

**WYROK**  
**z dnia 10 lipca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawcę MPJ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Kondratowicza 59 lok 57 (03-285 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnice Targówek z siedzibą w Warszawie przy ul. Kondratowicza 20 (00-983 Warszawa)

przy udziale wykonawcy PRO-FORM spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Puławskiej 111A lok. 29 (02-707 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w części odnoszącej się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia przez wykonawcę PRO-FORM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MPJ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz wykonawcę PRO-FORM spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MPJ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wykonawcy PRO-

FORM spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od wykonawcy PRO-FORM spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy MPJ spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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: .....

## Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Targówek, zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów 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 trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Budowa pawilonu gastronomicznego nr 1, siedzisk drewnianych przy fontannie, schodów terenowych i ciągu pieszego z dopuszczeniem ruchu pojazdów obsługi parku po północnej stronie zbiornika w Parku Bródnowskim* w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Kompleksowa modernizacja Parku Bródnowskiego” w Warszawie o numerze referencyjnym: 25/23, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 kwietnia 2023 r., pod numerem 2023/S 079-238332.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 26 czerwca 2023 r. wykonawca MPJ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PRO-FORM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „Wykonawca PRO-FORM”) pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, przez co oferta podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie 226 ust 1 pkt 2b w zw. z art. 118 ust 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PRO-FORM pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu gdyż nie wykazał posiadania wymaganego w SWZ doświadczenia.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Wykonawcy PRO-FORM;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania – w przypadku prawidłowego działania zamawiającego jego oferta zostałaby uznana za ofertę

najkorzystniejszą. Ponadto wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe miało niezbitnie dowodzić naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i stanowić wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że treść warunku udziału w postępowaniu określona w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 SWZ i użyte w nim przez zamawiającego określenie „wykonanie budynku” należy odnieść do definicji budowy wskazanej w art. 3 ust 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane, (tekst jednolity: Dz. U. z 2021 r., poz. 2351 ze zm.) zgodnie z którą *llekroć w ustawie jest mowa o budowie – należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego*. Odwołujący podkreślił, iż obowiązek interpretacji pojęć związanych z wykonywaniem robót budowlanych zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane nie zaś ich potocznym znaczeniem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdza bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zdaniem odwołującego sam zamawiający, na co wskazuje m.in. rozdział III pkt 3 SWZ Opis przedmiotu zamówienia i postanowienia dotyczące zagospodarowania terenu wokół istniejącej fontanny, pojęcie „wykonanie” utożsamiał z „budową”. W zakres pojęcia budowa natomiast nie wchodzi przebudowa, montaż, remont lub rozbiórka obiektu budowlanego uregulowane w art. 3 ust 7 i 8 ustawy Prawo budowlane jako odmienne od budowy zdefiniowanej w art. 3 ust 6 przywołanej ustawy.

Jak zwrócił uwagę odwołujący, Wykonawca PRO-FORM w złożonym wykazie robót budowlanych wskazał sześć pozycji. Jego zdaniem żadna z nich nie potwierdzała spełnienia warunku doświadczenia wskazanego w rozdziale VI SWZ. Żadna z pozycji wskazanych w wykazie nie potwierdzała, iż było to „wykonanie budynku” a zatem budowa, przebudowa czy też nadbudowa obiektu budowlanego zgodnie z dyspozycją art. 3 ust 6 ustawy Prawo budowlane. Odwołujący zwrócił uwagę, iż w odniesieniu do pojęć nadbudowa, przebudowa czy też odbudowa brak jest ustawowych definicji, niemniej zostały one ukształtowane przez orzecznictwo sądowe oraz poglądy doktryny zgodnie z którymi wskazane rodzaje robót budowlanych związane są z ingerencją w substancję już istniejącego obiektu budowlanego (rozbudowa, nadbudowa) lub aktualnie nieistniejącego budynku (odbudowa). Poza tym w orzecznictwie przeważa stanowisko, iż rozbudowa oznacza zmianę charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji, która prowadzi do modyfikacji obiektu istniejącego.

Zdaniem odwołującego w przypadku pozycji nr 1 wykazu robót budowlanych – przebudowa budynku użyteczności publicznej przy ul. Długiej 23/25 Etap II oraz pomieszczenie wentylatorowni – Wykonawca PRO-FORM oświadczył, że w zakres ww. zamówienia wchodziły branże konstrukcyjno-budowlana, elektryczna i sanitarna jednak nie potwierdził, iż było to „wykonanie budynku” czyli budowa, nadbudowa czy rozbudowa obiektu. Jak wskazał odwołujący przebudowa budynku nie mieści się w pojęciu „budowa”. Tym samym zamówienie wskazane w tej pozycji nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W przypadku pozycji nr 2 wykazu robót budowlanych – przebudowa szybu windowego oraz rozbudowa pomieszczeń piętra II, systemu wentylacji i klimatyzacji oraz szybu windowego w budynku nr 38 w kompleksie 193 dostosowanie konstrukcji oraz poszycia dachu do obowiązujących przepisów – odwołujący wskazał, że Wykonawca PRO-FORM oświadczył, że w zakres ww. zamówienia wchodziły branże konstrukcyjno-budowlana, elektryczna i sanitarna jednak nie potwierdził, iż było to „wykonanie budynku” czyli budowa, nadbudowa czy rozbudowa obiektu. Jak stwierdził odwołujący przebudowa budynku nie mieści się w pojęciu „budowa”. Tym samym zamówienie wskazane w tej pozycji nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do pozycji nr 3 wykazu robót budowlanych – Roboty budowlane polegające na remoncie stropu garażu i płyty parkingowej (zlokalizowanej przy ul. Traugutta) wraz z pracami towarzyszącymi dotyczącymi nieruchomości Ministerstwa Finansów – odwołujący podniósł, że Wykonawca PRO-FORM oświadczył, iż w zakres ww. zamówienia wchodziły branże konstrukcyjno-budowlana, elektryczna i sanitarna oraz zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo jezdnego jednak nie potwierdził, iż było to „wykonanie budynku” czyli budowa, nadbudowa czy rozbudowa obiektu. Jak wskazał odwołujący remont budynku nie mieści się w pojęciu „budowa”. Tym samym zamówienie wskazane w tej pozycji nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie pozycji nr 4 wykazu robót budowlanych – Zagospodarowanie terenu Warszawskiego Szpitala dla Dzieci wraz z modernizacją budynku D na potrzeby magazynu odpadów – odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca PRO-FORM oświadczył, iż w zakres ww. zamówienia wchodziły branże konstrukcyjno-budowlana, elektryczna i sanitarna oraz zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo jezdnego jednak nie potwierdził, iż było to „wykonanie budynku” czyli budowa, nadbudowa czy rozbudowa obiektu. Jak wykazała wielokrotnie Izba w swoim orzecznictwie w przypadku użycia słowa „modernizacja” należy zbadać zakres rzeczowy prac by uznać do którego zakresu tj. budowy (w tym nadbudowy czy rozbudowy obiektu budowlanego) czy też przebudowy można zakwalifikować dane roboty. Ponieważ wskazana w pkt 4 wykazu robót inwestycja była zamówieniem publicznym, odwołujący wyjaśnił, że po analizie ww. dokumentacji należało

stwierdzić, iż zakres rzeczowy prac wskazywał na przebudowę lub remont przez co nie sposób go uznać za budowę (rozbudowę, nadbudowę) budynku. Tym samym zamówienie wskazane w tej pozycji nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W przypadku pozycja nr 5 wykazu robót budowlanych – Przebudowa (modernizacja) i dostosowanie do obowiązujących przepisów patia Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina – odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca PRO-FORM oświadczył, iż w zakres ww. zamówienia wchodziły branże konstrukcyjno-budowlana, elektryczna i sanitarna oraz zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo jezdnego jednak nie potwierdził, iż było to „wykonanie budynku” czyli budowa, nadbudowa czy rozbudowa obiektu. Jak wskazał odwołujący przebudowa budynku nie mieści się w pojęciu „budowa”. Zdaniem odwołującego jak wykazała wielokrotnie Izba w swoim orzecznictwie w przypadku użycia słowa „modernizacja” należy zbadać zakres rzeczowy prac by uznać do którego zakresu tj. budowy (w tym nadbudowy czy rozbudowy obiektu budowlanego) czy też przebudowy można zakwalifikować dane roboty. Ponieważ wskazana w pkt 5 wykazu robót inwestycja była zamówieniem publicznym, zaś dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia jest wciąż dostępna, odwołujący wyjaśnił, że po analizie ww. dokumentacji należało stwierdzić, iż zakres rzeczowy prac wskazywał na przebudowę przez co nie sposób go uznać za budowę (rozbudowę, nadbudowę) budynku. Powyższe miała potwierdzać wchodząca w skład dokumentów zamówienia dokumentacja projektowa jak również decyzja Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków gdzie w uzasadnieniu jasno wskazano zakres prac i to że planowane prace nie ingerują w bryłę budynku, architekturę, układ funkcjonalny, nie zmieniają parametrów gabarytowych. Nie była to zatem rozbudowa a jedynie przebudowa. Tym samym zamówienie wskazane w tej pozycji nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do pozycji nr 6 wykazu robót budowlanych – Robota budowlana (modernizacja) w budynku Biura Rzecznika Praw Obywatelskich przy ul. Długiej 23/25 w Warszawie – odwołujący podniósł, że Wykonawca PRO-FORM oświadczył, iż w zakres ww. zamówienia wchodziły branże konstrukcyjno-budowlana, elektryczna i sanitarna oraz zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo jezdnego jednak nie potwierdził, iż było to „wykonanie budynku” czyli budowa, nadbudowa czy rozbudowa obiektu. Jak wskazał odwołujący przebudowa budynku nie mieści się w pojęciu „budowa”. Ponadto jak wykazała wielokrotnie Izba w swoim orzecznictwie w przypadku użycia słowa „modernizacja” należy zbadać zakres rzeczowy prac by uznać do którego zakresu tj. budowy (w tym nadbudowy czy rozbudowy obiektu budowlanego) czy też przebudowy można zakwalifikować dane roboty. Ponieważ wskazana w pkt 6 wykazu robót inwestycja była zamówieniem publicznym, zaś dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia jest wciąż dostępna, odwołujący wyjaśnił, że po analizie ww. dokumentacji należało stwierdzić, iż

zakres rzeczowy prac wskazywał na przebudowę przez co nie sposób go uznać za budowę (rozbudowę, nadbudowę) budynku. Powyższe miała potwierdzać wchodząca w skład dokumentów zamówienia dokumentacja projektowa jak również przywołane w niej zalecenia Stołecznego Konserwatora Zabytków. Zgodnie z postanowieniami Projektu budowlanego, Opis architektury str. 6 projektowane przedsięwzięcie nie zmienia bryły budynku, materiałów i istniejącej kolorystyki elewacji jak i ogólnego charakteru istniejącego budynku. Tym samym zamówienie wskazane w tej pozycji nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca PRO-FORM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 4 lipca 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w części dotyczącej następujących zarzutów odwołującego i umorzenie w tej części postępowania odwoławczego w oparciu o art.522 ust.4 Pzp:
  - a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
  - b) powtórzenia czynności oceny ofert;
  - c) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) oddalenie odwołania w części pozostałych zarzutów odwołującego dotyczących:
  - a) odrzucenie oferty Wykonawcy PRO-FORM Sp. z o.o.

Zamawiający wyjaśnił, że z uwagi na podniesione przez odwołującego zarzuty dotyczące niespełnienia przez Wykonawcę PRO-FORM warunków udziału w postępowaniu w postaci wymaganego doświadczenia tj. określenie „wykonanie budynku” należy odnieść do definicji budowy wskazanej w art. 3 ust 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane, (tekst jednolity: Dz. U. z 2023 r., poz. 682) zgodnie z którą ilekroć w ustawie jest mowa o budowie – należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. W związku z powyższym wykonawca nie wykazał, iż w ramach wykonanych robót budowlanych realizował „wykonanie budynku” w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane.

W dalszej kolejności zamawiający stwierdził, że w części odwołania dotyczącej nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy PRO-FORM Sp. z o.o. z postępowania, nie może przychylić się do żądania odwołującego, gdyż zamawiający zobowiązany jest w wyniku ponownego badania i oceny ofert do zastosowania procedury określonej w art. 128 Pzp. Wykonanie czynności odrzucenia oferty uzależnione jest od uzupełnienia błędnie złożonych podmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca PRO-FORM w dniu 6 lipca 2023 r. złożył pismo procesowe wraz dowodami, zawierające argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości. Przedmiotowe pismo zawierało m. in. wyjaśnienie w zakresie każdej wskazanej w wykazie robót pozycji, które miało potwierdzać, że stanowiły one budowę rozumianą jako nadbudowa, rozbudowa lub odbudowa.

W zakresie pozycji nr 1 wykazu robót obejmującej *Przebudowę budynku użyteczności publicznej przy ulicy Długiej 23/25 – Etap II oraz pomieszczenie wentylatorowni*, Wykonawca PRO-FORM stwierdził, że podczas realizowania robót budowlanych we wskazanej umowie, do jego zadań należały m.in. prace demontażowe i rozbiórkowe, odbudowanie kominów, zdemontowanie fragmentu dachu w celu umieszczenia urządzeń wentylacji mechanicznej, a następnie odbudowanie połaci dachowej. Odbudowanie kominów wiązało się z ich wyburzeniem, a następnie ich zbudowaniem (odbudowaniem). Podobnie było ze zdemontowaniem części dachu i koniecznością odbudowy połaci dachowej. Zostały więc spełnione przesłanki odbudowy. Wykonawca zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że na załączonym do piśmie rzucie poddasza, kolorem czerwonym zostały zaznaczone kominy, które rozstały wyburzone, a na drugim rysunku – kolorem zielonym – zostały oznaczone odbudowane kominy. Ponadto, w ramach umowy wskazanej w pozycji 1, zostały wykonane roboty z branży sanitarnej oraz elektrycznej. Wykonawca PRO-FORM miał także dobudować czerpnię do attyki. W ramach czerpni dachowej realizowane były roboty konstrukcyjne, w tym zwiększenie kubatury budynku co jednoznacznie potwierdza wypełnienie swym zakresem definicji rozbudowy obiektu. Potwierdza też wykonanie robót sanitarnych – sama czerpnia jest elementem instalacji sanitarnej, służy do zaciągania powietrza dla centrali wentylacyjnej. Wykonano też roboty elektryczne, zgodnie z załączonym rysunkiem – wykonano kabel grzewczy przy kracie wentylacyjnej. Z powyższego zdaniem Wykonawcy PRO-FORM wynikało, że w ramach przywołanej umowy została wykonana odbudowa oraz rozbudowa, a więc roboty z branży konstrukcyjno–budowlanej. Ponadto, zostało wykazane, że w ramach przeprowadzonych robót zostały wykonane prace z branży elektrycznej oraz sanitarnej. Wobec powyższego, ww. wykonawca stwierdził, że spełnił wymagania SWZ w zakresie robót budowlanych wskazanych w pozycji nr 1 wykazu.

W zakresie pozycji nr 2 wykazu robót obejmującej *Przebudowę szybu windowego oraz rozbudowę pomieszczeń piętra II, systemu wentylacji i klimatyzacji oraz szybu windowego w budynku nr 38 w kompleksie 193, dostosowanie konstrukcji oraz poszycia dachu do obowiązujących przepisów*, Wykonawca PRO-FORM stwierdził, że podczas realizowania robót budowlanych we wskazanej umowie, do jego zadań należała m.in. rozbiórka połaci dachu, rozbiórka konstrukcji dachu, rozbiórka istniejących stropów nad 2 piętrem, rozbiórka ścian działowych, wymurowanie ścian zewnętrznych (podwyższenie), wykonanie i nadbudowa dachu pulpituowego, budowa szybu windowego na 2 piętrze, wymurowanie



ścian działowych wg nowej aranżacji oraz prace wykończeniowe. Zdaniem wykonawcy zgłaszającego przystąpienie z załączonych do pisma dowodów wynikało, że w ramach zrealizowanej umowy doszło do nadbudowy, bowiem zwiększyła się wysokość oraz powierzchnia i kubatura obiektu budowlanego co jednoznacznie potwierdzało, że wskazana realizacja wypełnia także wymagania rozbudowy. Były także wykonane prace, które polegały na rozbudowie szybu windowego o dodatkową kondygnację, co samoistnie wypełnia wymagania dotyczące uznania zrealizowanych robót jako nadbudowa i rozbudowa obiektu. Ponadto, w treści pozycji nr 2 zostało wyraźnie wskazane, że prace polegały na rozbudowie, a jak zostało wskazane powyżej, rozbudowa mieści się w pojęciu budowy. Z powyższego z ocenie Wykonawcy PRO-FORM wynikało, że w ramach przywołanej umowy została wykonana nadbudowa oraz rozbudowa, a więc roboty z branży konstrukcyjno–budowlanej. Ponadto, zostało wykazane, że w ramach przeprowadzonych robót zostały wykonane prace z branży elektrycznej oraz sanitarnej. Wobec powyższego, ww. wykonawca stwierdził, że spełnił wymagania SWZ w zakresie robót budowlanych wskazanych w pozycji nr 2 wykazu. W zakresie pozycji nr 3 wykazu robót obejmującej *Roboty budowlane polegające na remoncie stropu garażu i płyty parkingowej (zlokalizowanych od strony ul. Traugutta) wraz z pracami towarzyszącymi dotyczącymi nieruchomości Ministerstwa Finansów*, Wykonawca PRO-FORM stwierdził, że zakres realizacji wskazanej umowy dotyczył odbudowy stropu parkingu, w tym przestrzeni świetlikowych, które uległy całkowitej degradacji. Roboty te jego zdaniem miały bezsprzecznie charakter robót konstrukcyjnych i wypełniały wymagania odbudowy istotnych części budowli. W ramach tych robót realizowano roboty towarzyszące z branży sanitarnej w postaci montażu wpustów kanalizacji deszczowej oraz roboty z branży elektrycznej dotyczące wykonania instalacji elektrycznej dla zasilania systemu nawadniania. Ponadto, w zakresie prac związanych z zagospodarowaniem terenu oraz wykonaniem ciągu pieszo – jezdnego zostały wykonane następujące prace: wykonanie ścieżek, chodników i alei, parkingu, dróg pożarowych oraz zjazdu do garażu podziemnego jako element zagospodarowania terenu służący do prowadzenia ruchu pieszego i samochodowego. Jak wyjaśnił wykonawca zgłaszający przystąpienie powyższe zostało także wskazane zamawiającemu w piśmie z dnia 16 czerwca 2023 r. i zwrócił uwagę, że nie został wezwany do uzupełnienia środków dowodowych, wobec tego należy przyjąć, że zamawiający nie miał wątpliwości w tym zakresie. 24. Mając powyższe na uwadze zdaniem Wykonawcy PRO-FORM, można przyjąć, że w ramach przywołanej umowy została wykonana odbudowa, a więc roboty z branży konstrukcyjno – budowlanej. Ponadto, ww. wykonawca uznał, że w ramach przeprowadzonych robót zostały wykonane prace z branży elektrycznej oraz sanitarnej, a także roboty związane z zagospodarowaniem terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo – jezdnego. Wobec powyższego, ww. wykonawca stwierdził, że spełnił wymagania SWZ w zakresie robót budowlanych wskazanych w pozycji nr 3 wykazu.

W zakresie pozycji nr 4 wykazu robót obejmującej *Zagospodarowanie terenu Warszawskiego Szpitala dla Dzieci wraz z modernizacją budynku D na potrzeby magazynu odpadów*, Wykonawca PRO-FORM stwierdził, że podczas realizowania robót budowlanych we wskazanej umowie, do jego zadań należało m.in. demontaż dachu wraz z jego odbudową, wykonanie instalacji sanitarnej, wykonanie instalacji elektrycznej, zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągów pieszo jezdnych. Powyższe wpisuje się w definicję odbudowy prezentowaną w wyroku II SA/Kr 443/11. Ponadto w zakresie prac związanych z zagospodarowaniem terenu oraz wykonaniem ciągu pieszo – jezdnego zostały wykonane następujące prace: wykonanie ścieżek i chodników, alei, parkingów oraz drogi pożarowej jako element zagospodarowania terenu służący do prowadzenia ruchu pieszego i samochodowego. Powyższe zostało także wskazane zamawiającemu w piśmie z dnia 16 czerwca 2023 r., przy czym wykonawca nie został wezwany do uzupełnienia środków dowodowych, wobec tego Wykonawca PRO-FORM przyjął, że zamawiający nie miał wątpliwości w tym zakresie. Zdaniem wykonawcy zgłaszającego przystąpienie w ramach przywołanej umowy została wykonana odbudowa, a więc roboty z branży konstrukcyjno–budowlanej. Ponadto, zostało wykazane, że w ramach przeprowadzonych robót zostały wykonane prace z branży elektrycznej oraz sanitarnej, a także roboty związane z zagospodarowaniem terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo – jezdnego. Wobec powyższego, ww. wykonawca stwierdził, że spełnił wymagania SWZ w zakresie robót budowlanych wskazanych w pozycji nr 4 Wykazu.

W zakresie pozycji nr 5 wykazu robót obejmującej *Przebudowę (modernizację) i dostosowanie do obowiązujących przepisów patia Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina*, Wykonawca PRO-FORM stwierdził, że podczas realizowania robót budowlanych we wskazanej umowie, do jego zadań należały m.in.: 1) ROBOTY BUDOWLANE (a. Rozbiórka stropów i ścian w kanałach technicznych; b. Rozbiórka warstw PATIA; c. Budowa konstrukcji żelbetowej w narożach fos (BUDOWA); d. Budowa stropów nad kanałami technicznymi (ODBUDOWA i BUDOWA) – wykonanie stropów prefabrykowanych i monolitycznych wraz z wykonaniem ścianek na stropach; e. Wykonanie warstwy spadkowej na PATIO (NADBUDOWA) – pierwotnie brak warstwy spadkowej; f. Wykonanie nawierzchni z płyt granitowych (ODBUDOWA) – pierwotnie płyty zostały ułożone na podsypce cementowo-piaskowej. Nawierzchnia została rozebrana podniesiona oraz zamontowana na wspornikach regulowanych (podwyższenie PATIA od 3cm do 18cm)); 2) ROBOTY SANITARNE (a. Wykonanie studni zbiorczych wraz z orurowaniem (ROZBUDOWA) – pierwotnie studnie zbiorcze były wykonane jako betonowe. Dokonano rozbudowy instalacji kanalizacji o wpusty wraz z niezbędną instalacją odprowadzającą wodę do istniejących pionów; b. Wykonanie odwodnienia liniowego wraz z orurowaniem (ODBUDOWA i ROZBUDOWA) – pierwotnie istniało odwodnienie liniowe natomiast zostało rozebrane

i wykonane w nowej lokalizacji oraz rozbudowane); 3) ROBOTY ELEKTRYCZNE (a. Wykonanie instalacji grzewczej wpustów (ROZBUDOWA); b. Wykonanie instalacji oświetlenia zewnętrznego (punkty świetlne)). Ponadto, w zakresie prac związanych z zagospodarowaniem terenu oraz wykonaniem ciągu pieszo – jezdnego zostały wykonane następujące prace: wykonanie ścieżek i chodników jako element zagospodarowania terenu służący do prowadzenia ruchu pieszego i samochodowego. Powyższe zostało także wskazane zamawiającemu w piśmie z dnia 16 11 czerwca 2023 r., przy czym Wykonawca PRO-FORM wyjaśnił, że nie został wezwany do uzupełnienia środków dowodowych, wobec tego należy przyjąć, że zamawiający nie miał wątpliwości w tym zakresie. 30. Mając powyższe na uwadze, zważywszy że realizowane prace dotyczyły ponad 50% odtwarzanego stropu patio, wykonawca zgłaszający przystąpienie przyjął, że w ramach przywołanej umowy została wykonana budowa, odbudowa, nadbudowa oraz rozbudowa, a więc roboty z branży konstrukcyjno–budowlanej. Ponadto, zostało wykazane, że w ramach przeprowadzonych robót zostały wykonane prace z branży elektrycznej oraz sanitarnej, a także roboty związane z zagospodarowaniem terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo – jezdnego. Wobec powyższego, ww. wykonawca stwierdził, że spełnił wymagania SWZ w zakresie robót budowlanych wskazanych w pozycji nr 5 Wykazu.

W zakresie pozycji nr 6 wykazu robót obejmującej *Robotę budowlaną (modernizację) w budynku Biura Rzecznika Praw Obywatelskich (BRPO) przy ul. Długiej 23/25 w Warszawie*, Wykonawca PRO-FORM stwierdził, że podczas realizowania robót budowlanych we wskazanej umowie, do jego zadań należały m.in. rozbiórka oraz odbudowa schodów terenowych razem z podestem i murkiem oporowym. Jego zdaniem z załączonego do pisma procesowego rzutu piwnicy jasno wynikało, że wśród robót związanych ze zrealizowaniem umowy mieścił się: a) demontaż murków oporowych i ich ponowne odtworzenie (odbudowa); b) rozbiórka istniejących schodów terenowych (wyłączonych z użytkowania z uwagi na ich stan techniczny) razem z podestem i murami oporowymi. Wykonanie nowych schodów, podestu i murów oporowych wraz z balustradą i pochwytem. W ramach tej części robót wykonano również roboty sanitarne w postaci odpływu wody deszczowej z części schodów Ponadto, w zakresie prac związanych z zagospodarowaniem terenu oraz wykonaniem ciągu pieszo – jezdnego zostały wykonane następujące prace: wykonanie ścieżki i chodnika prowadzących do schodów zewnętrznych na poziom -1 jako element zagospodarowania terenu służący do prowadzenia ruchu pieszego i samochodowego. Powyższe zostało także wskazane zamawiającemu w piśmie z dnia 16 czerwca 2023 r. Wykonawca zgłaszający przystąpienie wyjaśnił, że nie został wezwany do uzupełnienia środków dowodowych, wobec tego przyjął, że zamawiający nie miał wątpliwości w tym zakresie. Zdaniem Wykonawcy PRO-FORM, nie ulegało wątpliwości, że w ramach przywołanej umowy została wykonana odbudowa, a więc roboty z branży konstrukcyjno–

budowlanej. Ponadto, zostało wykazane, że w ramach przeprowadzonych robót zostały wykonane prace z branży elektrycznej oraz sanitarnej, a także roboty związane z zagospodarowaniem terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo – jezdnego. Wobec powyższego, ww. wykonawca stwierdził, że spełnił wymagania SWZ w zakresie robót budowlanych wskazanych w pozycji nr 6 Wykazu.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę PRO-FORM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b) powtórzenia czynności oceny ofert;
- c) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

oraz o oddaleniu odwołania w pozostałej części tj. dotyczącej odrzucenia oferty przystępującego. Przystępujący jako uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania w tej sprawie po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 523 ust. 3 Pzp rozpoznała odwołanie w przedmiotowej sprawie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, która została przesłana do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 3 lipca 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
- wykaz robót budowlanych wraz z potwierdzeniami należytego wykonania, złożony przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dotyczące konieczności złożenia podmiotowych środków dowodowych;
- wezwanie do wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych z dnia 15 czerwca 2023 r., skierowane do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia z dnia 15 czerwca 2023 r. złożone przez przystępującego w odpowiedzi na powyższe wezwanie;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 21 czerwca 2023 r.;

2) dokumenty złożone wraz z pismem procesowym przez przystępującego w dniu 6 lipca 2023 r.:

- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 1 wykazu robót (opis etapowania etapu II, rzut poddasza nr rysunku K/PW/06, rzut poddasza – instalacja wentylacji nr rysunku IS/PW/(57)06, korespondencję mailową z dnia 3 lipca 2023 r., plan instalacji siłowej – rzut poddasza nr rysunku EL/PW/RS/06, plan instalacji siłowej – rzut dachu nr rysunku EL/PW/RS/07, rzut poddasza (część A) nr rysunku AR/PW/06, rzut – czerpnie w połaci dachu nr rysunku AR/D/08 oraz Projekt przebudowy budynku użyteczności publicznej (kategoria obiektów budowlanych XII) etap II,III,IV,V,VI);
- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 2 wykazu robót (rzut z zakreskowanym stropem do usunięcia, rzut z naniesionymi ścianami do usunięcia, korespondencję mailową z dnia 3 lipca 2023 r., projekt budowlany i wykonawczy obejmujący opracowanie pn. *ROZBUDOWA CZĘŚCI POMIESZCZEŃ DRUGIEGO PIĘTRA NA GABINETY LEKARSKIE, KONSTRUKCJI DACHU Z WYMIANĄ POKRYCIA I OBRÓBEK BLACHARSKICH, SZYBU WINDOWEGO Z WYMIANĄ DŹWIGU OSOBOWEGO W BUDYNKU CENTRALNEJ WOJSKOWEJ PRZYCHODNI LEKARSKIEJ „CEPELEK” SPZOZ PRZY UL. ŻEROMSKIEGO 33 W WARSZAWIE. WIELOBRANŻOWY PROJEKT BUDOWLANY I WYKONAWCZY NA PRZEBUDOWĘ WENTYLATORNI I WYKONANIE WENTYLACJI MECHANICZNEJ NAWIEWNO-WYWIEWNEJ I KLIMATYZACJI DLA POMIESZCZEŃ IIp. i POMIESZCZEŃ RTG W PRZYCHODNI CWPL "CEPELEK" SP ZOZ PRZY ULICY ŻEROMSKIEGO 33 W WARSZAWIE.*, rysunek A-15 – z zaznaczonym fragmentem nadbudowy, rysunek A-11 – rozbudowa szybu o dodatkową kondygnację, rysunek A-05 – Podniesienie dachu (dach pulpitowy) – na rysunku po prawej stronie budynku, rysunek A-06

- Podniesienie dachu (dach pulpitowy) oraz rysunek A-04 – Nadbudowa konstrukcji dachu (dach pulpitowy) – zaznaczone krokwie;
- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 3 wykazu robót (rysunek obejmujący zbrojenie otworu po likwidacji świetlika – roboty konstrukcyjne, rysunek obejmujący detal połączenia wpustu kanalizacji – roboty sanitarne, rysunek obejmujący detal układu warstw – odbudowa, rysunek obejmujący przekroje układu warstw – odbudowa, rzut całości parkingu oraz 3 zdjęcia obejmujące wykonanie stropu w miejscach świetlików);
- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 4 wykazu robót (projekt wykonawczy instalacji sanitarnych dla potrzeb przebudowy pomieszczeń budynku szpitalnego „D” na potrzeby działu odpadów na działce nr ew. 7 w obrębie 5-04-05 przy ul. Kopernika 43 w Warszawie, rysunek A3, instalacja wentylacji ogrzewania rysunek nr IS/PW/D/01, instalacja wodno – kanalizacyjna rysunek nr IS PW D 02, instalacja sygnalizacji pożaru nr rysunku SSP-1, rzut parteru rysunek nr A 3.01, projekt wykonawczy instalacji elektryczny przebudowy pomieszczeń budynku szpitalnego „D” na potrzeby działu odpadów, projekt zagospodarowania terenu rysunek nr PW/E/PZT/01 oraz rysunek prezentujący totem informacyjny);
- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 5 wykazu robót (projekt wykonawczy dotyczący *PRZEBUDOWY, REMONTU (MODERNIZACJI) ORAZ ROBÓT BUDOWLANYCH I DOSTOSOWANIA O OBOWIĄZUJĄCYCH PRZEPISÓW PATIA UNIWERSYTETU MUZYCZNEGO FRYDERYKA CHOPINA – branża: KONSTRUKCJA*, przekrój A\_A nr rys. UM\_PW\_06, przekrój B\_B nr rys. UM\_PW\_07, projekt wykonawczy dotyczący *PRZEBUDOWY, REMONTU (MODERNIZACJI) ORAZ ROBÓT BUDOWLANYCH I DOSTOSOWANIA O OBOWIĄZUJĄCYCH PRZEPISÓW PATIA UNIWERSYTETU MUZYCZNEGO FRYDERYKA CHOPINA – branża: INSTALACJE ELEKTRYCZNE I TELETECHNICZNE*, rzut PATIO nr rys. UM\_PB\_IET\_01, projekt wykonawczy dotyczący *PRZEBUDOWY, REMONTU (MODERNIZACJI) ORAZ ROBÓT BUDOWLANYCH I DOSTOSOWANIA O OBOWIĄZUJĄCYCH PRZEPISÓW PATIA UNIWERSYTETU MUZYCZNEGO FRYDERYKA CHOPINA – branża: INSTALACJE SANITARNE – KANALIZACJA DESZCZOWA* oraz instalacja wodno – kanalizacyjna rzut PATIO nr rys. UM\_PW\_IS\_03);
- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 6 wykazu robót (rzut piwnicy – instalacja kanalizacyjna nr rys. IS/PW/ (52)01, rzut piwnicy nr rys. K/PW/01, rzut schodów SC-1 nr rys. K/PW/10, rzut schodów SC-2 nr rys. K/PW/11, rzut piwnicy – trasy oświetleniowe nr rys. EE/PW/001 oraz rzut piwnicy nr rys. AR/PW/01);
- oświadczenie Centralnej Wojskowej Przychodni Lekarskiej „CePeLek” Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Warszawie z dnia 4 lipca 2023 r.;

- potwierdzenie dyrektora generalnego Biura Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 6 lipca 2023 r. dotyczące umowy nr BDG/32/WLiA/2022 z dnia 10 marca 2022 r. pn. *Przebudowa budynku użyteczności publicznej przy ulicy Długiej 23/25 - Etap II oraz pomieszczenie wentylatorowi*;

- potwierdzenie dyrektora generalnego Biura Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 6 lipca 2023 r. dotyczące umowy nr BDG/77/WLiA/2019 z dnia 5 kwietnia 2019 r. pn. *Roboty budowlane (modernizacje) prowadzone w siedzibie Zamawiającego przy ul. Długiej 23/25 w Warszawie*;

3) dokumenty złożone na rozprawie przez odwołującego:

- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 1 wykazu robót złożonego przez przystępującego (opracowanie obejmujące zakres etapu II – kondygnacje naziemne (część A) wraz z szachtami i poddaszem oraz fragment projektu wykonawczego obejmujący projekt budowlany przebudowy budynku użyteczności publicznej (kategoria obiektów budowlanych XII) etap Ib, II, III, IV, V);

- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 2 wykazu robót złożonego przez przystępującego (SWZ odnoszący się do postępowania przetargowego pn. *Przebudowa szybu windowego oraz rozbudowa pomieszczeń piętra II, systemu wentylacji i klimatyzacji oraz szybu windowego w budynku nr 38 w kompleksie 193 dostosowanie konstrukcji oraz poszycia dachu do obowiązujących przepisów*, projekt budowlany i wykonawczy oraz przedmiary robót);

- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 3 wykazu robót złożonego przez przystępującego (SIWZ odnoszący się do postępowania przetargowego pn. *Remont płyty parkingowej wraz z pracami towarzyszącymi (od ul. Traugutta)*, załącznik nr 4 do umowy, fragment projektu wykonawczego, ogłoszenie o zamówieniu oraz fragment załącznika nr 1 do SIWZ);

- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 4 wykazu robót złożonego przez przystępującego (ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ w postępowaniu pn. *Zagospodarowanie terenu Warszawskiego Szpitala dla Dzieci wraz z modernizacją budynku D na potrzeby magazynu odpadów*);

- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 5 wykazu robót złożonego przez przystępującego (SIWZ odnoszący się do postępowania przetargowego pn. *Przebudowa (modernizacja) i dostosowanie do obowiązujących przepisów patia Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina w ramach realizacji projektu „Przebudowa i modernizacji pomieszczeń studyjnych i Sali Koncertowej w budynku Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina w Warszawie”*, decyzja nr 197/Ś/2020 o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na wykonanie robót budowlanych z dnia 25 maja 2020 r. wydana przez prezydenta m. st. Warszawy, decyzja z dnia 28 kwietnia 2020 r. wydana przez

Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków oraz projekt wykonawczy dotyczący branży konstrukcyjnej);

- dotyczące inwestycji wskazanej w pozycji nr 6 wykazu robót złożonego przez przystępującego (opracowanie obejmujące zakres etapu Ib – piwnica (część A); pom. Techniczne w piwnicy (część B, C), fragment projektu wykonawczego oraz fragment załącznika nr 1A do SIWZ w postępowaniu dotyczącym roboty budowlanej (modernizacji) w budynku Biura Rzecznika Praw Obywatelskich (BRPO) przy ul. Długiej 23/25 w Warszawie);

4) złożone na rozprawie przez przystępującego pismo z dnia 5 czerwca 2012 r. Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej skierowane do Marszałka Senatu RP.

Izba nie zaliczyła na poczet materiału dowodowego dokumentu złożonego na rozprawie przez przystępującego, tj. opracowania, którego przedmiotem była przebudowa i rozbudowa Warszawskiego Szpitala dla Dzieci, Warszawa ul. Kopernika 43, dz. ew. Nr 7 ob. 5-04-05 – projekt przebudowy pomieszczeń budynku szpitalnego „D” na potrzeby działu odpadów. Przedmiotowy dokument przystępujący złożył wyłącznie w jednym egzemplarzu tj. do akt sprawy i nie dysponował odpisami dla stron, przez co strony nie mogły się zapoznać z jego treścią. Ponadto jego treść nie została zastrzeżona, tym samym nie było powodów do tego, aby pozbawić strony możliwości zapoznania się z tym dokumentem. W ocenie składu orzekającego złożenie dowodu bez odpisu dla strony przeciwnej, nie może co do zasady być akceptowane, ponieważ zaburza równowagę stron postępowania odwoławczego. Strona lub uczestnik postępowania ma prawo do wypowiedzenia się oraz zajęcia stanowiska wobec dowodu wnioskowanego przez swojego przeciwnika procesowego. Brak przekazania odpisu dowodu pozostałym uczestnikom postępowania pozbawia ich tej możliwości i co do zasady dyskwalifikuje wnioskowany dowód. Z tych względów Izba nie dopuściła powyżej wskazanego dokumentu jako dowodu w sprawie o czym strony i uczestnik zostali poinformowani jeszcze przed zamknięciem rozprawy.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z treścią rozdziału VI ust. 1 pkt 2 SWZ:

*1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:*

*(...)*

*2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.: wykaże się wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, co najmniej **dwóch zamówień**, których przedmiotem było wykonanie robót ogólnobudowlanych o wartości co najmniej 2 000 000 zł brutto każde z zamówień, w których zakres wchodziło wykonanie budynku obejmujące co najmniej branże konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną,*



elektryczną w tym przynajmniej jedno z nich obejmujące zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo-jezdnego.

**Uwaga:** Zamawiający przez (1) jedno zamówienie odpowiadające robotom budowlanym opisanym w warunkach udziału w postępowaniu, rozumie realizację obiektu budowlanego w zakresie zgodnym z warunkiem w ramach (1) jednej umowy.

W rozdziale VII ust. 3 SWZ zamawiający wskazał katalog podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z pkt 1 i 2 ww. fragmentu:

**Wykonawca, którego oferta została najwyższej oceniona, zostanie wezwany przez Zamawiającego do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych:**

**1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, dat, wartości i miejsca wykonania oraz podmiotów na rzecz, których roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z warunkiem określonym w Dziale VI ust. 1 pkt 2) SWZ – wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ;**

**2) dowodów** określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyny niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty;

Przystępujący pismem z dnia 30 maja 2023 r. został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym także do złożenia wykazu robót budowlanych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył m. in. wykaz robót budowlanych na wzorze stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ. Przystępujący w wykazie wskazał 6 robót:

1) *Przebudowa budynku użyteczności publicznej przy ulicy Długiej 23/23 – Etap II oraz pomieszczenia wentylatorowni*, zakres: branża konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna;

2) *Przebudowa szybu windowego oraz rozbudowa pomieszczeń piętra II, systemu wentylacji i klimatyzacji oraz szybu windowego w budynku nr 38 w kompleksie 193 dostosowanie konstrukcji oraz poszycia dachu do obowiązujących przepisów*, zakres: branża konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna;

3) *Roboty budowlane polegające na remoncie stropu garażu i płyty parkingowej (zlokalizowanych od strony ul. Traugutta) wraz z pracami towarzyszącymi Ministerstwa Finansów*, zakres:

- branża konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna,
- zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo-jezdnego;

4) *Zagospodarowanie terenu Warszawskiego Szpitala dla Dzieci wraz z modernizacją budynku D na potrzeby magazynu odpadów, zakres:*

- branża konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna,
- zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo-jezdnego;

5) *Przebudowa (modernizacja) i dostosowanie do obowiązujących przepisów patia Uniwersytetu Muzycznego Fryderyka Chopina, zakres:*

- branża konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna,
- zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo-jezdnego;

6) *Robota budowlana (modernizacja) w budynku Biura Rzecznika Praw Obywatelskich (BRPO) przy ul. Długiej 23/25 w Warszawie, zakres:*

- branża konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna,
- zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo-jezdnego.

Pismem z dnia 15 czerwca 2023 r. zamawiający zwrócił się do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp z wezwaniem do wyjaśnień treści podmiotowych środków dowodowych. W treści wezwania zamawiający wskazał:

*Czy w zakres robót wskazanych w poz. 3-6 wykazu wykonanych robót budowlanych wchodziło zagospodarowanie terenu wraz z ciągiem pieszo-jezdnym zdefiniowanym w odnoszącej się do przedmiotu zamówienia uchwale Rady M.st, Warszawy z dnia 5 grudnia 2019 r. nr XXIII/661/2019 w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego Parku Bródnowskiego jako element zagospodarowania danego terenu służący do prowadzenia ruchu pieszego i samochodowego w formie alei, ścieżki, przejścia lub chodnika?*

*Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie zakresu wykonywanych prac odnośnie zagospodarowania terenu wraz z ciągiem pieszo – jezdny.*

Przystępujący odpowiedział na powyżej wskazane wezwanie pismem z dnia 15 czerwca 2023 r. W treści odpowiedzi przystępujący wskazał m. in., że

*(...) wyjaśniam i potwierdzam, że w zakres robót wskazanych w poz. 3-6 wykazu wykonanych robót budowlanych wchodziło zagospodarowanie terenu wraz z ciągiem pieszo-jezdnym zdefiniowanym w odnoszącej się do przedmiotu zamówienia uchwale Rady M.st, Warszawy z dnia 5 grudnia 2019 r. nr XXIII/661/2019 w sprawie miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego Parku Bródnowskiego jako element zagospodarowania danego terenu służący do prowadzenia ruchu pieszego i samochodowego w formie alei, ścieżki, przejścia lub chodnika, (...)*

Dodatkowo przystępujący przedstawił bardziej szczegółowe wyjaśnienia dla robót podanych w pozycjach 3-6 wykazu robót.

W dniu 21 czerwca 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą została uznana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;*
- art. 118 ust. 2 Pzp – *W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy dotyczyło odpowiedzi na pytanie – czy przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 SWZ. Przystępujący na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku podał w wykazie 6 robót. W ocenie odwołującego, żadna ze wskazanych przez przystępującego robót w wykazie robót budowlanych, nie spełniała warunku doświadczenia, które było wymagane zgodnie z rozdziałem VI SWZ. Przy czym kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia miało określenie *wykonanie budynku* zawarte w treści ww. warunku. Odwołujący w argumentacji podanej w odwołaniu podnosił, że żadna z robót wskazanych przez przystępującego w wykazie nie potwierdzała, że stanowiła *wykonanie budynku*, a zatem budowę, przebudowę czy też nadbudowę obiektu budowlanego zgodnie z dyspozycją art. 3 ust 6 ustawy Prawo budowlane. Poza tym odwołujący twierdził, że wszystkie podane przez przystępującego roboty należało zaliczyć do przebudowy lub remontu, co nie wpisywało się w definicję budowy.

W pierwszej kolejności, w ocenie Izby, istotne znaczenie miały definicje: budynku, budowy, robót budowlanych, przebudowy oraz remontu zawarte w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.) zwanej dalej jako: „Prawo budowlane”, określone w jej art. 3 pkt 2, 6, 7, 7a oraz 8. Zgodnie z tymi definicjami:

- budynek to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;
- budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego;

- roboty budowlane to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego;
- przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;
- remont to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Po drugie przystępujący w swojej argumentacji, przez nawiązywanie do opisu przedmiotu zamówienia, zdawał się sugerować, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu mogłoby nastąpić przez wykonanie roboty budowlanej polegającej na budowie obejmującej również odbudowę, rozbudowę lub nadbudowę obiektu budowlanego, który nie jest budynkiem. Jak wynika z powyższego przystępujący próbował forsować w tym aspekcie celowościową wykładnię treści warunku, która w tym wypadku była niedopuszczalna. Co do zasady warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności wykładni językowej, która polega na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów czy wyrażeń zawartych SWZ. W związku z jednoznaczną treścią warunku wykładnia językowa okazała się w zupełności wystarczająca, a jej zastosowanie potwierdziło, że zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu budynku (a nie każdego obiektu budowlanego), rozumianego jako jego budowa polegająca również na odbudowie, rozbudowie lub nadbudowie. Zastosowanie wykładni celowościowej, jak chciałby przystępujący, prowadziłoby *de facto* do ustalenia nowego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na niedopuszczalnym rozszerzeniu zakresu doświadczenia wykonawcy w stosunku do określonego przez zamawiającego w SWZ, które nie było kwestionowane na wcześniejszym etapie postępowania. Dopuszczenie takiej wykładni na etapie badania i oceny ofert byłoby niedopuszczalne, gdyż stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe założenia oraz uwzględniając stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba doszła do przekonania, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 SWZ. Zgodnie z tym warunkiem wykonawca miał legitymować doświadczeniem w realizacji *dwóch zamówień, których przedmiotem było wykonanie robót ogólnobudowlanych o wartości co najmniej 2 000*

000 zł brutto każde z zamówień, w których zakres wchodziło wykonanie budynku obejmujące co najmniej branże konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną w tym przynajmniej jedno z nich obejmujące zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo-jezdnego. W ocenie składu orzekającego tylko jedna z sześciu robót podanych przez przystępującego spełniła przedmiotowy warunek. Była to robota podana w pozycji nr 2 wykazu pn.: *Przebudowa szybu windowego oraz rozbudowa pomieszczeń piętra II, systemu wentylacji i klimatyzacji oraz szybu windowego w budynku nr 38 w kompleksie 193 dostosowanie konstrukcji oraz poszycia dachu do obowiązujących przepisów*, która dotyczyła zakresu z branży konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej i elektrycznej. W zakresie tej roboty już sama nazwa zamówienia sugerowała, że dotyczyła ona rozbudowy budynku, czyli stanowiła budowę. Oczywiście, jak słusznie podnosił przystępujący, sama nazwa zamówienia nie może przesądzać to tym jak zakwalifikować daną robotę, ale w okolicznościach przedmiotowej sprawy sugestia wynikająca z nazwy zamówienia została potwierdzona i udowodniona przez dowód złożony zarówno przez odwołującego jaki i przystępującego tj. projekt budowlany i wykonawczy. Projekt ten na str. 5 prezentował dane dotyczące budynku i zagospodarowania terenu przed rozbudową i po rozbudowie. Z danych tych wynikało, że w związku z dokonaniem rozbudowy miała zwiększyć się kubatura i wysokość budynku tj. parametry użytkowe lub techniczne, których zmiana, zgodnie z definicją przebudowy wykracza poza jej rozumienie i pozwala zaliczyć wykonaną robotę budowlaną do budowy, rozumianej jako rozbudowa. Definicja przebudowy w art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego wprost stwierdza, że przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Stąd też zmiana kubatury oraz wysokości budynku w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie mogła zostać uznana tylko za przebudowę lub remont. Przez co należało zakwalifikować ją jako rozbudowę, która mieści się w definicji budowy. Tym samym Izba nie miała wątpliwości, że robota wskazana w pozycji nr 2 wykazu spełniała warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 SWZ.

Pozostałe dowody złożone przez odwołującego i przystępującego w zakresie pozycji nr 2 wykazu okazały się irrelewantne dla oceny spełnienia ww. warunku. Przy czym gdyby nie złożony projekt należałoby uznać, że ww. pozycja nie spełniała warunku, ponieważ pozostałe dowody złożone przez przystępującego tego nie potwierdziły. Jednakże ww. projekt okazał się kluczowy i przekonał skład orzekający do uznania roboty wskazanej w tej pozycji wykazu za spełniającą warunek.

Izba stwierdziła, że pozostałe roboty wskazane w wykazie w poz. nr 1, 3, 4, 5 i 6 nie spełniały warunku, którego dotyczyło odwołanie. W przypadku pozycji nr 1 wykazu Izba

oparła się przede wszystkim na złożonym przez odwołującego oraz przystępującego projekcie wykonawczym, który obejmował projekt budowlany przebudowy budynku użyteczności publicznej (kategoria obiektów budowlanych XII) etap Ib, II, III, IV, V. W dokumencie tym na str. 6 wprost wskazano, że projektowane przedsięwzięcie nie zmieniało bryły budynku, materiałów i istniejącej kolorystyki elewacji jaki ogólnego charakteru istniejącego budynku. Ponadto z kolejnego fragmentu zawartego na str. 6 wynikało, że wszelkie prace renowacyjne, naprawcze lub wymianę należało wykonać zachowując istniejący układ i kolorystykę oraz kontynuując istniejące materiały wykończeniowe, starając się wszelką ingerencję sprowadzić do minimum. Przystępujący wskazywał, że roboty dotyczące pozycji nr 1 wykazu stanowiły odbudowę lub rozbudowę, ponieważ w ramach tej inwestycji wykonał odbudowę kominów, odbudowę połaci dachowej czy też dobudowę czerpni do attyk. Zdaniem przystępującego prace przez niego wykonane doprowadziły do zwiększenia kubatury budynku. W ocenie Izby argumentacja przystępującego nie mogła zasługiwać na uwzględnienie ponieważ z treści złożonego projektu wykonawczego wynikało, że ani kubatura, ani powierzchnia zabudowy budynku nie zwiększyła się w wyniku przeprowadzonych robót (str. 18). Poza tym z uszczegółowienia robót, odnoszącego się do branży konstrukcyjnej, zawartego w opisie etapu II inwestycji wynikało, że do tych robót zaliczały się m. in. przebudowa konstrukcji dachu ze względu na projektowaną instalacje wentylacji oraz wykonanie konstrukcji drewnianych CZ dla czerpni dachu, stąd też nie można było uznać, że w ramach tych prac przystępujący rzeczywiście doprowadził do zwiększenia kubatury budynku. Z tych względów także odbudowanie kominów należało potraktować jako część przebudowy budynku i tak te roboty zakwalifikować tj. jako przebudowę. Dodatkowo skład orzekający wskazał, że we wszystkich złożonych dowodach dotyczących tej inwestycji (a przede wszystkim w projekcie budowlanym) konsekwentnie stosowany był zwrot przebudowa.

Stanowiska przystępującego nie potwierdził także dowód w postaci potwierdzenia dyrektora generalnego Biura Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 6 lipca 2023 r., które dotyczyło umowy nr BDG/32/WLiA/2022 z dnia 10 marca 2022 r. pn. *Przebudowa budynku użyteczności publicznej przy ulicy Długiej 23/25 - Etap II oraz pomieszczenie wentylatorowi.* W dokumencie tym nie wskazano żadnych informacji, które potwierdzałyby, że w ramach robót wykonano prace, które można było uznać za rozbudowę lub odbudowę budynku. Jedyna wzmianka, która mogłaby nawiązywać do tego dotyczyła określenia, że w ramach prac wykonano m. in. rozbiórkę szachtów wewnętrznych wraz z ich odbudową. W ocenie składu orzekającego opis ten był dalece niewystarczający dla uznania, że przedmiotową inwestycję można było zakwalifikować jako rozbudowę lub odbudowę.

Na marginesie Izba wskazała, że nawet gdyby przedmiotowa robota spełniła tą część warunku, co do której została przywołana tj. stanowiła zamówienie obejmujące co najmniej

branże konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną, to i tak przystępujący nie spełnił warunku, ponieważ nie dysponował przynajmniej jednym zamówieniem, które obejmowało zagospodarowanie terenu wraz z wykonaniem ciągu pieszo-jezdnego.

W odniesieniu do pozycji nr 3 wykazu Izba nie miała wątpliwości co do słuszności stanowiska odwołującego. Ze złożonych przez odwołującego dowodów niezbitnie wynikało, że roboty dotyczące tej inwestycji polegały na remoncie. Treść SIWZ w tamtym postępowaniu, szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu czy fragmentu załącznika nr 1 do umowy wskazywała wyraźnie, że przedmiotem tamtej inwestycji był *remont płyty garażowej w garażu podziemnym w budynku Ministerstwa Finansów*. Ponadto opis przedmiotu zamówienia wskazywał, że *Remont płyty garażowej polegać będzie na wykonaniu prac ochronnych i naprawczych elementów konstrukcji garażu oraz na wymianie warstw ułożonych na płycie garażowej i na drogach wewnętrznych w jej obrębie*. Zamawiający w tamtym postępowaniu (nie tylko w tytule, ale w całej dokumentacji) konsekwentnie stosował określenie remont.

Izba nie znalazła żadnych powodów do uznania, tak jak chciał przystępujący, że w ramach przywołanej umowy została wykonana odbudowa. W ocenie składu orzekającego dowody złożone przez przystępującego tj. rysunki oraz zdjęcia także *de facto* potwierdziły, że w zakresie tej inwestycji nic więcej poza remontem parkingu nie zostało wykonane, a z pewnością nie można jej było uznać za wybudowanie budynku.

W zakresie roboty wskazanej w pozycji nr 4 wykazu przystępującego, odwołujący wykazał, że nie obejmowała ona wykonania budynku. Z pewnością nie można było tej roboty zakwalifikować jako odbudowy, na co wskazywał przystępujący. Zakres robót obejmował bowiem *wykonanie kompleksowej modernizacji budynku dawnej portierni z przeznaczeniem jej na magazyn odpadów, w tym m. in. prace rozbiórkowe, murarskie, tynkarskie, wymiana stolarki okiennej i drzwiowej, wymiana konstrukcji dachu, wymiana pokrycia dachowego, roboty wykończeniowe, roboty w zakresie instalacji wod-kan, c.o., wentylacji i klimatyzacji, elektrycznej i teletechnicznej i wykonanie zewnętrznych instalacji zasilania obiektu w media i odprowadzanie ścieków oraz prac budowlano-instalacyjne związane z zagospodarowaniem terenu (...), wykonanie prac izolacyjnych tunelu podziemnego, uporządkowanie terenów zielonych wraz z wykonaniem dodatkowych nasadzeń drzew i krzewów*. Informacja ta wprost wskazywała, że roboty te należało uznać za przebudowę, ponieważ następowała w tym przypadku zmiana parametrów użytkowych (z dawnej portierni miał powstać magazyn odpadów). Ustalenie to całkowicie dyskwalifikowało argumentację oraz dowody przystępującego złożone wraz z pismem procesowym, które odwoływały się do uznania przedmiotowej roboty za odbudowę. Dopiero na rozprawie przystępujący zdawał się zmienić swoje stanowisko, wskazując na to, że w ramach przedmiotowej inwestycji miała miejsce rozbudowa. Stanowisko to związane było z opracowaniem, którego przedmiotem była

przebudowa i rozbudowa Warszawskiego Szpitala dla Dzieci, Warszawa ul. Kopernika 43, dz. ew. Nr 7 ob. 5-04-05 – projekt przebudowy pomieszczeń budynku szpitalnego „D” na potrzeby działu odpadów. Jak wskazano powyżej przedmiotowy dokument z przyczyn formalnych nie został przez Izbę zaliczony na poczet materiału dowodowego. Na marginesie jednak skład orzekający stwierdził, że nawet gdyby ww. opracowanie zostało zakwalifikowane jako dowód w sprawie to i tak nie potwierdziło stanowiska przystępującego, ponieważ dotyczyło ono projektu przebudowy pomieszczeń budynku szpitalnego „D” na potrzeby działu odpadów, a w jego treści wyraźnie wskazano, że projekt przebudowy nie zmienił kubatury i wysokości budynku.

Również w odniesieniu do roboty określonej w pozycji nr 5 wykazu robót przystępującego, odwołujący wykazał, że stanowiła ona co najwyżej przebudowę. Jak wynikało z decyzji nr 197/Ś/2020 o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na wykonanie robót budowlanych z dnia 25 maja 2020 r. wydanej przez Prezydenta m. st. Warszawy oraz z decyzji z dnia 28 kwietnia 2020 r. wydanej przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków, roboty objęte przedmiotową inwestycją polegały na przebudowie (modernizacji) i dostosowaniu do obowiązujących przepisów patia w budynku przy ul. Okólnik 2 w Warszawie. Poza tym projekt wykonawczy dotyczący branży konstrukcyjnej (dokument złożony zarówno przez odwołującego jak i przystępującego) w pkt 5.0, opisywał roboty budowlane obejmujące przebudowę, remont, modernizację jako:

- 1) rozbiórkę ściany istniejącej, stanowiącej podparcie płyt prefabrykowanych stropu patio, wzdłuż odwodnienia liniowego oraz rozbiórkę podkonstrukcji murowanej znajdującej się w narożach płyt, stanowiącej oparcie dla istniejących studzienek;
- 2) wymianę płyt stropowych w części dziedzińcowej;
- 3) reprofilację wierzchu płyty stropowej części dziedzińca, której zakres należy oszacować po zdjęciu warstw wykończeniowych;
- 4) reprofilację spodu płyty stropowej części dziedzińca, wsporników płyt w fosach i wzdłuż aco oraz ścian żelbetowych powiązanych ze wspornikami;
- 5) reprofilację krótkich wsporników oraz odsłoniętego zbrojenia ścian.

Powyższe ustalenia przekonały skład orzekający, że w ramach przedmiotowej inwestycji wykonano roboty budowlane, które można było zakwalifikować jako przebudowę, a argumentacja oraz dowody złożone przez przystępującego w żaden sposób nie potwierdziły, że roboty te stanowiły budowę, odbudowę, nadbudowę oraz rozbudowę.

Warunku nie spełniała także robota budowlana wskazana w pozycji nr 6 wykazu. W tym zakresie odwołujący wykazał za pomocą przedłożonych dowodów, że roboty te miały charakter przebudowy piwnic i pomieszczeń technicznych w piwnicy. Fragment projektu wykonawczego wyraźnie określał, że projektowane przedsięwzięcie nie zmieniało bryły



budynku, materiałów i istniejącej kolorystyki elewacji jak i ogólnego charakteru istniejącego budynku. W ocenie składu orzekającego dowody złożone przez przystępującego w tym zakresie, na które składały się rzuty piwnicy nie potwierdziły, że przedmiotowa robota budowlana stanowiła odbudowę.

Stanowiska przystępującego nie potwierdził także dowód w postaci pisma dyrektora generalnego Biura Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 6 lipca 2023 r., które dotyczyło umowy nr BDG/77/WLiA/2019 z dnia 5 kwietnia 2019 r. pn. *Roboty budowlane (modernizacje) prowadzone w siedzibie Zamawiającego przy ul. Długiej 23/25 w Warszawie*. W dokumencie tym nie wskazano żadnych informacji, które potwierdzałyby, że w ramach robót wykonano prace, które można było uznać za odbudowę budynku. Jedyna wzmianka, która mogłaby nawiązywać do tego dotyczyła określenia, że w ramach prac wykonano m. in. odbudowę części obiektu budowlanego, tj. rozbiórkę zewnętrznych schodów terenowych wraz z ich odbudową. W ocenie składu orzekającego opis ten był dalece niewystarczający do zakwalifikowania przedmiotowej inwestycji jako odbudowy budynku.

W kontekście stanu faktycznego niniejszej sprawy, stanowiska przystępującego nie potwierdził także dowód w postaci pisma Ministra Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej z dnia 5 czerwca 2012 r. skierowanego do Marszałka Senatu RP. Przedmiotowe pismo odnosiło się do podjęcia stosownych działań legislacyjnych w zakresie doprecyzowania określonych w ustawie Prawo budowlane pojęć: remont, przebudowa i odbudowa oraz stanowiło wyraz przekonania, że przepisy ww. ustawy nie powodują istotnych trudności w odpowiednim ich rozumieniu i stosowaniu. W ocenie Izby spojrzenie z ponad dziesięcioletniej perspektywy na założenia wynikające z tego pisma, skłania do refleksji, że były one zbyt ogólnikowe i nie rozwiązały problemów związanych z interpretacją wskazanych powyżej pojęć, czego najlepszym potwierdzeniem była przedmiotowa sprawa.

W konsekwencji Izba uznała, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 Pzp, co powinno skutkować unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzeniem czynności badania i oceny ofert. Przy czym Izba nie miała na tym etapie podstaw do nakazania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, ponieważ zamawiający w ramach powtórzonej czynności badania i oceny ofert zobowiązany jest do zastosowania wobec przystępującego procedury wynikającej z art. 128 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w części odnoszącej się do niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy uznał, że przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale VI ust. 1 pkt 2 SWZ oraz dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W pozostałym natomiast zakresie odwołanie zostało oddalone.

*Zgodnie z art. 575 Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.* Odwołanie okazało się częściowo zasadne. Mając na uwadze to, że odwołujący w wyniku wniesienia środka ochrony prawnej, z jednej strony, doprowadził do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, natomiast z drugiej strony wniesione odwołanie nie spowodowało odrzucenia oferty przystępującego, Izba zdecydowała o obciążaniu kosztami postępowania po połowie odwołującego oraz przystępującego po stronie zamawiającego, wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia w części zarzutów odwołania.

Na koszty postępowania odwoławczego składały się: wpis uiszczony przez odwołującego (20 000 zł), koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego wnoszącego sprzeciw (3 600 zł). Łącznie suma kosztów wynosiła 27 200,00 zł. Przystępujący poniósł koszty w wysokości 3 600 zł, a odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego do wysokości 13 600,00 zł (27 200,00 zł x 1/2). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 23 600,00 zł (koszt wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 13 600,00 zł (27 200,00 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 10 000,00 zł (23 600,00 zł – 13 600,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....