

Sygn. akt: KIO 2823/22

WYROK
z dnia 8 listopada 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2022 r. przez wykonawcę LK INWEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Czarny Bór

przy udziale wykonawcy MKW Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętej Katarzynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego LK INWEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego LK INWEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Gminy Czarny Bór kwotę 4 936 zł 07 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset trzydzieści sześć złotych i siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz noclegu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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 Gmina Czarny Bór (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn. „Budowa żłobka gminnego w Czarnym Borze” (nr ref. GKR.271.1.2022.OK). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 lipca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00251482/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 25 października 2022 r. wykonawca LK INWEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty wykonawcy MKW Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętej Katarzynie (dalej jako „Przystępujący”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - wykonawca nie spełnił określonego w SWZ wymogu dysponowania kierownikiem robót instalacyjnych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadającym ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych obejmujące swym zakresem zakres prac objęty zamówieniem, wydanymi zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. 2021 r. poz.1646) albowiem uprawnienia B.F. określone w złożonym przez wykonawcę Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, stanowią uprawnienia do kierowania, i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych i nie są to uprawnienia tożsame ani też równoważne z uprawnieniami wymaganymi przez Zamawiającego w treści SWZ, nie są to również uprawnienia bez ograniczeń, czego wymaga Zamawiający w treści SWZ.

ewentualnie z daleko idącej ostrożności, w przypadku braku uznania zarzutu określonego w pkt 1 za uzasadniony Odwołujący zarzucił naruszenie:

2. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz przedłożenia umów o pracę zawartych z B.F. oraz M.S. oraz dokumentów potwierdzających uzyskanie stosownych uprawnień dotyczących osób, którymi wykonawca dysponuje na potrzeby realizacji zamówienia publicznego – B.F. oraz M.S. pomimo, iż pomiędzy treścią pierwotnie złożonego Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, a Wykazu osób które będą uczestniczyć w Wykonaniu zamówienia złożonego przez wykonawcę po wezwaniu Zamawiającego z dnia 5 października 2022 r. zachodzą rozbieżności:
 - a) co do podstawy dysponowania przez wykonawcę osobami B.F. oraz M.S. (pierwotnie zostało określone, że osoby te zostaną oddane wykonawcy do dyspozycji przez podmiot trzeci, a następnie, że wykonawca dysponuje wskazanymi osobami na podstawie umowy o pracę),
 - b) w zakresie doświadczenia w latach od uzyskania uprawnień (w przypadku M.S. wykonawca pierwotnie określił liczbę lat na 19, na następnie na 13, natomiast w przypadku B.F. wykonawca pierwotnie wskazał liczbę lat na 31, a następnie na 38),
3. art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez brak zwrócenia się do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp o udzielenie informacji co do daty zgłoszenia osób B.F. oraz M.S. jako pracowników do ubezpieczeń przez Przystępującego pomimo, iż w sprawie zachodzą wątpliwości co do tego, iż wykonawca w dniu złożenia podmiotowego środka dowodowego (18 października 2022 r.) faktycznie dysponował wskazanymi osobami na podstawie umowy o pracę,
4. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień związanych z faktem, iż referencje dotyczące inwestycji realizowanej pod nazwą „Budowa nowej kantyny na terenie oddziału spółki BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu” zostały wystawione przez SWAN Klim P.Ł., a więc podmiot inny niż inwestor, na terenie którego była realizowana inwestycja,
5. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania wykonawcy do przedłożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o posiadaniu wymaganych uprawnień, pomimo iż środek ten był wymagany zgodnie z treścią SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego z uwagi na fakt, iż podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert. Ewentualnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) wezwania wykonawcy do złożenia

wyjaśnień oraz przedłożenia umów o pracę oraz dokumentów potwierdzających stosowne uprawnienia dotyczących osób, którymi wykonawca dysponuje na potrzeby realizacji zamówienia publicznego – B.F. oraz M.S. celem wyjaśnienia rozbieżności między treścią pierwotnie złożonego przez wykonawcę Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, a Wykazem osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, złożonego przez wykonawcę po wezwaniu go przez Zamawiającego, dotyczących: a) podstawy dysponowania przez wykonawcę osobami B.F. oraz M.S. , b) doświadczenia w latach od uzyskania uprawnień dotyczącego B.F. oraz M.S., 2) zwrócenia się do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp o udzielenie informacji co do daty zgłoszenia B.F. oraz M.S. jako pracowników do ubezpieczeń przez Przystępującego, 3) wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień związanych z faktem, iż referencje dotyczące inwestycji realizowanej pod nazwą „Budowa nowej kantyny na terenie oddziału spółki BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu” zostały wystawione przez SWAN Klim P.Ł., a więc podmiot inny niż faktyczny inwestor, na terenie którego była realizowana inwestycja, 4) wezwania wykonawcy do przedstawienia oświadczenia, że osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi posiadają wymagane uprawnienia, stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

W terminie na wniesienie odwołania (25 października 2022 r.) Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym uzupełnił zarzuty odwołania, wskazując dodatkowo na naruszenie:

6. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania wykonawcy do przedłożenia referencji oraz wykazu robót budowlanych dotyczących inwestycji faktycznie zrealizowanych przez Przystępującego, przedstawione przez wykonawcę referencje dotyczyły bowiem inwestycji, których wykonawcą (wedle wszelkiego prawdopodobieństwa) była spółka MKW Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, której spółka MKW Budownictwo sp. z o.o. pozostaje jedynym komandytariuszem uprawnionym do jej reprezentacji,
7. art. 128 ust. 5 ustawy Pzp poprzez brak zwrócenia się do:
 - a) A.L. , prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AGLEC A.L., o udzielenie informacji czy Przystępujący (a nie MKW Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą we Wrocławiu) realizowała jako wykonawca kompleksowo prace związane z inwestycją dotyczącą budowy Budynku usługowego – przedszkola 10-oddziałowego położonego we Wrocławiu przy ul. Rezedowej 80 w okresie od czerwca 2019 r. do sierpnia 2021 r.,

b) BSH SPRZĘT GOSPODARSTWA DOMOWEGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o udzielenie informacji czy Przystępujący (a nie MKW Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą we Wrocławiu) realizowała jako wykonawca kompleksowo prace związane z inwestycją dotyczącą budowy w ramach realizacji zadania od nazwą „Budowa nowej kantyny na terenie oddziału spółki BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu” realizowanej we Wrocławiu przy ul. Żmigrodzkiej 143.

ewentualnie z daleko idącej ostrożności, w przypadku braku uznania zarzutu określonego w pkt 6 za uzasadniony Odwołujący zarzucił naruszenie:

8. art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień związanych z faktem, iż w okresie w jakim wykonawca miał realizować prace wynikające z referencji, a więc w latach 2018-2019 r. jego sprawozdania finansowe za lata 2018 r. oraz 2019 r. nie wykazywały przychodów adekwatnych do wartości przedmiotowych prac.

Odwołujący wniósł - w przypadku uznania iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy) o zobowiązanie Zamawiającego do wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia referencji oraz wykazu robót budowlanych dotyczących inwestycji zrealizowanych przez podmiot, który faktycznie startował w przetargu – Przystępującego, zwrócenia się do A.L. o udzielenie informacji czy Przystępujący realizował jako wykonawca kompleksowo prace związane z inwestycją dotyczącą budowy Budynku usługowego – przedszkola 10-oddziałowego położonego we Wrocławiu przy ul. Rezedowej 80 w okresie od czerwca 2019 r. do sierpnia 2021 r., zwrócenia się do BSH SPRZĘT GOSPODARSTWA DOMOWEGO Sp. z o.o. o udzielenie informacji czy Przystępujący realizował jako wykonawca kompleksowo prace związane z inwestycją dotyczącą budowy w ramach realizacji zadania pod nazwą „Budowa nowej kantyny na terenie oddziału spółki BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu” realizowanej we Wrocławiu przy ul. Żmigrodzkiej 143.

Uzasadniając zarzut nr 1 wskazano, iż w wykazie osób złożonym w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący niewłaściwie określił zakres uprawnień osób wskazanych w wykazie – uprawnienia B.F. nie są uprawnieniami tożsamymi ani też równoważnymi z uprawnieniami wymaganymi przez Zamawiającego w treści SWZ, nie wskazał na jakiej podstawie wykonawca dysponuje osobą M.K.; nie wskazał dat wydania decyzji dotyczących uprawnień przysługujących M.S. oraz B.F. Odwołujący podniósł, iż w wykazie robót wskazano, że Przystępujący dysponuje osobą B.F., który posiada uprawnienia do kierowania, i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych. Dodatkowo z załączonej do odwołania decyzji o

stwierdzeniu przygotowania zawodowego nr 197/84/WBPP wynika, iż B.F. posiada uprawnienia o ograniczonym zakresie, natomiast Zamawiający wymaga uprawnień o zakresie nieograniczonym. Co prawda Zamawiający nie wskazał w SWZ wprost, iż wymaga uprawnień bez ograniczeń w zakresie kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych to jednak sposób opisu dokonany przez Zamawiającego świadczy o tym, iż chodzi mu właśnie o uprawnienia bez ograniczeń. Ponadto o tym, że Zamawiający wymaga uprawnień bez ograniczeń świadczy stopień skomplikowania inwestycji – inwestycja ma charakter złożony i wymaga kierowania robotami instalacyjnymi w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w nieograniczonym zakresie. Zdaniem Odwołującego wskazane przez wykonawcę uprawnienia B.F. nie są tożsame ani też równoważne z uprawnieniami wymaganymi przez Zamawiającego w treści SWZ i nie są uprawnieniami bez ograniczeń. Z tego względu wykonawca nie wykazał aby spełniał warunki udziału w postępowaniu i jego oferta powinna zostać odrzucona.

W uzasadnieniu zarzutów nr 2 i 3 wskazano, iż w pierwotnie złożonym wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia Przystępujący wskazał, że dysponuje osobami M.S. oraz B.F. jako osobami oddanymi mu do dyspozycji przez inny podmiot. Ponadto określił, że doświadczenie w latach od uzyskania uprawnień M.S. wynosi 19 lat, a B.F. 38 lat. Natomiast po wezwaniu go przez Zamawiającego do przedłożenia prawidłowo sporządzonego środka dowodowego w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, wykonawca wskazał te same osoby, jednak podał, że będzie dysponował tym osobami na podstawie umowy o pracę. Ponadto w przypadku M.S. okres od uzyskania uprawnień określił na 13 lat, natomiast w przypadku B.F. na 38 lat. Przedmiotowe okoliczności w ocenie Odwołującego powinny wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do faktycznej podstawy dysponowania przez wykonawcę wskazanymi osobami, jak również zakresu oraz okresu posiadanych przez nich uprawnień (zwłaszcza, że wykonawca nie wskazał kiedy decyzje dotyczące uprawnień wskazanych osób zostały wydane). Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień jak również przedłożenia stosownych dokumentów w postaci umów o pracę oraz dokumentów potwierdzających uzyskanie przez ww. uprawnień zawodowych. Zamawiający, nie czyniąc tego, naruszył tym samym art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego zasadne było także zwrócenie się przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp do Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o udzielenie informacji co do daty zgłoszenia osób B.F. oraz M.S. jako pracowników do ubezpieczeń przez Przystępującego.

Uzasadniając zarzut nr 4 Odwołujący wskazał na § 9 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych

środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, podnosząc, iż Przystępujący nie przedstawił referencji dotyczących „Budowa nowej kantyny na terenie oddziału spółki BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu” – wystawionych przez faktycznego inwestora, na terenie którego była realizowana inwestycja – spółkę BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu („sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane”). Referencje z 20 września 2022 r. zostały wystawione przez SWAN Klim P.Ł.– wykonawca nie wykazał przy tym, aby nie mógł przedłożyć referencji wystawionych przez inwestora Skoro wykonawca nie przedstawił referencji wystawionych przez podmiot, na rzecz którego prace zostały wykonane, ani też nie wykazał aby z przyczyn od niego niezależnych nie mógł uzyskać tych dokumentów, to zdaniem Odwołującego zasadne było wezwanie wykonawcy do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. Zamawiający, nie czyniąc tego, naruszył tym samym art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu nr 5 Odwołujący podniósł, iż toku postępowania nie przedłożył oświadczenia, że osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi posiadają wymagane uprawnienia (załącznik nr 7 do SWZ), które było wymagane zgodnie z treścią SWZ. Zamawiający winien go do tego wezwać w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a nie czyniąc tego, naruszył wskazany przepis.

Uzasadniając zarzut nr 6 (pismo uzupełniające) Odwołujący wskazał, iż Przystępujący w sprawozdaniu finansowym za 2018 r. wykazał po stronie przychodów netto ze sprzedaży i zrównanych z nimi kwotę 766.908,79 zł, po stronie kosztów działalności operacyjnej kwotę 721.104,09 zł, z których to kosztów główny koszt stanowił koszt zużycia materiałów i energii o wartości 589.126,69 zł, natomiast koszt usług obcych stanowił wyłącznie 54.419,72 zł, a koszt wynagrodzeń 3.043,50 zł, po stronie pozostałych kosztów kwotę 65.438,44 zł. W sprawozdaniu finansowym za 2019 r. wykazał po stronie przychodów netto ze sprzedaży i zrównanych z nimi kwotę 234.300,14 zł, po stronie kosztów działalności operacyjnej kwotę 319 865,03 zł, z których to kosztów główny koszt stanowił koszt zużycia materiałów i energii o wartości 252.724,54 zł, natomiast koszt usług obcych stanowił wyłącznie 55.285,45 zł, a koszty wynagrodzeń 9.648,60 zł, po stronie pozostałych kosztów kwotę 2 206,44 zł. Natomiast spółka MKW Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. w sprawozdaniu finansowym za 2018 r. wykazała po stronie przychodów netto ze sprzedaży i zrównanych z nimi kwotę 9.757.858,20 zł, po stronie kosztów działalności operacyjnej kwotę 9.545.933,50zł, z których to kosztów główny koszt stanowił koszt zużycia materiałów i energii o wartości 3.846.129,98 zł, natomiast koszt usług obcych stanowił 4.742.741,32 zł, a koszt wynagrodzeń 126.141,18 zł, po stronie pozostałych kosztów kwotę 802.989,59 zł. W sprawozdaniu finansowym za 2019 r. zaś wykazano po stronie przychodów netto ze

sprzedaży i zrównanych z nimi kwotę 6.533.447,40 zł, po stronie kosztów działalności operacyjnej kwotę 7.488.089,56 zł, z których to kosztów główny koszt stanowił koszt zużycia materiałów i energii o wartości 2.622 .481,32 zł, natomiast koszt usług obcych stanowił 4.486.372,04 zł, a koszt wynagrodzeń 238 498,16 zł, - po stronie pozostałych kosztów kwotę 90.500,21 zł. Zdaniem Odwołującego wynikające z dokumentów finansowych dane świadczą o tym, że Przystępujący w latach 2018-2019 nie mógł realizować dwóch wynikających z przedstawionych referencji robót o wartości odpowiednio 1.906.500,00 zł oraz 6.537.450,00 zł – kwoty przychodów wynikające ze sprawozdań finansowych wykonawcy są bowiem zbyt niskie, aby uznać, że realizował on przedmiotowe inwestycje. Natomiast dane ze sprawozdań finansowych spółki MKW Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą we Wrocławiu świadczą o tym, iż to ta spółka była wykonawcą przedmiotowych inwestycji. Rola spółki MKW Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu sprowadzała się przede wszystkim do realizacji czynności zarządczych w spółce komandytowej (o czym świadczą wykazane powyżej powiązania kapitałowe oraz osobowe), która była wykonawcą prac budowlanych. Z tego względu zdaniem Odwołującego podmiotowe środki dowodowe przedłożone dotychczas przez Przystępującego nie wykazują spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do przedłożenia referencji oraz wykazu robót budowlanych dotyczących inwestycji faktycznie zrealizowanych przez Przystępującego, czego jednak nie uczynił naruszając art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr 7 w piśmie uzupełniającym wskazano, iż żadne z przedstawionych przez wykonawcę referencji nie zostały wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty faktycznie zostały one wykonane. Odwołujący podniósł, iż Przystępujący w treści oświadczenia wskazał, że referencje zostały wystawione przez podmiot inny niż faktyczny inwestor z tego względu, iż inwestor rzekomo wyjechał za granicę. Jednak wydruk z CEiDG dotyczący A.L. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą AGLEC A.L. nie potwierdza tego faktu – wskazana osoba nie zakończyła ani też nie zawiesiła działalności gospodarczej w związku z rzekomym wyjazdem za granicę, lecz dalej figuruje jako aktywny przedsiębiorca. Dodatkowo przedstawione przez wykonawcę po wezwaniu go przez Zamawiającego roboty referencyjne dotyczyły inwestycji o nazwie „Budowa nowej kantyny na terenie oddziału spółki BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu” lecz mimo to zostały wystawione przez SWAN Klim P.Ł.– wykonawca nie wykazał przy tym, aby nie mógł przedłożyć referencji wystawionych przez inwestora. Zdaniem Odwołującego zasadne byłoby zwrócenie się do A.L. oraz BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. o udzielenie informacji czy Przystępujący (a nie MKW Budownictwo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą we Wrocławiu lub

jakikolwiek inny podmiot) realizował jako wykonawca kompleksowo prace związane z inwestycjami wskazanymi w wykazie.

Uzasadniając zarzut 8 wskazano, iż ewentualnie w sytuacji gdy Zamawiający powziąłby wątpliwości związane z treścią dokumentów przedstawionych przez wykonawcę, związanych z okolicznościami opisanymi powyżej i uznał że wezwanie do przedłożenia nowych podmiotowych środków dowodowych jest przedwczesne, to powinien wezwać wykonawcę w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień związanych z faktem, iż w okresie w jakim wykonawca miał realizować prace wynikające z referencji, a więc w latach 2018-2019 r. jego sprawozdania finansowe za lata 2018 r. i 2019 r., wykazywały przychody w wysokości nieprzystającej do wartości robót rzekomo przez wykonawcę wykonanych. Końcowo Odwołujący podkreślił, że dla oceny zarzutów postawionych w niniejszym piśmie nie pozostaje bez znaczenia, iż ze sprawozdań finansowych Przystępującego wynika, iż wykonawca ten w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawił nierzetelne oświadczenia dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania tego zamówienia.

Zamawiający w dniu 3 października 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości i przedstawiając merytoryczną argumentację.

W tym samym dniu pismo procesowe w sprawie złożył też Przystępujący, który wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił swoje stanowisko w sprawie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę MKW Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętej Katarzynie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o

udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, podmiotowe środki dowodowe złożone przez Przystępującego, korespondencję prowadzoną przez Zamawiającego z Przystępującym w zakresie dotyczącym uzupełnienia, poprawienia i wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego (tj. decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego nr 197/84/WBPP załączonej do odwołania, wydruków informacji z KRS i CEIDG oraz sprawozdań finansowych załączonych do pisma uzupełniającego), Zamawiającego (wyjaśnień PIIB dotyczących zakresu uprawnień budowlanych załączonych do odpowiedzi na odwołanie) oraz Przystępującego (końcowego świadectwa wykonania robót oraz faktury załączonych do pisma procesowego) na okoliczności wskazane odpowiednio przez Strony i Uczestnika postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych na zadaniu pn. „Budowa żłobka gminnego w Czarnym Borze.” Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Części 2 SWZ oraz dokumentacji projektowej stanowiącej integralną część SWZ.

Zgodnie z pkt 4.4.1) lit. a) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego zgodnie z art. 112 ust. 2, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

- Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał/zakończył w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, remoncie, przebudowie, rozbudowie lub odbudowie (w rozumieniu art. 3 ustawy Prawo budowlane) budynku kubaturowego o minimalnej powierzchni zabudowy 500 m² każda z robót budowlanych.

Przez jedną robotę budowlaną Zamawiający rozumie robotę wykonaną na podstawie jednej umowy lub jednego zadania inwestycyjnego.

- Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub ma możliwość dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

kierownikiem budowy:

posiadającym ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, wydanymi zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego

Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. 2021 r. poz. 1646); minimalne doświadczenie: 4 lata od uzyskania uprawnień; będącym członkiem właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;

kierownikiem robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych:

posiadającym ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych obejmujące swym zakresem zakres prac objętych zamówieniem, wydanymi zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. 2021 r. poz. 1646); minimalne doświadczenie: 2 lata od uzyskania uprawnień; będącym członkiem właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;

kierownikiem robót instalacyjnych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych:

posiadającym ważne uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych obejmujące swym zakresem zakres prac objęty zamówieniem, wydanymi zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo budowlane oraz ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (t.j. Dz. U. 2021 r. poz. 1646); minimalne doświadczenie: 2 lata od uzyskania uprawnień; będącym członkiem właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

Zamawiający dopuszcza łączenie funkcji pod warunkiem posiadania odpowiednich kwalifikacji i doświadczeń budowlanych przez daną osobę

Ocena spełnienia ww. warunków przez Wykonawców będzie dokonywana wg zasady:

spełnia/ nie spełnia, na podstawie przedłożonych przez Wykonawców oświadczeń i dokumentów. Z treści dokumentów musi jednoznacznie wynikać, iż Wykonawca spełnił warunki jak wyżej.

W pkt 5.5.5) SWZ Zamawiający wskazał, iż przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu:

- a) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty – Załącznik Nr 5;
- b) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji niniejszego zamówienia, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacją na temat ich uprawnień i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tym osobami – Załącznik Nr 6;
- c) oświadczenia, że osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi posiadają wymagane uprawnienia – Załącznik Nr 7.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty - Odwołującego z ceną 9 899 040,00 zł brutto oraz Przystępującego z ceną 9 471 000,00 zł brutto.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dnia 3 sierpnia 2022 r. do złożenia wskazanych w SWZ podmiotowych środków dowodowych, wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych, w którym w poz. 1 wskazał roboty budowlane „Budowę przedszkola 10-oddziałowego w systemie Generalnego Wykonawstwa pod klucz” we Wrocławiu przy ul. Rezedowej 80, o wartości 6 580 500,00 zł, realizowane w okresie 09.2019-08.2021 na rzecz AGLEC A.L., zaś w poz. 2 wskazał roboty budowlane „Budowa zespołu budynków mieszkalnych system Generalnego Wykonawcy” we Wrocławiu przy ul. Fryzjerskiej o wartości 4 320 000,00 zł, realizowane w okresie IV.2020-III.2021 na rzecz BNAD Sp. z o.o. W odniesieniu do poz. 1 Przystępujący złożył referencje podpisane przez Inspektora Nadzoru potwierdzające, że Przystępujący był generalnym wykonawcą budynku usługowego przy ul. Rezedowej 80 we Wrocławiu. W referencjach

wskazano m.in. powierzchnię zabudowy, wskazano też, iż prace zakończono w sierpniu 2021 r., a 31.08.2021 r. generalny wykonawca uzyskał prawomocne ostateczne pozwolenie na użytkowanie obiektu oraz potwierdzono ich należyte wykonanie.

Przystępujący złożył również wykaz osób, w którym wskazał: na stanowisko kierownika budowy -M.K, 23 lata doświadczenia od uzyskania uprawnień, uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń nr 170/99/DUW z 10.12.1999 r., osoba będąca w dyspozycji wykonawcy; na stanowisko kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - M.S. , 19 lat doświadczenia od uzyskania uprawnień, uprawnienia do kierowania robotami instalacyjnymi, osoba oddana do dyspozycji przez inny podmiot; na stanowisko kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych –B.F. , 31 lat doświadczenia od uzyskania uprawnień, uprawnienia do kierowania robotami w zakresie sieci i instalacji elektroenergetycznych, osoba oddana do dyspozycji przez inny podmiot.

Przystępujący złożył także wówczas oświadczenie o posiadaniu wymaganych uprawnień według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ.

Zamawiający w dniu 5 października 2022 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp do poprawienia /uzupełnienia/wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, wskazując, iż powziął następujące wątpliwości:

- 1) wykaz robót budowlanych (załącznik nr 5 do SWZ) – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – należy złożyć podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu robót budowlanych obejmujący realizację robót wymaganych przez Zamawiającego, tj. co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, remoncie, przebudowie, rozbudowie lub odbudowie (w rozumieniu art. 3 ustawy Prawo budowlane) budynku kubaturowego o minimalnej powierzchni zabudowy 500 m² każda z robót budowlanych. Ze złożonego wykazu robót budowlanych wynika, że Wykonawca zrealizował jedną budowę spełniającą warunki postawione przez Zamawiającego (budowa przedszkola 10-oddziałowego), natomiast druga z inwestycji polega na budowie zespołu budynków mieszkalnych o łącznej powierzchni zabudowy 696,20 m², co nie potwierdza wymagań określonych przez Zamawiającego w treści SWZ;
- 2) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 6 do SWZ) – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – należy złożyć podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, którymi samodzielnie dysponuje Wykonawca. W treści oferty Wykonawca wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu nie polega na zasobach innych podmiotów, natomiast w wykazie osób Wykonawca określił, że pan M.S. oraz pan

B.F. zostaną mu udostępnieni do dyspozycji przez inny podmiot. Ponadto należy właściwie określić zakres uprawnień osób wskazanych w wykazie, w sposób zgodny z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SWZ. Należy również uzupełnić nr decyzji oraz daty wydania uprawnień wyżej wymienionych osób;

- 3) referencje dotyczące budynku usługowego przy ul. Rezedowej 80 we Wrocławiu – na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp – należy wyjaśnić dlaczego referencje zostały wystawione nie przez faktycznego inwestora lecz przez inspektora nadzoru. Ponadto należy wykazać na rzecz jakiego podmiotu świadczone były roboty budowlane (przedłożone referencje nie określają podmiotu, na rzecz którego zostały wykonane roboty) oraz czy inwestycja, której referencje dotyczą była nadzorowana przez inspektora nadzoru, który podpisał dokument jak wyżej.

Przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie złożył wykaz robót budowlanych, w którym wskazał w poz. 1 te same roboty budowlane co w pierwszym wykazie (budynek usługowy – przedszkole przy ul. Rezedowej 80 we Wrocławiu), zaś w poz. 2 wskazał zadanie „Kantyna Oddział BSH” przy ul. Żmigrodzkiej 143 we Wrocławiu o wartości 1 906 500,00 zł realizowaną w okresie 11.2018-01.2020 na rzecz Swan-Klim P.Ł.. Załączył także referencje pochodzące od Swan-Klim P.Ł. potwierdzające należyłą realizację robót budowlanych. Przystępujący złożył także oświadczenie, w którym wskazał, iż Pan W.S pełnił funkcje Inspektora nadzoru inwestorskiego w trakcie budowy budynku przedszkola 10-oddziałowego przy ul. Rezedowej 80 we Wrocławiu. Zakres obowiązków obejmował kompleksowy nadzór techniczny oraz formalny związany z rozliczaniem inwestycji, podpisywaniem protokołów odbioru technicznego oraz świadectw wykonania robót i protokołów finansowych. Przedłożenie Referencji lub innego dokumentu podpisanego przez Inwestora nie jest możliwe, gdyż właściciel firmy AGLEC A.L. od 06.2021 roku przebywa na stałe poza granicami kraju. Jednocześnie oświadczył, że w razie potrzeby dysponuje innymi dokumentami potwierdzającymi zakres oraz terminy prowadzonej Inwestycji (kopie dzienników budowy, protokoły odbioru technicznego, Świadectwa wykonania robót, faktury przerobowe, itp.).

Ponadto Przystępujący złożył poprawiony wykaz osób, w którym wskazał na stanowisko kierownika budowy - M.K., 23 lata doświadczenia od uzyskania uprawnień, uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, drogowej i mostowej nr ewid. 170/99/DUW z 10.12.1999 r DOŚ/BO/0298/03, osoba będąca w dyspozycji wykonawcy; na stanowisko kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych –M.S. , 13 lat doświadczenia od uzyskania uprawnień, Uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności

instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych nr 369/DOŚ/09; DOŚ/IS/0556/05, osoba będąca w dyspozycji wykonawcy; na stanowisko kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych –B.F. , 38 lat doświadczenia od uzyskania uprawnień, uprawnienia do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów instalacji oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie instalacji elektrycznych, nr upr. 197/84/WBPP, DOŚ/IE/3370/01, osoba będąca w dyspozycji wykonawcy.

Zamawiający w dniu 20 października 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu - oferty Przystępującego, która uzyskała 100 pkt w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert. Oferta Odwołującego otrzymała 97,40 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując brzmienie przepisów ustawy Pzp, których naruszenie zarzucono, należy wskazać, iż zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp 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. 4 ustawy Pzp stanowi, iż 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. Z kolei zgodnie z ust. 5 tego przepisu 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. Ponadto zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji brak odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo iż wykonawca nie spełnił określonego w SWZ wymogu dysponowania kierownikiem robót instalacyjnych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Po pierwsze należy wskazać, iż Odwołujący poza postawieniem tezy, iż uprawnienia pana B.F. nie są tożsame ani też równoważne do wymaganych przez Zamawiającego w treści SWZ, nie przedstawiła argumentacji ani dowodów na jej poparcie. W treści odwołania brak jest jakiegokolwiek wyjaśnienia dlaczego – zdaniem Odwołującego - uprawnienia pana F. (których treścią Odwołujący dysponował) nie stanowią uprawnień budowlanych wskazanych w treści warunku udziału w postępowaniu, tj. uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych obejmujących swym zakresem zakres prac objęty zamówieniem, wydanych zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane lub odpowiadającym im ważnych uprawnień budowlanych, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Nie było sporne, że uprawnienia pana F. zostały wydane 12 września 1984 r. na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 8 poz. 46), czyli na podstawie przepisów obowiązujących w dacie ich wydania, jeszcze przed wejściem w życie ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. Ważność tych uprawnień nie była w postępowaniu odwoławczym kwestionowana. Przedmiotowe uprawnienia zostały wydane w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych. W świetle szczegółowej argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego, popartej wyjaśnieniami Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, wskazującymi, iż uprawnienia wydane na podstawie ww. rozporządzenia z dnia 20 lutego 1975 r. w okresie od 1 kwietnia 1975 r. do 13 stycznia 1989 r. upoważniają do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta lub kierownika budowy w specjalności instalacyjno - inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych obejmują także sieci elektryczne i urządzenia elektroenergetyczne, Izba nie stwierdziła podstaw do uznania, że uprawnienia posiadane przez pana F. nie odpowiadają wymaganiom przez Zamawiającego w treści warunku. Odwołujący stanowiska Zamawiającego nie odparł, nie przedstawił jakiegokolwiek analizy treści kwestionowanych uprawnień ani w kontekście obowiązujących w dacie wydania uprawnień regulacji prawnych, ani w kontekście ważności i zakresu tych uprawnień na gruncie obowiązującego aktualnie stanu prawnego. Nie sposób zatem uznać, aby Odwołujący sprostął ciężarowi dowodowemu w omawianym zakresie.

Po drugie, za chybione Izba uznała stanowisko Odwołującego, iż Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania kierownikiem robót instalacyjnych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych z uwagi na okoliczność, iż pan F. nie posiada uprawnień bez ograniczeń. Z pkt 4.4.1) lit. a) tiret drugie SWZ wprost wynika, iż Zamawiający wymagał posiadania uprawnień bez ograniczeń wyłącznie w odniesieniu do kierownika budowy, a nie kierowników robót. W odniesieniu do kierowników robót Zamawiający wskazał, iż wymaga takich uprawnień, które obejmują swym zakresem zakres prac objęty zamówieniem. Jeżeli zdaniem Odwołującego, pomimo tak sformułowanych postanowień SWZ, oczywistym dla profesjonalnego wykonawcy powinno być to, iż do realizacji przedmiotu zamówienia niezbędne jest posiadanie przez kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, uprawnień bez ograniczeń, to Odwołujący powinien okoliczność tę udowodnić w postępowaniu odwoławczym. Tymczasem stanowisko Odwołującego ograniczone zostało do wskazania, iż o obowiązku takim przesądza „stopień skomplikowania inwestycji”, gdyż „inwestycja ma charakter złożony.” Poprzestanie na tak hasłowym stwierdzeniu niewątpliwie nie może być uznane za dostatecznie wykazujące zasadność zarzutu. Ponadto Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał nawet, aby uprawnienia posiadane przez pana F. faktycznie miały ograniczony zakres, nie przedstawił żadnej szerszej analizy treści tych uprawnień.

Odnosząc się jeszcze do zarzutu nr 1 Izba uzupełniająco wskazuje, iż za bezzasadne uznała twierdzenia Odwołującego o tym, że uzupełniając wykaz Przystępujący nie wskazał na jakiej podstawie dysponuje osobą p. M.K. oraz nie wskazał dat wydania decyzji dotyczących uprawnień dwóch osób. Odwołujący nawet nie sprecyzował, jaki wniosek wywodzi z tak postawionych tez, poprzestał jedynie na przywołaniu tych okoliczności. Ponadto w świetle powszechnie dostępnych informacji oczywistym jest, iż p. M.K. pełni funkcję prezesa zarządu Przystępującego, wobec czego dysponowanie tą osobą niewątpliwie ma charakter bezpośredni, co zresztą znalazło odzwierciedlenie w uzupełnionym na wezwanie wykazie osób. Sam zaś brak wskazania dat uprawnień kierowników robót w wykazie osób jest o tyle bez znaczenia, że Odwołujący nie kwestionował okoliczności, iż wymienieni w wykazie kierownicy robót posiadają doświadczenie krótsze niż wymagane w SWZ dwa lata. Ponadto rok wydania uprawnień jest możliwy do ustalenia już na podstawie samego numeru decyzji nadającej uprawnienia, a także w świetle informacji podanych w kolumnie „Doświadczenie w latach od uzyskania uprawnień.”

Nie potwierdził się także zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Odwołujący stwierdził, iż skoro złożony przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 października 2022 r. wykaz osób zawiera rozbieżności w stosunku do pierwotnie przedstawionego, to okoliczność ta powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Okoliczność, że Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie poprawił omyłki w wykazie osób i uszczegółowił informacje tam zawarte w zakresie posiadanych przez kierowników robót uprawnień i doświadczenia, nie wskazuje automatycznie na nierzetelność uzupełnionych danych. Instytucja wezwania, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, służy przede wszystkim temu, aby nie eliminować wykonawców z postępowania wyłącznie z przyczyn formalnych, lecz by mieli oni szansę uzupełnić niekompletne oświadczenia lub podmiotowe środki dowodowe, czy też poprawić je jeśli zawierają błędy. Może bowiem zdarzyć się tak, że wykonawca przeoczy konieczność złożenia określonych dokumentów, przedstawienia określonych informacji czy też po prostu pomyli się uzupełniając dane, pomimo iż materialnie warunki udziału w postępowaniu spełnia. Izba nie stwierdziła podstaw do uznania, że w odniesieniu do wykazu osób złożonego przez Przystępującego zachodziły wątpliwości. Podnoszona w odwołaniu kwestia poprawienia w wykazie osób liczby lat doświadczenia kierowników robót pozostaje bez znaczenia z perspektywy oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jako że Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia dwuletniego, a każda z osób wskazanych w wykazie na stanowisko kierownika robót posiada doświadczenie znacznie przekraczające ten okres, co nie było przez Odwołującego kwestionowane. Podana liczba lat doświadczenia po uzyskaniu uprawnień koreluje także z datami wydania tych uprawnień. Trudno stwierdzić, co konkretnie miałyby w takiej sytuacji wzbudzić wątpliwości Zamawiającego.

Podobnie rzecz się ma jeśli chodzi o kwestię dysponowania osobami wskazanymi w wykazie osób na potrzeby realizacji umowy. Odwołujący – poza powołaniem się na sam fakt poprawienia przez Przystępującego danych w wykazie - nie wskazał, co powinno powodować powstanie u Zamawiającego obiektywnie uzasadnionych wątpliwości w zakresie dysponowania osobami podanymi w wykazie. Zamawiający zwrócił się już uprzednio do wykonawcy o poprawienie wykazu osób z uwagi na to, że nie korelował on z treścią oświadczenia, iż Przystępujący nie będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego. Przystępujący poprawił wykaz osób, eliminując istniejące rozbieżności. Odwołujący nie podważył prawdziwości złożonego oświadczenia wskazującego, że Przystępujący na potrzeby realizacji zamówienia będzie dysponował osobami wskazanymi w wykazie osób na stanowisko kierowników robót w sposób bezpośredni. Przy czym słusznie podnosił

Przystępujący, iż nie miał on obowiązku zatrudnienia w oparciu o umowę o pracę osób wskazanych w wykazie już na etapie składania ofert. Dla uznania, że Przystępujący dysponuje osobami wskazanymi na stanowiska kierowników robót w sposób bezpośredni na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, wystarczające jest, że osoby te zobowiązały się względem Przystępującego, iż w przypadku wyboru jego oferty zawrą z nim stosowną umowę, w tym wypadku – w świetle deklaracji Przystępującego – umowę o pracę. Tym samym za bezzasadny uznać należy także zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, jako że zwrócenia się przez Zamawiającego do ZUS o udzielenie informacji co do daty zgłoszenia kierowników robót wskazanych w wykazie osób jako pracowników do ubezpieczeń przez Przystępującego, czego domagał się Odwołujący, byłoby bezprzedmiotowe.

Zarzut nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie inwestycji realizowanej pod nazwą „Budowa nowej kantyny na terenie oddziału spółki BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu”, podlegał oddaleniu jako nieuzasadniony.

Argumentacja podniesiona w odwołaniu oparta została na twierdzeniu, iż referencje dotyczące ww. inwestycji zostały wystawione przez firmę SWAN Klim P.Ł., nie zaś przez inwestora - BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, stwierdzając, iż Przystępujący był uprawniony do posłużenia się tymi referencjami. Nie było okolicznością sporną to, że firma SWAN Klim P.Ł. była generalnym wykonawcą ww. robót budowlanych wskazanych przez Przystępującego w wykazie robót. Podobnie brak było sporu co do faktu, iż Przystępujący był podwykonawcą, który zrealizował przedmiotowe roboty budowlane. Przystępującego łączył stosunek zobowiązaniowy z firmą SWAN Klim P.Ł. i to ta firma została wskazana w wykazie robót jako podmiot, na rzecz którego wykonano roboty budowlane. Działanie takie było na gruncie przepisów ustawy Pzp i aktów wykonawczych do tej ustawy prawidłowe. Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wraz z załączeniem „dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.” Rozporządzenie mówi zatem o referencjach bądź innych dokumentach sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane. Odwołujący dokonał nieprawidłowej,

zawężającej interpretacji pojęcia „podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane,” ograniczając je wyłącznie do inwestora. Ograniczenie takie nie wynika z treści przywołanego przepisu. Podmiot, który realizował roboty budowlane jako podwykonawca, może co do zasady posłużyć się referencjami wystawionymi zarówno przez generalnego wykonawcę, jako i przez inwestora (o ile oczywiście inwestor posiada dostateczną wiedzę na temat należytego wykonania robót budowlanych przez podwykonawcę, kompleksową wiedzą w tym przedmiocie dysponuje bowiem przede wszystkim generalny wykonawca).

Za bezzasadny Izba uznała zarzut nr 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Przystępującego do przedłożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia o posiadaniu wymaganych uprawnień, pomimo iż środek ten był wymagany zgodnie z treścią SWZ. Oświadczenie, że osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi posiadają wymagane uprawnienia – Załącznik Nr 7, wymagane w świetle pkt 5.5.5) lit. c) SWZ, zostało przez Przystępującego złożone w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wystosowane na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, co wynika jednoznacznie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego. Tym samym twierdzenie Odwołującego, jakoby Przystępujący nie złożył takiego oświadczenia, jest w świetle ustalonego przez Izbę stanu faktycznego nieprawdziwe, wobec czego przedmiotowy zarzut podlega oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w piśmie z dnia 25 października 2022 r. uzupełniającym odwołanie (zarzuty nr 6-8), Izba stwierdziła, iż z uwagi na okoliczność, że pismo to wpłynęło do Prezesa Izby w ustawowym terminie na wniesienie środka ochrony prawnej i dochowane zostały wymogi formalne w postaci konieczności przekazania jego kopii Zamawiającemu, przedmiotowe zarzuty podlegały rozpoznaniu, niemniej nie zostały one udowodnione. W ocenie Izby zarzuty te miały charakter wyłącznie spekulatywny.

Stanowisko Odwołującego, jakoby zachodziła podstawa z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do wezwania Przystępującego do przedłożenia referencji oraz wykazu robót budowlanych dotyczących inwestycji faktycznie zrealizowanych przez Przystępującego, zostało oparte wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego, iż wykonawcą robót referencyjnych była spółka komandytowa, której komplementariuszem jest Przystępujący, a nie sam Przystępujący. Odwołujący nie udowodnił stawianych tez. Trudno uznać za uzasadniające podnoszone wątpliwości powoływanie się przez Odwołującego na sprawozdania finansowe Przystępującego za rok 2018 i 2019 w sytuacji, gdy oba zadania wskazane w wykazie robót zakończyły się w okresie późniejszym (w 2020 i w 2021 roku). Dla przykładu inwestycja z poz. 1 wykazu została rozpoczęta dopiero w czerwcu 2019 r., a zakończona w sierpniu 2021 r. Brak jest także szczegółowych danych co do etapów realizacji tych robót budowlanych

oraz warunków płatności wynagrodzenia, które można byłoby odnieść do danych wynikających ze sprawozdań finansowych. Natomiast złożone przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia referencje dla obu robót budowlanych podanych w wykazie wskazują jednoznacznie, iż ich wykonawcą był Przystępujący, a nie spółka komandytowa, w której Przystępujący jest komplementariuszem. Okoliczność ta znajduje potwierdzenie także w dowodach załączonych do pisma procesowego Przystępującego (świadectwo wykonania robót, faktura). Tym samym w ocenie Izby na gruncie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego brak było podstaw do stwierdzenia, iż Przystępujący nie był uprawniony do posłużenia się wskazanymi w wykazie robotami budowlanymi, co obligowałoby Zamawiającego do wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (zarzut nr 6). Nie wykazano też, zdaniem składu orzekającego, iż po stronie Zamawiającego powinny powstać uzasadnione obiektywnie wątpliwości skutkujące wezwaniem Przystępującego do wyjaśnień w oparciu o art. 128 ust. 4 ustawy Pzp (zarzut nr 8) lub zwróceniem się do podmiotów, na rzecz których wykonano roboty budowlane, na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, o przedstawienie informacji na temat tego, jaki podmiot realizował roboty budowlane (zarzut nr 7).

Uzupełniając Izba wskazuje, iż nie jest zrozumiałe przedstawianie przez Odwołującego w uzasadnieniu zarzutu nr 7 okoliczności dotyczących kwestii wystawienia referencji przez właściwe podmioty, w sytuacji gdy podstawą faktyczną zarzutu było to, czy referencyjne roboty budowlane wykonał Przystępujący czy spółka komandytowa, której jest komplementariuszem. Nie korelują one z zawartym w piśmie wnioskiem o zwrócenie się do firmy AGLEC A.L. oraz BSH Sprzęt Gospodarstwa Domowego sp. z o.o. Oddział we Wrocławiu o wyjaśnienie, czy roboty budowlane realizował Przystępujący. Nie jest przy tym w ocenie Izby zasadne twierdzenie, iż Przystępujący nie mógł posłużyć się referencjami dotyczącymi budowy przedszkola przy ul. Rezedowej 80 we Wrocławiu podpisanymi przez inspektora nadzoru. Odwołujący nie podważył wiarygodności złożonego przez Przystępującego wraz z wykazem robót budowlanych oświadczenia o braku możliwości uzyskania referencji od firmy AGLEC A.L., sam wydruk z CEIDG dla ww. podmiotu złożony przez Odwołującego jako dowód w żaden sposób nie poddaje w wątpliwość twierdzeń Przystępującego. Dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych został podpisany przez osobę, która w imieniu inwestora nadzorowała przedmiotowe roboty budowlane przez cały ich okres realizacji (co nie było przez Odwołującego kwestionowane i co potwierdza też złożone przez Przystępującego świadectwo wykonania robót) i trudno odmówić takiemu dokumentowi rzetelności. W odniesieniu zaś do twierdzeń Odwołującego dotyczących referencji wystawionych przez firmę SWAN Klim P.Ł., Izba odsyła do uzasadnienia przedstawionego powyżej w zakresie zarzutu nr 4 odwołania.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania w łącznej wysokości 4 936 zł 07 gr, stanowiące uzasadnione wydatki poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz noclegu. Jednocześnie Izba wskazuje, iż określona w § 5 pkt 2 lit. b) ww. Rozporządzenia kwota 3 600 zł stanowi maksymalną, możliwą do zasądzenia, kwotę z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, wobec czego podana w złożonej przez Zamawiającego fakturze VAT kwota za zastępstwo prawne została ograniczona do przewidzianej przepisami prawa kwoty maksymalnej. Tym samym łączna wysokość kosztów postępowania zasądzona na rzecz Zamawiającego jest niższa od wartości wskazanej przez pełnomocnika Zamawiającego w złożonym spisie kosztów.

Przewodniczący: