Sygn. akt: KIO 4/24

WYROK

z dnia 25 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2024 r. przez wykonawcę: **CGI Sp. z o.o., ul. J. Sowińskiego 46, 40-018 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Słupsk, Plac Zwycięstwa 3, 76-200 Słupsk,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę CGI Sp. z o.o. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Miasto Słupsk, Plac Zwycięstwa 3, 76-200 Słupsk**, i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **CGI Sp. z o.o., ul. J. Sowińskiego 46, 40-018 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2 zasądza kwotę **11 489 zł 57 gr** (słownie: jedenaście tysięcy czterysta osiemdziesiąt dziewięć złotych pięćdziesiąt siedem groszy) od zamawiającego: **Miasto Słupsk, Plac Zwycięstwa 3, 76-200 Słupsk** na rzecz wykonawcy: **CGI Sp. z o.o., ul. J. Sowińskiego 46, 40-018 Katowice,** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), 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 4/24

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Miasto Słupsk, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „Pzp" w przedmiocie: „Usługa zarządzania nieruchomością zabudowaną stanowiącą własność Skarbu Państwa położoną przy ul. Jana Pawła II 1 w Słupsku". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00471136/01 z dnia 31 października 2023 r.

W dniu 28.12.2023 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku (dalej zwanego „PGM"). Jednocześnie Zamawiający powiadomił o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę CGI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach.

Wykonawca CGI Sp.z o.o. z siedzibą w Katowicach, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „Pzp", wniósł odwołanie wobec:

[A] czynności odrzucenia oferty Odwołującego mimo, że nie zaistniały przesłanki do jej odrzucenia,

[B] czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o. mimo, że oferta ta nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 239 ust. 2 w zw. z art. 266 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

[1] art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 266 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że spełnia ona warunki udziału w postępowaniu,

[2] art. 17 ust. 2 oraz art. 239 ust. 1 i 2 w z. z art. 266 Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 239 ust. 2 w zw. z art. 266 Pzp,

[3] art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a – w konsekwencji – błędną ocenę oferty Odwołującego i jej odrzucenie oraz błędny wybór oferty PGM, a także zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, mimo, że jego oferta była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w odwołaniu i na rozprawie, uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty PGM;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów niniejszego postępowania, w tym kosztów zastępstwa radcowskiego według rachunku złożonego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że w dniu 31.10.2023 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia. Zamawiający opublikował jednocześnie SWZ, w której w cz. XXI pkt 1 ppkt 4) lit. b) wskazał następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:
„b) *Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia co najmniej jedną osobę, która posiada doświadczenie w zarządzaniu nieruchomościami zabudowanymi – budynkiem użyteczności publicznej przez okres co najmniej jednego roku o powierzchni użytkowej min. 5.000 m2 i będzie brała udział w realizacji przedmiotowego zamówienia oraz posiada wykształcenie techniczne i uprawnienia do zarzadzania nieruchomościami*".

Odwołujący wyjaśnił, że podstawę decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego stanowił zarzut rzekomego niespełnienia warunku określonego w cz. XXI pkt 1 ppkt 4) lit. b) SWZ.

W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, gdyż wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie skierowania do realizacji zamówienia co najmniej jednej osoby, która posiada doświadczenie w zarządzaniu nieruchomościami zabudowanymi – budynkiem użyteczności publicznej przez okres co najmniej jednego roku o powierzchni użytkowej min. 5.000 m2 i będzie brała udział w realizacji przedmiotowego zamówienia oraz posiada wykształcenie techniczne i uprawnienia do zarządzania nieruchomościami. W ocenie Zamawiającego, przedstawione przez Odwołującego ponad siedmioletnie doświadczenie Pana K. D. w zarządzaniu nieruchomością zlokalizowaną w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 nie spełnia warunku określonego w cz. XXI pkt 1 ppkt 4) lit. b) SWZ, bowiem ww. budynek choć ma powierzchnię użytkową 8.186,56m2, to nie spełnia wymagania 5.000 m2 powierzchni użyteczności publicznej, gdyż powierzchnia zlokalizowanego w budynku hotelu wynosi 4.081,04 m2, powierzchnia części mieszkalnej – 2.102 m2, garaż – 866,10 m2, a powierzchnia części biurowej będącej – wedle stanowiska Zamawiającego – jedyną powierzchnią użyteczności publicznej wynosi 1.137,42 m2. Zdaniem Zamawiającego, hotel jest budynkiem zamieszkania zbiorowego, a nie budynkiem użyteczności publicznej. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający powołał się na postanowienia § 3 pkt 5 i 6 Rozporządzenia Ministra

Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2022.1225 ze z.; dalej „Rozporządzenie").

Jak wynika z przytoczonych okoliczności, Zamawiający przyjął, że wskazany przez Odwołującego budynek położony na nieruchomości w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34, jako budynek, w którego zarządzaniu uczestniczył Pan K. D., nie spełnia warunku „nieruchomości zabudowanej - budynku użyteczności publicznej (…) o powierzchni użytkowej min. 5.000 m2" (cz. XXI pkt 1 ppkt 4) lit. b) SWZ).

Zdaniem Odwołującego, stanowisko Zamawiającego jest błędne. Prawidłowe badanie spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu winno prowadzić do stwierdzenia, że warunki zostały spełnione i oferta ta nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji do jej wyboru jako najkorzystniejszej. Uwzględniając bowiem wskazane w cz. XVIII SWZ kryteria oceny ofert oraz informacje zawarte w „Informacji z otwarcia ofert" datowanej na 13.11.2023 r. oferta Odwołującego winna otrzymać 100 pkt (tj. 60 pkt w kryterium ceny + 40 pkt w kryterium doświadczenia), a oferta PGM – 97,41 pkt (tj. 57,41 pkt w kryterium ceny + 40 pkt w kryterium doświadczenia).

Uzasadniając swoje stanowisko, jakoby budynek położony na nieruchomości w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 nie był budynkiem użyteczności publicznej, Zamawiający powołał się na postanowienia § 3 pkt 5 i 6 Rozporządzenia i w oparciu o nie stwierdził, że hotel stanowi budynek zakwaterowania zbiorowego w rozumieniu § 3 pkt 5 Rozporządzenia, a zatem nie może być jednocześnie klasyfikowany jako budynek użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 Rozporządzenia, bowiem pojęcia te są rozłączne.

Zdaniem Odwołującego, nieuprawnionym jest powoływanie się Zamawiającego wprost na postanowienia wynikające z powołanego Rozporządzenia, albowiem takie działanie zmierza do niedozwolonego doprecyzowywania warunków udziału w postępowaniu - z ograniczeniem tylko do pewnych kategorii obiektów - po dniu otwarcia ofert. W dokumentach postępowania, a w szczególności w ogłoszeniu i SWZ (w tym w jej załącznikach) Zamawiający nie zdefiniował pojęcia budynku użyteczności publicznej, w tym nie odwołał się do przepisów wspomnianego Rozporządzenia. Innymi słowy, z literalnego brzmienia tego warunku nie wynika, że Zamawiający określając rodzaj budynku, jako budynek użyteczności publicznej, używał tego pojęcia w rozumieniu Rozporządzenia. Przeciwnie, gdyby jego zamiarem było odniesienie się do takiego rozumienia, to Zamawiający posłużyłby się definicją zawartą w § 3 pkt 6 Rozporządzenia.

Co więcej, w dokumentach postępowania Zamawiający nawet nie zachowuje jednolitości (konsekwencji) pojęć, gdyż często posługuje się także określeniem „nieruchomość użyteczności publicznej" (tak m.in. w cz. XVIII pkt 2 ppkt 2) SWZ, w której sformułowano kryterium oceny ofert w sposób następujący: „*Doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zmówienia w zarządzaniu nieruchomościami użyteczności*

publicznej o powierzchni użytkowej min. 5.000 m²"), czy „*powierzchnia użyteczności publicznej*" (tak w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej), co dowodzi, że na etapie ogłaszania postępowania intencją Zamawiającego nie było ograniczanie zakresu znaczeniowego pojęcia „*budynku użyteczności publicznej*" do znaczenia nadanego mu w § 3 pkt 6 Rozporządzenia.

Dodatkowo należy zwrócić uwagę, że warunki udziału w postępowaniu mają charakter ograniczający dostęp do zamówienia publicznego, tym samym wykładnia zawężająca warunku jest niedopuszczalna (tak m.in. KIO w wyroku z dnia 11 września 2019 r. KIO 1680/19). Tymczasem argumentacja Zamawiającego przedstawiona w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zmierza właśnie do takiej zawężającej wykładni i dodania do warunku wymogu, aby doświadczenie w zarządzaniu nieruchomością odnosiło się do budynku użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 ust. 6 Rozporządzenia. Takiego warunku Zamawiający w tym postępowaniu nie postawił.

Uzupełniająco należy także zauważyć, że powoływane przez Zamawiającego przepisy Rozporządzenia (zgodnie z jego § 2 ust. 1) stosuje się „*przy projektowaniu, budowie i przebudowie oraz przy zmianie sposobu użytkowania budynków oraz budowli nadziemnych i podziemnych spełniających funkcje użytkowe budynków, a także do związanych z nimi urządzeń budowlanych, z zastrzeżeniem § 135 ust. 10 (ten przepis dot. elementów instalacji grzewczych – przyp. aut.) i § 207 ust. 2*" (ten przepis dotyczy bezpieczeństwa p.poż. – przyp. aut.)", co w żadnym zakresie nie pozostaje w związku z przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i warunkami udziału w nim. W konsekwencji, powoływanie się na przepisy Rozporządzenia na etapie uzasadniania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest nieuprawnione, bowiem stanowi przejaw dookreślenia warunku udziału w postępowaniu po otwarciu ofert i nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący zauważył, że w okolicznościach niniejszej sprawy z kategorii budynków użyteczności publicznej nie można wyłączyć budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 (takie wyłączenie jest nieuprawnione). W budynku tym zlokalizowany jest hotel o powierzchni użytkowej 4.081,04 m2, część biurowa o powierzchni 1.137,42 m2, garaż o powierzchni 866,10 m2 oraz część mieszkalna o powierzchni 2.102 m2. Już sama część hotelowa tego obiektu jest ze swej istoty budynkiem użyteczności publicznej, gdyż przeznaczona jest na potrzeby turystyki (licznie przybywających do Krakowa turystów zarówno z Polski jak i zagranicy, zwłaszcza, że hotel położony jest w obrębie Starego Miasta Krakowa), a ponadto pełni funkcje usługowe, takie jak gastronomia i usługi konferencyjne. Usługi te świadczone są dla szerokiego – nieograniczonego – grona osób i podmiotów – nie tylko dla gości hotelu. Jak wynika bowiem z informacji zamieszczonych na stronie internetowej hotelu oferuje on, poza pokojami, „*restaurację i bar oraz cztery klimatyzowane*

sale konferencyjne o łącznej powierzchni 186 m2 z możliwością organizacji różnego rodzaju spotkań, przyjęć rodzinnych i bankietów do 100 osób, z pełnym zapleczem gastronomicznym". Jak wynika z dalszych informacji zamieszczonych na stronie hotelu, oferuje on w pełni wyposażone sale oraz szeroką gamę usług dostosowanych do potrzeb klienta w związku z organizacją spotkań, seminariów, zjazdów, koktajli, gal, urodzin.

Należy zauważyć, że nawet powołana przez Zamawiającego definicja z przepisu § 3 pkt 6 omawianego Rozporządzenia, za budynek użyteczności publicznej uznaje 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.

Analiza ww. definicji prowadzi do niebudzącego wątpliwości wniosku, że budynkiem użyteczności publicznej są nie tylko budynki wprost wymienione w definicji, ale także budynki spełniające podobne do nich funkcje. Zatem o tym, czy dany obiekt jest budynkiem użyteczności publicznej przesądza funkcja, charakter prowadzonej działalności w tym budynku, tj. realizowane usługi na rzecz zaspokajania określonych potrzeb społecznych.

Uwzględniając zatem realizującą wyżej przedstawione funkcje część hotelową budynku położonego w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 o powierzchni 4.081,04 m2 oraz część biurową o powierzchni 1.137,42 m2 omawiany budynek należy kwalifikować jako budynek użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 5.000 m2.

Przedstawiona argumentacja potwierdza dokonanie przez Zamawiającego błędnej oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nieuprawnione odrzucenie jego oferty, co rozstrzyga o zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 266 Pzp. W następstwie, okoliczności te dowodzą także wadliwego dokonania wyboru oferty PGM jako

najkorzystniejszej, bowiem prawidłowa ocena oferty Odwołującego winna prowadzić do przyznania Odwołującemu 100 punktów, a tym samym wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w rozumieniu art. art. 239 ust. 2 w zw. z art. 266 Pzp. Uzasadniony jest zatem zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 oraz art. 239 ust. 1 i 2 w z. z art. 266 Pzp.

W konsekwencji uzasadniony jest również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, gdyż Zamawiający nie przeprowadził postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odrzucił bowiem ofertę Odwołującego, mimo, że nie zaistniały przesłanki do jej odrzucenia, a w konsekwencji nie dokonał jej wyboru

jako najkorzystniejszej, lecz wybrał ofertę PGM, która nie była najkorzystniejsza wedle reguł, które Zamawiający sam określił w SWZ.

Pismem z dnia 18 stycznia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zarządzanie budynkiem użyteczności publicznej, w którym zlokalizowane są m.in.: Ośrodek Zamiejscowy Pomorskiego Urzędu Wojewódzkiego, Samorządowe Kolegium Odwoławcze, Urząd Statystyczny, Inspektorat Rybołówstwa Morskiego w Słupsku, Delegatura Krajowego Biura Wyborczego w Słupsku, Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego, Wojewódzki Inspektorat Inspekcji Handlowej w Gdańsku Delegatura w Słupsku, Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa – biuro powiatowe. Informacja o lokalizacji w/w urzędów i instytucji państwowych w przedmiotowym budynku jest powszechna i łatwo dostępna.

Oczywistym jest w związku z tym, że Zamawiający poszukuje wykonawcy, który zna specyfikę obsługi takich obiektów. Wynika to również z zapisów projektu umowy (§3 ust.9 pkt 5 i pkt 10), w której m.in. Zamawiający wskazuje, że wykonawca będzie miał w obowiązku prowadzić wyodrębnioną ewidencję księgową i rachunek bankowy zgodnie z ustawą o rachunkowości i dysponować znajomością prawa budowlanego i przepisów wykonawczych do niego oraz zgodnie z § 3 ust. 13 projektu umowy, będzie prowadził wszelkie działania windykacyjne. Prowadzenie w/w czynności i spraw wymaga przynajmniej elementarnej wiedzy dotyczącej specyfiki obsługi podmiotów sektora finansów publicznych, wynikającej z ustawy o finansach publicznych i przepisów wykonawczych do niej oraz przepisów prawa budowlanego, a więc również rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Dlatego w SWZ Zamawiający posłużył się pojęciem „*budynku użyteczności publicznej*”, a definicja i rozumienie tego pojęcia wydaje się być dla profesjonalnego wykonawcy oczywista.

Pojęcie „*budynek użyteczności publicznej*”, czy też „*użyteczność publiczna*” są określeniami zdefiniowanymi w powszechnie dostępnych publikacjach. W wolnej encyklopedii Wikipedia, dostępnej na stronach internetowych Budynek użyteczności publicznej to budynek przeznaczony dla administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury i kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub telekomunikacji oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji. Za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy i socjalny. Definicja ta została oparta na rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich

usytuowanie (Dz.U. z 2022 r. poz. 1225), co wynika z przypisu umieszczonego przy tej definicji i faktycznie definicję tą powtarza.

Przetarg skierowany był do grupy wykonawców, którzy spełniają wymagania im stawiane przez Zamawiającego w SWZ. Oczekiwania wobec wykonawców były jasno określone i klarowne – posiadanie wykształcenia technicznego, legitymowanie się licencją zarządcy, doświadczenie w zarządzaniu budynkiem użyteczności publicznej o wskazanej powierzchni. Skoro zatem oferta skierowana była do osób wyspecjalizowanych w danej branży, nie sposób było przypuszczać, że pojęcie „*budynku użyteczności publicznej'* może budzić jakiekolwiek wątpliwości, jeżeli jest to pojęcie powszechnie znane nie tylko profesjonalistom z zakresu budownictwa, ale też innych dziedzin, w tym z zakresu zarządzania, tym bardziej, że zgodnie z przepisami art. 184b ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2023 r. poz. 344) zarządzanie nieruchomością polega na podejmowaniu decyzji i dokonywaniu czynności mających na celu zapewnienie racjonalnej gospodarki nieruchomością, w tym w szczególności, bezpieczeństwa użytkowania i właściwej eksploatacji nieruchomości i utrzymanie nieruchomości w stanie niepogorszonym zgodnie z jej przeznaczeniem. Ten zakres czynności wymaga od zarządzającego znajomości przepisów również z zakresu budownictwa.

Zamawiający wskazał, że wykonawca w wyznaczonym czasie zadał pytania i żądał doprecyzowania wybranych zagadnień, na które otrzymał odpowiedź, jednak nie budziło jego wątpliwości określenie „*budynek użyteczności publicznej*”, który w swoim odwołaniu zdefiniował w sposób zupełnie dowolny, sprzeczny ze znaczeniem tego pojęcia przyjmowanym potocznie i prawnie, absolutnie nie przystający doświadczonemu wykonawcy, którego kompetencje kwalifikujące go do udziału w przetargu zostały szczegółowo określone, w tym doświadczenie w zarządzaniu budynkiem użyteczności publicznej. Wykonawca, będąc profesjonalistą, znającym obowiązujące prawo, powinien na etapie przygotowania oferty, zaraz po ogłoszeniu SWZ, w terminach do tego przewidzianych, co najmniej zwrócić się o wyjaśnienie przedmiotowego zapisu SWZ, jeżeli budził on jakiekolwiek wątpliwości. Tymczasem zaniechał on takich czynności.

Wykazując spełnianie warunków udziału powołał się na usługę w sposób oczywisty niespełniającą warunków SWZ – czym, w ocenie Zamawiającego, będąc profesjonalnym zarządcą nieruchomości, wykonującym czynności wynikające m.in. w ww. ustawie o gospodarce nieruchomościami, miał zamiar wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Sposób opisu warunku, poprzez zastosowanie odpowiednich pojęć, jest w pełni spójny z potrzebami Zamawiającego, którego zamiarem jest wyłonienie zarządcy budynku użyteczności publicznej, który odpowiada warunkom technicznym przyjętym w rozporządzeniu dla budynków użyteczności publicznej. W tak ukształtowanym stanie faktyczno-prawnym niedopuszczalne jest uznanie doświadczenia polegającego na

zarządzaniu obiektem będącym w przeważającej części hotelem, który zgodnie z ww. rozporządzeniem o warunkach technicznych stanowi budynek zamieszkania zbiorowego (§ 3 ust. 5). Istnieje bowiem szereg warunków technicznych odmiennych dla budynków zamieszkania zbiorowego i budynków użyteczności publicznej, wskazanych w rozporządzeniu. Nie sposób porównać zarządzania budynkiem użyteczności publicznej z zarządzaniem obiektem w większości stanowiącym hotel.

Zamawiający podniósł, że wg. Odwołującego hotel jest budynkiem użyteczności publicznej z powodu wykorzystywania go na cele turystyczne przez gości licznie przybywających do Krakowa. Niewątpliwe walory miasta, jak i samego hotelu Campanille nie mają jednak wpływu na fakt, że pojęcie „turystyka" i „hotelarstwo" zostały przez ustawodawcę uregulowane w odrębnych ustawach, tj. w ustawie z dnia 24.11.2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych (Dz. U. 2023, poz. 2211) oraz ustawie z dnia 29.08.1997 r. o usługach hotelarskich oraz usługach pilotów wycieczek i przewodników turystycznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1944) i nie dają możliwości kwalifikacji budynku zamieszkania zbiorowego, jako budynku użyteczności publicznej. W celu wykazania, iż hotel Campanille jest budynkiem użyteczności publicznej Odwołujący przekonuje, że jest on jednocześnie budynkiem przeznaczonym na potrzeby gastronomii oraz usług turystycznych, ponieważ takie usługi oferuje hotel. Budynek nie może jednak być klasyfikowany, jako budynek użyteczności publicznej i zamieszkania zbiorowego, gdyż w rozporządzeniu kategorie tych budynków klasyfikowane są odrębnie, w tym również ze względu na bezpieczeństwo pożarowe (§ 209 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie).

Odwołujący w żaden sposób nie podważa prawdziwości informacji pozyskanych przez Zamawiającego (wypisu z rejestru gruntów i budynków oraz wypisu z księgi wieczystej), które ewidentnie wskazują na fakt, że w budynku położonym w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 nie ma 5.000 m2 powierzchni użyteczności publicznej, jednak usiłuje on dokonać dowolnej, korzystnej dla siebie interpretacji dostosowującej określenie funkcji poszczególnych części budynku na poparcie swojego stanowiska odnośnie klasyfikacji wskazanych części budynku hotelowego. Należy zaznaczyć, że zarówno ewidencja gruntów i budynków, jak i księgi wieczyste są rejestrami publicznymi. Co więcej – księgi wieczyste objęte są zasadą rękojmi wiary publicznej, która wynika z art. 5 ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Dzięki rękojmi ustawodawca wprowadził prymat stanu prawnego ujawnionego w KW nad rzeczywistym stanem prawnym.

W ocenie Zamawiającego, stanowisko Odwołującego i jego argumentacja są błędne. Oczywistym jest, że w hotelu trzygwiazdkowym znajduje się zaplecze gastronomiczne, jak również inne udogodnienia dla gości, z uwagi na ustawowy obowiązek kategoryzacji

obiektów hotelowych. Świadczenie zatem usług hotelarskich w tym budynku nie powoduje zmiany jego funkcji z powodu istnienia w jego strukturze pomieszczeń przeznaczonych na organizowanie konferencji, gal, urodzin czy sali restauracyjnej. Pomieszczenia te wchodzą w skład obiektu hotelarskiego i służą wzbogaceniu oferty dla gości.

Zdaniem Zamawiającego, fakt, że Odwołujący wskazuje, iż powołanie się na postanowienia wynikające z powołanego wyżej rozporządzenia zmierzające do doprecyzowania warunków udziału w postępowaniu z ograniczeniem do pewnych kategorii obiektów nastąpiło po dniu otwarcia ofert, jest oczywistą nieprawdą. Nieuprawnionym jest stwierdzenie, jakoby na etapie ogłaszania postępowania Zamawiający kierował się innym znaczeniem pojęcia „*budynku użyteczności publicznej*" niż po dniu otwarcia ofert, gdyż znaczenie tego pojęcia jest jedno, niezmienne i powszechnie znane również w zakresie zarządzania nieruchomościami, z uwagi co najmniej na ustawowy zakres czynności wykonywanych przez zarządców (art. 184b ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami). Poza tym, jak wyżej wskazano, konieczna do wykonania zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania jest znajomość przepisów prawa budowlanego i przepisów wykonawczych do tej ustawy, co wynika m. in. z postanowień projektu umowy.

Całkowicie bezzasadną i nieuprawnioną jest też uwaga o ograniczającym dostęp do zamówienia publicznego charakterze warunków udziału w postępowaniu, gdyż zamiarem Zamawiającego było wyłonienie wykonawców posiadających doświadczenie w zarządzaniu określoną kategorią budynków, tj. budynków użyteczności publicznej. Usługa referencyjna winna odpowiadać swoim zakresem i charakterem przedmiotowi zamówienia, którym jest zarządzanie budynkiem użyteczności publicznej.

Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, które mogłyby mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Należy zaznaczyć, że jasne stanowisko wyrażane przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz Wojewódzkie Sądy Administracyjne o odrębności typów wymienionych wyżej budynków (użyteczności publicznej i hotelowego) było wielokrotnie przedmiotem rozpoznania, co świadczyć może o nagminnym i uporczywym podejmowaniu przez odwołujących prób podważenia znaczącej ilości wyroków wydawanych przez Izbę, podczas gdy nawet z treści wyroku, na który powołuje się wykonawca w odwołaniu, można odczytać jasne stanowisko Izby w tym zakresie.

W ocenie Zamawiającego, chęć zastosowania w postępowaniu odmiennego znaczenia niż podaje legalna definicja pojęcia „*budynek użyteczności publicznej*" powodowałaby konieczność podania w dokumentacji przetargowej własnej, autorskiej interpretacji tego pojęcia. Jednocześnie można by oczekiwać zdefiniowania wszelkich pojęć zastosowanych w SWZ z obawy o odmienną ich interpretację ze strony wykonawców,

począwszy od definicji „nieruchomości”, co wydaje się kuriozalne z uwagi na kierowanie oferty do profesjonalnych wykonawców. Świadczy o tym już sam rodzaj przedmiotu zamówienia – budynek stanowiący własność Skarbu Państwa, z opisu którego można wnioskować jego charakter i sposób korzystania przez najemców. Do poprawnego zarządzania koniecznym jest, by zarządca przedmiotowego budynku znał jedyne oficjalne i legalne definicje pojęć stosowanych przez Zamawiającego, bez konieczności ich każdorazowego ustalania i wyjaśniania.

Kwestionowanie przez wykonawcę i mieszanie pojęć „*budynku użyteczności publicznej*” z pojęciem „*budynku zamieszkania zbiorowego*”, jakim jest hotel, budzi uzasadnione wątpliwości co do profesjonalizmu skarżącego, co z kolei prowadzi do wniosku słusznego wyboru Zamawiającego. Należy wskazać, że w kryteriach oceny ofert mowa jest dosłownie o „doświadczeniu w zarządzaniu nieruchomościami użyteczności publicznej” – niezrozumiałą jest zatem próba poddania w wątpliwość jednoznaczności wskazanego przez Zamawiającego pojęcia.

Zarzut ograniczenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest bezzasadny również z uwagi na określenie doświadczenia w sposób o wiele szerszy, bowiem mieszczący się w pojęciu użyteczności publicznej, niż wynikający z przeważającej funkcji obiektu (administracja publiczna, budynek biurowy), którego dotyczy zamówienie.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przez Zamawiającego zamieszczone poprawnie, zgodnie z art. 253 ust. 1 Pzp. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający poinformował równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie zaś z art. 253 ust. 2 Pzp, Zamawiający niezwłocznie udostępnił informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1 tego artykułu - na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest usługa zarządzania nieruchomością zabudowaną stanowiącą własność Skarbu Państwa położoną przy ul. Jana Pawła 11 1 w Słupsku:
1) zasobem nieruchomości Skarbu Państwa, którym gospodaruje Prezydent Miasta Stupska wykonujący zadania z zakresu administracji rządowej, o łącznej powierzchni 5.667,07 m2, obejmującym:
- 3.876,31 m2 powierzchni użytkowej lokali,
- 1.790,76 m2 powierzchni wspólnych budynku,
2) zasobem pozostającym w trwałym zarządzie Pomorskiego Urzędu Wojewódzkiego w Gdańsku o powierzchni 1.490,22 m2, obejmującym powierzchnię wspólną budynku,
3) Łączna powierzchnia wynosi 7.157,29 m2 oraz dodatkowo 5.113 m2 powierzchni gruntów działki nr 482/2.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Załącznik Nr 1 do SWZ oraz wzór umowy stanowiący Załącznik Nr s do SWZ.

Zamawiający w SWZ, w cz. XXI pkt 1 ppkt 4) lit. b) wskazał m.in. następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:
„b) *Zamawiający uzna spełnienie tego warunku, jeżeli Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia co najmniej jedną osobę, która posiada doświadczenie w zarządzaniu nieruchomościami zabudowanymi – budynkiem użyteczności publicznej przez okres co najmniej jednego roku o powierzchni użytkowej min. 5.000 m2 i będzie brała udział w realizacji przedmiotowego zamówienia oraz posiada wykształcenie techniczne i uprawnienia do zarzadzania nieruchomościami*".

W SWZ w cz. XXII Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia (podmiotowe środki dowodowe) w pkt 2 lit. c Zamawiający wymagał, aby w ramach podmiotowych środków dowodowych wykonawca złożył:

„c) wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat posiadanych przez te osoby uprawnień, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.. Wykaz powinien potwierdzać spełnienie warunku udziału w niniejszym postępowaniu Załącznik Nr 5b do SWZ."

W ww. Załączniku Nr 5b do SWZ Zamawiający opisał poszczególne kolumny tabeli do wypełnienia przez wykonawcę, jako: Imię i nazwisko/ Podstawa do dysponowania wskazaną osobą/ Rodzaj uprawnienia (nr uprawnienia, przez kogo wydany), wykształcenie/ Rodzaj nieruchomości, adres, powierzchnia w m2, w zarządzaniu której wskazana osoba uczestniczyła/ Doświadczenie w zarządzaniu nieruchomościami zabudowanymi (w latach).

W prowadzonym postępowaniu Zamawiający ustanowił również m.in. poza cenowe kryterium oceny ofert - „Doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia w zarządzaniu nieruchomościami użyteczności publicznej o powierzchni min. 5 000 m2" z wagą 40%. W formularzu ofertowym w pkt 2 należało zakreślić odpowiednią treść oświadczenia stosownie do ilości lat doświadczenia danej osoby wskazanej do realizacji zamówienia.

W celu wykazania spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu w części dotyczącej doświadczenia w wykazie osób (Załącznik Nr 5b do SWZ) Odwołujący wskazał doświadczenie Pana K. D. - zarządzanie nieruchomością położoną w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 o łącznej powierzchni 8.186,56 m2. Zgodnie z informacją podaną przez CGI sp. z o.o. Pan K. D. zatrudniony jest przez Odwołującego na podstawie umowy o pracę, posiada wykształcenie techniczne i licencję zawodową zarządcy nieruchomości. Pan K. D. posiada 7 letnie doświadczenie w zarządzaniu nieruchomościami zabudowanymi, w tym budynkami użyteczności publicznej o powierzchni powyżej 5.000 m^2. Odwołujący wskazał nieruchomość zlokalizowaną w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34, w zarządzaniu której uczestniczył Pan K. D., która posiada powierzchnię 8.8186,56 m^2 (wskazana powierzchnia jest oczywistą omyłką pisarską polegającą na wpisaniu powierzchni 8.8186,56 m^2 - zamiast 8.186,56 m^2).

W toku czynności badania ofert Zamawiający w dniu 6 grudnia 2023 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia i wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. Załącznika Nr 5b do SWZ (Wykaz osób) pkt 1 - poprzez „*wskazanie powierzchni użytkowej zajętej na cele użyteczności publicznej budynku położonego w Krakowie, przy ul. Św. Tomasza 34 nazwanego w tym dokumencie budynkiem usługowo-biurowym, natomiast w Załączniku Nr 5A do SWZ (Wykaz usług) określonego jako budynek hotelowo-usługowo-biurowy oraz wskazanie przyczyn rozbieżności nazewnictwa w obu dokumentach."*

Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie uzupełnił i wyjaśnił podmiotowe środki dowodowe.

Decyzję o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego Zamawiający uzasadnił, wskazując, co następuje:

„[…] z informacji zawartych w uzupełnieniu i wyjaśnieniach złożonych przez CGI sp. z o.o. w dniu 07.12.2023 r. wynika, że cyt. „powierzchnia użytkowa w budynku w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 przeznaczona na cele użyteczności publicznej wynosi 5.218,46 m ^{2} . Budynek ma funkcję usługowo-biurową, a jedną z funkcji usługowych są usługi hotelarskie”.

Weryfikacja dostępnych dokumentów i zapisów w księgach wieczystych dotyczących przedmiotowego budynku pozwoliła na ustalenie, że budynek zlokalizowany w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 ma powierzchnię użytkową 8.186,56 m ^{2} , z czego 4.081 rn ^{2} zajmuje powierzchnia znajdującego się w obiekcie hotelu. Zgodnie z treścią 53, ust. 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2022 r. poz. 1225) w przypadku, gdy mówimy o „budynku użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć 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” .Hotel natomiast kwalifikowany jest jako budynek zamieszkania zbiorowego zgodnie z 53, ust. 5 ww. rozporządzenia, który brzmi: „budynek zamieszkania zbiorowego - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny”.

W związku z powyższym podane dane przez Wykonawcę wzbudziły w Zamawiającym uzasadnione wątpliwości co do ich prawidłowości. W związku z tym Zamawiający podjął w oparciu o art. 128 ust. 5 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, 1720.) czynności zmierzające do zweryfikowania danych przedstawionych przez Wykonawcę.

Zamawiający wystąpił do Urzędu Miasta Krakowa celem uzyskania dokumentu urzędowego w postaci wypisu z rejestru gruntów celem obiektywnego zweryfikowania

podanych informacji. Z otrzymanego dokumentu GD-10.6642.19669.2023 wynika, że obiekt położony w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 posiada łącznie powierzchnię użytkową 8186,56 m ^{2} , a jego współwłaściciele są jednocześnie właścicielami wyodrębnionych lokali mieszkalnych i niemieszkalnych. Dlatego Zamawiający zweryfikował również zapisy ksiąg wieczystych urządzonych dla poszczególnych wyodrębnionych z tej nieruchomości lokali. W wyniku tej weryfikacji stwierdzono, że jednym ze współwłaścicieli jest Spółka będąca właścicielem hotelu, który w księdze wieczystej nr KW KRI P /00494823/9, urządzonej dla tegoż hotelu ma wpisaną powierzchnię użytkową 4081 ,04m ^{2} . Ponadto według księgi wieczystej na wskazanym obiekcie wyodrębnionych jest oprócz hotelu 34 nieruchomości lokalowych o łącznej powierzchni 4105,52 m ^{2} .

Po dokonaniu analizy dostępnych i otrzymanych od CGI sp. z o.o. informacji należy stwierdzić, że powierzchnia użytkowa całego budynku wynosi 8.186,56 m ^{2} , z czego powierzchnia hotelu wynosi 4.081 ,04 m ^{2} i stanowi część, która zgodnie z powyższym rozporządzeniem jest budynkiem zamieszkania zbiorowego, zaś pozostała część mieszkalna ma łączną powierzchnię 2.102 m ^{2} , garaż 866,10 m ^{2} , zaś część biurowa będąca powierzchnią użyteczności publicznej, która ma łączną powierzchnię 1.137,42 m ^{2} nie spełnia wymaganego w odniesieniu do wymaganej przez Zamawiającego powierzchni 5.000 m ^{2} powierzchni użyteczności publicznej, w związku z czym Wykonawca nie spełnia wymaganego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 266 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający powołał się na postanowienia § 3 pkt 5 i 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2022.1225 ze zm.). Zamawiający stwierdził, że budynek położony na nieruchomości w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 nie jest budynkiem użyteczności publicznej lecz stanowi budynek zakwaterowania zbiorowego w rozumieniu § 3 pkt 5 ww. rozporządzenia, a zatem nie może być jednocześnie klasyfikowany jako budynek użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 ww. rozporządzenia, a tym samym nie potwierdza spełniania danego warunku udziału w postepowaniu.

W ocenie Izby, w stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający dokonał błędnej oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, niezasadnie

odrzucił ofertę tego wykonawcy i w konsekwencji nieprawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę treść warunku udziału w postępowaniu sformułowaną w SWZ oraz pełną treść SWZ, za nieuprawnione należy uznać powoływanie się Zamawiającego wprost na przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.2022.1225 ze zm.), w zakresie interpretacji treści warunku, a w szczególności na definicję budynku użyteczności publicznej sformułowaną w § 3 pkt 6 ww. rozporządzenia. W dokumentach zamówienia Zamawiający nie zdefiniował bowiem pojęcia „budynek użyteczności publicznej", w tym nie odwołał się do definicji legalnej zawartej w przepisach ww. rozporządzenia. Z literalnego brzmienia określonego w SWZ warunku udziału nie wynika, że Zamawiający określając rodzaj budynku, jako budynek użyteczności publicznej, użył tego pojęcia w rozumieniu przepisów ww. rozporządzenia. Użycie legalnej definicji wymaga jednoznacznego odwołania się do przepisów, które definiują dane pojęcie.

Podkreślić przy tym należy, że w dokumentach zamówienia Zamawiający zamiennie posługuje się w tym zakresie także określeniem „nieruchomość użyteczności publicznej" (tak m.in. w cz. XVIII pkt 2 ppkt 2) SWZ, w której sformułował poza cenowe kryterium oceny ofert - „Doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zmówienia w zarządzaniu nieruchomościami użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 5.000 m²"). Zamawiający posługuje się także określeniem „powierzchnia użyteczności publicznej" - w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. W wezwaniu do wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych Zamawiający użył określenia „p*owierzchni użytkowej zajętej na cele użyteczności publicznej budynku".* Tak zróżnicowany zakres określeń używanych przez Zamawiającego w odniesieniu do wymagania zawartego w treści warunku udziału wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający nie ograniczył zakresu znaczeniowego pojęcia „budynek użyteczności publicznej" do definicji zawartej w § 3 pkt 6 ww. rozporządzenia.

Przyjęcie takiej zawężającej wykładni na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest, zdaniem Izby, niedopuszczalne, gdyż prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia dostępu wykonawcy do zamówienia, naruszenia przy tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie można wyłączyć budynku zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 z kategorii budynków użyteczności publicznej, ze względu na pełnione funkcje usługowe dla szerokiego i nieograniczonego grona osób i podmiotów. Hotel oferuje, poza pokojami, „*restaurację i bar oraz cztery klimatyzowane sale konferencyjne o łącznej powierzchni 186 m2 z możliwością organizacji różnego rodzaju spotkań, przyjęć rodzinnych i bankietów do 100 osób, z pełnym zapleczem gastronomicznym*". Jak wynika z informacji zamieszczonych

na stronie hotelu, oferuje on w pełni wyposażone sale oraz szeroką gamę usług dostosowanych do potrzeb klienta w związku z organizacją spotkań, seminariów, zjazdów, itp.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu, wobec niesprecyzowania przez Zamawiającego pojęcia „budynek użyteczności publicznej" w dokumentach zamówienia, należy posłużyć się ogólnym rozumieniem użyteczności publicznej jako bieżącym i nieprzerwanym zaspokajaniem zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. W tym kontekście nieruchomość wskazana przez Odwołującego dla wykazania wymaganego doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia – na której funkcjonuje hotel spełnia warunek określony w cz. XXI pkt 1 ppkt 4) lit. b) SWZ.

Należy również zauważyć, że powołana przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty definicja z przepisu § 3 pkt 6 ww. rozporządzenia, nie zawiera zamkniętego katalogu budynków użyteczności publicznej, lecz zawiera katalog otwarty - poprzez wskazanie „*oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji*". Powyższe wskazuje jednoznacznie, że budynek użyteczności publicznej jest definiowany w ww. rozporządzeniu poprzez wskazanie określonych funkcji, które pełni, w szczególności realizowanych usług na rzecz zaspokajania określonych potrzeb społecznych. Uwzględniając część hotelową budynku położonego w Krakowie przy ul. Św. Tomasza 34 o powierzchni 4.081,04 m2 oraz część biurową o powierzchni 1.137,42 m2, które realizują wyżej przedstawione funkcje, budynek ten należy kwalifikować jako budynek użyteczności publicznej o powierzchni co najmniej 5.000 m2.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że skoro wykonawca nie zwracał się o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie omawianego warunku, to obecnie nie może powoływać się na wątpliwości dotyczące interpretacji tego warunku. Podkreślić należy, że uprawnienie wykonawcy do żądania wyjaśnienia treści SWZ przez Zamawiającego jest uprawnieniem wykonawcy, a nie jego obowiązkiem. Uprawnienie to w żaden sposób nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku precyzyjnego sformułowania postanowień dokumentów zamówienia, tj. tak, aby na etapie badania i oceny ofert nie budziły one wątpliwości i sporów interpretacyjnych. Podkreślić również należy, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa, wszelkie wątpliwości wynikające z treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy, ponieważ wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów i nieprecyzyjnych postanowień Zamawiającego popełnionych przy formułowaniu postanowień SWZ.

Zamawiający wskazywał także, że istnieje szereg warunków technicznych odmiennych dla budynków zamieszkania zbiorowego i budynków użyteczności publicznej,

wskazanych w powoływanym przez Zamawiającego ww. rozporządzeniu, w związku z czym nie sposób porównać zarządzania budynkiem użyteczności publicznej z zarządzaniem obiektem w większości stanowiącym hotel. Zamawiający takich różnic jednak w żaden sposób nie wykazał. Ponadto, przepis art. 184b ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami w żaden sposób nie nawiązuje do pojęcia „budynku użyteczności publicznej".

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, które mogłyby mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, Izba zważyła, że okoliczności powyższe nie stanowiły podstawy czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. Dodatkowo należy zauważyć, że w wykazie osób Odwołujący podał łączną powierzchnię nieruchomości, jako spełniającą warunek udziału w postępowaniu, ponieważ Zamawiający wymagał podania *„powierzchni nieruchomości"*, co wynika wprost z opisu tej kolumny tabeli w Załączniku 5bdo SWZ.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał błędnej oceny spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji w sposób nieuprawniony odrzucił jego ofertę. Za zasadny Izba uznała zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 16 pkt 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 266 Pzp. W konsekwencji, za wadliwą należy także uznać czynność wyboru oferty PGM jako najkorzystniejszej. Tym samym uzasadniony jest zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 oraz art. 239 ust. 1 i 2 w z. z art. 266 Pzp oraz zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553, art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: **……**