

WYROK

z dnia 13 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu oraz MTM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Targówek

przy udziale wykonawców W.C. i B.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana S.C. W.C. B.C., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 2.
2. W zakresie pozostałych zarzutów uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym uwzględnienie, że: osoba skierowania przez wykonawców W.C. i B.C. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana S.C. W.C. B.C. do pełnienia funkcji kierownika budowy nie spełniania wymogu zawartego w opisie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. VI pkt 1 ppkt 3 tiret pierwsze Specyfikacji Warunków Zamówienia, do którego odwołuje się kryterium oceny ofert „długość okresu doświadczenia na stanowisku kierownika budowy” opisane w rozdz. XIII pkt 2 ppkt 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. wymogu posiadania uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2022 r. poz. 1710, 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 3149/22

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Targówek („Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa Domu Kultury Zacisze o nową salę widowiskową wraz przyłączami wodno-kanalizacyjnymi przy ul. Blokowej 1 w Warszawie”, w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa Domu Kultury Zacisze przy ul. Blokowej 1 w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 września 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 179-502732.

I. W dniu 28 listopada 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PBO Śląsk Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu oraz MTM Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiających, polegających na nieprawidłowym dokonaniu czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców W.C. i B.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana S.C. W.C. B.C. („WCBC” lub „Przystępujący”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy WCBC 10 punktów w kryterium oceny ofert długość okresu doświadczenia na stanowisku kierownika budowy - waga kryterium 10 %, podczas gdy osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy nie posiada uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w SWZ (uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno– budowlanej bez ograniczeń), a w konsekwencji uznaniu, że wykonawca WCBC powinien otrzymać łącznie maksymalną liczbę punktów w kryteriach oceny ofert (100 punktów), podczas gdy powinien on otrzymać maksymalnie 90 punktów, w tym 0 punktów w kryterium „długość okresu doświadczenia na stanowisku kierownika budowy” (Zarzut nr 1);

ewentualnie:

- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy WCBC w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu

dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdz. VI pkt. 1 pkt 2) SWZ tj. doświadczenia wykonawcy polegającego na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wybudowaniem od podstaw co najmniej dwóch zamówień, których przedmiotem była budowa lub rozbudowa budynku obejmujące co najmniej branże konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną wraz z wykonaniem przyłączy: wody i kanalizacji, na kwotę brutto min. 8 000 000,00 zł – dla każdego zamówienia, z wyłączeniem obiektów magazynowych, produkcyjnych, biurowo-magazynowych, biurowo-produkcyjnych oraz zaniechanie wezwania wykonawcy WCBC do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w Postępowaniu (Zarzut nr 2);

- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy WCBC w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w rozdz. VI pkt. 1 pkt 3) tiret pierwszy SWZ tj. skierowanie do realizacji zamówienia co najmniej jednej osoby posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno–budowlanej bez ograniczeń, która sprawowała funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub rozbudowie budynku o część powierzchni użytkowej min. 1000 m² oraz zaniechanie wezwania wykonawcy WCBC do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w Postępowaniu (Zarzut nr 3).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 17 listopada 2022 roku;
 - dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym z uwagi na najwyższą liczbę punktów uzyskanych przez Odwołującego w kryteriach oceny ofert (96,25 pkt) spośród wszystkich ofert podlegających ocenie, wezwania Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych
- ewentualnie:
- wezwania wykonawcy WCBC do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych tj. wykazu doświadczenia oraz wykazu osób w celu wykazania spełniania warunków

udziału w Postępowaniu opisanych w pkt. VI pkt. 1 ppkt 2) SWZ oraz VI pkt. 1 ppkt 3) tiret pierwszy SWZ (kierownik budowy).

W dniu 13 grudnia 2022 r. do akt sprawy wpłynęło pismo Odwołującego zawierające oświadczenie o wycofaniu zarzutu oznaczonego nr 2 oraz dodatkowe stanowisko w zakresie podtrzymanych zarzutów odwołania.

II. Pismem wniesionym w dniu 8 grudnia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili wykonawcy W.C. i B.C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana S.C. W.C. B.C.. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku ze złożeniem przez Odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 2 postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp stosowanego odpowiednio w sytuacji wycofania części zarzutów odwołania.

Izba uznała, że w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie podlega uwzględnieniu.

Stan faktyczny sprawy w zakresie treści sformułowanych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu, a także treści oferty i innych dokumentów złożonych w tym zakresie przez Przystępującego, nie był pomiędzy stronami sporny. Za odwołaniem, należy wskazać, że zgodnie z rozdziałem XIII SWZ kryteria oceny ofert w postępowaniu stanowią: a) cena ofertowa brutto (waga: 60%), b) długość okresu gwarancji udzielonej przez Wykonawcę na wykonany przedmiot zamówienia (waga 30%), c) długość okresu doświadczenia na stanowisku kierownika budowy (waga: 10%). Zgodnie z rozdz. XIII pkt. 2 ppkt 3) SWZ w kryterium długość okresu doświadczenia na stanowisku kierownika budowy Zamawiający oceniał zadeklarowaną przez wykonawcę w ofercie liczbę lat doświadczenia kierownika budowy skierowanego przez wykonawcę do pełnienia tej funkcji podczas realizacji zamówienia. W rozdz. VI pkt 1 ppkt 3) SWZ Zamawiający sformułował następujące wymagania wobec osoby skierowanej do pełnienia funkcji kierownika budowy (warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej): osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno–budowlanej bez ograniczeń lub posiadająca

odpowiednie kwalifikacje zawodowe wydane obywatelom innych państw, uznane na zasadach określonych w art. 12a przepisów Prawa budowlanego, która sprawowała funkcję kierownika budowy przy realizacji co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub rozbudowie budynku o część powierzchni użytkowej min. 1000 m². Przystępujący zadeklarował w ofercie, że osoba skierowana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiada 28 lat doświadczenia. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych wykonawca WCBC przedłożył Wykaz osób z 7 listopada 2022 r., w którym jako osobę skierowaną do pełnienia funkcji kierownika budowy wskazał p. W.C., uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno – budowlanej (bez ograniczeń) [usunięto], wydane: 30.12.1994. Wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi wykonawca WCBC złożył dokument pn. Stwierdzenie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie nr ew. [usunięto] z 30 grudnia 1994 r. wydany przez Wojewodę Warszawskiego (Urząd Wojewódzki w Warszawie). Zgodnie z ww. dokumentem p. W.C., technik budowlany, ma przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej kierownika budowy i robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do: 1. Kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy i robót, kierowania i kontrolowania wytwarzania konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz oceniania i badania stanu technicznego w zakresie wszelkich budynków i innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych z wyłączeniem linii, węzłów i stacji kolejowych, dróg i nawierzchni lotniskowych, mostów, budowli hydrotechnicznych i wodno-melioracyjnych. Podstawę prawną stwierdzenia przygotowania zawodowego stanowiły przepisy art. 18 ust. 3 ustawy z 24 października 1974 r. Prawo budowlane (Dz.U. 38, poz. 229) oraz § 5 ust. 1 pkt 2, § 5 ust. 2, § 6 ust. 2, § 7, § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. nr 8, poz. 46, ze zm.) [dalej jako „Rozporządzenie z 1975 r.”].

Stanowisko Odwołującego, że p. W.C. nie spełnia postawionego przez Zamawiającego wymogu posiada uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno–budowlanej bez ograniczeń, Izba uznała za prawidłowe.

Należy przypomnieć, że postanowienia SWZ określające wymogi, jakie winni w postępowaniu spełnić wykonawcy, należy interpretować przy zastosowaniu reguł wykładni językowej. Zamawiający postawił w SWZ wymóg posiadania przez kierownika budowy uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno–budowlanej bez ograniczeń. W treści SWZ Zamawiający nie zawarł żadnych objaśnień interpretacyjnych dotyczących tego wymogu, w tym nie ograniczył sposobu jego rozumienia poprzez wskazanie jako punktu odniesienia przepisów obecnie obowiązujących. Natomiast zgodnie z art. 104 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane osoby, które przed dniem

wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że za spełnienie ww. wymogu nie może być uznane posiadanie uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno–budowlanej w ograniczonym zakresie, a ponadto dokonując interpretacji tego wymogu należy odnosić się do stanu prawnego obowiązującego w czasie uzyskania uprawnień przez daną osobę. Zgodnie z § 5 ust. 1 Rozporządzenia z 1975 r. do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych obejmujących kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie techniczne budowy i robót wymagane było następujące przygotowanie zawodowe: 1) ukończenie wyższej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem, oraz co najmniej dwuletnia praktyka na budowie, lub 2) ukończenie średniej szkoły technicznej, stwierdzone dyplomem lub świadectwem, oraz co najmniej trzyletnia praktyka na budowie, 3) dyplom mistrza w rzemiośle budowlanym. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 Rozporządzenia z 1975 r. osoby ze średnim wykształceniem technicznym mogą pełnić funkcje techniczne, o których mowa w ust. 1, wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością techniczno-budowlaną, a osoby, o których mowa w ust. 1 pkt 3 – wyłącznie przy wykonywaniu robót budowlanych objętych danym rzemiosłem. Skład orzekający podziela w tym zakresie stanowisko uprzednio wyrażane w orzecznictwie Izby. Przykładowo, jak wskazała Izba w wyroku z dnia z 1 lipca 2021 r. (KIO 1421/21): *„Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 2109/20, w którym Izba stwierdziła, że uprawnienia wydane w oparciu o § 5 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z dnia 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie należy traktować jako uprawnienia z ograniczeniem, gdyż osoba ze średnim wykształceniem na gruncie wcześniejszych przepisów mogła uzyskać uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie wyłącznie przy budowie budynków, budowli i instalacji o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, objętych daną specjalnością. Zgodnie wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z 7 listopada 2019 r., sygn. I SA/Kr 1041/19 już samo sformułowanie „powszechnie znane rozwiązania konstrukcyjne” w sposób logiczny zawiera w sobie ograniczenie, zakłada bowiem, że z zakresu uprawnień wyłączone są te budynki, budowle i instalacje, które oparte są na rozwiązaniach niestandardowych. Ponadto rozróżnienie to znajduje potwierdzenie w tekście rozporządzenia z 1975 r. Punktem odniesienia dla uprawnień, o których jest mowa w § 5 ust. 2 tego aktu, są bowiem uprawnienia określone w § 5 ust. 1 rozporządzenia z 1975 r. W rozporządzeniu z 1975 r. prawodawca przewidział zatem dwa rodzaje uprawnień: pierwsze, bezprzymiotnikowe, obejmujące kierowanie, nadzorowanie i kontrolowanie*

techniczne budowy i robót; drugie zawężone do „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych”. Tym samym, nawet jeżeli rozporządzenie z 1975 r. nie posługuje się w sposób dosłowny rozróżnieniem uprawnień na ograniczone i nieograniczone – uprawnienia do kierowania budową budynków wymienione w § 5 ust. 2 rozporządzenia z 1975 r. należy interpretować, jako ograniczone właśnie do „powszechnie znanych rozwiązań konstrukcyjnych”.

Skład orzekający Izby za nie mającą znaczenia uznał okoliczność, że uprawnienia p. C. nie posiadają ograniczeń w rozumieniu obecnie obowiązujących przepisów (argumentacja Przystępującego), gdyż jak była już o tym mowa powyżej Zamawiający nie ograniczył sposobu rozumienia ww. wymogu poprzez wskazanie jako punktu odniesienia obecnie obowiązujących przepisów. Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego w zakresie interpretacji treści dokumentu *Stwierdzenia przygotowania zawodowego* wystawionego dla p. C.. Zamawiający stwierdził, że treść tego dokumentu należy rozumieć w ten sposób, że przewidziane tam uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budynków są uprawnieniami bez ograniczeń a przewidziane tam ograniczenie „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” dotyczy wyłącznie budowli. Zestawienie treści ww. dokumentu z treścią § 5 ust. 2 Rozporządzenia z 1975 r. prowadzi do oczywistego wniosku, że określenie „o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych” należy odnosić zarówno do budynków jak i budowli. Ponadto Izba uznała, że przedstawiony przez Zamawiającego dowód w postaci *Stwierdzenia przygotowania zawodowego* do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie wydany dla zupełnie innej osoby nie może mieć istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, w tym - wobec faktu, że jest to dokument w indywidualnej sprawie - nie może decydować o wykładni przepisów prawa.

W związku z powyższym Izba uznała, że w zakresie podtrzymanych zarzutów odwołanie podlega uwzględnieniu. Wymaga w tym zakresie wyjaśnienia, że skład orzekający nie zaprzecza stanowisku przedstawionemu przez Odwołującego, że nie jest możliwe dokonanie zmiany lub uzupełnienia oferty, w tym oczywiście w zakresie podlegającym ocenie w ramach kryterium oceny ofert. Nie było jednak możliwym uwzględnienie przez Izbę sformułowanego w odwołaniu żądania nakazania Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Izba może nakazać zamawiającemu wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu pod warunkiem, że ich dokonanie nie jest uzależnione od innych czynności zamawiającego. W niniejszej sprawie decyzje co do konkretnych czynności w zakresie wezwań do wykonawców będą mogły być podjęte po sporządzeniu przez Zamawiającego nowego

rankingu ofert. Jest o czynność, którą Zamawiającemu musi wykonać samodzielnie, kierując się między innymi treścią zapadłego w niniejszej sprawie wyroku.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 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: