

Sygn. akt: KIO 2447/13

## WYROK

z dnia 4 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Kuciak**

Protokolant: **Cyprian Świś**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2013 r. przez **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Muzeum Sztuki i Techniki Japońskiej Manggha, ul. Konopnickiej 26, 30-302 Kraków**,

przy udziale **Wykonawcy - EIFFAGE Polska Budownictwo S.A., ul. Postępu 5a, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - **Muzeum Sztuki i Techniki Japońskiej Manggha ul. Konopnickiej 26, 30-302 Kraków**, unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża **Przystępującego - EIFFAGE Polska Budownictwo S.A., ul. Postępu 5a, 02-676 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Przystępującego - EIFFAGE Polska Budownictwo S.A., ul. Postępu 5a, 02-676 Warszawa** na rzecz **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków**, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa Galerii Europa - Daleki Wschód przy Muzeum „Mangga” w Krakowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lipca 2013 r. pod numerem 2013/S 128 219313.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia, złożonego przez Odwołującego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 51 ust. 1a ustawy Pzp poprzez nieprzekazanie Odwołującemu w sposób wystarczająco szczegółowy informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i przyznania punktacji, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu w sposób skuteczny skorzystanie ze środków ochrony prawnej wskazanych w art. 180 i nast. ustawy Pzp;
2. art. 51 ust. 2 ustawy Pzp poprzez bezprawną odmowę zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty będącą równoznaczną z wykluczeniem Odwołującego z uwagi na niewystarczającą liczbę punktów do zakwalifikowania się do dalszego etapu postępowania, pomimo braku podstaw do uznania dwóch inwestycji wskazanych przez Odwołującego w Wykazie robót w poz. 4 i 7 jako nie spełniających warunków.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, tj. oceny dwóch inwestycji niezakwalifikowanych przez Zamawiającego a wskazanych przez Odwołującego w Wykazie robót w poz. 4 i 7 i nakazanie Zamawiającemu uwzględnienia skutków ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w rankingu wykonawców zapraszanych do złożenia oferty cenowej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że w dniu 8 października 2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu „Informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Z treści „Informacji” wynika, iż Odwołujący otrzymał łącznie 23 punkty i został sklasyfikowany w rankingu na 7 miejscu. Zamawiający ustalili, iż do składania ofert zostanie zaproszonych 5 firm, wobec tego Odwołujący został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia jako wykonawca niezaproszony do złożenia oferty. Z przedmiotowej „Informacji” wynika

także, iż w zakresie obiektów sklasyfikowanych w PKOB pod nr 1261 lub 1262 uznano Odwołującemu dwa obiekty za 10 pkt (każdy obiekt 5 pkt), natomiast nie uznano 3 obiektów. Z tak podanych informacji Odwołujący nie był w stanie ustalić, które obiekty nie zostały przez Zamawiającego zakwalifikowane. W związku z powyższym, Odwołujący, w dniu 10 października 2013 r. skierował do Zamawiającego pismo o przekazanie mu informacji, które obiekty nie zostały zakwalifikowane i z jakiego powodu. W dniu 14 października 2013 r., Zamawiający przekazał Odwołującemu „Protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej” z dnia 7 października 2013 r. Z treści tego protokołu (str. 2) wynika, iż nie zostały zakwalifikowane następujące obiekty wg PKOB pod nr 1261 lub 1262: 1/ „Rewaloryzacja i adaptacja budynku przy ul. Wita Stwosza 12 w Krakowie” (poz. 4 Wykazu) 2/ „Budowa pawilonu konferencyjno - wypoczynkowego w Ośrodku Wypoczynkowym „MUZA” w Juracie (poz. 6 Wykazu) 3/ „Budowa Centrum Kultury Japońskiej Manggha w Krakowie” (poz. 7 Wykazu). Jednakże ani z treści ww. protokołu ani z pisma przewodniego, w żaden sposób nie można ustalić, dlaczego ww. obiekty nie zostały zakwalifikowane. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył przepis art. 51 ust. 1a i ust. 2 ustawy Pzp.

Tylko i wyłącznie z kontekstu korespondencji jaka, miała miejsce pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym t.j. wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 17 i 30 września 2013 r. oraz ustnych informacji pozyskanych od przedstawicieli Zamawiającego, Odwołujący może przypuszczać, iż powodem nie zakwalifikowania ww. obiektów były następujące przyczyny: 1/ Niewystarczające uzasadnienie przekazane przez Odwołującego odnośnie wykonanych na obiekcie czynności umożliwiających zakwalifikowanie ich jako wznoszenie/budowa budynku w myśl ustawy Prawo budowlane, 2/ Podanie w piśmie Odwołującego, iż obiekt ten winien być sklasyfikowany w grupie 122, klasa 1220 PKOB, 3/ Przekazany na wezwanie Zamawiającego „Protokół końcowego odbioru robót” na potwierdzenie należytego wykonania robót nie jest dokumentem wystarczającym, albowiem w jego treści znajduje się adnotacja dotycząca niedoróbek.

Zdaniem Odwołującego, w zakresie oceny obiektów: 1/ „Rewaloryzacja i adaptacja budynku przy ul. Wita Stwosza 12 w Krakowie (poz. 4 wykazu) 2/ „Budowa Centrum Kultury Japońskiej Manggha w Krakowie” (poz. 7 wykazu) Zamawiający dokonał niewłaściwej interpretacji i oceny.

Odwołujący wyjaśnił, iż w dniu 30 września 2013 r., Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień o następującej treści: „*Jednoznacznego wskazania czy zrealizowane zadanie określone w w/w Załączniku pod nr 4 „Rewaloryzacja i adaptacja budynku przy ul. Wita Stwosza 12 w Krakowie” obejmowało czynności, które można zakwalifikować jako wznoszenie/budowa budynku*”. Odwołujący pismem z dnia 2 października 2013 r. przekazał Zamawiającemu cały szereg informacji dotyczących charakteru realizowanych robót, t.j. wykonanych niemal wszystkich czynności, o które pytał

Zamawiający w skierowanym wezwaniu. Odwołujący wskazał, iż w istocie realizacja przedmiotowej inwestycji dotyczyła przebudowy, rozbudowy, nadbudowy obiektu na potrzeby Muzeum Armii Krajowej i, że wszystkie szeroko opisane czynności są typowe i charakterystyczne dla wznoszenia obiektów budowlanych. Zdaniem Odwołującego, wszystkie te okoliczności świadczą w sposób jednoznaczny o tym, iż przedmiotowa inwestycja powinna być zakwalifikowana do punktacji, gdyż wyczerpuje definicję budowy określoną w art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane. Zgodnie z ww. przepisem przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Z kolei przez rozbudowę należy rozumieć zmianę charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość (tak. m.in. wyrok WSA w Olsztynie z dnia 5.04.2012 r., sygn. akt II SA/OI 81/12). Odwołujący podnosi, iż załączona do wniosku Odwołującego referencja jest bogata w swojej treści i zawiera wiele informacji pozwalających ustalić rodzaj inwestycji jako budowę. W celu wzmocnienia argumentacji Odwołujący przedłożył informację Biura Projektów, dotyczącą przedmiotowej inwestycji, z której w sposób jednoznaczny wynika, zdaniem Odwołującego, że w wyniku wykonywanych przez Odwołującego robót budowlanych uzyskano na potrzeby Muzeum Armii Krajowej ponad 2.500,00 m<sup>2</sup> dodatkowej powierzchni użytkowej, a tym samym dokonano zmiany charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu poprzez jego rozbudowę.

W dniu 17 września 2013 r., Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do uzupełnienia wniosku. W pkt 2 wezwał do „*Przedstawienia dla zadania wyszczególnionego w Załączniku nr 3 - wykaz robót pod nr 7 „Budowa Centrum Kultury Japońskiej Manggha w Krakowie” dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zadania(...)*”. W odpowiedzi Odwołujący przekazał Zamawiającemu „Protokół końcowego odbioru robót”. Analiza przedstawionego dokumentu, w ocenie Odwołującego, pozwala na stwierdzenie, że: a/ termin realizacji zadania został dotrzymany, b/ sporządzono notatkę ws. braków - niedoróbek c/ prace wynikające z umowy zostały końcowo odebrane. Zdaniem Odwołującego, ww. okoliczności potwierdzają w sposób jednoznaczny, iż Odwołujący wywiązał się w całości z przyjętych zobowiązań umownych. Fakt, iż do „Protokołu odbioru robót” został załączony „Wykaz braków i usterek” nie może prowadzić do wniosku, iż przedmiot zadania został wykonany nienależycie i w związku z tym Wykonawca nie może legitymować się taką inwestycją. Taki wniosek wypływa również z rozpatrywanej przez KIO podobnej sprawy (wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 roku, sygn. akt: KIO/UZP 2706/12, 2709/12). Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z nieistotnymi „niedoróbkami” (kopia notatki w załączeniu) stwierdzonymi poza budynkiem, które ani wpłynęły na procesy odbiorowe ani na użytkowanie obiektu. Szczególnego podkreślenia wymaga nadto fakt, iż Zamawiający, tj. Muzeum Sztuki i Techniki Japońskiej

Manggha jest wyłącznym użytkownikiem obiektu, który stanowi jego siedzibę, a tym samym Zamawiający posiada niewątpliwie wiedzę w przedmiocie należytego wykonania przez Odwołującego przedmiotu umowy.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W sekcji III.2.3) pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując, że: *„Warunek ten zostanie spełniony, jeśli wykaże się posiadanie doświadczenia w realizacji usług o podobnym charakterze, tj. wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwóch robót budowlanych (zrealizowanych w ramach odrębnych umów/kontraktów o wykonanie robót budowlanych), polegających na: Wznoszenie/budowa budynku użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt. 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.04.2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. u. z 2002r., nr 75 poz. 690 z późn. zm.) lub odpowiadającego mu budynku wykonanego poza terytorium Polski o pow. całkowitej min. 1900 m<sup>2</sup> i wartości netto wykonanych robót budowlanych w wysokości mln. 20.000.000 PLN wraz z instalacjami, urządzeniami technicznymi oraz zagospodarowaniem terenu obejmującym budowę dróg i/lub parkingów, przy czym przedmiotowy budynek sklasyfikowano w jednej z grup PKOB - zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30.12.1999r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. z 1999r., nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) pod numerem 126 lub jednej z odpowiadających im grup Europejskiej Klasyfikacji Robót Budowlanych (CC) lub równoważnej”.* W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku Zamawiający żądał przedłożenia *„wykazu wykonanych robót w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane należycie (np. referencji, decyzji o oddaniu obiektu do użytkowania, itp.)”.*

Zamawiający postanowił również, że: *„Jeżeli liczba Wykonawców, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu, będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert 5 Wykonawców, którzy otrzymają najwyższą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przy wyborze Wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert Zamawiający będzie się kierował kryteriami: Za każdą usługę wykonania robót budowlanych (zrealizowanej w ramach innej inwestycji, niż wykazana na spełnianie warunku podstawowego opisanego w sekcji III.2.3) przy wznoszeniu/budowie budynku użyteczności*

*publicznej o powierzchni całkowitej min. 1900 m<sup>2</sup>, sklasyfikowanego w jednej z grup PKOB zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30.12.1999r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. z 1999r., nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) pod numerem 1261, 1262 lub jednej z odpowiadających im grup Europejskiej Klasyfikacji Robót Budowlanych (CC) lub równoważnej, Wykonawca otrzyma 5 pkt., przy czym maksymalna liczba punktów nie może przekroczyć 15 pkt. Za każdą usługę wykonania robót budowlanych (zrealizowanej w ramach innej inwestycji, niż wykazana na spełnianie warunku podstawowego opisanego w sekcji III.2.3) przy wznoszeniu/budowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej min. 1900 m<sup>2</sup>, sklasyfikowanego w jednej z grup PKOB zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30.12.1999r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. z 1999r., nr 112, poz. 1316 z późn. zm.) pod numerem 1220 lub jednej z odpowiadających im grup Europejskiej Klasyfikacji Robót Budowlanych (CC) lub równoważnej, Wykonawca otrzyma 2 pkt., przy czym maksymalna liczba punktów nie może przekroczyć 10 pkt (sekcja IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu).*

W dołączonym do wniosku Wykazie robót Odwołujący jako referencyjne zadania wskazał m.in. na: „*wykonanie w systemie generalnego wykonawstwa zadania inwestycyjnego pn: „Rewaloryzacja i adaptacja budynku przy ul. Wita Stwosza 12 w Krakowie”. Zakres obejmował: roboty budowlane wraz z instalacjami, urządzeniami technicznymi oraz zagospodarowaniem terenu obejmującym budowę dróg i parkingów*” (poz. 4 Wykazu), „*wykonanie w systemie generalnego wykonawstwa zadania inwestycyjnego pn: Budowa Centrum Kultury Japońskiej Manggha w Krakowie*” (poz. 7 Wykazu).

Pismem z dnia 17 września 2013 r., Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do: „*przedstawienia dla zadania wyszczególnionego w Załączniku nr 3 – Wykaz robót, pod nr 7 „Budowa Centrum Kultury Japońskiej Manggha w Krakowie” dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zadania (zgodnie m.in. z adnotacją zamieszczoną na końcu w/w załącznika)*”.

W odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 24 września 2013 r.) Odwołujący przedłożył Protokół końcowy odbioru robót budowlanych zadania inwestycyjnego pn: „*Budowa Centrum Kultury Japońskiej Manggha w Krakowie*”.

Pismem z dnia 30 września 2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do: „*Jednoznacznego wskazania czy zrealizowane zadanie określone w w/w Załączniku pod nr 4 „Rewaloryzacja i adaptacja budynku przy ul.*

*Wita Stwosza 12 w Krakowie" obejmowało czynności, które można zakwalifikować jako wznoszenie/budowa budynku".*

*W odpowiedzi (pismo z dnia 2 października 2013 r.) Odwołujący wyjaśnił, iż „inwestycja p.n. „Rewaloryzacja i adaptacja budynku przy ul. Wita Stwosza 12 w Krakowie " w istocie polegała na przebudowie, rozbudowie i nadbudowie obiektu na potrzeby Muzeum Armii Krajowej. Zakres wykonanych robót budowlanych związanych z inwestycją obejmował m.in. następujące czynności: Roboty ziemne (wykopy i zasypy): Roboty wyburzeniowe w zakresie: ścian piwnic, ścian parteru i piętra, stropów, dachu, wszelkich warstw posadzek, tynków, stolarki, murków oporowych, instalacji, wykonania odkrywek fundamentów do poziomu posadowienia w miejscu projektowanych nowych fundamentów. Prace konstrukcyjne w zakresie nowych: fundamentów w postaci stóp i płyty wraz z izolacjami, ścian żelbetowych i ceramicznych w poziomie piwnic, parteru i piętra, słupów żelbetowych, wzmocnienia belek żelbetowych, stropów żelbetowych w miejsce zdemontowanych, drewnianych elementów, nowe schody, szyb windy nr 1 z cegły pełnej do poziomu stropu nad piętnem posadowiony na żelbetowej skrzyni podszybia. Powyżej stropu nad piętnem - szyb w konstrukcji stalowej. Ściany szybu są nowym oparciem dla stropów. Szyb windy nr 2 w konstrukcji stalowej na całej wysokości posadowiony na żelbetowej skrzyni podszybia. Nowy dach nad "starym" obrysem budynku w konstrukcji stalowo-drewnianej. Główne ramy nośne z kształownika zimnogiętego prostokątnego 200 x 120 x 5 zamocowanego w żelbetowym stropie. Dodatkowo, między ramami stalowymi drewniane krokwie i płatwie. Całość usztywniona stężeniami dachowymi. Ściana oporowa żelbetowa wylewana na budowie. Nowe roboty wykończeniowe w zakresie: izolacji p. wilgociowych i ciepłych, ścianek działowych ceramicznych i szklanych (aluminiowych), pokrycia dachowego, szklane patio o pow. gow. 300 m<sup>2</sup>, wylewek cementowych, posadzek drewnianych, kamiennych, wykładzin dywanowych, tynków i okładzin ściennych, malowania, sufitów podwieszanych, stolarki drzwiowej i okiennej (drewnianej, aluminiowej), świetlików, balustrad, nowej elewacji i konserwacja pozostawionych wątków ceglanych. Nowe instalacje sanitarne, elektryczne i słaboprądowe. Dostawa i montaż wind, wyposażenie w meble, sprzęt audiowizualny itp. Zagospodarowanie terenu (nawierzchnie, zieleń, mała architektura). Wszystkie wyżej opisane czynności są typowe i charakterystyczne dla wznoszenia obiektów budowlanych".*

Zamawiający poinformował wykonawców, że warunki udziału w postępowaniu spełnia 12 wykonawców, jednakże ze względu na ograniczenie ustanowione w ogłoszeniu o zamówieniu, zaprasza do udziału 5 wykonawców, którzy otrzymali najwyższą ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający poinformował również o wynikach oceny (ilości przyznanych punktów) według kryteriów opisanych w sekcji IV.1.2.3. ogłoszenia o zamówieniu. W wyniku dokonanej oceny Odwołujący nie został zaproszony do



składania ofert („Informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków”).

Pismem z dnia 10 października 2013r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego „o przekazanie informacji, które obiekty wyszczególnione w naszym zestawieniu potwierdzającym „wiedzę i doświadczenie” sklasyfikowane w PKOB 1261 lub 1262 nie zostały przez Zamawiającego uznane oraz o podanie przyczyn podjętych w tym zakresie decyzji”.

W odpowiedzi Zamawiający przedłożył Odwołującemu Protokół posiedzenia komisji przetargowej z dnia 7 października 2013 r., z którego wynika, że Odwołujący otrzymał 23 pkt z tytułu spełniania kryteriów opisanych w pkt IV. 1.2.3 ogłoszenia o zamówieniu: 10 pkt - 2 obiekty, 10 pkt - 5 obiektów, 3 pkt - polisa powyżej kwoty 20 mln zł. W Protokole zawarta jest również informacja, że: „Z przedstawionego przez Wykonawcę wykazu następujące roboty budowlane spełniają wymogi opisane w ogłoszeniu o zamówieniu i otrzymują następującą ilość punktów: dotyczy pkt a): z pozycji 3 i 5 wykazu - łącznie 10 pkt; dotyczy pkt b): z pozycji 9, 10, 11, 12 i 13 wykazu - łącznie 10 pkt. Nie zostają zakwalifikowane (ocenione) roboty budowlane w postaci: „Rewaloryzacja i adaptacja budynku przy ul. Wita Stwosza 12 w Krakowie” (poz. 4 wykazu); „Budowa pawilonu konferencyjno-wypoczynkowego w Ośrodku Wypoczynkowym „MUZA” w Juracie” (poz. 6 wykazu); „Budowa Centrum Kultury Japońskiej Manggha w Krakowie” (poz. 7 wykazu); „Budowa Młodzieżowego Centrum Sportu i Edukacji w Krakowie - Nowej Hucie” (poz. 8 wykazu)”.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy dokonać wykładni przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi, że o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oceny wymaga bowiem, czy przekazanie przez Zamawiającego Odwołującemu wyłącznie informacji o przyznanej mu liczbie punktów, miejscu w klasyfikacji wykonawców, na którym znalazł się po ocenie wniosków, stanowi wypełnienie powinności nałożonej na Zamawiającego przywołanym przepisem. Izba nie podzieliła poglądu Przystępującego, który wskazywał, że takie zachowanie spełnia wymagania prawa. Przeciwnie – zdaniem Izby – już wykładnia językowa art. 51 ust. 1a ustawy Pzp nie daje podstaw do obrony takiego poglądu. Z pojęcia „wyniki oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” nie wynika zakres informacji składających się na owe „wyniki”. Przepis milczy na temat, czy informacje te winny być przekazane wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też każdy z nich ma otrzymać wyłącznie swoją indywidualną ocenę.

Wobec tego dla ustalenia obowiązków zamawiającego, wynikających z art. 51 ust. 1a Pzp, sięgnąć należy do pozajęzykowych reguł interpretacji przepisów prawa - wykładni celowościowej, funkcjonalnej i systemowej.

Postulatem wykładni celowościowej jest taka interpretacja przepisu, aby był najbardziej zdatnym środkiem do osiągnięcia celu ustawy. Wykładnia funkcjonalna akcentuje z kolei funkcję przepisu. Przypomnieć zatem trzeba, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 2 pkt 7a ustawy Pzp), a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Pzp). Postępowanie o udzielenie zamówienia stanowi uporządkowany i sformalizowany ciąg czynności zamawiającego dokonywanych z poszanowaniem ustawowych zasad, wśród których wyróżniają się zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp), zasada jawności postępowania (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) oraz pozostająca z nimi w bezpośrednim związku i służąca ich realizacji zasada pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp). Zasady te stanowią przeniesienie na grunt ustawodawstwa polskiego zasad europejskiego prawa zamówień publicznych – przejrzystości, niedyskryminacji oraz równego traktowania gwarantowanych w dyrektywach Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE oraz 2004/17/WE.

Podkreślić należy, że zgodnie z przepisami ustawy ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowi czynność, o której zamawiający przesyła informację wykonawcom. Odwołanie wobec niej może być wniesione w nieprzywralnym terminie liczonym zgodnie z art. 182 ust. 1 ustawy Pzp.

Zasady jawności i pisemności wymagają – zdaniem Izby - nie tylko dokumentowania przez zamawiającego swoich czynności w postępowaniu, zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale również przekazywania, stosownie do dopuszczonego przez zamawiającego sposobu porozumiewania się z wykonawcami, dokonanych w toku postępowania ocen i ustaleń niezbędnych dla oceny przez wykonawcę swoich praw w postępowaniu oraz podjęcia niezbędnych działań dla ich ochrony. Obowiązek informowania przez zamawiającego wykonawców o czynnościach w postępowaniu umożliwia przeprowadzenie przez wykonawców oceny, czy czynności w postępowaniu były dokonane prawidłowo. Treść informacji określa w znacznym stopniu ramy faktyczne i prawne, w jakich wykonawcy niezgodzający się z ustaleniami i oceną zamawiającego mogą je kwestionować przez wnoszenie środków ochrony prawnej. Formalny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz prekluzyjny charakter terminów na wnoszenie środków ochrony prawnej wymagają podwyższonej staranności nie tylko od wykonawców, lecz nakładają też obowiązki na zamawiającego. Zamawiający nie może przez sposób wykonywania przypisanych mu powinności ustawowych uniemożliwiać wykonawcom obronę swoich praw w postępowaniu.

Przechodząc kolejno do interpretacji art. 51 ust. 1a ustawy Pzp z zastosowaniem wykładni systemowej należy zauważyć przede wszystkim, że ilekroć wykonawca skutkiem czynności zamawiającego jest eliminowany z udziału w postępowaniu, zamawiający jest zobowiązany do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności. W odniesieniu do czynności odrzucenia oferty obowiązek taki wynika z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do czynności wykluczenia *expressis verbis* stanowi o nim art. 24 ust. 3 ustawy Pzp.

Przepis art. 51 ust. 2 ustawy Pzp nakazuje uznanie za wykluczonego wykonawcy, który nie został zaproszony do złożenia oferty. Za sprzeczną z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji trzeba uznać taką wykładnię przepisów, która prowadziłaby do przyjęcia, że obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności zamawiającego istnieje w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego - na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - wyłącznie w stosunku do wykonawcy, który jest wykluczony z postępowania mocą czynności zamawiającego – nie dotyczy natomiast wykonawcy uznanego za wykluczonego *ex lege*. Skoro skutek w obu przypadkach jest taki sam – eliminacja wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wykonawcy nim dotknięci winni otrzymywać taki sam zakres informacji. Wykonawca niezaproszony do złożenia oferty i w związku z tym uznany za wykluczonego winien otrzymać uzasadnienie faktyczne i prawne, analogicznie jak w wykonawca, którego zamawiający wyklucza z postępowania (*arg. a simili* z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp).

Konkludując rozważania dotyczące wykładni art. 51 ust. 1a ustawy Pzp, Izba wyraża pogląd, że prawidłową realizacją obowiązku zamawiającego, wynikającego z tego przepisu jest, po pierwsze, podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej oceny. Zamawiający powinien podać co najmniej informację o przyczynach, dla których wykazane roboty budowlane nie zostały pozytywnie zweryfikowane. Po drugie, zamawiający ma obowiązek przekazać taką samą informację na temat dokonanej oceny wszystkim wykonawcom, którzy złożyli wnioski – tak, aby każdy z nich w momencie otrzymania informacji dysponował taką samą wiedzą. W tym zakresie Izba zaaprobowала w całości pogląd prezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 3 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO/UZP 2706/12, 2709/12

Przeniesienie tych ogólnych rozważań na grunt okoliczności sporu prowadzi do konstatacji, że Zamawiający całkowicie zniweczył *ratio legis* art. 51 ust. 1a ustawy Pzp. Z informacji przekazanych Odwołującemu nie sposób powziąć wiedzy, które z robót budowlanych w Wykazie Odwołującego, Zamawiający uznał za nieodpowiadające swoim wymaganiom oraz na jakich podstawach oparł taką ocenę. Z samego faktu, że w odniesieniu do części robót Zamawiający podjął czynności wynikające z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp nie

wynika przecież, że właśnie te roboty nie zostały uznane przez Zamawiającego. Nie jest rzeczą wykonawców domyślanie się, na jakich podstawach faktycznych i prawnych oparł Zamawiający ocenę wniosków. To obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie wykonawcom informacji zawierającej uzasadnienie dokonanej oceny.

Brak zamieszczenia pełnej oceny w informacji skierowanej do Odwołującego nie tylko uniemożliwia mu obronę praw w postępowaniu, ale też preferuje wykonawców, którzy po dokonanej przez Zamawiającego ocenie wniosków uzyskali liczbę punktów umożliwiającą im uzyskanie zaproszenia do złożenia oferty. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 51 ust. 1a ustawy Pzp należy uznać za uzasadniony.

Zgodnie z ustawą Prawo budowlane, pod pojęciem "budowa" (art. 3 pkt 6) należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę i nadbudowę obiektu budowlanego. Można zatem stwierdzić, że w wyniku budowy powstaje zawsze nowa substancja budowlana - obiekt budowlany lub jego część. Do 11 lipca 2003 r. w skład definicji pojęcia "budowa" wchodziła również przebudowa. Ustawodawca uznał jednak, że w przypadku przebudowy nie mamy do czynienia z powstaniem nowej substancji budowlanej, a ze zmianą już istniejącej i to w taki sposób, że nie zmieniają się jej rozmiary. Przebudowa jest zatem inną formą robót budowlanych niż budowa (odbudowa, rozbudowa i nadbudowa). Następny krok został uczyniony kolejną nowelizacją Prawa budowlanego (ustawą z 28 lipca 2005 r.) - do słowniczka została wprowadzona definicja pojęcia "przebudowa" (pkt 7a). Przebudową jest wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Zmiana któregokolwiek z tych parametrów oznaczać będzie, że nie mamy wówczas do czynienia z przebudową a rozbudową lub nadbudową obiektu budowlanego. Powyższe zastrzeżenie nieco inaczej musi być traktowane w przypadku dróg - tu dopuszczalne są zmiany charakterystycznych parametrów, o ile nie powodują zmian granic pasa drogowego.

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez NSA w wyroku z dnia 20 kwietnia 2012 r., sygn. akt: II OSK 281/11, rekonstrukcja obiektu budowlanego, podobnie jak rewaloryzacja czy rewitalizacja, z uwagi na wymagany zakres wykonywanych robót budowlanych w rozumieniu Prawa budowlanego oznaczają odbudowę obiektu budowlanego. Natomiast obiekt budowlany wymagający odbudowy, najczęściej w całości lub w części, nie spełnia już swych funkcji użytkowych z uwagi na nadmierne zużycie lub zniszczenie swej substancji.

Podzielając stanowisko zaprezentowane w powołanym orzeczeniu stwierdzić należy, że już sama nazwa zadania, wymienionego w poz. 4 Wykazu robót, która wskazywała na zakres robót przez użycie pojęcia „rewaloryzacja” dawała podstawy do przyjęcia, że w

ramach referencyjnego zadania została wykonana przynajmniej odbudowa wskazanego budynku. Zaś, analiza treści wyjaśnień, złożonych przez Odwołującego, powyższe dodatkowo potwierdza. Nie sposób bowiem pominąć, że wykonanie robót wyburzeniowych, na które wskazał Odwołujący i posadowienie nowych: fundamentów wraz z izolacjami, ścian żelbetowych i ceramicznych w poziomie piwnic, parteru i piętra, słupów żelbetowych, wykonanie nowego dachu stanowi o przeprowadzonej odbudowie.

Dalej, mając na uwadze wypracowaną przez orzecznictwo definicję „rozbudowy”, zgodnie z którą przez rozbudowę należy rozumieć zmianę charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość - wniosek *a contrario* z definicji legalnej "przebudowy", zawartej w art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego (wyrok WSA w Olsztynie z dnia 5 kwietnia 2012 r., sygn. akt II SA/OI 81/12) oraz przyjmując, że rozbudową jest powiększenie istniejącego obiektu budowlanego, w przypadku budynku o dodatkowe pomieszczenie, tj. pokój, wiatrołap, werandę lub w innym celu przeznaczona przybudówkę (wyrok WSA w Warszawie z dnia 8 marca 2012r., sygn. akt VIII SA/Wa 752/11) stwierdzić należy, iż w świetle opisanych przez Odwołującego robót budowlanych wykonanych w ramach zadania w poz. 4 Wykazu, mamy do czynienia z rozbudową. Do wniosku takiego skłania chociażby fakt, że w ramach przedmiotowej inwestycji powstało nowe patio, zatem zwiększyła się powierzchnia zabudowy, w konsekwencji powstało nowe dodatkowe pomieszczenie. Nadto, zwrócić należy uwagę, że w treści referencji sam zamawiający potwierdza wykonanie rozbudowy budynku.

Wyjaśnienia złożone na rozprawie przez Odwołującego, potwierdzają, że w ramach zadania z poz. nr 4 Wykazu robót wykonano również nadbudowę budynku, rozumianą jako rodzaj budowy, w wyniku którego powstaje nowa część istniejącego już obiektu budowlanego. W wyniku przeprowadzenia nadbudowy pewnego obiektu budowlanego zwiększa się jego wysokość i powierzchnia użytkowa (wyrok WSA w Poznaniu z dnia 22 sierpnia 2012 r., sygn. akt: II SA/Po 528/12). Jednakże, potwierdzanie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za nieskuteczne.

W tym miejscu, wypada przypomnieć, że ciężar udowodnienia faktu spełniania warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę i to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób wskazany przez Zamawiającego, a nie na etapie postępowania odwoławczego za pomocą dowodu z dokumentu. Zatem, przedłożone przez Odwołującego z odwołaniem oświadczenie złożone w imieniu Biura Projektów nie może wywrzeć skutków prawnych.

Zdaniem Izby, poszukiwanie skutecznego zaprzeczenia okoliczności, iż zadanie z poz. 4 Wykazu robót nie stanowi budowy, w informacjach ogólnych i marketingowych, zawartych na stronach internetowych Miasta Kraków i Muzeum Armii Krajowej jest daremne.

Doświadczenie życiowe wskazuje, że informacje zawarte na stronach internetowych mają walor pogładowy, nie są kierowane do profesjonalistów i z tych przyczyn nie mogą służyć weryfikacji takich kwestii, jak rodzaj inwestycji w świetle Prawa budowlanego.

W odniesieniu do zadania z poz. 7 Wykazu robót, Izba stoi na stanowisku, że z samego faktu, iż w Protokole odbioru robót stwierdzono jakieś usterki, nie wynika automatycznie, że umowa nie została należycie wykonana. Każdy dokument protokołu odbioru winien być badany z uwzględnieniem okoliczności danego przypadku, w szczególności przedmiotu umowy, której dotyczy. Dostrzeżenia wymaga przy tym, że w przypadku skomplikowanych robót budowlanych, często zdarza się, że po odebraniu przedmiotu umowy występują pewne niedoróbki, dokonywane są zmiany lub ulepszenia, co znajduje odzwierciedlenie w treści protokołu. W ocenie Izby, nie niweczy to jednak uzyskania pożądanego rezultatu.

Dodatkowo wskazać należy, że celem potwierdzenia należytego wykonania zamówienia jest pozytywna weryfikacja wykonawcy, który daje rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Stwierdzenie występowania usterek w protokole odbioru robót jest drobnym uchybieniem, niestanowiącym wad istotnych dzieła. Z tych przyczyn, wykonanie robót budowlanych, przy jednoczesnym stwierdzeniu usterek w protokole odbioru robót nie powoduje, że cel, w postaci wybrania wykonawcy, który jest w stanie (posiada odpowiednie doświadczenie i wiedzę) zrealizować zamówienie nie zostanie osiągnięty. Nadto, należy zwrócić uwagę, że nawet realizacja uprawnień z tytułu rękojmi czy gwarancji nie przesądza o fakcie nienależytego wykonania umowy.

W ocenie Izby, również treść samego Protokołu odbioru robót, bez załącznika, opisującego rodzaj usterek, pozwala na stwierdzenie należytego wykonania spornego zamówienia. Nie można bowiem pominąć, że jest to protokół odbioru końcowego, w przedmiotowym protokole zamawiający potwierdził wykonanie zamówienia w określonym terminie i zgodnie z dokumentacją, dotyczącą przedmiotowej inwestycji.

Na marginesie należy jedynie dodać, biorąc pod uwagę, że załącznik do rzeczonoego protokołu przedłożono wraz z odwołaniem (o skuteczności takiego postępowania Izba wypowiedziała się powyżej), iż treść przedmiotowego załącznika również stanowi potwierdzenie o należytych wykonaniu referencyjnego zadania. Biorąc pod uwagę zakres i rodzaj usterek oraz mając na względzie przedmiot zamówienia, nie ulega wątpliwości, że są to na tyle nieistotne niedoróbki, iż nie dają podstaw do zakwestionowania należytego wykonania umowy.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje przedłożone wraz ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego pismo Zamawiającego z dnia 31 października 2013 r. Zauważyć bowiem należy, że informacja dotyczy obecnego stanu technicznego

obiektu i w żaden sposób nie odnosi się do realizacji obiektu przez Odwołującego. Nadto, ocena stanu technicznego dotyczy obiektu wybudowanego przez kilkunastoma laty. Brak przypisania ze strony Zamawiającego wyartykułowanych problemów Odwołującemu czyni niemożliwym obciążenie Odwołującego odpowiedzialnością za obecny stan obiektu, a w konsekwencji brak podstaw do stwierdzenia nienależytego wykonania spornego zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, że dowód z dokumentu przedłożony przez Odwołującego na rozprawie, w którym zawarte są oświadczenia dotyczące należytego wykonania spornej inwestycji nie może być wykorzystywany celem uzupełnienia treści oferty i służyć realizacji przez Odwołującego obowiązku dowodzenia na etapie składania ofert oraz zastępowaniu dokumentu, za pomocą którego, zgodnie z wolą Zamawiającego, wyrażoną w SIWZ, wykonawca winien to uczynić.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt. 3 lit. b w zw. z § 5 ust. 1 pkt 2 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....