

Sygn. akt: KIO 1979/21

Wyrok
z dnia 5 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2021 r. przez wykonawcę **MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: NDI Sp. z o.o., NDI SOPOT S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MIRBUD S.A. siedzibą w Skierniewicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **MIRBUD S.A. siedzibą w Skierniewicach** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1979/21

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Katowice, w imieniu którego działa Urząd Miasta Katowice — Wydział Inwestycji, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest: „Budowa stadionu miejskiego w Katowicach” – etap I, numer sprawy: BZP.271.1.124.2020 (dalej „postępowanie”). Strona, na której prowadzone jest postępowanie <https://umkatowice.ezamawiajacy.pl> Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w D.U.U.E. z 23.12.2020 r., Dz.U./S S250, nr 2020/S 250-623147. SIWZ: https://umkatowice.ezamawiajacy.pl/pn/umkatowice/demand/notice/public/21270/details?f_older=&

Odwołujący: MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Lider Konsorcjum - NDI S.A, Sopot, Partner Konsorcjum - NDI SOPOT S.A., Sopot (dalej „Konsorcjum NDI”) jako najkorzystniejszej oferty,
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum NDI,
- c) zaniechania czynności wezwania Konsorcjum NDI do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawą Pzp”,
- d) zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania i zaniechania czynności uznania oferty Konsorcjum NDI za odrzuconą,
- e) zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

4. Odwołujący stawia zarzuty naruszenia:

- a) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn i w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania;
- b) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu;

c) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum NDI jako najkorzystniejszej oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący stawia zarzut naruszenia:

d) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty Konsorcjum NDI za odrzuconą, pomimo że Konsorcjum w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz pomimo że Konsorcjum w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

5. Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- a) unieważnił czynność wyboru oferty Konsorcjum NDI jako najkorzystniejszej oferty;
- b) dokonał ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum NDI;
- c) wezwał Konsorcjum NDI do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z przyczyn i w zakresie szczegółowo wskazanym w uzasadnieniu odwołania;
- d) w razie braku skutecznego uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu – aby wykluczył Konsorcjum NDI z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz uznał ofertę Konsorcjum odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp;
- e) w konsekwencji – aby Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Ponadto z ostrożności procesowej Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu, aby:

f) wykluczył Konsorcjum NDI z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 oraz uznał ofertę Konsorcjum NDI za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

I Odnośnie zarzutu z pkt 4a i b petitum odwołania.

1. Zgodnie z SIWZ, Część III - Podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu, pkt 16. ppkt 2) b) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, przy czym Zamawiający wymaga, aby wykonawca spełnił minimalne warunki, tj.:

„b) dysponował osobami posiadającymi niżej określone kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie oraz wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego, posiadającymi uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w

budownictwie odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo Budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów: (...)

(b) Kierownika budowy posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń wydane na podstawie obowiązujących przepisów prawa, tj. zgodnie z ustawą z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2020.1333 ze zm.).

Osoba ta powinna wykazać się co najmniej pięcioletnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika budowy oraz doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie co najmniej jednego zakończonego obiektu kubaturowego o wartości robót budowlanych minimum 70.000.000,00zł brutto.”

Odpowiednio do powyższego w SIWZ, Część IX - Tryb i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty, pkt 49., ppkt 2., Zamawiający wskazał, że: „49. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający wymaga od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona przedłożenia: (...)

2. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Uwaga: Na wykazie należy podać doświadczenie osób wynikające z pkt.16 pkt.2).b SIWZ oraz z pkt.45 pkt.3) SIWZ / Zasady oceny ofert wg kryteriów.”

Ponadto w SIWZ, Część IX - Tryb i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty, pkt 44., ppkt 3), Zamawiający wskazał, że w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przyjął m.in. następujące kryterium oceny ofert: Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia o wadze procentowej 20%. Z kolei w pkt 45. ppkt 3 SIWZ Zamawiający opisał sposób oceny ofert w ramach ww. kryterium w następujący sposób (w zakresie dotyczącym Kierownika budowy): „3) Do porównania i oceny ofert w kryterium Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia stosowana będzie poniższa zasada.

- 60 punktów (przemnożonych przez znaczenie kryterium 20% = 12 pkt) jeśli dysponuje osobą posiadającą uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, bez ograniczeń, która posiada min. 5-cio letnie doświadczenie zawodowe związane z uzyskanymi uprawnieniami oraz dodatkowo doświadczenie (oprócz doświadczenia wymaganego wg pkt.16.2).b)(b) SIWZ) w realizacji jako kierownik budowy jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35.000.000,00 zł brutto”.

Z powyższego wynika, że doświadczenie przedstawione do oceny w ramach ww. kryterium oceny ofert nie może pokrywać się z doświadczeniem przedstawionym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, gdyż punktowane doświadczenie musi być doświadczeniem dodatkowym. Zamawiający podkreślił powyższe, wskazując w pkt 49., ppkt 2. SIWZ, że: „Na wykazie należy podać doświadczenie osób wynikające z pkt.16 pkt.2).b) SIWZ oraz z pkt.45 pkt.3) SIWZ. Zasady oceny ofert wg kryteriów.” Zatem Zamawiający doświadczenie do oceny w ramach ww. kryterium oceny ofert oraz doświadczenie na potwierdzenie spełnienia warunku udziału uznaje za osobne i rozłączne.

2. W odpowiedzi na wezwanie 4 maja 2021 r., wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Konsorcjum NDI przedstawiło wykaz osób, w którym zamieściło dwie kolumny: nr 4 – „Kwalifikacje zawodowe, uprawnienia budowlane - w branży (specjalności) wydane przez kiedy - podać dd,mm,rr. Doświadczenie wraz z podaniem nazw inwestycji, nazw inwestora, terminem ich realizacji oraz pełnioną funkcją w zakresie i na potwierdzenie spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Wykształcenie w zakresie i na potwierdzenie spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu”;

nr 5 – „Doświadczenie podlegające ocenie w kryterium Doświadczenie osób (DO) z podaniem nazwy inwestycji, nazw inwestora, terminu realizacji (od – do) oraz pełnioną funkcją na potwierdzenie wykazanego w ofercie doświadczenia podlegającego ocenie, wartości”. Ponadto w wykazie osób na stanowisko Kierownika budowy konsorcjum NDI wskazało pana M. H., opisując jego doświadczenie w następujący sposób:

- w kolumnie nr 4: „Doświadczenie m.in. na następujących inwestycjach: Pełniona funkcja: Kierownik budowy Okres: 07.2013-10.2015 Inwestor: Centrum Bankowo-Finansowe Nowy Świat S.A. w Warszawie Nazwa inwestycji: Budowa Centrum Bankowo-Finansowego Nowy Świat w Warszawie, wartość robót 79 000 000 zł brutto, Pełniona funkcja: Kierownik budowy Okres: 06.2010-07.2013 Inwestor: Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. w Warszawie Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins w Warszawie, wartość robót 64 327 770 zł brutto”

- w kolumnie nr 5: „Pełniona funkcja: Kierownik budowy Okres: 06.2010-07.2013 Inwestor: Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. Nazwa inwestycji: Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie, wartość robót 64 327 770 zł brutto”

Jak wynika, Konsorcjum NDI na potwierdzenie spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu oraz jako doświadczenie podlegające ocenie w kryterium „Doświadczenie osób” wskazało dokładnie to samo doświadczenie, dotyczące tej samej inwestycji, tj.: Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie. W formularzu oferty (sporządzonym wg. Zał nr 1 do SIWZ) Konsorcjum NDI również wskazało jako doświadczenie Kierownika budowy / Kierownika robót budowlanych, podlegające ocenie w kryterium „Doświadczenie osób”, doświadczenie dotyczące ww. inwestycji Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie. Nie budzi wątpliwości, że doświadczenie dotyczące ww.

inwestycji zostało wskazane jako podlegające ocenie w kryterium „Doświadczenie osób”. Skoro tak, to stosownie do przytoczonych powyżej postanowień SIWZ doświadczenie to nie może być brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunku dotyczącego Kierownika budowy, gdyż doświadczenie przedstawione w ramach kryterium oceny nie może pokrywać się z doświadczeniem przedstawionym na potwierdzenie spełniania warunku udziału (punktowane doświadczenie musi być doświadczeniem dodatkowym). W rezultacie przy ocenie spełniania warunku dotyczącego Kierownika budowy można uwzględnić tylko i wyłącznie pozostałe doświadczenie dla pana M. H. w wykazie osób, tj.: Kierownik budowy, 07.2013-10.2015, Centrum Bankowo-Finansowe Nowy Świat S.A. w Warszawie, Budowa Centrum Bankowo-Finansowego Nowy Świat w Warszawie, wartość robót 79 000 000 zł brutto”.

Powyższy opis doświadczenia pana M. H. potwierdza, że spełnia on warunek dotyczący doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie co najmniej jednego zakończonego obiektu kubaturowego o wartości robót budowlanych minimum 70.000.000,00 zł brutto. Natomiast powyższy opis doświadczenia nie potwierdza, że pan M. H. posiada wymagane w warunku co najmniej pięcioletnie doświadczenie podczas pełnienia funkcji kierownika budowy. Jak wynika z podanego w wykazie okresu realizacji ww. inwestycji (07.2013-10.2015) okres ten wynosił maksymalnie 2 lata i 4 miesiące, czyli dał panu M. H. doświadczenie ponad dwa razy krótsze niż wymagane przez Zamawiającego w warunku co najmniej pięcioletnie doświadczenie. W rezultacie nie sposób uznać, że Konsorcjum NDI wykazało, iż dysponuje Kierownikiem budowy z co najmniej pięcioletnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika budowy.

W Części III -pkt 16. ppkt 2) lit. b) SIWZ Zamawiający zamieścił następujące pouczenie:

„Uwaga 2 Wymóg posiadania 5 letniego doświadczenia dla osób, które będą wykonywać zamówienie weryfikowany będzie na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. W ofercie wykonawca oświadcza, że osoby którymi dysponuje posiadają 5 letnie doświadczenie. Poprzez 5 letnie doświadczenie Zamawiający rozumie okres faktycznie pełnionej funkcji odpowiednio kierownika budowy lub kierownika robót specjalności, w której posiada uprawnienia i na wykazie osób podany w miesiącach.”

Z powyższego wynika, że o ile w ofercie wykonawca mógł się ograniczyć do oświadczenia, że kierownik budowy posiada wymagane 5 letnie doświadczenie, o tyle w wykazie osób dla kierownika budowy wykonawca powinien podać okresy faktycznie pełnionej funkcji kierownika budowy w miesiącach. Konsorcjum NDI odnośnie pana H. podało dwa takie okresy, przy czym okres dotyczący inwestycji „Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie” nie może być wzięty pod uwagę z przyczyn wskazanych powyżej,

natomiast okres dotyczący inwestycji „Budowa Centrum Bankowo-Finansowego Nowy Świat w Warszawie” jest za krótki.

3. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Wykonawca ma wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli tego nie uczyni, podlega wykluczeniu. Zamawiający nie może się domyślać czy przypuszczać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu. Konsorcjum NDI nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazało, iż dysponuje Kierownikiem budowy z co najmniej pięcioletnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika budowy, ze względów przedstawionych powyżej.

4. Zamawiający, przed wykluczeniem Konsorcjum NDI z postępowania, powinien wezwać Konsorcjum NDI na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 stanowi konsekwencję zarzutów powyżej. Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału i w razie braku skutecznego uzupełnienia ww. oświadczeń i dokumentów wykluczyć Konsorcjum.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp został postawiony z ostrożności procesowej. Postanowienia SIWZ nie pozostawiają wątpliwości, że doświadczenie przedstawione do oceny w ramach kryterium oceny ofert nie może pokrywać się z doświadczeniem przedstawionym na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, gdyż punktowane doświadczenie musi być doświadczeniem dodatkowym. Gdyby jednak Izba uznała, że to samo doświadczenie może być przedstawione na potwierdzenie spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu oraz jako doświadczenie podlegające ocenie w ramach ww. kryterium i że tym samym doświadczenie pana M. H. dotyczące inwestycji: „Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie” powinno być wzięte pod uwagę także przy ocenie spełnienia minimalnych warunków udziału, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w odniesieniu do osoby Kierownika budowy wymagał, aby legitymowała się co najmniej pięcioletnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika budowy. Konsorcjum NDI w złożonym wykazie osób, w kolumnie 4 dotyczącej doświadczenia na potwierdzenie spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, dla pana M. H. wskazało dwie inwestycje, w ramach których pełnił on funkcję kierownika budowy, tj.: - „Budowa Centrum Bankowo-Finansowego Nowy Świat w Warszawie” z okresem realizacji: 07.2013-10.2015, czyli 2 lata i 4 miesiące oraz „Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins w Warszawie” z okresem realizacji: 06.2010-07.2013, czyli 3 lata i 2 miesiące.

Wskazane okresy łącznie potwierdzają min. pięcioletnie doświadczenie pełnienia funkcji kierownika budowy. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że Konsorcjum NDI spełnia warunek, tj. dysponuje Kierownikiem budowy z co najmniej pięcioletnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika budowy. Tymczasem jak wynika z powszechnie dostępnych informacji na temat inwestycji „Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie” okres jej realizacji był inny, krótszy niż wskazano w wykazie, gdyż w rzeczywistości trwał zaledwie od lipca 2010 r. do marca 2012 r., a zatem nie dłużej niż 1 rok i 9 miesięcy. Informacje przedstawione w wykazie osób są w tym zakresie niezgodne z prawdą i wprowadzają w błąd.

Rzeczywisty, łączny okres realizacji inwestycji wskazanych w wykazie wynosi bowiem: 2 lata i 4 mce + 1 rok i 9 mcy = 4 lata i 1 mc, czyli niewątpliwie mniej niż wymagane w warunku min. 5 lat. Nie jest przy tym możliwe, aby pan M. H. nabył wymagane w warunku doświadczenie podczas pełnienia funkcji kierownika budowy w okresie dłuższym niż faktyczny okres realizacji inwestycji wskazanej w wykazie, np. przed rozpoczęciem inwestycji po jej zakończeniu. Konsorcjum NDI przedstawiło informacje nieprawdziwe, tj. niezgodne z obiektywnie istniejącą rzeczywistością i wprowadziło Zamawiającego w błąd. Zamawiający na podstawie nieprawdziwych informacji uznał (podjął decyzję), że Konsorcjum NDI spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami i że tym samym nie podlega wykluczeniu z postępowania. 4. W wyniku przedstawienia informacji w wykazie osób Zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu co do spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami, pomimo iż w rzeczywistości tego warunku nie spełnia. Okoliczności sprawy nie pozostawiają wątpliwości, że Konsorcjum działało w warunkach rażącego niedbalstwa, nie zachowując staranności i w żaden sposób nie weryfikując prawdziwości informacji podanych w wykazie osób. Rażące niedbalstwo jest oczywiste, zwłaszcza biorąc pod uwagę to, że weryfikacja prawdziwości informacji podanych w wykazie osób nie nasycała trudności, a Konsorcjum pełną świadomość tego, że wykonawcy muszą sprawdzać prawdziwość informacji, które chcą podać Zamawiającemu. Konsorcjum NDI dopuściło się rażącego niedbalstwa. Błąd, w który został wprowadzony Zamawiający, dotyczy informacji co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Składając nieprawdziwe informacje Konsorcjum chciało przekonać Zamawiającego, że spełnia warunek dotyczący dysponowania osobami i tym samym uniknąć wykluczenia z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Zachowanie Konsorcjum wypełnia też przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wobec co najmniej niedbalstwa. Z tego względu, w razie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ewentualne wezwanie

Konsorcjum NDI do uzupełnienia wykazu osób nie wchodzi w rachubę. Takie uzupełnienie prowadziłyby bowiem właśnie do zastąpienia informacji nieprawdziwych innymi informacjami.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, co następuje.

Odwołanie jest wnoszone wobec, zdaniem Odwołującego, niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu, tj. od: czynności wyboru oferty złożonej przez „Konsorcjum NDI” jako najkorzystniejszej oferty, czynności badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum NDI, zaniechania czynności wezwania Konsorcjum NDI do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp z dnia 29 stycznia 2004 r., zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum NDI z postępowania i zaniechania czynności uznania oferty Konsorcjum NDI za odrzuconą, zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Po analizie zarzutów, zdaniem Zamawiającego, odwołanie winno zostać oddalone.

Uzasadnienie

I. Zarzuty określonych w pkt 1 i 2

W odpowiedzi na wezwanie z 4 maja 2021r. wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Konsorcjum NDI przedstawiło wykaz osób, a wskazany przez konsorcjum NDI jako Kierownik budowy pan M. H. spełnia warunki udziału w postępowaniu i posiada:

1) uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie tj. do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjnobudowlanej nr WAM/0079/OWOK/06 z dnia 14.12.2006 r., wydane przez Warmińsko-Mazurską Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa w Olsztynie:

2) co najmniej pięcioletnie doświadczenie podczas pełnienia funkcji kierownika budowy (od 06.2010 do 10.2015 r.) na potwierdzenie tego na wykazie zostały wskazane inwestycje:

a) Pełniona funkcja: Kierownik budowy, okres: 07.2013-10.2015, Inwestor: Centrum Bankowo-Finansowe „Nowy Świat” S.A. w Warszawie, Nazwa inwestycji: Budowa Centrum Bankowo-finansowego „Nowy Świat” w Warszawie, wartość robót 79 000 000 zł brutto

b) Pełniona funkcja: Kierownik budowy, okres: 06.2010-07.2013, Inwestor: Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. w Warszawie, Nazwa inwestycji: Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie, wartość robót 64 327 770 zł brutto

3) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie co najmniej jednego zakończonego obiektu kubaturowego o wartości robót budowlanych minimum 70.000.000,00 zł brutto. Na wykazie została wskazana inwestycja:

a) Pełniona funkcja: Kierownik budowy, okres: 07.2013-10.2015, Inwestor: Centrum Bankowo-Finansowe „Nowy świat” S.A. w Warszawie, Nazwa inwestycji: Budowa Centrum Bankowo-Finansowego „Nowy Świat” w Warszawie, wartość robót 79 000 000 zł brutto.

W pkt 45 ppkt 3) SIWZ Zamawiający opisał sposób oceny ofert w ramach ww. kryterium w następujący sposób (w zakresie dotyczącym Kierownika budowy):

„Do porównania i oceny ofert w kryterium Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia stosowana będzie poniższa zasada.

- 60 punktów (przemnożonych przez znaczenie kryterium 20% = 12 pkt) jeśli dysponuje osobą posiadającą uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, bez ograniczeń, która posiada min. 5-cio letnie doświadczenie zawodowe związane z uzyskanymi uprawnieniami oraz dodatkowo doświadczenie (oprócz doświadczenia wymaganego wg SIWZ) w realizacji jako kierownik budowy jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35.000.000,00 zł brutto”.

Konsorcjum NDI na druku oferty oraz na wykazie osób w kolumnie 5, wskazało jako doświadczenie podlegające ocenie w kryterium „Doświadczenie osób” (DO) to samo doświadczenie p. M. H., podanego w kolumnie 4 wykazu, a uzyskane na inwestycji:

Pełniona funkcja: Kierownik budowy Okres: 06.2010-07.2013, Inwestor: Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. w Warszawie, Nazwa inwestycji: Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie, wartość robót 64 327 770 zł brutto

Warunkiem udziału w postępowaniu było, aby wykonawca dysponował kierownikiem budowy, który posiada doświadczenie w prowadzeniu jako kierownik budowy tylko jednej inwestycji polegającej na realizacji obiektu kubaturowego. Za doświadczenie na następnej dużej inwestycji związanej z budową obiektu kubaturowego, zgodnie z kryterium oceny oferty, punkty mógł otrzymać tylko ten wykonawca, którego kierownik posiadał większe (niż wskazane w warunku) doświadczenie w pełnieniu roli kierownika budowy przy inwestycji dotyczącej obiektu kubaturowego, stanowi o tym zapis SIWZ dotyczący przyznawania punktów:

„oraz dodatkowo doświadczenie (oprócz doświadczenia wymaganego wg SIWZ) w realizacji jako kierownik budowy jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35.000.00000 zł brutto”.

Zamawiający nie wskazał żadnych szczególnych uwarunkowań w zakresie oceny pięcioletniego doświadczenia, więc nie ma podstaw do twierdzenia, że pan H. go nie posiada. Zdaniem Zamawiającego wskazanie inwestycji, która została wskazana do obliczenia wymaganego pięcioletniego letniego doświadczenia nie wyklucza (na podstawie zapisów SIWZ) wskazania jej również jako dodatkowego doświadczenia przy realizacji obiektu kubaturowego, za które Zamawiający przyznawał punkty w kryterium oceny ofert.

Zdaniem Zamawiającego wybrany wykonawca rozumiał zapisy SIWZ dotyczące oceniania dodatkowego doświadczenia w kryterium oceny ofert zgodnie z intencją Zamawiającego, ale

inaczej niż to przedstawia w odwołaniu Odwołujący. W związku z tym uzasadniona jest taka interpretacja zapisów, która korzystniejsza jest dla każdego z wykonawców.

II. Zarzut określony w pkt 3 stanowi konsekwencję zarzutów w pkt 1 odwołania, więc również, zdaniem Zamawiającego, podlega oddaleniu.

III. Zarzut określony w pkt 4 Odwołujący (powołując się na powszechnie dostępne informacje), zarzuca że okres realizacji inwestycji „Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie” był znacznie krótszy, niż to wskazano w wykazie osób, gdyż w rzeczywistości trwał od lipca 2010 r. do marca 2012 r., a zatem nie dłużej niż 1 rok i 9 miesięcy.

Tym samym zdaniem Odwołującego „informacje przedstawione przez Konsorcjum NDI w wykazie osób są w tym zakresie niezgodne z prawdą i wprowadzają w błąd, gdyż w rzeczywistości w ramach wskazanych tam inwestycji pan M. H. nie nabył i nie mógł nabyć wymaganego w warunku co najmniej pięcioletniego doświadczenia podczas pełnienia funkcji kierownika budowy”.

Zamawiający pismem z 19 lipca 2021 r. zwrócił się do firmy NDI o wyjaśnienie, jaki jest faktyczny okres realizacji inwestycji „Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie”. NDI wyjaśniło min.:

„(...) Wykonawca wyjaśnia, iż wskazana przez Wykonawcę w Wykazie osób ilość miesięcy w pkt 2 Wykazu osób i inwestycja wskazana jako druga dla kierownika budowy - tj. „Okres: 06.2010 — 07.2013” - jest okresem, w którym Pan M. H. faktycznie pełnił funkcję kierownika budowy, a co za tym idzie, nabywał wymagane przez Zamawiającego w SIWZ doświadczenie. Ponieważ do lipca 2013 r. prowadzono prace w ramach inwestycji pn. „Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie”, które były przez p. H. nadzorowane. Do ww. terminu wykonywano, między innymi: zmiany w zakresie instalacji w tym przebudowę instalacji wentylacji, zmiany aranżacyjne oraz prace wykończeniowe, jak również były usuwane usterki. Wszystkie te prace były wykonywane na zlecenie inwestora po marcu 2012 r., kiedy budynek był już częściowo użytkowany przez inwestora. Ww. prace finalnie zakończyły się w dacie wskazanej przez Wykonawcę, a z obiektywnych przesłanek wymagały obecności kierownika budowy. Na potwierdzenie powyższego stanu faktycznego, Wykonawca przekazuje oświadczenie Pana M. H. z 20 lipca 2021 r. Faktyczny okres realizacji inwestycji pn.: „Budowa budynku biurowego Jeronimo Martins Dystrybucja w Warszawie” jest taki jak Wykonawca wskazał w Wykazie osób. ”

Konsorcjum NDI wykazało, iż pan H. posiada łącznie 6 lat i 5 miesięcy doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy i tym samym posiada wymagane 5-letnie doświadczenie określone w SIWZ. Z wyjaśnień wynika, że pan M. H. pełnił również funkcję kierownika budowy w ramach innej nie podanej w wykazie Inwestycji przy ul. Wolskiej/Skierniewickiej w

Dzielnicy Wola m.st Warszawy” realizowanej od 08.2016 r. do 07.2017 r., co daje 12 dodatkowych miesięcy doświadczenia w ramach ww. inwestycji.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło konsorcjum NDI S.A. z siedzibą w Spocie i NDI Sopot S.A. z siedzibą w Sopocie wnosząc o oddalenie odwołania.

W obszernym stanowisku pisemnym wskazał m.in., co następuje.

Analiza warunku udziału prowadzi do wniosku, że Zamawiający wymagał, aby osoba skierowana na stanowisko kierownika budowy legitymowała się następującymi przymiotami: posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń; posiadała 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy; posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie co najmniej jednego zakończonego obiektu kubaturowego o wartości robót budowlanych min. 70 000 000,00 zł brutto.

Doświadczenie kierownika budowy stanowiło jednocześnie kryterium oceny ofert, które opisano w pkt 45 ppkt 3) SIWZ.

Celem spełnienia warunku udziału oraz uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert, Przystępujący na stanowisko kierownika budowy przedstawił p. M. H., który posiada odpowiednie uprawnienia oraz wymagane doświadczenie. W wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia („Wykaz”), w rubryce dot. spełnienia warunku udziału przedstawiono do oceny doświadczenia p. H. dwie inwestycje (treść niesporna przytoczona także w odwołaniu). :

Z kolei w rubryce związanej z doświadczeniem przedstawianym w ramach kryterium oceny ofert (dodatkowym doświadczeniem w realizacji inwestycji polegającej na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35 000 000,00 zł brutto), Przystępujący przedstawił inwestycję: Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. w Warszawie tożsamą z ww.

Zarzuty odwołania sprowadzają się do ustalenia znaczenia, jakie Zamawiający nadał treści kryterium oceny ofert w części następującej po słowie „dodatkowo” użytym w pkt 45 ppkt 3) SIWZ. W pierwszej kolejności Przystępujący odnosi się do, powiązanej z kryterium, treści warunku udziału. Zgodnie z brzmieniem warunku udziału, Zamawiający oczekiwał od osoby kierownika budowy 5-cio letniego doświadczenia w pełnieniu tej funkcji. W zakresie doświadczeń zdobytych przy realizacji konkretnej inwestycji - wymóg Zamawiającego sprowadzał się do wykazania doświadczenia przy budowie obiektu kubaturowego o wartości min. 70 000 000,00 zł brutto. Dla spełnienia warunku udziału niezbędne (a jednocześnie wystarczające) jest przedstawienie jednego zadania, które spełni wymagania dotyczące parametrów budowanego obiektu (obiekt kubaturowy o określonej wartości robót). Treść warunku udziału nie wskazuje natomiast, by pięcioletnie doświadczenie kierownika budowy

musiało być zdobywane w ramach kierowania pracami przy zadaniach o określonych parametrach (np. w zakresie wartości inwestycji). Wykonawcy mieli swobodę w wykazywaniu skompletowania przez kierownika budowy pięcioletniego doświadczenia oczywiście na stanowisku kierownika budowy. Zamawiający nie wprowadził w tym zakresie żadnych innych ograniczeń, co oznacza, że wykonawcy mogli do tego pięcioletniego doświadczenia zaliczać to zdobyte w ramach inwestycji spełniającej wymogi w zakresie kubatury i wartości, lecz nie było to narzuconym obowiązkiem.

Zamawiającego interesowało przedstawienie doświadczenia w realizacji zadania o określonych parametrach. Źródłem dodatkowych punktów nie było więc wykazanie się dłuższym niż pięcioletnie okresem doświadczenia. Zamawiający w treści kryterium oceny ofert nie wymaga od wykonawców przedstawienia dłuższego okresu doświadczenia kierownika budowy — tj. wykraczającego poza 5-cio letnią ramę czasową określoną w warunku udziału w Postępowaniu. Skoro zatem bazą uzyskania dodatkowych punktów jest niezmiennie (analogicznie jak w warunku) 5-cio letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, które jednocześnie stanowi podstawę spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, to nielogicznym jest, dokonywanie niewyartykułowanej w SIWZ wykładni, zgodnie z którą, wykonawcy celem uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert, zobligowani byli do przedstawienia dłuższego doświadczenia, wykraczającego poza postawione 5-cio letnie minimum doświadczenia.

A zatem - treść kryterium oceny ofert ujęta po słowie „dodatkowo” powinna być rozumiana jako doświadczenie przy realizacji inwestycji kubaturowej o określonej wartości. Oznacza to, że inwestycja wykazywana na potrzeby kryterium musi być „dodatkowa” względem kubaturowej inwestycji o określonej wartości wymienionej w warunku, a nie względem inwestycji służących jedynie wykazaniu 5-cio letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy.

W opinii Przystępującego literalna wykładnia postanowień SIWZ pozwala na jednoznaczne ustalenie intencji Zamawiającego. Przystępujący przedstawił. porównanie treści SIWZ oraz hipotetycznej treści, której zaistnienie uzasadniałoby zarzut postawiony przez Odwołującego: Dokonując interpretacji, którą przedstawia Odwołujący, doszłoby do ograniczenia konkurencji, tj. ograniczenia możliwości przedstawienia przez wykonawców na stanowisko kierownika budowy osób o prawidłowym i wystarczającym doświadczeniu, których cały dorobek zawodowy zdobyty został przy udziale tylko i wyłącznie obiektów kubaturowych o określonych przez Zamawiającego parametrach (w tym znacznych wartościach). Przyjmując koncepcję Odwołującego wykonawcy nie mogliby wykazać spełnienia warunku udziału i uzyskać dodatkowych punktów przedstawiając osoby, które tytułem przykładu, zrealizowały jako kierownik budowy 5 inwestycji (każdą trwającą np. rok, przez co spełniony zostałby wymóg 5-cio letniego doświadczenia), a które to inwestycje samodzielnie odpowiadałyby

wskazanym parametrom - budowie obiektu kubaturowego o wartości min. 70 000 000,00 zł brutto (lub 1 inwestycję o wartości min. 70 000 000,00 zł a pozostałe 4 - o wartości np. 40 - 50 mln zł brutto). W przedstawionej przez Odwołującego interpretacji postanowień SIWZ wykonawca nie mógłby wówczas wykazać jednej z takich inwestycji celem uzyskania dodatkowych punktów, bowiem, w przekonaniu Odwołującego, wszystkie takie zadanie stałyby się nieaktualne pod kątem kryterium oceny ofert, mimo iż dowodzą posiadania 5-cio letniego doświadczenia na stanowisku kierownika budowy oraz posiadania doświadczenia w realizacji odpowiednich obiektów kubaturowych. W efekcie, kierownik budowy posiadający znacznie szersze niż wymagane w SIWZ doświadczenie, nie spełniałby wymogów Zamawiającego.

Przedstawiona przez Przystępującego wykładnia postanowień SIWZ jest zgodna z literalnym brzmieniem. Wykładnia celowościowa i systemowa również potwierdzają, iż interpretacja zapisów SIWZ dokonana przez Odwołującego jest błędna. Przedmiot zamówienia ma być zrealizowany w krótszym okresie niż 5 lat - wynosi 36 miesięcy. Ostatecznym dowodem potwierdzającym wadliwość interpretacji Odwołującego jest treść formularza ofertowego. Zamawiający wymagał podania informacji w nim innych niż składane na potrzeby wykazania warunków udziału (w formularzu ofertowym należało podać informacje niezbędne z perspektywy kryterium oceny ofert). Zamawiający w tym dokumencie użył sformułowania identycznego z tym, jakie znalazło się w SIWZ w pkt. 45 ppkt 3 (w oparciu, o które Odwołujący postawił swoje zarzuty):

O tym jak należy rozumieć ten fragment (a w szczególności słowo „dodatkowo” i treść ujętą po nim) świadczy dalsza część Formularza ofertowego: „doświadczenie w realizacji jako Kierownik budowy jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35.000.000,00 zł brutto”. Poniżej Zamawiający poprosił o szczegóły tej inwestycji, żądając podania jej nazwy, miejsca oraz wartości. Zamawiający nie wymagał wskazania okresu trwania tej inwestycji. A zatem, mówiąc o „dodatkowym” doświadczeniu miał na myśli jedynie inwestycję kubaturową o wartości min. 35 mln zł. Bez znaczenia jest natomiast w jaki sposób wykonawca wykazał pięcioletnie doświadczenie (a w szczególności czy ta inwestycja została w tym celu wykorzystana). Przystępujący stoi na stanowisku, że prezentowana wykładnia jest jedyną prawidłową i za niedopuszczalne traktuje się zawężające uszczegółowienie treści warunku czy kryterium oceny ofert w ramach wykładni celowościowej postanowień siwz podczas badania i oceny ofert w celu doprowadzenia do wyeliminowania wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne 20. Prezentowaną przez Odwołującego interpretację warunku udziału i kryterium oceny ofert należy uznać za wprowadzającą wymaganie niewyrażone wprost w dokumentach.

Nawet jeśli przyjąć, że sposób interpretacji Odwołującego, to Przystępujący posiada w dalszym ciągu odpowiednie doświadczenie, która pozwala mu spełnić warunek udziału oraz

uzyskać dodatkowe punkty w ramach kryterium ocen ofert. W wyjaśnieniach z 23 lipca 2021 r. skierowanych do Zamawiającego wskazał, że p. H. posiada także doświadczenie jako kierownik budowy przy realizacji zadania pn.: „Etap II. Zespół zabudowy mieszkaniowej i usługowej wraz z garażem podziemnym i infrastrukturą techniczną oraz przebudowa istniejącego budynku biurowoadministracyjnego ul. Skierniewicka 36 na funkcję usługowo-handlową na działce ew. nr 26 (kubatura) przy ul. Wolskiej/Skierniewickiej w Dzielnicy Wola m.st Warszawy”, co nie tylko pozwala wydłużyć okres doświadczenia, jak również odrębnie przedstawić dodatkowe zadania celem spełnienia wymaganych kryteriów oceny ofert.

Przystępujący zwraca uwagę, że przy opisie warunków udziału w Postępowaniu w pkt 16 ppkt 2) lit. b) „Uwaga 2” Zamawiający wskazał, że odnośnie przedstawianego doświadczenia kadry wykonawcy poprzez 5-letnie doświadczenie Zamawiający rozumie okres faktycznie pełnionej funkcji kierownika budowy lub kierownika robót branżowych.

Wymóg posiadania 5 letniego doświadczenia dla osób, które będą wykonywać zamówienie weryfikowany będzie na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosunku do wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. W ofercie wykonawca oświadcza, że osoby którymi dysponuje posiadają 5 letnie doświadczenie. Poprzez „5 letnie doświadczenie” Zamawiający rozumie okres faktycznie pełnionej funkcji odpowiednio kierownika budowy i na wykazie osób podany w miesiącach. Zamawiający w SIWZ nie wskazał jak okres ten ma zostać wyliczony, jakie daty należy uznać za graniczne. SIWZ w odniesieniu do doświadczenia kadry wykonawcy nie precyzuje też czy za zakończenie nabywania doświadczenia należy na przykład przyjąć wpis do dziennika budowy, zakończenie procedury odbiorowej czy też inny moment. Zamawiający wyraźnie jednak przyjął w SIWZ, że poprzez doświadczenie rozumie okres faktycznie pełnionej funkcji. Z tych względów, Przystępujący był uprawniony przyjąć, że Zamawiający oczekuje przedstawienia realnie zdobytego doświadczenia. Ustalenie realności czynności danej osoby jako kierownika budowy zależy od indywidualnego stanu faktycznego przebiegu robót i całej realizacji inwestycji. "8 Już zatem pobieżna analiza wszystkich wymogów Zamawiającego związanych z oceną doświadczenia kadry wykonawcy pozwala jednoznacznie przyjąć, że intencją Zamawiającego było właśnie odniesienie się do okresu faktycznie nabywanego doświadczenia, a nie okresu wyznaczanego przez określone zdarzenia następujące w toku realizacji inwestycji budowlanej (np. wydania pozwolenia na użytkowanie). Nawet jeśli możliwa była odmienna interpretacja postanowień związanych z obliczeniem doświadczenia kadry, to z literalnej wykładni postanowień wynika, że Zamawiający oczekiwał przedstawienia osoby legitymującej się realnie zdobytym doświadczeniem.

Skoro w analizowanym przypadku możliwa była odmienna interpretacja wymogów w zakresie obliczenia doświadczenia kadry wykonawcy, to niemożliwym jest jednoznaczne przyjęcie, że Przystępujący swoim zachowaniem dopuścił się wprowadzenia w błąd.

Przystępujący pismem z 19 lipca 2021 r. otrzymał wezwanie do wyjaśnień, związanych z doświadczeniem p. H. . W ramach wyjaśnień zwrócił uwagę na treść SIWZ, które wprost odwołują się do faktycznie zdobytego doświadczenia, a nie doświadczenia które poparte miałyby być określonym zdarzeniem czy czynnością. Przystępujący wskazuje że p. H. pełnił funkcję kierownika budowy po marcu 2012 roku. Wszystkie dodatkowe roboty, które trwały i były prowadzone w budynku do lipca 2013 r. - były nadzorowane przez p. H. . Do terminu wskazanego realizowano takie prace jak: zmiany w zakresie instalacji w tym przebudowę instalacji wentylacji, zmiany aranżacyjne oraz prace wykończeniowe, jak również były usuwane usterki. Na potwierdzenie przedłożył dokumenty wskazujące wprost, iż p. H. odpowiadał ze realizacją zadania do lipca 2013 roku. Wśród dowodów znalazła się m.in. korespondencja mailowa p. H. z inwestorem z maja 2013 r., z której wynika, że w tym okresie realizowane były dalsze prace, które wymagały obecności p. H., a także rzut piętra budynku z 1 lutego 2013 r. z zaznaczonymi poleconymi do wykonania przez inwestora zmianami i pracami. Przystępujący zwrócił także uwagę na rozróżnienie w zakresie sposobu nabywania doświadczenia przez wykonawcę i członków kadry. Ponadto wskazano, że, nawet przepisy Prawa budowlanego wskazują na szeroko zakrojone obowiązki kierownika budowy.

Odwołujący wychodzi z błędnego przeświadczenia jakoby p. H. legitymował się wyłącznie doświadczeniem wynikającym z dat upublicznionych powszechnie jako czas realizacji inwestycji. Doświadczenie p. H. wykracza poza oficjalny okres realizacji zadania, co pozwoliło przedstawić doświadczenie kierownika budowy w okresie rzeczywiście odpowiadającym wykonywanym czynnościom. Przystępujący nie wprowadził i nie mógł wprowadzić swoim zachowaniem Zamawiającego w błąd. Nie ziściła się żadna z przesłanek opisująca z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17. Przystępujący przedstawił Zamawiającemu dane, które wprost odpowiadają literalnemu brzmieniu treści SIWZ, przez co nie sposób uznać, że takie informacje mogą stanowić informacje nieprawdziwe. Przystępujący przedstawił informacje, które odpowiadały realnie wykonywanym czynnościom na konkretnej inwestycji.

Skoro p. H. realizował szereg czynności po okresie wskazanym przez Odwołującego (tj. po marcu 2012 r.), a ostatecznym terminem zakończenia realizacji zadania był lipiec 2013 r., to legitymuje się doświadczeniem wymaganym wg postanowień siwz. Trudno mówić o zaniechaniu należytej staranności. Skoro Przystępujący przedstawił Zamawiającemu prawdziwe informacje odpowiadające literalnej treści SIWZ, to nie mógł nie dochować należytej staranności, a przy tym wypełnić przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Wobec powyższych okoliczności, zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 17 Pzp należy uznać za bezzasadny.

W trakcie rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska na piśmie i do protokołu.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny i wobec obszernego przedstawienia go w stanowiskach stron, w szczególności w pismach procesowych tj. odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisku pisemnym przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, kolejne opisanie tego stanu jest zbędne.

Izba stwierdza, że wbrew twierdzeniom przystępującego, odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia i wniesienia odwołania tj. wykazał zaistnienie przesłanek przewidzianych w art. 505 ustawy pzp. W razie ewentualnej ponownej oceny ofert pod względem zarówno podmiotowym, jak i w ramach kryteriów, wynik tych ocen nie może być na obecnym etapie przesądzony.

W ocenie składu orzekającego analiza treści przedmiotowych postanowień siwz pozwala na stwierdzenie że wykonawca – konsorcjum NDI wykazał spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych, kwalifikacji zawodowych oraz przedstawił dodatkowo inwestycję do oceny doświadczenia osoby przedstawionej jako kierownik budowy w obiekcie kubaturowym o wymaganej wartości określonej kwotą minimalną, dla potrzeb ustalenia i oceny oferty w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”. Warunek udziału wskazuje, że Zamawiający wymagał, aby osoba skierowana na stanowisko kierownika budowy posiadała uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń; posiadała 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy; posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie co najmniej jednego zakończonego obiektu kubaturowego o wartości robót budowlanych min. 70 000 000,00 zł brutto.

Doświadczenie kierownika budowy stanowiło jednocześnie kryterium oceny ofert, które opisano w pkt 45 ppkt 3) SIWZ.

Niesporne jest, że celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert, wykonawca na stanowisko kierownika budowy przedstawił p. M. H., który posiada odpowiednie uprawnienia oraz wymagane doświadczenie. W wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia („Wykaz”), w rubryce dot. spełnienia warunku udziału przedstawiono do oceny doświadczenia p. H. dwie inwestycje (treść niesporna przytoczona także w odwołaniu). Z kolei w rubryce związanej z doświadczeniem przedstawianym w ramach kryterium oceny ofert (dodatkowym doświadczeniem w realizacji inwestycji polegającej na budowie obiektu

kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 35 000 000,00 zł brutto), przedstawiono inwestycję: Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. w Warszawie tożsamą z podaną w wykazie na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie podziela twierdzenia odwołującego, że treść warunku udziału oraz kryterium oceny ofert nie pozwalają na przedstawienie tej samej inwestycji zarówno na potrzeby spełnienia warunku udziału jak i kryterium oceny ofert. Ocenie także nie przeczy również treść kryterium oceny ofert w części następującej po słowie „dodatkowo” użytym w pkt 45 ppkt 3 SIWZ. W pierwszej kolejności treść odnosi się do, powiązanej z kryterium, treści warunku udziału. Treść warunku udziału nie wskazuje, by pięcioletnie doświadczenie kierownika budowy musiało być zdobywane w ramach kierowania pracami przy zadaniach o określonych parametrach w tym w zakresie wartości inwestycji. Wykonawcy mieli swobodę w wykazywaniu skompletowania przez kierownika budowy pięcioletniego doświadczenia na takim stanowisku. Zamawiający nie wprowadził innych ograniczeń, co oznacza, że wykonawcy mogli do tego pięcioletniego doświadczenia zaliczać to, które zostało zdobyte w ramach inwestycji spełniającej wymogi w zakresie kubatury i wartości, lecz nie było to narzuconym obowiązkiem.

Źródłem dodatkowych punktów w ramach oceny oferty w ustalonym kryterium nie było wykazanie się dłuższym niż pięcioletnie okresem doświadczenia. Zamawiający w treści kryterium nie wymaga przedstawienia dłuższego okresu doświadczenia kierownika budowy — tj. wykraczającego poza 5 lat określone w warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem bazą uzyskania dodatkowych punktów jest niezmiennie, analogicznie jak w warunku, pięcioletnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy, które jednocześnie stanowi podstawę spełnienia warunku udziału, to niezasadne byłoby twierdzenie, że wykonawcy celem uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert, zobligowani byli do przedstawienia doświadczenia dłuższego niż 5 lat. Zatem treść kryterium oceny ofert ujęta po słowie „dodatkowo” należy rozumieć jako wymóg, celem uzyskania punktacji, przedstawienia doświadczenia przy realizacji inwestycji kubaturowej o określonej wartości. Oznacza to, że inwestycja wykazywana na potrzeby kryterium musi być „dodatkowa” względem kubaturowej inwestycji o określonej wartości wymienionej w warunku, a nie względem inwestycji służących jedynie ustaleniu okresu doświadczenia.

Konsekwencją dokonanego ustalenia jest stwierdzenie o niezasadności kolejnych zarzutów odwołania, które także są konsekwencją zarzutów omówionych powyżej i mających charakter podstawowych. Oznacza to, że przyjąć należy, że wykonawca nie wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia kierownika budowy.

Zamawiający przyjął w SIWZ, że przez doświadczenie rozumie okres faktycznie pełnionej funkcji.

Przystępujący w ramach wyjaśnień z 23 lipca 2021 r. udzielonych zamawiającemu zwrócił uwagę na treść SIWZ, które odwołują się do faktycznie zdobytego doświadczenia, a nie doświadczenia które poparte miałyby być określonym zdarzeniem czy czynnością. Przystępujący wskazał, że p. H. pełnił funkcję kierownika budowy po marcu 2012 roku, dodatkowe roboty, które trwały i były prowadzone w budynku do lipca 2013 r. - były nadzorowane przez w/w. Na potwierdzenie Przystępujący przedłożył dokumenty sygnowane także przez inwestora zastępczego oraz oświadczenie własne p. H. . Przedstawione wyjaśnienia poparte złożonymi dowodami skład orzekający uznaje za wiarygodne. Tym samym upubliczniona data oddania obiektu do użytku nie musiała, a w sprawie rozpatrywanej, nie oznaczała zaprzestania wykonywania czynności charakterystycznych dla funkcji kierownika budowy.

Dokonane ustalenia prowadzą do wniosku, że przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd i nie ziściły się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17. Wykonawca przedstawił informacje, które odpowiadały realnie wykonywanym czynnościom na konkretnej inwestycji. W taki stanie rzeczy Izba nie stwierdziła, by zamawiający w toku prowadzonego postępowania naruszył wskazane w odwołaniu przepisy ustawy pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz 1129) oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: