

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę STRABAG spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Parzniewskiej 10 (05-800 Pruszków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Wydawnictwo Muzyczne z siedzibą w Krakowie przy al. Krasińskiego 11a (31-111 Kraków)

przy udziale wykonawcy EBS BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Stanisława Kostki Potockiego 2B lok. 39 (02-958 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 2 *petitum* odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę STRABAG spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od wykonawcy STRABAG spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie na rzecz wykonawcy EBS BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu zastępstwa procesowego.

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

Polskie Wydawnictwo Muzyczne z siedzibą w Krakowie, zwane 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 2021 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Nadbudowa, rozbudowa, przebudowa i zmiana sposobu użytkowania budynku na funkcję usługową w zakresie kultury przy ul. Fredry 8 w Warszawie* o numerze referencyjnym: ZZP.261.14.2022, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 sierpnia 2022 r., pod numerem 2022/S 149-425340.

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 27 marca 2023 r. wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie na czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu, polegającą na wyborze oferty wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „Wykonawca” lub „EBS BUD”) podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu, a zaniechanie tej czynności doprowadziło do naruszenia przepisów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 112 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust 1 w zw. z art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty EBS BUD w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności zawodowej co do dysponowania osobą skierowaną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, z uwagi iż osoba ponownie wskazana na tą funkcję tj. M(...) W(...), nie posiada doświadczenia wymaganego warunkiem udziału w postępowaniu, określonego w pkt 10.1 ppkt 4 lit b) i. SWZ, a wykonawca ten w trakcie postępowania dokonał już dwukrotnej zmiany na stanowisku Kierownika Budowy, co uniemożliwia kolejne wezwanie do uzupełniania lub wyjaśnienia oferty w tym zakresie;
- 2) art. 112 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust 1 w zw. w zw. z art. 226 ust 1 pkt 2 lit b) Pzp wobec ustalenia na moment dokonania ponownego wyboru oferty EBS BUD, iż robota wskazana na spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczącej zdolności zawodowej tj. warunku wskazanego w pkt. 10.1 ppkt 4 lit a) SWZ co do wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej, której wartość wyniosła co najmniej 25 000 000,00 PLN w skład której wchodziło wykonanie rozbudowy/przebudowy/modernizacji budynku użyteczności publicznej, wpisanego do rejestru konserwatora zabytków, nie spełnia tego

warunku co do wartości robót co najmniej 25 000 000 PLN a z decyzji pozwolenia na budowę nr 145/ŚRD/2018 wynika, że dokonano budowy a nie wymaganej warunkiem udziału przebudowę/rozbudowę/modernizację budynku użyteczności publicznej;

3) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w związku z art. 239 ust. 1 Pzp, przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty EBS BUD, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wnioskował o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i odrzucenie oferty EBS BUD;
- dokonania z spośród pozostałych ofert wyboru oferty najkorzystniejszej, niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący w kwestii interesu wyjaśnił, że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim miejscu w rankingu złożonych ofert. Prawidłowa ocena ofert powinna prowadzić jednak odrzucenia oferty złożonej przez EBS BUD, sklasyfikowanej przed ofertą odwołującego. W rezultacie oferta odwołującego powinna zostać sklasyfikowana na miejscu pierwszym. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W wyniku prawidłowego działania zamawiającego i odrzucenia oferty EBS BUD, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta odwołującego. W skutek naruszenia wskazanych przepisów Pzp przez zamawiającego, odwołujący pozbawiony został możliwości wykonania zamówienia pomimo, że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Nie powinno zatem – zdaniem odwołującego – budzić wątpliwości, że objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do poniesienia przez niego szkody, polegającej na uniemożliwieniu mu, w sposób niezgodny z prawem, uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazał, iż wnosi odwołanie na ponowny wybór oferty EBS BUD w postępowaniu. Przedmiotem stawianych zarzutów są jednak inne okoliczności faktyczne i prawne, niż podniesione w sprawie KIO 205/23. Nowe podstawy do formułowanych zarzutów wywołane zostały ponowną oceną i badaniem ofert (wezwaniami do złożenia uzupełnienia wykazu osób przez EBS BUD) po unieważnieniu pierwotnej czynności wyboru oferty jak i okolicznościami, o jakich wykonawca dowiedział się w momencie ponownego wyboru oferty. Powyższe miało potwierdzać, że przedmiotowe odwołanie jest wnoszone w ustawowym terminie (nie zachodzi przesłanka z art. 528 pkt 3 Pzp) jak i nie dotyczy rzeczy już osądzonej (art. 528 pkt 4 Pzp).

W zakresie zarzutu braku spełniania warunku udziału w postępowaniu co do dysponowania odpowiednią osobą na funkcje kierownika budowy, odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, że EBS BUD po raz kolejny (raz samoistnie, raz w wyniku ponownego wykonania wezwania wykonanego zgodnie z wyrokiem Izby KIO 205/23) dokonał zmiany na stanowisku kierownika budowy, jednakże osoba pana M(...) W(...) również nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że z przedłożonego przez EBS BUD wykazu osób wynika, że pan M(...) W(...) wykonał roboty polegające na: przebudowie i rozbudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków, tj. *Przebudowa, rozbudowa i zmiana sposobu użytkowania budynku Przychodni Kolejowej, na funkcję biurowo – hotelowo - gastronomiczną Gdańsk, ul. Podwale Grodzkie 4, Wpisany do rejestru zabytków pod nr 963 wartość robót budowlanych wykonanej przebudowy i rozbudowy budynku wyniosła powyżej 25 000 000,00 PLN netto.* W wyniku analizy odwołujący ustalił, iż w momencie dokonania przebudowy obiekt faktycznie stracił i nie pełnił wymaganej warunkiem udziału funkcji budynku użyteczności publicznej. Dodatkowo po wykonaniu robót budynek zmienił kategorie z obiektu użyteczności publicznej na budynek zamieszkania zbiorowego (hotel) wobec czego nie zachowana została ciągłość statusu budynku użyteczności publicznej.

Odwołujący ustalił, że obiekt jeszcze przed rozpoczęciem przebudowy wskazanej w wykazie osób obiekt stracił swoją funkcję użyteczności publicznej poprzez zniszczenie/brak eksploatacji zgodnie z przeznaczeniem, przez co nie może zostać uznany jako budynek użyteczności publicznej w rozumieniu i zgodnie z podstawowymi wymaganiami Prawa Budowlanego oraz warunków technicznych dla budynków użyteczności publicznej. Wymagania dla budynku użyteczności publicznej: Zgodnie z ustawą Prawo Budowlane min. art. 5 i art. 61 budynki użyteczności publicznej powinny być utrzymane w należyтым stanie technicznym i estetycznym, zapewniającym im sprawne i bezpieczne funkcjonowanie. Budynki użyteczności publicznej muszą spełniać liczne wymagania związane z przepisami ochrony środowiska, ochrony przed hałasem i drganiem, ochrony przeciwpożarowej, bezpieczeństwa konstrukcji i użytkowania, spełniać normy związane z bezpieczeństwem i higieną pracy. Ustawodawca nakłada na właściciela budynku użyteczności publicznej również obowiązek dostosowania go do potrzeb osób niepełnosprawnych budynek użyteczności publicznej cechuje się zaspokajaniem zbiorowych i powszechnych, a nie indywidualnych lub grupowych potrzeb społecznych. Szczegółowe wymagania dla budynków użyteczności publicznej należy doszukiwać się też w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. 2002 Nr 75, poz. 690 t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1225) sprowadzają się do:

1. Dostosowanie budynków dla potrzeb osób niepełnosprawnych – przepisy prawa budowlanego zobowiązują inwestora do zapewnienia niezbędnych warunków do korzystania

z budynków użyteczności publicznej w sposób sprawny i bezpieczny bez zbędnych barier architektonicznych przez osoby w każdym stopniu niepełnosprawności, w szczególności przez osoby poruszające się na wózkach inwalidzkich (Dział II, Dział III, Dział IV, Dział VII tego rozporządzenia).

2. Bezpieczeństwo pożarowe – budynki przeznaczone do użytku ogółu ludności powinny posiadać zabezpieczenia i odpowiednie systemy w zakresie ochrony przeciwpożarowej. Celem zapewnienia usprawnienia przyszłych akcji ratunkowych w przypadku powstania zagrożenia pożarowego, przy kontroli przeprowadzonej przez Państwową Straż Pożarną przed oddaniem danego obiektu do użytku, należy przekazać plan danego budynku wraz z danymi dotyczącymi: powierzchni i liczby kondygnacji z podziałem na strefy pożarowe, parametrów pożarowych występujących substancji palnych, oceny zagrożenia wybuchem pomieszczeń oraz przestrzeni zewnętrznych, warunków ewakuacji i oświetlenia awaryjnego, a także dane odnośnie doboru właściwych urządzeń przeciwpożarowych w obiekcie (np.: stałych urządzeń gaśniczych, przenośnych gaśnic). Ponadto należy zaznaczyć, iż dany budynek użyteczności publicznej powinien być poddawany systematycznej kontroli Państwowej Straży Pożarnej pod względem skuteczności i sprawności technicznej, do których zalicza się np.: instalację oświetlenia awaryjnego (wraz z drogami ewakuacyjnymi), stałe urządzenia gaśnicze, instalację odgromową, instalację elektryczną, instalację gazową i przewodów kominowych, instalację urządzeń oddymiających (Dział VI rozporządzenia).

3. Bezpieczeństwo konstrukcji – zgodnie z przepisami prawa budowlanego budynki użyteczności publicznej powinny być utrzymane w należyтым stanie technicznym i estetycznym, zapewniającym im sprawne i bezpieczne jego funkcjonowanie. Jest to obowiązek zarządcy bądź właściciela danego budynku użyteczności publicznej. Warto zaznaczyć, iż budynki użyteczności publicznej z pomieszczeniami przeznaczonymi do przebywania znacznej liczby osób, takie jak; hale widowiskowe, sportowe, wystawowe, targowe, handlowe, dworcowe powinny być wyposażone, w zależności od potrzeb w urządzenia do stałej kontroli parametrów istotnych dla bezpieczeństwa konstrukcji, np. przemieszczenia, odkształcenia i naprężenia konstrukcji na skutek zalegającego śniegu. Zainstalowanie urządzeń umożliwiających pomiar w ostatnim przykładzie pozwoli uniknąć niepotrzebnych katastrof budowlanych. Ponadto budynki użyteczności publicznej należy sytuować w miejscach najmniej narażonych na występowanie hałasu i drgań. W ramach ochrony przed zewnętrznym hałasem i drganiami, przepisy prawa budowlanego, przewidują kilka możliwości, w tym zachowanie odpowiednich odległości od źródła uciążliwości, odpowiednie usytuowanie i ukształtowanie budynki, stosowanie elementów amortyzujących drgania oraz osłabiających i ekranujących przed hałasem oraz zapewnienie odpowiedniej izolacyjności akustycznej przegród w budynkach i ich elementach budowlanych (dział V rozporządzenia).

4. Kontrola budynków użyteczności publicznej – przepisy prawa budowlanego zobowiązują właściciela lub zarządcę do przeprowadzenia w budynkach użyteczności publicznej kontroli okresowych, polegające na sprawdzeniu stanu technicznego poszczególnych elementów budynku. Co najmniej raz na rok kontroli wymagają instalacje gazowe oraz przewody kominowe, instalacje i urządzenia służące ochronie środowiska oraz elementy budynku, budowli i instalacji narażonych na szkodliwe wpływy atmosferyczne i niszczące działanie podczas użytkowania obiektu. Ponadto do najistotniejszych kontroli należy zakwalifikować również ocenę stanu technicznego i przydatności do użytkowania obiektu budowlanego, jego estetyki oraz otoczenia. W ramach wskazanej kontroli należy również przeprowadzić badanie m. in. instalacji elektrycznej i piorunochronnej (Rozdział 6 ustawy Prawo budowlane).

Odwołujący podkreślił, iż kompleks wskazany w wykazie osób dla doświadczenia pana M(...) W(...) przeszedł wiele remontów i modernizacji w latach 1908, 1912, 1933, 1939, 1940 r. Po wojnie w 1945 r. w budynku funkcjonowała przychodnia kolejowa, która zakończyła działalność na początku XXI wieku. W roku 2017 budynek został zaadoptowany na czterogwiazdkowy hotel. Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami bezspornym pozostaje, iż budynek dawnej przychodni kolejowej od 2001 roku do czasu przebudowy pod hotel utracił funkcję budynku użyteczności publicznej wobec faktu, iż został opuszczony, nieużytkowany, zdegradowany, popadający w ruinę przez co przestał nie spełniał wymogów dla budynków użyteczności publicznej w rozumieniu wymagań Prawo Budowlane oraz Warunki techniczne (opisane wyżej) dla budynków użyteczności publicznej. Wymóg warunku udziału w postępowaniu, co zresztą potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lutego 2023 roku KIO 205/23 sprowadzał się do wykonania rozbudowy lub przebudowy budynku, który w momencie rozpoczęcia robót był budynkiem użyteczności publicznej, jak i ten status zachował w wyniku wykonania prac. Poprzednio wskazany przez EBS BUD kierownik pan P(...) I(...) nie posiadał wymaganego doświadczenia z uwagi, iż przebudował dawny budynek pofabryczny a więc taki, który w momencie rozpoczęcia robót nie był budynkiem użyteczności publicznej. Zdaniem odwołującego Izba w wyroku KIO 205/23 skupiła uwagę na momencie rozpoczęcia robót referencyjnych, kiedy obiekt miał mieć funkcję użyteczności publicznej z uwagi, iż nikt nie kwestionował wyniku (efektu finalnego) prac poprzednio wskazanego Kierownika Budowy (w przypadku pana P(...) I(...)) przebudowany obiekt w postaci teatru Pinokio pełnił funkcję budynku użyteczności publicznej w momencie wykonania prac lecz w momencie rozpoczęcia był obiektem pofabrycznym i przez to nie spełniał wymogów SWZ). Wywody Izby co do literalnego czytania warunków udziału sprowadzały się do rozstrzygnięcia czy obiekt musiał pełnić funkcję użyteczności publicznej w momencie rozpoczęcia prac, czy też ta funkcja mogła być tylko ich wynikiem. Z uwagi, iż na kanwie poprzedniej sprawy KIO 205/23, bezspornym między stronami pozostał fakt finalnego wykonania budynku użyteczności publicznej, Izba uznała że takiego

charakteru budynek nie miał w momencie rozpoczęcia prac i tym samym nie spełniał warunków udziału. Niemniej jednak mając na uwadze cel badania warunków udziału (w badanej sprawie efektem finalnym ma być obiekt usługowy w zakresie kultury przy ul. Fredry 8) budynek użyteczności publicznej, zgodnie z badanym warunkiem udziału, musi istnieć zarówno w momencie rozpoczęcia robót spełniających warunek, jak i być ich wynikiem. Odnosząc się do aktualnego stanu faktycznego i ponownie złożonego wykazu osób przez EBS BUD, należy stwierdzić, że w momencie rozpoczynania prac na kompleksie budynków dawanej Przychodni Kolejowej w Gdańsku obiekt ten nie miał i nie pełnił funkcji budynku użyteczności publicznej w momencie rozpoczęcia robót, w trakcie których kierownikiem budowy był pan M(...) W(...) z powodów jak wyżej wskazanych. Również w wyniku prac nie doszło do wykonania obiektu użyteczności publicznej, gdyż hotel (efekt finalny robót) należy do kategorii obiektów zamieszkania zbiorowego.

W ocenie odwołującego nie ulegało wątpliwości, iż w wyniku robót wskazanych w wykazie osób na doświadczenie pana M(...) W(...) nie doszło do powstania obiektu użyteczności publicznej a budynku o innej kategorii tj. budynku zamieszkania zbiorowego. Warunek w sposób jednoznaczny i precyzyjny określa, że robota miała dotyczyć przebudowy lub nadbudowy istniejącego już budynku użyteczności publicznej a nie budynku zamieszkania zbiorowego. Zgodnie z definicją § 3 pkt 5 i 6 rozporządzenia ws. warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U z 2019 r poz. 1065):

5) budynku zamieszkania zbiorowego - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny;

6) budynku użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny;

Odwołujący stwierdził, że zgodnie z powyższym mamy dwie odmienne i rozłączne kwalifikacje budynków. Przychodnia Kolejowa w Gdańsku została przebudowana na hotel i z uwagi na ten fakt, zgodnie z definicjami Prawa budowlanego kwalifikuje się na budynek zamieszkania zbiorowego a nie budynek użyteczności publicznej. Kwalifikacji obiektu nie

zmienia fakt, iż hotel z uwagi na przyznanie mu kategorii 4 gwiazdek posiada część gastronomiczno-konferencyjną oraz browar, które mogą być uznane za pełniące funkcje obiektu użyteczności publicznej. Sam hotel kwalifikowany jest jako budynek zamieszkania zbiorowego a ponieważ zgodnie z wymogami ewidencji gruntów i budynków str 46 Rozporządzenia Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 6 listopada 2015 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie ewidencji gruntów i budynków *Przez główną funkcję budynku rozumie się sposób użytkowania w przeważającej pod względem powierzchni użytkowej części tego budynku* to tym samym nie ma znaczenia funkcja i kategoria pobocznych obiektów (jak restauracja i browar funkcjonujący w hotelu). Obiekt nie spełnia zatem warunków udziału w postępowaniu, jako że jego przeważająca funkcja nie spełnia wymogów kategorii budynków użyteczności publicznej, lecz jest budynkiem zamieszkania zbiorowego. Odwołujący podkreślił, na wypadek ewentualnej argumentacji o sposobie interpretacji warunków udziału w postępowaniu na korzyść wykonawcy, że taka zasada ma zastosowanie w przypadku niejasności wymagań czy brzmienia warunku udziału w postępowaniu. Warunek określony w pkt 10.1 pkt 4 b) lit i SWZ jest warunkiem określonym w sposób jasny i precyzyjny, nie pozostawiający pola do nadinterpretacji. Świadczy o tym co najmniej fakt, że żaden z wykonawców nie zakwestionował wymaganych warunków ani nie zadał pytania co do sposobu ich rozumienia i interpretacji co rozumieć przez pojęcie budynku użyteczności publicznej (legalna i właściwa definicja znajduje się w przywołanych regulacjach prawa budowlanego i tak należy ją interpretować), w tym czy obiekt użyteczności publicznej musiał istnieć od samego początku czy być tylko wynikiem prac. Określając zatem warunek udziału w postępowaniu jako doświadczenie *w przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków (...)* zamawiający jasno wyartykułował, że przebudowa lub rozbudowa ma dotyczyć „obiektu użyteczności publicznej” oraz „wpisu do rejestru zabytków”. Wykonanie prac na budynku nie spełniającym wymogów przepisów prawa budowlanego, co do uznania go za budynek użyteczności publicznej w momencie rozpoczęcia prac jak i finalnie uzyskanie budynku innej kategorii, nie spełnia warunków udziału pkt 10.1 pkt 4 lit b SWZ.

Kolejną istotną kwestią wskazywaną przez odwołującego było to, że wykonawca EBS BUD już dwukrotnie dokonał zmiany na stanowisku kierownika budowy. Pierwsza zmiana była samoistna i polegała na zmianie osoby wskazanej w JEDZ na ta funkcję z pana W(...) T(...) na inną osobę wskazaną następnie w wykazie osób tj. pana P(...) I(...). Izba uznała w wyroku KIO 205/23 że pan I(...) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, lecz z powodu braku wezwania przez zamawiającego do uzupełniania w tym zakresie, unieważniła wybór i nakazała zamawiającemu ponowne zbadanie oferty. Jak wyjaśnił odwołujący Wykonawca na wezwanie zamawiającego z dnia 16 lutego 2023 roku złożył ponownie w dniu 17 lutego 2023 r. wykaz osób powołując się tym razem na pana M(...) W(...). Niemniej

jednak wskazane doświadczenie tego kierownika budowy również nie spełnia wymagań SWZ przy czym wykonawca wyczerpał procedurę możliwości zmiany wykazu osób, w trybie art. 128 Pzp. Brak spełniania warunku udziału przez kierownika budowy po stronie EBS BUD powoduje, że ofertę tego Wykonawcy należy odrzucić, bez możliwości żądania zastąpienia bądź kolejnej zmiany na stanowisku kierownika budowy. Niezależnie, czy mówimy o wyrokach wydanych na gruncie Pzp z 2004 roku, czy jej dużej nowelizacji obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., niezmienna pozostaje zasada jednorazowego wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym samym przedmiocie (zakresie).

Tym samym wobec wyczerpania procedury zmiany wykazu osób po stronie kierownika budowy i w dalszym ciągu niespełniania przez niego warunków udziału, oferta EBS BUD podlega odrzuceniu.

W odniesieniu do zarzutu z pkt 2 petitum odwołania, odwołujący stwierdził, że zakres referencyjnej roboty budowlanej polegającej na budowie instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej wraz z modernizacją instalacji teletechnicznych i audiowizualnych oraz pozostałych instalacji budowlanych – budynek „G” Kancelarii Sejmu w świetle nowych okoliczności, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W tym kontekście odwołujący wskazał, że EBS BUD w złożonym wykazie robót powołał się na wykonanie „budowa instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej wraz z modernizacją instalacji teletechnicznych i audiowizualnych oraz pozostałych instalacji budowlanych – budynek „G” Kancelarii Sejmu”. Odwołujący podniósł, iż zarzut dotyczący roboty referencyjnej pojawił się przy odwołaniu rozpoznany w sprawie KIO 205/23 jednakże dotyczył innych okoliczności faktycznych. W poprzednim odwołaniu kwestionowane było wykonanie przebudowy budynku z uwagi iż roboty dotyczyły jedynie instalacji a nie zmiany z strukturze i kubaturze budynku (czego wymagała przebudowa w rozumieniu Prawa Budowlanego). Odwołujący wskazał, iż w trakcie ponownego badania ofert w postępowaniu pozyskał informacje z Kancelarii Sejmu (mail z dnia 17 lutego 2023 r. przekazujący tabele) odnośnie wskazanej przez EBS BUD roboty z podziałem na zadania i ich wartości jak i wszedł w posiadanie decyzji nr 145/SRD/2018 oraz odpowiedzi z Państwowej Inspekcji Nadzoru Budowlanego z dnia 17 lutego 2023 r. (PINB) dotyczącej tej roboty. Na podstawie informacji pozyskanych z Kancelarii Sejmu, odwołujący ustalił wartość i podział poszczególnych zadań w ramach inwestycji *budowa instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej wraz z modernizacją instalacji teletechnicznych i audiowizualnych oraz pozostałych instalacji budowlanych – budynek „G” Kancelarii Sejmu* i zasadniczo zadanie dzieli się na 3 części:

- „budowę” na wartość 27 672 094.25 zł brutto (wydano pozwolenie na użytkowanie),
- „wykonanie innych robót” na wartość 4 234 599, 37 zł brutto (Pozwolenie nr 236 brak wpływu dokumentów do PINB i brak pozwolenia na użytkowanie),

- „remont” na wartość 230 534,52 zł brutto (Pozwolenie nr 230 brak wpływu dokumentów do PINB i brak pozwolenia na użytkowanie).

Odwołujący wyjaśnił, że z informacji PINB dla roboty objętej decyzją 145/ŚRD/2018 wynika, że uzyskano pozwolenie na użytkowanie przeważającej wartości robót dotyczących budowy instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej wraz z remontem pozostałych instalacji, co nie jest wymagane dla przebudowy lub remontu bądź szeroko rozumianej modernizacji. Oznacza to, że dominująca wartość robót i spełniająca warunek kwotowy była „budową” instalacji, która nie mieści się w wymogach warunku udziału określonych w pkt 10.1 pkt 4 a) SWZ. Pozostały zakres robót polegający na wykonaniu izolacji przeciwwodnej ścian zewnętrznych czy wykonaniu rampy dla niepełnosprawnych, mieszczący się w decyzjach nr 236/SRD/2019, Decyzji 230/ŚRD/2019 i decyzjach zmieniających nawet o ile wpisywały się w wykonanie przebudowy/remontu czy szeroko rozumianej modernizacji nie spełniały (nawet łącznie) warunku kwotowego wynikającego z warunku udziału tj. m.in 25 000 000 zł netto. Zdaniem odwołującego nie sposób było też uznać że zakres robót wynikający z decyzji 145/ŚRD/2018 był rozbudową. Rozbudowa to zwiększenie takich parametrów jak szerokość, długość powiększenie budynku-zmiana kubatury.

Tym samym na podstawie nowo uzyskanych dowodów, odwołujący ustalił, iż przeważająca wartość robót wynikająca z pozwolenia nr 145/ŚRD/2018 była budową wentylacji i klimatyzacji o wartości ponad 22,4 mln zł netto (27 mln zł brutto). W wyniku wykonania tych robót powstaje nowy, dotychczas nie istniejący element budynku. Tego rodzaju prace wymagają uzyskania pozwolenia na budowę i pozwolenia na użytkowanie i te ostatnie zostało pozyskane jedynie dla robót właściwych dotyczących budowy instalacji i klimatyzacji, przesądzając że była to „budowa” nie mieszcząca się w warunku udziału o jakim mowa w pkt 10.1 pkt 4 a) SWZ. Tym samym EBS BUD nie wykazał spełnienia warunku udziału, w odniesieniu do przedmiotowej roboty referencyjnej. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie tej oferty z uwagi na fakt iż wykonawca ten nadal nie wykazał spełnienia warunków udziału co do doświadczenia kierownika budowy (zarzut nr 1 Odwołania). Z ostrożności jednak wobec zarzutu nr 2 Odwołujący również żąda odrzucenia oferty, niemniej jednak wobec nie zastosowania procedury z art 128 ust 1 pkt 1 Pzp, odwołujący ewentualnie i alternatywnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 żądał, aby zamawiający zażądał uzupełnienia wykazu robót o robotę spełniającą warunek udziału w postępowaniu, w trybie ww. przepisu.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 6 kwietnia 2023 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości złożone odwołanie.

W dniu 6 kwietnia 2023 r. do akt sprawy wpłynęło również pismo procesowe wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, w którym wniósł on o:

- odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3) Pzp w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) Pzp co do zarzutu oznaczonego punktem 2 w odwołaniu z dnia 27 marca 2023 r. w związku z tym, że odwołanie w tej części zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp;
 - oddalenie odwołania w pozostałej części jako oczywiście bezzasadnego;
- w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenia odwołania w części:
- oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

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

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę EBS BUD 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.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości, jednakże część zarzutów odwołania (dokładanie zarzut określony w pkt 2 *petitum* odwołania) nie mogła podlegać rozpoznaniu z uwagi na to, że została wniesiona po upływie terminu oraz dotyczyła okoliczności rozstrzygniętej przez Izbę we wcześniejszej sprawie, oznaczonej sygn. akt KIO 205/23.

Zgodnie z treścią art. 528 pkt 3 i 4 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że:

- odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 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.

Przedmiotowe postępowanie było procedowane z zastosowaniem procedury unijnej, dla której zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp odwołanie wnosi 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Termin na wniesienie odwołania ma charakter prekluzyjny i nie podlega przywróceniu. Uchybienie

temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania. W świetle przywołanego wyżej przepisu termin na wniesienie odwołania powinno liczyć się od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, czyli w odniesieniu do podniesionego przez odwołującego zarzutu nr 2 od dnia 13 stycznia 2023 r., kiedy to wykonawcom została przekazana za pośrednictwem platformy zakupowej pierwsza informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Jak słusznie wskazał przystępujący wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 17 marca 2023 r. był konsekwencją unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 stycznia 2023 r., którą odwołujący również zaskarżył. Co więcej odwołujący stawiał już wtedy zarzuty względem referencyjnej roboty budowlanej, której dotyczy zarzut z pkt 2 *petitum* przedmiotowego odwołania. Izba w całości oddaliła w tym zakresie odwołanie wyrokiem z dnia 7 lutego 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 205/23 uznając, że referencyjna robota budowlana, na którą powołał się przystępujący, tj.: *Budowa instalacji klimatyzacji i wentylacji mechanicznej wraz z modernizacją instalacji teletechnicznych i audiowizualnych oraz pozostałych instalacji budynkowych – budynek „G” Kancelarii Sejmu, ul. Wiejska 4/6/8 Warszawa*, potwierdziła spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 10.1 pkt 4 a) SWZ.

Ponadto okoliczności, na które powoływał się odwołujący w tym odwołaniu nie wynikały z czynności lub stanowiska zamawiającego, które można było uznać za nowe okoliczności względem czynności pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13 stycznia 2023 r. Jak ustaliła Izba „nowe okoliczności” na jakie powołał się odwołujący przy uzasadnieniu zarzutu z pkt 2 *petitum* odwołania związane były z uzyskaniem przez odwołującego odpowiedzi z Państwowej Inspekcji Nadzoru Budowlanego z dnia 17 lutego 2023 r. Przy czym w wyniku dokonanych przez skład orzekający ustaleń należało uznać, że ww. odpowiedź była efektem wniosku jaki wpłynął do Państwowej Inspekcji Nadzoru Budowlanego w dniu 8 lutego 2023 r. Odwołujący na posiedzeniu niejawnym nie był w stanie ustalić, kiedy został wysłany wniosek do Państwowej Inspekcji Nadzoru Budowlanego oraz ostatecznie przyznał, że jako dzień wysłania ww. wniosku należy przyjąć datę 8 lutego 2023 r. Ustalenie momentu zawnioskowania o informacje będące następnie istotą argumentacji podniesionej na poparcie zarzutu nr 2 miało kluczowe znaczenie dla przesądzenia zachowania terminu dla jego wniesienia. Tym samym skład orzekający uznał, że odwołujący dopiero w momencie wysłania wniosku do Państwowej Inspekcji Nadzoru Budowlanego tj. dopiero 8 lutego 2023 r., zdał sobie sprawę z potencjalnego znaczenia tej okoliczności oraz podjął działania w celu zdobycia informacji w zakresie tej okoliczności w kontekście spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego. Okoliczności te były związane z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu dokonanej 13 stycznia 2023 r., a zamawiający po unieważnieniu tej czynności nie podjął żadnych

czynności oraz nie określił nowego stanowiska wobec spełnienia przez przystępującego warunku określonego w pkt 10.1 pkt 4 a) SWZ. Czynności podejmowane przez zamawiającego pomiędzy unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 13 stycznia 2023 r., a powtórzeniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17 marca 2023 r. dotyczyły wyłącznie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1 pkt 4 b) SWZ. W związku z tym Izba stwierdziła, że termin na kwestionowanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt 10.1 pkt 4 a) SWZ minął w dniu 23 stycznia 2023 r.

Na marginesie skład orzekający stwierdził, że odwołujący zwrócił się z wnioskiem do Państwowej Inspekcji Nadzoru Budowlanego w dniu 8 lutego 2023 r., natomiast odpowiedź od tej instytucji uzyskał 17 lutego 2023 r., co oznaczało, że w ciągu 9 dni był w stanie otrzymać informacje stanowiące podstawę zarzutu z pkt 2. Powyższe ustalenie pozwalało uznać, że gdyby odwołujący dochował należytej staranności po wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 stycznia 2023 r. to mógłby w terminie właściwym dla wniesienia odwołania tj. do 23 stycznia 2023 r. przygotować argumentację w takim samym zakresie jak zrobił to w obecnym odwołaniu w zakresie zarzutu z pkt 2 *petitum* odwołania. Zaniechanie podjęcia stosownych działań przez odwołującego w związku z wcześniejszą czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu nie mogło otwierać mu drogi do ponownego kwestionowania warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt 10.1 pkt 4 a) SWZ ponieważ kolejna ocena ofert, w tym przypadku nakazana wyrokiem Izby KIO 205/23, nie przywróciła odwołującemu terminu na zaskarżenie czynności czy zaniechań zamawiającego, o których mógł powziąć wiadomość po dokonaniu pierwszej oceny. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 28/21, gdzie trafnie wskazano, że *Aktualny jest pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 r. (V CA 2056/07), zgodnie z którym wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek działania z należytą starannością – zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym. Zachowaniem odpowiadającym profesjonalnemu charakterowi działalności skarżącego (zob. art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 dpzp) byłoby dążenie do zachowania swoich praw przez wniesienie odwołania w ustawowo określonym terminie. Podkreślenia wymaga, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, a tym bardziej postępowanie odwoławcze, stanowi fragment profesjonalnego obrotu gospodarczego. Uczestnictwo w nim, możliwość uzyskania zamówienia zależne jest od aktywności, przeczności i zapobiegliwości wykonawców, dokładania aktów należytej staranności w celu zabezpieczenia swoich praw w postępowaniu oraz możliwości uzyskania zamówienia.*

W związku z powyższym Izba postanowiła o odrzuceniu odwołania w części dotyczącej zarzutu określonego w pkt 2 *petitum* odwołania na podstawie z art. 528 pkt 3 Pzp, co skutkowało pozostawieniem tego zarzutu bez rozpoznania.

W związku z uznaniem zarzutu z pkt 2 jako spóźnionego, w konsekwencji należało przyjąć, że jego rozpoznanie stało się niedopuszczalne również w związku z brzmieniem przepisu art. 528 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu orzeczenia w sprawie KIO 205/23 Izba stwierdziła m. in., że (...) *robotą budowlaną wskazane przez Wykonawcę EBS w wykazie potwierdza spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Wykonawca EBS wykazał, że zakresem tej roboty były objęte prace polegające co najmniej na modernizacji budynku użyteczności publicznej. W ustawie prawo budowlane brak jest definicji legalnej pojęcia „modernizacji” budynku użyteczności publicznej. Należy zatem kierować się jego znaczeniem w języku potocznym. Modernizacja zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN oznacza "1. unowocześnienie i usprawnienie czegoś". Można zatem przyjąć, że modernizacją budynku będzie wykonanie prac zmierzających do podniesienie jego walorów estetycznych i użytkowych poprzez unowocześnienie, ulepszenie, uwspółcześnienie takiego obiektu. Zdaniem Izby, Wykonawca EBS wykazał, że nastąpiła co najmniej modernizacja budynku użyteczności publicznej. Wykonawca EBS złożył jako dowód w sprawie oświadczenie Inwestora – Kancelarii Sejmu RP potwierdzające, że w wyniku realizacji referencyjnej inwestycji nastąpiła zmiana parametrów użytkowych oraz technicznych istniejącego obiektu tj. budynku „G” Kancelarii Sejmu, co jest warunkiem uznania danego zakresu prac za przebudowę w rozumieniu definicji legalnej z ustawy Prawo budowlane. Izba wzięła również pod uwagę opinię techniczną rzeczoznawcy budowlanego Remigiusza Smolika, wskazującą, że przedmiotowa inwestycja poza budową i remontem wymienionych instalacji obejmowała również przebudowę samego budynku. Zaprojektowane i wykonane prace konstrukcyjne wypełniają definicję przebudowy, ponieważ w ich wyniku nastąpiła zmiana parametrów użytkowych i technicznych istniejącego obiektu. Okoliczności przeciwnych Odwołujący nie wykazał.*

Jak wynika z powyższego Izba przy okazji sprawy oznaczonej sygn. akt KIO 205/23 jednoznacznie przesądziła spełnienie przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 10.1 pkt 4 a) SWZ, zatem rozpoznawanie zarzutu w kontekście ww. warunku, w związku z wniesieniem przedmiotowego odwołania, stało się niedopuszczalne.

W konsekwencji powyżej opisanych okoliczności i ustaleń tj. z jednej strony wniesienia przez przystępującego sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a z drugiej strony odrzucenia

odwołania w części dotyczącej zarzutu określonego w pkt 2 *petitum* odwołania, Izba skierowała na rozprawę odwołanie w zakresie niepodlegającym odrzuceniu.

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.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na ośmiu płytach CD, która została przesłana do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 4 kwietnia 2023 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez przystępującego;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 13 stycznia 2023 r.
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 17 marca 2023 r.;

2) załączniki do odwołania:

- zdjęcia budynku Przychodni Kolejowej;
- informacje o stanie obiektu Przychodni Kolejowej;
- odpis wyroku z dnia 7 lutego 2023 r. o sygn. akt KIO 205/23;
- materiały dotyczące Central Hotel Gdańsk;

3) załączniki do pisma procesowego przystępującego:

- wydruki z wyszukiwarki publicznej RWDZ (wyszukiwarki Rejestru Wniosków, Decyzji i Zgłoszeń w sprawach budowlanych) prowadzonej przez Główny Urząd Nadzoru Budowlanego (wyszukiwarka.gunb.gov.pl);
- wydruk z Biuletynu Informacji Publicznej Miasta Gdańska – Wyszukiwarka decyzji administracyjnych wydawanych przez Wydział Urbanistyki i Architektury;

4) dokumenty złożone na posiedzeniu niejawnym przez odwołującego:

- decyzję Prezydenta Miasta Gdańska z dnia 13 sierpnia 2013 r. w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia spółce VERSUS pozwolenia na budowę, decyzję z dnia 26 kwietnia 2017 r. dotyczącą pozwolenia na użytkowanie ww. obiektu oraz pismo z dnia 4 kwietnia 2023 r. z Urzędu Miejskiego w Gdańsku;
- projekt budowlany dotyczący przebudowy/rozbudowy i zmiany sposobu użytkowania budynku przy ul. Podwale Grodzkie 4 w Gdańsku działka nr 27/2 obręb 80 na funkcję biurowo-hotelowo-gastronomiczną TOM II;

5) dokumenty złożone na posiedzeniu niejawnym przez przystępującego:

- decyzję Prezydenta Miasta Gdańska z dnia 13 sierpnia 2013 r. w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia spółce VERSUS pozwolenia na budowę;

- oświadczenie kierownika budowy (przebudowy) przychodni kolejowej w Gdańsku przy ul. Podwałe Grodzkie 4 z dnia 7 kwietnia 2023 r.;

6) dokumentację uzupełnioną na rozprawie przez zamawiającego:

- wezwanie z dnia 16 lutego 2023 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp w związku z wykonaniem wyroku Izby w sprawie KIO 205/23;

- odpowiedź Przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 27 lutego 2023 r. wraz z załączonym wykazem osób.

Izba ustaliła co następuje.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 10.1 pkt 4 lit. b) tiret i):

O udzielenie niniejszego zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają określone warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 112 ustawy Prawo zamówień publicznych:

(...)

4) zdolności technicznej lub zawodowej –Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykażą, że:

(...)

b) dysponują osobami skierowanymi przez Wykonawcę do realizacji zamówienia tj.:

i. minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy przy realizacji niniejszego zamówienia, posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, która posiada doświadczenie w kierowaniu robotą budowlaną tj. w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy przez cały okres jej trwania przy jednej robocie budowlanej polegającej na przebudowę lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków, a wartość robót budowlanych wynosiła co najmniej 25 000 000,00 PLN (netto);

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku wykonawcy powinni złożyć wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór wykazu osób stanowił Załącznik nr 7 do SWZ).

W dniu 13 stycznia 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Odwołujący w dniu 23 stycznia 2023 r. wniósł odwołanie, w którym zakwestionował czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu, polegającą na wyborze oferty wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu a zaniechanie tej czynności doprowadziło do naruszenia przepisów Pzp. Przedmiotowe odwołanie zostało oznaczone sygn. akt KIO 205/23.

Izba wyrokiem z dnia 7 lutego 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 205/23 uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 116 ust. 1 w zw. z 128 ust. 1 i ust. 5 Pzp i nakazała zamawiającemu wezwać na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wykonawcę EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt 10.1 ppkt 4 lit. b) i) SWZ.

Zamawiający wykonując nakaz Izby określony w ww. orzeczeniu, pismem z dnia 16 lutego 2023 r., wezwał przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 10.1 ppkt 4 lit. b) i) SWZ tj.:

1) wykazu osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wzór Wykazu osób stanowi Załącznik nr 7 do SWZ).

W odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie przystępujący w dniu 27 lutego 2023 r. złożył wykaz osób. Z przedłożonego przez przystępującego wykazu osób wynikało, że jako osoba przewidziana na stanowisko kierownika budowy został wskazany pan M(...) W(...), który wykonał roboty polegające na przebudowie i rozbudowie budynku użyteczności publicznej wpisanego do rejestru zabytków, tj. Przebudowa, rozbudowa i zmiana sposobu użytkowania budynku Przychodni Kolejowej, na funkcję biurowo – hotelowo - gastronomiczną Gdańsk, ul. Podwale Grodzkie 4, Wpisany do rejestru zabytków pod nr 963 wartość robót budowlanych wykonanej przebudowy i rozbudowy budynku wyniosła powyżej 25 000 000,00 PLN netto.

W dniu 17 marca 2023 r. zamawiający dokonał kolejnego wyboru najkorzystniejszej oferty postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 112 ust 2 pkt 4 Pzp – *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*

(...)

4) *zdolności technicznej lub zawodowej;*

- art. 116 ust. 1 Pzp – *W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.;*

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;*

- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

2) *przejrzysty;*

- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Izba zważyła co następuje.

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

Stanowisko odwołującego opierało się na stwierdzeniu, że przystępujący nie spełnił kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu, ponieważ doświadczenie osoby wskazanej przez tego wykonawcę jako kierownik budowy dotyczyło obiektu, który nie posiadał statusu budynku użyteczności publicznej zarówno w momencie rozpoczęcia robót spełniających warunek, jak i uzyskanie takiego statusu nie było wynikiem ich przeprowadzenia.

W zakresie pierwszej podnoszonej przez odwołującego grupy twierdzeń, które dotyczyły nieposiadania statusu budynku użyteczności publicznej przez referencyjny obiekt w momencie rozpoczęcia robót, skład orzekający uznał, że jak słusznie argumentował przystępujący, zmiana sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części nie może nastąpić samoistnie, tj. bez przeprowadzenia formalnej procedury. Zmianę sposobu użytkowania obiektu budowlanego regulują przepisy art. 71 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 ze zm.) zwanej dalej jako: „Prawo budowlane”. Ww. przepis reguluje m. in. pojęcie zmiany sposobu użytkowania obiektu

budowlanego, która wymaga zgłoszenia organowi administracji architektoniczno-budowlanej. Ponadto zgłoszenia należy dokonać przed dokonaniem zmiany sposobu użytkowania. W przeciwnym razie zgłoszenie nie wywołuje skutków prawnych i będzie traktowane jako samowolna zmiana sposobu użytkowania obiektu budowlanego. Tym samym skład orzekający doszedł do przekonania, że tylko w tym trybie mogłoby dojść do ewentualnej zmiany sposobu użytkowania budynku, którego dotyczyła referencyjna robota budowlana wymieniona w wykazie osób, obejmującym osobę pana M(...) W(...), złożonym przez przystępującego. Przy czym w okolicznościach przedmiotowej sprawy należało zwrócić uwagę także na art. 71 ust. 6 pkt 1 Prawa budowlanego, który stanowi, że *Jeżeli zamierzona zmiana sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części wymaga wykonania robót budowlanych: 1) objętych obowiązkiem uzyskania pozwolenia na budowę – rozstrzygnięcie w sprawie zmiany sposobu użytkowania następuje w decyzji o pozwoleniu na budowę (...)*. Zgodnie z ww. przepisem jeżeli zmiana sposobu użytkowania obiektu budowlanego wymaga wykonania robót budowlanych wymagających uzyskania pozwolenia na budowę – wówczas rozstrzygnięcie w sprawie zmiany sposobu użytkowania następuje w pozwoleniu na budowę. Takie rozstrzygnięcie znalazło się w decyzji o pozwoleniu na budowę dotyczącej referencyjnej roboty budowlanej, co wynikało z dowodów załączonych do pisma procesowego przystępującego oraz złożonych przez odwołującego i przystępującego na posiedzeniu niejawnym.

Z powyższego wynikało, że zmiana sposobu użytkowania obiektu nastąpiła w wyniku referencyjnych robót budowlanych, na które powołał się przystępujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.1 pkt 4 b) SWZ. Tym samym należało przyjąć, że co najmniej do momentu rozpoczęcia prac na obiekcie wskazanym przez przystępującego, obiekt ten posiadał formalnie status budynku użyteczności publicznej. Stwierdzenie to wynikało także z niektórych dowodów złożonych przez odwołującego tj. projektu budowlanego, decyzji z dnia 13 sierpnia 2013 zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę oraz decyzji z dnia 26 kwietnia 2017 r. udzielającej pozwolenia na użytkowanie. Z treści ww. dokumentów wynikało jednoznacznie, że dotyczyły one m. in. zmiany sposobu użytkowania budynku dawnej przychodni kolejowej.

Dodatkowo Izba uznała, że stanowiska odwołującego nie potwierdziły pozostałe złożone przez niego dowody, które wskazywały na zły stan techniczny budynku przychodni kolejowej. Z przedmiotowej okoliczności odwołujący wywodził, że budynek ten jeszcze przed wykonaniem robót był opuszczony, nieużytkowany, zdegradowany, popadający w ruinę przez co nie spełniał wymogów dla budynków użyteczności publicznej. W ocenie składu orzekającego okoliczność ta pozostawała bez znaczenia. W tym kontekście należało wskazać, że Izba nie rozstrzyga w materii z zakresu Prawa budowlanego, ale rozpoznaje

odwołania dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w reżimie Pzp. W związku z tym rozważania odnoszące się do przepisów Prawa budowlanego zostały poczynione wyłącznie na potrzeby rozstrzygnięcia odwołania, które w przedmiotowej sprawie dotyczyło warunku udziału w postępowaniu, a dokładniej jego spełnienia przez jednego z wykonawców. Decydujące znaczenie należało przypisać treści warunku, który dotyczył budynku użyteczności publicznej, natomiast przytoczone powyżej przepisy Prawa budowlanego pozwoliły uznać, że rozstrzygnięcie w sprawie zmiany sposobu użytkowania obiektu budowlanego ma charakter formalny i następuje w decyzji o pozwoleniu na budowę jeśli zmiana sposobu użytkowania obiektu budowlanego lub jego części wymaga wykonania robót budowlanych. W związku z tym skład orzekający założył, że wykonawca decydując się na złożenie oferty w postępowaniu, a co za tym idzie kompletując zespół osób przewidzianych do spełnienia warunku nie musiał analizować stanu technicznego obiektów budowlanych sprzed wykonania robót składających się na doświadczenie takiej osoby lub zastanawiać się czy ze względu na stan techniczny budynek mógł nie spełnić swojej roli przez pewien czas mimo tego, że przez całe lata funkcjonował jako budynek użyteczności publicznej. Mając na uwadze dyspozycję art. 71 ust. 1 pkt 6 Prawa budowlanego do spełnienia przedmiotowego warunku wystarczające było, że obiekt budowlany formalnie do momentu dokonanej rozbudowy lub przebudowy posiadał status budynku użyteczności publicznej. Z okoliczności przedmiotowej sprawy wynikało, że dopiero w pozwoleniu na budowę formalnie rozstrzygnięto zmianę sposobu użytkowania budynku, zatem fakt wcześniejszego funkcjonowania budynku jako budynku użyteczności publicznej pozwolił uznać, że przystępujący spełnił warunek określony w pkt 10.1 pkt 4 lit. b) SWZ. Tym samym z literalnego brzmienia warunku nie wynikało, aby zamawiający wymagał od referencyjnego obiektu czegoś więcej niż konkretnego przeznaczenia (budynek użyteczności publicznej) oraz wpisu do rejestru zabytków. Z powyższego warunku nie wynikały jakiegokolwiek szczególne wymagania co do funkcjonalności i stanu obiektu, a przede wszystkim nie dało się z niego wywieść, że roboty powinny być wykonane na czynnym i użytkowanym obiekcie.

W zakresie drugiej grupy twierdzeń odwołującego skład orzekający uznał, że Izba w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt KIO 205/23 nie stwierdziła, że wymóg warunku udziału w postępowaniu sprowadzał się do *wykonania rozbudowy lub przebudowy budynku, który w momencie rozpoczęcia robót był budynkiem użyteczności publicznej, jak i ten status zachował w wyniku wykonania prac*. Na potrzeby rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że odwołujący dokonał niewłaściwej interpretacji zarówno treści kwestionowanego warunku jak i też zawartych w ww. orzeczeniu. W uzasadnieniu orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 205/23 Izba wskazała m. in., że *Zamawiający zatem posłużył się pojęciem budynku użyteczności publicznej wpisanym do rejestru zabytków i wymagał, aby doświadczenie kierownika budowy dotyczyły przebudowy lub rozbudowy*

budynku użyteczności publicznej. Zdaniem Izby, wymóg Zamawiającego został sformułowany w sposób jednoznaczny i precyzyjny. Jego literalna wykładania prowadzi do jednego wniosku tj. doświadczenie na jakie powołuje się kierownik budowy musiało dotyczyć przebudowy lub rozbudowy budynku użyteczności publicznej oraz Irrelevantne dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest to, że w wyniku wykonanych prac powstał budynek użyteczności publicznej. Z postanowień SWZ nie wynika bowiem, że Zamawiający objął zakresem spornego warunku również rozbudowę lub przebudowę budynku przemysłowego.

Odwołujący w swojej argumentacji nawiązywał do opisu przedmiotu zamówienia wywodząc, że skoro w ramach przedmiotowego zamówienia budynek po wykonanych pracach ma utrzymać status budynku użyteczności publicznej, to za spełniające warunek określony w pkt 10.1 pkt 4 lit. b) SWZ można było uznać tylko takie roboty budowlane w wyniku, których ww. status został utrzymany. Jak wynika z powyższego odwołujący 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 w SWZ. W związku z jednoznaczną treścią warunku wykładnia językowa okazała się w zupełności wystarczająca, a jej zastosowanie potwierdziło, że zamawiający wymagał doświadczenia w przebudowie lub rozbudowie budynku użyteczności publicznej. Skoro zatem w przedmiotowej sprawie budynek wskazany w wykazie przystępującego był budynkiem użyteczności publicznej, to wykonawca ten spełnił warunek udziału w postępowaniu. Zastosowanie wykładni celowościowej, jak chciałby odwołujący, prowadziłoby *de facto* do ustalenia nowego brzmienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na zawężeniu zakresu dopuszczonego doświadczenia wykonawcy w stosunku do określonego przez zamawiającego w SWZ. Dopuszczenie takiej wykładni na etapie badania i oceny ofert byłoby niedopuszczalne, gdyż stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Stąd też, Izba uznała, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowania określonego w pkt 10.1 pkt 4 lit. b) SWZ. Tym samym Izba oddaliła zarzut podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania.

W konsekwencji oddalenia zarzutu wskazanego w pkt 1 *petitum* odwołania, oddaleniu podlegał również zarzut zawarty w pkt 3, ponieważ w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można było stwierdzić naruszenia zasad systemu zamówień publicznych określonych w art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz uznać, że zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu.

Reasumując skład orzekający uznał, że żaden z podniesionych w odwołaniu zarzutów nie znalazł potwierdzenia. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 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), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz przystępującego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie złożonej na rozprawie faktury.

Przewodniczący: