

WYROK
z dnia 25 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie [pełnomocnik]** i **[2] NDI SOPOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Inwestycji Miejskich Wrocław**

przy udziale wykonawcy **AWM Budownictwo S.A. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie [pełnomocnik]** i **[2] NDI SOPOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie** i:
- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie [pełnomocnik]** i **[2] NDI SOPOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie [pełnomocnik]** i **[2] NDI SOPOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie** na rzecz zamawiającego **Zarząd Inwestycji Miejskich Wrocław** kwotę **3 600 zł 00 gr** tytułem zwrotu kosztów zamawiającego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz **626,85 zł** tytułem zwrotu kosztów podróży – **razem 4 226,85 zł** (słownie: cztery tysiące dwieście dwadzieścia sześć złotych osiemdziesiąt pięć groszy).

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) 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

Zamawiający Zarząd Inwestycji Miejskich we Wrocławiu, ul. Januszowicka 15a, 53-135 Wrocław [dalej zamawiający] wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego przy ulicy Asfaltowej 6 we Wrocławiu«.

21.10.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 202/S 205-497798.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) [dalej SPzp] i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) [dalej NPzp] na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

8.03.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy AWM Budownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu.

18.02.2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] NDI SA [pełnomocnik] i [2] NDI SOPOT SA z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot [dalej odwołujący] na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 NPzp i zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a NPzp wniósł odwołanie wobec podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zarząd Inwestycji Miejskich we Wrocławiu [dalej zamawiający] na zadanie pn. »Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego przy ulicy Asfaltowej 6 we Wrocławiu«, a niezgodnych z przepisami SPzp:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę AWM Budownictwo S.A. z siedzibą we Wrocławiu [dalej wykonawca A];
- 2) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy A, a w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, względnie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy A.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 SPzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A z postępowania, pomimo że wykonawca A w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a przynajmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem podał informacje wprowadzające zamawiającego w błąd mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 SPzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez wykonawcę A;

ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu 1 odwołujący zarzuca naruszenie:

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 SPzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A, pomimo że wykonawca A nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 4 SPzp przez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty złożonej przez wykonawcę A;

ewentualnie:

- 3) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 SPzp i w zw. art. 22a ust. 6 SPzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy A do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 17 SPzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 SPzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy A z postępowania w sytuacji, w której wykonawca A, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił w ofercie informacje wprowadzające zamawiającego w błąd w zakresie odnoszącym się do doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy weryfikowanego w ramach kryterium oceny ofert zdefiniowanego w rozdz. XVI pkt 2.2.1 SIWZ, które to informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

ewentualnie:

- 5) art. 91 ust. 1 SPzp w zw. z art. 92 ust. 1 SPzp w zw. z art. 7 ust. 1 SPzp przez dokonanie oceny oferty wykonawcy A w ramach kryterium pozacenowego odnoszącego się do doświadczenia kierownika budowy wbrew postanowieniom tego kryterium wynikającym z treści SIWZ, co skutkowało przyznaniem wykonawcy A nieprawidłowej (zbyt dużej) liczby punktów za doświadczenie posiadane przez osobę proponowaną do pełnienia rzeczowej funkcji;

- 6) art. 26 ust. 3 SPzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 SPzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy A do uzupełnienia wykazu osób w sytuacji, w której wykonawca A nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu zdefiniowanego w rozdz. VII pkt 2.3.1 SIWZ, odnoszącego się do kierownika robót w branży konstrukcyjno-budowlanej;
- 7) art. 7 ust. 1 i 3 SPzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy A oraz zasady legalizmu prowadzonego postępowania przez wybór oferty wykonawcy A, pomimo że oferta wykonawcy A powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wniósł o:

- 1) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu:
 - a) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy A,
 - b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, czego skutkiem będzie wykluczenie wykonawcy A lub odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę A, a w następstwie wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej
- 3) obciążenie w całości zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 20.000,00 zł wraz z pozostałymi, uzasadnionymi kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy na rozprawie.

Argumentacja odwołującego

Interes odwołującego

1. Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 505 ust. 1 NPzp posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, która zgodnie z zawiadomieniem zamawiającego (opatrzonym datą 5.03.2021 r.) doręczonym 8.03.2021 r., uplasowała się za ofertą wykonawcy A, na 2 pozycji w rankingu ofert, zdobywając 95,42 pkt. W wyniku uwzględnienia odwołania, po przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert, oferta odwołującego będzie miała realne szanse zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

2. Wobec działań zamawiającego niezgodnych z wyżej wskazanymi przepisami SPzp, odwołujący może ponieść szkodę w postaci braku pozyskania przedmiotowego zamówienia. Ściśle, na skutek niezgodnego z prawem zaniechania wykluczenia z pos-

tępowania wykonawcy A ergo braku uznania oferty złożonej przez wykonawcę A za odrzuconą, odwołujący został pozbawiony możliwości osiągnięcia korzyści – przychodów z tytułu pozyskania i wykonania przedmiotowego zamówienia.

3. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności odwołania, zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

4. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazuje, że interes odwołującego wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

UZASADNIENIE

I. Uwagi wstępne

2. 8.03.2021 r. zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania, wskazując, że w wyniku przeprowadzonego postępowania jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez wykonawcę A.

Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 8.03.2021 r. (w dokumentacji postępowania).

3. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę – ofertę wykonawcy A, pomimo że w istocie wykonawca A co najmniej nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

- 1) posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia oraz
- 2) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 SPzp – Wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu

5. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 SPzp o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu.

6. Zamawiający w rozdz. VII pkt 2.3.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, (dalej SIWZ), wskazał że:

»Zdolność techniczna lub zawodowa – o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że:

posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, [...], wykonali minimum 2

zamówienia polegające na budowie budynku użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego o powierzchni min. 5 000 m² każdy, w tym jeden z halą sportową, każdy z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu”.

Następnie w odpowiedzi na pytania wykonawców zamawiający pismem z 26.10.2020 r. dokonał zmiany warunku, w ten sposób, że dopuścił 7-letni okres do wykazania wiedzy i doświadczenia.

„2.3.2) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.:

w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, [...], wykonali minimum 2 zamówienia polegające na budowie budynku lub zespołu budynków użyteczności publicznej lub budynku lub zespołu budynków zamieszkania zbiorowego o łącznej powierzchni min. 5 000 m² każdy, w tym jeden z halą sportową lub salą gimnastyczną (o powierzchni min. 500 m²), każdy z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu”.

5. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca A złożył po wezwaniu przez zamawiającego – Wykaz robót (dalej: Wykaz robót), w którym w pkt 1 w zakresie udowodnienia spełnienia ww. postanowienia SIWZ wskazał wykonanie przez ISB Budownictwo Spółka z o.o. (dalej wykonawca IS) na rzecz Przedsiębiorstwa Budowlanego INTER-SYSTEM S.A. – Budowy nowego budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu.

Dowód: Wykaz robót wykonawcy A (w dokumentacji postępowania)

6. Do Formularza Ofertowego wykonawca A załączył Zobowiązanie z 26.11.2020 r. którym wykonawca IS przekazuje zasoby wykonawcy A. Zobowiązanie o oddaniu do dyspozycji wykonawcy zasobów jest jednak mało konkretne, zakres zobowiązania został wskazany jako „WIEDZA I DOŚWIADCZENIE” nie zostały natomiast wskazane konkretne inwestycje realizowane przez wykonawcę IS.

7. Do Wykazu robót wykonawca A dołączył również referencje wystawione dla wykonawcy IS przez Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM S.A. z siedzibą we Wrocławiu. Te referencje *de facto* dowodzą, że wykonawca IS nie posiada zasobu wiedzy i doświadczenia w takim zakresie jak wymagał zamawiający w rozdz. VII pkt 2.3.2 SIWZ. Tym samym wykonawca A nie posiada doświadczenia w zakresie robót polegających na budowie budynku użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego o powierzchni min. 5 000 m², z halą sportową i z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu.

8. Odwołujący zwrócił uwagę na szereg nieprawidłowości, które wynikają już z samego dokumentu złożonego przez wykonawcę A pn. POŚWIADCZENIE z 15.10.2014 r.

A. Po pierwsze w przekazanych referencjach zostało wprost wskazane, że wykonawca IS nie wykonał całości inwestycji, ale jedynie II etap.

ZAKRES PRAC: Etap: II

Sam dokument poświadczenia jest w tym zakresie skonstruowany w dosyć mylący sposób bo str. 1 wskazana jest charakterystyka całego obiektu, poniżej jednak poczynając od słów na stronie 1 „ZAKRES PRAC Etap II:” – rozpoczyna się wyszczególnienie prac wykonanych przez wykonawcę IS.

B. Po drugie – ze wspomnianego powyżej wyszczególnienia (na str. 2 poświadczenia) bezsprzecznie wynika, że wykonawca IS nie wykonał całości inwestycji pn. „Budowa nowego budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu”. Z poświadczenia podmiotu Inter-System S.A. dla wykonawcy IS wynika, że wykonawca IS nie wykonał budowy budynku w pełnym zakresie pracy wymaganym do użytkowania obiektu, mianowicie zakres robót które wykonywał wykonawca IS to:

- konstrukcja,
- instalacje elektryczne wewnętrzne,
- instalacje teletechniczne,
- instalacje elektroakustyczne,
- instalacje sanitarne wewnętrzne,
- instalacje wentylacji,
- wewnętrzne obudowy akustyczne,
- elewację zewnętrzną z cegły klinkierowej,
- oświetlenie terenu,
- roboty związane z zagospodarowaniem terenu.

W ww. zakresie brak takich elementów i robót koniecznych do funkcjonowania budynku jak wykonanie:

- izolacji i pokrycia dachu,
- robót wykończeniowych tj. jak tynkowanie, malowanie, wykończenie posadzek, okładzin ścian, sufitów podwieszanych itp.,
- stolarki okiennej,
- stolarki drzwiowej,
- elewacji tynkowanych,
- robót ziemnych,
- sieci zewnętrznych,
- robót wykończeniowych oraz wyposażenia hali.

Dowód: Poświadczenie z 15.10.2014 r. dla wykonawcy IS (w dokumentacji postępowania).

Należy podkreślić, że warunek zamawiającego sprowadzał się wprost do wykonania „zamówienia polegające na budowie budynku użyteczności publicznej lub budynku zamieszkania zbiorowego o powierzchni min. 5 000 m² w tym jeden z halą sportową, każdy z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu” – czyli kompletnego obiektu podłączonego do sieci zewnętrznych.

C. Zgodnie ze stroną inwestora, dla którego powstał projekt czyli Ogólnokształcącą Szkołą Muzyczną I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu (adres strony <https://www.lowiecka.wroclaw.pl/pl/ /135/2/J> wartość całej inwestycji polegającej na budowie nowego budynku szkoły wyniosła 54 546 828 zł. Nawet gdyby przyjąć, że jest to wartość netto a nie brutto, to i tak otrzymujemy wartość 44 347 014,62 zł netto. Jest to więc nadal wartość znacznie wyższa niż wartość wskazana w Poświadczeniu z 15.10.2014 r. W poświadczeniu jest wskazana kwota: 29 426 015,00 zł netto.

Natomiast na stronie inwestora widnieje informacja 2 daty 28.08.2014 r., w której została wskazana wartość:

Projekt priorytetowy

„Budowa nowego budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej: I i II st. im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu” realizowany w ramach Programu Operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko”, XI priorytet „Kultura i dziedzictwo kulturowe” – działania 11.3 Infrastruktura szkolnictwa artystycznego:

wartość projektu: 54.546.828 PLN

wartość dofinansowania z Unii Europejskiej: 45.667.526 PLN

więcej informacji w zakładce Kronika budowy. Wrocław, 28.08.2014 r.

Dowód: strona Inwestora <https://www.lowiecka.wroclaw.pl/OI/ /135/2/>

D. Ponadto w tym Poświadczeniu znajduje się błędna i nieprawdziwa informacja, że wykonawca IS wykonał ww. inwestycję jako „konsorcjant”.

Jest to informacja nieprawdziwa, albowiem zgodnie z decyzją zamawiającego – Wrocławskiego Biura Inwestorskiego (działającego w imieniu Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego) o wyborze najkorzystniejszej oferty z 30.10.2012 r. – wykonawcą, który został wybrany to było konsorcjum firm, ale wykonawcy IS nie było w składzie tego konsorcjum. Jak wynika z przedmiotowego dokumentu wykonawcą wybrany został Konsorcjum firm: P.B. INTER-SYSTEM” S.A. Lider Konsorcjum ul. Dmowskiego 17B, 50-203 Wrocław, „AKME” Z. W. Partner Konsorcjum ul. Wierzbowa 3.

Dowód: decyzja zamawiającego – Wrocławskie Biuro Inwestorskie (działające w imieniu Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego) o wyborze najkorzystniejszej oferty z 30.10.2012 r.

E. Ponadto termin realizacji Umowy, który został wskazany w Poświadczeniu z 15.10.2014 r. wystawionym na rzecz wykonawcy IS również nie pokrywa się z terminem realizacji całej inwestycji. Termin wskazany w Poświadczeniu wynosi 13 miesięcy i 10 dni, zaś termin realizacji całości inwestycji wyniósł łącznie 20 miesięcy.

Termin realizacji Umowy: rozpoczęcie: 20.05.2013 r.; zakończenie: 30.06.2014 r.

Dowód: – Poświadczenie z 15.10.2014 r. dla wykonawcy IS (w dokumentacji postępowania).

– artykuł z „Gazety wrocławskiej” z 2.02.2015 r.

Terminem ukończenia inwestycji w lutym 2015 r., czyli przeszło 7 miesięcy po ukończeniu prac przez wykonawcę IS „chwali” się na swoim profilu facebookowym generalny wykonawca P.B. INTER-SYSTEM S.A. z Wrocławia.

9. Mając na uwadze powyższe informacje, należy wskazać, że już z treści Poświadczenia z 15.10.2014 r. wynika, że wykaz robót złożony przez wykonawcę A zawiera nieprawdziwe informacje, które zostały złożone w celu uzyskania zamówienia. Oznacza to, że zamawiający został wprowadzony w błąd, co do posiadania przez wykonawcę A zdolności technicznych warunkujących udział w postępowaniu. W świetle przedstawionych powyżej dowodów i okoliczności – należy uznać, że wykonawca A oświadczył nieprawdziwe informacje w: [1] Wykazie robót, bo wykonawca IS nie wykonał całości inwestycji pn. „Budowa nowego budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu” oraz [2] w oświadczeniu wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – załącznik do Formularza Ofertowego.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 SPzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 SPzp – tj. Brak spełnienia warunku posiadania doświadczenia (rozdział VII pkt 2.3.2 SIWZ) oraz ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 SPzp

9. Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności faktyczne należy wskazać, że wykonawca IS ponieważ nie wykonał całości inwestycji pn. „Budowa nowego budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu”, nie mógł skutecznie oddać do dyspozycji wykonawcy A zasobu wiedzy i doświadczenia w zakresie jaki jest wymagany w przedmiotowym postępowaniu, a określony został w rozdz. VII pkt 2.3.2 SIWZ.

10. Zgodnie z treścią Poświadczenia wystawionego na rzecz wykonawcy IS: wykonał II etap prac i nie wykonał całości prac, ale jedynie pewną część, poza tym wartość prac wykonanych jest o kilkanaście milionów niższa niż wartość całej inwestycji. Wykonawca IS realizował prace przez 13 miesięcy, a nie przez 20 miesięcy – a tyle trwała realizacja całości inwestycji. Ponadto wykonawca IS nie był jednym z wykonawców występujących wspólnie w celu realizacji ww. obiektu (w poświadczeniu zostało to zapisane omyłkowo) lecz prawdopodobnie był podwykonawcą dla INTER-SYSTEM S.A. Powyższe potwierdza Decyzja ówczesnego zamawiającego – Wrocławskie Biuro Inwestorskie (działające w imieniu Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego) o wyborze najkorzystniejszej oferty z 30.10.2012 r. – wykonawca wybrany to Konsorcjum firm: P.B. INTER-SYSTEM S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz AKME Z. W. .

11. Celowo zamawiający w rozdz. VII pkt 2.3.2 SIWZ wymagał aby wykonane zamówienie polegające na budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni 5000 m² z halą sportową, z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem terenu. Zatem podmioty ubiegające się o udzielenie przedmiotowego zamówienia powinny posiadać realne doświadczenie w wykonaniu kompletnego obiektu podłączonego do sieci zewnętrznych i posiadającego halę sportową. Część prac wykonana przez wykonawcę IS w zakresie II etapu prac na inwestycji „Budowa nowego budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu” – nie spełnia tych specyficznych i konkretnych wymagań zamawiającego.

13. Podsumowując – z uwagi na okoliczności szczegółowo przytoczone powyżej w pkt II odwołania – w przypadku, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutów tam wskazanych, odwołujący podnosi zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia przez wykonawcę A dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

14. W sytuacji gdy wykonawca nie potwierdzi spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 SPzp (w zw. z art. 22a ust. 6 SPzp) zamawiający obowiązany jest wezwać do uzupełnienia dokumentów lub ich wyjaśnienia. Ze względu na powyższe zamawiający zobowiązany był co najmniej do podjęcia dodatkowych czynności w celu prawidłowej weryfikacji czy wykonawca A spełnia warunki opisane w rozdz. VII pkt 2.3.2 SIWZ.

IV. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 SPzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 SPzp oraz ewentualnie art. 91 ust. 1 SPzp w zw. z art. 92 ust. 1 SPzp w zw. z art. 7 ust. 1 SPzp

15. Na mocy rozdz. XVI pkt 1.2. SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu było doświadczenie zawodowe kierownika budowy. Zamawiający przewidział wagę tego kryterium na poziomie 20%, wskazując że 1% = 1 punkt.

16. W myśl rozdz. XVI pkt 2.2.1 SIWZ punkty w ramach omawianego kryterium oceny ofert będą przyznawane za doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez wykonawcę do pełnienia funkcji kierownika budowy. »Za każdą realizację (nie więcej niż 5) spełniającą poniższe warunki, na której ww. osoba pełniła funkcję kierownika budowy, oferta otrzyma 4 punkty (maksymalnie 20 punktów w kryterium). Zamawiający przyzna punkty wyłącznie za te realizacje, z których każda:

- obejmowała swoim zakresem roboty budowlane polegające na budowie budynku użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego,

- powierzchnia budynku objęta robotami budowlanymi wynosiła min. 2500 m²«.

17. Wykonawca A na str. 2 (pkt 4) swojej oferty przedstawił 6 realizacji mających wykazywać doświadczenie S. O[...] w pełnieniu funkcji kierownika budowy. Jak wynika z treści oświadczenia zawartego w ofercie wykonawcy A wszystkie 6 realizacji spełniają wymogi określone w rozdz. XVI pkt 2.2.1 SIWZ tj. są realizacjami obejmującymi swoim zakresem roboty budowlane polegające na budowie budynku użyteczności publicznej lub zamieszkania zbiorowego, a powierzchnia budynku objęta robotami budowlanymi wynosiła każdorazowo min. 2500 m².

4. Oświadczamy, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy, Pan S. O[...] posiada doświadczenie w kierowaniu realizacjami spełniającymi wymogi określone w rozdz. XVI pkt 2.2.1 SIWZ [...].

18. Na podstawie wskazanych przez wykonawcę A informacji, zamawiający przyznał wykonawcy A w ramach kryterium pozacenowego oceny ofert tj. „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy” maksymalną liczbę punktów tj. 20 (5 realizacji x 4 punkty) (por. informacja zamawiającego datowana na 5.03.2021 r. o wyborze oferty wykonawcy A jako najkorzystniejszej).

19. W ocenie odwołującego – wbrew twierdzeniom wykonawcy A – wskazane powyżej w poz. 2 i 6 realizacje nie spełniają wymogów rozdz. XVI pkt 2.2.1 SIWZ, tym samym wykonawcy A nie powinny zostać przyznane punkty w ramach omawianego kryterium oceny ofert, a wykonawca A przez wprowadzenie zamawiającego w tym zakresie w błąd powinien zostać wykluczony z postępowania, a oferta wykonawcy A powinna być uznana za odrzuconą.

20. W zakresie dot. poz. 2 realizacji wykonawcy A: z uzyskanych przez odwołującego informacji dotyczących budowy biurowca, Wrocław ul. Armii Krajowej, realizowanej na zlecenie ATAL S.A. wynika, że budowa biurowca we Wrocławiu przy ul. Armii Krajowej 61 odbywała się w latach 2001-2003, od roku 2004 zaś były prowadzone jedynie roboty budowlane w zakresie budowy części magazynowej. W tym zakresie odwołujący odsyła

choćby do informacji zamieszczonej na stronie internetowej: https://polska-org.pl/547813.Wroclaw.Kompleks_biurowo_magazynowy_Atal.html

Dowód: – wydruk ze strony

https://poiska-org.pl/547813,Wroclaw,Kompleks_biurowo_magazynowy_Atal.html

21. Zgodnie z deklaracją wykonawcy A zawartą w ofercie, S. O[...] pełnił funkcję kierownika budowy przez kilka miesięcy w roku 2004, tym samym w ramach omawianej realizacji S. O[...] doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy zdobywał, nie jak wskazał wykonawca A podczas budowy biurowca rozumianego jako budynek użyteczności publicznej, ale podczas budowy hali magazynowej, której notabene żadną miarą nie można uznać za budynek o charakterze użyteczności publicznej.

22. W powyższym zakresie, odnośnie do rzekomych dat budowy biurowca, jak również charakteru budowlanego hali magazynowej, wykonawca A wprowadził zamawiającego w błąd.

23. W myśl mającej zastosowanie – na potrzeby badania pozacenowego kryterium oceny ofert „Doświadczenie zawodowe kierownika budowy” – definicji budynku użyteczności publicznej zawartej w rozdz. VII pkt 2.3.2. SIWZ („Warunki udziału w postępowaniu”):

»PRZEZ BUDYNEK UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ NALEŻY ROZUMIEĆ budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny«.

24. W powyższym zakresie, postanowienia SIWZ stanowią odzwierciedlenie przepisu § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1065) zawierającego definicję legalną budynku użyteczności publicznej.

25. Niewątpliwie hala magazynowa nie posiada charakteru obiektu czy też budynku użyteczności publicznej będąc w myśl przepisów ww. rozporządzenia (por. 329 § ust. 2) odrębnym od budynku użyteczności publicznej budynkiem magazynowym.

26. Także na gruncie przepisów ustawy z dnia 7 lipca 2004 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333) (por. załącznik nr 1 Kategorii Obiektów Budowlanych) hala magazynowa stanowi zaliczony do odrębnej Kategorii XVIII obiekt magazynowy, którego żadną miarą nie można utożsamiać z obiektami użyteczności publicznej sklasyfikowanymi

w odrębnych Kategoriach m.in. w Kategorii V, IX, X, XI, XIV wspomnianego Załącznika nr 1 do ustawy.

27. W świetle powyższego, za nieprawdziwe uznać należy podane przez wykonawcę A informacje jakoby: (i) S. O[...] pełnił funkcję kierownika budowy podczas realizacji budowy biurowca w roku 2004, (ii) hala magazynowa spełniała wymogi budynku użyteczności publicznej, o których mowa w rozdz. XVI pkt 2.2.1 SIWZ.

28. W zakresie dot. poz. 6 realizacji wykonawcy A: z uzyskanych przez odwołującego informacji dotyczących budowy biurowca Twelve, Wrocław, ul. Oławska wynika, że powierzchnia owego biurowca wynosiła nie – jak podał wykonawca A – 2500 m², a 2160 m². W tym zakresie odwołujący odsyła chociażby do informacji zamieszczonej na stronie internetowej: <https://www.officemap.pl/office/twelve>

Dowód: – wydruk ze strony <https://www.officemap.pl/office/twelve>

29. Tym samym zarówno przy realizacji zawartej w poz. 2, jak również przy realizacji zawartej w poz. 6, w celu otrzymania maksymalnej liczby punktów, wykonawca A co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa posłużył się nieprawdziwymi informacjami wprowadzającymi zamawiającego w błąd, mogącymi mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w toku przedmiotowego postępowaniu o udzielenie zamówienia.

32. Przekładając powyższe na analizowany stan faktyczny odwołujący wskazał, że podając informacje odnoszące się do doświadczenia Pana S. O[...], który *notabene* pozostaje w dyspozycji wykonawcy A niewątpliwie tak zdefiniowanej staranności nie wykazało. Składanie deklaracji o nie znajdujących pokrycia w rzeczywistości danych odnoszących się realizacji w ramach kryteriów oceny ofert, było więc działaniem wprowadzającym w błąd zamawiającego i świadczącym o braku starannego zweryfikowania ww. informacji na etapie przygotowywania oferty.

37. Przekładając powyższe na analizowane okoliczności faktyczne, wskazać należy, że bez wątplenia treść złożonych w ofercie przez wykonawcę A informacji sprawiać miała wrażenie, że podany przez ww. wykonawcę kierownik budowy legitymuje się doświadczeniem uprawniającym do zdobycia maksymalnej liczby punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert na warunkach określonych w treści SIWZ. Informacje w zakresie poz. 2 i 6 powyżej sugerowały, że S. O[...] zdobywał doświadczenie podczas realizacji, obejmujących budowę budynków użyteczności publicznej, a powierzchnia budynków objęta robotami budowlanymi wynosiła min. 2500 m², co jak wywodzi powyżej odwołujący, mija się z prawdą.

40. Nie ulega przy tym wątpliwości, że ww. informacje dotyczące ocenianych w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert realizacji w poz. 2 i 6 pkt 4 oferty wykonawcy A, miały nie tylko potencjalny wpływ na podejmowane w toku postępowania decyzje, ale wpływ ten był na tyle realny i rzeczywisty, że dzięki uzyskaniu 8 pkt w ramach kryterium, oferta wykonawcy A mogła uzyskać status oferty najkorzystniejszej (uzyskując przewagę nad kolejnym w rankingu odwołującym zaledwie o 4,58 pkt). Powyższe unaocznia, że jakkolwiek informacje podawane w ramach kryterium pozacenowego zawsze kwalifikowane powinny być jako mające wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, to w tym przypadku informacje dotyczące doświadczenia kierownika budowy były informacjami, które okazały się kluczowe dla decyzji zamawiającego o wyborze oferty wykonawcy A jako oferty najkorzystniejszej. Co za tym idzie tym bardziej informacje te powinny być poddane szczegółowej weryfikacji ze strony zamawiającego, a próba posłużenia się w tym zakresie informacjami nieprawdziwymi, powinna być jednoznacznie i stanowczo sankcjonowana.

41. Odwołujący nadmienił, że z uwagi na fakt, że informacje podawane w ramach kryterium oceny ofert stanowią treść ofert, a co za tym idzie przez wzgląd na treść art. 87 ust. 1 zdanie drugie SPzp nie istnieje prawna możliwość ich modyfikacji lub uzupełnienia, wykonawca A w okolicznościach sprawy nie byłby uprawniony do wskazania nowego lub innego doświadczenia S. O[...] lub zastąpienia go inną osobą na stanowisku kierownika budowy.

V. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 SPzp w.zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp w zw. z art, 7 ust. 1 i ust. 3 SPzp

43. Zgodnie z rozdz. VII pkt 2.3.1. SIWZ do warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej należało dysponowanie osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, tj.: kierownikiem budowy oraz kierownikami robót branżowych, którzy posiadają uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie zgodnym z przedmiotem zamówienia w specjalności:

- konstrukcyjno-budowlanej,
- drogowej,
- instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji elektrycznych,
- instalacyjnej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych.

44. W złożonym na wezwanie zamawiającego wykazie osób wykonawca A wskazał jedynie trzech kierowników branżowych tj. kierownika robót drogowych, kierownika robót elektrycznych oraz kierownika robót sanitarnych. Tym samym, pomimo jednoznacznego brzmienia SIWZ w tym zakresie wykonawca A nie podał danych kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej umożliwiając tym samym zamawiającemu weryfikację spełniania warunków, o których mowa w rozdz. VII pkt 2.3.1 lit. a SIWZ.

45. Podkreślenia wymaga, że wykonawca jako profesjonalista składając jakiegokolwiek oświadczenia czy informacje w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinien dochować należytej staranności, przedkładając informacje pełne i zgodne z wymogami SIWZ, nie pozostawiając przy tym zamawiającego w sferze jakichkolwiek domysłów czy oświadczeń dorozumianych.

46. Wobec oczywistego braku w złożonym na wezwanie zamawiającego wykazie osób, zasadnym, a wobec jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 3 SPzp obligatoryjnym było wdrożenie procedury tam wyrażonej i wezwanie wykonawcy A do uzupełnienia w poruszonym zakresie.

47. W sytuacji bowiem gdy wykonawca nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 SPzp, obowiązany jest wezwać do uzupełnienia dokumentów lub ich wyjaśnienia. Ze względu na powyższe zamawiający zobowiązany był co najmniej do podjęcia dodatkowych czynności w celu prawidłowej weryfikacji, czy wykonawca A dysponuje wszystkimi osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, w tym także kierownikiem robót branżowych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

48. W tym kontekście, należy zaznaczyć, że wyrażone na piśmie wymagania SIWZ obowiązują w trakcie przygotowania i oceny ofert zarówno zamawiającego jak i wykonawców, tzn. wykonawcy mają się do nich stosować, a zamawiający bez wyjątku powinien postanowienia własnego dokumentu przetargowego literalnie odczytywać, respektować i egzekwować (tak np. KIO w wyroku o sygn. akt KIO 1292/11).

49. Tym samym bez wątplenia, w celu wykazania spełniania warunku określonego w rozdz. VII pkt 2.3.1 SIWZ należało wskazać czterech kierowników robót branżowych. Jakikolwiek brak w powyższym zakresie powinien spotkać się z reakcją zamawiającego chociażby w postaci wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 SPzp.

VI. Podsumowanie

50. Przedstawiona powyżej argumentacja potwierdza słuszność zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia lub wykluczenia wykonawcy A więc nieuprawnionego wyboru oferty wykonawcy A jako najkorzystniejszej.

51. Starczy w tym miejscu skonstatować, że pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej musi być rozumiane jako składowa czynności i zaniechań zamawiającego zakończonych wyborem oferty najkorzystniejszej pod względem materialnym, tj.: złożonej przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z postępowania i oferty nie podlegającej odrzuceniu (tak w wyroku KIO z 13 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1077/17).

52. W opinii odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w *petitum* odwołania, co ma istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

53. Mając powyższe na uwadze, odwołujący wnosi jak na wstępie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 18.03.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 22.03.2021 r. (art. 524 NPzp).

23.03.2021 r. wykonawca A złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 ust. 1 i 2 NPzp).

Zamawiający nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 19.05.2021 r. (art. 521 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez odwołującego:

- 1) pismo ze Szkoły Muzycznej im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu z 18.05.2021 r. wraz z pytaniami od odwołującego na wykazanie w szczególności powierzchni sali gimnastycznej osiągającej ok. 400 m²;
- 2) pismo ze Szkoły Muzycznej im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu z 28.04.2021 r. wraz z pytaniami od odwołującego na wykazanie, że wykonawca ISB, nie wykonywał całości budynku ani infrastruktury, gdyż m.in. nie wykonywał sieci zewnętrznych;
- 3) SIWZ z 2012 r. ze Szkoły Muzycznej im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu na str. 29 z 37 w pkt IX („sieci zewnętrzne”) są wykazane, że sieci zewnętrznych nie wykonywał wykonawca ISB.

Izba stwierdza, że zamawiający wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Zespołu Szkolno-Przedszkolnego przy ulicy Asfaltowej 6 we Wrocławiu”. Po dokonaniu przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty odwołujący złożył odwołanie na niezgodny z przepisami SPzp wybór najkorzystniejszej oferty i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy A.

Jednak odwołujący nie wziął pod uwagę, że wykonawca A złożył m.in. aktualne na dzień złożenia dokumenty: właściwy wykaz robót budowlanych wraz z dowodami, że wykazane roboty zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone oraz wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz z informacjami o kwalifikacji zawodowych, uprawnieniach, doświadczeniu i wykształceniu niezbędnych do wykonania zamówienia wykazanych osób.

Zamawiający uznał, że przedstawione w wykazie roboty i dowody potwierdzające należyte ich wykonanie spełniają warunki udziału w postępowaniu, a wykonawca A, zgodnie z art. 22a ust. 1 SPzp w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegał na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu – ISB Budownictwo Sp. z o.o. Art. 22a ust. 1 SPzp brzmi »Wykonawca może w celu

potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych».

Zamawiający zwłaszcza oparł swoje stanowisko na poświadczeniu z 15.10.2014 r. wystawionym przez przedsiębiorstwo Inter-System S.A. zawierającym informację dotyczącą „Budowy nowego budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu” załączonym do dokumentów, cyt. »Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. poświadcza, że konsorcjant ISB Budownictwo Sp. z o.o. wykonał wszystkie prace zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Prace wykonano prawidłowo, z należytą starannością oraz z zachowaniem warunków i terminów umownych».

Izba podkreśla, że referencje czy inne tego typu dokumenty są składane na potwierdzenie, że roboty zostały wykonane należycie i dokumenty te nie służą do weryfikacji przedmiotu, jego wielkości czy terminu wykonania. Do weryfikacji przedmiotów referencyjnych służy wykaz robót budowlanych, co wynika z treści § 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 (Dz. U. poz. 1126), który to przepis brzmi »W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów [...] 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«. Dlatego wyciąganie wniosków o niewłaściwym przedmiocie referencyjnym, który nie może stanowić przedmiotu do wykazania spełnienia warunków zamówienia tylko z tego dokumentu nie może stanowić podstawy do wysunięcia zarzutu, jak to czyni odwołujący, że na podstawie tego przedmiotu nie można starać się o uznanie warunku zamówienia za spełniony. Do podstawy do wysuwania takich stwierdzeń mogą służyć inne dowody jak np. plany budowlane czy wyroki sądowe. Również za taki dowód nie może

służyć informacje publikowane w Internecie czy wzmianki medialna, a na takie powoływał się odwołujący.

Zamawiający zwrócił się pismami 19 i 24.03.2021 r. do ww. Szkoły Muzycznej o dodatkowe informacje i po analizie odpowiedzi z 22 i 26.03.2021 r. zamawiający upewnił się, wykonawca ISB Budownictwo sp. z o.o. realizował budowę budynku szkoły jako podwykonawca i zrealizował zamówienie w zakresie spełniającym warunek udziału w postępowaniu. Wyliczony przez Szkołę Muzyczną zakres robót wykonanych przez wykonawcę ISB Budownictwo sp. z o.o. (z pewnymi wyłączeniami, których nie można wskazać jako koniecznych do funkcjonowania budynku) – wraz z informacjami dotyczącymi wartości inwestycji, wydłużenia terminu realizacji – także wskazuje na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Natomiast nieistotne jest czy wykonawca ISB Budownictwo sp. z o.o. wykonywał dane części zamówienia jako samodzielny wykonawca, konsorcjant czy podwykonawca. Ważne jest, że podmiot zdobył realne doświadczenie, którym może się legitymować.

Tak więc zamawiający – mając do czynienia z wykonawcą, który wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu – nie mógł wykluczyć wykonawcy A z postępowania i zastosować art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp, który to przepis brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«.

Również dlatego informacje wykonawcy A złożone zamawiającemu nie były nieprawdziwe i jako nieprawdziwe nie wpłynęły one ani nie mogły wpłynąć na jakiegokolwiek decyzje zamawiającego, a więc nie ziszcila się przesłanka wykluczenia wykonawcy określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 SPzp, który brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i nie-dyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów« ani przesłanka wykluczenia wykonawcy określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 SPzp, który brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się [...] wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia«.

Także wskazanie przez odwołującego podczas rozprawy na mniejszą powierzchnię sali gimnastycznej niż warunkował to zamawiający w SIWZ – na podstawie art. 555 NPzp – nie może być wzięte pod uwagę przez Izbę, gdyż nie było to przedmiotem zarzutu zawartego

w odwołaniu. Art. 555 NPzp brzmi »Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu«.

Ponadto przedstawione przez wykonawcę A w wykazie osób osoby spełniają warunki udziału w postępowaniu. Szczególnie kierownik budowy – Pan S. O, który posiada „przygotowanie zawodowe upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy w specjalności konstrukcyjno-budowlanej [technik budowlany]” na podstawie dokumentu wystawionego przez Dolnośląską Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa we Wrocławiu 207/85/UW. Zgodnie z tym dokumentem Pan S. O może pełnić w trakcie wykonywania zamówienia dwie funkcje: kierownika budowy i kierownika robót branżowych w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Również Izba spotkała się z sytuacjami, że na wielu inwestycjach kubaturowych kierownikiem budowy bywa kierownik robót branżowych, a zwłaszcza kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych. W związku z tym zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy A do wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów w omawianym zakresie, a czego domagał się odwołujący w swoim odwołaniu wskazując na naruszenie art. 26 ust. 3 SPzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Ponadto dla uzyskania 20 punktów w kryterium za doświadczenie zawodowe kluczowych osób wskazanych do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych, w rozpoznawanym przypadku – kierownika budowy. Na podstawie przedstawionych przez wykonawcę A danych (Pan S. O był kierownikiem budowy na 6 inwestycjach) zamawiający przyznał, zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawcy A maksymalną liczbę 20 pkt.

W razie konieczności zamawiający może wyjaśniać wątpliwości w każdym zakresie tylko z ograniczeniem do prowadzenia negocjacji między zamawiającym a wykonawcą, bo tak stanowi art. 87 ust. 1 SPzp »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«. Nie można tego otwartego zakresu wyjaśnień mylić z możliwością uzupełniania ofert, które nie

dotyczą dokumentów związanych z możliwością oceny ofert w poszczególnych kryteriach oceny ofert. W rozpoznawanym przypadku nie pojawiły się jednak u zamawiającego takie wątpliwości co do oferty wykonawcy A aby konieczne było zwrócenie się do wykonawcy A o wyjaśnienie oferty. Jednak po zastrzeżeniach odwołującego, że budynek wskazany na wykazanie doświadczenia nie ma wymaganych 2500 m², zamawiający 19.03.2021 r. zwrócił się do inwestora i [...], który stwierdził, że Pan S. O był kierownikiem budowy biurowca zakwalifikowanego jako budynek użyteczności publicznej o całkowitej powierzchni wynoszącej ponad 3 000 m². A więc zamawiający zgodnie z postanowieniami SIWZ podstawnie przyznał wykonawcy A kwestionowaną liczbę punktów. Podobnie w przypadku kwestionowanej przez odwołującego budowy biurowca przy al. Armii Krajowej we Wrocławiu nadzorowanej przez Pana S. O – Zamawiający dochował należytej staranności i zweryfikował treść oferty w kwestionowanym zakresie, że wykonawca A wykazał budowę hali magazynowej a nie budowy biurowca, tj. budynku użyteczności publicznej. Odwołujący nie udowodnił, że budowa wykazana przez wykonawcę A była realizowana jako odrębna inwestycja, co mogłoby mieć miejsce na podstawie odrębnego pozwolenia na budowę, którego Odwołujący nie wykazał, a i Zamawiający nie posiadał informacji, które mogłyby potwierdzić tezę odwołującego.

W związku z tym zdaniem Izby nie potwierdził się zarzut odwołującego przyznania wykonawcy A zbyt dużej liczby punktów za doświadczenie kierownika budowy i naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 i w zw. z art. 7 ust. 1 SPzp. Izba stwierdza, że zamawiający zasadnie uznał, że Pan S. O posiada wymagane doświadczenie, a w tym w zakresie realizacji dotyczącej kwestionowanego biurowca.

Izba zauważa, że odwołujący także nie wykazał samodzielnego naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 SPzp w tym zakresie opierając się na próbach wykazania przytoczonych wyżej przepisów ustawy SPzp, co jednak nie znalazło uzasadnienia w stanie faktycznym i prawnym rozpoznawanego postępowania.

Dlatego Izba musi stwierdzić, że wykonawca A wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oferta wykonawcy A została przez zamawiającego zasadnie wybrana jako najkorzystniejsza, a odwołujący nie wykazał podstaw do wysnucia postawionych zarzutów.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 2

ust. 2 pkt 2, § 5 ust. 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: