

WYROK
z dnia 24 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lutego 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2017 r. przez wykonawcę D. Ś., prowadzącego działalność pod nazwą **Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD, Al. Bohaterów Monte Casino 40, 42-200 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wręczyca Wielka, ul. Sienkiewicza 1, 42-130 Wręczyca Wielka**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A., ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD, Al. Bohaterów Monte Casino 40, 42-200 Częstochowa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD, Al. Bohaterów Monte Casino 40, 42-200 Częstochowa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD, Al. Bohaterów Monte Casino 40, 42-200 Częstochowa** na rzecz **Gminy Wręczyca Wielka, ul. Sienkiewicza 1, 42-130 Wręczyca Wielka** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie .

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę przedszkola we Wręczycy Wielkiej” przez Gminę Wręczyca Wielka, ul. Sienkiewicza 1, 32-130 Wręczyca Wielka (dalej „zamawiający”), ogłoszonym w BZP nr 373683-2016 z dnia 27 grudnia 2016 r. wykonawca D. Ś., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś., Al. Boh. Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego oraz dokonania wyboru oferty Przedsiębiorstwo Budowlane DOM BUD S.A., dalej „PB Dombud”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 91 ust. 1 w związku z brakiem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ, w tym w szczególności zaniechaniem przydzielania właściwej liczby punktów odwołującemu w ramach kryterium „*kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia*”, co miało wpływ na ilość wszystkich przydzielonych punktów, a w konsekwencji niezgodne z prawem dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, bowiem oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą,
3. innych wskazanych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania ponownej oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert,
3. wezwania odwołującego do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, bowiem to oferta odwołującego winna zostać najwyżej oceniona,
4. ewentualnie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień,

Wniósł także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego i zastępstwa na rozprawie przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący podał, że zawiadomieniem z dnia 6 lutego 2017 r. zamawiający

poinformował go o wyborze oferty najkorzystniejszej, wskazując, że wybrany wykonawca uzyskał 98,39 pkt., inny wykonawca uzyskał 97,88 pkt., a odwołujący 97,58 pkt.; w dniu 7 lutego 2017 r. zamawiający opublikował sprostowanie, z którego wynika, że wykonawca wybrany uzyskał 98,39 pkt., a odwołujący został sklasyfikowany na drugim miejscu, uzyskując 98,00 pkt.

Uzupełnił, że wykonawca wybrany uzyskał: za cenę – 58,39 pkt., za okres rękojmi – 35 pkt., za kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – 5 pkt. [40 tzw. „małych punktów” za wykształcenie i 60 „małych punktów” za doświadczenie kierownika budowy), zaś odwołujący uzyskał: za cenę – 60 pkt., za okres rękojmi – 35 pkt., za kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – 3 pkt. [40 „małych punktów” za wykształcenie i 20 „małych punktów” za doświadczenie kierownika budowy).

Odwołujący wskazał, że z ilości przydzielonych punktów wynika, że zamawiający przy przydzielaniu punktów za doświadczenie kierownika budowy wziął pod uwagę tylko jedną spośród realizacji wskazanych w wykazie [pkt. 4 Formularza ofertowego).

Podniósł, że zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie ujawnił w jaki sposób – jakie realizacje uznał za spełniające wymagania, a jakie pominął, wobec czego odwołujący stwierdził, że czynności dokonane w niniejszym postępowaniu nie zostały w sposób wystarczający uzasadnione, co stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp mówiący o konieczności sporządzania protokołu postępowania, w którym muszą znaleźć się informacje o powodach wyboru oferty najkorzystniejszej . Dodał, że zamawiający w kartach oceny ofert, udostępnionych na jego wniosek, nie ujawnił, które realizacje zostały wzięte pod uwagę, a które nie, co w zasadniczy sposób – podkreślił – ogranicza odwołującemu możliwość przedstawienia argumentacji celem uzasadniania swoich racji.

Odwołujący poda, że zamawiający, określając sposób przydziału punktów w ramach kryterium K – kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, sformułował je następująco:

„Oceny będą dokonywane wg. następującej punktacji:

1. Wykształcenie: wyższe – 40 pkt, średnie techniczne – 20 pkt.
2. Doświadczenie kierownika budowy: ocena będzie dokonywana na zasadzie proporcji matematycznej, w skali punktowej 0-60 pkt.

Ocena będzie dokonywana w następujący sposób :

Oceną będzie ilość punktów uzyskana za roboty zakończone w okresie ostatnich 3 lat, w których wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy przy budowie budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 5.000.000 zł netto każdego budynku, liczona proporcjonalnie w skali 0 - 60 pkt. Za

największą ilość kierowanych i zakończonych budów dana osoba otrzyma 60 pkt., pozostałe osoby z poszczególnych ofert będą oceniane proporcjonalnie.

Oceną oferty za Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia będzie łączna ilość pkt (1 + 2) pomnożona przez współczynnik 0,05.

Odwołujący podniósł, że w treści ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (dalej „pr. bud.”), jak również innych przepisach techniczno-budowlanych nie została sformułowana definicja budynku mieszkalnego wielorodzinnego, sformułowana została natomiast definicja budynku jednorodzinnego, którym jest – zgodnie z treścią art. 3 pkt 2a pr. bud. – budynek wolno stojący albo budynek w zabudowie bliźniaczej, szeregowej lub grupowej, służący zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych, stanowiący konstrukcyjnie samodzielną całość, w którym dopuszcza się wydzielenie nie więcej niż dwóch lokali mieszkalnych albo jednego lokalu mieszkalnego i lokalu użytkowego o powierzchni całkowitej nieprzekraczającej 30% powierzchni całkowitej budynku.

Wskazując powyższe odwołujący stwierdził, że w konsekwencji każdy budynek mieszkalny inny niż budynek mieszkalny jednorodzinny powinien być kwalifikowany w rozumieniu ustawy pr. bud. jako budynek mieszkalny wielorodzinny, gdyż przepisy nie znają de facto kategorii pośredniej.

Odwołujący podał, że budynek użyteczności publicznej to budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Na tej podstawie stwierdził, że wszystkie realizacje wskazane w pkt. 4 formularza ofertowego spełniają wymóg SIWZ.

Podniósł, że zamawiający w SIWZ nie zdefiniował co będzie uznawał za „budowę”, w z czym w ofercie odwołującego zostało wskazane doświadczenie kierownika dotyczące przebudowy, rozbudowy, nadbudowy, remontu i termomodernizacji, a zatem rodzajów robót wynikających z definicji Prawa budowlanego określonej w art. 3 pkt. 6) i art. 3 pkt. 7) i 7a) ww. ustawy.

Odwołujący stwierdził, że w ramach ww. kryterium zamawiający przyjął do oceny ścisłą definicję budowy określoną w art. 3 pkt. 6 ustawy prawo budowlane, zgodnie z którą

przez pojęcie budowy należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, co oznacza, że takie rozumienie postawionego warunku musi skutkować wzięciem pod uwagę dwóch, a nie jednej realizacji wskazanych w formularzu oferty – zamawiający był zobowiązany do przydzielenia odwołującemu punktów za realizacje wskazane:

- w pozycji nr 4 „Przebudowa i termomodernizacja budynku kuchennego ze zmianą sposobu użytkowania na budynek biurowo-sztabowy Wyższej Szkoły Oficerskiej Wojsk Lądowych we Wrocławiu przy ul. Czajkowskiego 109 – od 23.09.2015 r. do 05.08.2016 r., wartość robót: 7 117 417,02 zł brutto – pełnienie funkcji kierownika budowy/budynku użyteczności publicznej;/ Inwestor: Wyższa Szkoła Oficerska Wojsk Lądowych, ul. Czajkowskiego 109, 51-150 Wrocław/”,
- w pozycji nr 6 „Przebudowa i nadbudowa ze zmianą sposobu użytkowania budynku dawnej szkoły na budynek biurowo-socjalny, al. Piłsudskiego 74, 41- 303 Dąbrowa Górnicza – od 01.12.2015 r. do 30.12.2016 r., wartość robót: 11774 669,15 zł brutto – pełnienie funkcji kierownika budowy/budynku użyteczności publicznej;/ Inwestor: Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A., al. Zagłębia Dąbrowskiego 15, 41- 303 Dąbrowa Górnicza”.

Uznał, że za doświadczenie kierownika winien uzyskać 40 „małych” pkt. za wykształcenie oraz 40 „małych” pkt. za doświadczenie 40 pkt., biorąc pod uwagę współczynnik 0,05 w ramach kryterium K odwołujący winien uzyskać 4 pkt., a nie 3 pkt., co łącznie daje odwołującemu 99 pkt. i oznacza, że oferta odwołującego uzyskuje największą ilość punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert.

Wskazał, że w przypadku, gdyby zamawiający odnosił posiadane doświadczenie również dla budynków przebudowywanych to odwołujący uzyskałby 100 pkt. w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert w niniejszym postępowaniu, bowiem wskazał najwięcej realizacji jako doświadczenie kierownika budowy.

„Przebudowa i termomodernizacja budynku kuchennego nr 7 ze zmianą sposobu użytkowania na biurowo-sztabowy”, stanowi – wskazał – budowę w rozumieniu Prawa budowlanego; w wyniku dokonywanych robót budowlanych zwiększeniu uległy następujące parametry charakterystyczne budynku: kubatury, powierzchni użytkowej oraz powierzchni zabudowy.

Oświadczył, że – jak wynika z dokumentacji projektowej tego budynku – zwiększeniu uległy:

- kubatura zewnętrzna budynku z 10.349,5 m³ do 10.954,00 m³,
- powierzchnia użytkowa z 1972,89 m² do 2.308,64 m² (w tym powierzchnia piwnic),
- powierzchnia zabudowy z 741,9 m² na 762,03 m².

Zdaniem odwołującego zamawiający najprawdopodobniej zasugerował się nazwą zadania, natomiast nie dokonał szczegółowego badania i oceny ofert.

W przekonaniu odwołującego zamawiający zasugerował się pismem wykonawcy wybranego i zmienił ilość uprzednio przydzielonych odwołującemu punktów.

Odwołujący stanął na stanowisku, że skoro zamawiający przyjął stanowisko konkurencji i powziął wątpliwość co do treści zawartej w ofercie, to był zobowiązany do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień – każda wątpliwość powzięta w ramach prowadzenia postępowania, powoduje bowiem, że zamawiający zobowiązany do należytej staranności przy dokonywaniu oceny ofert i wyboru oferty jako najkorzystniejszej, zobowiązany jest do rozwiania tych wątpliwości i wezwania do złożenia wyjaśnień.

Jeśli zamawiający uznałby, że wyjaśnienia służą do rozwiania wątpliwości dotyczących warunków to ma obowiązek zastosowania przepisu art. 26 ust 4 ustawy Pzp, w przypadku wątpliwości co do treści oferty ma obowiązek zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Pomimo, że przepisy mówią o możliwości – w sytuacji dokonywania oceny ofert z punktu widzenia jej istotnych elementów mających wpływ na wynik postępowania – to utrwalone orzecznictwo, stwierdził odwołujący, wskazuje na obowiązek stosowania instytucji wyjaśniania wszelkich wątpliwości przed podjęciem decyzji.

Podkreślił, że to nie nazwa zadania inwestycyjnego, a zakres robót budowlanych definiuje przedmiot realizacji. Uzpełnił, że zwiększenie kubatury i powierzchni zabudowy budynku objętego zadaniem należy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, uznać za rozbudowę, co w konsekwencji potwierdza, iż zrealizowane zadanie wskazane w poz. 4 uznać za budowę w rozumieniu art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane.

Podobnie, zdaniem odwołującego, definicję Prawa Budowlanego spełnia realizacja wskazana w poz. 6 dotycząca Przebudowy i nadbudowy ze zmianą sposobu użytkowania budynku dawnej szkoły na budynek biurowo- socjalny w Dąbrowie Górniczej.

Podał, że potwierdzeniem powyższego rozumienia pojęcia budowa, tj. oprócz samego wznoszenia budynku również odbudowy, rozbudowy, nadbudowy potwierdza Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 3 listopada 2015 r. II SA/Kr 1112/15, w którym Sąd stwierdził, że „Rozbudowa stanowi jedną z postaci budowy. Przez „rozbudowę” należy rozumieć powiększenie, rozszerzenie budowli, obszaru już zabudowanego, dobudowywanie nowych elementów.”

Podkreślił, że budowę (przez którą ustawodawca rozumie także rozbudowę obiektu) charakteryzuje zmiana charakterystycznych parametrów danego obiektu, przy czym jako parametr należy rozumieć wielkość charakteryzującą materiał lub element z punktu widzenia

jego przydatności (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 marca 2010 r., sygn. akt II OSK 493/09, opub. LEX nr 597639]. Dodał, że jako przykłady parametrów charakterystycznych ustawodawca przytacza: kubaturę, powierzchnię zabudowy, wysokość, długość, szerokość czy liczbę kondygnacji.

Wskazał, że w doktrynie podkreśla się, że o budowie można mówić wówczas, gdy powstaje nowy obiekt budowlany bądź też dochodzi do powiększenia istniejącego obiektu budowlanego, w efekcie czego powstaje nowa substancja budowlana (A. Despot-Mładanowicz, Prawo budowlane. Komentarz, red. Plucińska-Filipowicz Alicja i Wierzbowski Marek, LEX 2014).

Podobnie – zdaniem odwołującego – w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 5 kwietnia 2012 r., sygn. akt II SA/OI 81/12, opub. LEX nr 1138675, wskazującym, że "przez rozbudowę należy rozumieć zmianę charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość. Wyróżnikiem prac składających się na budowę jest powstanie nowej substancji budowlanej", jak i wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2011 r., sygn. akt II OSK 1418/10, opub. w LEX nr 1151870, zgodnie z którym "w wyniku robót budowlanych, składających się na pojęcie "budowy" dochodzi do powstania nowej substancji budowlanej przez wykonanie obiektu budowlanego lub zmianę jego charakterystycznych parametrów, takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji."

Podsumował, że mając na uwadze powyższe nawet przy największym możliwym rozumieniu pojęcia „budowa” oferta odwołującego uzyskuje największą ilość punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert wskazanych jako podstawa dla uznania oferty za najkorzystniejszą.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, pism zamawiającego do odwołującego z dnia 30 stycznia 2017 r. oraz 31 stycznia 2017 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (sprostowanie) z dnia 6 lutego 2017 r., Przystąpienia do postępowania odwoławczego – pismo z dnia 17 lutego 2017 r., a także stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SIWZ, w tym w szczególności zaniechaniem przydzielania właściwej liczby punktów odwołującemu w ramach kryterium „kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”, co miało wpływ na ilość wszystkich przydzielonych punktów, a w konsekwencji niezgodne z prawem dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej

oferty innego wykonawcy, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Jednym z pozacenowych kryteriów oceny ofert, wskazanym przez zamawiającego w SIWZ (Rozdział XV lit. c), były „Kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” (dalej „Kwalifikacje”), któremu zamawiającemu przypisał znaczenie 5% i w ramach, którego oceniać miał, obok wykształcenia, doświadczenie kierownika budowy.

Zamawiający w tym zakresie przewidział, że „Oceną będzie ilość punktów uzyskana za roboty zakończone w okresie ostatnich 3 lat, w których wskazana osoba pełniła funkcję kierownika budowy przy budowie budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 5.000.000 zł netto każdego budynku (...)”.

Podał, że „Oferta za to kryterium będzie oceniana na podstawie informacji zawartych w załączniku Nr 1”.

W SIWZ zamawiający nie zdefiniował pojęcia „budowa”.

W ramach wzoru Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ) zamawiający ujął tabelę dotyczącą kwalifikacji i wykształcenia osób kierowanych do realizacji zamówienia – w kolumnie piątej wykonawcy mieli podać informacje dotyczące kwalifikacji i doświadczenia osoby, tj. wykształcenie, liczbę zakończonych robót budowlanych w okresie ostatnich 3 lat, przy czym zamawiający w odniesieniu do tych robót sprecyzował: „wymienić kiedy i gdzie, pełniona funkcja”.

Odwołujący w tabeli Formularza ofertowego doświadczenie wskazanego z imienia i nazwiska kierownika budowy ujął w pięciu pozycjach.

Pozycja nr 4 to „Przebudowa i termomodernizacja budynku kuchennego ze zmianą sposobu użytkowania na budynek biurowo-sztabowy Wyższej Szkoły Oficerskiej Wojsk Lądowych we Wrocławiu przy ul. (...)”. Odwołujący podał także numer telefonu do inwestora.

Pismem z dnia 31 stycznia 2017 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, że wpłynęła do zamawiającego informacja o niezgodnym z przepisami ustawy Pzp wykonaniu czynności oceny oferty odwołującego wobec czego zamawiający „postanawia unieważnić wezwanie wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia z postępowania i dokonać ponownej oceny złożonych ofert zgodnie z kryteriami przyjętymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Zakończył: „Wezwanie o złożenie nowych oświadczeń podanych

w piśmie poprzedzającym proszę traktować, jako niebyłe.”.

Pismem z dnia 6 lutego 2017 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (sprostowanie), tj. oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane DOMBUD S.A. z siedzibą w Katowicach (oferty przystępującego).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Ponieważ zamawiający w SIWZ nie zdefiniował pojęcia „budowa” to w pierwszej kolejności ustalenia wymaga, jak pojęcie to należało rozumieć.

Rozważenia wymaga sięgnięcie do definicji legalnej pojęcia „budowa” z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 290) albo, po prostu, do rozumienia słowa „budowa” w języku polskim.

W pierwszym przypadku przez budowę należy rozumieć „*wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego*” (art. 3 pkt 6.)

W drugim przypadku przez budowę należy rozumieć „*budowanie domu, mostu, drogi itp., miejsce, gdzie trwają takie prace*”.

Porównując oba przypadki stwierdzić należy, że szersze rozumienie wynika z Prawa budowlanego.

W ocenie składu orzekającego, skoro zamawiający nie podał jak pojęcie „budowa” rozumieć, to należało sięgnąć po szerszą, a tym samym bardziej korzystną dla wykonawców definicję legalną Prawa budowlanego.

Odwołujący wskazał, że wobec braku w SIWZ definicji pojęcia „budowa” ujął w tabeli doświadczenie kierownika budowy uzyskane przez niego przy wykonywaniu innych niż budowa robót budowlanych (w rozumieniu Prawa budowlanego), tj. „*doświadczenie kierownika dotyczące przebudowy, rozbudowy, nadbudowy, remontu i termomodernizacji*” (odwołał się do art. 3 pkt 6 oraz pkt 7 i 7a Prawa budowlanego).

Stanowisko to jest w ocenie składu orzekającego Izby nieuzasadnione, ponieważ „roboty budowlane” to inne, odrębne od „budowa” pojęcie (abstrahując nawet od tego, że termomodernizacja nie mieści się także w definicji „roboty budowlane”).

Zamawiający na rozprawie potwierdził, że oceniając doświadczenie wskazanego przez odwołującego kierownika budowy uwzględnił pozycję nr 6.

Odwołujący twierdził, że zamawiający winien, nawet stosując „*ściłą definicję budowy*

określoną w art. 3 pkt 6 ustawy prawo budowlane” uwzględnić, poza pozycją nr 6, także doświadczenie kierownika budowy z pozycji nr 4 (co gwarantowałoby mu uzyskanie zamówienia).

Twierdzenie to odwołujący oparł na tym, że choć w tabeli opisał pozycję nr 4 jako „Przebudowa i termomodernizacja budynku” to w rzeczywistości była to budowa, ponieważ „W wyniku dokonywanych robót budowlanych zwiększeniu uległy następujące parametry budynku: kubatury, powierzchni użytkowej oraz powierzchni zabudowy.”

Uznał także, że zamawiający „najprawdopodobniej zasugerował się nazwą zadania, a nie dokonał szczegółowego badania i oceny ofert. Co więcej w naszym przekonaniu Zamawiający zasugerował się pismem wykonawcy PB Dombud (...)”.

Uwzględniając podany przez zamawiającego w rozdziale XV sposób oceny ofert, skład orzekający Izby wskazuje, że wykonawca, chcąc uzyskać punkty w kryterium „Kwalifikacje” winien „dostarczyć” zamawiającemu takie informacje, na podstawie których ten stwierdzi, że wskazany kierownik budowy pełnił swoją funkcję w okresie ostatnich 3 lat przy budowie budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub użyteczności publicznej o wartości nie mniejszej niż 5.000.000 zł netto każdego budynku, przy czym – co istotne i wymaga podkreślenia – podstawą tej oceny miały być informacje zawarte w załączniku Nr 1 (czyli w tabeli Formularza ofertowego).

Odwołujący sam nadał pozycji nr 4 opisującej doświadczenia kierownika brzmienie „Przebudowa i termomodernizacja”.

Żadnej z tych prac nie można zakwalifikować jako budowy, co odwołujący jako profesjonalny uczestnik rynku budowlanego winien wiedzieć.

Winien także odwołujący, jako uczestnik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiedzieć, starannie zapoznając się z treścią SIWZ, że treść tabeli Formularza ofertowego stanowić będzie podstawę oceny jego oferty w kryterium „Kwalifikacje”.

Winien wreszcie, jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wiedzieć, że jest ono sformalizowane, a zamawiający jest związany w szczególności zakazem dokonywania (z nielicznymi wyjątkami) zmian treści ofert wykonawców.

Skład orzekający Izby w pełni podzielił stanowisko zamawiającego, że informacje dotyczące pozycji nr 4 nie mogły budzić wątpliwości – informacje były zrozumiałe i jednoznaczne. Nie zaistniały zatem żadne okoliczności, z powodu których zamawiający miałby skorzystać z ustawowo przewidzianych możliwości wyjaśnienia treści oferty sensu largo, czy to w trybie art. 26 ust. 3, czy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Podkreślić przy tym należy, że wątpliwości te nie mogły powstać z tego względu, że

w szczególności doświadczenie wskazanego kierownika budowy z pozycji nr 4 nie może zostać pozytywnie ocenione, co dawałoby odwołującemu dodatkowy punkt w kryterium „Kwalifikacje” (nawet na wagę „uzyskania zamówienia”).

Ponieważ zarzut nie potwierdził się orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: