

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2018 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. z siedzibą w Warszawie, POLIMEX BUDOWNICTWO sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Siedlcach, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie, przy udziale wykonawcy WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa Muzeum Sztuki Nowoczesnej”, zwane dalej „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 kwietnia 2018 r., pod nr 2018/S 059-129605.

20 lipca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – IDS BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. z siedzibą w Warszawie, POLIMEX BUDOWNICTWO sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Siedlcach (dalej „Odwołujący”), w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania, jako wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania jako wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z Postępowania jako wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, w wyniku czego Zamawiający niesłusznie wykluczył Odwołującego z Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

oraz ewentualnie:

5. art. 26 ust. 4 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu, wskazanych w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b)

oraz w Rozdziale XI ust. 2 pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);

6. art. 26 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ oraz w Rozdziale XI ust. 2 pkt 3 SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania;
2. zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w Postępowaniu, która to czynność ewentualnie mogłaby być poprzedzona:
 - 2.1. wezwaniem Odwołującego do uzupełnień lub wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, określonego w rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ
 - 2.2. wezwaniem Odwołującego do uzupełnień lub wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale XI ust. 2 pkt 3 SIWZ.

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący swoimi wyjaśnieniami nie starał się wprowadzić Zamawiającego w błąd przez swoje niedbalstwo i nie podał nieprawdziwych informacji, wobec czego nie powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp. W wyniku zaniechań Zamawiającego, Odwołujący został niesłusznie pozbawiony możliwości potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, złożenia oferty oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący przytoczył następujące okoliczności stanu faktycznego:

W dniu 10 lipca 2018 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, jako podstawę wskazując art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełniania następujących warunków:

- a) opisanego w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ, tj. wykazania się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu (a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie) robót budowlanych w zakresie budowy co najmniej 3 nowych budynków użyteczności publicznej o wymaganych (dla każdego z budynków) parametrach:
 - wartości robót nie mniejszej niż 80.000.000,00 zł netto;

– obiekt oddano do użytkowania – wydano pozwolenie na użytkowanie.

Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem obejmującym wyłącznie budowę nowego budynku z wyłączeniem odbudowy, rozbudowy, remontu, modernizacji czy nadbudowy;

- b) opisanego w Rozdziale XI ust. 2 pkt 3 SIWZ, tj. dysponowania w składzie zespołu wyznaczonego do wykonywania przedmiotowego zamówienia, osobą Kierownika robót w zakresie technologii Betonu Architektonicznego, posiadającego doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Robót przy realizacji minimum 2 inwestycjach kubaturowych, gdzie w ramach każdej ze wskazanych inwestycji był bezpośrednio odpowiedzialny za wykonanie minimum 100 m² jednolitej powierzchni eksponowanej ściany betonowej z betonu architektonicznego o gr. min 18 cm.

I. Zarzuty związane ze spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ

W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z Postępowania, w zakresie dotyczącym ww. warunku, Zamawiający wskazał, że Odwołujący na potwierdzenie jego spełniania przedstawił 3 roboty:

- a) Budowę Laboratorium Centralnego w Warszawie;
- b) Budowę budynku Centralnego Uniwersalnego Sklepu Handlowego przy ul. Bohdana Chmielnickiego w Kijowie;
- c) Budowę centrum handlowo-rozrywkowego z parkingami samochodowymi przy ul. Suchomłyńskiego w Łucku.

Zamawiający kwestionuje wyłącznie jedną ze wskazanych wyżej referencyjnych inwestycji, tj. budowę budynku Centralnego Uniwersalnego Sklepu Handlowego przy ul. Bohdana Chmielnickiego w Kijowie. W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie ocenił charakter inwestycji, wskutek czego w sposób nieuprawniony uznał, jakoby robota ta nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, określonego w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ.

Niezależnie od powyższego, dodatkowo, należy zwrócić uwagę na okoliczność, że Zamawiający pomija fakt wskazania przez Odwołującego w złożonym wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu inwestycji pn. „Budowa Europejskiego Centrum Solidarności w Gdańsku” (strona 00056 wniosku). Inwestycja ta została co prawda zaprezentowana w celu uzyskania punktów w ramach kryterium selekcji, opisanego w Rozdziale XV ust. 5 pkt 1) SIWZ, jednakże spełnia również warunek udziału w Postępowaniu określony w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ.

Wszelkie dane pozwalające na ocenę tej inwestycji jako spełniającej warunek udziału określony w Rozdziale XV ust. 5 pkt 1) SIWZ zostały podane we wniosku. I tak, Zamawiający dysponuje następującymi informacjami:

- a) w zakresie opisu wykonanych prac: budowa nowego budynku użyteczności publicznej należącego do klasy PKOB 1262;
- b) w zakresie wartości robót: 136.132.884,23 zł;
- c) w zakresie daty wykonania: 1 października 2014 r.;
- d) w zakresie wydania pozwolenia na użytkowanie: TAK;
- e) w zakresie potwierdzenia należytego wykonania: załączone do wniosku Świadectwo Przejęcia (strona 000059 wniosku).

Jest to o tyle istotne, że w tej sytuacji daleko wątpliwa wydaje się możliwość zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Nawet bowiem jeżeli uznać, że Odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego – co Odwołujący kwestionuje – to nie zaistniała niezbędna przesłanka wskazana w tym artykule, tj. informacje te nie mogły mieć istotnego wpływu na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu. W Postępowaniu złożonych zostało 5 wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Zgodnie z Rozdziałem XV ust. 4 SIWZ, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w Postępowaniu będzie mniejsza lub równa 10 (dziesięć), Zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich wykonawców. Dlatego też Zamawiający, oceniając – na podstawie informacji znajdujących się we wniosku Odwołującego – spełnianie przez Odwołującego warunku udziału określonego w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ mógł brać pod uwagę zarówno inwestycję pn. „Budowa budynku Centralnego Uniwersalnego Sklepu Handlowego przy ul. Bohdana Chmielnickiego w Kijowie”, jak i inwestycję pn. „Budowa Europejskiego Centrum Solidarności w Gdańsku”, a efekt byłby ten sam, tj. Odwołujący wykazałby się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu robót budowlanych w zakresie budowy co najmniej 3 nowych budynków użyteczności publicznej o wymaganych (dla każdego z budynków) parametrach.

Należy również podkreślić, że pomimo wskazania, jako podstawy podlegania przez wykonawcę wykluczeniu z Postępowania, również art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, Zamawiający *de facto* jako zastosowany wskazuje art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Pisze on bowiem o niedbalstwie (a nie o rażącym niedbalstwie). W ocenie Odwołującego to na Zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, że działanie Odwołującego było zamierzonym działaniem lub rażącym niedbalstwem, a z takim nie mamy do czynienia. W przywołanym przez Zamawiającego wyroku KIO/UZP 1223/09, na którym Zamawiający zdaje się opierać całą argumentację dotyczącą wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp mowa jest

o konieczności dołożenia szczególnej staranności przez wykonawców. Jednakże zgodnie z wyrokiem KIO 2151/17 z dnia 30 października 2017 r. „W odniesieniu do informacji dotyczących podstaw wykluczenia (kryteriów kwalifikacji) ustawodawca wymaga cięższego wykroczenia, aniżeli niedbalstwo, czy też brak staranności, wskazując w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. na konieczność wykazania, iż wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem rażącego niedbalstwa lub celowego działania wykonawcy”. Natomiast niewykazanie, czy też brak możliwości wykazania, przez zamawiającego okoliczności określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp uniemożliwia uruchomienie jego dyspozycji (tak: Izba w wyroku z dnia 6 kwietnia 2017 r. KIO 544/17, KIO 551/17). Jednoznaczne informacje, które Odwołujący posiadał w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, nie dawały żadnych podstaw do stwierdzenia, że w ramach kwestionowanej przez Zamawiającego inwestycji zostały wykonane roboty budowlane inne niż polegające na budowie nowego budynku użyteczności publicznej. Nie sposób więc uznać, a i również Zamawiający w żadnym stopniu nie wykazał, że doszło do zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa czy też Odwołujący dopuścił się lekkomyślności lub niedbalstwa.

Niezależnie od powyższego, w przypadku hipotetycznego uznania, że Odwołujący nie wykazał spełniania wspomnianego warunku, Zamawiający winien skierować do niego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że Zamawiający jest pozbawiony tej możliwości w związku ze skierowaniem wezwania w dniu 8 czerwca 2018 r. Wezwanie to dotyczyło wyłącznie niezłączonej do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu referencji. Fakt, że Zamawiający w treści tego wezwania wskazał na konieczność uzupełnienia zarówno referencji jak i wykazu robót, pozostaje bez znaczenia. Jak podnosił Odwołujący w piśmie z dnia 11 czerwca 2018 r. wezwanie w części dotyczącej wykazu robót było bezpodstawne.

Z brzmienia art. 26 ust. 3 Pzp wynika, że ma on zastosowanie do:

- a) dokumentów niezłożonych z wnioskiem bądź z ofertą; bądź
- b) dokumentów złożonych z wnioskiem bądź z ofertą, jednakże niekompletnych, zawierających błędy lub budzących wskazane przez Zamawiającego wątpliwości.

Z treści wezwania z dnia 8 czerwca 2018 r. jednoznacznie wynika, że Zamawiający wzywa do uzupełnienia brakującego dokumentu, tj. referencji. Zamawiający nie wskazuje na jakąkolwiek niekompletność, czy też jakiegokolwiek błędy bądź wątpliwości w zakresie dokumentu wykazu robót, który był załączony do wniosku. Tylko w takim przypadku można byłoby uznać, że Zamawiający miał jakąkolwiek podstawę do skierowania wezwania do uzupełnienia również dokumentu wykazu robót, a Odwołujący był zobowiązany do jego przedłożenia. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że w ramach uzupełnienia referencji Odwołujący nie przedstawił żadnych dokumentów, czy też jakichkolwiek informacji,

modyfikujących treść załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wykazu robót.

Mając na uwadze powyższe, należy uznać, iż Zamawiający nie był uprawniony do wykluczenia Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp, w związku z warunkiem udziału określonym w rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ.

II. Zarzuty związane ze spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale XI ust. 2 pkt 3 SIWZ

W pkt 3 pisma z dnia 10 lipca 2018 r. Zamawiający wskazał, jakoby Odwołujący „ponownie starał się wprowadzić Zamawiającego w błąd swoimi wyjaśnieniami i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16) i 17)”. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający oświadczył, że w dniu 28 czerwca 2018 r., podczas czynności związanych z weryfikowaniem doświadczenia kierownika robót dotyczących betonu architektonicznego, zwrócił się do Odwołującego o wskazanie gdzie w budynku Szpitala Sióstr Elżbietanek w Warszawie przy ul. Goszczyńskiego, znajduje się ściana z betonu architektonicznego. Dalej Zamawiający pisze, że „w podanej przez Wykonawcę lokalizacji na poziomie -1 i -2 budynku, znajduje się ściana z betonu architektonicznego pomalowana na kolor biały. Mając na uwadze powyższe, nie można uznać, że przedmiotowa ściana jest – zgodnie z wymogami SIWZ – ścianą betonową eksponowaną. Warunek ekspozycji betonu architektonicznego nie jest spełniony w sytuacji, w której eksponowana powierzchnia jest pokryta farbą”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo przeprowadził ocenę spełniania warunku opisanego w Rozdziale XI ust. 2 pkt 3 SIWZ, wskutek czego w sposób nieuprawniony uznał go za niespełniony przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z warunkiem udziału w Postępowaniu, Zamawiający wskazał, że za beton architektoniczny uzna powierzchnię betonową eksponowaną, wykonaną z zachowaniem odpowiedniej techniki umożliwiającej osiągnięcie oczekiwanego przez Projektanta lub Inwestora założonego efektu estetycznego, w tym o sprecyzowanej fakturze, barwie, kształcie dla danej powierzchni. Natomiast za ścianę betonową z betonu architektonicznego Zamawiający uznaje ścianę zbrojną, wykonaną, wylaną w całości na miejscu posadowienia, nie prefabrykowaną, nie wykonaną z okładzin betonowych, która nie została wykonana także inną techniką, Zamawiający dopuszcza, aby tylko jedna strona ściany była powierzchnią eksponowaną z betonu architektonicznego.

Uważna lektura wymogu określonego przez Zamawiającego, jak i uzasadnienia wykluczenia Odwołującego, wskazuje na odmienne stanowisko Zamawiającego w tej samej materii. W piśmie z dnia 10 lipca 2018 r. Zamawiający informuje z jednej strony, że we

wskazanych przez Odwołującego lokalizacjach znajduje się „ściana z betonu architektonicznego”, czym niejako potwierdza spełnianie warunków postawionych przez siebie jako uwaga w Rozdziale XI ust. 2 pkt 3 SIWZ, natomiast z drugiej – kwestionuje ekspozycję ściany betonowej, co traktuje już jako niespełnienie warunku udziału w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, kwestią sporną wydaje się być interpretacja określenia „ekspozycji” betonu architektonicznego. Podkreślenia wymaga, że brak jest jakiegokolwiek definicji betonu architektonicznego a tym bardziej betonu architektonicznego eksponowanego. Brak jest również jakiegokolwiek polskiego dokumentu odniesienia w tym zakresie. Konsekwencją braku dokumentów normowych jest brak jednoznacznej definicji technicznej bądź prawnej betonu architektonicznego. Można jedynie odnieść się do definicji słownikowej, zgodnie z którą eksponować oznacza pokazywać, wystawiać na widok publiczny. Skoro zatem Zamawiający mógł ocenić, że wskazane przez Odwołującego ściany są wykonane z betonu architektonicznego, trudno uznać, że nie są one wystawione na widok publiczny. Skoro intencją Zamawiającego było, aby ściana z betonu architektonicznego nie była zamalowana, mógł to jednoznacznie określić w SIWZ. Jest to istotne mając na uwadze dokładność z jaką Zamawiający opisał co uzna za ścianę betonową z betonu architektonicznego oraz co uzna za beton architektoniczny. Przyjęcie prezentowanego obecnie stanowiska Zamawiającego, które stanowi interpretację zawężającą warunku udziału w Postępowaniu, jest niedopuszczalne. Podkreślić również trzeba, że Zamawiający dość powierzchownie zbadał spełnianie przez Odwołującego warunku określonego w rozdziale XI ust. 2 pkt 3 SIWZ. W szczególności nie wezwał Odwołującego do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień w związku z powstałymi wątpliwościami co do faktu spełniania przez Odwołującego warunku związanego ze ścianą z betonu architektonicznego, bądź też do uzupełnień w tym zakresie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, uzasadniając wniosek w następujący sposób.

I. Wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów

Zamawiający potwierdził, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobligowany jest do weryfikacji przedłożonych wniosków o dopuszczenie do udziału, zarówno pod kątem poprawności formalnej, jak i z punktu widzenia merytorycznych warunków postawionych wykonawcom w aspekcie wiedzy, doświadczenia oraz zdolności do realizacji zamówienia.

W zakresie warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający oczekiwał wykazania przez wykonawców doświadczenia obejmującego realizację m. in. co najmniej jednego budynku użyteczności publicznej należącego do klasy PKOB 1261 (z wyłączeniami), oraz co najmniej trzech różnych budynków użyteczności publicznej – o wartości robót budowlanych

nie mniejszej niż 80 mln zł netto dla każdego z nich. Dodatkowo Zamawiający wyraźnie wskazał (Rozdział XI ust. 2 pkt 1 SIWZ), że budynki wykazywane przez wykonawców na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, muszą być w całości budynkami nowopowstałymi:

„Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem obejmującym wyłącznie budowę nowego budynku z wyłączeniem odbudowy, rozbudowy, remontu, modernizacji czy nadbudowy”

Tak skonstruowany warunek udziału w Postępowaniu był obowiązujący dla wszystkich wykonawców biorących w nim udział. Dodać należy, że warunek ten – w zakresie wyłączenia możliwości legitymowania się budynkiem z elementami odbudowy, modernizacji itp. – nie był kwestionowany, jak również nie był przedmiotem pytań, co należy odbierać jako potwierdzenie, że warunek ten jest postawiony w sposób prawidłowy i czytelny dla wykonawców.

W Rozdziale XI SIWZ Zamawiający wskazał, że w załączeniu do JEDZ wykonawca zobowiązany jest przedłożyć dowody „określające, czy roboty budowlane (wskazane na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu oraz na wykazanie kryteriów selekcji) zostały wykonane należycie”.

Powyższe sformułowanie wyraźnie wskazuje, że wykaz robót przedstawionych na spełnienie warunków, potwierdzenie należytego wykonania tych robót (referencje) oraz pozostałe dokumenty związane z wykazaniem robót (pełnomocnictwa, zobowiązanie do udostępnienia zasobów itp.) stanowią funkcjonalną całość, tj. zasób informacji, który ma odpowiedzieć na pytanie, czy wykonawca spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie, z uwagi na specyficzne wymagania postawione przez Zamawiającego obiektom referencyjnych, sprawdzenie każdego z takich budynków pod kątem zgodności z wymogami SIWZ wymagało od Zamawiającego zaangażowania specjalistów z dziedziny architektury i budownictwa. O szczególności takiej weryfikacji świadczyć mogą sporządzone dla Zamawiającego opracowania, na podstawie których skonfrontowano każdy z zaprezentowanych budynków z treścią warunków udziału w Postępowaniu.

W takiej sytuacji całkowicie zrozumiale jest przyjęcie przez Zamawiającego algorytmu postępowania, który zakłada kolejno:

- a) skompletowanie wszelkich dokumentów, których złożenie było wymagane wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu;
- b) weryfikację „formalnych” warunków udziału w Postępowaniu, wynikających z JEDZ oraz dokumentów finansowych;

c) poddanie ocenie eksperckiej ostatecznej wersji wniosków wykonawców (po ewentualnych uzupełnieniach i zmianach w trybie art. 26 ust. 3 Pzp).

Rozwiązanie takie jest przy tym szczególnie uzasadnione z uwagi na fakt, że dokonanie weryfikacji przez ekspertów zaangażowanych przez Zamawiającego wiąże się z poniesieniem znacznych kosztów, zaś Zamawiający jest zobowiązany do maksymalnej racjonalizacji ponoszonych wydatków.

W związku z powyższym, przed dokonaniem merytorycznej analizy dotyczącej parametrów budynków wykazanych na spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, Zamawiający podjął działania zmierzające do ustalenia ostatecznej listy tych obiektów.

W tym kontekście należy zauważyć, że wniosek Odwołującego zawierał jedynie wykaz budynków wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, przy czym były to budynki wykonane przez podmiot, na którego zasoby powoływał się Odwołujący. We wniosku brak było jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego, że budynki te zostały wykonane w sposób prawidłowy, jak również brak było właściwego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby – Altis Construction sp. z o. o. – do udostępnienia zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W takim stanie rzeczy Zamawiający zobligowany był do wystosowania do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, przy czym konwalidacja wniosku w tym trybie mogła nastąpić zarówno przez uzupełnienie referencji i zobowiązania podmiotu trzeciego, jak i poprzez wskazanie innych (w szczególności własnych) obiektów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiający nie miał żadnych podstaw do oszacowania, który z dostępnych sposobów uzupełnienia wniosku wybierze Odwołujący, jak również nie miał prawa narzucać konkretnego rozwiązania Odwołującemu, stąd też z treści wezwania z dnia 8 czerwca 2018 r. wynika jedynie jakie braki występują we wniosku oraz jakie dokumenty muszą być złożone, aby wniosek był kompletny. Wyborem Odwołującego było, czy, w odpowiedzi na wezwanie, złoży ten sam wykaz budynków, uzupełniony o referencje i właściwe zobowiązanie Altis Construction, czy też dokona zmiany budynków referencyjnych. Obydwa rozwiązania były dopuszczalne w świetle treści wezwania.

W tym miejscu należy podkreślić, że w momencie wystosowania przez Zamawiającego wezwania z dnia 8 czerwca 2018 r. Odwołujący miał pełną świadomość, że liczba wniosków złożonych w postępowaniu oznacza rezygnację ze stosowania dodatkowych kryteriów kwalifikacji, a tym samym „uwolnienie” budynków wskazanych w tym zakresie przez Odwołującego, będących realizacjami konsorcjantów, a nie podmiotu trzeciego na potrzebę wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Tym bardziej zatem nie było

podstaw, aby Zamawiający preferował czy sugerował jeden ze sposobów uzupełnienia wniosku przez Odwołującego.

W tym kontekście zarzuty Odwołującego dotyczące rzekomo nieprawidłowej treści wezwania z dnia 8 czerwca 2018 r. są nietrafne. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazał w treści wezwania, że wzywa do przedłożenia kompletnej informacji obrazującej doświadczenie: wykazu budynków, zobowiązania podmiotu trzeciego oraz referencji. Zamawiający nie przesądzał, czy dokumenty te muszą dotyczyć budynków pierwotnie wskazanych we wniosku. W tym zakresie zresztą Odwołujący sam sobie przeczy, twierdząc z jednej strony, że „Wezwanie to dotyczyło wyłącznie niezalążonej do wniosku referencji (...), by w następnym zdaniu podnosić, jakoby „Fakt, że Zamawiający w treści wezwania z dnia 8.06.2018 r. wskazał na konieczność uzupełnienia zarówno referencji jak i wykazu robót, pozostaje bez znaczenia. Jak podnosił Odwołujący w piśmie z dnia 11.06.2018 r. wezwanie w części dotyczącej wykazu robót było bezpodstawne (...)”.

Powyższe wyraźnie wskazuje, że Odwołujący ma pełną świadomość, że był przez Zamawiającego wezwany do uzupełnienia tak wykazu robót, jak i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Subiektywna ocena Odwołującego, czy wezwanie z dnia 8 czerwca 2018 r. w zakresie wykazu robót było uzasadnione czy też nie, nie ma przy tym żadnego znaczenia, ponieważ od treści i zakresu ww. wezwania do uzupełnienia wniosku, Odwołujący się nie odwołał, co czyni czynność Zamawiającego skuteczną.

Na marginesie jedynie należy zasygnalizować, że w przypadku w którym Zamawiający istotnie wezwałby Odwołującego jedynie do uzupełnienia referencji (co w ocenie Zamawiającego byłoby działaniem nieprawidłowym), to w przypadku późniejszej zmiany wykazu budynków na skutek uznania, że jeden z nich nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, możliwość przedstawienia referencji dla „nowego” budynku byłaby wyłączona, co obrazuje niekonsekwencję w wywodach przedstawionych w uzasadnieniu odwołania.

Podsumowując zatem, Zamawiający w dniu 8 czerwca 2018 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia wniosku, zarówno w zakresie wykazu budynków, jak i w zakresie dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów. Tym samym w odniesieniu do warunku doświadczenia Odwołującego, Zamawiający skonsumował jednorazowe uprawnienie płynące z art. 26 ust. 3 Pzp.

II. Brak możliwości skorygowania przez Zamawiającego wykazu budynków potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu

Odnosząc się w dalszej kolejności do twierdzeń wyrażonych w uzasadnieniu odwołania, jakoby Zamawiający „mógł brać pod uwagę [w kontekście spełniania warunków udziału w Postępowaniu] zarówno inwestycję (...) w Kijowie jak i inwestycję pn.

„Budowa Europejskiego Centrum Solidarności w Gdańsku” przedstawioną przez Odwołującego w ramach kryteriów selekcji” należy stwierdzić, że Odwołujący oczekiwał od Zamawiającego wykazania się czynnym działaniem w zakresie nadania ostatecznej treści wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów Pzp.

Należy w tym miejscu zauważyć, że w ramach spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Odwołujący wskazał na inwestycje zrealizowane przez podmiot trzeci, niebędący członkiem konsorcjum Odwołującego, a tym samym oferentem w rozumieniu Pzp. Przyjęcie takiej konstrukcji przez Odwołującego implikowało, w myśl art. 22a ust. 4 Pzp, udział pracowników Altis Construction sp. z o. o. w realizacji robót budowlanych. W konsekwencji, postulowana przez Odwołującego „zamiana” budynków przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków ingerowałaby w przyjęte przez Odwołującego założenia co do faktycznej realizacji robót budowlanych, chociażby w zakresie uczestnictwa Altis Construction sp. z o. o. w realizacji zamówienia. Takie działanie Zamawiającego mogłoby zatem w sposób nieuprawniony ingerować zarówno w zobowiązania kontraktowe Odwołującego oraz podmiotu udostępniającego zasoby, jak również w przewidywany i deklarowany sposób realizacji zamówienia, a więc w treść oferty *sensu largo*.

Kuriozalne jest przy tym czynienie Zamawiającemu zarzutu, że nie dokonał „przeniesienia” inwestycji w Gdańsku z kryteriów selekcji do wykazu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, podczas gdy Odwołujący, będąc do tego uprawnionym zarówno w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8 czerwca 2018 r., jak i z własnej inicjatywy, czy wreszcie w ramach udzielenia wyjaśnień na wezwanie z dnia 27 czerwca 2018 r., sam nie dokonał takiej czynności, nie wnosił o jej wykonanie.

Podnoszenie tego argumentu na etapie odwołania uznać należy za spóźnione, niezależnie od braku uzasadnienia na płaszczyźnie prawnej.

III. Niewykazanie przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu – budowa nowych budynków użyteczności publicznej

W ocenie Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że wbrew deklaracjom Odwołującego, nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia związanego z wybudowaniem nowych budynków użyteczności publicznej.

O ile dwa spośród budynków wskazanych przez Odwołującego, tj. Laboratorium Centralne w Warszawie oraz Centrum Handlowo-Rozrywkowe w Łucku nie budzą wątpliwości Zamawiającego co do spełniania warunków, o tyle Centralny Uniwersalny Sklep Handlowy w Kijowie budził uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia kryterium budowy nowego budynku.

W tym miejscu konieczne jest zwrócenie uwagi na fakt, że Zamawiający w treści SIWZ zamieścił wyraźne zastrzeżenie, że wymaga wykazania się doświadczeniem obejmującym wyłącznie budowę nowego budynku z wyłączeniem odbudowy, rozbudowy, remontu, modernizacji czy nadbudowy. Tak postawiony warunek wskazywał na konieczność przedstawienia inwestycji w całości nowej, według nowego projektu architektonicznego, niezwiązanej z wcześniej istniejącą substancją budowlaną danego budynku, niezależnie od stopnia takiego powiązania. Wyłączenie obejmuje bowiem zarówno przypadki odbudowy (a więc wykonania nowych robót budowlanych, odtwarzających stan wcześniejszy), jak i rozbudowy, remontu i modernizacji (a więc zakładających współwystępowanie w ramach jednego budynku zarówno nowej jak i stałej substancji budowlanej). Tak sformułowany warunek nie był kwestionowany przez wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie publiczne. Wykonawcy nie zadawali również pytań dotyczących interpretacji tych postanowień SIWZ, co nakazuje uznać je za jasne i wyczerpujące i zrozumiałe dla wykonawców.

Jak wynika z opracowania wykonanego na zlecenie Zamawiającego, w oparciu o materiały dostępne w Internecie, Centralny Uniwersalny Sklep Handlowy („TSUM”) w Kijowie został wybudowany w latach 1936-1939, po czym w latach 2012-2017 przeprowadzono jego „całkowitą przebudowę z zachowaniem zabytkowej elewacji”, co stoi w ewidentnej sprzeczności z wymaganą charakterystyką budynku nowego, tym bardziej, że zgodnie z decyzją Komitetu Wykonawczego Rady Miejskiej Kijowa z dnia 21 stycznia 1986 r., nr 49, budynek TSUM został uznany za pomnik architektury i urbanistyki. Fakt urzędowego potwierdzenia zabytkowego charakteru budynku w latach 80' XX w. dobitnie świadczy o tym, że budynek ten nie może być uznany za budynek nowy zrealizowany w okresie 5 lat przed terminem składania wniosków o udział w postępowaniu.

W zaistniałej sytuacji Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień co do charakterystyki budynku TSUM w kontekście obowiązujących warunków udziału w Postępowaniu. W wyjaśnieniach z dnia 3 lipca 2018 r. Odwołujący nie zaprzeczył informacjom wskazanym przez Zamawiającego a jedynie powołał się na informacje otrzymane od podmiotu trzeciego. Cytowane informacje wskazują, jakoby inwestycja była „realizowana w miejscu dawnego budynku Centralnego Uniwersalnego Sklepu Handlowego, który poza pozostawieniem fasady został w całości wyburzony”. Analizując ten fragment wyjaśnień na tle zgromadzonej dokumentacji fotograficznej należałoby uznać inwestycję za przykład odbudowy objętej wyłączeniem przez Zamawiającego.

Co więcej, odnosząc się do pozostawionych ścian frontowych, Odwołujący w wyjaśnieniach wskazuje, że „Budynek został wybudowany za zachowaną zabytkową fasadą, która stanowi element dekoracyjny, ale nie jest elementem konstrukcji

nowopowstałego budynku. Wskazuje to, jakoby zachowana zabytkowa elewacja nie była częścią nowopowstałego budynku, a stanowiła wyłącznie przesłone dekoracyjną bez której budynek byłby w pełni funkcjonalny: mowa jest o budowie „odrębnego budynku, połączonego dodatkowo z zachowaną fasadą”.

Przeprowadzona analiza wskazuje, że powyższe twierdzenia zaprezentowane przez Odwołującego są niezgodne ze stanem faktycznym. Jak wskazali specjaliści, pozostawiona ściana fasady pełni funkcję przegrody zewnętrznej budynku. Przegroda zewnętrzna jest to zintegrowany element budynku. Budynek TSUM łączy zatem w sobie elementy remontu, odbudowy, nadbudowy i rozbudowy. Przede wszystkim jednak – budynek łączy w sobie nową i starą (zabytkową) substancję budowlaną, co zostało przez Zamawiającego wykluczone.

Warto przy tym zauważyć, że Odwołujący w uzasadnieniu odwołania nie polemizuje z tym, że budynek TSUM nie jest budynkiem nowym w rozumieniu SIWZ – nie przedstawia żadnego argumentu przemawiającego za taką tezą, a jedynie broni się, że w momencie składania wniosków informacje jakie posiadał (jak należy rozumieć – szcątkowe) nie dawały podstaw do przyjęcia, że nie jest to budynek nowy w rozumieniu SIWZ.

IV. Niewykazanie przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu – realizacja ścian z betonu architektonicznego

Analogicznie przedstawia się kwestia warunku dotyczącego doświadczenia personelu specjalistycznego obejmującego doświadczenie w realizacji „eksponowanych ścian betonowych” wykonanych z betonu architektonicznego.

Zamawiający zdefiniował pojęcie betonu architektonicznego przez odwołanie się do osiągnięcia „oczekiwanego przez Projektanta lub Inwestora efektu estetycznego, w tym o sprecyzowanej fakturze, barwie, kształcie dla danej powierzchni betonu”.

Warto przy tym nadmienić, że warunek związany z doświadczeniem w zakresie betonu architektonicznego był przedmiotem postępowania przed KIO, a obecne brzmienie SIWZ w tym zakresie jest następstwem m.in. wniesionych odwołań. W toku tego postępowania Zamawiający w sposób szczegółowy wyjaśniał genezę oraz istotę warunku dotyczącego realizacji betonu architektonicznego, wskazując na wykonanie budynku z betonu oraz jego ekspozycję na ogromnej przestrzeni, co wymaga doświadczenia wykonawcy w realizacji ścian betonowych o założonych parametrach wizualnych.

Podkreślenia wymaga również fakt, że interpretacja pojęcia „eksponowana ściana betonowa z betonu architektonicznego” nie budziła wątpliwości wykonawców, o czym świadczy zarówno brak wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ, jak i prawidłowe zinterpretowanie tego terminu przez pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu.

Wspomniane wyżej pojęcie należy odczytywać w sposób, że wymóg eksponowania odnosi do betonu architektonicznego, nie zaś, jak postuluje Odwołujący, do ściany samej w sobie. Biorąc pod uwagę fakt, że ściana co do zasady stanowi przegrodę zewnętrzną lub wewnętrzną pomieszczenia lub budowli, jest ona ze swej istoty zawsze eksponowana. Jeżeli zaś nie ma ścian „nie eksponowanych”, to interpretacja warunku formułowana w uzasadnieniu odwołania prowadzi do rezultatów irracjonalnych i jako taka powinna zostać odrzucona. Skoro celem warunku dotyczącego kierownika robót w zakresie betonu architektonicznego jest gwarancja wykonania należytej jakości betonu architektonicznego, zaś beton architektoniczny zdefiniowano poprzez cechy wizualne samego betonu – o zdefiniowanej fakturze, barwie i kształcie betonu, to doświadczeniem miarodajnym dla Zamawiającego jest wyłącznie realizacja takich ścian, na których widoczna jest faktura, barwa i kształt betonu. Ściana betonowa pokryta jakąkolwiek powłoką (malarską, okładziną lub inną) nie stanowi żadnego potwierdzenia, że kierownik robót ds. betonu architektonicznego prawidłowo wykonał ścianę z betonu architektonicznego, ponieważ nie sposób na jej podstawie zweryfikować, czy pożądany efekt wizualny został osiągnięty.

Z powyższym koresponduje zresztą bezpośrednio treść SIWZ, przytaczana przez Odwołującego, mianowicie „za beton architektoniczny Zamawiający uzna powierzchnię betonową eksponowaną”. Jeżeli zatem ściana betonowa zlokalizowana w Szpitalu Sióstr Elżbietanek w Warszawie jest pokryta powłoką malarską (co nie jest kwestionowane przez Odwołującego), to nie sposób uznać, że jej betonowa powierzchnia jest eksponowana, zatem nie jest to ściana z betonu architektonicznego w rozumieniu SIWZ.

Na tym tle niezrozumiałe są wywody Odwołującego zawarte w uzasadnieniu odwołania, że „brak jest jakiegokolwiek definicji betonu architektonicznego, a tym bardziej betonu architektonicznego eksponowanego”, co Odwołujący sprowadza do braku definicji technicznej lub prawnej, braku normy odniesienia.

„Beton architektoniczny” jest pojęciem z zakresu architektury, a nie prawa, zatem kwestia definicji legalnej nie ma w sprawie żadnego znaczenia. Na gruncie architektonicznym, w celu uniknięcia wątpliwości, Zamawiający wprowadził obowiązującą na gruncie Postępowania definicję betonu architektonicznego, odzwierciedlającą w sposób możliwie precyzyjny, architektoniczną treść tego pojęcia:

„Za beton architektoniczny Zamawiający uzna powierzchnię betonową eksponowaną, wykonaną z zachowaniem odpowiedniej techniki umożliwiającej osiągnięcie oczekiwanego przez Projektanta lub Inwestora założonego efektu estetycznego, w tym o sprecyzowanej fakturze, barwie, kształcie dla danej powierzchni betonu”.

Słusznie stwierdza Odwołujący, że „eksponować” oznacza pokazywać, wystawiać na widok publiczny”. Pokrycie powierzchni betonu powłoką malarską oznacza jej ukrycie, a więc

powierzchnia betonu nie jest eksponowana – ergo, na gruncie definicji zawartej w SIWZ, ściana taka nie może być uznana za ścianę z betonu architektonicznego.

Wobec treści definicji „betonu architektonicznego” zawartej w SIWZ, obejmującej warunek eksponowania powierzchni betonowej, wywody Odwołującego jakoby Zamawiający nie wskazał, że ściana nie może być zamalowana świadczyć mogą jedynie o pobieżnym zapoznaniu się przez Odwołującego z dokumentacją przetargową lub o próbie naginania przepisów SIWZ dla własnych potrzeb Odwołującego.

Nie jest również prawdą, jakoby Zamawiający nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku dotyczącego realizacji ścian betonowych. W dniu 28 czerwca 2018 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień co do lokalizacji betonu architektonicznego w budynku Szpitala Sióstr Elżbietanek, wskazując na warunki jakie muszą być spełnione, aby dana ściana była ścianą z betonu architektonicznego w rozumieniu SIWZ. Skierowanie takiego wezwania w stosunku do jednej z dwóch wymaganych realizacji wyraźnie sugeruje przy tym, że jest ona problematyczna dla Zamawiającego.

Odwołujący w dniu 3 lipca 2018 r. wskazał samodzielnie, które ściany w ww. budynku Zamawiający powinien sprawdzić pod kątem spełniania warunków wynikających z SIWZ i do tych ścian odnosi się ocena Zamawiającego.

Kuriozalne są przy tym zarzuty, jakoby Zamawiający „dość powierzchownie” zbadał spełnienie przez Odwołującego warunku o którym mowa w Rozdziale XI ust. 2 pkt 3 SIWZ. Zamawiający dokonał dwukrotnej wizyty w Szpitalu Sióstr Elżbietanek, w oparciu o wyjaśnienia Odwołującego wykonał dokumentację fotograficzną. Wszystkie wskazane przez Wykonawców realizacje ścian betonowych były przedmiotem wnikliwego badania, co znajduje odzwierciedlenie w opracowaniu sporządzonym przez Zamawiającego. Powyższe świadczy o tym, że Zamawiający przy weryfikacji spełniania warunków dołożył staranności znacznie przewyższającej obowiązujące standardy, czego nie można powiedzieć o przygotowaniu wniosku przez Odwołującego.

V. Wskazanie przez Odwołującego nieprawdziwych informacji a dołożenie należytej staranności przez Odwołującego

Jak wynika z powyższych rozważań, po otrzymaniu od Odwołującego wszelkich wyjaśnień i uzupełnień, Zamawiający miał pewność, że w odniesieniu do dwóch warunków udziału w postępowaniu, obiekty referencyjne wskazane przez Odwołującego, nie spełniają warunków wynikających z SIWZ. Jednocześnie Odwołujący cały czas podtrzymywał oświadczenie, że przedstawione realizacje (budynku TSUM oraz ściany betonowej w Szpitalu Sióstr Elżbietanek) spełniają warunki określone w SIWZ, mimo tego,

że w odniesieniu do TSUM Zamawiający w sposób bardzo wyraźny przedstawił swoje zastrzeżenia.

W treści wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2018 r. Zamawiający wskazał jakiego rodzaju wątpliwości towarzyszą ocenie budynku TSUM, tj. wykorzystanie dotychczasowej fasady, co sugeruje zaklasyfikowanie inwestycji jako budowy/przebudowy/remontu.

W odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący, w dniu 3 lipca 2018 r., wskazał, że inwestycja w Kijowie polegała na budowie nowego budynku, całkowicie różnego od dotychczasowego, którego elementem nie jest zabytkowa fasada, mająca stanowić wyłącznie element dekoracyjny.

Wskazane wyżej twierdzenia zaprezentowane Zamawiającemu, a rzutujące na kwestię spełnienia lub niespełnienia warunku, zostały zweryfikowane jako obiektywnie nieprawdziwe, co zostało przedstawione powyżej.

Analogicznie przedstawia się kwestia ściany z betonu architektonicznego pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień, w którym Zamawiający wskazywał na brak możliwości zidentyfikowania w Szpitalu Sióstr Elżbietanek ściany z betonu architektonicznego, Odwołujący podtrzymał wskazaną realizację, wskazując na konkretne ściany, które – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie są ścianami wykonanymi z betonu architektonicznego, zdefiniowanego w SIWZ.

Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający uzyskał od Odwołującego nieprawdziwe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Taka sytuacja, przy spełnieniu dodatkowego warunku w postaci celowego działania, rażącego niedbalstwa lub choćby lekkomyślności, stanowi podstawę do obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 Pzp. Nie ulega bowiem wątpliwości (i nie jest kwestionowane przez Odwołującego), że informacje co do których Odwołujący podał informacje nieprawdziwe, jako dotyczące spełniania warunków udziału w Postępowaniu, są jednocześnie informacjami mającymi wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Oceniając w dalszej kolejności, czy Odwołujący podając nieprawdziwe informacje w treści wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie w wyjaśnieniach złożonych 3 lipca 2018 r., dołożył należytej staranności czy też dopuścił się lekkomyślności lub niedbalstwa Zamawiający – cytując orzecznictwo KIO – wywiódł, że sam fakt wprowadzenia go w błąd w zakresie najistotniejszych elementów wniosku/oferty, stanowi na tyle istotne przewinienie, że uzasadnia rezygnację z dalszej współpracy z wykonawcą. Jest to pogląd całkowicie uzasadniony i podzielany przez Zamawiającego, zarazem uniemożliwiający

wystosowanie do Odwołującego kolejnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, czego Odwołujący żąda.

Dokonując oceny, czy wprowadzenie Zamawiającego w błąd nastąpiło na skutek niedochowania przez Odwołującego należytej staranności, należy skonfrontować sposób postępowania i zakres informacji pozyskanych przez Zamawiającego i Odwołującego.

Zamawiający był w stanie wyłącznie na podstawie powszechnie dostępnych materiałów i publikacji, zweryfikować charakter budynku TSUM (oraz innych budynków wskazanych przez wykonawców) w kontekście postawionych w SIWZ warunków, co znajduje odzwierciedlenie w opracowaniu sporządzonym w ramach weryfikacji wniosków. Tymczasem Odwołujący wskazuje w uzasadnieniu odwołania, że „informacje które posiadał w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie dawały podstaw” do kwestionowania charakteru budynku. Jeżeli przyjąć to oświadczenie za prawdziwe, to oznaczałoby to, że Odwołujący nie wykonał żadnych działań zmierzających do dokonania takiej weryfikacji. Jeżeli bowiem odpowiednie informacje uzyskał Zamawiający – z zasobów internetowych – to takie same informacje mógł pozyskać Odwołujący, z tego samego źródła.

Co więcej, Odwołujący pozostaje w relacjach handlowych z Altis Construction sp. z o.o., która udostępniła zasoby w postaci doświadczenia w budowie budynku TSUM, a więc miał nieograniczone możliwości pozyskania informacji na temat budynku przy okazji udostępnienia zasobów, występowania o referencje. Stanowisko Odwołującego wyrażone w odwołaniu oznacza, że Odwołujący pozyskując doświadczenie od podmiotu trzeciego, nie zadał sobie żadnego trudu, aby zweryfikować adekwatność tego doświadczenia do obowiązujących warunków. Takie działanie, w świetle wyłącznej odpowiedzialności Odwołującego za prawidłowość złożonego wniosku, musi zostać uznane za działanie niedbale, i to w stopniu rażącym.

Kuriozalne jest przy tym, że Odwołujący, pomimo ciążącej na nim odpowiedzialności za treść wniosku, dopiero na skutek odrzucenia wniosku „dowiedział się”, że w budynku TSUM dwie ściany elewacyjne pochodzą z budynku zabytkowego, zaś podana jako referencyjna ściana betonowa, jest ścianą pomalowaną.

Potwierdza to fakt, że nawet w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 3 lipca 2018 r., Odwołujący odpowiadając na wątpliwości dotyczące budynku TSUM, powoływał się jedynie na informacje otrzymane od Altis Construction sp. z o.o. bez ich weryfikacji.

Oznacza to, że oferta była sporządzana z rażącym naruszeniem podstawowych obowiązków wykonawcy związanych z przygotowaniem wniosków, co potwierdza fakt,

że Odwołujący wyraził zainteresowanie budynkiem referencyjnym dopiero po odrzuceniu jego oferty. Przy dołożeniu minimum staranności Odwołujący mógł pozyskać informacje daleko dalej idące niż informacje pozyskane przez Zamawiającego – wystarczające do ustalenia, że TSUM nie jest budynkiem nowym w rozumieniu SIWZ.

VI. Brak podstaw do ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów

Z przytoczonych powyżej rozważań na temat wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do okoliczności mających znaczenie dla decyzji podejmowanych w postępowaniu wyraźnie wynika, że konwalidacja informacji nieprawdziwej w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niedopuszczalna.

Bezzasadność zarzutu dotyczącego zaniechania powtórnego wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp istnieje przy tym niezależnie od tego jakiego dokumentu dotyczyłoby wezwanie. Odwołujący był już bowiem wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu (w zakresie robót referencyjnych), a zasadą jest jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia danej kwestii.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 PZP *in fine* Pzp, Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów: „chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”, co ma miejsce w niniejszej sprawie.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze jego uczestnika, zwanego dalej również „Przystępującym”.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali wskazane powyżej stanowiska w sprawie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. raportu z 28 maja 2018 r., sporządzonego na zlecenie Odwołującego przez All For You East sp. z o.o. – dowód O1;
2. oświadczenia pełnomocnika podmiotu trzeciego – Altis Construction sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie z 2 lipca 2018 r. – dowód O2;

na okoliczność dochowania przez Odwołującego należytej staranności przy weryfikowaniu doświadczenia podmiotu trzeciego w kontekście spełniania warunku opisanego w Rozdziale XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ);

- oświadczenia inwestora inwestycji obejmującej przebudowę Szpitala Sióstr Elżbietanek z 10 sierpnia 2018 r. – dowód O3, na okoliczność spełniania przez ścianę z betonu architektonicznego wykonaną na tej inwestycji wymogu eksponowania, o którym mowa w treści warunku opisanego w Rozdziale XI ust. 2 pkt 3 SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

- SIWZ;
- wniosku Odwołującego o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu;
- wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów z 8 czerwca 2018 r.;
- pisma Odwołującego z 11 czerwca 2018 r. dotyczącego wezwania z pkt 3 powyżej;
- pisma Zamawiającego z 13 czerwca 2018 r. stanowiącego odpowiedź na pismo z pkt 4 powyżej;
- odpowiedzi Odwołującego na wezwanie z pkt 3 powyżej z 15 czerwca 2018 r. wraz z załącznikami w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego z 30 maja 2018 r. i referencji wystawionej podmiotowi trzeciemu przez Stołeczny TSUM sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie;
- wezwania Odwołującego do wyjaśnienia dokumentów podmiotowych w zakresie warunku z Rozdziału XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ z 27 czerwca 2018 r.;
- wezwania Odwołującego do wyjaśnienia dokumentów podmiotowych w zakresie warunku z Rozdziału XI ust. 2 pkt 3 SIWZ z 28 czerwca 2018 r.;
- odpowiedzi Odwołującego na wezwania z pkt 7 i 8 powyżej z 3 lipca 2018 r.;
- opracowania własnego Zamawiającego pn.: *Analiza spełniania warunku doświadczenia dla budynków nowych (3 inwestycje budzące wątpliwości Zamawiającego)* z lipca 2018 r.;
- opracowania własnego Zamawiającego pn.: *Sprawdzenie referencyjnych ścian z betonu architektonicznego wskazanych przez Wykonawców* z lipca 2018 r.;
- opracowania własnego Zamawiającego pn.: *Sprawdzenie budynków wskazanych przez Wykonawców* z lipca 2018 r.;
- zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania z 10 lipca 2018 r.

14. dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie treści ww. dokumentów Izba ustaliła następujące okoliczności stanu faktycznego.

Zamawiający postawił wykonawcom m.in. następujące warunki (poniżej przedstawiono jedynie fragmenty relewantne dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania):

1. w zakresie doświadczenia (Rozdział XI ust. 2 pkt 1 lit. b) SIWZ) – zrealizowania robót budowlanych polegających wyłącznie na budowie co najmniej 3 nowych budynków użyteczności publicznej, z wyłączeniem odbudowy, rozbudowy, remontu, modernizacji, czy nadbudowy;
2. w zakresie doświadczenia personelu (Rozdział XI ust. 2 pkt 3 SIWZ) – dysponowania kierownikiem robót w zakresie technologii betonu architektonicznego z doświadczeniem obejmującym pełnienie funkcji kierownika robót przy realizacji minimum dwóch inwestycji kubaturowych, gdzie w ramach każdej z nich był bezpośrednio odpowiedzialny za wykonanie minimum 100 m² jednolitej powierzchni eksponowanej ściany betonowej wykonanej z betonu architektonicznego; Zamawiający doprecyzował, że za beton architektoniczny uzna powierzchnię betonową eksponowaną, wykonaną z zachowaniem odpowiedniej techniki umożliwiającej osiągnięcie przez Projektanta lub inwestora założonego efektu estetycznego, w tym o sprecyzowanej fakturze, barwie, kształcie dla danej powierzchni betonu.

We wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu Odwołujący, na potwierdzenie spełniania warunku z pkt 1 powyżej, wskazał na inwestycję zrealizowaną przez podmiot trzeci – Altis Construction sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie, a polegającą na budowie budynku Centralnego Uniwersalnego Sklepu Handlowego na rzecz Stołecznego TSUM sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie. Odwołujący nie załączył do wniosku m.in. prawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów i referencji dotyczącej tej inwestycji.

Ponadto Odwołujący, w celu ewentualnego uzyskania punktów w kryterium selekcji (Rozdział XV ust. 5 pkt 1 SIWZ) wskazał na realizację inwestycji pn.: *Budowa Europejskiego Centrum Solidarności w Gdańsku*.

Z kolei, w zakresie drugiego z warunków, Odwołujący wskazał na osobę K.J. i inwestycję pn.: *Przebudowa budynku szpitala oraz rozbudowa istniejącego budynku Szpitala Sióstr Elżbietanek w Warszawie*.

Pismem z 8 czerwca 2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. wykazu robót wraz z referencjami. W związku z treścią wezwania Odwołujący wniósł, w piśmie z 11 czerwca 2018 r., o potwierdzenie,

że tam, gdzie Zamawiający wzywa do złożenia wykazu robót, chodzi *de facto* o referencje. Podkreślił, że tak sformułowane wezwanie może uniemożliwić w przyszłości wystosowanie kolejnego wezwania do złożenia wykazu robót. W odpowiedzi (pismo Zamawiającego z 13 czerwca 2018 r.) Odwołujący został poinformowany o konieczności złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w sposób przewidziany w SIWZ oraz o potrzebie łącznej interpretacji wykazu i referencji. Ostatecznie, za pismem z 15 czerwca 2018 r., Odwołujący przedstawił referencję dotyczącą kijowskiej inwestycji.

Następnie, pismem z 27 czerwca 2018 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy, wskazując na wątpliwości dotyczące inwestycji *Budowa budynku Centralnego Uniwersalnego Sklepu Handlowego*, a związane z wykorzystaniem dotychczasowej fasady budynku. Zamawiający wniósł o potwierdzenie okoliczności, że przedmiotowe zamówienie polegało na budowie całkowicie nowego budynku, przy uwzględnieniu opisanych wcześniej wyłączeń.

W odpowiedzi z 3 lipca 2018 r. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z informacją otrzymaną od Altis Construction sp. z o.o. inwestycja polegała na budowie nowego budynku na miejscu dawnego budynku, który – poza pozostawieniem fasady stanowiącej element dekoracyjny – został całkowicie zburzony. Dodał, że nowy budynek całkowicie różni się od wyburzonego, m.in. w zakresie kubatury, powierzchni, czy kondygnacji.

Zamawiający skonfrontował otrzymane wyjaśnienia z informacjami zebranymi przez powołanych w tym celu ekspertów, którzy – w oparciu o informacje powszechnie dostępne (Internet) oraz wizję lokalną i wykonaną w jej trakcie dokumentację fotograficzną – uznali, że przedmiotowa inwestycja nie spełnia kryteriów zawartych w omawianym warunku, ponieważ zabytkowa fasada budynku TSUM nie jest wyłącznie elementem dekoracyjnym, a elementem konstrukcyjnym budynku (przegrodą zewnętrzną), *ergo* – nie jest to budowa nowego budynku.

Z kolei w zakresie warunku odnoszącego się do betonu architektonicznego Zamawiający, pismem z 28 czerwca 2018 r., wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wskazania lokalizacji ściany wykonanej w tej technologii w budynku Szpitala Sióstr Elżbietanek w Warszawie.

Odwołujący wskazał lokalizację ściany, co zostało przez Zamawiającego, na podstawie wizji lokalnej, zweryfikowane negatywnie. W jej trakcie okazało się, że sporna ściana została pomalowana, co Zamawiający uznał za zaprzeczenie wymogu eksponowania ściany betonowej.

W konsekwencji powyższych ustaleń Odwołujący został wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 Pzp.

W tym stanie faktycznym skład orzekający uznał, że odwołanie – pomimo częściowej nietrafności stanowiska Zamawiającego – jest niezasadne, skutkiem czego zostało oddalone.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał spełniania żadnego ze spornych warunków udziału w Postępowaniu.

W kwestii warunku referującego do doświadczenia wykonawcy skład orzekający wskazuje na trafność ustaleń Zamawiającego w przedmiocie charakteru inwestycji pn.: *Budowa budynku Centralnego Uniwersalnego Sklepu Handlowego*, wynikającą z przygotowanych opracowań własnych wymienionych w pkt 10 i 12 powyżej. Izba, mając na względzie wysoki poziom szczegółowości tych dokumentów, a także spójność i kompletność wniosków z nich płynących, podzieliła w całości zaprezentowane w nich stanowisko Zamawiającego.

Przede wszystkim, w opinii składu orzekającego, dokonując oceny adekwatności wspomnianej inwestycji do postawionego w zakresie doświadczenia wykonawców warunku należało mieć na uwadze specyficzne zdefiniowanie pojęcia budowy budynku. Porównując treść warunku z definicją legalną „budowy”, zawartą w przepisie art. 3 pkt 6 ustawy z 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz.U. z 2018 r., poz. 1202 j.t. ze zm.), zwanej dalej „PrBud”, nasuwa się spostrzeżenie, że Zamawiający wyłączył m.in. część działań (czynności faktycznych), które mieszczą się w ustawowej definicji tego pojęcia, tj. odbudowę, rozbudowę i nadbudowę budynku. Intencją Zamawiającego było zatem, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem polegającym na stworzeniu nowego budynku (innymi słowy – wybudowaniu budynku „od nowa”).

Zestawiając przedstawioną interpretację treści warunku z zakresem inwestycji dotyczącej budowy budynku TSUM należy zauważyć, że do jej realizacji wykorzystano – co nie było w tej sprawie sporne – zabytkową fasadę wybudowanego wcześniej budynku. Już tylko ta okoliczność dyskwalifikuje, zdaniem składu orzekającego, omawianą inwestycję, jako że nie wpisuje się ona, niezależnie od funkcji, jaką element ten spełnia dla budynku (o czym poniżej), w zdefiniowane w SIWZ pojęcie budowy (nowego) budynku.

Przechodząc do roli wspomnianej fasady Izba, w oparciu o zebrane przez Zamawiającego informacje, w tym w szczególności dokumentację zdjęciową (zob. dowody wymienione w pkt 10 i 12) doszła do przekonania, że stanowi ona wprawdzie element dekoracyjny (co nie było sporne), ale jednocześnie pełni rolę elementu konstrukcyjnego budynku w postaci przegrody zewnętrznej (innymi słowy – ściany budynku TSUM), zatem także z tego względu nie sposób twierdzić, biorąc pod uwagę treść warunku, że budynek ów został wybudowany od nowa, skoro elementem jego konstrukcji jest pozostałość po poprzednim budynku.

Wreszcie o niespełnieniu przez omawianą inwestycję wymogu akcentującego konieczność budowy nowego budynku świadczy również niesporny w sprawie fakt, że budynek Centralnego Uniwersalnego Sklepu Handlowego jest pomnikiem architektury i urbanistyki o znaczeniu lokalnym.

W odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia zawodowego kierownika robót w zakresie technologii betonu architektonicznego, związanego z wykonaniem eksponowanej ściany betonowej z betonu architektonicznego Izba stwierdziła, że Zamawiający położył szczególny nacisk na walory estetyczne betonu. Dał temu wyraz przez zdefiniowanie w treści warunku pojęcia „betonu architektonicznego”, w ramach którego wskazał wprost na efekty estetyczne w postaci sprecyzowanej faktury, barwy, kształtu powierzchni betonu. Ich szczególne zaakcentowanie wynika ze specyfiki przedmiotu zamówienia, obejmującego budowę budynku o niewątpliwie skomplikowanej i unikalnej architekturze. W konsekwencji skład orzekający uznał, że treść warunku nie dotyczy jakiegokolwiek ściany wykonanej z betonu architektonicznego, a tylko takiej, która umożliwi zweryfikowanie walorów estetycznych betonu opisanych w treści warunku, co z kolei wymaga, aby ściana była eksponowana. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że Zamawiający nie zdefiniował w treści SIWZ pojęcia „eksponowania”, bowiem – po pierwsze – argumentacja Odwołującego jest spóźniona (Odwołujący mógł wnieść w tym zakresie odwołanie na wcześniejszym etapie Postępowania). Po drugie zaś – Odwołujący w treści odwołania prawidłowo zdefiniował ten termin przez odwołanie do definicji językowej, zgodnie z którą „eksponować oznacza pokazywać, wystawiać na widok publiczny” (str. 8 odwołania).

Podsumowując powyższe – ściana wykonana w technologii betonu architektonicznego, która została następnie pomalowana, nie posiada walorów estetycznych opisanych w treści przedmiotowego warunku udziału w Postępowaniu, a zatem Odwołujący nie wykazał jego spełnienia. Bezskuteczne było przy tym odwoływanie się do dowodu O3, czy wskazywanie na okoliczność, że przed pomalowaniem ściany była ona eksponowana, skoro nastąpiło to jeszcze przed przystąpieniem Zamawiającego do weryfikacji spełnienia przez Odwołującego przedmiotowego warunku.

Kolejno, wobec ustalenia, że Odwołujący posłużył się we wniosku nieprawdziwymi (niezgodnymi z rzeczywistością) informacjami, należało rozważyć kwestię jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. *Ad casum* dokonana przez Izbę analiza materiału dowodowego i okoliczności faktycznych doprowadziła do wniosku o zasadności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Jakkolwiek to przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp referuje *expressis verbis* do wprowadzenia w błąd przy przedstawianiu informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym niemniej możliwa jest, w ocenie

składu orzekającego, kwalifikacja tej sytuacji również na gruncie pkt 17. Dotyczy on bowiem przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Porównując treść obydwu przepisów należy dojść do wniosku, że art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bardziej pojemny, ponieważ obejmuje każdą decyzję zamawiającego podejmowaną w toku procedury udzielania zamówienia, w tym również dotyczącą oceny sytuacji podmiotowej wykonawcy, do której to kwestii odnosi się podstawa wykluczenia z pkt 16. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na proces decyzyjny Zamawiającego, prowadząc do zakwalifikowania Odwołującego do kolejnego etapu procedury ograniczonej.

W związku z powyższym Izba dokonała oceny zachowania Odwołującego pod kątem wynikającej z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przesłanki działania wykonawcy w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa.

W zakresie warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy Izba uznała, że informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a dotyczące – jak wspomniano – charakteru inwestycji obejmującej budowę budynku TSUM, zostały przez Odwołującego przedstawione w wyniku niedbalstwa. Stwierdzenie tej okoliczności łączy się zawsze ze niezachowaniem należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Ową należyłą staranność ustala się na podstawie wzorca wyabstrahowanego od cech osobistych podmiotu, przy czym – zważywszy na wspomniany wcześniej przysługujący Odwołującemu status profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego – należyłą staranność należy oceniać przy uwzględnieniu tej okoliczności, zgodnie z przepisem art. 355 § 2 K.c. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że powinnością Odwołującego, jako wykonawcy wykazującego spełnianie warunku udziału w Postępowaniu przez posłużenie się potencjałem podmiotu trzeciego, było poddanie szczególnej weryfikacji informacji od niego otrzymywanych. To Odwołujący, jako wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, ponosi bowiem konsekwencje nierzetelności przekazywanych Zamawiającemu informacji. Dokonanie wspomnianego sprawdzenia inwestycji pod kątem przydatności do wykazania spełniania warunku doświadczenia wykonawcy było tym bardziej istotne, że – po pierwsze – Zamawiający w sposób specyficzny zdefiniował pojęcie „budowy”, co omówiono we wcześniejszej części uzasadnienia. Po drugie – Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z 28 czerwca 2018 r. wskazał na czym konkretnie polega jego wątpliwość (wykorzystanie przy budowie budynku TSUM istniejącej zabytkowej fasady) oraz jakie informacje legły u jej podstaw (informacje ogólnodostępne, tj. – biorąc pod uwagę treść dowodów nr 10 i 12 powyżej – pochodzące z różnych stron internetowych).

Odwołujący na rozprawie dowodził, że w odpowiednim czasie (tj. jeszcze przed złożeniem wniosku oraz po otrzymaniu wspomnianego wezwania do złożenia wyjaśnień)

podejmował działania zmierzające do potwierdzenia adekwatności wzmiankowanej inwestycji do wykazania spełniania przedmiotowego warunku, o czym miały świadczyć dowody O1 i O2. Przyjmując nawet korzystne dla Odwołującego zapatrywanie na wiarygodność tych dokumentów, co do której nie sposób nie mieć wątpliwości (dokumenty te zostały złożone dopiero w postępowaniu odwoławczym, mimo że ich treść potwierdzała również stanowisko Odwołującego o spełnianiu przez sporną realizację przesłanki budowy nowego budynku, wobec czego zastanawiającym wydaje się dlaczego Odwołujący, który – jak twierdzi – dysponował tymi dokumentami już wcześniej, nie skorzystał z nich w Postępowaniu), skład orzekający nie uznał ich za potwierdzenie zachowania przez Odwołującego należytej staranności.

Przede wszystkim raport będący dowodem O1 stanowi ocenę osoby, o której kompetencjach w zakresie budownictwa nic nie wiadomo. Ponadto, z treści tego dokumentu nie wynika w żaden sposób, że osoba która go sporządziła znała istotną część warunku, tj. specyficzną definicję budowy nowego budynku. Finalnie, żadna z opisanych w raporcie czynności, które stanowiły podstawę do sformułowania płynących z niego wniosków, nie została w żaden sposób udokumentowana (przykładowo, w odniesieniu do wizji lokalnej, przez wykonanie dokumentacji fotograficznej, jak to uczynił Zamawiający). Porównanie opinii sporządzonych przez Zamawiającego z omawianym raportem nasuwa spostrzeżenie, że przedstawiony przez Odwołującego dowód jest lakoniczny i ogólny w swej treści. Nie mógł zatem stanowić rzetelnej podstawy przesądzenia kwestii adekwatności spornego doświadczenia do wykazania spełniania warunku z tym związanego.

Co zaś dotyczy dowodu O2 (oświadczenia podmiotu trzeciego), to w jego treści jest wprawdzie odniesienie do wyłączeń wynikających z przyjętej w SIWZ definicji budowy, ale dowód ten w istocie jedynie potwierdza okoliczności, które miały wynikać ze złożonego w Postępowaniu wykazu robót.

Ponadto, w odniesieniu do każdego z tych dowodów, mając na względzie twierdzenia Odwołującego odnośnie charakteru zachowanej fasady budynku (Odwołujący twierdził, że jest ona elementem dekoracyjnym, ale już nie elementem konstrukcyjnym), należy zauważyć, że dokumenty przedstawione przez Odwołującego do tej okoliczności w ogóle się nie odnoszą, stwierdzając jedynie, że fasada stanowi dekorację budynku TSUM. Jak wspomniano wcześniej Izba przyjęła jednak, że omawiany element pełni również istotną rolę konstrukcyjną, będąc zarazem przegrodą zewnętrzną budynku.

W zakresie drugiego z warunków Izba uznała, że Odwołujący działał w warunkach lekkomyślności. Interpretacja tego pojęcia, mającego w istocie umocowanie w prawie karnym, wydaje się na gruncie zamówień publicznych problematyczna, tym niemniej kwestię tę należy, w przekonaniu składu orzekającego, rozpatrywać cywilistycznie. Zgodnie bowiem z art. 14 Pzp

do czynności zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy K.c. Ergo zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mogących mieć istotny wpływ na jego decyzje, również należy oceniać przez pryzmat zachowania należytej staranności. W konsekwencji poczynione wcześniej w tym zakresie uwagi zachowują aktualność także w odniesieniu do oceny zachowania Odwołującego w kontekście wykazywania spełniania omawianego warunku udziału.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego mających świadczyć o braku podstaw do wykluczenia Izba stwierdziła, że koncentrowały się one głównie na zarzucaniu treści warunku braku precyzji i jednoznaczności (por. wywody zawarte na str. 8 odwołania). Pomijając okoliczność, że stanowisko takie uznać należy za spóźnione na etapie po otwarciu ofert, skład orzekający wskazuje, że jeżeli Odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści warunku, to powinien był skorzystać z instytucji przewidzianej w art. 38 Pzp i zwrócić się o wyjaśnienie treści SIWZ. Należy zauważyć – za stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w wyroku z 5 czerwca 2013 r., sygn. akt IV CSK 626/13 (Legalis nr 1047207) – że niezwrócenie się przez wykonawcę, w razie uzasadnionych wątpliwości, o wyjaśnienie treści SIWZ może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej, o której mowa w art. 355 § 2 K.c. Skład orzekający uznał, że sytuacja taka zaistniała w przedmiotowej sprawie, skoro podniesione przez Odwołującego wątpliwości interpretacyjne ujawniły się dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Tym samym Izba uznała, że Odwołujący zachował się lekkomyślnie przedstawiając doświadczenie mające potwierdzać spełnianie warunku doświadczenia personelu, nie będąc – jak wynika z jego stanowiska w postępowaniu odwoławczym – pewnym co do interpretacji jego treści.

Izba nie podzieliła natomiast wniosku Zamawiającego o istnieniu podstaw do wykluczenia Odwołującego na zasadzie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. W tym zakresie, biorąc pod uwagę przedstawione powyżej ustalenia, skład orzekający nie znalazł podstaw do stwierdzenia rażącego niedbalstwa Odwołującego, ani też Zamawiający takich argumentów Izbie nie dostarczył. Zaznaczyć należy, że zasadność zarzutów odwołania w tym zakresie pozostaje jednak bez wpływu na prawidłowość decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania.

Konsekwencją uznania, że w powyższym zakresie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, za co odpowiedzialność ponosi Odwołujący, jest brak możliwości zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. W tym względzie aktualne pozostaje wypracowane w orzecznictwie Izby stanowisko, zgodnie z którym wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie może prowadzić do zastąpienia informacji nieprawdziwej, inną, prawdziwą informacją, ponieważ byłby to przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji,

której zapewnienie w Postępowaniu obciąża, zgodnie z przepisem art. 7 ust. 1 Pzp, każdego zamawiającego. Ergo sformułowany w odwołaniu zarzut ewentualny naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp był chybiony niezależnie od prowadzonego przez strony sporu o zakres wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów z 8 czerwca 2018 r., którego rozstrzygnięcie – wobec podlegania przez Odwołującego wykluczeniu z Postępowania – nie było, w ocenie Izby, konieczne.

Podobnie, za nietrafny Izba uznała drugi z zarzutów ewentualnych Odwołującego, a to naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp. Jak bowiem wyjaśniono powyżej Zamawiający wnikliwie zweryfikował prawdziwość informacji uzyskanych od Odwołującego w odpowiedzi na wezwania do wyjaśnień dokumentów podmiotowych, wobec czego zwracanie się do Odwołującego o kolejne wyjaśnienia stanowiłoby li tylko nieuzasadnioną okolicznościami sprawy polemikę dotyczącą albo interpretacji warunków udziału w Postępowaniu albo ustaleń Zamawiającego w kwestii nieprawdziwości informacji zawartych we wniosku Odwołującego, które to ustalenia Izba podziela z przyczyn wskazanych we wcześniejszej części uzasadnienia.

Odnosząc się natomiast do koncepcji Odwołującego, zgodnie z którą Zamawiający miał możliwość samodzielnej zamiany inwestycji wskazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku związanego z doświadczeniem wykonawcy, skład orzekający wyraża zapatrywanie, że stanowisko takie nie zasługuje na aprobatę. Dysponentem oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem wykonawca, który nie tylko decyduje o jej kształcie, ale również o tym, czy w ogóle taką ofertę zamawiającemu składać. Z kolei uprawnienia zamawiającego do ingerencji w treść złożonej mu oferty, abstrahując nawet od rozumienia tego pojęcia (tj. czy chodzi wyłącznie o świadczenie, do którego wykonania wykonawca się zobowiązuje w składanej w postępowaniu ofercie, czy również o inne, towarzyszące temu oświadczeniu oświadczenia i deklaracje), limitowane są przepisami Pzp. Chodzi tu przede wszystkim o możliwość poprawiania przez zamawiającego zidentyfikowanych w toku oceny ofert omyłek, o których mowa w art. 87 Pzp. Natomiast bezskuteczne jest poszukiwanie we wspomnianych przepisach uprawnienia zamawiającego do – jak chciał tego Odwołujący – samodzielnego decydowania o sposobie wykazywania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Do tego *de facto* sprowadzałyby się bowiem zastąpienie zakwestionowanego doświadczenia dotyczącego *Budowy budynku Centralnego Uniwersalnego Sklepu Handlowego*, stanowiącego udostępniony Odwołującemu zasób podmiotu trzeciego, doświadczeniem własnym Odwołującego, związanym z *Budową Europejskiego Centrum Solidarności w Gdańsku*, a przedstawionym w celu uzyskania punktów w ramach kryterium selekcji. Nie sposób nie zauważyć przy tym, że Odwołujący miał możliwość,

choćby w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia załączonego do wniosku wykazu robót, dokonania takiej zmiany, z czego jednak nie skorzystał.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2018.972).

Przewodniczący: