

Sygn. akt: KIO 653/18

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę **Hartuna Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Gdańską w Gdańsku**,

przy udziale wykonawcy **KAMARO Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 653/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołania i nakazuje Zamawiającemu – **Politechnice Gdańskiej w Gdańsku** unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego – wykonawcy **Hartuna Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach** i odrzucenia jego oferty.
Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione.
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Politechnikę Gdańską w Gdańsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego -

wykonawcę **Hartuna Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego – **Politechniki Gdańskiej w Gdańsku** na rzecz Odwołującego – wykonawcy **Hartuna Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Politechnika Gdańska w Gdańsku [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *przebudowę i rozbudowę wraz z remontem budynku Hydromechaniki Politechniki Gdańskiej w Gdańsku przy ul. Gabriela Narutowicza 11/12* (znak postępowania: ZP/235/055/R/17).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2017 r. pod numerem 2017/S 232-483222.

W dniu 5 kwietnia 2018 r. wykonawca Hartuna Sp. z o.o. z siedzibą w Skarszewach [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez niejednoznaczny opis warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunku, o którym mowa w pkt V. 1. 2) c) SIWZ tj. wykazania dysponowania co najmniej 1 osobą do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich, jak również jego nieuprawnione doprecyzowanie przez Zamawiającego już po otwarciu ofert, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie złożonej przez niego oferty na skutek błędnego uznania, że wskazana przez Odwołującego osoba - Pan J. S. nie spełnia warunku ukończenia odpowiednich studiów dla prowadzenia prac konserwatorskich.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się niedopuszczalnej, zawężającej na niekorzyść potencjalnych wykonawców, interpretacji warunków dopuszczenia do udziału w postępowaniu, już na etapie oceny złożonych ofert. Argumentował, że w orzecznictwie i doktrynie wypracowany został pogląd, iż nieścisłości w treści SIWZ należy wyklądać na korzyść wykonawcy, z czym należy się zgodzić, gdyż wykonawcy nie powinni być zaskakiwani nową czy też rozszerzoną interpretacją postanowień SIWZ dopiero na etapie oceny ofert, albowiem naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji. Podniósł, że w pkt V. 1. 2) c) SIWZ, Zamawiający wskazał jedynie, że osoba wyznaczona do kierowania pracami konserwatorskimi ma mieć ukończone „*studia w zakresie konserwacji zabytków*”. Zamawiający pomimo posiadania do tego prawa, nie sprecyzował dokładnie, co rozumie przez „*studia w zakresie konserwacji zabytków*”, jak

również nie wskazał jakie kierunki studiów uznaje za spełniające wskazany warunek. Wskazywał, że wbrew stwierdzeniu Zamawiającego, sformułowany przez niego warunek z SIWZ nie jest natomiast w pełni tożsamy, ani też nie odsyła do art. 37a ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2017 r. poz. 2187) [dalej „ustawa o ochronie zabytków”]. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę konieczność wykładni wszelkich nieścisłości na korzyść wykonawców, pojęcie „w zakresie konserwacji zabytków” może co najwyżej być rozumiane jako „dotyczące konserwacji zabytków”, czy też obejmujące swym zakresem i programem nauczania tematykę konserwacji zabytków. Zastosowane przez Zamawiającego pojęcie ma bowiem charakter niejednoznaczny, nie pozwalający na skonkretyzowanie o jakie dokładnie kierunki studiów spełniają postawione przez Zamawiającego wymagania. Jednocześnie wskazał, że Zamawiający nie ograniczył tego warunku do studiów, które kończą się uzyskaniem dyplomu w konkretnym kierunku takim jak np. „Konserwator Dzieł Sztuki” lub „Konserwator Zabytków”. Z tego też względu, Zamawiający nie miał prawa po otwarciu ofert do zawężenia warunku „studiów z zakresu konserwacji zabytków” wyłącznie do studiów, kończących się uzyskaniem dyplomu „Konserwatora Dzieł Sztuki” lub „Konserwatora Zabytków” na co wskazał Zamawiający przy wykluczeniu Odwołującego.

Ponadto zdaniem Odwołującego przy ocenie spełniania powyższego warunku, Zamawiający nie miał również prawa do odwoływania się do jakości, czy też praktyczności konkretnych studiów, co zrobił wskazując, że p. S. nie spełnia warunku odpowiednich studiów, albowiem ukończony przez niego kierunek „*ma charakter czysto teoretyczny i nie daje kwalifikacji do prowadzenia prac przy zabytku. Takie uprawnienia dają kierunki artystyczne tj. Konserwacja Dzieł Sztuki.*”

Z uwagi na powyższe dokonując wykładni rozszerzającej postanowień SIWZ o nowe właściwości i cechy studiów, które ma spełniać osoba wyznaczona do prac konserwatorskich, Zamawiający w sposób nieuprawniony doprecyzował warunki SIWZ już po otwarciu ofert, naruszając tym samym art. 7 ust. 1, art. 36 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł przy tym, iż wskazana przez niego osoba p. J. S. spełnia zarówno warunki określone w SIWZ jak i w art. 37a ust. 1 ustawy o ochronie zabytków. Ustawodawca podobnie jak i Zamawiający w SIWZ nie wprowadził definicji „studiów w zakresie konserwacji zabytków”. Z uwagi na powyższe, przy wykładni tego pojęcia należy posłużyć się jego definicją w potocznym znaczeniu. Konserwacja zabytków - rozumiana jest ogólnie jako dziedzina związana z historią sztuki, archeologią i muzealnictwem, albo w sensie węższym, bardziej technicznym, jako jeden z zabiegów konserwatorskich. Rzadko stosowanym określeniem na tę dziedzinę jest konserwatorstwo. Zgodnie zaś z definicją słownikową, „konserwatorstwo” to bądź 1. «nauka o konserwacji, restauracji i opiece nad zabytkami» bądź też 2. «prace związane z konserwacją zabytków i dzieł sztuki». Z tego też

względu, uzyskany przez p. S. dyplom w zakresie „Konserwatorstwa i Muzealnictwa” na Wydziale Sztuk Pięknych Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu kwalifikuje go jako uprawnionego do prowadzenia prac przy konserwacji zabytków. Studia te dotyczyły bowiem nauki o konserwacji zabytków, a więc mieszczą się w pojęciu studiów z zakresu konserwacji zabytków. Ich nieco bardziej teoretyczny wymiar względem innych kierunków studiów, czy też mniej artystyczny charakter niż chciałby Zamawiający pozostają bez jakiegokolwiek wpływu dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Potwierdzeniem tego faktu jest również okoliczność wydania w dniu 15 marca 1993 r. przez Konserwatora Zabytków Miasta Gdańska na rzecz p. S. zaświadczenia o posiadaniu kwalifikacji do wykonywania prac przy obiektach zabytkowych w zakresie konserwacji – kamienia, sztukaterii, cegły. Fakt, iż organ ten utracił możliwość wydawania wiążących zaświadczeń w wyniku liberalizacji przepisów o wykonywaniu prac konserwatorskich pozostaje bez znaczenia dla dokonanej przez ten organ oceny spełnienia warunków ustawowych przez p. S.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 kwietnia 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający argumentował, iż warunek udziału w postępowaniu został opisany precyzyjnie, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający jego ocenę. Zamawiający nie dokonał doprecyzowania warunku udziału w postępowaniu po otwarciu ofert, warunek udziału w postępowaniu postawiony został w oparciu o przepis art. 37a ust. 1 ustawy o ochronie zabytków i w oparciu o przepisy tej ustawy został oceniony.

Nadto wskazał, iż zaświadczenie, które zostało przedłożone Zamawiającemu dotyczące kwalifikacji Pana J. S., jest zaświadczeniem potwierdzającym jego kwalifikacje do wykonywania prac przy obiektach zabytkowych w zakresie konserwacji kamienia, sztukaterii, cegły, a nie do kierowania pracami konserwatorskimi. Przepis § 19 rozporządzenia Ministra Kultury i Sztuki z dnia 24 sierpnia 1964 r. (Dz. U. z 1964 r. Nr 31 poz. 197), na podstawie m.in. którego zostało wydane zaświadczenie reguluje kwestię kwalifikacji m.in. do kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomych oraz wykonywania prac konserwatorskich, natomiast nie reguluje kwestii kierowania pracami konserwatorskimi. Kwestię kierowania pracami konserwatorskimi reguluje ustawa o zabytkach i w oparciu o tę ustawę, Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wymagał od wykonawcy dysponowania kierownikiem robót budowlanych przy zabytkach nieruchomych ani dysponowania osobą do wykonywania prac konserwatorskich tylko wymagał dysponowania osobą do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich. Funkcja ta pojawia się i regulowana jest aktualnymi przepisami.

Zamawiający argumentował, że dokonując oceny postawionego przez siebie warunku udziału w postępowaniu, brał pod uwagę zapisy przytoczonych powyżej przepisów, jak również informację otrzymaną z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, tj. Uczelni, którą ukończył Pan J. S. na kierunku konserwatorstwo i muzealnictwo Wydział Sztuk Pięknych, z której wynika, iż w latach w których Pan J. S. zdobywał wykształcenie, na kierunku konserwatorstwo i muzealnictwo nie uczono praktycznego wykonywania zabiegów konserwatorsko – restauratorskich oraz nie uczono kierowania pracami konserwatorskimi. Był to kierunek teoretyczny, przygotowujący absolwentów do pracy w instytucjach związanych z ochroną i zarządzaniem zabytkami i dziedzictwem.

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył wydruk korespondencji elektronicznej prowadzonej z Dyrektorem Instytutu Zabytkoznawstwa i Konserwatorstwa UMK w Toruniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę KAMARO Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 6 kwietnia 2018 r. po stronie Zamawiającego. W trakcie rozprawy Przystępujący przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami, informację Zamawiającego z dnia 26 marca 2018 r. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia

20 kwietnia 2018 r., jak również przedstawione w złożonych pismach. Izba dopuściła także dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego i Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem V.1.2.c) SIWZ, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymagał, by wykonawca wykazał się co najmniej jedną osobą do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich, która ukończyła studia drugiego stopnia lub jednolite magisterskie, w zakresie konserwacji zabytków oraz która przez co najmniej 9 miesięcy brała udział w pracach konserwatorskich, pracach restauratorskich lub badaniach konserwatorskich, prowadzonych przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków.

Wykonawca Hartuna Sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 lutego 2018 r., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokonał zmiany osoby wskazanej na stanowisko kierownika prac konserwatorskich. Jako osobę dedykowaną na ww. stanowisko Odwołujący wskazał Pana J. S., który ukończył studia magisterskie na Wydziale Sztuk Pięknych UMK w Toruniu w zakresie konserwatorstwa i muzealnictwa.

W dniu 19 marca 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Hartuna Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, iż na Wydziale Sztuk Pięknych UMK w Toruniu jedynym kierunkiem studiów, po ukończeniu którego zdobywa się kwalifikacje do kierowania pracami konserwatorskimi jest konserwacja i restauracja dzieł sztuki. Konserwatorstwo i muzealnictwo, ukończone przez Pana J. S. jest specjalnością na kierunku ochrona dóbr kultury, którego ukończenie nie uprawnia do kierowania pracami konserwatorskimi. Ochrona dóbr kultury jest kierunkiem teoretycznym i jeżeli absolwent tego kierunku dodatkowo nie spełnia warunków związanych z wykształceniem, określonych art. 37a ust. 1 i 2 ustawy o ochronie zabytków i nie posiada odpowiednich świadectw i dyplomów to nie ma kwalifikacji do kierowania pracami konserwatorskimi. Prace konserwatorskie nie są przedmiotem kształcenia na specjalności konserwatorstwo kierunku ochrona dóbr kultury i tym samym absolwenci nie uzyskują kompetencji do ich wykonywania. W związku z powyższym Zamawiający powziął wątpliwość, czy wykształcenie Pana J.S. uprawniało go do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich, tzn. czy jest ono tożsame z tym, o którym mowa w art. 37a ust. 1 i 2 ustawy o ochronie zabytków, a co za tym idzie daje mu uprawnienia do kierowania pracami konserwatorskimi.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 20 marca 2018 r. wskazał, że w czasach kiedy Pan S. studiował i uzyskał dyplom (1982 r.) nie było kierunku ochrona dóbr kultury, a studia były w zakresie konserwacji zabytków. Podniósł, że Zamawiający powołuje się na zapisy ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami, jednakże w czasach kiedy Pan S. zdobywał doświadczenie w zakresie prac konserwatorskich obowiązującymi były przepisy ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (Dz. U. z 1962 r. Nr 10 poz. 48) oraz rozporządzenie Ministra Kultury i Sztuki z dnia 24 sierpnia 1964 r. w sprawie zezwoleń na prowadzenie prac konserwatorskich przy zabytkach i archeologicznych prac wykopaliskowych (Dz. U. z 1964 r. Nr 31 poz. 197), na podstawie których wydawane były uprawnienia w formie zaświadczenia wojewódzkiego konserwatora zabytków o kwalifikacjach do wykonywania prac konserwatorskich. Nadto wykonawca poinformował, że Pan S. przez ponad 35 lat pracuje w zawodzie i wykonał – samodzielnie lub w zespole – setki realizacji przy obiektach objętych ochroną konserwatorską (w tym jako kierownik prac konserwatorskich dużych obiektów). Odwołujący do powyższych wyjaśnień załączył zaświadczenie Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków Miasta Gdańska z dnia 15 marca 1993 r. stwierdzające, że Pan mgr J. S. legitymujący się dyplomem UMK w Toruniu, Wydział Sztuk Pięknych oraz udokumentowaną praktyką posiada kwalifikacje do wykonywania prac przy obiektach zabytkowych w zakresie konserwacji kamienia, sztukaterii, cegły.

W dniu 26 marca 2018 r. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczył wykonawcę Hartuna Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu faktycznym powyższej decyzji Zamawiający wskazał, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymogów co do dysponowania osobą do kierowania pracami konserwatorskimi jest tożsamy z zapisami art. 37a ust. 1 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz. U. z 2017 r. poz. 2187). Podał, że ww. przepis określa, kto może prowadzić prace konserwatorskie i restauratorskie przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków. Nadto wskazał, że na przełomie ostatnich lat i zmian ustawy o ochronie zabytków różnie były określane wymagania co do osób prowadzących prace konserwatorskie przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków, jednak niezmiennym wymogiem było i jest posiadanie dyplomu Konserwatora Dzieł Sztuki lub Konserwatora Zabytków. Zaświadczenia wydawane do 2003 roku przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków miały charakter jednorazowy i odnosiły się do stwierdzenia przygotowania zawodowego w świetle obowiązujących przepisów dla konkretnej realizacji. Zaświadczenie wydane Panu J.S. nie jest dokumentem nadającym uprawnienia w zakresie kierowania pracami konserwatorskimi. Ustawodawca nigdy nie nadał takich kompetencji Wojewódzkiemu Konserwatorowi Zabytków. Jedynie spełnienie wymogów takich jak: wykształcenie w zakresie konserwacji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków (nie

konserwatorstwa) i odbycie stosownej praktyki pozwala na samodzielne prowadzenie prac konserwatorskich.

Dodatkowo Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego się wykonawcy z uwagi na to, że została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp polegający na bezpodstawnym wykluczeniu wykonawcy Hartuna Sp. z o.o. na skutek błędnego uznania, że wskazana przez Odwołującego na stanowisko kierownika prac konserwatorskich osoba, tj. Pan J. S. nie spełnia warunku ukończenia odpowiednich studiów dla prowadzenia prac konserwatorskich, w ocenie Izby, zasługiwał na uwzględnienie.

Istota przedmiotowej sprawy sprowadzała się do oceny, czy posiadane przez Pana J. S., tj. osobę desygnowaną przez wykonawcę Hartuna Sp. z o.o. na stanowisko kierownika prac konserwatorskich, wykształcenie – tytuł magistra z zakresu konserwatorstwa i muzealnictwa uzyskany w 1982 r., a także doświadczenie praktyczne stwierdzone zaświadczeniem Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków Miasta Gdańska z dnia 15 marca 1993 r. uprawniały go do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich w świetle obecnie obowiązujących przepisów ustawy o ochronie zabytków, a w konsekwencji potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem Izby Zamawiający nie zbadał oferty wykonawcy Hartuna Sp. z o.o. w sposób kompleksowy, przez co czynność wykluczenia odwołującego się wykonawcy z uwagi na niewykazanie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, w świetle okoliczności podanych w zawiadomieniu z dnia 26 marca 2018 r., była nieprawidłowa.

Podstawą faktyczną wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego był brak wymaganego przez Zamawiającego od osoby wskazanej na stanowisko kierownika prac konserwatorskich, tj. Pana J. S. wykształcenia (studia drugiego stopnia lub jednolite studia magisterskie w zakresie konserwacji zabytków) nawiązującego do treści art. 37a ust. 1 ustawy o ochronie zabytków. Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie zakwestionował posiadanego przez ww. osobę wymaganego w SIWZ doświadczenia w zakresie prac konserwatorskich, restauratorskich lub badań konserwatorskich, prowadzonych przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków.

Izba wskazuje, że Pan J. S. uzyskał tytuł magistra z zakresu konserwatorstwa i muzealnictwa na Wydziale Sztuk Pięknych UMK w Toruniu w roku 1982 (obecnie kierunek ochrona dóbr kultury). Nadto zaświadczeniem z dnia 15 marca 1993 r. Wojewódzki Konserwator Zabytków Miasta Gdańska stwierdził, że Pan mgr J. S. legitymujący się dyplomem UMK w Toruniu oraz udokumentowaną praktyką posiada kwalifikacje do wykonywania prac przy obiektach zabytkowych w zakresie konserwacji kamienia, sztukaterii, cegły.

Przedmiotowe zaświadczenie zostało wydane na podstawie art. 21 ustawy z dnia 15 lutego 1962 r. o ochronie dóbr kultury (Dz. U. z 1962 r. Nr 10 poz. 48) oraz §18 i §19 rozporządzenia Ministra Kultury i Sztuki z dnia 24 sierpnia 1964 r. (Dz. U. Nr 31 poz. 197) [dalej „rozporządzenie”]. Przywołane wyżej rozporządzenie określało wymagania wobec osób mogących: 1) wykonywać prace projektowe w specjalności architektonicznej i konstrukcyjno – inżynierskiej przy zabytkach nieruchomości (§16), 2) kierować robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej i konstrukcyjno-inżynierskiej przy zabytkach nieruchomości (§17) oraz 3) wykonywać prace konserwatorskie przy zabytkach ruchomych (§18).

Stosownie do treści §18 rozporządzenia, prace konserwatorskie przy zabytkach ruchomych mogły wykonywać osoby, które: 1) ukończyły studia w zakresie konserwacji zabytków albo 2) ukończyły inne studia, których program obejmował wiadomości mające zastosowanie przy konserwacji zabytków oraz odbyły co najmniej jednoroczną praktykę, albo 3) posiadają przygotowanie praktyczne z zakresu konserwacji zabytków.

Ponadto zgodnie z §19 ww. rozporządzenia, kwalifikacje do sporządzenia projektów prac konserwatorskich, nadzorowania i kierowania robotami budowlanymi przy zabytkach nieruchomości, o których mowa w §16 i §17, oraz wykonywania prac konserwatorskich przy zabytkach ruchomych stwierdzał w formie zaświadczenia wojewódzki konserwator zabytków (konserwator zabytków miasta wyłączonego z województwa), właściwy ze względu na miejsce zamieszkania osoby ubiegającej się o stwierdzenie uprawnień.

Analiza obowiązujących, w dacie wydania rzeczonoego zaświadczenia, przepisów ustawy o ochronie dóbr kultury oraz ww. aktu wykonawczego prowadzi do wniosku, iż do wykonywania prac konserwatorskich przy zabytkach ruchomych wystarczającym było spełnienie jednego z warunków określonych w §18 rozporządzenia. Nadto przepisy omawianego rozporządzenia nie regulowały kwestii kwalifikacji, które winny posiadać osoby uprawnione do kierowania pracami konserwatorskimi, co też dostrzegł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Zauważyć również należy, iż treść wydanego przez Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków Miasta Gdańska zaświadczenia dotyczącego osoby Pana J. S. nawiązuje do

zdobytego wykształcenia, jak również potwierzonego doświadczenia, co koresponduje z treścią punktu 2 § 18 rozporządzenia.

Z kolei w świetle obecnie obowiązujących przepisów ustawy o ochronie zabytków, w myśl art. 37a ust. 1, pracami konserwatorskimi, pracami restauratorskimi lub badaniami konserwatorskimi, prowadzonymi przy zabytkach wpisanych do rejestru kieruje osoba, która ukończyła studia drugiego stopnia lub jednolite studia magisterskie, w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków oraz która po rozpoczęciu studiów drugiego stopnia lub po zaliczeniu szóstego semestru jednolitych studiów magisterskich przez co najmniej 9 miesięcy brała udział w pracach konserwatorskich, pracach restauratorskich lub badaniach konserwatorskich, prowadzonych przy zabytkach wpisanych do rejestru, inwentarza muzeum będącego instytucją kultury lub zaliczanych do jednej z kategorii, o których mowa w art. 14a ust. 2. Nadto w świetle ust. 2 ww. przepisu, w dziedzinach nieobjętych programem studiów wyższych, o których mowa w ust. 1, pracami konserwatorskimi, pracami restauratorskimi lub badaniami konserwatorskimi, prowadzonymi przy zabytkach wpisanych do rejestru albo na Listę Skarbów Dziedzictwa, kieruje osoba, która posiada: 1) świadectwo ukończenia szkoły średniej zawodowej oraz tytuł zawodowy albo wykształcenie średnie lub średnie branżowe i dyplom potwierdzający posiadanie kwalifikacji zawodowych w zawodach odpowiadających danej dziedzinie lub 2) dyplom mistrza w zawodzie odpowiadającym danej dziedzinie - oraz która przez co najmniej 4 lata brała udział w pracach konserwatorskich, pracach restauratorskich lub badaniach konserwatorskich, prowadzonych przy zabytkach wpisanych do rejestru, na Listę Skarbów Dziedzictwa, do inwentarza muzeum będącego instytucją kultury lub innych zabytkach zaliczanych do jednej z kategorii, o których mowa w art. 14a ust. 2.

Jednocześnie zgodnie z art. 37a ust. 3 ustawy o ochronie zabytków, przepisy ust. 1 i 2 stosuje się do osób, które samodzielnie wykonują prace konserwatorskie, prace restauratorskie lub badania konserwatorskie, prowadzone przy zabytkach wpisanych do rejestru.

Ponadto stosownie do treści art. 37c ustawy o ochronie zabytków, robotami budowlanymi kieruje albo nadzór inwestorski wykonuje, przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru osoba, która posiada uprawnienia budowlane określone przepisami Prawa budowlanego oraz która przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury.

Z powyższego wynika zatem, iż ustawodawca obecnie odrębnie określił wymagania wobec osób przeznaczonych m.in. do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków lub samodzielnego ich wykonywania, a także do kierowania robotami budowlanymi albo wykonywania nadzoru inwestorskiego przy zabytkach

nieruchomych wpisanych do rejestru. Nadto z treści ww. przepisów wynika, że ustawodawca określił tożsame wymagania wobec osób, które mają kierować pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków lub samodzielnie je wykonywać. Zauważyć również należy, iż prawodawca w ww. przepisie nie wskazał nazwy konkretnego kierunku studiów, którego ukończenie uprawnia do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków lub ich samodzielnego wykonywania, posługując się pojęciem „*studia w zakresie konserwacji i restauracji dzieł sztuki lub konserwacji zabytków*”.

W tym miejscu Izba wskazuje również, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustaw regulujących warunki dostępu do wykonywania niektórych zawodów (Dz. U. z 2015 r. poz. 1505), osoby, które przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy uzyskały uprawnienia w zakresie kierowania pracami konserwatorskimi lub ich samodzielnego wykonywania albo kierowania robotami budowlanymi lub wykonywania nadzoru inwestorskiego na podstawie dotychczasowych przepisów, zachowują te uprawnienia. Powyższa ustawa zmieniająca ustawę o ochronie zabytków uchyliła obowiązujące do dnia 29 listopada 2015 r. rozporządzenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie prowadzenia prac konserwatorskich, prac restauratorskich, robót budowlanych, badań konserwatorskich, badań architektonicznych i innych działań przy zabytku wpisanym do rejestru zabytków oraz badań archeologicznych (Dz. U. Nr 165 poz. 987). Od dnia 30 listopada 2015 r. kwestia kwalifikacji osób zatrudnionych przy zabytkach wpisanych do rejestru uregulowana jest w art. 37a ustawy o ochronie zabytków.

Mając na uwadze powyższe ustalenia faktyczne oraz dokonaną wykładnię ww. przepisów Izba wskazuje, że Zamawiający nie zbadał w sposób należyty oferty wykonawcy Hartuna Sp. z o.o. w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w kontekście posiadanych, przez dedykowanego na stanowisko kierownika prac konserwatorskich - Pana J. S., kwalifikacji. Zdaniem Izby Zamawiający obowiązany był ustalić w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, czy zdobyte przez Pana J. S. wykształcenie, tj. studia magisterskie z zakresu konserwatorstwa i muzealnictwa oraz zdobyta praktyka, na podstawie których Wojewódzki Konserwator Zabytków Miasta Gdańska stwierdził w formie zaświadczenia kwalifikacje ww. osoby do wykonywania prac przy obiektach zabytkowych w zakresie konserwacji kamienia, sztukaterii, cegły uprawniają do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków w świetle obecnie obowiązujących przepisów ustawy o ochronie zabytków. Nie można pominąć, co podkreślano już powyżej, że obecnie kwalifikacje dla osób mogących kierować pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru, jak i samodzielnie je wykonywać, zostały zrównane.

W ocenie Izby Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie sprostął ciężącemu na nim obowiązku wykazania okoliczności uzasadniających ww. czynność. Przede wszystkim podkreślić należy, iż uzasadnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy Hartuna Sp. z o.o. z postępowania oparte zostało na założeniu, że skoro wykonawca nie dysponuje osobą, która ukończyła studia na kierunku konserwacja i restauracja dzieł sztuki, to osoba ta nie posiada kwalifikacji do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków zdobytych przed wejściem w życie aktualnych regulacji. Izba wskazuje, że przyjęcie powyższego poglądu, bez należytego ustalenia, potwierdzonego informacją od właściwego podmiotu mogącego odnieść się do stwierdzonych kwalifikacji posiadanych przez Pana J. S., jest zbyt daleko idące i nie stanowi o prawidłowości działań Zamawiającego.

Powyższego stanowiska Zamawiającego nie potwierdza także korespondencja prowadzona z Dyrektorem Instytutu Zabytkoznawstwa i Konserwatorstwa UMK w Toruniu, który w wiadomości elektronicznej z dnia 19 marca 2018 r. słusznie zauważył, że o uprawnieniach do kierowania pracami konserwatorskimi decyduje ustawodawca, a nie uczelnia. Ponadto treść przedmiotowej korespondencji nie daje odpowiedzi na pytanie, czy zdobyte przez Pana J. S. wykształcenie oraz praktyka zawodowa uprawniają do wykonywania prac przy obiektach zabytkowych w zakresie cegły, kamienia, sztukaterii potwierdzone stosownym zaświadczeniem Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków Miasta Gdańska, uprawniają albo nie do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru zabytków w świetle obecnie obowiązujących przepisów. Powyższa korespondencja dotyczyła w istocie obecnie obowiązujących wymagań wynikających z ustawy o ochronie zabytków, które musi spełnić osoba, by kierować m.in. pracami konserwatorskimi przy zabytkach wpisanych do rejestru, czy też samodzielnie je wykonywać. Ponadto wskazywała, że absolwent dawnego kierunku konserwatorstwo i muzealnictwo (obecnie ochrona dóbr kultury) nie nabywa praktycznego doświadczenia w zakresie zabiegów konserwatorsko – restauratorskich ani kierowania takimi pracami. Przedmiotowa korespondencja nie dotyczyła natomiast charakteru czy też aktualności w świetle obecnych uregulowań, kwalifikacji stwierdzonych zaświadczeniem właściwego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków.

Reasumując powyższe, w ocenie Izby, Zamawiający nie sprostął ciężarowi wykazania okoliczności uzasadniających wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w ww. zakresie wskutek przeprowadzenia nierzetelnej oceny oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba wskazuje, że powyższa podstawa prawna nie znajduje zastosowania w jednoetapowych procedurach o udzielenie zamówienia publicznego. Regulacja ta określa skutki złożenia oferty przez wykonawcę, który został uprzednio wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co ma miejsce przykładowo, w przetargu ograniczonym, którego pierwszym etapem jest wyłonienie wykonawców, którzy zostaną następnie zaproszeni do składania ofert. Prawidłową podstawę odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego z postępowania w sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowi art. 24 ust. 4 ustawy Pzp wskazujący, iż ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez opisanie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.1.2.c) SIWZ, tj. wykazania dysponowania co najmniej jedną osobą do pełnienia funkcji kierownika prac konserwatorskich w sposób niejednoznaczny, jak również jego nieuprawnione doprecyzowanie przez Zamawiającego po otwarciu ofert, skutkujące w konsekwencji wykluczeniem Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniem jego oferty, zdaniem Izby, nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że ww. zarzut w zakresie podstawy faktycznej dotyczącej skonkretyzowania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie V.1.2.c) SIWZ w sposób niejednoznaczny jako spóźniony nie mógł podlegać rozpoznaniu.

W pozostałym zakresie Izba uznała przedmiotowy zarzut za niezasadny, a to ze względu na okoliczność, że czynność wykluczenia wykonawcy Hartuna Sp. z o.o. z uwagi na niewykazanie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu nie wynikała, zdaniem składu orzekającego Izby, z niedozwolonej po upływie terminu składania ofert rozszerzającej interpretacji ww. warunku o nowe właściwości i cechy studiów, które miała spełniać osoba wyznaczona do kierowania pracami konserwatorskimi przy zabytku wpisanym do rejestru, a z niepełnej oceny Zamawiającego w przedmiocie aktualności posiadanych przez Pana J. S. kwalifikacji potwierdzonych zaświadczeniem stosownego podmiotu w kontekście postawionego warunku udziału w postępowaniu referującego do wykształcenia osoby przewidzianej na stanowisko kierownika prac konserwatorskich, a nawiązującego do obecnie obowiązujących przepisów w ww. zakresie (art. 37a ust. 1 ustawy o ochronie zabytków).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 23 600 zł.

Przewodniczący: