Sygn. akt: KIO 3374/20

WYROK
z dnia 15 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM sp. z o.o. sp.k., ul. Grota-Roweckiego 115B, 52-232 Wrocław oraz D. S. i T. S. - występujący wspólnie jako Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM s.c. D. S. i T. S., ul. Koskowicka 10, 59-220 Legnica,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, Wybrzeże L. Pasteura 1, 50-367 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „AGAD" sp. z o.o., ul. Chrzanowskiego 23b, 87-100 Toruń,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „AGAD" sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, Wybrzeże L. Pasteura 1, 50-367 Wrocław**, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM sp. z o.o. sp.k., ul. Grota-Roweckiego 115B, 52-232 Wrocław oraz D. S. i T. S. - występujący wspólnie jako Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM s.c. D. S. i T. S., ul. Koskowicka 10, 59-220 Legnica,** tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od zamawiającego **Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, Wybrzeże L. Pasteura 1, 50-367 Wrocław**, na rzecz odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM sp. z o.o. sp.k., ul. Grota-Roweckiego 115B, 52-232 Wrocław oraz D. S. i T. S. - występujący wspólnie jako Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM s.c. D. S. i T. S., ul. Koskowicka 10, 59-220 Legnica**, kwotę **13 512 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dwanaście złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) 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:……

Sygn. akt KIO 3374/20

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytet Medyczny im. Piastów Śląskich we Wrocławiu, Wybrzeże L. Pasteura 1, 50-367 Wrocław, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Częściowa realizacja projektów budowlanych podstawowego i zamiennego pn.: Przebudowa budynku dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego przy ul. Tytusa Chałubińskiego 5 we Wrocławiu, polegająca na remoncie elewacji i dachu wraz z wymianą stolarki okiennej i drzwiowej drewnianej, przeniesieniem zewnętrznych jednostek klimatyzacyjnych i wykonaniem zewnętrznych instalacji sanitarnych i elektrycznych, zgodnie z projektami budowlanymi, pozwoleniami na budowę, projektami wielobranżowymi wykonawczymi i specyfikacjami STWiORB, z zakresem prac określonymw przedmiarach i w opisie planowanych prac do wykonania w poszczególnych branżach" (numer referencyjny: UMW/AZ/PN-93/20).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.09.2020 r., nr 582606-N-2020. Pismem z dnia 16.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „AGAD" sp. z o.o.

W dniu 21.12.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęłoodwołanie, w którym wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM sp. z o.o. sp.k., ul. Grota-Roweckiego 115B, 52-232 Wrocław oraz D. S. i T. S. - występujący wspólnie jako Przedsiębiorstwo Budowlane SAWREM s.c. D. S. i T. S., ul. Koskowicka 10, 59-220 Legnica (dalej: „odwołujący") zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 1a i art. 22d ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", w wyniku czego doszło do niezgodnego z prawem wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „AGAD" sp. z o.o., mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziałuw postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej co do wykazania, że dysponuje osobami skierowanymi do realizacji zamówienia posiadającymi kwalifikacje, doświadczenie i uprawnienia w specjalnościach konstrukcyjno-budowlanej, a mianowicie: Kierownikiem budowy.

W szczególności odwołujący podniósł, że: „Zgodnie z zapisem punktu V.1.2) SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do wykazania spełnienia wskazanych tam warunków udziału w postępowaniu, w tym posiadania zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na dysponowaniu osobami skierowanymi do realizacji zamówienia posiadającymi określone w SIWZ kwalifikacje, doświadczenie i uprawnienia w specjalności konstrukcyjno-budowlanej - pkt V.1.2) ppkt c) lit. B. 1. SIWZ - mianowicie *„Kierownika budowy, posiadającego uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wpisanego na listę członków właściwej okręgowej izby inżynierów budownictwa, który przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury i prowadził w okresie ostatnich 3*

(trzech) lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 (dwa) remonty zabytków nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków, z remontem elewacji, dachu i wymiana stolarki okiennej, o wartości brutto co najmniej 1.000.000,00 PLN (jeden milion złotych) każdy".
Zamawiający wskazał przy tym wprost, że *„przez remont rozumie się, zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r., poz. 1333): wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym*" (wyjaśnienie pojęć na stronie 7. SIWZ). (…)

Odwołujący zarzuca, że już dokumenty przedłożone pierwotnie przez AGAD, w tym wyjaśnienia złożone w dniu 20.10.2020r. (Pismo Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „AGAD" sp. z o.o. z dnia 20.10.2020r. - w załączeniu), nie potwierdzają spełniania ww. warunku, mianowicie prace wskazane pod pozycją 3. tabeli w Załącznik nr 2 do oferty AGAD (tj. prace dotyczące budynku Dom im. Józefa Piłsudskiego przy al. 3 Maja 7 w Krakowie) nie obejmowały - wbrew twierdzeniom tego wykonawcy - remontu dachu. Dokumenty przetargowe dotyczące tych robót wskazanych pod pozycją 3. tabeli w Załącznik nr 2 do oferty AGAD, mianowicie treść SIWZ oraz przedmiaru inwestorskiego, wskazują bowiem, że zakres prac wykonanych przez AGAD na tej inwestycji obejmował tylko remont elewacji wraz z wymianą stolarki okiennej oraz krat okiennych; jedynie w treści programu prac konserwatorskich dla przedmiotowej nieruchomości zwrócono uwagę, że przed przystąpieniem do remontu elewacji należy przeprowadzić przegląd poszycia dachowego, w celu wykonania koniecznych reparacji - jednak nie można na podstawie powyższego przyjmować, że w ramach prac wykonywanych na przedmiotowej nieruchomości wykonano remont dachu rozumiany jako remont według definicji przewidzianej w przepisach prawa budowlanego. (…)

Za remont nie uznaje się bieżącej konserwacji; ustawodawca nie zdefiniował czynności bieżącej konserwacji, uznając, że nie budzi ono wątpliwości interpretacyjnych; w literaturze podkreśla się, że pojęcie to dość powszechnie występuje w treści innych aktów prawnych oraz języku prawniczym i potocznym, a oznacza wykonywanie czynności niezbędnych do utrzymania nieruchomości w odpowiednim stanie technicznym, tak aby nie ulegała pogorszeniu z powodu codziennej eksploatacji. „Wykonanie koniecznych reparacji", o jakich mowa w przeglądzie konserwatorskim poszycia dachowego dla ww. realizacji, można zatem kwalifikować jedynie w kategoriach bieżącej konserwacji, a nie remontu. Już z powyższych względów nie sposób tym samym uznać powołanych przez wykonawcę prac jako odpowiadających, co do zakresu, wymaganiom SIWZ w niniejszym postępowaniu.
Odwołujący zarzuca ponadto, że remont dachu budynku Dom im. Józefa Piłsudskiego przy al. 3 Maja 7 w Krakowie stanowił przedmiot odrębnego postępowania przetargowego z 2015 roku (w załączeniu Ogłoszenie o zamówieniu publicznym Remont budynku Dom im. Józefa Piłsudskiego przy al. 3 Maja 7 - Oleandry w Krakowie, numer 114825 z dnia 31.07.2015r. - wydruk ze strony internetowej: (…)

Odwołujący zauważa również, że nawet na swojej stronie internetowej AG AD opisuje realizację wskazaną w poz. 3 Załącznika nr 2 do oferty jako remont elewacji i wymianę stolarki okiennej, nie wspomina o wykonywaniu jakichkolwiek prac remontowych dachu: (…) Również dokumentacja zdjęciowa przedmiotowego budynku, wykonana przy pomocy drona w dniu 25.11.2020r., nie potwierdza, aby AGAD - w ramach prac objętych ww. postępowaniem nr 84/2018 wskazanym pod poz. 3 tabeli w Załączniku nr 2 do oferty - wykonał prace remontowe dachu w zakresie wskazanym w treści wyjaśnień z 20.10.2020r.: (…)

Odwołujący zarzuca, że treść złożonych przez AGAD wyjaśnień w pismach z dnia 30.11.2020r., 7.12.2020. oraz 11.12.2020r. nie dawała podstaw do przyjęcia, aby prace wykonane przez AGAD w ramach ww. realizacji, stanowiły remont dachu w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. AGAD podał bowiem (Pismo z dnia 30.11.2020r. -w załączeniu), że w ramach remontu dachu wykonał prace polegające na:
- rozbiórce murów ogniowych, okapów, kołnierzy, gzymsów itp. z blachy nienadającej się do użytku, w tym pas podrynnowy w ilości 366,210 m2,
- rozbiórce rynny z blachy nienadającej się do użytku - 40,5 m2,
- obróbkach z blachy cynkowo-tytanowej w tym obróbki gzymsów, okapu, zadaszenia wejścia głównego budynku - pas podrynnowy w ilości 380,70 m2,
- zamontowanie i wykonanie rynien dachowym z blachy cynkowo-tytanowej -45,5 m2,
- akcesoria do rynien dachowych z blachy cynkowo-tytanowej,

a także wskazał prace dachowe, jakie wchodziły w zakres przedmiotowego zadania:
- wymiana orynnowania dachu nad wejściem głównym na wysokości 6 m w ilości 40,5 m,
- wymiana pasa nadrynnowego dachu nad wejściem głównym,
- prace dekarskie (wycinanie starej papy i prace dekarskie w miejscu ułożenia pasa nadrynnowego - położenie nowej papy),
- w ramach robót dodatkowych na dachu nad wejściem głównym, demontaż godła i wykonywanie dekarskich naprawczych prac uszkodzonego pokrycia papowego dachu, montaż godła, obróbka dekarska,
- na stropodachu w części niższej obiektu: wymiana obróbki blacharskiej okapu wraz z pracami dekarskimi polegającymi na wycięciu starej papy, położeniu nowej obróbki blacharskiej i położeniu nowej papy,
- na dachu w najwyższej części budynku: wymiana koszy rynnowych w ilości dwóch sztuk - demontaż starych koszy ocynkowanych i montaż nowych z blachy cynkowo-tytanowej.

(…) Odwołujący zarzuca - wbrew stanowisku AGAD oraz Zamawiającego - że szczegółowo analiza kosztorysu powykonawczego przedłożonego przez AGAD prowadzi do wniosku,iż prace, które zdaniem AGAD stanowiły „remont dachu" budynku Dom im. Józefa Piłsudskiego przy al. 3 Maja 7 w Krakowie, w rzeczywistości były pracami wykonywanymi w ramach remontu elewacji (rozbiórka murów ogniowych, okapów kołnierzy, gzymsów skazana pod poz. 1 d1), związaną z pracami na elewacji wymianą orynnowania budynku (poz. 53 d7, 55 d7, 57 d7), drobnymi pracami naprawczymi w miejscu styku godła z dachem portyku (poz. 13.4 d13). Natomiast żaden z punktów kosztorysu powykonawczego nie potwierdza wykonania prac polegających na wymianie pokrycia dachowego budynku. (…)

Powyższe potwierdza orzeczenie techniczne z grudnia 2020r. autorstwa mgr inż. Czesława Sobczaka oraz Zespołu Nadzoru Ekspertyz i Wycen Budowlanych (w załączeniu), z którego wprost wynika, że AGAD nie wykonał remontu dachu na budynku Dom im. Józefa Piłsudskiego przy al. 3 Maja 7 w Krakowie, a jedynie drobną konserwację połaci dachowejw związku z wykonywanymi pracami na elewacji. Ponadto, według ww. ekspertyzy, wykonanie obróbek blacharskich, montaż rynien (i inne wskazane przez AGAD prace) nie są remontem dachu, lecz są to prace towarzyszące remontowi elewacji, który niewątpliwie AGAD wykonał. (…)

Z uwagi na powyższe, wykluczenie AGAD z postępowania (odrzucenie oferty) było konieczne na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p)."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „AGAD" sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
3)wykluczenia Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego „AGAD" sp. z o.oz postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
4)dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
Pismem z dnia 12.12.2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „AGAD" sp. z o.o., ul. Chrzanowskiego 23b, 87-100 Toruń (dalej: przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 11.01.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa budynku dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego przy ul. Tytusa Chałubińskiego 5 we Wrocławiu.

W rozdziale V siwz, w pkt 1.2)c)B. zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował kierownikiem budowy, który posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, jest wpisany na listę członków właściwej okręgowej izby inżynierów budownictwa, przez co najmniej 18 miesięcy brał udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury i prowadził w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 remonty zabytków nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków, z remontem elewacji, dachu i wymianą stolarki okiennej, o wartości brutto co najmniej 1.000.000,00 PLN każdy.

Przez „remont" zamawiający rozumiał, zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane: wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

W rozdziale XIV siwz, w pkt 3 zamawiający wskazał kryteria oceny ofert: cenę – 60%, okres gwarancji – 30% oraz doświadczenie zawodowe kierownika budowy – 10%. Treść ostatniego z kryteriów była identyczna z treścią warunku, ale należało podać ilość remontów. Ponadto zamawiający dodał, że „w wypadku zaoferowania doświadczenia zawodowego kierownika budowy w wymiarze mniejszym niż wymagany, oferta wykonawcy zostanie odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści siwz".

Przystępujący wskazał w ofercie 6 inwestycji dla kierownika budowy, w tym m.in. remont konserwatorski budynku Dom im. Józefa Piłsudskiego przy al. 3 Maja 7 w Krakowie.

Pismem z dnia 14.10.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień poprzez podanie zakresu prac dotyczących dachu w ramach inwestycji Dom im. Józefa Piłsudskiego w Krakowie.

Pismem z dnia 10.10.2020 r. przystępujący odpowiedział, że w zakres prac związanych z remontem dachu wchodziły:
- odtworzenie/remont częściowo uszkodzonego pokrycia dachowego,
- naprawcze prace izolacyjne dachu,
- wykonanie/naprawa/wymiana częściowa obróbek blacharskich.

Pismem z dnia 18.11.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia m.in. wykazu osób.

W odpowiedzi przystępujący złożył m.in. wykaz osób, w którym dla kierownika budowy wskazał dwie inwestycje, w tym Dom im. Józefa Piłsudskiego w Krakowie.

Pismem z dnia 24.11.2020 r. zamawiający poinformował m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Pismem z dnia 27.11.2020 r. zamawiający unieważnił ww. czynność wyboru oferty.

Pismem z dnia 27.11.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień „poprzez szczegółową odpowiedź (popartą dowodami) na pytanie, czy ww. remont odpowiada treści Siwz w zakresie kryteriów oceny ofert oraz warunku udziału w postępowaniu i jako taki może zostać uwzględniony przy ocenie ofert oraz przy sprawdzaniu spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu".

Pismem z dnia 30.11.2020 r. przystępujący wskazał zakres prac dachowych:
- rozbiórka murów ogniowych, okapów, kołnierzy, gzymsów itp. z blachy, w tym pas podrynnowy,
- rozbiórka rynny z blachy,
- obróbki z blachy cynkowo-tytanowej gzymsów, okapów, zadaszenia wejścia głównego budynku, zamontowanie i wykonanie rynien dachowych z blachy cynkowo-tytanowej, akcesoria do rynien dachowych,
- wymiana orynnowania nad wejściem głównym,
- wymiana pasa nadrynnowego dachu nad wejściem głównym,
- prace dekarskie (wycinanie starej papy i prace dekarskie w miejscu ułożenia pasa nadrynnowego – położenie nowej papy),
- demontaż godła i wykonywanie dekarskich prac naprawczych uszkodzonego pokrycia papowego dachu,
- wymiana obróbki blacharskiej okapu wraz z pracami dekarskimi polegającymi na wycięciu starej papy, położeniu nowej obróbki blacharskiej i położeniu nowej papy.

Do wyjaśnień przystępujący dołączył m.in. kosztorys inwestorski, kosztorys ofertowy, kosztorys robót dodatkowych.

Pismem z dnia 04.12.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie obróbki ogniomuru szczytowego oraz do złożenia pełnego kosztorysu, określonych protokołów oraz wskazanej w piśmie ekspertyzy. Przystępujący złożył wyjaśnienia i dokumenty.

Pismem z dnia 09.12.2020 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień kwestii braku w „kosztorysie powykonawczym robót pokrywczych polegających na położeniu nowej papy". Pismem z dnia 11.12.2020 r. przystępujący odpowiedział, że w miejscu ułożenia pasa nadrynnowego i wymienianych obróbek blacharskich była wycinana stara papa i położona nowa, co zostało ujęte w ramach kalkulacji własnej i indywidualnej we wskazanych w piśmie pozycjach.

Pismem z dnia 16.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako

najkorzystniejszej. W wyniku badania i oceny ofert, zamawiający uznał za spełniające wymogi tylko dwie spośród sześciu inwestycji, które przystępujący wskazał na potrzeby kryteriów oceny ofert, zatem tylko za dwie przyznał przystępującemu punkty, w tym m.in. za ww. Dom im. Józefa Piłsudskiego w Krakowie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.), remont to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

W przedmiotowej sprawie zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu, który obejmował m.in. następujące wymagania w zakresie doświadczenia kierownika budowy:
- w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert,
- prowadzenie co najmniej dwóch remontów zabytków nieruchomych wpisanych do rejestru zabytków,
- z remontem elewacji,
- z remontem dachu,
- z wymianą stolarki okiennej,
- o wartości brutto co najmniej 1 mln zł każdy remont.

Z treści warunku wynika zatem, że każdy z co najmniej dwóch remontów zabytków miał obejmować m.in. remont dachu.

Należy zauważyć, że w opisie warunku zamawiający nie użył określenia: „remont elementów dachu" czy „remont dachu lub jego elementów". Zamawiający użył słowa: „dach". Przepisy prawa nie zawierają definicji „dachu", zatem zgodnie z zasadami wykładni literalnej, należy temu słowu przypisać znaczenie takie, jak w języku potocznym. W skład dachu wchodzą takie elementy, jak m.in.: więźba dachowa, połać dachowa, kalenica, kosz, okap, rury i rynny spustowe. Jednakże w potocznym rozumieniu tego słowa „dach" oznacza albo dach w całości albo choćby w przeważającej części jego podstawowych elementów takich jak więźba dachowa i połać dachowa, czyli elementów przesądzających o tym, że mamy do czynienia z dachem. Mimo zatem, że w skład dachu (oprócz więźby i połaci) wchodzi jeszcze szereg innych elementów, to nie są one powszechnie uważane za „dach", a jedynie za jego elementy, które jednak samodzielnie dachem nie są.

Ma rację zamawiający twierdząc, że po upływie terminu składania ofert nie może zmienić treści warunku i dokonywać jego rozszerzającej interpretacji. Niemniej jednak w niniejszym przypadku powyższa reguła oznacza to, że zamawiający nie może po otwarciu ofert twierdzić, że dopuszczalne jest wykazanie spełnienia warunku poprzez wykazanie remontu jedynie niektórych elementów znajdujących się na styku elewacji i dachu, takich jak: elementy ogniomuru, gzymsów, odwodnienia, czy pasów nadrynnowych. Powyższe byłoby możliwe, gdyby zamawiający od początku wskazał w warunku, że wymaga doświadczenia w zakresie remontu elementów dachu. Skoro jednak zamawiający użył słowa: „dach", to zgodnie z potocznym jego rozumieniem, wykonawcy muszą wykazać remont „dachu" jako całości lub choćby podstawowych jego części, a nie tylko drobniejszych elementów. Taka zmiana w rozumieniu warunku i dopuszczenie możliwości wykazywania remontu tylko elementów dachu, prowadziłaby do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji zwłaszcza wobec potencjalnych wykonawców zainteresowanych zamówieniem, którzy być może zrezygnowali z udziału w postępowaniu myśląc, że nie są w stanie wykazać warunku w zakresie remontu dachu, a mogliby złożyć oferty, gdyby wiedzieli, że w istocie dopuszczalne jest wykazanie remontu tylko elementów dachu występujących na styku z elewacją.

W niniejszej sprawie nie jest sporne, że przystępujący nie wykonał remontu całego dachu ani jego głównych, podstawowych elementów. Wykonał jedynie roboty w zakresie niektórych elementów znajdujących się na styku elewacji i dachu, takich jak: elementy ogniomuru, gzymsów, odwodnienia, koszy czy pasów nadrynnowych. Nawet gdyby uznać, że wszystkie te elementy wchodzą w zakres dachu (a nie częściowo elewacji), to z pewnością nie są one „dachem" jako takim w typowym rozumieniu tego słowa. Przystępujący twierdzi też, że wykonał wymianę papy na powierzchni 45-50 m^2, ale nie wynika to z przedłożonych przez niego dokumentów, ponadto takie wykonywane miejscowo prace nie stanowiłyby także remontu „dachu".

Dodać także należy, że remontem, w świetle cytowanej wyżej definicji zawartej w ustawie Prawo budowlane, jest odtworzenie stanu pierwotnego, niestanowiące bieżącej konserwacji. Biorąc pod uwagę niewielki zakres robót, które zostały wykonane na styku elewacji i dachu, nie można stwierdzić, aby w zakresie wykazywanej przez przystępującego

inwestycji doszło do odtworzenia stanu pierwotnego dachu. Zostały po prostu wymienione lub naprawione elementy znajdujące się na styku dachu z elewacją, ale sam dach nie został wymieniony, zatem nie „odtworzono jego stanu pierwotnego".
Powyższe ustalenia pozostają w zgodzie z faktem, że w Domu im J. Piłsudskiegow Krakowie dach był remontowany w 2015 r., o czym świadczy treść ogłoszenia o zamówieniu m.in. na ten zakres robót. Tym samym trudno przypuszczać, aby 3 lata później (czyli w trakcie inwestycji wskazanej przez przystępującego) inwestor kolejny raz remontował dach.
Już tylko na marginesie należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający również przewiduje m.in. remont dachu i jak wynika z załączników do wniosku o udzielenie zamówienia, remont ten obejmuje przede wszystkim wymianę pokrycia dachowego poprzez głównie usunięcie warstw powyżej części konstrukcyjnej, renowację elementów konstrukcji oraz wykonanie nowych warstw z papy, wełny i folii w określonym układzie. Zatem w ww. załącznikach zamawiający rozumie „remont dachu" przede wszystkim jako remont podstawowych części dachu w postaci wymiany jego pokrycia i renowacji elementów konstrukcji. Powyższe potwierdza, jak co do zasady rozumiane jest sformułowanie „remont dachu" i że pod tym pojęciem w potocznym języku nie kryje się wymiana lub naprawa elementów znajdujących się jedynie na styku dachu i elewacji.
Wobec powyższego, zdaniem Izby, zakres wykonanych przez przystępującego robót nie stanowił „remontu dachu", a jedynie wymianę bądź naprawę niektórych elementów budynku znajdujących się na styku elewacji i dachu, co nie odpowiada treści warunku. Oznacza to, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku w zakresie doświadczenia kierownika budowy.
W przypadku niewykazania spełnienia warunku, zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązany jest wezwać wykonawcę m.in. do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czyli np. wykazu osób. Wezwanie w tym trybie jest co do zasady obowiązkowe przed wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z wyjątkiem sytuacji, gdy mimo zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oferta i tak podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
W tym miejscu należy zauważyć, że uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może dotyczyć wyłącznie oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25a ust. 1 i art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem nie może dotyczyć m.in. dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia kryteriów oceny ofert. W przedmiotowym postępowaniu oznacza to, że przystępujący w odpowiedzi na ewentualne wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mógłby uzupełnić tylko wykaz osób na potrzeby wykazania spełniania warunku (rozdział V, w pkt 1.2)c)B. siwz), dzięki czemu – jeśli potwierdziłby spełnienie tego warunku - nie zostałby wykluczony z postępowania. Przystępujący nie mógłby natomiast ani w tym trybie ani w żadnym innym uzupełnić załącznika nr 2 do siwz („Wykaz doświadczenia zawodowego Kierownika budowy"), w którym należało wykazać doświadczenie kierownika budowy na potrzeby wykazania kryteriów oceny ofert (rozdział XIV siwz). Informacje podawane dla wykazania spełnienia kryteriów oceny ofert stanowią bowiem część oferty, która nie może być zmieniana w świetle zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że jeśli przystępujący potwierdziłby spełnienie warunku w trybie uzupełnienia wykazu osób, to nie mogłoby to wpłynąć na treść złożonego przez niego załącznika nr 2 do siwz, w którym spośród sześciu wskazanych robót zamawiający uznał za spełniające kryteria tylko dwie, a wśród nich – Dom im. Józefa Piłsudskiego w Krakowie. Skoro ta ostatnia inwestycja również nie spełnia postawionych wymagań ze względu na wskazany w niniejszym wyroku brak wykonania remontu dachu, to w ostateczności dla wykazania spełnienia kryteriów oceny ofert zostaje przystępującemu tylko jedna inwestycja. Tymczasem, jak wskazał zamawiający w siwz: „w wypadku zaoferowania doświadczenia zawodowego kierownika budowy w wymiarze mniejszym niż wymagany, oferta wykonawcy zostanie odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści siwz". Wymagane były co najmniej dwa remonty, więc w wyniku uznania, że remont Domu im. Józefa Piłsudskiego w Krakowie nie spełnia wymagań, należy stwierdzić, że ziściły się przesłanki do stwierdzenia niezgodności oferty przystępującego z siwz.
Z uwagi na powyższe ustalenia, Izba nie nakazała zamawiającemu wezwania przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu osób, gdyż nawet w przypadku jego uzupełnienia i wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, przystępujący nie mógłby uzupełnić „Wykazu doświadczenia zawodowego Kierownika budowy". Niezależnie od analogicznej treści wymogu są to bowiem różne dokumenty, służące potwierdzeniu różnych wymogów (warunki udziału w postępowaniu i kryteria oceny ofert to nie to samo), badane na różnych etapach postępowania, do których mają zastosowanie różne zasady w zakresie ich ewentualnego wyjaśniania/uzupełniania/zmiany. W konsekwencji, skoro w wykazie składanym na potrzeby kryteriów oceny ofert zostaje tylko jedna inwestycja spełniająca kryterium „doświadczenie kierownika budowy", to niezależnie od ewentualnego uzupełnienia wykazu osób, oferta przystępującego i tak podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego.

Biorąc pod uwagę, że potwierdziły się zarzuty odwołującego wskazane w treści odwołania, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Na koszty zasądzone na rzecz odwołującego składają się: 10.000 zł wpisu od odwołania, 3.198 zł za wynagrodzenie pełnomocnika (łącznie z dwóch faktur: 2460 zł + 738 zł) oraz 314 zł za dojazd na rozprawę (dwa bilety PKP: 229 zł i 85 zł).

Przewodniczący …….