

WYROK
z dnia 23 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez odwołującego: J.F. „MATEO” prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. F. „MATEO” Przedsiębiorstwo Budowlane Usługowo-Handlowe w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Akademia Wychowania Fizycznego im. Bronisława Czecha w Krakowie z siedzibą w Krakowie

przy udziale wykonawcy TEXOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kierownika robót branży sanitarnej w zakresie wymogu posiadania aktualnego zaświadczenia z właściwej Izby Samorządu Zawodowego.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 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

Zamawiający Akademia Wychowania Fizycznego im. Bronisława Czecha w Krakowie prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa Domu Studenckiego nr 1 w celu dostosowania do obowiązujących przepisów epidemiologicznych i technicznych - III etap”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 sierpnia 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00158958/01.

I. W dniu 2 listopada 2021 r. wykonawca J. F. „MATEO” prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. F. „MATEO” Przedsiębiorstwo Budowlane Usługowo-Handlowe wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechania podjęcia przez zamawiającego czynności w ww. postępowaniu.

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

- art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak ujawnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), a ponadto wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, nie wykazał skutecznie, że nie mogą być one udostępniane i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Texcom sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zarzut ewentualny), poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Texcom sp. z o.o., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. ustawy ze względu na zastosowaną przez wykonawcę inżynierię cenową, tj. taki sposób skalkulowania elementów ceny oferty, które skutkują ustaleniem ceny oferty, która może skutkować nieuznaniem jej za rażąco niską, a jednocześnie zawiera istotny element zawierający rażąco niską cenę, uniemożliwiający wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, a jednocześnie utrudnia dostęp do zamówienia odwołującemu;
- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy

podlega odrzuceniu bez względu na złożenie podmiotowych środków dowodowych, ich uzupełnienie lub poprawienie;

- art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (zarzut ewentualny), poprzez zaniechanie wezwania do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy złożone na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełnienia warunków przez wykonawcę;
- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;
- art. 16 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania;
- art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, a w konsekwencji decyzję o udzieleniu zamówienia w sposób zapewniający:
 - a) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
 - b) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- ujawnienia wszystkich dokumentów złożonych przez wykonawcę Texcom sp. z o.o., w szczególności złożonych na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp w ramach wyjaśnień w zakresie wyliczeń ceny lub kosztu (w związku z domniemaniem rażąco niskiej ceny);
- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Texcom sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- odrzucenia oferty wykonawcy Texcom sp. z o.o.

II. Pismem wniesionym w dniu 18 listopada 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający oświadczył, że uwzględnia zarzut odwołania wskazujący na naruszenie art. 128 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia

podmiotowych środków dowodowych potwierdzających dysponowanie przez wykonawcę Texom sp. z o.o. kierownikiem robót branży sanitarnej, posiadającym co najmniej 5 letnie doświadczenie oraz uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych i aktualne zaświadczenie z właściwej Izby Samorządu Zawodowego. Rzeczony warunek określony został w pkt 7.2. ppkt 2.2. lit. c) SWZ. Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, mimo że złożone na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę wyżej wymienionego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający oceniając ofertę wykonawcy Texom Sp. z o.o. nieprawidłowo zweryfikował spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej poprzez przyjęcie osoby kierownika robót branży sanitarnej – pana P. K., nie posiadającego na dzień składania ofert aktualnego zaświadczenia z właściwej izby samorządu zawodowego (wpis do Izby Inżynierów Budownictwa). Pozostałe zarzuty zamawiający uznał za niezasadne i wniósł o ich oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Texom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie. Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie procesowym wniesionym do akt sprawy w dniu 19 listopada 2021 r. Przystępujący uznał zarzuty podniesione przez odwołującego za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący nie złożył sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty naruszenia:

- art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak ujawnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), a ponadto wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, nie wykazał skutecznie, że nie mogą być one udostępniane i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Texcom sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zarzut ewentualny), poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy Texcom sp. z o.o., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. ustawy ze względu na zastosowaną przez wykonawcę

inżynierię cenową, tj. taki sposób skalkulowania elementów ceny oferty, które skutkują ustaleniem ceny oferty, która może skutkować nieuznaniem jej za rażąco niską, a jednocześnie zawiera istotny element zawierający rażąco niską cenę, uniemożliwiająca wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, a jednocześnie utrudnia dostęp do zamówienia odwołującemu.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp potwierdził się, jednakże odwołanie nie podlegało w tym zakresie uwzględnieniu z przyczyn podanych poniżej.

Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. W zakresie ww. regulacji aktualne pozostaje stanowisko wypracowane w orzecznictwie na gruncie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Po pierwsze, ww. przepisy mają odpowiednie zastosowanie do informacji składanych na dalszym etapie postępowania. Po drugie, podkreśla się, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek przekonywującego i terminowego wykazania, iż zastrzegane przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreśla się, iż „wykazać” oznacza coś więcej niż tylko „wyjaśnić”. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku Izby z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2440/19 użyte przez ustawodawcę sformułowanie zobowiązujące wykonawcę do „wykazania”, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa należy rozumieć jako obowiązek „dowiedzenia”, że informacje te mają właśnie taki charakter. Jawność postępowania stanowi zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czyli ma pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Aby zatem określone informacje mogły zostać uznane za skutecznie zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawca obowiązany jest nie tylko dokonać ich zastrzeżenia, ale również wykazać zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa poprzez przedstawienie zamawiającemu odpowiedniego uzasadnienia. Za wyjątkiem przypadków, kiedy określone informacje ze swej istoty lub na podstawie przepisu prawa nie mogą być uznane za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, o dokonaniu skutecznego zastrzeżenia decyduje treść uzasadnienia przedstawiona przez wykonawcę. Odwołujący zarzucił, że zastrzegając jako tajemnicę przedsiębiorstwa część wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przystępujący powołał się nieaktualną podstawę prawną (art. 11 ust. 4 zamiast art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji), nie przedstawiając przy tym żadnego uzasadnienia. Odwołujący wskazał, że przystępujący przedstawił krótki, lakoniczny tekst nieodnoszący się szczegółowo i konkretnie do przesłanek ustawowych oraz konkretnego, danego stanu faktycznego. Odnosząc się do stanowiska odwołującego należy stwierdzić, że powołanie się na nieaktualną podstawę prawną nie ma znaczenia dla oceny skuteczności zastrzeżenia. Natomiast rację ma odwołujący, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez przystępującego było bardzo lakoniczne i nie odnosiło się w konkretny sposób do informacji zastrzeżonych przez przystępującego w ramach złożonych wyjaśnień ceny (pisma przystępującego z 7 i 14 października 2021 r.). Uzasadnienie to nie zawierało żadnych konkretnych informacji i w związku z tym jego szczegółowa analiza nie jest w ogóle możliwa. Przedstawienie przez wykonawcę takiego uzasadnienia prowadzi do uznania, że zastrzeżenie informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie było skuteczne.

Natomiast zasadność zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zarzut ewentualny) nie została przez odwołującego wykazana.

W pierwszej kolejności należy wyjaśnić, że oceny co do zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy jako zawierającej cenę rażąco niską (art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp) dokonuje się w odniesieniu do treści wyjaśnień wykonawcy złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego (art. 224 ust. 1 – 6 ustawy Pzp). Dla oceny, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska, podstawowe znaczenie ma treść udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, przedstawionych kalkulacji ceny, złożonych dowodów. Skuteczne podniesienie zarzutu naruszenia ww. przepisu wymaga przedstawienia przez odwołującego konkretnych zarzutów w odniesieniu do wyjaśnień ceny przedstawionych przez innego wykonawcę. W takim przypadku ciężar dowodu przechodzi odpowiednio na tego wykonawcę albo zamawiającego, zgodnie z przepisem art. 537 ustawy Pzp. Natomiast w niniejszej sprawie odwołujący nie podniósł żadnych konkretnych zarzutów w odniesieniu do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przedstawionych przez przystępującego. W dużym stopniu wynikało to z braku dostępu odwołującego do części wyjaśnień ceny przystępującego, jednakże okoliczność ta nie ma istotnego znaczenia, skoro odwołujący zdecydował się na podniesienie ww. zarzutu na tym etapie. Nie są wystarczające stwierdzenia, że wyjaśnienia wyliczenia ceny były ogólnikowe i tym samym przerzucenie na Izbę obowiązku dokonania szczegółowej analizy tych wyjaśnień. Wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny przedstawione przez przystępującego – w przeciwieństwie do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa - z pewnością zawierają nie tylko ogólne twierdzenia, ale również konkretne informacje. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zasadą jest, że oferty podwykonawców nie mogą stanowić dowodów na poparcie przedstawionych wyjaśnień ceny. Oceny w tym zakresie

należy dokonywać w odniesieniu do konkretnych okoliczności oraz całej treści udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień. Podobnie o braku rzetelności wyjaśnień nie świadczy sam fakt wystosowania przez zamawiającego kolejnego wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny. W pewnych okolicznościach zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o przedstawienie uzupełniających wyjaśnień należy uznać za dopuszczalne. Brak podstaw do wystosowania przez zamawiającego powtórnego wezwania to okoliczność, która winna być wykazana przez odwołującego, co również nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zarzut ewentualny) należy wskazać, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż za czyn nieuczciwej konkurencji można między innymi uznać manipulację przez wykonawcę cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w sytuacji gdy zaoferowane ceny jednostkowe są nierynkowe, nierealne i nakierowane wyłącznie na uzyskanie lepszej punktacji (tak np. w wyroku Izby z dnia 28 marca 2017 r. sygn. akt KIO 473/17). O tego rodzaju czynie nieuczciwej konkurencji (tzw. manipulacji cenowej) można mówić również w sytuacji zaoferowania nierynkowych cen jednostkowych, niestanowiących odrębnych kryteriów oceny ofert. Ma to miejsce w przypadku stwierdzenia, że niektóre ceny zostały sztucznie zawyżone, a inne sztucznie zaniżone, a działanie takie było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Uwzględnienie podniesionego w tym zakresie zarzutu wymaga wykazania przez odwołującego, że działanie innego wykonawcy było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnych cen jednostkowych. Nie jest wystarczające stwierdzenie samego faktu zawyżenia niektórych cen jednostkowych i zaniżenia innych, gdyż tego rodzaju sytuacja może mieć inne przyczyny, jak np. nieumiejętne sporządzenie kalkulacji ceny. Ciężarowi dowodu w ww. zakresie odwołujący nie sprostał. Odwołujący ograniczył się do twierdzeń odnośnie zaniżenia ceny wykonania robót niskoprądowych. Okoliczność ta nie została jednak wykazana, o czym była mowa powyżej. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby ewentualne zaniżenie ww. składowej ceny ofertowej było sztucznym zabiegiem, nakierowanym na uzyskanie przewagi konkurencyjnej.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (zarzut ewentualny) podlega oddaleniu. Pomimo uznania zasadności zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp Izba uznała, że odwołanie również w zakresie tego zarzutu podlega odwołaniu, w związku z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie miały charakteru ewentualnego względem zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, tj. odwołujący nie wnosił o ich rozpoznanie jedynie w

przypadku uznania za niezasadny zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp miał charakter ewentualny jedynie względem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp). Wołą odwołującego było zatem rozpoznanie ww. zarzutów na obecnym etapie, a nie dopiero po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści wyjaśnień przystępującego dotyczących wyliczeni ceny. W związku z tym, że ww. zarzuty były już przedmiotem rozpoznania przez Izbę, naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzuty naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na złożenie podmiotowych środków dowodowych, ich uzupełnienie lub poprawienie;
- art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp (zarzut ewentualny), poprzez zaniechanie wezwania do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych w sytuacji, gdy złożone na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania warunków przez wykonawcę;
- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odnosząc się do ww. zarzutów w zakresie nieuwzględnionym przez zamawiającego:

Odwołujący wskazał, że w zakresie zdolności technicznej (pkt 7.2. ppkt 2.1. lit. b) zamawiający wymagał m.in. realizację roboty budowlanej polegającej na remoncie, przebudowie lub budowie jednego budynku zamieszkania zbiorowego na kwotę 5.000.000 zł (pięć milionów złotych). Według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) Budynki zbiorowego zamieszkania znajdują się w klasie o nr (1130). W zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby złożonym przez przystępującego podwykonawca powołał się na inwestycję pn. Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa Szpitala Uzdrawiskowo Rehabilitacyjnego „Excelsior” w Iwoniczu-Zdroju wraz z zakupem sprzętu rehabilitacyjnego oraz zagospodarowaniem otoczenia. Przywołana nazwa zadania wskazuje na realizację budynku kwalifikującego się do klasy o nr (1264) Budynki szpitali i zakładów opieki medycznej PKOB. Powyższe zdaniem odwołującego wskazuje na brak spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej.

Izba uznała zarzut za niezasadny, gdyż w opisie ww. warunku udziału w postępowaniu zamawiający nie wskazał, że pojęcie „budynku zamieszkania zbiorowego” ma być rozumiane zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych. Słusznie strona przeciwna wskazywała na możliwość przyjęcia rozumienia tego pojęcia zgodnie z definicją zawartą w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1065, ze zm.). Zgodnie z § 3 pkt 5 ww. rozporządzenia pod pojęciem budynku zamieszkania zbiorowego należy 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. Ww. katalog ma charakter otwarty. Uwzględniając wyjaśnienia przystępującego co do charakteru Szpitala Uzdrowskowo Rehabilitacyjnego „Excelsior” w Iwoniczu-Zdroju (w szczególności w zakresie oferowania pobytów hotelowych i wczasów wypoczynkowych, str. 16 pisma procesowego przystępującego) obiekt ten z pewnością można zakwalifikować jako budynek zamieszkania zbiorowego w świetle definicji zawartej w ww. rozporządzeniu.

Ponadto odwołujący zakwestionować możliwość uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert doświadczenie kierowników budowy (pkt. 21.2 ppkt. 3 SWZ) w odniesieniu do kierownika budowy i kierownika robót sanitarnych. Odwołujący powołał się na dokumentację przetargową z 2012 r. (<https://www.bernardynilezajsk.pl/o-projekcie/ogloszenie-o-postepowaniu,4.html>) i stwierdził, że z analizy dokumentacji jak i tytułu projektu wynika, że doświadczenie nabyte przez ww. osoby w ramach realizacji zadania pn. „Przebudowa i rozbudowa klasztoru OO. Bernardynów objętego ochroną konserwatorską oraz uznanego za Pomnik Historii przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej” nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego w ramach ww. kryterium oceny ofert, gdyż nie mamy w tym przypadku do czynienia z obiektem zamieszkania zbiorowego (brak pokoi mieszkalnych, a ponadto zakres inwestycji nie dotyczy budowy lub przebudowy).

Izba uznała, że ww. zarzuty nie zostały przez odwołującego wykazane. Po pierwsze, należy wskazać, że zgodnie z przywołaną powyżej definicją zawartą w § 3 pkt 5 ww. rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie pod pojęciem budynku zamieszkania zbiorowego należy rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności (...), a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny. Dom zakonny został zatem wprost wskazany jako należy do kategorii budynków zamieszkania zbiorowego. Po drugie, jak słusznie podnosił przystępujący,

odwołujący oparł ww. zarzuty jedynie na części dokumentacji przetargowej z 2012 r. Należy podkreślić, że dla oceny danej inwestycji znaczenie ma jej ostateczny, rzeczywisty zakres prac. Na odparcie ww. zarzutu przystępujący wyjaśnił, że istotnie inwestycja miała pierwotnie obejmować remont wschodniego skrzydła klasztoru, jednakże rzeczywisty charakter robót świadczy o tym, że miała miejsce przebudowa wschodniego skrzydła klasztoru. Na potwierdzenie swojego stanowiska w sprawie przystępujący przedstawił dowody w postaci opisu technicznego projektu wykonawczego inwestycji wraz z rysunkiem technicznym, zawiadomienie o terminie rozpoczęcia robót oraz oświadczenie Pana J.P. pełniącego funkcję Inspektora Nadzoru w trakcie inwestycji pn. „Rewitalizacja i poprawa dostępności bazyliki i klasztoru OO Bernardynów w Leżajsku” z dnia 16 listopada 2021 r. Ww. dowody nie zostały w żaden sposób zakwestionowane przez odwołującego. Izba nie znalazła podstaw, aby uznać wyjaśnienia przystępującego za nieprawdziwe.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów należy wskazać, że podnoszenie naruszenia art. 16 ustawy Pzp nie uznaje się za odrębny zarzut w ramach postępowania odwoławczego. Ocena w zakresie naruszenia art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp będzie mogła zostać dokonana po przeprowadzeniu przez zamawiającego dodatkowych czynności w ramach badania i oceny ofert i dokonaniu ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego jednego z zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w odniesieniu do kierownika robót branży sanitarnej w zakresie wymogu posiadania aktualnego zaświadczenia z właściwej Izby Samorządu Zawodowego postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: