

Sygn. akt: KIO 3152/20

WYROK
z dnia 28 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020r. przez **T. D., prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU T. D. z siedzibą w Wejherowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Reda**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Reda i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez T. D., prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU T. D. z siedzibą w Wejherowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miasta Reda na rzecz T. D., prowadzącego działalność gospodarczą pn. PHU T. D. z siedzibą w Wejherowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 - Gmina Miasto Reda - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Rozbudowa budynku Szkoły Podstawowej nr 5 w Redzie wraz z rozbiórką przybudówki części istniejącej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17.09.2020r. pod nr 585945-N-2020.

W dniu 30.11.2020r. Odwołujący – T. D., prowadzący działalność gospodarczą pn. PHU T. D. z siedzibą w Wejherowie - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego pomimo, iż nie wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym bardziej nie miało miejsca jakiegokolwiek zamierzone działanie ani rażące niedbalstwo w tym zakresie;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie, iż Odwołujący nie spełnia wymagań Zamawiającego, o których mowa w pkt 5.1.3.1. SIWZ, pomimo, iż Odwołujący posiada wymagane doświadczenie, w szczególności zamówienia wskazane w poz. 1 i 2 Wykazu robót budowlanych odpowiadają ww. wymaganiom Zamawiającego;
3. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą w sytuacji, gdy wobec Odwołującego nie zachodziły przesłanki wykluczenia z postępowania;
4. ewentualnie również - art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunków, o których mowa w pkt 5.1.3.1. SIWZ i wykluczenie Odwołującego z postępowania z pominięciem wezwania do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami i dokumentami składanymi przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego a informacjami uzyskiwanymi przez Zamawiającego z innych źródeł oraz z pominięciem oceny i uwzględnienia wyjaśnień złożonych samodzielnie przez Odwołującego;
5. ewentualnie - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez przedwczesne wykluczenie Odwołującego z postępowania z pominięciem - dopiero w sytuacji, gdy Zamawiający po prawidłowej i rzetelnej ocenie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w odniesieniu do poszczególnych zamówień wskazanych w Wykazie robót, uznałby jednak, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - wezwania Odwołującego do uzupełnienia

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznych lub zawodowych;

6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualnie dokonanie czynności wskazanych w odwołaniu, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego.

Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego z dnia 24.11.2020r. o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, podniósł, że czynność ta została dokonana całkowicie bezpodstawnie i swobodnie, zupełnie w oderwaniu od treści dokumentów, stanu faktycznego, a jedynie w oparciu o nieznanne i nieujawnione Odwołującemu informacje, co do których wręcz zachodzi wysokie prawdopodobieństwo braku obiektywizmu, szczególnie wobec pozbawienia Odwołującego możliwości zapoznania się z tymi informacjami i wyjaśnienia ewentualnych wynikających z nich wątpliwości lub rozbieżności. Treść dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w postępowaniu dowodzi w sposób wystarczający faktu posiadania przez Odwołującego wymaganego doświadczenia, a ewentualne wątpliwości wynikające z pozyskania informacji z jakichkolwiek innych źródeł wymagały konfrontacji z Odwołującym i przynajmniej umożliwienia złożenia mu dodatkowych, dalszych wyjaśnień. W żaden sposób na podstawie przedłożonych dokumentów nie można było stwierdzić braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym bardziej wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Zdaniem Odwołującego zupełnie niezrozumiałe jest z jakich przyczyn Zamawiający uznał, że zamówienie wskazane w poz. 1 Wykazu nie obejmowało rozbudowy obiektu kubaturowego użyteczności publicznej, a jedynie jego przebudowę. Przedłożone przez Odwołującego wyjaśnienia obrazują ściśle treść dokumentów, zaś składane dokumenty są dokumentami wytworzonymi przez podmioty trzecie. Potwierdzają one, iż wykonane przez Odwołującego roboty budowlane wskazane w poz. 1 Wykazu obejmowały, poza przebudową, także rozbudowę obiektu kubaturowego użyteczności publicznej. Okoliczność, iż Zamawiający - wbrew treści złożonych dokumentów - dokonał oceny, iż roboty nie obejmowały rozbudowy, nie może obciążać Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że nigdy nie podawał żadnych innych informacji nie wynikające wprost z oficjalnych dokumentów dotyczących wskazanej inwestycji. Zamawiający poza lakonicznym stwierdzeniem, iż uzyskane samodzielnie

informacje potwierdziły wątpliwości Zamawiającego, że Odwołujący wprowadził w błąd, nie podał żadnych konkretnych informacji dowodzących braku prawdziwości twierdzeń Odwołującego.

Odwołujący przytoczył fragmenty dokumentów i wyjaśnień składanych w toku postępowania przez Odwołującego, które obrazują zupełny brak jakiegokolwiek zamiaru wprowadzenia w błąd (jak również brak jakiegokolwiek rażącego niedbalstwa):

- a. w poz. 1 Wykazu, Odwołujący umieścił nazwę zrealizowanego zamówienia, którą posłużono się w dokumentacji projektowej tego zadania, tj.: Przebudowa budynku szkoleniowego nr 312 PW (Porcie Wojennym) Gdynia;
- b. do Wykazu załączone zostały protokoły odbioru, w treści których również posłużono się nazwą „Przebudowa budynku szkoleniowego nr. 312 Porcie Wojennym Gdynia”;
- c. pominięcie w Wykazie informacji, iż wskazane zamówienie obejmowało także rozbudowę wynikało jedynie z przeoczenia Odwołującego, gdyż umowa zawarta z RZL w Gdyni, odwołująca się do ww. dokumentacji projektowej, wprost wskazywała na to, iż Odwołujący przyjmuje do realizacji przebudowę i rozbudowę budynku szkoleniowego nr 312 wraz z infrastrukturą techniczną w Porcie Wojennym Gdynia, zadanie nr 13691 (§ 1 ust. 1 umowy zawartej w dniu 17.09.2015 r. pomiędzy odwołującym a RZL. Jako dowód wskazał na umowę z 17.09.2015 r.
- d. Odwołujący w dniu 3.11.2020 r. złożył stosowane wyjaśnienia, w których wskazał, iż w załączeniu przedkłada dowody, tj. dokumenty projektowe oraz decyzje o pozwoleniu na budowę, które jasno określają, iż inwestycją dotyczyła przebudowy i rozbudowy budynku użyteczności publicznej. W treści każdego z załączonych do wyjaśnień dokumentów (decyzja o pozwoleniu na budowę, projekt wykonawczy, projekt budowlany, STWiOR), wprost wskazano na „Przebudowę i rozbudowę budynku szkoleniowego nr 312 wraz z infrastrukturą techniczna w PW Gdynia, zadanie nr 13691

Wskazując na powyższe, Odwołujący stwierdził, że niezrozumiałe jest z jakich przyczyn Zamawiający uznał, iż zamówienie wskazane w poz. 1 Wykazu nie obejmowało rozbudowy obiektu kubaturowego użyteczności publicznej, skoro taki zakres prac został jednoznacznie wskazany w treści przedłożonych dokumentów. Stwierdził, że Zamawiający nie podjął żadnej próby wykazania zaistnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu, w zakresie poz. 1 Wykazu Odwołujący nie kwestionując przytoczonej przez Zamawiającego definicji rozbudowy i przebudowy, podniósł, że Zamawiający nie podał żadnych konkretnych argumentów przemawiających za tym, że zakres prac wykonany przez Odwołującego w ramach realizacji zamówienia z poz. 1 Wykazu nie stanowił obok przebudowy także rozbudowy. Przyjęcie takiej oceny wyłącznie o źródło zewnętrzne, z pominięciem przekazania Odwołującemu treści uzyskanych informacji celem ustosunkowania się, jest tym bardziej bezpodstawne, iż Odwołujący przekazywał Zamawiającemu wyłącznie dokumenty pochodzące właśnie od RZI w Gdyni, tj. dokumentację projektową, decyzję o pozwoleniu na budowę i protokoły odbioru. W treści tych dokumentów jednoznacznie wskazano na przebudowę i rozbudowę budynku szkoleniowego nr 312. W sytuacji zatem, gdy informacje uzyskane od RZI w Gdyni pozostawały w sprzeczności z dokumentami przedkładanymi przez Odwołującego, powinno to wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i wezwać Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia dalszych wyjaśnień i odniesienia się do informacji przekazanych przez RZI w Gdyni, zamiast bezkrytycznie dawać wiarę wyłącznie tej instytucji z jednoczesnym całkowitym zignorowaniem Odwołującego.

Odwołujący podkreślił, że w zakres prac zleconych Odwołującemu, zgodnie z dokumentacją projektową, wchodziło m.in. wykonanie zewnętrznej klatki schodowej ewakuacyjnej ze strefy pożarowej z trybun o konstrukcji żelbetowej monolitycznej prowadzące do rozbudowy budynku i zmiany jego parametrów. W wyniku prac wykonanych przez Odwołującego w ramach tego zamówienia zmianie uległy powierzchnia zabudowy oraz kubatura obiektu, a także wymiary zewnętrzne, co zostało odzwierciedlone na mapie geodezyjnej powykonawczej sporządzanej przez uprawnionego geodetę z ramienia RZI w Gdyni na potrzeby uzyskania pozwolenia na użytkowanie tego obiektu. Jako dowód wskazał poświadczenie nr12/2020 wydane przez RZI w Gdyni.

W zakresie poz. 2 Wykazu, Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył pismem z dnia 23.11.2020r. obszernie wyjaśnienia dotyczące należytego wykonania prac ujętych w poz. 2 Wykazu, popierając je dowodami. Termin dokonania czynności wykluczenia, a także brak jakiegokolwiek odniesienia się w uzasadnieniu do wyjaśnień, świadczy jedynie o fakcie, iż Zamawiający zdecydował o wykluczeniu zupełnie bez analizy wyjaśnień stanu faktycznego sprawy, a także całkowicie bezrefleksyjnie oparł swoją ocenę - pozostającą w sprzeczności chociażby z protokołami odbioru przedłożonymi przez Odwołującego wraz z Wykazem - na (nieujawnionych Odwołującemu tak co do treści, jak i co do źródła) informacjach pozyskanych we własnym zakresie. W tym miejscu wskazać należy, iż nawet nie jest wiadome, czy informacje te

pochodzą od Powiatu Wejherowskiego czy też innej instytucji lub osoby, a w konsekwencji czy można je w ogóle uznać za wiarygodne.

Podobnie jak w przypadku poz. 1 Wykazu, Zamawiający - skoro powziął informacje podające w wątpliwość te przekazywane przez Odwołującego - powinien był je wskazać Odwołującemu celem konfrontacji i złożenia wyjaśnień. Tymczasem Zamawiający w rzeczywistości nie umożliwił Odwołującemu zajęcia stanowiska co do ich treści, a zatem ocena o braku spełniania warunków wskazanych w pkt 5.1.3.1 SIWZ przez zamówienie z poz. 2 Wykazu była przedwczesna, jak również przedwczesne i bezzasadne było wezwanie do uzupełnienia Wykazu w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego też czynność uznania, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu została dokonana z naruszeniem nie tylko art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ale także art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia zaistniałych wątpliwości powstałych na skutek uzyskanych samodzielnie przez Zamawiającego informacji, a także - w sytuacji samodzielnego złożenia takich wyjaśnień przez Odwołującego-zaniechania uwzględnienia ich treści przy ocenie spełniania warunku) oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (poprzez przedwczesne - przed należyтым wyjaśnieniem i zbadaniem okoliczności związanych z należyтым wykonaniem zamówienia wskazanego w poz. 2 Wykazu - wezwanie do uzupełnienia Wykazu).

Odwołujący podkreślił, że zamówienie wskazane z poz. 2 Wykazu zostało wykonane należycie, co zostało wykazane dowodami, złożonymi Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał złożone wcześniej wyjaśnienia zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 23.11.2020. Jako najistotniejsze argumenty wskazał:

- a. z treści dokumentów złożonych wraz z Wykazem wynika, iż zamówienie Rozbudowa Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie (...) została wykonana należycie. W treści protokołu Końcowego Odbioru Robót wyraźnie stwierdzono, iż roboty zostały wykonane zgodnie z zamówieniem.
- b. na brak możliwości stwierdzenia należytego wykonania zamówienia nie wpływa także fakt, iż pomiędzy Odwołującym a Powiatem Wejherowskim toczy się w sądzie sprawa o zapłatę kar umownych. Jak wskazano w wyjaśnieniach, kary te rzeczywiście zostały naliczone z dwóch tytułów: 1) za 36 dni opóźnienia wykonania prac oraz 2) za opóźnienie w przedłożeniu przedłużonego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Okoliczność naliczenia kar w tym przypadku w żaden sposób nie świadczy o nienależyтым wykonaniu zamówienia ujętego w poz. 2 Wykazu:
 - i. są one naliczone bezpodstawnie, co spowodowało konieczność odmowy ich zapłaty, a w rezultacie zawiśnięcie sporu sądowego. Jednostronne i arbitralne naliczenie kar przez zamawiającego, w sytuacji gdy są one bezpodstawne, nie może rodzić

negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w postaci braku możliwości posługiwania się nabytym doświadczeniem,

ii. kary naliczone w związku z opóźnieniem w przedłożeniu przedłużonego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia dotyczą pobocznego obowiązku wykonawcy, nie wchodzącego w zakres wykonania robót budowlanych. Tymczasem spełnienie warunku związane jest z nabyciem doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych. Ponadto, jak wskazano w wyjaśnieniach, do opóźnienia doszło w okolicznościach, do których przyczynił się zamawiający,

iii. natomiast kary naliczone za opóźnienie w wykonaniu prac, jak wskazano w wyjaśnieniach, dotyczyły wykonania prac, które nie były objęte zamówieniem wskazanym w poz. 2 Wykazu. Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, iż to Powiat Wejherowski odpowiedzialny był za uzyskanie decyzji o pozwolenie na użytkowanie, z uwagi na fakt, iż prace wykonywane przez Odwołującego dotyczyły jedynie rozbudowy budynku, natomiast uzyskanie pozwolenia na użytkowanie wymagało oceny bezpieczeństwa całego obiektu - a zatem również elementów leżących poza zakresem prac Odwołującego. Odwołujący w terminie usunął wszystkie usterki związane z zakresem rzeczowym wykonywanych przez niego robót. Spór, a w konsekwencji powstałe opóźnienie w ich usunięciu, dotyczył jedynie usterek leżących poza zakresem prac Odwołującego. Dlatego też kary zostały naliczone bezzasadnie. O należyтым wykonaniu zamówienia wchodzącego w zakres prac zleconych Odwołującemu (i wykazanych w Wykazie). Świadczy także brak zastrzeżeń Powiatu Wejherowskiego i dokonanie pełnej zapłaty faktury za prace po terminowym usunięciu bezspornych usterek. Tak jak wskazano w wyjaśnieniach, Odwołujący nie pozostawał w opóźnieniu z usunięciem pozostałych usterek, gdyż zostały one ostatecznie uznane za roboty dodatkowe i wykonane na podstawie odrębnych umów. Również ta okoliczność, tj. zawarcie z Odwołującym przez Powiat Wejherowski tych umów dodatkowych już po dacie stwierdzenia usterek, także świadczy o tym, iż Powiat nie miał wątpliwości co do jakości prac Odwołującego oraz ich należytego wykonywania.

c. Zupełnie bezpodstawne jest stwierdzenie Zamawiającego, iż to z winy Odwołującego brak był możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie obiektu objętego ww. zamówieniem. Jest ono oderwane od znajomości zakresu prac prowadzonych przy tym zamówieniu. Tak jak wskazano powyżej oraz z wyjaśnieniach, usterki, które uniemożliwiły uzyskanie w terminie pozwolenia na użytkowanie obiektu dotyczyły tej części, która nie wchodziła w rzeczowy zakres prac Odwołującego. Dlatego też brak uzyskania pozwolenia spowodowany był okolicznościami leżącymi po stronie

Zamawiającego i nie może obciążać negatywnymi konsekwencjami Odwołującego;

d. Całkowicie bezzasadnie, zupełnie nie wiadomo w oparciu o jakie informacje, Zamawiający przypisał Odwołującemu odpowiedzialność za negatywne opinie straży pożarnej i sanepidu. Usterki zgłoszone przez te służby wskazane w poz. 2 i 3 Protokołu odbioru dotyczyły części obiektu, która nie była objęta pracami Odwołującego. Co Odwołujący zastrzegł już w tym protokole, a zamawiający ostatecznie zatwierdził udzielając Odwołującemu dodatkowych zamówień na roboty dodatkowe odrębnymi umowami.

e. W konsekwencji powyższych okoliczności, nieuprawnione jest także stwierdzenie Zamawiającego, iż doszło do znacznego przekroczenia terminu wykonania robót mającego charakter nienależytego wykonania umowy. Odwołujący wykonał prace wchodzące w zakres zamówienia ujętego w poz. 2 Wykazu w terminie, w tym także terminowo usunął usterki związane z wykonywanymi przez niego pracami.

Odwołujący stwierdził, że prace wykazane w poz. 2 Wykazu wykonane zostały na podstawie umowy z nr 6/2017 z 2.6.2017r. Kompletny zakres prac stanowiących zatem zamówienie ujęte w Wykazie został wykonany należycie i terminowo, a także rozliczony z Powiatem Wejherowskim bez zastrzeżeń. Spór pomiędzy stronami, niezależnie od niezasadności naliczenia kar i próby obciążenia odpowiedzialnością Odwołującego, toczy się w związku z pracami wychodzącymi poza zakres tego zamówienia, a zatem nie ma wpływu na nabycie doświadczenia wymaganego do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, złożył pisemne stanowisko w sprawie. Wskazał, że z dokumentów dołączonych przez Odwołującego nie wynikało, że Odwołujący wykonał robotę polegającą na budowie, rozbudowie obiektu budowlanego. Informacja ta nie wynika z przedstawionej decyzji zatwierdzającej projekt budowlany. Zamawiający z własnego doświadczenia wie, że często dokumentacja techniczna jest znacznie obszerniejsza i może obejmować szereg innych elementów, niż to o co ubiega się zamawiający w danym postępowaniu. Profesjonalny wykonawca powinien w sposób jednoznaczny wykazać zakres prac, który wykonał. Nazwa zadania nie stanowi o zakresie wykonanych robót, a z przedstawionych dokumentów, również od Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni nie wynikało wprost, że wykonawca wykonał roboty polegające na przebudowie istniejącego budynku dwukondygnacyjnego. Przedłożone przez wykonawcę dokumenty potwierdzały, że wykazane roboty polegały na przebudowie w zakresie robót budowlano-remontowych, robót sanitarnych i elektrycznych. Zamawiający zauważył, iż informacje przedstawione w treści odwołania dotyczące szczegółów dokumentacji projektowej czy mapy geodezyjnej nie zostały udzielone Zamawiającemu na etapie wyjaśniania i uzupełniania złożonych dokumentów. Zamawiający uznał, że działanie takie nosi znamiona zamierzonego działania

lub rażącego niedbalstwa, w wyniku czego Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu.

W zakresie poz. 2 Wykazu Zamawiający stwierdził, że z treści pisma, które otrzymał z Powiatowego Zespołu Szkół w Wejherowie wynika, że protokół końcowy nie zakończył procesu odbioru wykonanych przez Odwołującego prac. Odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z protokołu do zorganizowania, przeprowadzenia niezbędnych prób, badań i odbiorów lub uzupełnień dokumentacji odbiorowej. Z wiedzy, jaką uzyskał Zamawiający wynika, że obiekt nie uzyskał w zakładanym terminie pozwolenia na użytkowanie, otrzymał negatywne opinie straży pożarnej i sanepidu, a termin usunięcia usterek został znacznie przekroczony.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uznanie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Zgodnie z pkt 5.1.3.1. SIWZ oraz II.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej - 2 roboty budowlane polegające na budowie, rozbudowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej minimum 1300 m² i kubaturze minimum 5200 m³.

Zgodnie z pkt 7.1.1. SIWZ na potwierdzenie ww. warunku należało wraz z ofertą złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, natomiast na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp - Wykaz robót budowlanych z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone (pkt 7.3.2 SIWZ).

Zamawiający pismem z dnia 13.10.2020 r. poinformował, iż oferta Odwołującego została oceniona jako najkorzystniejsza i - w oparciu o art. 25 ust. 2 ustawy Pzp - wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi, w dniu 26.10.2020 r. Odwołujący złożył Wykaz robót budowlanych, w którym wskazał na dwa zamówienia:

- a. poz. 1: „Przebudowa budynku szkoleniowego nr 312 w Porcie Wojennym Gdynia” zrealizowana na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni oraz
- b. poz. 2: „Rozbudowa Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowni zawodowych wraz z klatką schodową z podziałem na 2 zadania – część II” zrealizowana na rzecz Powiatu Wejherowskiego w Wejherowie.

Na potwierdzenie należytego wykonania robót wskazanych w poz. 1 i 2 Wykazu, Odwołujący złożył protokoły odbioru tych robót.

W zakresie poz. 1 Wykazu, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Pismem z dnia 30.10.2020 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień odnoszących się do poz. 1 Wykazu, wskazując, że przedłożone dokumenty budziły wątpliwości w zakresie spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, bowiem z przedłożonego protokołu końcowego odbioru robót z dnia 16.04.2020r. nie wynika, że robota budowlana polegała na budowie lub rozbudowie obiektu kubaturowego użyteczności publicznej. Zamawiający wskazał, że protokół potwierdza tylko przebudowę w zakresie robót budowlano - remontowych, robót sanitarnych i elektrycznych.

W odpowiedzi, Odwołujący w dniu 3.11.2020 r. przedłożył wyjaśnienia oraz fragmenty projektu wykonawczego jak i decyzję o pozwoleniu na budowę, wskazując że określają one jasno, że inwestycja dotyczyła przebudowy i rozbudowy budynku użyteczności publicznej.

W dniu 30.10.2020r. Zamawiający zwrócił się także do Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni z zapytaniem czy wykonawca, który wykonywał robotę polegającą na „Przebudowie

budynku szkoleniowego nr 312 w Porcie Wojennym Gdynia” wykonał prace w sposób należyty oraz czy zamówienie polegało na budowie, rozbudowie obiektu czy tylko na przebudowie w zakresie robót budowlano - remontowych, robót sanitarnych i elektrycznych? W odpowiedzi, Rejonowy Zarząd Infrastruktury przedstawił Poświadczenie 12/2020, w którym potwierdził, że firma PHU Frontex T. D. z siedzibą w Wejherowie wykonała zadanie pn. „Przebudowa i rozbudowa budynku szkoleniowego nr 312 wraz z infrastrukturą techniczną w Porcie Wojennym Gdynia - nr zadania 13691” . W pkt 5 tego dokumentu podano, że „w ramach zawartej umowy Wykonawca wykonał roboty polegające na przebudowie istniejącego budynku dwukondygnacyjnego, które obejmowały w swoim zakresie roboty rozbiórkowe, budowlano - remontowe, sanitarne, elektryczne i wykończeniowe. Została wykonana nowa konstrukcja zewnętrznej klatki schodowej przeznaczonej do ewakuacji ze strefy pożarowej. Potwierdzono, że roboty zostały wykonane w sposób należyty zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Izba ustaliła, że pomiędzy stronami nie istniał spór co do rozumienia treści warunku udziału w postępowaniu jak również co do definicji pojęć rozbudowa, budowa, przebudowa, które były zgodne z ustawą prawo budowlane. Istota sporu między stronami sprowadzała, że do oceny czy realizacja z poz. 1 Wykazu obejmowała swoim zakresem jedynie przebudowę czy także rozbudowę obiektu użyteczności publicznej.

Zdaniem Izby, o ile treść dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp tj. Wykazu robót oraz protokołu odbioru nie potwierdzała, że realizacja z poz. 1 obejmowała rozbudowę lub budowę obiektu użyteczności publicznej, a jedynie jego przebudowę, o tyle już ze zgromadzonych przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert dokumentów i wyjaśnień wynika wprost, że zamówienie zrealizowane na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Gdyni, obejmowało nie tylko przebudowę ale także rozbudowę obiektu użyteczności publicznej. Rozbudowa ta polegała na wykonaniu zewnętrznej klatki schodowej.

Jako dowody na powyższe Izba uznała za wiarygodne przedłożone przez Odwołującego: fragment projektu wykonawczego (Gdańsk, styczeń 2015) oraz decyzję z dnia 16.03.2015r. nr WI-II.-7840.2.3.28.2015.MH, w których to dokumentach wskazano na pełną nazwę zadania obejmującą „Przebudowę i rozbudowę budynku szkoleniowego nr 312 wraz z infrastrukturą techniczną w PW Gdynia, zadanie 13691”. Ponadto z poświadczenia 12/2020, wystawionego przez RZI w Gdynia, pozyskanego przez samego Zamawiającego w toku wyjaśnień, wynika jasno, że w ramach realizacji robót wykonanych przez PHU Frontex T. D. została „wykonana nowa konstrukcja zewnętrznej klatki schodowej przeznaczonej do ewakuacji ze strefy pożarowej”. Treść tego dokumentu jest zbieżna z wyjaśnieniami udzielonymi przez Odwołującego w toku rozprawy, w których potwierdził iż w ramach

realizacji zadania z poz. 1 Wykazu wykonał zewnętrzną klatkę schodową ewakuacyjną ze strefy pożarowej z trybun o konstrukcji żelbetowej monolitycznej. Element tych prac jest, zdaniem Izby niewątpliwie elementem świadczącym o rozbudowie budynku użyteczności publicznej, co w konsekwencji oznacza, że realizacja z poz. 1 Wykazu obejmowała swym zakresem nie tylko przebudowę ale także rozbudowę budynku użyteczności publicznej.

W zakresie poz. 2 Wykazu, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Z treści Protokołu Końcowego Odbioru Prac z dnia 7.06.2020r.(ZSP3.070.2.3..2.2017), wynika, że roboty dotyczące „Rozbudowy Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowni zawodowych wraz z klatką schodową w podziale na II części- zadanie II” wykonane na podstawie umowy z dnia 2.06.2017r. nr 06/2017, zrealizowane zostały zgodnie z zamówieniem z usterkami. W treści tego protokołu wskazano na usterki: wymienione w załączniku nr 1 do protokołu, wymienione w stanowisku w zakresie przeciwpożarowej w sprawie zgodności wykonania obiektu z projektem budowlanym Komendantem Państwowej Straży Pożarnej w Wejherowie - załącznik nr 2 oraz stwierdzone w Protokole kontroli Pomorskiego Państwowego Wojewódzkiego Inspektora Sanitarnego w Gdańsku – załącznik nr 3. Wykonawca zobowiązał się usunąć usterki do dnia 23.07.2018 – określone w załączniku nr 1, do 27.08.2018r. – określone w zał. 2 i 3. Jednocześnie wykonawca zastrzegł w protokole prawo do określenia do dnia 27.06.2018r. które z prac wskazanych w zał. 2 i 3 powinny być wykonane w ramach robót dodatkowych.

Pismem z dnia 30.10.2020r. Zamawiający zwrócił się do Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie z zapytaniem, czy zamówienie polegające na „Rozbudowy Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowni zawodowych wraz z klatką schodową(..)”, realizowane na podstawie umowy nr 06/2017 z dnia 2.06.2017r. wykonane zostało należycie? W odpowiedzi, pismem z dnia 6.11.2020r. Zespół Szkół Ponadgimnazjalnych poinformował, że protokół odbioru końcowego nie zakończył procesu odbioru. Potwierdzono, że roboty dotyczące części II zamówienia - rozbudowa i przebudowa Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie wykonane zostały zgodnie z zamówieniem z usterkami. Wskazano m.in., że wykonawca do dnia 27.08.2018r. nie dopełnił obowiązku wynikającego z protokołu z dnia 7.06.2018r. co do usunięcia usterek określonych w załączniku nr 2 i 3 protokołu. Zamawiający wezwał wykonawcę do usunięcia usterek pismem z dnia 29.08.2018r. i określił, jakie roboty nie wchodzą w zakres zamówienia podstawowego. W dniu 14.09.2018 Zamawiający zawarł z Odwołującym umowę nr 14/2018 w trybie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp na wykonanie robót budowlanych, nie objętych zamówieniem podstawowym, obejmującym 3 usterki wymienione w załączniku nr 2 i 3. W dniu 2.10.2018r.

Zamawiający dokonał oceny usunięcia usterek i stwierdził, w protokole z dnia 2.10.2018r., że roboty zostały wykonane bez usterek.

Pismem z dnia 20.11.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu w zakresie poz. 2, wskazując, iż ze złożonego Wykazu oraz informacji uzyskanych przez Zamawiającego wynika, iż robota ta nie została wykonana należycie. W odpowiedzi, pismem z dnia 23.11.2020 r., Odwołujący przedłożył wyjaśnienia, w których przyznał, że pomiędzy Odwołującym a Powiatem Wejherowskim toczy się przed Sądem Okręgowym w Gdańsku XV Wydział Cywilny pod sygn. akt 1103/19.PK spór o zapłatę kar umownych za 36 dni opóźnienia oraz za opóźnienie z przedłożeniu aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy.

W zakresie poz. 2 Wykazu robót istota sporu między stronami sprowadza się do oceny czy roboty zrealizowane na rzecz Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie polegające na „Rozbudowie Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowni zawodowych wraz z klatką schodową(..)”, zostały wykonane w sposób należyty. Nie ulega wątpliwości, że w treści protokołu z dnia 7.06.2018r., jak również w piśmie z dnia 6.11.2020r. potwierdzono, że roboty zostały wykonane zgodnie z zamówieniem z usterkami, wymienionymi w 3 załącznikach. Zgodnie z ugruntowanym poglądem orzecznictwa odbiór prac budowlanych z usterkami, które są powszechnym zdarzeniem w toku procesu budowlanego, nie skutkuje uznaniem, że roboty takie zostały wykonane w sposób nienależyty. Jak wyjaśnił Odwołujący w toku rozprawy faktura za wykonane roboty została zapłacona w pełnej wysokości. W toku rozprawy ustalono, że między Odwołującym a Powiatem Wejherowskim toczy się spór o zapłatę kar umownych za opóźnienie w usunięciu usterek, ujętych w załączniku 2 i 3 oraz za opóźnienie w przedłożeniu aneksu gwarancji należytego zabezpieczenia umowy. Zdaniem Izby, okoliczności powyższe nie świadczą o nienależytym wykonaniu podstawowego zakresu przedmiotu umowy, jakim była rozbudowa Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 3 w Wejherowie o piętro z zasobem czterech pracowni zawodowych wraz z klatką schodową - zadanie II. Ten zakres prac został, jak wynika z treści protokołu z dnia 7.06.2018r. oraz z pisma z dnia 6.11.2020r. wykonany zgodnie z umową i przyjęty z usterkami. Toczący się między stronami spór o zapłatę kar umownych dotyczy braku usunięcia w terminie usterek, co do których od momentu odbioru nie było między stronami zgody co do objęcia ich zamówieniem podstawowym. Świadczy o tym zawarte już w treści protokołu z dnia 7.06.2018r. zastrzeżenie prawa do określenia przez Odwołującego zakresu prac z załącznika nr 2 i 3, które powinny być wykonane w ramach robót dodatkowych. Zdaniem

Odwołującego roboty te dotyczyły wykonania prac, nie objętych zadaniem podstawowym. Dowodem na to jest zawarcie w dniu 14.09.2018r. z Odwołującym umowy dodatkowej na wykonanie części usterek, ujętych w załączniku nr 2 i 3 protokołu z dnia 7.06.2018r.

Podsumowując, zdaniem Izby, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny przedstawionego przez Odwołującego doświadczenia zawodowego i spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.3.1. SIWZ. Nie zachodziły przesłanki do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, jak również nie zachodziła przesłanka do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Z uwagi na to, że wykazane naruszenia miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba nakazała uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2018, poz. 972).

Przewodniczący: