Sygn. akt: KIO 124/22

WYROK

z dnia 1 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez wykonawcę EKO-INVEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Skrajna 4, 25-650 Kielce w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Grójec, ul. Józefa Piłsudskiego 47, 05-600 Grójec

przy udziale wykonawcy Doken System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach, ul. Świętojańska 9/5, 08-110 Siedlce zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: EKO-INVEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od

odwołania,

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 124/22

Gmina Grójec (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Postępowania o udzielnie zamówienia publicznego na „Rozbudowa PSP nr 1 w Grójcu o nową salę gimnastyczną i część dydaktyczną wraz z niezbędną infrastrukturą", numer

referencyjny: WI.271.38.2021.KOI. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 października 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych numer: Ogłoszenie nr 2021/BZP 00199700/01.

Zamawiający 11 stycznia 2022 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Doken System Sp. z o.o. (dalej: „Doken System"). W terminie ustawowym wykonawca EKO-INVEST Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Doken System , który złożył wykaz robót nie potwierdzający spełnienie warunków udziału w postepowaniu z uwagi na zawarte w nim informacje,

2) art. 204 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Doken System pomimo że oferta tego wykonawcy powinna być odrzucona,

3) art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Doken System do wyjaśnienia wykazu robót i poświadczenia ich wykonania lub ewentualne wezwanie tego wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 stawy Pzp do wykazania się innym doświadczeniem gdyby izba uznała informacje w wykazie robót za błąd.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Doken System jako najkorzystniej,

2) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Doken System ,

3) powtórzenie czynności badania oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej

4) ewentualnie - nakazanie wezwania wykonawcy Doken System do wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu robót i poświadczenia;

5) ewentualnie - nakazanie wezwania wykonawcy Doken System do wykazania się innym doświadczeniem gdyby lzba uznała że złożony wykaz została zakwalifikowany błąd.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem V ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ po modyfikacji: Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej 2 roboty robotę, polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze min. 15 000 m3 i powierzchni zabudowy min. 2 000 m2 o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto - osobno każda z robót. Wykonawca Doken System złożył wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków podmiotowych. Następnie po stwierdzeniu, że oferta jego ma najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Analizując poszczególne roboty wymieniane w referencjach Doken System jako podwykonawcy (ocieplenie stropów i dachów, obróbki blacharskie, izolacja ścian, budowa opaski, renowacja ścian, wymiana pokrycia dachów i remont kominów, usunięcie krat w oknach, renowacja ścian, modernizacja naświetla, balustrad, schodów, tynki renowacyjne ścian, malowanie ścian, wykonanie iniekcji, wymiana stolarki okiennej i drzwiowej) pragniemy zauważyć, iż wymienione prace nie obejmują ani budowy, ani rozbudowy, czy też przebudowy budynku. Wszystkie te prace w swoim zakresie odpowiadają pojęciu remontu . W rozumieniu bowiem art. 3 pkt. 8 ustawy z dn. 7 lipca 1994 r. - Prawo budowalne roboty polegające np. na wymianie stolarki okiennej i drzwiowej czy wymiana pokrycia dachowego albo wykonanie nowych obróbek blacharskich to remont, ponieważ w myśl definicji celem remontu jest przywrócenie elementom budowlanym sprawności technicznej poprzez ich naprawę lub wymiana tych elementów w celu przywrócenia ich do stanu pierwotnego. Wg SWZ dział V pkt. 2 ppkt 4 lit. a remont nie został dopuszczony przy określaniu warunków spełniania wymagań.

Zdaniem Odwołującego powyższych robót nie można zakwalifikować do żadnej innej kategorii niż remont. Sądzimy, iż powyższe roboty zostały mylnie przypisane do przebudowy, ale przebudowa to roboty budowlane, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu, z wyjątkiem parametrów

charakterystycznych jak: kubatura, pow. zabudowy, wysokość, szerokość bądź liczba kondygnacji (wtedy mamy do czynienia z nadbudową lub rozbudową). Jedyne co kwalifikuje się do przebudowy to termomodernizacja, docieplenie. Całe zadanie inwestycyjne pn. „Termomodernizacja budynków Szkoły Podstawowej nr 6 oraz Gimnazjum nr 1 przy ul. Konarskiego w Braniewie" wykonywane przez firmę TOP Construction Ltd. Sp. K. jest przebudową budynku, ale w ramach tejże inwestycji Doken System wykonywał czynności charakterystyczne dla remontu, a nie dla budowy / przebudowy. Informacje podane w wykazie robót przedłożonym przez wykonawcę nie potwierdzają wymaganego doświadczenia.

Pismem z 27 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie zarzutów w nim zawartych. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że wykonawca Doken System sp. z o.o. spełnia warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i dlatego jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca ten wykonał robotę budowlaną polegającą na przebudowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze 29 781,8 m3 i powierzchni zabudowy 2 369,0 m2 0 wartości ponad 4.000.000,00 zł brutto. Wszystkie prace wymienione w załączonych do złożonego wykazu robót referencjach zostały zrealizowane na rzecz Gminy Miasta Braniewa przez Doken System Sp. z o.o. będącego podwykonawcą Top Construction Ltd. Sp. K.

Zamawiający podał, że zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 7a) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2021 r., poz. 2351 ze zm.) przebudowę stanowi 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. Z przepisów prawa budowlanego ponadto wprost wynika (w oparciu o art. 5 ust. 2b ustawy Prawo budowlane), że w przypadku robót budowlanych polegających na dociepleniu budynku, obejmujących ponad 25% powierzchni przegród zewnętrznych tego budynku, należy spełnić wymagania minimalne dotyczące energooszczędności i ochrony cieplnej przewidziane w przepisach techniczno-budowlanych dla przebudowy budynku. Prace wykonane przez Doken System Sp. z o.o. zostały zrealizowane w ramach termomodernizacji i stanowiły przebudowę budynku. Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków (Dz. U. z 2021 r., poz. 554 ze zm.) przedsięwzięcie termomodernizacyjne (termomodernizacja) to przedsięwzięcie, którego przedmiotem jest:

a) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię dostarczaną na potrzeby ogrzewania i podgrzewania wody użytkowej oraz ogrzewania do budynków mieszkalnych, budynków zbiorowego zamieszkania oraz budynków stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego służących do wykonywania przez nie zadań publicznych,

b) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie strat energii pierwotnej w lokalnych sieciach ciepłowniczych oraz zasilających je lokalnych źródłach ciepła, jeżeli budynki wymienione w lit. a, do których dostarczana jest z tych sieci energia, spełniają

wymagania w zakresie oszczędności energii, określone w przepisach prawa budowlanego, lub zostały podjęte działania mające na celu zmniejszenie zużycia energii dostarczanej do tych budynków,

c) wykonanie przyłącza technicznego do scentralizowanego źródła ciepła, w związku z

likwidacją lokalnego źródła ciepła, w wyniku czego następuje zmniejszenie kosztów

pozyskania ciepła dostarczanego do budynków wymienionych w lit. a,

d) całkowita lub częściowa zamiana źródeł energii na źródła odnawialne lub zastosowanie

wysokosprawnej kogeneracji;

Zamawiający stwierdził, że całe zadanie inwestycyjne tj. przedsięwzięcie związane z

termomodernizacją budynku Szkoły Podstawowej nr 6 oraz Gimnazjum nr 1 przy ul. Konarskiego w Braniewie stanowi przebudowę, a nie remont. Sporny jest charakter robót jakie wykonał Wykonawca Doken System Sp. z o.o. w ramach tej inwestycji. W ocenie Zamawiającego roboty te miały charakter przebudowy i zostały zrealizowane w ramach

przedsięwzięcia termomodernizacyjnego i nie stanowiły prac remontowych, bowiem jak wprost wynika z projektów architektoniczno-budowlanych:

1) w ramach termomodernizacji budynku Gimnazjum nr 1 w Braniewie zaprojektowano wykonanie izolacji przeciwwilgociowych pionowych i poziomych budynku, remont elewacji, docieplenie ścian zewnętrznych od wewnątrz, docieplenie stropu poddasza, docieplenie dachu (mansardy), wymianę pokrycia dachu. Dodatkowo zaprojektowano kolorystykę elewacji oraz prace towarzyszące, takie jak wymiana obróbek blacharskich, wymianę rynien i rur spustowych. Ponadto zgodnie z zaleceniami konserwatorskimi zaprojektowano wymianę istniejącej stolarki okiennej na nowe okna drewniane skrzynkowe oraz renowację stolarki drzwiowej zewnętrznej drewnianej oraz częściowo wstawienie nowej stolarki drzwiowej w drugiej linii za istniejącą stolarką, oraz zaprojektowano wykonanie prac remontowych takich elementów jak: remont schodów, krat okiennych, naświetli (dowód: str. 10 opisu budowlanego dokumentacji projektowej).

2) w ramach termomodernizacji budynku Szkoty Podstawowej nr 6 w Braniewie zaprojektowano wykonanie izolacji przeciwwilgociowych pionowych i poziomych budynku, remont elewacji, docieplenie ścian zewnętrznych od wewnątrz, docieplenie stropu poddasza, docieplenie dachu (mansardy), wymianę pokrycia dachu. Dodatkowo zaprojektowano kolorystykę elewacji oraz prace towarzyszące, takie jak wymiana obróbek blacharskich, wymianę rynien i rur spustowych. Ponadto zgodnie z zaleceniami konserwatorskimi zaprojektowano wymianę istniejącej stolarki okiennej na nowe okna drewniane skrzynkowe oraz renowację stolarki drzwiowej zewnętrznej drewnianej oraz częściowo wstawienie nowej stolarki drzwiowej w drugiej linii za istniejącą stolarką, oraz zaprojektowano wykonanie prac remontowych takich elementów jak: remont schodów, krat okiennych (dowód: str. 10 opisu budowlanego dokumentacji projektowej).

W ocenie Zamawiającego z powyższego wynika, że prace wykonane przez Doken System Sp. z o.o. nie zostały zrealizowane jako roboty remontowe, lecz jako roboty termomodernizacyjne i stanowią przebudowę, w wyniku której zmieniły się parametry użytkowe i techniczne obiektów budowlanych. Potwierdza to również zaświadczenie wydane przez Burmistrza Miasta Braniewa, z którego treści wynika, że zakres prac przedstawiony w referencjach wystawionych dla Wykonawcy Doken System Sp. z o.o. obejmował prace termomodernizacyjne (dowód: zaświadczenie z dnia 24 stycznia 2022 r.). Dokumentacja projektowa dot. w/w inwestycji jednoznacznie określa jakiego charakteru roboty należało wykonać w ramach termomodernizacji i nie jest to tylko jak wskazuje Odwołujący docieplenie. Termomodernizacja w tym przypadku obejmowała nie tylko docieplenie, ale również szereg innych robót zaprojektowanych i wykonanych w ramach tego przedsięwzięcia, którego głównym celem była poprawa efektywności energetycznej przebudowywanych budynków, co potwierdzają sporządzone audyty energetyczne (dowód: kopia audytu energetycznego budynku Szkoły Podstawowej Nr 6 oraz kopia audytu energetycznego budynku Gimnazjum Nr I). Na przedsięwzięcie termomodernizacyjne składa się szereg prac (ulepszeń) mających na celu zmniejszenie zapotrzebowania i zużycia energii cieplnej czy zmniejszenie strat energii cieplnej w obiektach budowlanych. W analizowanym przypadku wszystkie prace wykonane przez Doken System Sp. z o.o. enumeratywnie wymienione w referencjach z dnia 23 grudnia 2021 r. zostały zrealizowane w ramach przedsięwzięcia termomodernizacyjnego stanowiącego przebudowę obiektu. Taki pogląd i stanowisko wyrazika również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1162/11, w którym określiła, iż termomodernizacja stanowi przedsięwzięcie mające na celu zmniejszenie zapotrzebowania i zużycia energii cieplnej w danym obiekcie budowlanym. Następnie powołując się na definicje zawarte w art. 2 pkt 2 oraz pkt 3) ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków, Izba jednoznacznie stwierdza, że ustawodawca w ramach przedsięwzięcia termomodernizacyjnego (również przedsięwzięcia remontowego) przewidział przebudowę budynków. W toku niniejszego postępowania zakres robót wykonanych przez Doken System Sp. z o.o. potwierdził główny Wykonawca realizujący inwestycję — Top Construction Ltd. Sp.j (dowód: pismo z dnia 10 stycznia 2022 r.) oraz Zamawiający — Gmina Miasta Braniewa (dowód: pismo z dnia 3 stycznia 2022 r.). Ponadto zakres wykonanych robót oraz ich szczegółowe wartości potwierdza „Protokół wykonania robót podwykonawczych — końcowy" z 9 grudnia 2020 r. Zamawiający w tabeli przedstawił zestawienie rodzaju wykonanych robót wykonanych przez Doken System Sp. z o.o. i wartości netto należnego wynagrodzenia i stwierdził, że w jego ocenie wszystkie wskazane w tym zestawieniu prace, zarówno podstawowe (główne) jak i towarzyszące zostały zaprojektowane i wykonane w ramach termomodernizacji (ulepszenia), a nie remontu, który zgodnie z definicją ustawową polega na odtworzeniu stanu pierwotnego istniejącego obiektu. Dokumentacja projektowa sporządzona na potrzeby przeprowadzenia termomodernizacji, zarówno budynku Szkoły Nr 6 jak i budynku Gimnazjum Nr 1 Braniewie zawiera szczegółowe opisy rozwiązań technicznych, dotyczących termomodernizacji w/w budynków. W wyniku wykonania powyższych prac termomodernizacyjnych podniesione zostały zarówno parametry techniczne jak i parametry użytkowe budynków.

Zamawiający zaznaczył, że gdyby Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła pogląd i argumentację przedstawioną przez Odwołującego, że niektóre z prac wykonanych przez Doken System Sp. z o.o. nie miały charakteru termomodernizacyjnego tylko były remontowe, to za takie ewentualnie można uznać wyłącznie roboty w zakresie remontu schodów, krat okiennych i naświetli (str. 10 opisów budowlanych dokumentacji projektowej) oraz roboty dodatkowe w zakresie malowania sal przedszkolnych. Gdyby przyjąć taki pogląd to wartość tych prac (remontowych) wynosi łącznie 120.540,00 zł brutto, a wartość pozostałych prac termomodernizacyjnych (podstawowych i towarzyszących) wykonanych w ramach przebudowy wynosi 6.440.720,17 zł brutto.

Następnie Zamawiający podał, że na podstawie protokołu wykonania robót podwykonawczych z dnia 9 grudnia 2020 r. można stwierdzić, że wyszczególnione roboty w pozycjach: nr I-11, 13 (dot. budynku szkoły), 14-21, 23-26 (dot. budynku gimnazjum), a także roboty dodatkowe w pozycjach: 1-3, 5 (dot. budynku szkoły) oraz 1-3 (dot. budynku gimnazjum) stanowiły roboty podstawowe (główne) termomodernizacyjne. Ich zakres to: ocieplenia, docieplenia, izolacje, iniekcje, wymiana pokrycia dachów, wymiana okien zewnętrznych i drzwi, prace tynkarskie i renowacyjne ścian zewnętrznych, prace tynkarskie i renowacyjne ścian wewnętrznych piwnic oraz budowa opaski wokół budynku. Nie ma wątpliwości, że wszystkie w/w roboty podstawowe zostały zaprojektowane w ramach termomodernizacji, a ich wykonanie z uwagi na charakter docieplenio wy, izolacyjny czy ochronny prowadzi do zmniejszenia zapotrzebowania budynku na energię cieplną, zmniejszenia zużycie energii cieplnej oraz zmniejszenia strat energii. Prace typu: wykonanie opaski wokół budynku, iniekcje (osuszanie ścian), renowacje przeciwwilgociowe, wszystkie izolacje poziome i pionowe zewnętrznych ścian piwnicznych i fundamentowych czy prace tynkarskie nie tylko mają charakter ochronny przed wilgocią, ale są to prace niezbędne, które należy przeprowadzić przy wykonywaniu ocieplenia ścian zewnętrznych, również od wewnątrz. Wyszczególnione w protokole wykonania robót z dnia 9 grudnia 2020 r. pozycje nr 12 (dot. budynku gimnazjum), oraz 22 (dot. budynku gimnazjum) to prace towarzyszące, niezbędne przy wykonaniu robót podstawowych. W tym przypadku jest to wykonanie obróbek blacharskich, które obligatoryjnie wykonuje się przy wymianie pokrycia dachowego. Nawet przy takim ewentualnym założeniu, że część wykonanych prac miała charakter remontowy to pozostałe roboty wykonane zostały w ramach termomodernizacji przebudowy obiektu użyteczności publicznej o kubaturze 29 781,8 i powierzchni zabudowy 2 369,0 m2, o wartości 6.440.720,17 zł brutto. Wobec powyższego Wykonawca Doken System Sp. z o.o. spełnia warunek udziału postawiony przez Zamawiającego.

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodu z załączonych do pisma dokumentów: referencji z dnia 23 grudnia 2022 r., pisma Doken System Sp. z o.o. wraz uzupełnieniem referencji z dnia 30 grudnia 2021 r., pisma Burmistrza Miasta Braniewa z dnia 3 stycznia 2022 r., pisma Top Construction Ltd. Sp. J. z dnia 10 stycznia 2022 r. - protokołu wykonania robót podwykonawczych-końcowego, projektów architektoniczno-budowlanych, audytów energetycznych, zaświadczenia Burmistrza Miasta Braniewa z dnia 24 stycznia 2022 r.

Wypełniając wymogi ustawowe wykonawca wykonawcy Doken System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się jego uczestnikiem.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył pismo pt. „Uzupełnienie informacji do wniesionego odwołania”, w którym podał:

”W związku z uzyskaniem dodatkowych informacji, nieznanych Odwołującemu na dzień składania odwołania w sprawie podniesionego zarzutu wykazania się doświadczeniem przez wykonawcę Doken System sp. z o.o. które w ocenie odwołującego nie spełniają warunku podmiotowego zdolności technicznych w zakresie wymaganego doświadczenia, oświadczam:

I Zamawiający Gmina Grójec w dniu 7.10.2021 r zamieścił wyjaśnienie do treści SWZ w zakresie warunku podmiotowego opisanego w Rozdz. V pkt.2 ppkt 4.1it.a dotyczącego zdolności technicznej w formie odpowiedzi na trzy zadane pytanie:

1. w pierwszym pytaniu wykonawca wnioskował o zmianę jednego parametru w opisanym warunku to jest powierzchnie zabudowy min. 2 000 m2 zamienić na powierzchni użytkowej min. 2 000 m2

2. w drugim pytaniu wykonawca wnioskował o zmianę zapisu; - 2 roboty, polegające na

budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze min.

15 000 m3 i powierzchni zabudowy min. 2 000 m2 0 wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto - osobno każda z robót; - na 2 roboty, polegające na budowie, rozbudowie lub

przebudowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 15 000 m3 i powierzchni zabudowy min. 2 000 m2 0 wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto - osobno każda z robót, w tym co najmniej jeden obiekt użyteczności publicznej

3. w trzecim pytaniu wykonawca pytał czy zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca "każe się - w jednym zadaniu przebudową wielobranżową dwóch budynków użyteczności publicznej o łącznej kubaturze 29 525 m3, łącznej powierzchni użytkowej 8 431,85 m2 i łącznej wartości 6 500 000,00 zł brutto?

Na tak zadane pytania zamawiający zmienił jedynie zapis co do ilości wymaganych robót zmieniając z 2 na I (jedną) robotę, pozostawiając całą resztę bez zmian to jest wymagano 1 robotę polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze min. 15 000 m3 i powierzchni zabudowy mm. 2 000 m2 o wartości co najmniej 4 000 000,00 brutto.

Odnosząc się do parametrów opisanych w pytaniu nr 3 które nie został uwzględnione można te parametry przypisać opisanemu doświadczeniu którym wykazał się wykonawca którego ofertę uznano za najkorzystniejszą Doken System sp. z o.o.

W zaistniałej sytuacji nasuwa się wniosek, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców nie zmienił warunku, a w konsekwencji uznał możliwość wykazania się doświadczeniem zsumowanym na dwóch obiektach.

Dowody; pytania i odpowiedzi 7.10.2021 r.

II. Należy zaznaczyć że zgodnie z art. 3 pkt I i 2 pr. bud. budynkiem jest tylko taki obiekt budowlany, który łącznie spełnia następujące warunki: jest trwale związany z gruntem, jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych (ścian), a także posiada fundamenty i dach.

Na podstawie zgromadzonych dowodów a są to:

Fotografia budynków połączonych łącznikiem

wyciąg z dokumentacji o powierzchni zabudowy szkoły podstawowej

wyciąg z dokumentacji o powierzchni zabudowy gimnazjum

wyciąg z dokumentacji termomodernizacji szkoły podstawowej

wyciąg z dokumentacji termomodernizacji Gimnazjum

jednoznacznie wynika, że żaden z budynków wskazanych samodzielnie nie spełnia

opisanego warunków.

Należy też zaznaczyć że wykonawca Doken System sp. z o.o. w wykazie wykonanych robót wskazuje na informacje które są sprzeczne z powyższymi dokumentami, prawdopodobnie (do ustalenia w dokumentacji z prowadzonego postępowania którą dysponuje Izba) Wykonawca w zadanym pytaniu nr 3. wskazuje że są to dwa budynki a w konsekwencji w wykazie robót wskazuje że parametry te odnoszą się do jednego budynku.

Nie sposób pominąć faktu, że dla jednego obiektu budowlanego sporządza się jedną dokumentację a w odniesieniu do budynków wskazanych w wykazie robót przez Doken System sp. z o.o. są sporządzone dwie dokumentacje, które stanowiły dwa niezależne od siebie opisy przedmiotu zamówienia wskazujące zakresu w każdym z obiektów.

Ostania kwestia która budzi wątpliwości, dlaczego poświadczenie o wykonanych robotach potwierdza Zamawiający a nie Generalny Wykonawca który był związany umową z

podwykonawcą i tylko on finalnie może potwierdzić w jaki sposób była zrealizowana umowa, sam fakt wykonania robót potwierdzonych przez Zamawiającego nie znając szczegółów jakie relacje łączyły i finalnie zakończyły łącząc umowę podwykonawczą nie sposób jednoznacznie stwierdzić że roboty były wykonane w sposób należyty."

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz złożone w sprawie dowody, w tym dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie.

Izba przyjęła i dołączyła do akt sprawy złożone na rozprawie przez Odwołującego dowody w postaci: wyjaśnień Zamawiającego treści specyfikacji warunków zamówienia z 7 października 2021 r., wyciągu z projektu architektoniczno-budowlanego (str. 9) dla Gimnazjum i Szkoły podstawowej, Informacji o obszarze (szt. 2), zdjęcia, jednak z uwagi na to, że zostały złożone na poparcie nowych, niezawartych w odwołaniu twierdzeń, uznała je za nieprzydatne dla rozpoznania odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie,
uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że na chwilę obecną zajmuje drugą pozycję w rankingu złożonych ofert i nie utracił statusu wykonawcy. Cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia a zatem może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z Pzp decyzji zamawiającego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do postanowień rozdziału V pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej został określony w następujący sposób:

„Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył co najmniej 1 (jedną) robotę, polegającą na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu użyteczności publicznej o kubaturze min. 15 000 m i powierzchni zabudowy min. 2 000 m o wartości co najmniej 4.000.000, 00 zł brutto".

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca winien złożyć wykaz robót budowlanych, wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te ostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym co roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Doken System Sp. z o.o. złożył wykaz robót, w którym na spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał robotę budowlaną polegającą na wykonaniu prac w ramach zadania inwestycyjnego pn.: "Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 6 oraz Gimnazjum nr 1 przy ul. Konarskiego w Braniewie w ramach projektu pn.: Termomodernizacja obiektów oświatowych

i użyteczności publicznej w ramach rewitalizacji Miasta Braniewa". W wykazie wskazano podmiot, na rzecz którego robota została wykonana, datę oraz miejsce wykonania roboty, a także wartość brutto wykonanych prac. Wykonawca Doken System wykonał roboty budowlane jako podwykonawca Top Construction Ltd. Sp. K., na rzecz Zamawiającego -

Gminy Miasta Braniewa, w okresie od 9.01.2020 r. do 30.11.2020 r., o łącznej wartości

6.561.260,17 zł brutto. W treści wykazu Wykonawca Doken System wskazał charakterystyczne parametry użytkowe i techniczne obiektu będącego przedmiotem

wskazanej roboty budowlanej.

Na potwierdzenie, że wskazana w ww. wykazie robota została wykonana należycie wraz z wykazem robót wykonawca Doken System złożył referencje wystawione przez Burmistrza Miasta Braniewa, które potwierdzają wartości zrealizowanych prac, tj. kwotę

6.561.260,17 zł, oraz że roboty budowlane zostały zrealizowane z należytą starannością,

zasadami wiedzy i sztuki budowlanej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, nie potwierdziły się bowiem zarzuty w nim przedstawione.

Stosownie do art.226 ust. 1 pkt 2 ppkt b Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania

Zgodnie z art. 204 ust. 1 Pzp: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

W myśl art. 128 ust. 4 Pzp: Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza, że kwestionowana przez Odwołującego robota budowlana polegającą na wykonaniu prac w ramach zadania inwestycyjnego pn.: "Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 6 oraz Gimnazjum nr 1 przy ul. Konarskiego w Braniewie w ramach projektu pn.: Termomodernizacja obiektów oświatowych i użyteczności publicznej w ramach rewitalizacji Miasta Braniewa" potwierdza spełnianie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

W wykazie robót wskazano podmiot, na rzecz którego robota została wykonana, datę oraz miejsce wykonania roboty, a także wartość brutto wykonanych prac. Wykonawca Doken System wykonał roboty budowlane jako podwykonawca Top Construction Ltd. Sp. K., na rzecz Zamawiającego - Gminy Miasta Braniewa, w okresie od 9.01.2020 r. do 30.11.2020 r., o łącznej wartości 6.561.260,17 zł brutto. W treści wykazu Wykonawca Doken System wskazał charakterystyczne parametry użytkowe i techniczne obiektu będącego przedmiotem wskazanej roboty budowlanej.

Na potwierdzenie, że wskazana w ww. wykazie robota została wykonana należycie wraz z wykazem robót wykonawca Doken System złożył referencje wystawione przez Burmistrza Miasta Braniewa, które potwierdzają wartości zrealizowanych prac, tj. kwotę

6.561.260,17 zł, oraz że roboty budowlane zostały zrealizowane z należytą starannością,

zasadami wiedzy i sztuki budowlanej. Referencje zawierają także szczegółowy zakres

wykonanych prac oraz szczegółowe parametry użytkowe i techniczne obiektu (kubaturę, powierzchnię zabudowy oraz powierzchnię użytkową). Wyszczególnione w referencjach prace to: ocieplenie stropów i dachów budynku szkoły wraz z salą gimnastyczną, a także ocieplenie stropu i dachu gimnazjum; obróbki blacharskie; docieplenie ścian zewnętrznych tynkiem ciepłochłonnym; ocieplenie ścian przy gruncie; izolacja ścian piwnicznych i fundamentowych; budowa opaski wokół budynku; renowacja ścian piwnic od wewnątrz;

wymiana pokrycia dachów i remont kominów; usunięcie krat w oknach z naprawą ścian; renowacja ścian zewnętrznych w zakresie renowacji zabytkowych cegieł; modernizacja naświetla, balustrad, schodów; tynki renowacyjne ścian wewnętrznych piwnic; malowanie ścian wewnętrznych piwnic oraz odtworzenie powierzchni zmywalnych; wymiana stolarki

okiennej i drzwiowej; modernizacja wentylacji grawitacyjnej piwnic; modernizacja okien w przyziemiu pomiędzy wejściami do budynków; montaż urządzeń grzewczych w

pomieszczeniach socjalnych wraz z doprowadzeniem instalacji elektrycznej; modernizacja przyłączy ciepłej i zimnej wody w pomieszczeniach kuchni oraz zaplecza kuchennego; dostosowanie pionów kanalizacyjnych oraz wymiana w pomieszczeniach kuchni oraz zaplecza kuchennego; demontaż i częściowy montaż nowej instalacji odgromowej podczas wykonywania prac ziemnych; dostosowanie instalacji trzyfazowej (gniazda siłowe) do montażu okładzin ceramicznych w pomieszczeniach kuchennych oraz socjalnych; zasilenie placu budowy instalacją trzyfazową oraz montaż urządzeń pomiarowych.

W pismach z 30 grudnia 2021 r. i 3 stycznia 2022 r,. załączonych przez

Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie Burmistrz Miasta Braniewa potwierdził, że

zakres prac oraz wartość wykonanych robót wskazanych w referencjach z 23 grudnia 2021 r. odnosi się wyłącznie do podwykonawcy Doken System. W piśmie Generalnego Wykonawcy z dnia 10 stycznia 2022 r., również złożonym wraz z odpowiedzią na odwołanie, zostało potwierdzone, że wartość wykonanych robót przez podwykonawcę Doken System wynosiła 8 376 300 zł brutto, kubatura obiektu na którym były wykonywane prace przekraczała 15 000 m3, a powierzchnia zabudowy była większa niż 2 000 m2.

Zauważenia wymaga, że już w odwołaniu Odwołujący przyznał, że całe ww. zadanie inwestycyjne jest przebudową budynku, jednak stwierdził, że w ramach tej inwestycji Doken

System wykonywał czynności charakterystyczne dla remontu, uznając jednocześnie, że termomodernizacja i docieplenie kwalifikuje się do przebudowy.

Na rozprawie natomiast Odwołujący na pytanie związane z przedstawianą argumentacją wskazującą na nowe, niewskazane w odwołaniu okoliczności, czy podtrzymuje zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczące tego, iż kwestionowany Wykaz robót oraz złożone referencje wskazują na wykonanie przez Przystępującego remontu, a nie przebudowy, bądź budowy, odpowiedział, że nie podtrzymuje tego zarzutu, lecz obecnie twierdzi, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie „doświadczenia", bowiem zamiast wskazanego w warunku udziału w postępowaniu doświadczenia w budowie, bądź przebudowie, jednego obiektu w rzeczywistości wykazał się doświadczeniem w przebudowie (termomodernizacji) dwóch odrębnych budynków, które potraktowane łącznie dopiero spełniały warunek udziału w postępowaniu. Przyznaje jednocześnie, że pomiędzy tymi budynkami istnieje łącznik, który jednak w jego ocenie raczej ma kształt wiatrołapu. Ponadto stwierdza, że złożone przez Przystępującego referencje pochodzą od Burmistrza, a nie od Generalnego Wykonawcy, a burmistrz mógł jedynie oceniać wizualny aspekt robót. Podważa te referencje z uwagi na to, że w aneksie do umowy złożonym przez Przystępującego (złożonym wraz ze zgłoszeniem przystąpienia i załączoną do niego umową nie występuje stolarka okienna i drzwiowa, natomiast w referencjach występuje. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien w tym zakresie wystąpić o wyjaśnienia.

W ocenie Izby wskazuje to, iż Odwołujący potwierdził, że wskazane w Wykazie robót wykonane przez Przystępującego roboty, co do ich zakresu, wpisywały się w warunek udziału w postępowaniu. Oznacza to, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Sam Odwołujący przyznał brak ich zasadności.

Zaznaczenia wymaga, że stosownie do art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. W konsekwencji okoliczności wskazane w odwołaniu zakreślają granice jego rozpoznania.

W odwołaniu brak jest okoliczności podnoszonych przez Odwołującego w piśmie złożonym na posiedzeniu i podtrzymanych na rozprawie, co do których na rozprawie Odwołujący stwierdził, że według jego wiedzy żaden z budynków traktowany z osobna nie spełnia warunku w zakresie powierzchni zabudowy, jednak przyznaje, że co do kubatury, nie udało się mu poczynić ustaleń, jednak uważa, że skoro w pytaniu nr 3, które według wiedzy

Odwołującego zadał Przystępujący, była sugestia zmiany warunku w odniesieniu do liczby budynków użyteczności publicznej, a Zamawiający nie zmienił tego warunku, a następnie uznaje wykazanie się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu poprzez wykazanie robotami na dwóch budynkach, to oznacza nierówne traktowanie wykonawców.

Potwierdza to, iż Odwołujący nie tylko zmienia na etapie odwołania okoliczności faktyczne składające się na zarzut, ale też wprowadza nowe okoliczności prawne.

Ze stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego wynika, że jego zdaniem nie jest istotne to, że obecnie przedstawia nowe okoliczności faktyczne uzasadniające postawione w odwołaniu zarzuty ze wskazaniem podstawy prawnej, lecz to, że obecnie podnoszone okoliczności także dotyczą niespełnienia przez Przystępującego ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Jak wyżej zaznaczono takie stanowisko jest nieuprawnione. Nie jest dopuszczalna sytuacja w której, jak w analizowanym postępowaniu, gdy Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wykaże niezasadność postawionych w nim zarzutów, Odwołujący w ich miejsce próbuje wprowadzić nowe zarzuty co do okoliczności faktycznych oraz rozszerzać podstawę prawną zarzutu poprzez wskazanie na nierówne traktowanie wykonawców. Zarzuty odwołania dotyczyły wyłącznie charakteru robót, a zatem tylko w tych granicach odwołanie mogło być rozpatrywane, a jak sam stwierdził na rozprawie Odwołujący, nie zostały one przez niego podtrzymane.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....