Sygn. akt: KIO 578/20

WYROK

z dnia 17 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2020 r. przez wykonawcę: Impuls Contractor Sp. z o.o. Sp. k., ul. Drukarska 7/49, 30-348 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Impuls Contractor Sp. z o.o. Sp. k., ul. Drukarska 7/49, 30-348 Kraków, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Impuls Contractor Sp. z o.o. Sp. k., ul. Drukarska 7/49, 30-348 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 505 zł 06 gr (słownie: pięćset pięć złotych sześć groszy) od wykonawcy: Impuls Contractor Sp. z o.o. Sp. k., ul. Drukarska 7/49, 30-348 Kraków na rzecz zamawiającego: Uniwersytet Jagielloński, ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków stanowiącą koszty poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Krakowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 578/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Uniwersytet Jagielloński w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „wyłonienie Wykonawcy robót budowlanych w zakresie remontu i modernizacji pomieszczeń w budynku Domu Studenckiego „PIAST" w Krakowie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 grudnia 2019 r. pod numerem 631339-N-2019.

Wykonawca Impuls Contractor sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie wobec czynności podjętych w przedmiotowym postępowaniu przez Zamawiającego polegających na: badaniu I ocenie ofert, w tym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp":

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo wykazania spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności pkt 5.3.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym udowodnienia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,

2. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty wobec wykazania spełniania warunków udziału określonych w SIWZ,

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza oraz poprzez niezapewnienie w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji, przejrzystości i równego traktowania wykonawców, wobec wyboru oferty wykonawcy stale współpracującego z Zamawiającym (Firma Remontowo - Budowlana Pa - Ka P. K.), którego oferta również podlegałaby odrzuceniu z tych samych przyczyn.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego,

2) unieważnienie czynności wyboru oferty Firma Remontowo - Budowlana Pa - Ka P. K. jako najkorzystniejszej,

3) ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,

4) ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej;

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w treści odwołania oraz zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przepisanych.

Odwołujący został poinformowany o wynikach badania i oceny ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej dnia 12 marca 2020 r., w tym o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z pkt 5.3.2.1. SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonali co najmniej dwie roboty budowlane (dwa odrębne kontrakty), polegające na remoncie czynnego obiektu użyteczności publicznej lub zbiorowego zamieszkania o wartości łącznej tych inwestycji nie mniejszej niż 6 000 000, 00 zł PLN brutto (słownie: sześć milionów złotych (PLN)).

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący przedstawił dwie inwestycje tj.: „Budowa i Rozbudowa Ośrodka Doskonalenia Techniki Jazdy "Moto - Park" Kraków ul. Rzepakowa" o wartości robót 3 732 343, 98 PLN brutto oraz „Przebudowa i nadbudowa istniejącego budynku usługowego "Restauracja pod Baranem" Śródmieście przy ul. Św. Gertrudy 21 w Krakowie" o wartości robót 2 442 236, 93 PLN brutto wraz z dodatkowymi wyjaśnieniami. Zamawiający stwierdził, iż w ramach ww. inwestycji, prace o łącznej wartości 2 601 737, 20 zł brutto nie stanowią prac remontowych, a zatem skoro Odwołujący nie wykazał łącznej wartości dwóch robót polegających na remontach na poziomie 6 000 000,00 zł brutto, to podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta - odrzuceniu. Zdaniem Zamawiającego, prace wymienione w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania (pismo z dnia 12 marca 2020 r.) stanowią roboty budowlane nie będące pracami remontowymi, co ma świadczyć o niespełnieniu

warunku z pkt 5 3.2.1. SIWZ.

Odwołujący podniósł, że powyższe rozumienie warunku opisanego w pkt 5 3.2.1. SIWZ jest wadliwe i sprzeczne z jego treścią oraz wykładnią językową i celowościową.

Zgodnie z pkt 5.3.2.1. SIWZ - opis warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, wykonawca zamówienia powinien posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest. krótszy - w tym okresie - powinien wykonać co najmniej dwie roboty budowlane (dwa odrębne kontrakty), polegając na remoncie czynnego obiektu użyteczności publicznej lub zbiorowego zamieszkania o wartości łącznej tych inwestycji nie mniejszej niż 6 000 000. 00 PLN brutto (słownie: sześć milionów złotych (PLN)), a roboty te miały zostać wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Celem spełnienia tego warunku Odwołujący przedstawił dwie inwestycje tj.: „Budowa / Rozbudowa Ośrodka Doskonalenia Techniki Jazdy "Moto - Park" Kraków ul. Rzepakowa" wartości robót 3 732 343,98 z) brutto oraz „Przebudowa i nadbudowa istniejącego budynku usługowego „Restauracja pod Baranem" Śródmieście przy ul. Św. Gertrudy 21 w Krakowie" o wartości robót 2 442 236, 93 zł brutto. Obie inwestycje polegały na remoncie czynnych obiektów użyteczności publicznej, na dowód czego Odwołujący przedłożył stosowne referencje. Zamawiający dwukrotnie w dniach: 11 i 19 lutego 2020 r. wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień m. in. w przedmiocie spełnienia warunku pkt 5.3.2.1. SIWZ. Odwołujący składał wyjaśnienia w dniach 13 li 20 lutego 2020 r. Odwołujący w wyjaśnieniach podał wartości poszczególnych robót remontowych wymienionych w referencjach wystawionych przez MOTO PARK Kraków spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Krakowie oraz Restaurację pod Baranem.

Zamawiający uznał, że szereg prac o wartości: 1 997 157, 45 zi brutto dla inwestycji: "Budowa i Rozbudowa Ośrodka Doskonalenia Techniki Jazdy "Moto - Park" Kraków ul. Rzepakowa" oraz 604 579,75 zł brutto dla inwestycji "Przebudowa i nadbudowa istniejącego budynku usługowego ”Restauracja pod Baranem" Śródmieście przy ul. Św. Gertrudy 21 w Krakowie" nie mieści się w zakresie definicji robót remontowych, zatem łączna wysokość wskazanych robót polegających na remoncie jest mniejsza niż 6 000 000, 00 z! brutto.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 21 maja 2019 roku Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186), przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. Nie ulega wątpliwości, iż obie inwestycje wskazane przez Odwołującego polegały w całości na realizacji robót budowlanych o łącznej wartości: 6 174 580, 93 zł brutto oraz zostały wykonane na podstawie dwóch odrębnych kontraktów w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert i polegały na remoncie czynnych obiektów budowlanych użyteczności publicznej, co jest faktem bezspornym.

Zdaniem Odwołującego, postanowienie pkt 5.3.21. SIWZ nie wymaga, aby wartość prac remontowych w ramach inwestycji opiewała na 6 000 000,00 zł brutto, ale jedynie żeby roboty polegały na remoncie czynnego obiektu budowlanego użyteczności publicznej lub zbiorowego zamieszkania, a wartość łączna tych inwestycji (a nie tylko prac remontowych w ramach robót budowlanych) wynosiła nie mniej niż 6 000 000,00 zł brutto. Odwołujący wskazał, iż spełniła tak określony warunek. Zamawiający w treści SIWZ wcale nie określił, iż to wartość prac remontowych ma wynosić 6 000 000. 00 zł brutto, a jedynie, że tyle ma wynosić łączna wartość wskazanych przez oferenta inwestycji w ramach, których realizowano roboty budowlane.

Przy prawidłowej wykładni zapisu pkt 5.3.2.1 SIWZ, zgodnie ze znaczeniem językowym i celowościowym tego postanowienia, Odwołujący spełniła ww. warunek nawet gdyby przyjąć (z czym nie sposób się nota bene zgodzić), iż nie wszystkie roboty budowlane w ramach przedstawionych referencji polegały na wykonaniu prac remontowych.

Gdyby Zamawiający przyjął, że do spełnienia tego warunku konieczne było, aby wartość samych prac remontowych w ramach dwóch kontraktów była nie mniejsza niż 6 000 000, 00 zł brutto, to określiłby to wprost w SIWZ, a nie odwoływałby się do pojęcia robót budowlanych i „wartości łącznej tych inwestycji", która to niewątpliwie obejmuje swoim zakresem wartość wszystkich robót budowlanych. Tym samym, rozumnie i wykładania zapisu 5.3.2.1. SIWZ, przez Zamawiającego zawarta w rozstrzygnięciu przetargu jest oczywiście wadliwa.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że zgodnie z art. 3 pkt 8) ustawy z dnia 21 maja 2019 roku Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186), poprzez remont należy rozumieć 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. Odtworzenia stanu pierwotnego nie można jednak rozumieć w sensie dosłownym, gdyż ustawodawca dopuszcza stosowanie wyrobów budowlanych innych niż te, których użyto pierwotnie, budując obiekt budowlany. Aby roboty zostały zakwalifikowane do kategorii remontu, nie mogą stanowić bieżącej konserwacji, nie mogą także swoim zakresem wyczerpywać znamion odbudowy (por. G. Kuźma, R. Tymiec, Prawo budowlane.'komentarz, Warszawa 2020, Wydane: 20, Legałis). Ponadto, według GlNB pojęcie „modernizacji" mieści się w zakresie pojęciowym „remontu" (por. prof. zw. dr hab. Z. Niewiadomski (red.), Prawo Budowlane, Komentarz, Warszawa 2020, Wydanie: 9, Legalis).

W ocenie Odwołującego, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż roboty budowlane wskazane przez Zamawiającego nie mieszczą się w definicji prac remontowych, ponieważ wszystkie prace w obrębie obu przedstawionych inwestycji mieszczą się w kategorii remontu przy uwzględnieniu, iż w wyniku ich wykonania doszło, obok odtworzenia stanu pierwotnego przy użyciu nowoczesnych materiałów, również do modernizacji obu czynnych obiektów użyteczności publicznej. Tym samym, ocena poczyniona przez Zamawiającego sprowadzająca się do zakwestionowania części robót budowlanych, jako niemieszczących się w definicji prac remontowych, jest zasadniczo dowolna i wadliwa. Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego zakwestionował charakter wskazanej części prac jako nie mieszczących się w zakresie robót remontowych.

Odwołujący wskazał, że orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego przytoczone w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu (wynikach) postępowania z dnia 12 marca 2020 roku (sygn. akt II OSK 517/11, II OSK 610/2010, II OSK 1945/2006) dotyczyły zupełnie innych sytuacji i kwestii związanych z pozyskiwaniem pozwoleń na budowę na realizację poszczególnych zamierzeń budowlanych i jako takie nie znajdują zastosowania wprost czy też per analogiem do przedmiotu postępowania przetargowego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 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, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. W konsekwencji w myśl art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Mając na uwadze argumentację sformułowaną w odwołaniu należy uznać, że zastosowanie przez Zamawiającego powyższych przepisów wobec Odwołującego i złożonej oferty nie może być uznane za prawidłowe.

Ponadto, w myśl art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę Firma Remontowo - Budowlana Pa - Ka P. K., który, wedle wiedzy Odwołującego, stale współpracuje

z Zamawiającym, i dla realizacji warunku opisanego w pkt 5.3.2.1. SIWZ przedstawił referencje wystawione przez Zamawiającego oraz wskazał inwestycje w postaci prac budowlanych na innym obiekcie Zamawiającego, tj. Domu Studenckiego przy ul. Bydgoskiej 19B (I i II Etap) o łącznej wartości tych prac w kwocie 6 822 783,05 zł brutto. Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, tak samo, jak w przypadku robót wskazanych przez Odwołującego, Zamawiający powinien zakwestionować część spośród prac wskazanych przez ww. wykonawcę, jako nie mieszczących się w definicji prac remontowych, choćby z zakresu: części robót budowlanych, instalacji CO, wentylacji mechanicznej, sieci informatycznej, natomiast pozycja - prace wg. aneksu nr 1 jest w ogóle nieweryfikowalna w tym kontekście.

W takim stanie rzeczy Odwołujący stwierdził, że ma wątpliwości i zastrzeżenia, co do zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, nie można nie zauważyć i a priori wykluczyć, iż okoliczności postępowania wskazują (lub co najmniej mogą wskazywać), że wzywanie Odwołującego do składania kolejnych wyjaśnień potencjalnie zmierzało do doprowadzenia do jego wykluczenia z postępowania i odrzucenia jego korzystniejszej oferty na rzecz wyboru oferty droższej, lecz złożonej przez wykonawcę stale współpracującego z Zamawiającym.

Pismem z dnia 8 czerwca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że przedmiotem sporu jest to, czy Odwołujący wykonał dwie roboty budowlane polegające na remoncie czynnego obiektu użyteczności publicznej lub zbiorowego zamieszkania o wartości łącznej tych inwestycji nie

mniejszej niż 6 000 000,00 PLN brutto. Analiza dokumentacji przedstawionej przez Odwołującego pozwoliła na przyjęcie, że obiekty, w których były prowadzone roboty były czynnymi obiektami użyteczności publicznej.

Zamawiający wyjaśnił, że wymagał co prawda doświadczenia w zakresie robót budowlanych, ale nie każdych robót budowlanych, tylko takich, które polegały na remoncie. Zdaniem Zamawiającego, pojęcie remontu należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2029 r. poz. 1186 ze zm.), którą potwierdza także orzecznictwo sądów administracyjnych (orzeczenie WSA we Wrocławiu sygn.. akt II SA/Wr 455/19 z dnia 27 lutego 2020 r., WSA w Olsztynie sygn.. akt II SA/OI 171/19 z dnia 18 lipca 2019 r.

Zamawiający wskazał, że nie ma legalnej definicji pojęcia „inwestycja", które potocznie rozumie się, jako czynności prowadzące do realizacji przedsięwzięcia budowlanego. W przedmiotowym przypadku słowo „inwestycja" zostało zastosowane zamiennie wobec słowa „kontrakt" lub „umowa". Wykonawca był zatem zobowiązany do wykazania, że zrealizował dwie roboty budowlane (dwie inwestycje/dwa odrębne kontrakty) polegające na remoncie obiektów, a łączna ich wartość wynosi co najmniej 6 mln zł brutto. Niedopuszczalne jest rozumienie tego warunku, przyjęte przez Odwołującego, iż łączna wartość inwestycji, to wartość nie tylko prac remontowych, ale i innych robót budowlanych.

Zdaniem Zamawiającego, treść warunku jest jednoznaczna i nie wymaga interpretacji. Niedozwolona jest interpretacja rozszerzająca na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, wykładnia treści warunku nie może prowadzić do jego wypaczenia i absurdalnych wniosków.

Zamawiający wskazał, że z przedstawionej przez Odwołującego w ramach wyjaśnień umowy z dnia 1 lipca 2017 r. zawartej z J. B. wprost wynika, że jej przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych: przebudowy i nadbudowy istniejącego budynku mieszkalnego polegających na remoncie i przebudowie istniejących pomieszczeń mieszkalnych na poziomie I piętra oraz zmianie sposobu użytkowania poddasza z przeznaczeniem na lokal mieszkalny, wraz z instalacjami wewnętrznymi: wod-kan-co, elektryczną, wentylacji mechanicznej - z wyłączeniem robót rozbiórkowych. Ze względu na wątpliwości związane z opisem przedmiotu umowy: „przebudowa i nadbudowa istniejącego budynku mieszkalnego polegająca na remoncie i przebudowie..." Zamawiający wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienia i wskazanie wartości poszczególnych rodzajów robót. Wątpliwości Zamawiającego budziły roboty określone w pozycjach:

1. Roboty rozbiórkowe i przygotowawcze - wartość 338 635,79 PLN
2. Roboty konstrukcyjne budynku - wartość 265 943,97 PLN.

Z ww. umowy wynikało, że nie obejmowała ona robót rozbiórkowych. Niezależnie od powyższego, zarówno roboty konstrukcyjne budynku, które musiały związane z przebudową i nadbudową, jak i roboty rozbiórkowe nie mieszczą się w definicji remontu.

W zakresie drugiej inwestycji „Budowa i Rozbudowa Ośrodka Doskonalenia Techniki Jazdy Moto-Park Kraków ul. Rzepakowa", Zamawiający nie uznał za roboty polegające na remoncie robót ujętych w pozycjach:

poz. 1 Roboty rozbiórkowe i przygotowawcze - wartość 1 463 563,47 zł,

poz. 2 Kompleksowe wykonanie torów jazdy i placu manewrowego - wartość 605 945,97 zł.

poz. 6. Wykonanie elewacji - wartość 215 250,00 zł,

poz. 11. Wykonanie pompowni EPS - wartość 177 600,00 zł,

poz. 12. Instalacja monitoringu - wartość 140 743, 98 zł.

Zamawiający wskazał, że gdyby z zakresu powyższych robót wyłączyć jedynie wykonanie torów jazdy i placu manewrowego, to Odwołujący nie spełniłby warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego „stałej współpracy" z wykonawcą, którego oferta została wybrana, Zamawiający wyjaśnił, że podmiot ten bierze udział w przetargach na takich samych zasadach jak inni wykonawcy. Wykonawca ten zrealizował na rzecz Zamawiającego inwestycje polegające na robotach budowlanych wykonywanych w dwóch etapach w domu studenckim przy ul. Bydgoskiej 19 B w Krakowie „Remont i przebudowa pomieszczeń (bez zmiany sposobu użytkowania) istniejącego budynku domu studenckiego na cele wyższej uczelni państwowej, jaką jest Uniwersytet Jagielloński (akademik)." Szczegółowy opis robót

wraz z podziałem na roboty remontowe i roboty inwestycyjne (związane z przebudową) został złożony do akta postępowania, wartość robót remontowych w ramach I etapu - 3 404 130,72 PLN, a w ramach II etapu - 2 985 402,58 PLN, łącznie - 6 389 533,30PLN. W ocenie Zamawiającego, zakwalifikowanie poszczególnych robót do remontu i przebudowy w tym przypadku nie budzi żadnych wątpliwości, ponieważ to Zamawiający był zobowiązany do dokładnego oszacowania i wykonania poszczególnych robót ze względu na określone źródła finansowania inwestycji - w tym udział Funduszu Pomocy Materialnej Studentów. Jako dowód Zamawiający przedstawił „podział finansowania dla robót budowlanych w DS. Bydgoska I i II etap.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez wykluczenie

Odwołującego z postępowania z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonego w pkt 5.3.2.1 SIWZ. W konsekwencji za prawidłowe należy uznać zastosowanie art. 24 ust. 4 Pzp tj. uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą. Zauważyć należy przy tym, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp następuje odrzucenie oferty w przypadku, gdy oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, tj. w trybach tzw. dwuetapowych. Nie ma on natomiast zastosowania w przetargu nieograniczonym.

Zgodnie z treścią opisu przedmiotu zamówienia (SIWZ), przedmiotem postępowania jest wyłonienie wykonawcy robót budowlanych w zakresie remontu i modernizacji pomieszczeń sanitarnych oraz korytarzy wspólnych wraz z wymianą instalacji wewnętrznych (instalacjami: elektryczną i nisko-prądową, ciepłej i zimnej wody, kanalizacyjną - w tym wymiany instalacji z elementów żeliwnych na PCV, C.O., wentylacją mechaniczną) oraz przebudowa logii, jak i wymiana dźwigu osobowego wraz z remontem szybu w budynku Domu Studenckiego „Piast" dla celów uczelni publicznej, tj. Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, przy ulicy Piastowskiej 47 w Krakowie na działce nr 341/3 obręb K-4 Krowodrza.

Zgodnie z postanowieniem pkt 5.3.2.1. SIWZ - opis warunków podmiotowych udziału w postępowaniu, wykonawca zamówienia powinien posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie, tzn.: w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest. krótszy - w tym okresie - powinien wykonać co najmniej dwie roboty budowlane (dwa odrębne kontrakty), polegając na remoncie czynnego obiektu użyteczności publicznej lub zbiorowego zamieszkania o wartości łącznej tych inwestycji nie mniejszej niż 6 000 000. 00 PLN brutto (słownie: sześć milionów złotych (PLN)), a roboty te miały zostać wykonane należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

W ocenie Izby, zasadnicza kwestia sporna w niniejszej sprawie dotyczy rozumienia ww. warunku udziału w postępowaniu, w tym w szczególności kwestii, czy określoną w treści warunku wartość 6 mln. zł należy odnosić do inwestycji obejmujących wyłącznie prace remontowe, czy też obejmujących oprócz prac remontowych także inne rodzaje robót budowlanych wykonanych w ramach wykazanych kontraktów, a zatem, czy wykonane inwestycje mogły się składać z różnych rodzajów robót budowlanych, w tym remontowych, których łączna wartość opiewała na 6 mln. zł.

Postanowienie pkt 5.3.2.1. SIWZ wymaga wykazania dwóch robót budowlanych (zadań, inwestycji) „polegających na remoncie", a zatem określonego rodzaju robót budowlanych, zgodnie bowiem z art. 3 pkt 7 ustawy z dnia 21 maja 2019 roku Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1186), przez roboty budowlane należy rozumieć budowę, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego, przy czym zgodnie z art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego, przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, natomiast przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź

liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Zatem prace remontowe stanowią jeden z rodzajów robót budowlanych. Zgodnie z art. 3 pkt 8 ustawy Prawo budowlane, poprzez remont należy rozumieć 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.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że wskazana w treści warunku wartość (6 mln. zł) dotyczyła inwestycji jako całości przedmiotu danego kontraktu. Taka interpretacja wypacza znaczenie warunku, jako kryterium wyboru wykonawcy gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia, w szczególności uwzględniając charakter, zakres i specyfikę przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Postanowienia zawartego w pkt 5.3.2.1 SIWZ nie można bowiem interpretować w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, którego dotyczy. Nie sposób uznać, że wartość określona w treści warunku miała dotyczyć całej inwestycji, tj. zadania, w ramach którego tylko jakaś nieokreślona część miała obejmować prace remontowe stanowiące przedmiot zamówienia. Potwierdza powyższe również sformułowanie „[...] robót budowlanych polegających na remoncie [...]", określające wprost rodzaj robót objętych inwestycją o określonej wartości.

Odwołujący w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przedstawił w wykazie doświadczenia dwie wykonane inwestycje:

1. Budowa i Rozbudowa Ośrodka Doskonalenia Techniki Jazdy „Moto - Park" Kraków ul. Rzepakowa - o wartości robót 3 732 343, 98 PLN brutto,

2. Przebudowa i nadbudowa istniejącego budynku usługowego “Restauracja pod Baranem" Śródmieście przy ul. Św. Gertrudy 21 w Krakowie - o wartości robót 2 442 236, 93 PLN brutto.

Zamawiający w dniu 11 lutego 2020 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień m. in. w przedmiocie spełnienia warunku z pkt 5.3.2.1. SIWZ oraz ewentualnie do uzupełnienia przez wykonawcę (przedstawienia nowego wykazu doświadczenia) wykazu wykonanych zadań.

Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 13 lutego 2020 r. potwierdzając, że wskazane w wykazie zadania potwierdzają spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia oraz załączył do wyjaśnień umowę z dnia 1 lipca 2017 r. oraz oświadczenie MOTO-PARK Kraków sp. z. o. o. sp. k. z dnia 12 lutego 2020 r., potwierdzające, że inwestycja wykonana przez Odwołującego na rzecz tego podmiotu na podstawie umowy z dnia 7 września 2016 r. „poległa na remoncie i była prowadzona w czynnym obiekcie”.

Kolejne wezwanie do wyjaśnień z dnia 19 lutego 2020 r. obejmowało żądanie przedstawienia przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie wartości poszczególnych rodzajów robót, w tym zakresu prac remontowych i wartości prac remontowych, które były realizowane w ramach przedstawionych przez Odwołującego inwestycji.

Pismem z dnia 20 lutego 2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w ramach których przedstawił wykazy wykonanych prac w zakresie obu wskazanych inwestycji, oświadczając jednocześnie, że wszystkie wymienione prace „wchodziły w skład remontu w/w inwestycji". Odwołujący wskazał wartości poszczególnych robót wymienionych w referencjach wystawionych przez MOTO PARK Kraków spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Krakowie oraz Restauracja pod Baranem.

Jak wynika z przedłożonych przez Odwołującego w postępowaniu dokumentów, obie wskazane przez Odwołującego w wykazie inwestycje obejmowały wykonanie robót budowlanych, w ramach których wykonywane były prace remontowe, jak i inne roboty budowlane niemające takiego charakteru. Nie można się zgodzić z Odwołującym, że wszystkie prace wykonane w obrębie obu przedstawionych inwestycji mieszczą się w całości w kategorii remontu. Nie można bowiem uznać, że wykonanie robót konstrukcyjnych lub też budowę obiektu (plac manewrowy, tor jazdy) można zaliczyć do prac remontowych w rozumieniu prawa budowlanego j.w.

Z przedłożonego przez Odwołującego w ramach wyjaśnień z dnia 20 lutego 2020 r. wykazu rodzajów robót wraz z kosztami netto i brutto poszczególnych robót wykonanych w ramach inwestycji zrealizowanej na rzecz MOTO-PARK Kraków sp. z. o. o. sp. k., wynika, że wykonane zostały m.in.:

- Roboty rozbiórkowe i przygotowawcze - o wartości 1 463 563,47 PLN,

- Kompleksowe wykonanie torów jazdy oraz placu manewrowego - o wartości 605 945,97 PLN,

- Wykonanie elewacji - o wartości 215 250,00 PLN,

- Wykonanie pompowni EPS - o wartości 177 600,00 PLN,

- Instalacja monitoringu - o wartości 140 743,98 PLN,

które nie mogą być zakwalifikowane jako roboty stanowiące remont w rozumieniu Prawa budowlanego, gdyż nie stanowiły one „odtworzenia stanu pierwotnego", lecz roboty budowlane obejmujące budowę.

Jak wynika natomiast z treści umowy o wykonanie robót budowanych z dnia 1 lipca 2017 r. przedłożonej przez Odwołującego w odniesieniu do zadania wskazanego w pozycji 2 wykazu, (§ 1 ust 1), przedmiotem tej umowy były „roboty budowlane polegające na przebudowie i nadbudowie istniejącego budynku mieszkalnego, polegające na remoncie i przebudowie istniejących pomieszczeń mieszkalnych na poziomie I piętra oraz zmianie sposobu użytkowania poddasza z przeznaczeniem na lokal mieszkalny, wraz z instalacjami wewnętrznymi: wod-kan, co, elektryczną, wentylacji mechanicznej, zgodnie z projektem przedłożonym przez Inwestora i w zakresie wskazanym w przedmiarze sporządzonym przez Inwestora, ale z wyłączeniem robót rozbiórkowych stanowiących przedmiot odrębnej umowy". Nie można zatem uznać, że roboty rozbiórkowe (które zgodnie z treścią ww. umowy były wyłączone z tej umowy) i przygotowawcze o wartości 338 635,79 PLN lub roboty konstrukcyjne o wartości 265 943,97 PLN wynikające z zakresu przebudowy obiektu stanowią remont w rozumieniu Prawa budowlanego, jako „odtworzenie stanu pierwotnego".

Podsumowując powyższe, w ocenie Izby, słusznie Zamawiający nie uwzględnił wartości ww. robót wskazanych przez Odwołującego w odniesieniu do zadania nr 1 w pozycjach robót nr 1, 2, 6, 11, 12 oraz w odniesieniu do zadania nr 2 - w pozycjach robót nr 1 i 2 wyjaśnień, jako wartości robót budowlanych polegających na remoncie.

Zauważyć należy ponadto, że w wezwaniu z dnia 11 lutego 2020 r. Zamawiający wyczerpał obowiązek wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Wykonawca w odpowiedzi na to wezwanie nie złożył nowego wykazu, zatem ocenie podlegały oświadczenia i dokumenty złożone przez ww. wykonawcę pierwotnie. Tryb wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu nie może być zastosowany ponownie. Zauważyć należy przy tym, że zarzutu zaniechania takiego wezwania Odwołujący nie podnosił w odwołaniu.

Z uwagi na niewykazanie spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.3.2.1 SIWZ w zakresie wykazania łącznej wartości dwóch robót polegających na remontach na poziomie 6 000 000,00 zł brutto, gdyż prace o wartości: 1 997 157,45 zł brutto

dla inwestycji: „Budowa i Rozbudowa Ośrodka Doskonalenia Techniki Jazdy "Moto - Park" Kraków ul. Rzepakowa" oraz prace o wartości 604 579,75 zł brutto dla inwestycji „Przebudowa

i nadbudowa istniejącego budynku usługowego "Restauracja pod Baranem" Śródmieście przy ul. Św. Gertrudy 21 w Krakowie", o łącznej wartości 2 601 737, 20 zł brutto nie stanowią prac remontowych, a zatem łączna wysokość wykazanych robót polegających na remoncie jest mniejsza niż 6 000 000, 00 zł brutto, Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a złożona przez niego oferta podlegała uznaniu za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W myśl art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że oferta złożona przez Odwołującego, która podlegała odrzuceniu nie mogła być oceniana w kontekście kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej. Ocenie w ramach art. 91 ust. 1 Pzp nie podlegają bowiem oferty odrzucone.

Odnosząc się do czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Firma Remontowo - Budowlana Pa - Ka P. K., Izba stwierdziła, że Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Firma Remontowo - Budowlana Pa - Ka P. K., który wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.3.2.1 SIWZ. Wskazane w tym zakresie przez ww. wykonawcę inwestycje w postaci robót budowlanych wykonanych na obiekcie Zamawiającego - Dom Studencki przy ul. Bydgoskiej 19B (I i II Etap) o łącznej wartości w kwocie 6 822 783,05 PLN brutto potwierdzają spełnienie ww. warunku, w tym w zakresie wymaganej wartości robót

budowlanych polegających na remoncie. Według danych, którymi dysponuje Zamawiający i które zostały złożone w poczet materiału dowodowego, prace o wskazanej wartości wprost zostały zakwalifikowane jako remontowe w ramach kalkulacji, przyjętych w rozliczeniu wykonanych ww. inwestycji. Wymaganą wartość prac remontowych powyżej 6 mln. zł potwierdzają także zestawienia „Podział robót na remontowe i inwestycyjne DS. Bydgoska 19B Etap I i II, na które powoływał się Odwołujący.

Zauważyć należy, że w ramach niniejszego zarzutu Odwołujący podnosił jedynie wątpliwości i zastrzeżenia co do zasadności uznania części robót budowlanych, instalacji CO, wentylacji mechanicznej, sieci informatycznej, za prace remontowe, jednak Odwołujący nie wykazał, że prace wykonane w ramach ww. inwestycji nie stanowiły remontu. Podkreślić należy, że wątpliwości oraz zastrzeżenia nie dowodzą zasadności zarzutu. W postępowaniu odwoławczym zarzuty podlegają bowiem ocenie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Wskazać zatem należy, że ciężar dowodowy wykazania zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu w tym przypadku spoczywał w całości na Odwołującym, który stosownych dowodów nie przedstawił.

Izba stwierdziła także, że sama okoliczność, iż dany wykonawca współpracuje z Zamawiającym na podstawie innych kontraktów nie dowodzi naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Nieudowodnione pozostało też twierdzenie Odwołującego, iż wzywanie Odwołującego do składania kolejnych wyjaśnień „potencjalnie zmierzało do doprowadzenia do wykluczenia Odwołującego z postępowania”.

Izba nie znalazła zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty podmiotu stale współpracującego z Zamawiającym tj. Firmy Remontowo - Budowlanej Pa - Ka P. K. . Odwołujący nie wykazał okoliczności skutkujących obowiązkiem wykluczenia tego wykonawcy (z tych samych przyczyn jak w przypadku Odwołującego) oraz nie wykazał naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: .....