

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 2 maja 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Michał Pawłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BSHaus E. U. z siedzibą w Pyrzycach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Stargard

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BSHaus E. U. z siedzibą w Pyrzycach i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BSHaus E. U. z siedzibą w Pyrzycach.

- 2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BSHaus E. U. z siedzibą w Pyrzycach na rzecz zamawiającego – Gminy Stargard kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Gmina Stargard, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„przebudowę i rozbudowę Szkoły Podstawowej w Strachocinie wraz z zagospodarowaniem terenu”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 listopada 2022 r., pod nr. 2022/BZP 00453372/01.

W dniu 19 kwietnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BSHaus E. U. z siedzibą w Pырzycach, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu złożonej przez wykonawcę, który nie spełniał wymogów Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) w zakresie udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie braku doświadczenia w przebudowie, budowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej, jak również od zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy PZP w postaci odrzucenia oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą IPSUM INVEST M. Ł. z siedzibą w Bezzreczu, zwanego dalej „wykonawcą IPSUM INVEST”, jako niespełniającej warunków postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1, art. 223 ust. 1 i 2, art. 118 ust. 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IPSUM INVEST w sytuacji, gdy oferta złożona przez tego

wykonawcę powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niespełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

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

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy IPSUM INVEST jako złożonej przez podmiot niespełniający warunków udziału w postępowaniu.

Odwołanie zawiera liczne wnioski dowodowe, w tym wniosek o przeprowadzenie dowodu z dokumentów niedawno pozyskanych przez Odwołującego w postaci wniosku o dostęp do informacji publicznej z dnia 21 marca 2023 r., odpowiedzi z dnia 3 kwietnia 2023 r. Gminy Goleniów na wniosek o dostęp do informacji publicznej, wniosku o dostęp do informacji publicznej z dnia 6 kwietnia 2023 r. i odpowiedzi z dnia 18 kwietnia 2023 r. Gminy Goleniów na wniosek o dostęp do informacji publicznej. Dokumenty te zostały zawnioskowane na okoliczność potwierdzenia faktu, iż obiekt Rampa w Goleniowie nie był budynkiem użyteczności publicznej przed jego przebudową, tj. na okoliczność braku spełnienia przez wykonawcę IPSUM INVEST warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu określonych w SWZ wskazał m. in. na warunek określony w rozdziale V ust. 1 pkt 4 lit. a:

*„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, tj. dotyczące:*

*4) zdolności technicznej lub zawodowej –*

*a) Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykáže, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres*

*prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizował co najmniej jedno zamówienie o wartości zamówienia nie mniejszej niż 2 500 000,00 zł brutto, którego przedmiotem była budowa lub rozbudowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej w technologii drewna klejonego lub technologii tradycyjnej /wypełnić wg załącznika nr 5/”.*

Wykonawca IPSUM INVEST celem wykazania spełnienia tego warunku przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. firmy INTRAX Spółka Cywilna P. B., M. Ł., który swoje doświadczenie oraz potencjał wywiódł z realizacji zadania publicznego pod nazwą „*Rampa-Kultura – stworzenie wielofunkcyjnej przestrzeni w centrum miasta Goleniów i nadanie jej nowych funkcji społeczno-kulturalnych poprzez rewitalizację zdegradowanej infrastruktury pokolejowej*”. Jednocześnie zdaniem Odwołującego przebudowa w ramach zadania Adaptacja budynku wieży wodnej oraz budynku dawnej rampy wyładowniczej na funkcje obiektu „Rampa-Kultura”, na którą jako doświadczenie powołał się wykonawca IPSUM INVEST, nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w SWZ z uwagi na fakt, iż nie był to budynek użyteczności publicznej. A zatem tym samym wykonawca IPSUM INVEST na żadnym etapie postępowania nie wykazał, żeby posiadał doświadczenie w realizacji inwestycji polegającej na budowie budynku użyteczności publicznej lub jego rozbudowie, co samo w sobie stanowi bezwzględną przesłankę dla Zamawiającego do odrzucenia takiej oferty jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu przetargowym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BSHaus E. U. z siedzibą w Pyrzycach w dniu 5 marca 2023 r. wniósł już odwołanie w tym samym postępowaniu przetargowym m. in. od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności podjętej w tym postępowaniu przez zamawiającego – Gminę Stargard, która polegała na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IPSUM INVEST, który nie spełniał wymogów SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie braku doświadczenia w przebudowie, budowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej, a także od zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy PZP, w postaci odrzucenia oferty wykonawcy IPSUM INVEST jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca ten zarzucił wtedy Zamawiającemu także naruszenie art. 239 ust. 1, art. 223 ust. 1 i 2, art. 118 ust. 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę IPSUM INVEST w sytuacji, gdy oferta

złożona przez tego wykonawcę powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na niespełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W dniu 20 marca 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 596/23, w którym co prawda uwzględniła częściowo zarzuty odwołania, ale tylko zarzut dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1, art. 223 ust. 1 i 2, art. 118 ust. 4 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP w odniesieniu do zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów i na tej podstawie nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie wykonawcy IPSUM INVEST do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego. Na str. 23 uzasadnienia wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy IPSUM nie została wypełniona, bowiem nie potwierdziły się zarzuty odwołania w części odnoszącej się do braku spełniania przez referencyjne zadanie, wskazane w wykazie robot p.n. Rampa – kultura – stworzenie wielofunkcyjnej przestrzeni w centrum miasta Goleniów i nadanie jej nowych funkcji społeczno – kulturalnych poprzez rewitalizację zdegradowanej infrastruktury kolejowej i Nadanie nowych funkcji kulturalnych i społecznych obiektowi wieży wodnej w Goleniowie – "Twierdza Design"”*. W dalszej części uzasadnienia wyroku (str. 24) Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: *„W związku z tym należy uznać, iż Zamawiający miał podstawy, aby uznać, że podmiot, na zasoby którego powołuje się wykonawca IPSUM w zakresie wymaganego doświadczenia, spełnia warunek udziału w postępowaniu, przy czym jak wynika z protokołu odbioru końcowego robót dotyczącego rampy oraz wieży, złożonego przez Odwołującego, wartość robót budowlanych tylko dotyczących rampy przekraczała wymaganą przez Zamawiającego wielkość, a zatem potwierdzała spełnienie warunku udziału w postępowaniu także co do wartości”*. Jeśli chodzi o ustalenie, czy obiekt „Rampa – Kultura” w Goleniowie posiadał cechy budynku użyteczności publicznej, to Krajowa Izba Odwoławcza na str. 24-25 uzasadnienia wyroku z dnia 20 marca 2023 r. stwierdziła, że *„za sprzeczne z tym dokumentem należy uznać stanowisko Odwołującego, który wbrew treści złożonych w sprawie dokumentów stwierdził, że żaden z elementów tej realizacji nie dotyczył budynku użyteczności publicznej. Jak stwierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, faktem powszechnie znanym w Goleniowie jest to, iż w budynku rampy przez szereg lat funkcjonował klub muzyczny „Rampa”, stąd w inwentaryzacji budynku występują części klubowe. Nadto wbrew twierdzeniom Odwołującego ze złożonego przez niego projektu budowlanego wynika, że referencyjna rampa jest budynkiem. Okoliczność, że przez jakiś czas według twierdzeń Zamawiającego nie była użytkowana nie zmienia tego statusu. W związku z tym należy zgodzić się z Zamawiającym, że z dowodu przedstawionego przez Odwołującego wynika, że budynek rampy był przeznaczony na potrzeby kultury oraz na cele biurowo-socjalne, a zatem stosownie*

do przepisu § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, był budynkiem użyteczności publicznej jeszcze przed przebudową”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że w niniejszej sprawie zachodzi przeszkoda formalna do rozpoznania odwołania, wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołanie złożone przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BSHaus E. U. z siedzibą w Pyrzycach podlega odrzuceniu.

Art. 528 pkt 4 ustawy PZP stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego. Hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 528 pkt 4 ustawy PZP powinna zostać odczytana w ten sposób, iż przez wyrażenie „odwołujący powołuje się na te same okoliczności” należy rozumieć okoliczności prawne i faktyczne, w tym w szczególności zarzuty (naruszenia określonych przepisów ustawy), podstawy faktyczne zarzutów (czynność bądź zaniechanie zamawiającego) oraz sformułowane na ich poparcie uzasadnienie faktyczne i prawne [tak: P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. BECK, Warszawa 2021, komentarz do art. 528 ustawy, teza 2, pkt 4]. Z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia w przedmiotowej sprawie, ponieważ Odwołujący złożył już drugie odwołanie w tym samym postępowaniu przetargowym, w którym zakwestionował wybór oferty jego konkurenta oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty z powodu niespełnienia przez konkurencyjnego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (rozdział V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ). Odwołujący podniósł przy tym identyczne zarzuty co w swoim pierwszym odwołaniu oraz wskazał w uzasadnieniu odwołania, że kwestionuje okoliczność, iż przebudowa obiektu mającego potwierdzać doświadczenie wykonawcy IPSUM INVEST zgodnie z warunkiem określonym w rozdziale V ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ dotyczyła obiektu o charakterze budynku użyteczności publicznej. Według Odwołującego

obiekt „Rampa – Kultura” w Goleniowie nie miał cech budynku użyteczności publicznej. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 marca 2023 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 596/23 wypowiedziała się już na ten temat i przesądziła, że wspomniany obiekt był budynkiem użyteczności publicznej, natomiast przeciwne twierdzenia Odwołującego zostały uznane za nieuzasadnione. W związku z tym rację ma Zamawiający wskazując w swojej odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 kwietnia 2023 r., że przedłożone przez Odwołującego nowe dokumenty w postaci odpowiedzi Gminy Stargard na wnioski o dostęp do informacji publicznej nie zmieniają sprawy co do meritum i nie stanowią nowych okoliczności, które umożliwiałyby ponowną ocenę stanu faktycznego niniejszej sprawy. Izba podziela pogląd wyrażony w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1145/13, zgodnie z którym *„Za nowe okoliczności nie sposób uznać próby podważenia spełnienia tego samego warunku udziału w postępowaniu za pomocą nowo pozyskanych dowodów. Skoro przedmiotem pierwszego odwołania było kwestionowanie doświadczenia poszczególnych osób wskazanych dla spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym to trudno uznać, że zaszły nowe okoliczności skoro odwołujący nadal kwestionuje doświadczenie osób wskazanych w wykazie złożonym przez wykonawcę Control Process S.A. w ofercie. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z nowymi okolicznościami a wyłącznie z powoływaniem się przez odwołującego na nowe dowody, które miałyby uzasadniać tą samą okoliczność będącą już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, to jest, że wybrany wykonawca nie dysponuje osobami o wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem i tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, iż odwołujący nie może dwukrotnie, a taka sytuacja w niniejszym stanie faktycznym niewątpliwie ma miejsce, wnieść odwołania z powołaniem się na te same okoliczności faktyczne, gdyż rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej”*. Podobnie rzecz wygląda w niniejszej sprawie, albowiem Odwołujący poprzez wniesienie kolejnego odwołania zawierającego nowo pozyskane dowody dąży do podważenia ustaleń i ocen Krajowej Izby Odwoławczej – zawartych w wydanym w dniu 20 marca 2023 r. wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 596/23 – co do okoliczności, czy obiekt „Rampa – Kultura” w Goleniowie posiadał status obiektu użyteczności publicznej.

Zgodnie z art. 528 pkt 4 ustawy PZP Izba odrzuca odwołanie, jeżeli odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego



odwołującego. Natomiast zgodnie z art. 529 ust. 1 ustawy PZP Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Izba uznała zatem, że – z powodu powołania się przez wykonawcę E. U. w jego odwołaniu wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego wykonawcę w tym samym przetargu (sprawa o sygn. akt KIO 596/23) – na podstawie przywołanych powyżej przepisów odwołanie podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie § 8 ust. 1 w zw. z § 5 ust. 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). Zgodnie z wnioskiem Zamawiającego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....