

Sygn. akt: KIO 873/23

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 12 kwietnia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2023 roku przez wykonawcę LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Jelenia Góra

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 3 dotyczącego braku wezwania wykonawcy do przedłożenia oświadczeń podmiotów, na których zasobach wykonawca polega, o braku podstaw do wykluczenia, z uwagi na wycofanie zarzutu.
2. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pn.: *„Renowacja zabytkowego zespołu pałacowo-parkowego w Jeleniej Górze i jego adaptacja na centrum kultury” (kontynuacja przerwanych robót budowlanych)* unieważnienie czynności z dnia 23 marca 2023 roku, tj. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO BUD W. W. z siedzibą Lwówek Śląski.

Nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO BUD W. W. z siedzibą Lwówek Śląski, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy

określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tom I Instrukcja dla Wykonawców Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – Kierownika budowy określonego w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a Tom I Instrukcja dla Wykonawców Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zarzuty 2 i 4 odwołania uznaje za niezasadne.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i Zamawiającego – Miasto Jelenia Góra:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od wykonawcy LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Zamawiającego Miasta Jelenia Góra kwotę 1 800,00 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.3 zasądza od Zamawiającego Miasta Jelenia Góra na rzecz wykonawcy LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 7 624,00 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset dwadzieścia cztery złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) 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 – Miasto Jelenia Góra prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Renowacja zabytkowego zespołu pałacowo-parkowego w Jeleniej Górze i jego adaptacja na centrum kultury” (kontynuacja przerwanych robót budowlanych)*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00516673/01.

W dniu 28 marca 2023 roku wykonawca LK Inwest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie oraz uzupełnienie odwołania w zakresie niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty: PRO BUD W. W. z siedzibą Lwówek Śląski, pomimo, iż podmiotowe środki dowodowe złożone przez tego wykonawcę nie dowodzą spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 128 ust. 1 p.z.p. poprzez brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tomu I SWZ warunku wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³,
- 2) naruszenie art. 128 ust. 4 p.z.p. poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunku dysponowania kierownikiem robót elektrycznych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadającym ważne uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie celem wyjaśnienia podstawy dysponowania osobą Ł. K. na potrzeby zamówienia oraz poprzez brak wezwania wykonawcy do przedłożenia umowy zlecenia zawartej z ww. osobą oraz dowodu jej zgłoszenia do ubezpieczeń pomimo, iż oświadczenie wykonawcy w zakresie zatrudnienia Ł. K. na podstawie umowy zlecenie budzi uzasadnione wątpliwości co do tego,

czy wykonawca w dniu złożenia podmiotowego środka dowodowego, faktycznie dysponował wskazaną osobą na podstawie umowy zlecenia,

- 3) naruszenie art. 128 ust. 1 p.z.p. poprzez brak wezwania wykonawcy do przedłożenia oświadczeń podmiotów, na których zasobach wykonawca polega, o braku podstaw do wykluczenia (art. 125 ust. 5 p.z.p),
- 4) naruszenie art. 128 ust. 5 p.z.p. poprzez brak zwrócenia się do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w trybie art. 128 ust. 5 p.z.p. o udzielenie informacji co do daty zgłoszenia Ł. K. jako zatrudnionego na podstawie umowy zlecenie do ubezpieczeń przez PRO BUD W. W., pomimo, iż w sprawie zachodzą wątpliwości co do tego, czy wykonawca w dniu złożenia podmiotowego środka dowodowego, faktycznie dysponował wskazaną osobą na podstawie umowy zlecenia,
- 5) naruszenie art. 128 ust. 1 p.z.p. poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia dowodzącego, że wykonawca ten dysponuje kierownikiem budowy, który w okresie ostatnich 3 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej PRO BUD W. W.,
- nakazanie zamawiającemu:
 - ✓ wezwania wykonawcy PRO BUD W. W. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tomu I SWZ warunku wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³,
 - ✓ wezwania wykonawcy PRO BUD W. W. do przedłożenia umowy zlecenia zawartej z Ł. K. i dowodu zgłoszenia Ł. K. do ubezpieczeń oraz złożenia wyjaśnień w tym zakresie;
 - ✓ zwrócenia się do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w trybie art. 128 ust. 5 p.z.p. o udzielenie informacji co do daty zgłoszenia Ł. K. jako zatrudnionego na podstawie umowy zlecenie do ubezpieczeń przez PRO BUD W. W.;

- ✓ wezwania wykonawcy do złożenia oświadczenia podmiotów, na których zasobach wykonawca polega, o braku podstaw do wykluczenia (art. 125 ust. 5 p.z.p.),
- zobowiązanie Zamawiającego do wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia dowodzącego, że wykonawca ten dysponuje kierownikiem budowy, który w okresie ostatnich 3 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków,
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

W zakresie postępowania dowodowego, Odwołujący wniósł przeprowadzenie dowodu z:

- dokumentu w postaci listu referencyjnego z dnia 19 stycznia 2023 r.
- dokumentu w postaci wykazu robót budowlanych złożonego przez wykonawcę (załącznik nr 5 do SWZ)
 - fakt podlegający stwierdzeniu: niespełnienie przez wykonawcę wymogu wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³.
- dokumentu w postaci pisma zamawiającego z dnia 13 marca 2023 r.
- dokumentu w postaci pisma zamawiającego z dnia 20 marca 2023 r.
- dokumentu w postaci pisma wykonawcy z dnia 21 marca 2023 r. wraz z załącznikami
 - fakt podlegający stwierdzeniu: niespełnienie przez wykonawcę wymogu dysponowania osobą spełniającą określone w SWZ warunki dla kierownika robót elektrycznych, braku podstaw do dysponowania osobą Ł. K. na podstawie umowy zlecenia w chwili składania przedmiotowych środków dowodowych oraz oferty, zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw do dysponowania osobą Ł. K. na potrzeby zamówienia, zaniechania złożenia oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia przez podmioty udostępniające zasoby: Biuro Inżynierskie oraz Mikroterma – A. B.

Odwołujący wniósł o zwrócenia się przez Krajową Izbę Odwoławczą do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o udzielenie informacji co do daty zgłoszenia Ł. K. jako zatrudnionego na podstawie umowy zlecenia do ubezpieczeń przez PRO BUD W. W.

- fakt podlegający stwierdzeniu: niespełnienie przez wykonawcę wymogu dysponowania osobą spełniającą określone w SWZ warunki dla kierownika robót elektrycznych, braku podstaw do dysponowania osobą Ł. K. na podstawie umowy zlecenie w chwili składania przedmiotowych środków dowodowych oraz oferty.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 505 ust. 1 p.z.p.). Gdyby zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty PRO BUD W. W., wskutek zastosowania art. 128 ust. 1, 4 lub 5 p.z.p. mogłoby dojść do ustalenia, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co uzasadniałoby odrzucenie jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b p.z.p. i co w konsekwencji mogłoby doprowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy LK Inwest sp. z o.o.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Uwzględniając odwołanie odwołującego LK Inwest sp. z o.o., Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem o sygnaturze akt KIO 481/23 unieważniła czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynność wykluczenia wykonawcy LK Inwest sp. z o.o. w toku postępowania RZ.271.92.2022 i dokonała ponownej oceny ofert.

Zgodnie z informacją opublikowaną przez zamawiającego, zamawiający biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert określone w SWZ, za najkorzystniejszą uznał ofertę PRO BUD M. W.

Zdaniem odwołującego wybór zamawiającego był przedwczesny, a złożone wraz z ofertą dokumenty nie pozwalały na przyjęcie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, co obligowało zamawiającego w pierwszej kolejności do wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, a następnie, w przypadku dalszego niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do odrzucenia oferty.

Uzasadnienie zarzutu nr 1

Wykonawca nie wykazał spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tomu I SWZ warunku wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie

ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³.

Wykonawca, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powołał się na wykonanie remontu pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski. Jak jednak wynika z przedłożonych przez wykonawcę referencji, łączna powierzchnia remontowanych pomieszczeń wyniosła 38,6 m², co pozwala zakładać, że wykonawca zrealizował roboty w pomieszczeniach o kubaturze ok. 120 - 150 m³.

Tymczasem z treści SWZ wynika jednoznacznie, że zamawiający oczekiwał, że wykonawcy wykażą się doświadczeniem w postaci remontu lub przebudowy obiektu o określonej kubaturze (a nie wyłącznie jego części w postaci kilku pomieszczeń). Za taką wykładnią przemawia cel ustanowienia warunku, tj. wykazanie się przez potencjalnego wykonawcę odpowiednim doświadczeniem zawodowym. O spełnieniu warunku decyduje więc nie kubatura całego budynku, ale faktycznie remontowana lub przebudowywana kubatura. Tymczasem z referencji wynika, że dotyczą one jedynie „pomieszczeń”, stanowiących niewielką część budynku, a nie całego budynku. Wykonując zamówienie na rzecz Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski, wykonawca zebrał więc doświadczenie zależne od zakresu faktycznie wykonanych robót, a nie od wielkości całego budynku, z którego remontowana była tylko niewielka część. Gdyby przyjąć optykę wykonawcy, jego doświadczenie wynikające z wykonania tych robót byłoby większe, gdyby te same roboty były wykonywane w budynku o jeszcze większej kubaturze. Jednocześnie w postępowaniu nie mógłby wziąć udziału wykonawca, który dokonał przebudowy lub remontu pomieszczeń o większej kubaturze znajdujących się w budynku o kubaturze mniejszej niż 5.000 m³. Taka wykładnia SWZ zupełnie niweczyłaby cel warunku udziału w postępowaniu.

Co więcej, zgodnie z zasadą proporcjonalności warunki udziału w postępowaniu powinny być adekwatne do zakresu zamówienia publicznego, adekwatność taka nie zostałaby zachowana przy założeniu, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, remontując kilka pomieszczeń w budynku użyteczności publicznej za cenę 635.687,68 zł brutto zł, podczas gdy koszt zamówienia zgodnie z ofertą wykonawcy ma wynieść 8.648.000,00 zł.

Wykonawca nie wykazał więc spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. Wobec powyższego zamawiający na podstawie art. 128 ust. 4 p.z.p. miał obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający, nie czyniąc tego, naruszył tym samym art. 128 ust. 1 p.z.p.

Uzasadnienie zarzutu nr 2

W treści SWZ jako jeden z warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający zastrzegł, że wykonawca musi dysponować

kierownikiem robót elektrycznych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadającym ważne uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, który jest uprawniony do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń.

Na skutek weryfikacji przedłożonych podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób (załącznik nr 3 do Tomu I SWZ), w którym wykonawca wskazał J. M. jako posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, zamawiający słusznie uznał, że wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą spełniającą wyżej wskazane kryteria.

Wobec powyższego zamawiający pismem z dnia 20 marca 2023 r. na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. wezwał wykonawcę m.in. do uzupełnienia oferty o podmiotowe środki dowodowe, które potwierdzą spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. wykaz osób stanowiący załącznik nr 3 do Tomu I SWZ.

W reakcji na wezwanie Zamawiającego wykonawca ponownie przedłożył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W wykazie tym wykonawca wskazał m.in., że funkcję kierownika robót elektrycznych w miejsce J. M. pełnić będzie Ł. K. Jako podstawę dysponowania wykonawca wskazał tym razem umowę zlecenia.

Tymczasem zgodnie z wiedzą odwołującego Ł. K. został zatrudniony przez wykonawcę dopiero po złożeniu przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych. Dowodzi tego brak wcześniejszego zgłoszenia Ł. K. do ubezpieczeń.

Znamienne pozostaje, że pomimo rzekomej możliwości spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą spełniającą wymogi przewidziane dla kierownika robót elektrycznych w oparciu o zasoby własne, wykonawca w pierwszej kolejności zdecydował się skorzystać z zasobów osób trzecich (podstawą dysponowania osobą J. M. było zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby).

Wobec tej wątpliwości zamawiający winien na podstawie art. 128 ust. 4 p.z.p. wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych, a także do przedłożenia umowy zlecenia zawartej z Ł. K. oraz dowodu jego zgłoszenia do ubezpieczeń. Zamawiający, nie czyniąc tego, naruszył tym samym art. 128 ust. 4 p.z.p.

Uzasadnienie zarzutu nr 3

Zgodnie z pkt 11.1. Tomu I SWZ zarówno wykonawca, jak i podmioty z których zasobów wykonawca korzysta, zobowiązani są do przedłożenia wraz z ofertą oświadczenia w trybie art. 125 ust. 1 p.z.p. o braku podstaw do wykluczenia. Tymczasem podmioty udostępniające zasoby nigdy takich oświadczeń nie złożyły. Dopiero w odpowiedzi na wezwanie

zamawiającego z dnia 20 marca 2023 r. wykonawca przedłożył oświadczenia podmiotów udostępniających zasoby: Biuro Inżynierskie B. B. oraz Mikroterma – A. B. w przedmiocie potwierdzenia aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie braku podstaw do wykluczenia.

Skoro ww. podmioty oświadczeń wstępnych nigdy nie składały, oświadczenia w przedmiocie potwierdzenia aktualności informacji zawartych w nieistniejących oświadczeniach są niejako pozbawione treści, a na pewno nie mogą świadczyć o zrealizowaniu przez wykonawcę obowiązku złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia przez podmioty udostępniające zasoby. Wobec powyższego zamawiający miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p. Zamawiający, nie czyniąc tego, naruszył tym samym art. 128 ust. 1 p.z.p.

Uzasadnienie zarzutu nr 4

Z zarzutem nr 2 immanentnie związany jest zarzut nr 4. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z treścią art. 128 ust 5 p.z.p. jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

W okolicznościach opisanych w uzasadnieniu zarzutu nr 2, zamawiający powinien podjąć wątpliwości co do tego, czy faktycznie w dniu złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wykonawca dysponował osobą Ł. K. na podstawie umowy zlecenie. Zgodnie bowiem z art. 128 ust. 2 p.z.p. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

W związku z powyższym zasadne było zwrócenie się przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 5 p.z.p. do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o udzielenie informacji co do daty zgłoszenia wyżej wskazanej osoby jako zatrudnionej na podstawie umowy zlecenia do ubezpieczeń przez PRO BUD W. W. Zamawiający, nie czyniąc tego, naruszył wskazany przepis.

Uzasadnienie zarzutu nr 5

Zgodnie z pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ wykonawca musi dysponować kierownikiem budowy, który:

1. jest uprawniony do kierowania robotami budowlanymi w specjalności

konstrukcyjnobudowlanej bez ograniczeń,

2. przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach, zgodnie z art. 37c ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami,

3. w okresie ostatnich 3 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków.

Ze złożonego przez wykonawcę wykazu osób wynika, że B. B. nie spełnia trzeciego z powyższych wymogów, gdyż ani remont pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski, ani wymiana pokrycia dachu budynku usługowego, ani remont elewacji budynku mieszkalno usługowego nie są zamówieniami (zadaniami) polegającymi na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków.

Wszystkie powyższe roboty, którymi kierowała B. B. polegały nie na przebudowie lub remoncie całego obiektu, a jedynie na remoncie części budynku. Nie może tymczasem ulegać wątpliwości, że pisząc w SWZ o przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku, zamawiający miał na myśli cały budynek, a nie wyłącznie kilka jego pomieszczeń, dach, czy elewację. Zapewne intencją zamawiającego było pozyskanie wykonawcy, który dysponuje kierownikiem budowy posiadającym doświadczenie w realizacji inwestycji o takim samym charakterze, jak przedmiotowe zamówienie publiczne.

Odmierna interpretacja pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż skutkowałaby de facto tym, że każdy kierownik budowy, który w określonym czasie zrealizowałby wymóg ad. 2, spełniałby jednocześnie warunek ad. 3. Przy takim rozumieniu SWZ warunek ad. 3 traciłby całkowicie na znaczeniu.

Wykonawca nie wykazał więc spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ. Wobec powyższego zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. miał obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia dowodzącego, że wykonawca ten dysponuje kierownikiem budowy, który w okresie ostatnich 3 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków. Zamawiający, nie czyniąc tego, naruszył art. 128 ust. 1 p.z.p. Jedynie na marginesie Odwołujący zaznaczył, że kierownik budowy, na którego zasoby powołuje się wykonawca nie uzasadniał przyznania temu wykonawcy żadnych punktów za doświadczenie kierownika budowy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,

co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 19 marca 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 23 marca 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba uznała za bezzasadny wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania „z powodu braku interesu Odwołującego do wniesienia odwołania”. W ramach art. 528 ustawy nie została wskazana jako podstawa formalnoprawna przesłanka braku interesu w uzyskaniu zamówienia, przy czym sam Odwołujący wnosząc o odrzucenie odwołania wskazał „brak interesu do wniesienia odwołania” – taka podstawa również nie została ujęta w ww. przepisie prawa, jak również nie stanowi przesłanki materialnoprawnej określonej w art. 505 ust. 1 ustawy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W postępowaniu o zamówienie faktycznie oferta Odwołującego uplasowana jest na trzeciej pozycji – co nie było sporne między Stronami postępowania - jednakże wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlano – Konserwatorskie CASTELLUM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu nie był wzywany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, co jednoznacznie w trakcie posiedzenia z udziałem Stron potwierdził Zamawiający. Zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona (art. 126 ust. 1 ustawy). Tak też w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia uczynił Zamawiający, natomiast pozostali wykonawcy nie byli wzywani do składania podmiotowych środków dowodowych, co oznacza, że ewentualne kwestionowanie oceny dokumentów podmiotowych składanych przez tych wykonawców nie jest możliwe na tym etapie, bowiem zwyczajnie dokumenty te nie były składane. Wniosek Zamawiającego, poza tym że oparty na argumentacji faktycznej odmiennej od przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy, jest również niezasadny w znaczeniu prowadzonej procedury zamówieniowej.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

W zakresie 3 odwołania tj. naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy przez brak wezwania wykonawcy do przedłożenia oświadczeń podmiotów, na których zasobach wykonawca polega, o braku podstaw do wykluczenia (art. 125 ust. 5 ustawy), Izba wydała w tenorze wyroku **postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego** z uwagi na wycofanie zarzutu odwołania przez Odwołującego oświadczonego do protokołu na posiedzeniu z udziałem stron.

Wobec powyższego do rozpoznania na rozprawie zostały skierowane zarzuty 1, 2 oraz 4 i 5.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez Strony postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęło pismo Zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2023 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, gdzie Zamawiający wniósł, poza odrzuceniem odwołania o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący podtrzymał prezentowane w ww. piśmie stanowisko o oddaleniu odwołania w całości w warstwie zarzutów merytorycznych odwołania skierowanych do rozpoznania na rozprawie. Izba postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy, dopuściła dowód z dokumentów załączonych do ww. pisma tj. – Załącznik nr 9 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu „Remont pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski – etap I” oraz Oświadczenie z dnia 5 kwietnia 2023 roku z Burmistrza Miasta i Gminy Lwówek Śląski.

Izba, postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy, dopuściła dowód z dokumentów wnioskowanych i złożonych do akt sprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- dowód nr 1 - wyciąg ze specyfikacji warunków zamówienia z gminy Lwówek Śląski „Remont pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski – etap I”,

- dowód nr 2 - ogłoszenie o wykonaniu umowy w ww. postępowaniu przedmiocie,
- dowód nr 3 - Decyzja nr 33/2020 – dot. Zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę Gminie i Miastu Lwówek Śląski obejmującą: roboty budowlane – remont części budynku zlokalizowanego nadziałce 284 w obrębie 0002 jednostka ewidencyjna 021203_4 Lwówek Śląski (części wpisanej do rejestru zabytków) – zamierzenie budowlane pod nazwą „Remont pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski”

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba na wstępie wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny.

- art. 128 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

- art. 128 ust 2 ustawy - Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

- art. 128 ust. 4 ustawy - Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych

podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

- art. 128 ust. 5 ustawy - Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

- art. 112 ust. 1 ustawy - Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

- art. 124 ust. 1 ustawy - W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający: (...)
2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

- art. 126 ust. 1 ustawy - Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W zakresie zarzutów 2 i 4 odwołania tj. naruszenia:

- (2) art. 128 ust. 4 ustawy przez brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełnienia warunku dysponowania kierownikiem robót elektrycznych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadającym ważne uprawnienia do sprawowania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie celem wyjaśnienia podstawy dysponowania osobą Ł. K. na potrzeby zamówienia oraz poprzez brak wezwania wykonawcy do przedłożenia umowy zlecenia zawartej z ww. osobą oraz dowodu jej zgłoszenia do ubezpieczeń pomimo, iż oświadczenie wykonawcy w zakresie zatrudnienia Ł. K. na podstawie umowy zlecenie budzi uzasadnione wątpliwości co do tego,

czy wykonawca w dniu złożenia podmiotowego środka dowodowego, faktycznie dysponował wskazaną osobą na podstawie umowy zlecenia,

- (4) art. 128 ust. 5 ustawy przez brak zwrócenia się do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w trybie art. 128 ust. 5 ustawy o udzielenie informacji co do daty zgłoszenia Ł. K. jako zatrudnionego na podstawie umowy zlecenie do ubezpieczeń przez wykonawcę W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO BUD W. W. z siedzibą Lwówek Śląski pomimo, że w sprawie zachodzą wątpliwości co do tego, czy wykonawca w dniu złożenia podmiotowego środka dowodowego, faktycznie dysponował wskazaną osobą na podstawie umowy zlecenia,

– Izba zarzuty powyższe (2 i 4) uznała za niezasadne.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 marca 2023 roku skierowanego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy wykonawca W. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRO BUD W. W. z siedzibą Lwówek Śląski (dalej: PRO BUD), złożył wykaz osób według załącznika nr 3 Tom I Instrukcja dla Wykonawców Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) podając Kierownika robót elektrycznych Pana Ł. K. na podstawie umowy zlecenia (kolumna „Podstawa dysponowania tymi osobami (...)).

Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania nie odnoszą się do kwestii związanych z posiadanymi kwalifikacjami zawodowymi Pana Ł. K., a sprowadza się do tego i to w zasadzie w dwóch zdaniach, że Pan Ł. K. został zatrudniony przez PRO BUD po złożeniu podmiotowych środków dowodowych, a czego ma dowodzić brak zgłoszenia do ubezpieczenia.

Izba, mając na uwadze powyższe ustalenia jak również stanowiska Stron postępowania odwoławczego podkreśla w pierwszej kolejności, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym czyli spornym. To po stronie Odwołującego, które kwestionuje dane czynności czy zaniechania Zamawiającego istnieje obowiązek wykazania, że naruszenia do jakich referuje w podnoszonej podstawie prawnej faktycznie zaistniały i rodziły określone skutki. Izba podkreśla, że oparcie argumentacji Odwołującego na przypuszczeniach Odwołującego nie jest wystarczające do tego, aby zarzut okazał się skutecznie podniesiony.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący nie kwestionował zawarcia umowy zlecenia jako takiego, natomiast kwestionował czas zawarcia tej umowy zlecenia, przy czym – a co ma kluczowe znaczenie – nawet nie uprawdopodobnił tej okoliczności. W ocenie Izby wniosek jaki złożył Odwołujący tj. o zwrócenie się przez Izbę do ZUS o wskazane

we wniosku informacje – który to wniosek poszanowaniem Izba pominęła i zdecydowała o jego niekierowaniu – stanowiłoby zastąpienie Odwołującego w obowiązku prezentacji uzasadnienia podniesionego naruszenia przepisów jak również w obowiązku dowiedzenia stanowiska przez Odwołującego.

Izba, w odniesieniu do stanowiska prezentowanego w zakresie zarzutu 4, mając na uwadze powyższą argumentację, którą uznaje za zasadną i w tej części rozpoznania zarzutów odwołania podkreśla, że również i w tym zakresie Odwołujący w żadne sposób nie uzasadniał swojego przypuszczenia co do terminu zawarcia umowy zlecenia. Tym samym, wnioskowanie o prowadzenie przez Zamawiającego wyjaśnienia w tym zakresie ponownie stanowi próbę przeniesienia na inny podmiot poszukiwania uzasadnienia dla prezentowanego stanowiska. Takie działanie Odwołującego nie może być uznane za prawidłowe. Jednocześnie Odwołujący pomija w zupełności w swoim stanowisku, regulacje prawne na jakie zwracał uwagę w trakcie rozprawy Zamawiający, tj. rozporządzenie Ministra Rozwoju, pracy i technologii z dnia 23 grudnia 2020 roku *w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy*, w którym jednoznacznie zostało ustalone jakich podmiotowych środków dowodowych może żądać Zamawiający. Zgodnie z § 9 ust. 1 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych między innymi takich jak - 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. Jednocześnie podano tym samym, że kwestia dysponowania określonym potencjałem osobowym rozstrzygana jest zgodnie z przepisami na podstawie złożonego oświadczenia.

Odwołujący, poza określonym w odwołaniu przypuszczeniem co do terminu zawarcia umowy zlecenia, nie wskazał żadnej argumentacji faktycznej uzasadniającej jego stanowisko. Natomiast wniosek o skierowania pytania do ZUS, czy też podnoszoną konieczność wyjaśniania przypuszczenia Odwołującego przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy prowadziłyby, w okolicznościach tej sprawy, do zastąpienia Odwołującego w jego obowiązku wywiedzenia zarzutów odwołania. To natomiast jest niedopuszczalne oraz nie zasługuje na aprobatę. W związku z powyższym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy w zakresie podnoszonych w zarzucie 2 i 4.

W zakresie zarzutu 1 odwołania tj. naruszenia:

art. 128 ust. 1 ustawy przez brak wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tomu I SWZ warunku wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego wykończenia w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) co najmniej jednego zamówienia polegającego lub mającego w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5.000 m³ – **Izba zarzut uznała za zasadny.**

Izba ustaliła, że w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tom I Instrukcja dla Wykonawców Specyfikacji Warunków Zamówienia, po zmianach SWZ, Zamawiający podał:

9.1 Warunki udziału w postępowaniu

(...)

9.1.4 Zdolności technicznej lub zawodowej

2) „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno (1) zamówienie polegające lub mające w swoim zakresie przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³.”

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania kluczowa jest kwestia treści warunku ukształtowanego przez Zamawiającego. W ocenie Izby powyżej ukształtowany warunek udziału w postępowaniu jest jednoznaczny i co istotne adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, wykonawca musiał wykazać się doświadczeniem w realizacji zamówienia, które polegało – lub miało w swoim zakresie - przebudowę lub remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5000 m³. Prezentowany przez Zamawiającego sposób rozumienia warunku, a sprowadzający się do tego, że wykonawca mógł wykazać się remontem o dowolnej powierzchni w budynku o kubaturze 5 000 m³ stanowi nieuprawnioną interpretację tego warunku. Mając na uwadze, że Zamawiający określa warunek udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (art. 112 ust. 1 ustawy) odniesienie do wartości 5 000 m³ kubatury budynku w warunku było proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, który obejmuje budynek o kubaturze ok. 7 000 m³. Słusznie również zostało dostrzeżone, że warunek odnosi się do przebudowy lub remontu obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³, a nie przebudowy lub remontu „w obiekcie o kubaturze min. 5 000 m³”. W ocenie Izby poprawność rozumienia warunku w sposób

wskazany przez Izbę i wynikający jednoznacznie z treści SWZ potwierdził w trakcie rozprawy sam Zmawiający, który podał, że „*gdyby intonacją Zamawiającego było wskazanie określonej kubatury czy też metrów kwadratowych remontowanych pomieszczeń, to Zamawiający by to wskazał*” - z tej wypowiedzi jednoznacznie wynika, że nie określono w warunku, że to pomieszczenia mają być remontowane, a warunek odnosi się do remontu obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³.

Doświadczenie wskazane przez wykonawcę W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRO BUD W. W. z siedzibą Lwówek Śląski (dalej: PRO BUD) dotyczyło zadania wykonanego na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Lwówek Śląski pn.: „Remont pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski – etap I”. Zgodnie z dokumentem przedstawionym przez samego Zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie (dowód – Opis przedmiotu zamówienia załącznik nr 9 do SWZ „Remont pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski – etap I”) wynika jednoznacznie, że realizacja tamtego zamówienia nie polegała na remoncie obiektu lecz na remoncie określonych w projekcie pomieszczeń w tym budynku, który podzielony jest na segmenty oraz składa się z piwnicy, parteru, dwóch pięter i nieużytkowego poddasza. Interpretacja warunku udziału w postępowaniu dokonana przez Zmawiającego wpisuje się w doświadczenie jakim wykazał się PRO BUD, ale nie odpowiada faktycznemu wymaganiu jakim miał się wykazać wykonawca zgodnie z treścią warunku. Sama nazwa postępowania o zamówienie jednoznacznie także odnosiła się do remontu pomieszczeń, a nie remontu obiektu. Znamiennym jest również, co wynika z specyfikacji ww. zamówienia a złożonej jako dowód przez Odwołującego (dowód nr 1), a co potwierdzają pozostałe dowody (dowód nr 2 i 3), że w ramach tamtego postępowania w warunku udziału zamówienia odnoszącym się do doświadczenia wykonawców Zamawiający jednoznacznie określił, że wymagał wykazania się doświadczeniem polegającym na „wykonaniu, przebudowie lub remoncie pomieszczeń, w tym pomieszczeń sanitarnych (toalet)”. Tak ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu, który musi być zgodnie z przepisami prawa proporcjonalny do przedmiotu zamówienia potwierdza jednoznacznie, że ww. zamówienie, wskazane przez PRO BUD na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w przedmiotowym postępowaniu, polegało na realizacji remontu pomieszczeń. Izba podkreśla w tym miejscu, że nie było sporne między stronami, że wskazana realizacja odnosiła się do remontu. Sporne natomiast było to czy remont pomieszczeń potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nie potwierdza ww. doświadczenie wykonawcy spełnienia warunku, bowiem w ramach warunku niezbędne było wykazanie się doświadczeniem *remont obiektu użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³*, a nie remont pomieszczeń

w obiekcie o takiej kubaturze. Słusznie również dostrzegł Odwołujący, a czego nie kwestionował Zamawiający, że ww. wskazane doświadczenie wykonawcy obejmuje swoim zakresem kubaturę 120 – 150m³. W ocenie Izby taka argumentacja potwierdza również niesłuszność interpretacji warunku dokonanej przez Zamawiającego, bowiem sprowadza się do nieproporcjonalności warunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że wykonawca PRO BUD nie wykazał posiadania doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, a czynność Zamawiającego oceny wykazanego doświadczenia była nieprawidłowa. Dlatego Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy PRO BUD, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, do uzupełnienia niezbędnych oświadczeń, czyli wykazu robót budowlanych (złącznik nr 4) i podmiotowych środków dowodowych określonych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w zakresie doświadczenia wykonawcy określonego w pkt 9.1.4 ppkt 2 Tom I Instrukcja dla Wykonawców Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W zakresie zarzutu 5 odwołania tj. naruszenia:

art. 128 ust. 1 ustawy przez brak wezwania wykonawcy do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia dowodzącego, że wykonawca ten dysponuje kierownikiem budowy, który w okresie ostatnich 3 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków – **Izba zarzut uznała za zasadny.**

Izba ustaliła, że w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit.a Tom I Instrukcja dla Wykonawców Specyfikacji Warunków Zamówienia, po zmianach SWZ (odpowiedź na pytanie 36), Zamawiający podał:

9.1 Warunki udziału w postępowaniu

(...)

9.1.4 Zdolności technicznej lub zawodowej

1) Kierownik budowy – (...)

oraz

który w okresie ostatnich 5 lat pełnił funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej jednego zamówienia (zadania) polegającego na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków.

W zakresie rozpoznania tego zarzutu odwołania kluczowa jest ponownie kwestia treści warunku ukształtowanego przez Zamawiającego. W ocenie Izby powyżej ukształtowany

warunek udziału w postępowaniu jest jednoznaczny i co istotne adekwatny i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, kierownik budowy musiał wykazać doświadczenie w realizacji zamówienia, które polegało *na przebudowie lub remoncie obiektu budowlanego – budynku wpisanego do rejestru zabytków*. W ramach ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający nie wprowadził kubatury budynku, co oznacza w ocenie Izby, że każdy budynek wpisany do rejestru zabytków, gdzie pełnił funkcję kierownika budowy wskazany na potwierdzenie spełnienia warunku kierownik, spełniałoby wymagania Zamawiającego. Jednakże, podobnie jak w przypadku argumentacji dla zarzutu 1, niezbędne było wykazanie doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy w zamówieniu polegającym na przebudowie lub remoncie obiektu. Nie ma tu mowy o pomieszczenia w obiekcie, które miałyby być przebudowywane lub remontowane.

W ocenie Izby w żaden sposób nie jest akceptowalna argumentacja Zamawiającego z pisma procesowego, bowiem choć prawdą jest, że to Zamawiający jest organizatorem postępowania, to nie uprawnia to Zamawiającego do niewyartykułowanego w dokumentach zamówienia interpretowania treści warunku i na tej podstawie dokonywania oceny spełnienia warunku w postępowaniu przez określonego wykonawcę.

W Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 3) jako pełniący funkcję Kierownika budowy wskazana została Pani B. B., a w ramach doświadczenia wskazano: Remont pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski; Wymiana pokrycia dachu budynku mieszkalno-usługowego przy ulicy Szpitalnej 1-3 w Lwówku Śląskim; Remont elewacji budynku mieszkalno-usługowego przy ulicy Szpitalnej 1-3 w Lwówku Śląskim.

Kwestionowane w zakresie zarzutu było wykazane doświadczenie Kierownika robót w całości, jednakże w zakresie realizacji remontu pokrycia dachu oraz remontu elewacji budynku mieszkalno-usługowego przy ulicy Szpitalnej 1-3 w Lwówku Śląskim Zamawiający nie zajął w ogóle stanowisko, co w ocenie Izby prowadzi do jednoznacznego wniosku, że w tym zakresie nie kwestionował zarzutu Odwołującego, uznając za zasadne stanowisko prezentowane przez Odwołującego.

Natomiast w odniesieniu do remontu pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski, w ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Podobnie jak w przypadku zarzutu 1, nie był kwestionowany przez Odwołującego charakter prac wykonanych na rzecz Urzędu Miasta i Gminy Lwówek Śląski pn.: „Remont pomieszczeń w budynku Urzędu Gminy i Miasta Lwówek Śląski – etap I”, natomiast kwestionowane było to, że dotyczyło jedynie remontu pomieszczeń, a nie remontu budynku. Izba w całości przywołuje w tym miejscu argumentację zawartą przy rozpoznaniu zarzutu 1. W ocenie Izby nie sposób utożsamiać remontu obiektu z remontem pomieszczeń

w obiekcie. W tym zakresie podobnie jak w przypadku zarzutu 1 Zamawiający nie odniósł się w warunku do doświadczenia Kierownika budowy polegającego na „remoncie w obiekcie” tylko na „remoncie obiektu”.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że wykonawca PRO BUD nie wykazał, że wskazany Kierownik budowy posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego, a czynność Zamawiającego oceny wykazanego doświadczenia była nieprawidłowa. Dlatego Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie wykonawcy PRO BUD, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, do uzupełnienia niezbędnych oświadczeń, czyli wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia (załącznik nr 3) i podmiotowych środków dowodowych określonych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – Kierownika budowy określonego w pkt 9.1.4 ppkt 1 lit. a Tom I Instrukcja dla Wykonawców Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W przedmiotowej sprawie odwołanie, z przyczyn wskazanych powyżej w warstwie poddanej ocenie merytorycznej, okazało się zasadne w zakresie dwóch zarzutów oraz niezasadne w zakresie dwóch zarzutów. Izba rozdzieliła koszty: wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocników w stosunku odpowiadającym wynikowi postępowania tj. rozdzieliła je po połowie i dlatego od Zamawiającego zasądziła na rzecz Odwołującego kwotę ½ wpisu tj. 5000 zł oraz 1800 zł wynagrodzenia pełnomocnika, a od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 1800 zł koszt wynagrodzenia pełnomocnika. Izba zasądziła na rzecz Odwołującego od Zamawiającego również koszty udziału w rozprawie tj. dojazdu na rozprawę tj. 807 zł oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa tj. 17 zł.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 9 ust. 3 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w *sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego*,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:.....
