

WYROK
z dnia 15 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 lutego 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 stycznia 2021 roku** przez wykonawcę Odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –konsorcjum: (1) Budir System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) I. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU IRMA z siedzibą w Warszawie (Partner)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie, z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Elektrotechniczny ZELTECH z siedzibą w Siedlcach (Przystępujący)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w części na podstawie art. 528 ust. 1 pkt 5 ustawy nPzp w zakresie zarzutów odnoszących się do pozycji nr 1 wykazu robót złożonego przez Przystępującego;
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –konsorcjum: (1) Budir System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie**

(Lider) oraz (2) I. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU IRMA z siedzibą w Warszawie (Partner) i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –konsorcjum: (1) Budir System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) I. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU IRMA z siedzibą w Warszawie (Partner)** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Budir System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) I. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU IRMA z siedzibą w Warszawie (Partner)** na rzecz **Zamawiającego Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA w Warszawie, z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami) 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:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 20 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 1843 ze zm. - znanej dalej „PZP”) odwołanie złożyli **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum: (1) Budir System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (Lider) oraz (2) I. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU IRMA z siedzibą w Warszawie (Partner) dalej jako „Odwołujący”.**

Zamawiający: Centralny Szpital Kliniczny MSWiA w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trybie przetargu nieograniczonego na *„Termomodernizację budynku Polikliniki w Siedlcach”*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 października 2020.r., pod nr 598920-N-2020.

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Zakład Elektrotechniczny ZELTECH S. P., z siedzibą w Siedlcach (dalej „Zeltech”). Zamawiającemu zarzucano naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania ZELTECH do złożenia wyjaśnień czy w przedłożonym wykazie robót budowlanych, w zakresie robót w poz. 2 mieści się wymagane, wykonanie do ciepłotaśm, a przez to naruszenie również art.7 ust. 1 PZP,
2. art. 26 ust.3 PZP poprzez jego błędne, dwukrotne zastosowanie (dotyczy poz. 1 w przedłożonym wykazie robót), a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 PZP oraz wybór jako najkorzystniejszej, oferty ZELTECH,
3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 5 PZP poprzez ich niezastosowanie, zaniechanie wykluczenia ZELTECH i wybór Jego oferty jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy z załączonych dokumentów oraz ogólnie dostępnych informacji wynika, iż nie wykonywał prac, które uprawniałyby tego Wykonawcę do ubiegania się o zamówienie,
4. art. 89 ust 1 pkt 2 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia ZELTECH oraz wybór Jego oferty jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy ze złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art.26 ust. 3 PZP dokumentów wynika, że nie spełnił wymogów określonych w SWIZ dotyczących wykonania co najmniej 2 robót budowlano-instalacyjne w zakresie docieplenia stropodachów w obiektach użyteczności publicznej, a tym samym naruszenie art. 7 ust. 1 PZP,

5. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w związku z § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282), poprzez uznanie dokumentów złożonych przez ZELTECH, za dokumenty spełniające wymagania dowodu na potwierdzenie zdolności technicznej i zawodowej tegoż Wykonawcy, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Wykonawcy w związku z niespełnieniem przez niego warunków udziału w postępowaniu i wybór Jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenie czynności badania i oceny oferty ZELTECH, w tym dokonania prawidłowej oceny spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej,
- wykluczenia ZELTECH i odrzucenia złożonej przez Niego oferty,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1. stron 18, 26, 27, 29 oraz od 28-48 załącznika nr 2.1. do SIWZ w postępowaniu „Przebudowa korytarzy i klatek schodowych budynku Oddziału ZUS w Siedlcach w celu dostosowania budynku do przepisów przeciwpożarowych” wykazanych przez ZELTECH w poz. 2 wykazu wykonania robót budowlanych w celu wykazania, iż Wykonawca nie spełnił warunku wykonania robót w zakresie docieplenia stropodachów oraz celowości działania mającego na celu wprowadzenie Zamawiającego w błąd,
2. wezwania do złożenia dokumentów z dnia 20.11.2020 r. oraz wezwania do uzupełnienia braków w ofercie z dnia 02.12.2020.r na okoliczność, iż Zamawiający dwukrotnie wzywał ZELTECH do przedłożenia dokumentów w celu wykazania spełnienia przez warunków udziału w postępowaniu;
3. harmonogramu rzeczowo-terminowo-finansowy zadania „Zmiana sposobu użytkowania Budynku Oświatowego na Środowiskowy Dom Samopomocy” przedłożony w celu wykazania spełnienia przez warunków udziału w postępowaniu, w celu wykazania iż dokument ten nie spania wymogów dokumentu określonych w rozporządzeniu o dokumentach w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący uzyskał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 15 stycznia 2021 r., zatem termin na wniesienie odwołania przewidziany w art.182 ust. 1 pkt 2 PZP został zachowany. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący podkreślił, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, bowiem jest wykonawcą który złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu i uzyskał łączną ilość punktów klasyfikującą go na drugiej pozycji biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert. Uwzględnienie odwołania może spowodować odrzucenie oferty ZELTECH i w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Czynności Zamawiającego narażają Odwołującego na szkodę w postaci braku możliwości osiągnięcia zysku związanego z realizacją zamówienia.

Ad.1 i 4

Zamawiający w SIWZ określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Wykonawca spełniał warunek, jeżeli:

1) wykazał, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie i prawidłowo ukończył:

a) co najmniej 2 roboty budowlano-instalacyjne dotyczące dostosowania do aktualnych warunków technicznych, remontu instalacji wewnętrznych: wod.-kan., c.o., wentylacji, elektrycznych, teletechnicznych, docieplenia ścian i stropodachów w obiekcie użyteczności publicznej, o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 złotych brutto (z podaniem daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie).

2) do realizacji przedmiotu zamówienia będzie dysponował osobami:

a) Kierownik budowy, posiadający uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, określone przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1 j 86) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r., o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczącymi uznawania kwalifikacji oraz zaświadczenie o przynależności właściwej izby samorządu zawodowego,

b) Kierownik robót sanitarnych, posiadający uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, wodociągowych, kanalizacyjnych, określone przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1186.) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie

samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczącymi uznawania kwalifikacji oraz zaświadczenie o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego,

c) Kierownik robót elektrycznych, posiadający uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, określone przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 1186) oraz Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. poz. 1278) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów prawa, lub uznane przez właściwy organ, zgodnie z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65) lub zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami dotyczącymi uznawania kwalifikacji oraz posiadający świadectwo kwalifikacyjne, uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci na stanowisku dozoru (D) i eksploatacji (E) oraz zaświadczenie o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu była dokonywana na zasadzie spełnia/nie spełnia.

Zamawiający wymagał aby wraz z ofertą wykonawcy złożyli oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (wg załącznika nr 4) aktualne na dzień składania ofert, stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

ZELTECH nie załączył do oferty oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Działając w trybie art. 26 ust. 3 PZP, Zamawiający w dniu 16 listopada 2020 r. wezwał ZELTECH do uzupełnienia braków oferty. W wyniku wezwania Wykonawca złożył załącznik nr 4 - oświadczenie wykonawcy o braku przesłanek wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W oświadczeniu tym ZELTECH nie oświadczył, aby w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach innych podmiotów.

Pismem z dnia 20 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał ZELTECH do złożenia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z rozporządzeniem o dokumentach w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać następujących dokumentów:

1. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty;
2. wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, 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.

W dniu 26 listopada 2020 r. ZELTECH złożył wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z protokołem końcowym odbioru robót i harmonogramem rzeczowo finansowym dot. zadania „Zmiana Budynku Oświaty na Środowiskowy Dom Samopomocy” oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. W obu załącznikach ZELTECH wskazał, że polega na wiedzy i doświadczeniu własnych zasobów, w tym odnośnie osób mających uczestniczących w wykonaniu zamówienia.

Odwołujący uzyskał informacje, że ZELTECH w dokumentach przedstawionych na wezwanie Zamawiającego podał nieprawdę co do zakresu dysponowania osobą mgr inż. M. P., posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń. ZELTECH wskazał, że osoba ta stanowi jego zasób własny, w sytuacji gdy na dzień składania ofert nie łączył Go z nią żaden stosunek prawny.

W myśl postanowienia art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m. in. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą, a tymi osobami (osobą), istotnym jest zatem to, czy dany wykonawca ma

gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą (osobami), na dysponowanie której (których) wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09).

Dodatkowo, w przedłożonym przez ZELTECH Wykazie wykonanych robót budowlanych, w pozycji nr 2 jako jedną z robót na potwierdzenie warunku dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, podano wykonanie zadania „Przebudowa korytarzy i klatek schodowych budynku Oddział ZUS w Siedlcach w celu dostosowania budynku do przepisów przeciwpożarowych w Siedlcach”; Rodzaj i zakres robót zgodnie z załączonym protokołem i harmonogramem obejmował: remont instalacji wewnętrznych; wod-kan., c.o., wentylacji, elektrycznych i technicznych, docieplenia ścian, stropu (wełną mineralną) i dachu (klatki schodowej).

W SIWZ Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą się wykonaniem co najmniej 2 robót budowlano-instalacyjne min. w zakresie docieplenia ścian i stropodachów. Stropodach to nie jest to samo co strop. Stropodach to strop nad ostatnią kondygnacją budynku, który spełnia jednocześnie rolę dachu; jest to dach płaski. Cechą charakterystyczną takiego rozwiązania jest brak poddasza. Zamawiając powinien zauważyć rozbieżności pomiędzy wymaganiami, a przedłożonym wykazem i wezwać ZELTECH do złożenia wyjaśnień w tej sprawie, w trybie art.26 ust. 3 PZP. Zaniechanie tej czynności narusza zasadę równego traktowania Wykonawców.

Skoro Zamawiający określił w SIWZ wymagania, to jego obowiązkiem jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert, właśnie pod kontem tych wymagań. Niedozwolone są ustępstwa od ustanowionych wymogów. Z Wykazu robót przedłożonego przez ZELTECH, wynika że w zakresie drugiej z robót, nie wykonywano docieplenia stropodachów. Zamawiający miał obowiązek wezwać ZELTECH do wyjaśnienia/przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia wymagań określonych w SIWZ. Skoro tego nie uczynił, powinien ewentualnie zapoznać się z ogólnie dostępną dokumentacją pod adresem: <https://bip.zus.pl/zamowienia-publiczne/-/public-auctions//ogloszenie-o-przetargu-nieograniczonym/225447>. Analiza dokumentacji doprowadziłaby Zamawiającego do przekonania, że ZELTECH nie spełnia określonych w SIWZ wymagań w zakresie ocieplenia

stropodachów, gdyż budynek ZUS stropodachów nie posiada, a co więcej stropy ocieplenia uznano jako dobry.

Ad.3.

ZELTECH przedstawił Zamawiającemu protokół odbioru końcowego zadania „Przebudowa korytarzy i klatek schodowych budynku Oddział ZUS w Siedlcach w celu dostosowania budynku do przepisów przeciwpożarowych w Siedlcach przy ul. Browarnej 12”, z którego nie wynikało, iż w ramach robót, wykonano docieplenia stropodachów, a mimo to Zamawiający zaniechał żądania wyjaśnień. ZELTECH celowo nie przedstawił referencji i miał na celu wprowadzenie Zamawiającego błąd, gdyż dobrze wiedział, że nie będą one zawierały informacji o spełnieniu postawionych w postępowaniu wymagań. Takie postępowanie prowadzi do wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Ad. 2. i 5.

Działając na podstawie art. 26 ust. 2 PZP w dniu 20 listopada 2020 r. Zamawiający wezwał ZELTECH do złożenia aktualnych na dzień złożenia oferty, oświadczeń lub dokumentów, wymaganych w postępowaniu, potwierdzających, a potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci:

1. Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

2. Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, 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.

W odpowiedzi na wezwanie ZELTECH przedłożył min. protokół końcowy odbioru robót do zadania „Zmiana sposobu użytkowania Budynku Oświaty na Środowiskowy Dom Samopomocy - umowa nr 272.19.2018 z dnia 20.08.2018r.”. W protokole zawarto informacje o zgłoszeniu zakończenia robót i gotowości do odbioru, rozpoczęciu czynności odbioru,

przerwaniu czynności odbioru z powodu wykrytych braków i wad, wznowieniu czynności odbioru po blisko miesięcznym okresie czasu. Ważną informacją jest, że roboty zostały wykonane w okresie od 25.08.2018 r. do 28.02.2019 r., Kierownik budowy i inspektor nadzoru inwestorskiego potwierdzili wymagania ilościowe i jakościowe robót zgonie z umową. Protokół został podpisany przez przedstawicieli obu stron. Do protokołu dołączony został harmonogram opatrzony podpisem kierownika budowy oraz dyrektora naczelnego wykonawcy. Są to reprezentanci tylko jednej strony umowy. W harmonogramie nie widnieje pozycja świadcząca o tym, że w ramach prac wykonano roboty w zakresie docieplenia ścian i stropodachów.

Jak słusznie podniósł Zamawiający, żaden z przedłożonych dokumentów nie potwierdził że roboty dla tego zadania zostały wykonane należycie, szczególnie w zakresie docieplenia ścian i stropodachów. Przedłożony protokół nie spełniał wymagań określonych dla dokumentu, o którym mowa w rozporządzeniu o dokumentach w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiającego. Rozporządzenie jako dokument traktuje referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane. Dopiero jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - dowodami mogą być inne dokumenty. ZELTECH jako dowód przedłożyło protokół, z którego nie wynika zakres wykonywanych prac oraz harmonogram, który w świetle rozporządzenia nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnienie przez wykonawcę warunków udziału, gdyż nie został wystawiony przez podmiot, na rzecz którego wykonano roboty budowlane. ZELTECH nie podał również przyczyn o obiektywnym charakterze, dla których nie był w stanie przedłożyć dokumentów określonych w rozporządzeniu. Przedłożony harmonogram, ani dołączone na kolejne wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia braków w ofercie dnia 02 grudnia 2020 r. wyciągi z dokumentacji projektowej oraz oświadczenie o rodzaju i zakresie robót nie są prawidłowe i akceptowalne, gdyż nie są to dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty wykonał.

Zamawiający zatem dwukrotnie wzywał ZELTECH do przedłożenia wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, co świadczy o naruszeniu art. 26 ust. 3 PZP.

ZELTECH w swoim odwołaniu z dnia 15 grudnia 2020 r. podnosił, że z dokumentacją przetargową do zamówienia pn. „Zmiana Budynku Oświaty na Środowiskowy Dom Samopomocy” Zamawiający mógł zapoznać się na stronie internetowej Gminy Zbuczyn. Odwołujący przeanalizował dokumentację i jego uwagę zwróci fakt, że zakończenie robót w tym zadaniu ustalono do dnia: 10 grudnia 2018 roku. Z dokumentów przedłożonych przez ZELTECH wynika, że zgłosił On odbiór końcowy w dniu 28 lutego 2019 r. W protokole

odbioru nie ma informacji z jakiej przyczyny aneksowano umowę, czy w związku z przekroczeniem terminu, za to jest informacja o przerwaniu odbioru ze względu na braki i wady, na wykonawcę zostały nałożone kary umowne, jakiego rodzaju braki i wady ujawniły się podczas podjętej próby odbioru końcowego. Wymienione okoliczności wpływają na ocenę czy roboty zostały wykonane należyście. Tym bardziej, że przerwanie odbioru, zgodnie z wyrokiem SA w Krakowie z 28.01.2014 r., I ACa 1447/13, może, świadczyć, że usterki i wady były istotne i kwalifikowały się do tego by uznać, że roboty były wykonywane niezgodnie z projektem lub zasadami wiedzy technicznej, gdyż tylko takie wady. Stanowią przesłankę do automatycznego wstrzymania odbioru na gruncie art. 647 k.c. Jakość robót wiąże się z odpowiedzialnością z tytułu gwarancji lub rękojmi za stwierdzone przy odbiorze wady, odbiór końcowy determinuje zaś wyłącznie kwestię wykonania zobowiązania przez wykonawcę. Samo zaś wystąpienie usterek i wad nie stanowi automatycznie uzasadnionej przyczyny wstrzymania się z odbiorem robót i odmowy zapłaty wynagrodzenia; decydujące znaczenie ma charakter ujawnionych wad. Wady nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, jednak w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na zaktualizowanie uprawnień inwestora z tytułu rękojmi lub gwarancji.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający miał prawo i obowiązek domagania się od ZELTECH wyjaśnień i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Brak przedstawienia przez ZELTECH, mimo dwukrotnego wezwania, dokumentów określonych w rozporządzeniu o dokumentach w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, uprawniała Zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art.24 ust 1 pkt 12 PZP.

Uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania wniesionego przez ZELTECH w, było przedwczesne.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, ofertach, złożonych przez Wykonawców wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych, postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 3350/20, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie zaznaczenia wymaga, iż w związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), stosownie do art. 92 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.), który stanowi, że *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.*

Jednocześnie przepisy ustawy z Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. (tekst jednolity Dz.U.2019 r., poz. 2019 ze zmianami, dalej jako „nPzp”) znajdują zastosowanie do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie. Zgodnie bowiem z art. 92 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 roku stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.*

Następnie ustalono, że nie została wypełniona w całości żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 528 ust. 1 ustawy nPzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę. Tym niemniej sygnalizacji w tym momencie wymaga okoliczność, że pewne zarzuty złożonego odwołania odnoszące się do czynności i zaniechań Zamawiającego podlegały odrzuceniu.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku potencjalnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ustawy nPzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca **S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Elektrotechniczny ZELTECH z siedzibą w Siedlcach**. Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów w zakresie oceny spełniania warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, Przystępujący przywołał brzmienie pkt 6.2 ppkt 1 SIWZ

w zakresie tego warunku oraz wskazał jakie dokumenty były wymagane na jego potwierdzenie.

Przystępujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 16 listopada 2020 roku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków a także oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej (w dniu 18 listopada 2020 roku).

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 listopada 2020 roku w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp o złożenie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postaci wykazu wykonanych robót oraz wykazu osób Przystępujący złożył wykaz wykonanych robót z załącznikami (protokół końcowy odbioru robót i harmonogram robót) oraz wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (w dniu 26 listopada 2020 roku).

Z kolei na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2020 roku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie uzupełnienie braków oferty dotyczących pozycji nr 1 wykazu robót, Przystępujący złożył wyjaśnienia dla tej pozycji wykazu oraz wyciąg z dokumentacji projektowej określający zakres prac związanych z dociepleniem ścian i stropodachów, w tym rysunki techniczne: rzut dachu, z którego wynikało, że w zakresie prac było docieplenie stropodach, a także rysunek obrazujący docieplenie ścian i ocieplenie dachu (w dniu 3 grudnia 2020 roku). W wezwaniu Zamawiający wskazywał, że Przystępujący nie udowodnił, że robota budowlana przedstawiona w pozycji pierwszej wykazu robót złożonego w dniu 26.11.2020 r. obejmowała swoim zakresem docieplenie ścian i stropodachów.

W ocenie Przystępującego zarzut odwołania dotyczący dwukrotnego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest więc bezzasadny.

W przypadku pozycji nr 2 wykazu robót Przystępujący podkreślił, że zgodnie z załączonym protokołem oraz harmonogramem robót zadanie obejmowało remont instalacji wewnętrznych: wod.-kan., c.o., wentylacji, elektrycznych i teletechnicznych, docieplenia ścian, stropu (wełną mineralną) oraz dachu (klatki schodowej). Wartość robót wyniosła 2 577 200,66 zł. Czas realizacji zadania: 01/03/2019 do 24/03/2020. Zamawiającym był ZUS Oddział w Siedlcach. Pozycja wykazu nie budziła wątpliwości Zamawiającego, bowiem warunek pozwalał na zakwalifikowanie jako robót mieszczących się w zakresie przedmiotowym warunku również prac technicznie trudniejszych, mianowicie polegających na dociepleniu dachu, wymagającego większego nakładu prac i większych umiejętności niż docieplenie stropodachu. Zgodnie ze sztuką budowlaną, nakład pracy i wiedza techniczna niezbędna do prawidłowego wykonania docieplenia stropodachu mieści się w nakładzie pracy i wiedzy technicznej niezbędnej do wykonania docieplenia dachu. Zatem pozycja nr 2 wykazu potwierdzała spełnianie warunku. Natomiast zgodnie z orzecznictwem dokumenty składane na potwierdzenie należytego wykonania zadań z wykazu nie muszą zawierać

sformułowań tożsamyh do użytych w treści warunku z SIWZ (tak wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 492/20) bowiem dokumenty te nie mają potwierdzać spełniania warunku ale należyte wykonanie zamówienia.

Odnosząc się jeszcze raz do pozycji nr 1 wykazu Przystępujący podkreślił, że zadanie wykonano na rzecz Gminy Zubczyn, zostało ono odebrane w całości protokołem odbioru z dnia 25/03/2019 r., potwierdzającym należyte wykonanie robót. Umowa była aneksowana w zakresie terminu realizacji i roboty zostały wykonane w umówionym przez strony terminie, co potwierdza treść protokołu. Z protokołu wynika, że komisja nie stwierdziła usterek podczas przeglądu robót i Zamawiający dokonał bezusterkowego odbioru końcowego.

Natomiast pozycja nr 2 wykazu dotyczyła zamówienia wykonywanego na rzecz ZUS Oddział w Siedlcach, odebranego w całości protokołem odbioru końcowego z dnia 31/03/2020 r. potwierdzającym należyte wykonanie robót (w zakresie zgodnym z umową, dokumentacją techniczną i zapisami w dzienniku budowy).

W zakresie zarzutów odwołania dotyczących wykazu osób Przystępujący przywołał brzmienie warunku i wymogi dla dokumentów, które miały potwierdzać spełnienie warunków.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 listopada 2020 roku w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp Przystępujący złożył wymagany wykaz osób. W wykazie tym Wykonawca wskazał osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w tym jako kierownika robót sanitarnych Pana M.P., zaznaczając, że podstawą dysponowania wskazaną osobą jest „zasób własny”. W doktrynie i orzecznictwie na tle dostępności osób wymaganych do realizacji zamówienia wykształciły się dwa pojęcia: dysponowanie bezpośrednie (na podstawie stosunku prawnego łączącego wykonawcę z osobą) oraz dysponowanie pośrednie (w przypadku udostępnienia osoby przez podmiot trzeci, na podstawie więzi prawnej łączącej wykonawcę z podmiotem trzecim). Jeżeli tytułem prawnym dysponowania osobą jest stosunek prawny łączący bezpośrednio wykonawcę z daną osobą, to mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku stosunek podwykonawstwa i polegania na zasobach podmiotu trzeciego. Bez znaczenia postaje jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z daną osobą (umowa o pracę, samo zatrudnienie, umowa cywilnoprawna).

Odwołujący na zarzut podania nieprawdy nie przedstawił żadnych dowodów. Sam zarzut nie ma oparcia w faktach, ponieważ między Przystępującym na wskazaną osobą istnieje bezpośredni stosunek prawny – przy czym nie jest to umowa o pracę- ale taka forma nie jest wymagana.

Zgodnie z wypracowanym poglądem cechy stosunku pracy nie będą miały czynności wykonywane przez osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Czynności wykonywane przez takie osoby zasadniczo nie polegają na wykonywaniu pracy

w rozumieniu Kodeksu pracy. Stąd Przystępujący w złożonym wykazie osób w odpowiedniej kolumnie wskazał „zasób własny” mając na myśli dysponowanie bezpośrednio, a nie zastosowanie art. 22a ustawy Pzp.

Z tych powodów zdaniem Przystępującego odwołanie jest niezasadne.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej Izba ustaliła, że Odwołujący Konsorcjum Budir prawidłowo przytoczył brzmienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, zawodowej oraz dysponowania osobami, a także prawidłowo podał jakich dokumentów wymagano celem potwierdzenia ustalonych warunków udziału.

W dniu 11 grudnia 2020 roku Zamawiający powiadomił o wykluczeniu Wykonawcy **Zakład Elektrotechniczny Zeltech S. P. z siedzibą w Siedlcach**, na podstawie art. 24 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający podkreślił, że na potwierdzenie warunku zdolności technicznej lub zawodowej wymagał złożenia wykazu robót wraz z dokumentami potwierdzającymi zakres robót oraz, że roboty te zostały należycie wykonane. Zamawiający określił, że Wykonawca spełni warunek, jeżeli:

1) wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie i prawidłowo ukończył:

a) co najmniej 2 roboty budowlano-instalacyjne dotyczące dostosowania do aktualnych warunków technicznych, remontu instalacji wewnętrznych: wod.-kan., c.o., wentylacji, elektrycznych i teletechnicznych, docieplenia ścian i stropodachów w obiekcie użyteczności publicznej, o wartości nie mniejszej niż 1 500 000,00 złotych brutto (z podaniem daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie).

W dniu 26 listopada 2020 roku Wykonawca ZELTECH zdaniem Zamawiającego złożył wykaz robót obarczony wadą polegającą na braku udowodnienia, że robota wskazana w pozycji pierwszej obejmowała swoim zakresem docieplenie ścian i stropodachów. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 02 grudnia 2020 roku wezwał Wykonawcę do uzupełnienia braków w ofercie w postaci prawidłowego wykazu robót. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie nie złożył nowego wykazu robót, przedstawił natomiast część projektu dotyczącego roboty wskazanej w pierwotnym wykazie w pozycji 1. Zdaniem Zamawiającego żadne dokumenty przedstawione przez Wykonawcę nie potwierdzają że robota w pozycji pierwszej wykazu została wykonana należycie w zakresie części dotyczącej docieplenia ścian i stropodachów.

W dniu 15 grudnia 2020 roku Wykonawca ZELTECH (obecnie Przystępujący) złożył na powyższą czynność odwołanie do Prezesa KIO. W zarzutach odwołania podniesiono, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu zdolności technicznej i zawodowej, określonego w pkt 6.2 ppkt 1) SIWZ, i wykluczył Odwołującego, czy Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3.

W zakresie pozycji pierwszej wykazu robót ZELTECH przedstawił Zamawiającemu łącznie następujące dokumenty:

- oświadczenie w wykazie robót o rodzaju i zakresie robót, wartości robót, czasie realizacji, Zamawiającym (inwestorze) i miejscu wykonania robót - wykazując w ten sposób, że takie roboty zostały wykonane;
- protokół końcowy odbioru robót wraz z harmonogramem robót - potwierdzając w ten sposób, że roboty objęte zamówieniem, o którym mowa w tym protokole zostały wykonane należycie,
- dokumenty wyjaśniające Zamawiającemu zakres robót, tj. wyciąg z dokumentacji projektowej określający zakres prac związanych z dociepleniem ścian i stropodachów, w tym rysunki techniczne.

Dokumentacja (łącznie) potwierdza wymagany zakres, tj. że zamówienie (publiczne), wykonane na rzecz Gminy Zbuczyn, odebrane przez Gminę w całości (protokołem odbioru końcowego) obejmowało swym zakresem - zgodnie z oświadczeniem Odwołującego w wykazie robót - docieplenie ścian i stropodachów. Zgodnie z dokumentacją projektową (dostępną również na stronie internetowej Gminy Zbuczyn, link: <http://www.e-bip.pl/Start/50/PublicOrder/20485>) roboty budowlane obejmowały m.in. termomodernizację ścian zewnętrznych oraz fundamentów, wykonanie pokrycia dachu, termomodernizację stropodachu pełnego.

Stąd w ocenie Wykonawcy przedstawiono dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zadania przedstawionego w wykazie robót, a dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie nie są tylko „referencje” ale również mogą to być inne dokumenty (np. protokoły odbioru).

Ponadto Przystępujący zauważył, że z przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp jednoznacznie wynika wymóg, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu uzyskali pełny zakres informacji co do rozstrzygnięcia zamawiającego w zakresie oceny ofert wraz z jego pełnym uzasadnieniem co do podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty. Niewątpliwym jest bowiem, że uzasadnienie faktyczne i prawne jest informacją istotną dla wykonawcy i wpływa na zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej, a w szczególności na rodzaj argumentacji mającej obalić stanowisko zamawiającego.

Dodatkowo podniesiono, że art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje zastosowania w postępowaniach prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty wniesionego odwołania, do postępowania odwoławczego nie przystąpił po stronie Zamawiającego żaden wykonawca, w związku z powyższym w dniu 30 grudnia 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (KIO 3350/20).

W dniu 13 stycznia 2021 roku Zamawiający zawiadomił, że:

- 1) unieważnia czynność oceny ofert w wyniku, której został wezwany wykonawca konsorcjum BUDIR do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jako oferta najwyżej oceniona,
- 2) unieważnia czynność wykluczenia wykonawcy Zeltech z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) unieważnia czynność odrzucenia oferty wykonawcy Zeltech jako oferty wykonawcy, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
- 4) dokona ponownego badania i oceny ofert wykonawców: Zeltech i konsorcjum BUDIR SYSTEM na etapie złożonych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Zeltech.

W dniu 15 stycznia 2021 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej za taką uznając ofertę złożoną przez Wykonawcę ZELTECH, przyznając jej 100 punktów. Oferta Odwołującego uzyskała 99,79 punktów.

Zamawiający złożył obszerne stanowisko pisemne wraz z dodatkowym materiałem dowodowym, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w części podlegało odrzuceniu, natomiast pozostałe zarzuty odwołania okazały się niezasadne.

Izba przychyliła się do wniosku o odrzucenie odwołania zgłoszonego przez Przystępującego i popieranego przez Zamawiającego, ponieważ część zarzutów odwołania dotyczy czynności, którą Zamawiający wykonał w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 528 ust. 1 pkt 5 nPzp). Zauważyć należy, iż w postępowaniu odwoławczym KIO 3350/20, toczącym się po wniesieniu odwołania przez Przystępującego ZELTECH, który kwestionował czynność wykluczenia go z postępowania z powodu nieuznania zadania na potwierdzenie spełnienia warunku umieszczonego w pozycji nr 1 złożonego Wykazu robót, Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty. Odwołujący nie przystąpił wówczas do postępowania odwoławczego po

stronie Zamawiającego. Zamawiający po uznaniu zasadności zarzutów, nie wykonywał żadnych dodatkowych czynności w odniesieniu do pozycji nr 1 Wykazu robót, nie wzywał wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień lub też dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, czy też wskazujących na należyte wykonanie robót budowlanych. Żądaniem Przystępującego w postępowaniu KIO 3350/20 było przywrócenie jego oferty do postępowania, dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym w również w przedmiocie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i uznanie przez Zamawiającego jego oferty za najkorzystniejszą. Zamawiający takim żądaniem uczynił zadość. W ocenie Izby podnoszenie w tym momencie zarzutów przez Odwołującego wobec oferty Przystępującego do pozycji nr 1 Wykazu należy uznać za działania spóźnione. Odwołujący w poprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym był uprawniony do ochrony swojego interesu w uzyskaniu zamówienia, zwłaszcza jeżeli jego oferta zajmowała drugie miejsce w rankingu oferty, mógł zgłosić przystąpienie po stronie Zamawiającego i wskazywać na błędy w ofercie ZELTECH w przypadku pozycji 1 Wykazu. Podmiot ten z przysługujących mu uprawnień procesowych nie skorzystał. Obecnie w ocenie składu orzekającego Izby nie może on czynić Zamawiającemu zarzutów, w sytuacji gdy Zamawiający uczynił zadość żądaniom uwzględnionego odwołania. Czynności wykonane przez Zamawiającego stanowią dokładne wypełnienie żądań odwołania w sprawie KIO 3350/20, a zatem są czynnościami, które Zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Następczo Zamawiający dokonał czynności wyboru oferty Przystępującego ZELTECH jako najkorzystniejszej oferty. W świetle art. 528 ust. 1 pkt 5 ustawy nPzp jest poza sporem, że takich czynności nie można kwestionować poprzez wniesienie kolejnego odwołania, a jeżeli odwołanie takie zostanie wniesione, Izba musi je odrzucić. Kolejne zarzuty Odwołującego konsorcjum Budir dotyczące pozycji nr 1 Wykazu robót należy uznać za niedopuszczalne. Za odrzucone i nie podlegające rozpoznaniu należało uznać zarzuty oznaczone jako 2, 3, 4, 5 w zakresie w jakim odnosiły się one do pozycji nr 1 Wykazu robót złożonego przez Przystępującego.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

Osią sporu między uczestnikami postępowania odwoławczego jest interpretacja ustalonego w postępowaniu warunku udziału w zakresie zdolności zawodowych i technicznych, mianowicie czy Zamawiający winien był uznać za prawidłowe roboty docieplenia wykonywane w obrębie stropów w obiekcie użyteczności publicznej, w sytuacji, gdy z zapisów warunku wynikało, że wymóg odnosił się do robót dotyczących docieplenia stropodachów.

Przechodząc do analizy zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie wobec pozycji nr 2 Wykazu robót, dostrzeżenia wymaga, iż regulacja ta znajduje zastosowanie, gdy u Zamawiającego po analizie złożonych przez wezwanego wykonawcę dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu rodzą się wątpliwości, czy rzeczywiście potwierdzono spełnienie warunku. W przedmiotowym stanie faktycznym w ocenie Izby wezwanie Przystępującego ZELTECH nie było konieczne, gdyż wskazane zadanie z poz. 2 spełniało warunki wskazane przez Zamawiającego m.in. w zakresie docieplenia stropodachów, co znajdowało potwierdzenie w złożonych dokumentach i powszechnie dostępnej dla Zamawiającego dokumentacji postępowania referencyjnego. Zadanie dotyczące *Przebudowy korytarzy i klatek schodowych budynku Oddziału ZUS w Siedlcach w celu dostosowania budynku do przepisów przeciwpożarowych w Siedlcach* realizowane było w ramach ustawy Pzp, a więc cała dokumentacja postępowania, w tym dokumentacja techniczna i projektowa dostępna była na stronie internetowej zamawiającego.

W pozycji nr 2 Wykazu robót Przystępujący wskazał robotę budowlaną: „Przebudowa korytarzy i klatek schodowych budynku Oddziału ZUS w Siedlcach w celu dostosowania budynku do przepisów przeciwpożarowych w Siedlcach”. Jako rodzaj i zakres robót wskazano, że zgodnie z załączonym protokołem i harmonogramem obejmował on remont instalacji wewnętrznych (wod-kan, c.o., wentylacji, elektrycznych, teletechnicznych, docieplenie ścian, stropu (wełną mineralną) i dachu (klatki schodowe). Wykonawca do Wykazu załączył Protokół odbioru końcowego, z którego wynikało, że roboty zostały wykonane w zakresie zgodnym z umową, dokumentacją techniczną i zapisami dziennika budowy, w terminie, nie stwierdzono wad nienadających się do usunięcia, obiekt odpowiada przeznaczeniu i spełnia warunki Prawa budowlanego. Oprócz protokołu odbioru Przystępujący przedstawił również harmonogram wykonywania robót,

Izba podziela stanowisko i argumentację zaprezentowaną w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie przez Zamawiającego.

Niewątpliwie złożone przez Przystępującego na wezwanie dokumenty potwierdzały należyte wykonanie zamówienia. Co prawda Przystępujący nie przedstawił „referencji”, jednakże zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie prac mogą być również inne dokumenty, nie tylko „referencje” pochodzące wprost od zamawiających. Takie wymogi spełniają również protokoły odbioru stwierdzające brak wad, wypełnienie zobowiązań umownych, protokoły ustaleń końcowych. Dokumenty takie zostały przez Przystępującego przedstawione, a Odwołujący w żaden sposób nie podważył rzetelności ich sporządzenia, czy zawartych tam twierdzeń o jakości robót. Pamiętać należy również, że funkcją referencji jest potwierdzenie należytego wykonania robót, a nie potwierdzenie zakresu rzeczowego. Zakres rzeczowy

zadania został przez Przystępującego wskazany w Wykazie robót, natomiast złożone protokół i harmonogram potwierdzać miały jakość wykonanych prac.

Wprost także z Wykazu robót wynika, że prace na zadaniu referencyjnym w pozycji nr 2 Wykazu dotyczyły docieplenia stropu wełną mineralną. Oznacza to, iż Przystępujący nie ukrywał tego faktu, nie zataił go, nie opisał w sposób odmienny od dokumentacji technicznej czy zapisów umowy. Z uwagi na okoliczność, że zgłoszone zadanie wykonywane było w ramach ustawy Pzp, możliwe było samodzielne zapoznanie się z dokumentacją projektową i techniczną przez każdy zainteresowany podmiot, co też Zamawiający uczynił. Możliwe było więc sprawdzenie, czy praca z Wykazu robót potwierdza spełnienie warunku co do doświadczenia przy robotach dotyczących docieplenia stropodachów.

Z przedmiotowej dokumentacji przedstawionej Izbie wraz z odpowiedzią na odwołanie wynika, że wykonywane było docieplenie stropów nad 3 piętrem budynku - ostatnia kondygnacja, co obrazuje załączony rysunek – przekrój budynku. Z opisu przedmiotu zamówienia i dokumentacji technicznej wynika, że w związku z koniecznością wzmocnienia istniejącej drewnianej więźby dachowej, konieczne było rozebranie istniejącego stropu podwieszanego w klatkach schodowych, następnie dokonać należało wzmocnienia konstrukcji dachu oraz wykonać poszycie w postaci sufitu podwieszanego systemowego z płyt kartonowo-gipsowych ogniochronnych GKF mm na konstrukcji stalowej, a także do zadań Wykonawcy należało wykonanie izolacji termicznej stropu z wełny mineralnej gr. 200 mm.

Izba podziela zapatrywania Zamawiającego i Przystępującego, że zadanie przedstawione w pozycji nr 2 Wykazu potwierdza spełnienie warunku udziału. Jak wynika z całokształtu dostępnej dokumentacji technicznej, III piętro jest w istocie ostatnim piętrem budynku (rysunek na stronie 27 Załącznika nr 2.1 do SIWZ — Projekt budowlano-wykonawczy), zatem przedmiotowy strop pełnił w istocie funkcję stropodachu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymaga wykonania izolacji stropodachu poprzez ułożenie na stropie nad ostatnią kondygnacją ocieplenia płytami z wełny mineralnej lub granulatem o grubości 30 cm. Są to zatem prace tożsame do wykonanych na zadaniu referencyjnym. W ocenie Izby nie byłoby uprawnione nieuznanie takiego doświadczenia tylko z tego powodu, że inny z zamawiających nie użył w swojej dokumentacji projektowej wyrażenia „stropdach”. Dostrzeżenia wymaga, iż oprócz wykładni literalnej warunku, nie można zapomnieć także o wykładni funkcjonalnej. O treści warunku nie decyduje jedynie użycie w nim pewnych sformułowań, w szczególności jeżeli warunek nie definiuje bliżej używanych określeń ale rzeczywisty zakres nabytego przez danego wykonawcę doświadczenia podczas wykonywania prac określonego rodzaju.

Jeżeli prace wykonane przez wykonawcę na wskazanym zadaniu referencyjnym odpowiadają przedmiotowo, w sposób funkcjonalny, technologiczny pracom, które będą

wykonywane na projektowanym zadaniu, takiemu Wykonawcy nie można odmówić posiadania doświadczenia zawodowego w realizacji określonego rodzaju robót. Dla Izby niebagatelne znaczenie miało również przedstawienie przez Przystępującego rysunków technicznych, na podstawie których można stwierdzić, że prace do wykonania i prace wykonane są rodzajowo tożsame. W obu przypadkach prace będą wykonywane w stopie, nad którym znajduje się wolna przestrzeń o różnym przeznaczeniu i dopiero nad nią usytuowany jest dach. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnej argumentacji przeciwnej i nie zanegował twierdzeń o charakterze prac, ograniczając się do twierdzeń, że stop i stropodach nie są pojęciami zbieżnymi. Nie przedstawił jednak jakiegokolwiek argumentacji w jaki sposób wykonywanie prac docieplenia stropu różni się od wykonywania prac docieplenia stropodachu w tych dwóch konkretnych przypadkach, zwłaszcza w sytuacji przedstawienia obszernego materiału dowodowego przez Strony przeciwne. Z dwóch złożonych opinii technicznych wynika natomiast, że warunki techniczne wykonania i odbioru robót dla obu przypadków są jednakowe. Niewątpliwie złożone opinie z uwagi na pochodzenie od Stron postępowania odwoławczego nie pełnią roli opinii biegłego, co nie odmawia twierdzeniom w nich zawartym mocy dowodowej. Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień, czy w przedłożonym wykazie robót budowlanych w zakresie pozycji 2 mieści się wymagane warunkiem udziału wykonanie docieplenia stropodachów.

Nie mogły zostać również uwzględnione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący nie wskazał w jakim zakresie przedstawione przez Przystępującego dokumenty odnoszące się do pozycji nr 2 Wykazu robót nie odpowiadają stanowi rzeczywistemu i wprowadzają lub mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd. Jak już wspomniano w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia Przystępujący nie ukrywał, że wykonywane prace dotyczyły docieplenia stropu. Zamawiający zaś w ramach przysługujących mu kompetencji do zbadania czy określony Wykonawca warunki udziału spełnia, dokonał analizy na podstawie złożonych przez Przystępującego i dostępnych dokumentów, stwierdzając, że przedstawione w Wykazie robót prac może uznać za odpowiadające zakresowi rzeczowemu warunkowi. W żadnym momencie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy też postępowania sprawdzającego nie doszło do przedstawienia Zamawiającemu informacji niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, które mogłyby wywołać u niego mylne przekonanie. Zamawiający samodzielnie przeprowadził analizę dokumentacji technicznej zadania referencyjnego, więc w tym zakresie nie mógł i nie polegał na wiedzy pochodzącej od Wykonawcy. W przypadku złożonego protokołu odbioru i harmonogramu prac trudno nawet domniemywać jakie informacje zawarte w tych dokumentach mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Odnosząc się do zarzutu, że Przystępujący ZELTECH w Wykazie osób podał nieprawdę co do zakresu dysponowania osobą mgr inż. M. P., posiadającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń, gdyż wskazał, że osoba ta stanowi jego zasób własny, w sytuacji gdy na dzień składania ofert osób tych nie łączył żaden stosunek prawny, to w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż Odwołujący nie uzasadnił tak zbudowanego zarzutu. Oprócz zacytowania treści art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i przytoczenia kilku tez z orzecznictwa, Odwołujący w żaden sposób nie wytłumaczył na czym miałyby polegać owo podanie nieprawdy. Zarzut jest więc pozbawiony merytorycznej argumentacji, do której można byłoby się ustosunkować. Wątpliwym wydaje się w ogóle uznawanie takiej konstrukcji za zarzut odwołania. Również na rozprawie Odwołujący w żaden sposób nie pogłębił argumentacji i nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na podanie nieprawdy w Wykazie osób przez Przystępującego. Nie wiadomo, czy Przystępujący nieprawidłowo wskazał podstawę dysponowania, nieprawidłowo określił zakres dysponowania, czy wskazał osobę bez jej wiedzy, Stron nie łączy umowa o pracę, czy inna umowa o charakterze cywilnoprawnym, pytania można mnożyć, ale nie jest rolą Izby domyślać się podstaw merytorycznych zarzutu. Uzasadnienie czemu Wykaz osób przedstawiony przez Przystępującego zawiera błędy i to na dodatek skutkujące możliwością wykluczenia Wykonawcy z postępowania z powodu wprowadzania Zamawiającego w błąd winny znaleźć się uzasadnieniu odwołania. Temu obowiązkowi Odwołujący nie sprostał. Ogólnie odnosząc się do wskazywania w wykazach osób podstaw dysponowania Izba podziela stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wraz z przywołanym w odpowiedzi orzecznictwem Izby i sądów powszechnych.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Końcowo, zauważenia wymaga, że stosownie do art. 553 ustawy nPzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych – które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem*

jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone oraz postanowienie o odrzuceniu odwołania. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach bądź o odrzuceniu odwołania - które są w swej istocie postanowieniem – i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Wobec powyższego orzeczenie Izby miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania oraz charakter formalny, gdyż dotyczyło odrzucenia części zarzutów odwołania, a zatem było postanowieniem. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku. Nie oznacza to jednak, że postanowieniu o kosztach czy też postanowieniu odrzucającemu odwołanie zawartemu w rozstrzygnięciu merytorycznym, jakim jest wyrok odbierany jest charakter i walor tego rozstrzygnięcia. Jak zgodnie przyjmuje się w literaturze, o charakterze orzeczenia decyduje nie jego postać, lecz treść. Weryfikacja postaci orzeczenia należy do sądu, który powinien traktować orzeczenie zgodnie z jego funkcją wynikającą z treści. Jeżeli rozstrzygnięcie o pewnych kwestiach zapada w wyroku, a dla innych kwestii właściwa jest postać postanowienia (np. co do kosztów), postanowienie nie traci swego charakteru i odrębności, pomimo zamieszczenia go w wyroku (A. Góra – Błaszczkowska, Postanowienia..., 2002, s.10 i n.; i m. in. T. Eraciński (w:) Kodeks postępowania cywilnego..., t.2, red. T. Eraciński, s. 110).

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy nPzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 78 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....