zamawiający uczynił zastrzeżenie, wedle którego w przypadku rozbudowy, nadbudowy, czy odbudowy istniejącego obiektu, powierzchnia użytkowa części powstałej w wyniku rozbudowy, nadbudowy i odbudowy nie może być mniejsza niż 7 000 m² lub wartość brutto wykonanych robót nie może być mniejsza niż 40.000.000,00 zł. W zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia Zamawiający takiego zastrzeżenia nie uczynił.

Na marginesie Wykonawca S zauważył, że wszyscy pozostali profesjonalni wykonawcy, za wyjątkiem jedynie Odwołującego, a to: M. E. oraz E., na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w Rozdziale 3 pkt 1.1.3 SIWZ, wskazali dokładnie tą samą realizację, a na pytanie Zamawiającego potwierdzili, że inwestycja ta polegała na „budowie” w rozumieniu Ustawy.

Z ostrożności, w kontekście stanowiska Odwołującego dotyczącego braku możliwości wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w przypadku ponownego badania i oceny ofert przez Zamawiającego, Przystępujący oświadczył, że żadna z norm Pzp nie zakazuje ponownego wezwania do złożenia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokument JEDZ obejmuje oświadczenia dotyczące m.in. wszelkich kwestii związanych z niepodleganiem wykluczeniu oraz spełnieniem warunków udziału w Postępowaniu. Z tej przyczyny nie jest możliwy do

przyjęcia pogląd, że uzupełnienie/poprawienie tego dokumentu w jednym aspekcie, np. w odniesieniu do jednego z warunków udziału w postępowaniu, wyklucza takie działania w odniesieniu do innych kwestii. Dokument JEDZ złożony w wyniku wezwania Zamawiającego dotyczył wyłącznie warunku w udziale Postępowaniu określonego w Rozdziale 3 pkt. 1.1.3 ppkt 4 SIWZ, dlatego też jedynie w tym zakresie dokument JEDZ nie mógłby podlegać uzupełnieniu bądź poprawieniu.

Nie sposób zgodzić się również ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby inwestycja polegająca na „Przebudowie budynków n. s. R. w W.” wskazana przez Przystępującego jako doświadczenie M.D. punktowane w ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie członków podstawowego zespołu” nie spełniła kryterium opisanego w Rozdziale 7 pkt 7.2.2 ppkt 1 lit. a pkt 1) SIWZ.

Przystępujący podał, że określił rodzaj ww. budynku zarówno jako miejsce przechowywania dziedzictwa kulturowego, jak i budynek z grupy 1262 zgodnie z klasyfikacją PKOB.

N. S. R. z całą pewnością należy do budynków z grupy 1262 PKOB jako budynek muzeum. Wskazuje na to decyzja nr 827/2009 z dnia 11 sierpnia 2009 r. zatwierdzająca projekt budowlany i wydająca pozwolenia na przebudowę budynków n. R. K. S. „W.”, w której Starosta W. dokonał klasyfikacji budynku według kategorii obiektów budowlanych zgodnie z załącznikiem do Ustawy określając, że budynek ten należy do kategorii IX oraz precyzując, że jest to budynek muzeum. Złożona przez Odwołującego decyzja nr 24 z dnia 15 lipca 2009 r. wydana przez Dyrektora UG stanowi jedynie załącznik do decyzji nr 827/2009, jako szczególne uzgodnienie, o którym mowa w Ustawie. Konieczność jego uzyskania wynika z położenia szybu górniczego w budynku n. S. R. Przedmiotem zainteresowania Dyrektora UG był ów szyb, nie zaś całe zamierzenie inwestycyjne. Skoro decyzja nr 24 została wydana wcześniej, a także stanowi jedynie uzgodnienie do decyzji pozwolenia na budowę 827/2009, należy przyznać prymat i wiążący charakter decyzji pozwolenia na budowę wydanej przez Starostę W., do którego podstawowych obowiązków w zakresie wydawania decyzji i postanowień należy udzielanie pozwoleń na budowę wraz z określeniem kategorii obiektów budowlanych. Starosta W. dokonał prawidłowej i zgodnej z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa klasyfikacji budynku n. S. R. jako budynku muzeum w kategorii IX rozważając treść owego uzgodnienia i dokonując własnej analizy w tym zakresie.

W kontekście powyższego Wykonawca S podkreślił, że nie sposób zarzucić mu przedstawienia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego. M.D., jako kierownik budowy przy realizacji inwestycji „Przebudowa budynków n. s. R. w W.”, oczywiście zapoznał się z dokumentacją projektową oraz decyzją nr 827/2009 z dnia 11 sierpnia 2009 r. zatwierdzającą projekt budowlany i wydającą pozwolenie na przebudowę budynków n. R. K.

S. „W.”, z której w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wynikała kategoria budynku będącego przedmiotem ww. zadania.

Ponadto, odnosząc się do rodzaju budynku n. S. R. jako miejsca przechowywania dziedzictwa kulturowego, Wykonawca S wyjaśnił, że budynek ten jest integralną częścią K. S. „W.” – „Trasy górniczej”. Zgodnie z informacją zawartą na stronie internetowej K. S. „W.”: „zwiedzanie Trasy górniczej rozpoczyna się w s. R.”. Według deklaracji zawartej na tablicy pamiątkowej znajdującej się wewnątrz budynku n. S. R. uruchomienie Trasy górniczej wraz z rewitalizacją S. R. to najważniejsze wydarzenie w najnowszej historii K. S. „W.”. Zasadniczym przeznaczeniem budynków n. s. R. jest wyeksponowanie i udostępnienie zwiedzającym K. S. „W.” zabytkowego szybu, a także eksponatów datowanych na XIX i XX w., pochodzących z wykopalisk prowadzonych w rejonie kopalni, w którym obecnie znajduje się Trasa górnicza. Eksponaty te mają wartość historyczną w zakresie dziejów dawnego warzelnictwa i górnictwa solnego oraz techniki górniczej. Ponadto, w budynkach n. S. R. znajdują się zbiory o wartości historycznej przekazane przez prywatnych kolekcjonerów takie jak reprodukcje historycznych fotografii, historyczne urządzenia miernicze oraz sygnały świetlne z XIX oraz XX w. Część wystawiennicza budynku n. S. R. jest udostępniona zwiedzającym dopiero po wykupieniu biletu w kasie. Dodatkowo, budynek n. S. R. jest również wykorzystywany jako możliwa opcja zakończenia zwiedzania K. S. w W. tzw. T. T. oraz T. M.

Na uwagę zasługuje również, że K. S. w W. została wpisana na Listę Światowego Dziedzictwa Kulturowego i Przyrodniczego UNESCO, a sam budynek n. S. R. jako jedyny z budynków nadszybia znajdujących się na terenie całego kompleksu K. został wpisany do rejestru zabytków. Obsługa ruchu turystycznego nie jest głównym przeznaczeniem budynku n. s. R., a jedynie został on – jak słusznie zauważył Odwołujący – „dostosowany” do obsługi ruchu turystycznego, co pozwala zwiedzającym skorzystać z tradycyjnego środka transportu, tj. szybu służącego niegdyś górnikom pracującym w K. S. „W.”.

W kontekście powyższych rozważań nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby n. S. R. było jedynie budynkiem służebnym. Porównanie przez Odwołującego przedmiotowego budynku do budynków toalet publicznych, czy parkingu jest co najmniej nie na miejscu, a z całą pewnością jest niezgodne ze stanem faktycznym i rzeczywistą funkcją pełnioną przez n. S. R.

Niesłusznym jest zarzut naruszenia przez Przystępującego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 25a ust. 2 w zw. z art. 25a ust. 1 Pzp.

Wykonawca S podkreślił, że Odwołujący nie rozróżnił aktualności dokumentu od daty jego podpisania. Zgodnie bowiem z przepisem art. 25a Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie

wskazany przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z powyższego przepisu wynika, że oświadczenie JEDZ winno być aktualne na dzień składania ofert, nie zaś że powinno być na ten dzień datowane.

Bezspornym jest, że treść złożonych dokumentów JEDZ poświadcza stan na dzień złożenia oferty, tj. 4 stycznia 2017 r., bowiem wynika to jednoznacznie z ich treści. Dokument JEDZ załączony do pisma z 30 stycznia 2017 r. – w wyniku wezwania Zamawiającego – został uzupełniony o osobę do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych – P.D. Z informacji w nim zawartych, a to numeru uprawnień MAP/0248/PWOT/06 wynika, że zostały one nadane w 2006 r. oraz że P.D. posiada wyższe wykształcenie. W tym czasie powszechnie obowiązujące przepisy prawa uzależniały uzyskanie uprawnień budowlanych w specjalnościach telekomunikacyjnej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń od ukończenia studiów magisterskich, w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym, na kierunku odpowiednim dla danej specjalności. Ponadto aktualność dokumentu na dzień złożenia oferty poświadczały daty w zakresie zdobytego doświadczenia, tj. 03.2009 – 11.2010 oraz 2005-2007 które nie są kwestionowane.

Dokument JEDZ datowany na 14 lutego 2017 r. został uzupełniony o osobę wskazaną pierwotnie w dokumencie JEDZ z 4 stycznia 2017 r. do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych, która w wyniku omyłki pisarskiej została pominięta w oświadczeniu JEDZ złożonym wraz z wyjaśnieniami w dniu 30 stycznia 2017 r. Skoro zatem treść dokumentu JEDZ z dnia 14 lutego 2017 r. w tym zakresie była analogiczna do treści dokumentu JEDZ z dnia złożenia oferty to oczywistym jest, że dokument ten był również aktualny na dzień złożenia oferty.

Na rozprawie strony i Wykonawca S podtrzymali streszczoną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. umowy nr TI-2/2251/99/2009 z 29 lipca 2009 r. – „Umowa” (dowód „O1”),
2. decyzji (pozwolenia na budowę) Prezydenta Miasta K. nr 1766/05 z 27 października 2005 r. (dowód „O2”),
3. decyzji (pozwolenia na budowę) Prezydenta Miasta K. nr 2820/08 z 9 grudnia 2009 r. (dowód „O3”),
4. decyzji (umarzających postępowanie) Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. – P. G. nr 20/10 z 15 stycznia 2010 r., nr 481/10 z 20 września 2010 r. i nr 313/10 z 25 czerwca 2010 r. (dowody „O4”),
5. protokołu przekazania do remontu budynku S. – części gminnej oraz podziemi R. G. i kanału technologicznego z dnia 3 sierpnia 2009 r. (dowód „O5”),

6. planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (BIOZ) z lipca 2009 r. sporządzonego przez M.D. dla inwestycji pn.: „Remont i modernizacja pomieszczeń budynku S. i budowa podziemnych pomieszczeń sanitarno-technicznych oraz ekspozycji muzealnej pod płytą R. G. wraz z infrastrukturą techniczną” (dowód „O6”),
7. dokumentacji powykonawczej sporządzonej przez M.D. dla inwestycji pn.: „Budowa podziemnych pomieszczeń sanitarno-technicznych oraz ekspozycji muzealnej pod płytą R. G. wraz z infrastrukturą techniczną na części działki 580/4 obr. 1 Śródmieście w K.” (dowód „O8”),
8. dokumentów załączonych do pisma procesowego Odwołującego z 22 marca 2017 r., tj.:
 - 8.1. decyzji (pozwolenia na użytkowanie) Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. – P. G. nr 485/10 z 23 września 2010 r. (dowód „O9”),
 - 8.2. harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego załącznik do Umowy (dowód „O10”),
 - 8.3. pisma Z. I. K. i T. w K. z 3 marca 2017 r. (dowód „O11”),
 - 8.4. załącznika nr 1 do decyzji Nr AU-2/7331/3427/08 z 25 września 2009 r. – warunki zabudowy oraz wyniki analizy urbanistyczno-architektonicznej (dowód „O12”),

na okoliczność niespełniania przez Wykonawcę S warunku odnoszącego się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy (M.D.) z uwagi na niewłaściwy charakter rzeczowy inwestycji „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G.” (wykonywanie robót na dwóch budynkach, wykonywanie robót nieobjętych treścią warunku), realizację w oparciu o dwa pozwolenia na budowę oraz niewystarczającą wartość robót budowlanych wykonanych w jej ramach,

9. decyzji (pozwolenia na budowę) nr 24 Dyrektora UG z 15 lipca 2009 r. (dowód „O7”),
10. załączników do odwołania – wydruków ze strony internetowej ...oraz ze strony internetowej M. Ż. K. „W.” (dowody „O13”),

na okoliczność bezzasadności przyznania Wykonawcy S punktów w kryterium „Doświadczenie członków podstawowego zespołu” za doświadczenie M.D. odnoszące się do sprawowania funkcji kierownika budowy w ramach inwestycji pn.: „Przebudowa budynków n. s. R. w W.”.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści:

1. referencji M.D. z dnia 5 września 2009 r., na okoliczność wartości inwestycji pn.: „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G.” (dowód „Z1”).
 2. decyzji (pozwoleń na budowę) Prezydenta Miasta K. Nr 1265/2016 z 8 czerwca 2016 r. i Nr 2695/2016 z 8 listopada 2016 r. (dowody „Z2”),
- na okoliczność spełniania przez Wykonawcę S warunku udziału w Postępowaniu w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. ogłoszenia o zamówieniu dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G.” (dowód „P1”),
2. decyzji Prezydenta Miasta K. nr 1771/06 z 10 października 2006 r. zmieniającej pozwolenie na budowę udzielone decyzją nr 1766/05 z 27 października 2005 r. (dowód „P2”),
3. zestawienia wartości umów uzyskanych w ramach wniosków o udzielenie informacji publicznej wraz z umowami z (1) 15 września 2009 r., (2) 16 sierpnia 2010 r., (3) 20 kwietnia 2010 r. obejmującymi zamówienia dodatkowe w ramach inwestycji pn.: „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G.” i umowami nr (4) TI-2/2251/131/2009, (5) TI-2/2251/164/2009, (6) TI-2/2251/165/2009, (7) TI-2/2251/163/2009 obejmującymi roboty dodatkowe dla tej inwestycji (dowody „P3”),
4. zestawienia dotyczącego wartości robót wykonanych na podstawie Umowy (stan na dzień 11 października 2010 r.), sporządzonego przez koordynatora inspektorów nadzoru inwestorskiego (dowód „P4”),
5. oświadczenia z dnia 16 marca 2017 r. (dowód „P5”),
6. wizualizacji muzeum pod S. oraz dwóch przykładowych rysunków technicznych (dowody „P6”),
7. wizualizacji muzeum pod Sukiennicami oraz dokumentacji fotograficznej – rysunki 1-12 (dowód „P12”),
8. oświadczenia A.K. z 21 marca 2017 r. (dowód „P13”),
9. wyciągu z oferty Odwołującego (str. 22-23), decyzji (pozwolenia na użytkowanie) Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w K. – P. G. nr 257/2015 i 258/2015 z 19 czerwca 2015 r., decyzji (ustalenie lokalizacji inwestycji celu publicznego) Prezydenta Miasta K. nr AU-2/7331/699/04 i AU-2/7331/697/04 z 4 czerwca 2004 r., zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania na budowę kompleksu Paderevianum II U. J. oraz wyciągu z SIWZ dla tego zamówienia – str. 12-13 (dowody „P14”),
10. projektu budowlano-wykonawczego wentylacji i klimatyzacji dla inwestycji „Remont i modernizacja pomieszczeń budynku S. (bez M.N.)” – dowód „P15”,

11. załączników do pisma procesowego Wykonawcy S z 22 marca 2017 r., a to:
 - 11.1. wyciągu z projektu budowlano-wykonawczego instalacji wod-kan dla inwestycji „Remont i modernizacja pomieszczeń budynku S. (bez M. N.)” – dowód „P17”,
 - 11.2. wyciągu z projektu budowlano-wykonawczego instalacji CO dla inwestycji „Remont i modernizacja pomieszczeń budynku S. (bez M. N.)” – dowód „P18”,
 - 11.3. wyciągu z projektu budowlano-wykonawczego instalacji gazowej dla inwestycji „Remont i modernizacja pomieszczeń budynku S. (bez M. N.)” – dowód „P19”,
 - 11.4. wyciągu z projektu budowlano-wykonawczego wentylacji i klimatyzacji dla inwestycji „Remont i modernizacja pomieszczeń budynku S. (bez M. N.)” – dowód „P20”,
 - 11.5. wyciągu z opisu technicznego instalacji słaboprądowych (dowód „P21”),
 - 11.6. projektu organizacji ruchu dla inwestycji „Remont i modernizacja pomieszczeń budynku S. (bez M. N.)” – dowód „P22”,
 - 11.7. decyzji (ustalenie warunków zabudowy) Prezydenta Miasta K. nr AU-2/7331/3427/08 z 25 września 2008 r. – dowód „P23”,
 - 11.8. protokołu ustaleń z czynności kontrolno-rozpoznawczych z zakresu ochrony przeciwpożarowej – dowód „P24”,
 - 11.9. wyciągu z ofert wykonawców E. i M. E. (osoba wskazana przez ww. na stanowisko kierownika budowy) wraz z wyjaśnieniami ich treści – pismami z 27 i 30 stycznia 2017 r. – dowody „P25”,

na okoliczność spełniania warunku odnoszącego się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy (M.D.) w kwestionowanym odwołaniem zakresie, posłużenia się przez innych wykonawców osobą M.D. na stanowisku kierownika budowy i identycznego rozumienia tego warunku przez innych wykonawców, w tym Odwołującego,
12. decyzji (pozwolenia na budowę) Starosty W. nr 827/2009 z 11 sierpnia 2009 r. (dowód „P7”),
13. wyciągów ze strony internetowej M. Ż. S. W. – plany kopalni, trasa muzeum (dowody „P8”),
14. wyciągu z oferty Przystępującego – str. 34 wraz ze zdjęciami wnętrza budynku n. S. R. (dowody „P9”),
15. wyciągów ze stron internetowych K. S. „W.” (dowód „P10”),

16. decyzji (pozwolenia na użytkowanie) Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w W. nr 22/W/m/12 z 15 czerwca 2012 r. (dowód „P16”),
na okoliczność zasadności przyznania punktów w kryterium „Zespół osób” za doświadczenie M.D. odnoszące się do sprawowania funkcji kierownika budowy na inwestycji pn.: „Przebudowa budynków n. s. R. w W.”,
17. decyzji M. O. Komisji Kwalifikacyjnej z 21 grudnia 2006 r. nadającej P.D. uprawnienia budowlane (dowód „P11”).

na okoliczność prawdziwości oświadczeń zawartych w JEDZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy S zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ,
2. oferty Przystępującego,
3. wezwania Wykonawcy S do złożenia wyjaśnień (pismo Zamawiającego z 25 stycznia 2017 r.),
4. wyjaśnień Przystępującego wraz z załącznikami (pismo z 30 stycznia 2017 r.),
5. wezwania Wykonawcy S do złożenia wyjaśnień (pismo Zamawiającego z 13 lutego 2017 r.),
6. wyjaśnień Przystępującego wraz z załącznikami (pismo z 15 lutego 2017 r.),
7. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo Zamawiającego z 24 lutego 2017 r.),
8. załączników do odwołania,
9. wymienionych powyżej dokumentów złożonych przez strony i Przystępującego na rozprawie.

Na podstawie ich treści stwierdzono, że okoliczności stanu faktycznego nie są w sprawie sporne i nie wymagają odrębnego omówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie należało oddalić.

I. Zarzuty naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 Pzp – zaniechanie wykluczenia Wykonawcy S z uwagi na niewykazanie spełniania

warunku udziału w Postępowaniu i wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w tym zakresie

Na wstępie, wobec wyrażonego przez Przystępującego na rozprawie stanowiska kwestionującego rozszerzenie podstawy faktycznej wskazanych powyżej zarzutów o nowe twierdzenia dotyczące inwestycji pn. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R. G. w K.”, konieczne stało się przesądzenie zakresu zaskarżenia objętego odwołaniem, determinującego granice rozpoznania sprawy i orzekania Izby.

Lektura odwołania doprowadziła skład orzekający do wniosku, że w ramach zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Odwołujący podniósł, że ww. inwestycja nie spełniała warunku udziału w Postępowaniu ze względu na: zbyt niską wartość (teza 14 uzasadnienia odwołania), niewłaściwy zakres rzeczowy (przebudowa i remont w miejsce budowy – teza 15) i realizację na podstawie dwóch odrębnych umów (tamże). Identyczne twierdzenia legły u podstaw zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Powyższe okoliczności stanowiły zatem podstawę faktyczną wzmiankowanych zarzutów, którą Izba – mając na względzie wyrażoną w art. 192 ust. 7 Pzp zasadę związania zarzutami odwołania – była zobligowana kierować się przy ocenie zasadności zarzutów odwołania. *Ergo*, wskazywane przez Odwołującego na rozprawie inne niż wymienione powyżej względy uzasadniające przedmiotowe zarzuty nie zostały wzięte pod uwagę, jako stanowiące rozszerzenie podstawy faktycznej zarzutów odwołania. Pod tym pojęciem Izba rozumie okoliczność (zespół okoliczności) mającą świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów Pzp. Tak skonstruowany zarzut określa ramy sporu prowadzonego w postępowaniu odwoławczym, a ten z kolei determinuje zakres kognicji Izby, który, co do zasady, musi pokrywać się ze sformułowanymi w odwołaniu zarzutami. W świetle powyższego obowiązkiem Odwołującego było wskazanie na te elementy oświadczenia zawartego w ofercie Wykonawcy S, które świadczyć miały o niespełnianiu przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu, bądź o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w tym zakresie.

W konsekwencji skład orzekający uznał, że kwestie związane z realizacją spornej inwestycji na podstawie dwóch lub więcej pozwoleń na budowę, czy z okolicznością, że obejmowała ona *de facto* dwa odrębne budynki wykraczają poza podstawę faktyczną zarzutów zakreśloną w odwołaniu. Izba nie podzieliła przy tym przedstawionego przez Odwołującego uzasadnienia dla wskazywania nowych przyczyn kwestionowania prawdziwości zawartych w ofercie Przystępującego informacji, opartego na przekonaniu, że podstawą faktyczną zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp było ogólnie wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu przez Przystępującego informacji o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu.

Skład orzekający stwierdził, że tak zakreślona podstawa faktyczna zarzutu jest zbyt ogólnikowa, a stanowisko Odwołującego zmierzało w istocie do rozszerzenia jednej z okoliczności wskazanych w odwołaniu, a to realizacji wskazanej w doświadczeniu M.D. inwestycji na podstawie 2 odrębnych umów, o nowe twierdzenia.

W konsekwencji Izba pominęła stanowisko Odwołującego wykraczające poza podstawę faktyczną wskazaną w odwołaniu, tj. argumentację, że inwestycja realizowana była na podstawie kilku pozwoleń na budowę i obejmowała faktycznie dwa różne budynki, uznając przedstawione przez strony i Przystępującego dowody (dowody O2, O3, O5, O6, O8, O12, Z2, P2, P6, P12, P13-P15, P17-P24), zmierzające do przesądzenia tej kwestii, za zbędne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Przechodząc następnie do interpretacji treści warunku udziału w Postępowaniu opisanego w Rozdziale 3 w pkt 1.1.3 SIWZ skład orzekający uznał trafność argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą zarówno wymaganą powierzchnię, jak i wartość robót budowlanych odnosić należało do budowy 1 budynku użyteczności publicznej. Mając na względzie zastosowaną w treści omawianego warunku alternatywę nierozłączną stwierdzono, że wykazanie jego spełnienia polegać mogło na wskazaniu na stanowisko kierownika budowy osoby, która pełniła tę funkcję na budowie budynku użyteczności publicznej, którego powierzchnia wynosiła nie mniej niż 7.000 m², albo z którym związane było wykonanie robót budowlanych na kwotę nie mniejszą niż 40 mln zł, albo który charakteryzował się obiema wspomnianymi cechami.

Oderwanie kwestii wartości robót budowlanych od budowy budynku użyteczności publicznej (tj. uczynienie z wartości robót samodzielnego członu alternatywy sformułowanej w treści warunku) pozostawałoby w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie (str. 3-4 pisma procesowego Zamawiającego), ale – jak się wydaje – prowadziłoby również do wypaczenia celu stawiania tego warunku, skoro możliwe byłoby wskazanie osoby, która pełniła funkcję kierownika budowy na jakiegokolwiek budowie spełniającej wymóg wartości wykonanych w jej ramach robót budowlanych. Ponadto, jak trafnie argumentował Odwołujący, taka interpretacja treści warunku byłaby sprzeczna z logiką, podając w wątpliwość racjonalność samego Zamawiającego, skoro fragment odnoszący się do budowy jednego budynku użyteczności publicznej należałoby pominąć jako w istocie zbędny.

Tak rozumiany warunek udziału w Postępowaniu należało następnie skonfrontować z kwestionowanymi w treści odwołania okolicznościami dotyczącymi spornej inwestycji, tj. zbyt niską wartością inwestycji pn. „Remont i modernizacja k. S. i podziemi R.G. w K.”, niewłaściwym zakresem rzeczowym i realizacją na podstawie dwóch odrębnych umów.

W kwestii realizacji ww. inwestycji na podstawie dwóch umów argumentacja Odwołującego była chybiona, o czym świadczy treść Umowy (zob. dowód O1). Z jej preambuły wynika, że był to w istocie kontrakt wielostronny, w którym po stronie inwestora występowały dwa podmioty (Z. I. K. i T. w K. i Z.B. K. w K.), reprezentowane przez inny jeszcze podmiot – Z. R. Z. Z. K. w K. Ponadto, z § 1 ust. 1 umowy wynika, że przedmiot umowy obejmował zarówno remont i modernizację, jak i budowę, tym niemniej okoliczności te nie przemawiają w żaden sposób za koncepcją realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie dwóch umów. Dodatkowym argumentem przeczącym tezie forsowanej przez Odwołującego jest treść ogłoszenia o zamówieniu, która nie przewidywała możliwości składania ofert częściowych (zob. dowód P1).

Niezależnie od powyższego skład orzekający zwraca uwagę, że kwestia ta jest w ogóle pozbawiona praktycznego znaczenia w kontekście postawionych przez Odwołującego zarzutów, jako że treść warunku nie ograniczała liczby umów, na podstawie których mogła być zrealizowana budowa budynku użyteczności publicznej.

Podsumowując tą część wyводу warto zauważyć, że budowa budynku nie musi być zrealizowana na podstawie jednej umowy, podobnie zresztą jak zawarcie jednej umowy nie oznacza, że na jej podstawie można wybudować wyłącznie jeden budynek.

W odniesieniu do niewłaściwego zakresu rzeczowego *clou* problemu sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie, czy użyte w treści warunku pojęcie „robót budowlanych” należy interpretować w kontekście pojęcia „budowy”, definiowanej zgodnie z art. 3 pkt 6 Ustawy. Odwołujący wywodził bowiem, że przedmiotowy warunek obejmował swoim zakresem tylko takie roboty budowlane, które związane były z pojęciem budowy, tj. roboty budowlane polegające na wykonaniu obiektu budowlanego, a także na jego odbudowie, rozbudowie i nadbudowie. Skład orzekający uznał jednak, że brak jest podstaw do nadania użytemu w treści warunku robót budowlanych znaczenia odmiennego niż w przepisie art. 3 pkt 7 Ustawy, za czym przemawiają następujące względy.

Po pierwsze – okoliczność, że Zamawiający nie zdefiniował w postanowieniach SIWZ pojęcia „robót budowlanych” nie może automatycznie powodować konieczności jego zawężającej interpretacji, tj. nieuwzględniającej przebudowy, montażu, remontu, czy rozbiórki. Izba zwróciła przy tym uwagę, że choć w SIWZ nie zawarto również definicji „remontu”, to jednak Odwołujący nie miał wątpliwości, że należy je interpretować zgodnie z Ustawą (por. odwołanie, teza 15).

Po drugie – Zamawiający trafnie wskazywał na odmienność konstrukcji omawianego warunku, porównując go z warunkiem w zakresie doświadczenia wykonawcy, w którym zawarto zastrzeżenie, że w przypadku rozbudowy, nadbudowy czy odbudowy, powierzchnia użytkowa części powstałej w ich wyniku nie może być mniejsza niż 7.000 m²

lub wartość robót nie może być mniejsza niż 40 mln zł. Powyższe prowadzi do wniosku, że w tym zakresie Zamawiający rzeczywiście ograniczył pojęcie robót budowlanych do czynności związanych *stricto* z budową, którego to ograniczenia nie sposób doszukać się w treści warunku odnoszącego się do kwalifikacji personelu wykonawcy. W konsekwencji skład orzekający przyjął, że niezależnie od rodzaju robót budowlanych ich wartość należało uwzględniać w ramach oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Ponadto, znamienne jest również i to, że z jednej strony Odwołujący kwestionował możliwość wykazania spełniania omawianego warunku przy pomocy zamówienia polegającego m.in. na przebudowie, stwierdzając: „w stosunku do budowy S. nie dochodziło do aktywności budowlanej rozumianej jako budowa w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez Zamawiającego” (protokół rozprawy z 24 marca 2017 r., str. 2), z drugiej zaś – wyliczył w odwołaniu rzeczywistą wartość spornej inwestycji, która powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie spełniania przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu na kwotę ponad 22 mln zł, wskazując że jest to wartość odnosząca się do przebudowy, której – jak jednocześnie twierdził – nie należy brać pod uwagę w tej kwestii (odwołanie, teza 18).

W ocenie Izby przedstawionego powyżej zapatrywania nie zmieniają dowody O4 i O9. Niezależnie od sygnalizowanej przez Przystępującego rozbieżnej interpretacji przepisów regulujących wydawanie pozwoleń na użytkowanie przez organy nadzoru budowlanego należało mieć na uwadze, że wobec braku ograniczenia w odniesieniu do rodzaju robót budowlanych, które mogły być wykonywane w ramach budowy, nie miała znaczenia kwestia, czy w ich następstwie doszło do powiększenia substancji budynku uzasadniającego wydanie pozwolenia na użytkowanie.

W następstwie przedstawionych powyżej zapatrywań Izba stwierdziła, że Przystępujący udowodnił, że wartość inwestycji wykazanej w ramach spełniania warunku udziału w Postępowaniu wynosiła powyżej 40 mln zł. Jakkolwiek wartość robót budowlanych wynikających z Umowy wynosiła niespełna 33 mln zł (zob. § 11 ust. 1 Umowy), to Wykonawca S przedstawił szereg umów na zamówienia i roboty dodatkowe (zob. dowody P3), których łączna suma (z umów stanowiących dowód P3 – 8.635.954,25 zł), przy uwzględnieniu wartości z Umowy (32.996.674,53 zł) przenosiła wymaganą kwotę 40 mln zł, dając kwotę 41.632.628,78 zł. Na marginesie Izba skład orzekający wskazuje, że podobne wnioski można wyciągnąć również z zestawienia stanowiącego dowód P4, przy czym wynosząca około 1 mln zł różnica w sumie wynagrodzeń z umów na zamówienia i roboty dodatkowe pomiędzy dowodami P3 i P4 wynika z ujęcia w drugim z nich VIII umowy dodatkowej na kwotę 1.000.000,00 zł, która nie znalazła się ani w zestawieniu składającym się na dowód P3, ani wśród załączonych do niego umów. Niezależnie od tego, także dowód

P4 stanowi potwierdzenie spełniania przez sporną inwestycję omawianego aspektu warunku udziału w Postępowaniu.

Warto mieć przy tym na uwadze, że wystarczające dla oceny omawianych zarzutów odwołania było ustalenie, czy wartość inwestycji pn. „Remont i modernizacja k.S. i podziemi R. G. w K.” przekracza próg wartości robót budowlanych wskazanych w treści warunku, nie zaś konkretnej kwoty odpowiadającej wartości inwestycji, wobec czego za stanowiskiem Zamawiającego i Wykonawcy S przemawiał również dowód Z1, mimo że z jego treści wynikała inna jeszcze kwota całkowita.

Ze względu na dokonaną interpretację spornego warunku udziału w Postępowaniu Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego, jakoby część kwot wskazanych w umowach stanowiących dowód P3 nie powinna być wzięta pod uwagę, jako że obejmują one wynagrodzenie dotyczące remontu. Podobnie oceniona została akcentowana przez Odwołującego kwestia kosztów prac konserwatorskich (zob. dowód O10 – poz. VI.A), które – w braku bliższego określenia w Umowie – uznano za mieszczące się w pojęciu remontu.

Skład orzekający nie uwzględnił stanowiska Odwołującego, jakoby wartość inwestycji należało utożsamiać z wartością środków trwałych wytworzonych w jej ramach i przyjmować ich wysokość zgodnie z informacją Z. I. K. i T. w K. z 3 marca 2017 r. (dowód O11).

Po pierwsze, wynikającą z treści warunku udziału w Postępowaniu kwotę Zamawiający nakazał wprost odnosić do wartości brutto wykonanych robót, nie zaś do wartości środków trwałych, a Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji przemawiającej za koniecznością utożsamiania tych pojęć.

Po drugie, zgodnie z przepisem art. 16g ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U2016.1888 j.t. ze zm.) w razie odpłatnego nabycia środków trwałych za wartość początkową środka trwałego uważa się cenę jego nabycia, która w świetle art. 16g ust. 3 ww. ustawy, pomniejszana jest o wartość VAT, z czego wynika, że kwota wskazana w treści dowodu O11 jest kwotą netto, podczas gdy warunek udziału w Postępowaniu referował do – jak wspomniano – kwoty brutto.

Następstwem uznania zarzutu niewykazania spełniania przez Wykonawcę S warunku udziału w Postępowaniu za nieuzasadniony było nieuwzględnienie związanego z nim zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji w tym zakresie.

Rozstrzygając o przedmiotowych zarzutach Izba pominęła dowody P5, jako że nie dotyczył on okoliczności spornych.

Skład orzekający uznał za nieprzydatny dla rozstrzygnięcia o ww. zarzutach odwołania dowody P25 i P14 uznając, że kwestia spełniania przez Wykonawcę S warunku

udziału w postępowaniu nie może być oceniana przez pryzmat poczynań i interpretacji dokonywanych przez innych uczestników Postępowania.

II. Zarzuty naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp – błędne przyznanie ofercie Przystępującego punktów w podkryterium „Doświadczenie członków podstawowego zespołu” oraz zaniechanie wykluczenia Wykonawcy S z powodu przedstawienia w powyższym zakresie informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje w Postępowaniu

Zarzut potwierdził się jedynie w części, tym niemniej nie zasługiwał na uwzględnienie z przyczyn, o których mowa poniżej.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut jakoby podlegająca ocenie w ww. podkryterium inwestycja pn. „Przebudowa budynków n. s. R. w W.” nie spełniała wymogu przynależności do grupy 1262 zgodnie z PKOB, w której mieszczą się m.in. budynki muzeów.

W powyższym zakresie Odwołujący i Przystępujący przedstawili dowody w postaci decyzji administracyjnych – pozwoleń na budowę, wydane przez różne organy administracji architektoniczno-budowlanej, które – co istotne – w odmienny sposób klasyfikowały budynki wzmiankowanego nadszybia (zob. dowody O7 i P7).

Izba – pomijając kwestię legalności decyzji, do której kontroli nie ma uprawnień, kierując się wytycznymi w zakresie oceny materiału dowodowego, o których mowa w art. 190 ust. 7 Pzp – uznała, że decydujące znaczenie w zakresie klasyfikacji budynków N. S. R. należy przyznać decyzji Starosty W. (dowód P7) z następujących względów.

Po pierwsze – ww. decyzja została wydana później od decyzji Dyrektora UG, a ponadto zestawienie ich treści nasuwa wniosek, że wcześniejsza decyzja stanowiła, mimo, jak się wydaje, niewłaściwej formy oraz występowania inwestora, nie zaś organu, w charakterze wnioskodawcy, element uzgodnień przeprowadzonych przez Starostę W., poprzedzających wydanie decyzji stanowiącej dowód P7. W pozwoleniu na budowę Starosta W. odwołał się bowiem do stanowiska Dyrektora UG z tego samego dnia i o tej samej sygnaturze (nie licząc omyłkowego, jak należy przypuszczać, powielenia jej części), co przedstawiony przez Odwołującego dowód O7.

Po drugie – Wykonawca S przedstawił dodatkowo pozwolenie na użytkowanie dla ww. budynków (dowód P16), w treści którego znajduje się odesłanie do decyzji stanowiącej dowód P7, a nie O7. Odwołujący nie przedstawił pozwolenia na użytkowanie wydanego przez Dyrektora UG, mimo że z pkt 6 wydanej przez niego decyzji wynika taka konieczność, a zgodnie obowiązującym wówczas przepisem art. 57 ust. 2 Pgg, zadania z zakresu nadzoru

budowlanego określone w przepisach Ustawy wykonywały właściwe organy nadzoru górniczego. Organem takim był Dyrektor UG, na co wskazuje § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 czerwca 2009 r. w sprawie właściwości rzeczowej specjalistycznego urzędu górniczego – U. G. do B. K. U. E. (Dz.U.2009.102.857). W konsekwencji uprawniony wydaje się wniosek, że w kontekście przedstawionych przez Wykonawcę S dowodów P7 i P16, układających się w logiczną całość, potwierdzenie stanowiska Odwołującego wymagałoby przedstawienia dowodu w postaci pozwolenia na użytkowanie wydanego przez Dyrektora UG, który – jak wynika z przywołanych przepisów – posiadał takie kompetencje, względnie – wskazania na powody, dla których Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w W. nie był władny wydać wzmiankowanego pozwolenia, co jednak nie miało miejsca. Wszechstronna ocena przedstawionych dowodów wskazuje na prawidłowość stanowiska Przystępującego, co nakazuje uznać dokonaną przez niego klasyfikację budynków N. S. R. za prawidłową, a zarzut odwołania oparty na twierdzeniu przeciwnym – za nieuzasadniony.

Ubocznie Izba wskazuje, że koncepcję o muzealnym charakterze budynków N. S. R. potwierdza nie tylko ich urzędowa klasyfikacja, o której była mowa powyżej, ale również dowody P8-P10, z których wynikają określone okoliczności faktyczne. Wskazują one bowiem nie tylko, że budynki nadszybia stanowią jeden z elementów trasy zwiedzania M. Ż. K. „W.”, ale również że prezentowane są w nich eksponaty muzealne (zob. w szczególności dokumentację fotograficzną z dowodu P9).

Potwierdziła się natomiast druga z kwestionowanych odwołaniem okoliczności, a związana z przeznaczeniem budynków N. S. R. Skład orzekający, po przeanalizowaniu treści dowodów O7, P7 i P16, doszedł do przekonania, że podstawowym i głównym przeznaczeniem ww. budynków nie jest przechowywanie obiektów stanowiących dziedzictwo kulturowe. Izba nie kwestionuje, że – jak wspomniano – organizowane są w nich wystawy składające się z eksponatów mających charakter takich obiektów (zob. dowody P8-P10), tym niemniej przesądzenie o tej kwestii nie oznaczało jeszcze poprawności dokonanej przez Zamawiającego oceny. Należy bowiem zauważyć, że Zamawiający położył nacisk na podstawowe i główne przeznaczenie budynku, te zaś zostało zgodnie określone przez organy administracji architektoniczno-budowlanej i nadzoru budowlanego jako obsługa turystów. W konsekwencji uznać należało, że rację miał Odwołujący argumentując, że przeznaczeniem ww. obiektu jest przyjmowanie turystów, zaś funkcja ekspozycyjna realizowana jest niejako „przy okazji”, co znalazło potwierdzenie w dowodach O13.

Przesądzenie o nieprawdziwości (niezgodności z rzeczywistością) jednej z informacji podanych przez Przystępującego w ofercie wymagało ustalenia, czy po stronie

Zamawiającego zaktualizował się obowiązek wykluczenia Wykonawcy S z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Abstrahując od rozważań dotyczących kwalifikacji działania Przystępującego, tj. czy działał on w warunkach lekkomyślności czy niedbalstwa, wzmiankowany przepis wymaga ustalenia potencjalnego istotnego wpływu na podejmowane przez Zamawiającego decyzje. Jakkolwiek do realizacji tej przesłanki może dojść w związku z nieprawidłową oceną w kryteriach oceny ofert oferty zawierającej nieprawdziwe informacje, bowiem prowadzić ona może do uznania takiej oferty za najkorzystniejszą, a w konsekwencji – do jej wyboru, tym niemniej należało wziąć pod uwagę konstrukcję podkryterium „Doświadczenie członków podstawowego zespołu”, w ramach którego punktowana była każda inwestycja, która charakteryzowała się choćby jedną z cech scharakteryzowanych przez Zamawiającego. Oznacza to, że Wykonawca S i tak otrzymałby taką samą liczbę punktów za sporną inwestycję, bowiem wskazał na 2 premiowane cechy, z których jedna się potwierdziła. *Ergo*, nieprawdziwość informacji odnośnie drugiej z cech obiektu nie mogła mieć wpływu na decyzję Zamawiającego o przyznaniu Przystępującemu punktów za sporną inwestycję.

Z uwagi na powyższe potwierdzenie się części jednego z omówionych zarzutów nie mogło stanowić podstawy uwzględnienia odwołania z uwagi na brak wymaganego przepisem art. 192 ust. 2 Pzp wpływu na wynik Postępowania.

Rozstrzygając o przedmiotowych zarzutach odwołania Izba pominęła częściowo (tj. w zakresie w jakim dotyczył on okoliczności bezspornych – patrz wyciąg z oferty Wykonawcy S) dowód P9.

III. Zarzuty naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 Pzp – zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na okoliczność, że oświadczenia zawarte w uzupełnionym JEDZ nie spełniały wymogu aktualności na dzień składania ofert

Zarzut był chybiony. Izba uznała, że stanowisko Odwołującego cechował skrajny formalizm oderwany od kwestii spełniania przez Przystępującego warunków udziału w Postępowaniu.

Skład orzekający dostrzega zawarte w przepisie art. 25a ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp sformułowanie, zgodnie z którym oświadczenie w formie JEDZ powinno być aktualne na dzień składania ofert, tym niemniej wskazuje, że kwestii tej nie należy mylić z datą złożenia dokumentu. Zdaniem Izby nie może być tak, że wykonawca dokonując uzupełnienia JEDZ zmuszany jest niejako do antydatowania oświadczeń w nim zawartych. Wydaje się wręcz dopuszczalne posłużenie się w ocenie tej kwestii fikcją zakładającą, że niezależnie od tego

czy w JEDZ wskazano jakąkolwiek datę, czy też nie, to biorąc pod uwagę, że składany jest on w związku z ubieganiem się o udzielenie konkretnego zamówienia publicznego, przyjmować należy, że potwierdza on stan na dzień składania ofert, jak to wynika z przepisu art. 25a ust. 1 Pzp.

Należy również zauważyć, że zarzut oderwany był w istocie od kwestii spełniania przez Przystępującego warunków udziału w Postępowaniu, czemu służyć ma m.in. JEDZ. Izba dostrzega wprawdzie, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w dalszym ciągu odnosi się do niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem dopuszcza sytuacje, w których wykonawca być może je spełnia, ale nie jest w stanie tego wykazać, tym niemniej nie sposób *ad casum* pominąć dowodu P11, który dotyczył bezpośrednio kwestii, z którą związane było ponowne złożenie przez Wykonawcę S JEDZ. Treść tego dokumentu stanowi potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, czyniąc omawiany zarzut bezpodstawnym.

IV. Zarzuty naruszenia przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp – wybór oferty Przystępującego

W następstwie stwierdzenia bezzasadności pozostałych zarzutów odwołania skład orzekający nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego wzmiankowanych powyżej przepisów.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: