

WYROK

z dnia 18 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2021 r. przez wykonawcę **Gorbud sp. z o.o. w Świdwinie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Dolice z siedzibą w Dolicach**

przy udziale wykonawcy **Lepiko sp. z o.o. w Poznaniu – Skórzewie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności uznania oferty odwołującego za odrzuconą oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego,**
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Dolice z siedzibą w Dolicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gorbud sp. z o.o. w Świdwinie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Dolice z siedzibą w Dolicach** na rzecz wykonawcy **Gorbud sp. z o.o. w Świdwinie** kwotę **14.068 zł 08 gr** (słownie: czternastu tysięcy sześćdziesięciu ośmiu złotych ośmiu groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 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

Gminę Dolice z siedzibą w Dolicach, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Budowa przedszkola publicznego przy ul. Ogrodowej w Dolicach na działkach 1294/1; 1294/2; 1294/3; 1294/14 i 1294/8 w procedurze zaprojektuj i wybuduj”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 grudnia 2020 r., poz. 786944-N-2020.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu wykonawca Gorbud sp. z o.o. w Świdwinie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 21 marca 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez niezgodne z prawem uznanie, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej, lub zawodowej i odrzucenie jego oferty,
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieprzeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadami przejrzystości — które, wobec niejasnych, nieprecyzyjnych i niejednoznacznych treści SIWZ doprowadziły do wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia swej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny swej oferty w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwzględnieniem jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że nie zgadza się z treścią zawiadomienia o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu jego oferty. Zamawiający za podstawę jego wykluczenia wskazał okoliczność, iż nie spełnił on warunku zdolności technicznej lub zawodowej opisanej w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a SIWZ poprzez brak wykazania, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie minimum dwie roboty budowlanych o wartości min. 5.000.000,00 zł każdej, w tym co najmniej jedną z nich w procedurze zaprojektuj i wybuduj. Za jedną robotę budowlaną Zamawiający uznawał wykonanie, na podstawie jednej umowy, robót budowlanych o wartości min. 5.000.000,00 zł, polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie lub

remontie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo Budowlane (Dz. U. z 2020r. poz. 1333) budynku użyteczności publicznej, w tym: roboty branży budowlanej, branży sanitarnej oraz branży elektrycznej, bez określania wartości robót poszczególnych branż w wartości całkowitej roboty budowlanej.

Odwołujący podniósł, że w zakresie spełniania warunku dotyczącego posiadania zdolności zawodowych potwierdzającym zakres i wartość robót budowlanych posłużył się doświadczeniem dot. podmiotu trzeciego tj. Spółki GOREM na rzecz BIPRORAF sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w postaci zrealizowanego zadania dot. przebudowy i rozbudowy budynku głównego Elektrociepłowni w Gdańsku (formuła wybuduj), które zakwestionował Zamawiający wskazując, iż przedmiotowa robota budowlana, nie dotyczy budynku użyteczności publicznej zgodnym z definicją określoną w § 3 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1065 z późn. zm.) pomimo, iż wykonawca przedłożył na potrzeby zamawiającego dodatkowe dokumenty w postaci oświadczenia, iż zadanie to dotyczyło budynku użyteczności publicznej oraz pisemną opinię specjalisty w osobie mgr inż. architekta p. D. R. .

Odwołujący zaprzeczał jakoby treść jego oferty była niezgodna z treścią SIWZ. Argumentował, że aby dokonać odrzucenia oferty, Zamawiający musiał mieć pewność, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, bowiem odrzucenie oferty możliwe jest tylko w przypadku braku wątpliwości; że oferta nie zapewni realizacji celu zamówienia, a realizowana usługa nie będzie odpowiadała wymogom z SIWZ. Dla dokonania odrzucenia oferty wykonawcy, musi zaistnieć sytuacja ustalenia w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom.

Odwołujący argumentował, że roboty budowlane wykonywane na rzecz PGE Energia Ciepła przez podmiot BIPRORAF Sp. z o.o. w Gdańsku za pośrednictwem podmiotu Spółki GOREM, na którego zasoby się powoływał dotyczyły budynku użyteczności publicznej wg zapisów zgodnych z postanowieniami SIWZ. Odwołujący po pierwsze stwierdzał, iż w tym postępowaniu zamawiający nie zdefiniował, co należy rozumieć pod pojęciem „budynek użyteczności publicznej”. Nie wskazał także w dokumentacji tego postępowania na powoływane przez siebie przepisy rozporządzenia 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 z późn. zm. dalej „rozporządzenie”). Dlatego też zdaniem odwołującego nieuprawnione było powoływanie się wprost na postanowienia wynikające z tego rozporządzenia, albowiem takie działanie zmierzałoby do doprecyzowywania warunków udziału w postępowaniu z ograniczeniem tylko do pewnych kategorii budynków - po dniu otwarcia ofert. Nie przesądza o tym również odwołanie się

przez zamawiającego w treści zapisu Rozdziału V pkt 2 ppkt 2 lit. a do przepisów ustawy Prawo budowlane albowiem Zamawiający użył je jedynie w stosunku do pojęć - robót budowlanych o wartości min. 5,000.000,00 zł polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie, w tym robót branży budowlanej, branży sanitarnej oraz branży elektrycznej.

Zdaniem odwołującego, treść Rozdziału V pkt 2 ppkt 2 lit. a traktowana jako nieprecyzyjna nie może być podstawą do uznania przez zamawiającego, iż budynek Elektrociepłowni Gdańsk nie jest budynkiem użyteczności publicznej skoro w budynku tym znajdują się oprócz pomieszczeń technicznych także pomieszczenia administracyjne, biurowe i socjalne. Innymi słowy twierdzenia Zamawiającego, iż używając terminu „budynek użyteczności publicznej” miał na myśli jego definicję zgodną z treścią w/w rozporządzenia należy uznać za niedozwoloną nadinterpretację co w konsekwencji może stanowić naruszenie zasady ogólnej ustawy wyrażone w art. 7 ustawy Pzp. Według odwołującego interpretacja taka nie powinna prowadzić do ograniczenia konkurencji w postępowaniu, między innymi właśnie poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień SIWZ.

Odwołujący w dalszej części odwołania argumentował, że nawet gdyby uznać, iż wedle wymogów Zamawiającego opisanych w SIWZ za budynek użyteczności publicznej należy uznać budynek zgodny z definicją przyjętą w w/w rozporządzeniu to i tak wobec zapisów w SIWZ budynek Elektrociepłowni Gdańsk tym wymogom odpowiada. Zgodnie z § 3 pkt 6 rozporządzenia przez pojęcie budynku użyteczności publicznej należy 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 argumentował, że w powyższej definicji prawodawca posłużył się wyliczeniem przykładowym z tego względu, że budynkiem użyteczności publicznej jest także „inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji”. Zdaniem odwołującego przy kwalifikowaniu budynku do budynków użyteczności publicznej bez znaczenia jest, czy dostęp do niego mają osoby trzecie, czy wyłącznie pracownicy zatrudnieni w danym budynku.

Dodatkowo odwołujący argumentował, że zgodnie z § 209 ust. 1 pkt 1 tegoż rozporządzenia budynki oraz części budynków stanowiące odrębne strefy pożarowe w rozumieniu § 226 rozporządzenia z uwagi na przeznaczenie i sposób użytkowania dzieli się m.in. na mieszkalne, zamieszkania zbiorowego i użyteczności publicznej charakteryzowane

kategorią zagrożenia ludzi, określane jako ZL. Budynek oraz części budynków stanowiące odrębne strefy pożarowe, określane jako ZL, zalicza się do co najmniej jednej spośród m.in. następujących kategorii zagrożenia ludzi: ZL I - zawierające pomieszczenia przeznaczone do jednoczesnego przebywania ponad 50 osób niebędących ich stałymi użytkownikami, a nieprzeznaczone przede wszystkim do użytku ludzi o ograniczonej zdolności poruszania się; ZL II - przeznaczone przede wszystkim do użytku ludzi o ograniczonej zdolności poruszania się, takie jak szpitale, żłobki, przedszkola, domy dla osób starszych; ZL III - użyteczności publicznej, niezakwalifikowane do ZL I i ZL II (§ 209 ust. 2 pkt 1-3 rozporządzenia). Odwołujący stwierdzał, że sporny budynek nie przynależy na gruncie przepisów prawa budowlanego wyłącznie do jednej kategorii budynków albowiem co wynika z treści opinii architekta, uzyskanych przez Zamawiającego odpowiedzi od podmiotów BIPRORAF oraz PGE Energia Ciepła budynek swoim przeznaczeniem spełnia kilka kategorii a mianowicie - budynku przemysłowego, jak: służącego energetyce, budynku biurowego oraz innych budowli, a nadto, iż wskutek zastosowanych rozwiązań opisanych wyżej, zabezpieczeń przeciwpożarowych został też zakwalifikowany do kategorii ZLIII- użyteczności publicznej, niezakwalifikowanej do kategorii ZL I i ZL II.

Zdaniem odwołującego, zamawiający odwołując się w treści SIWZ jedynie do zakresu i wartości wykonanych robót budowlanych (5.000.000,00 zł) nie odwoływał się do kubatury i powierzchni jaką dany budynek użyteczności publicznej powinien spełniać to niedozwolonym było dokonanie nadinterpretacji w tym zakresie, a zatem uznanie, iż odwołujący nie wykazał wymaganych robót budowlanych na potwierdzenie spełniania warunku posiadania zdolności zawodowych/doświadczenia określonych w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a SIWZ. Odwołujący wskazał, że w świetle art. 7 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w szczególności zgodnie z zasadą proporcjonalności i zasadą przejrzystości.

Zdaniem odwołującego opisana wyżej praktyka działania zamawiającego odnośnie zaliczenia budynku Elektrociepłowni Gdańsk jako nieodpowiadającego definicji budynku użyteczności publicznej kłóci się z wynikającymi z art. 7 ustawy Pzp zasadami. Nakładanie bowiem na każdego z wykonawców w istocie obowiązku wykładni niejednoznacznych i wywołujących spory w orzecznictwie przepisów prawa budowlanego, przekracza możliwości wykazującego zwykłą staranność Wykonawcę i powoduje, że w istocie odrzucenie konkretnej oferty przez zamawiającego uzależnione jest od arbitralnego rozstrzygnięcia podmiotu organizującego przetarg.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Lepiko sp. z o.o. w Poznaniu – Skórczewie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 29 stycznia 2021 r. do złożenia dokumentów celem wykazania warunków udziału w postępowaniu skierowane do odwołującego, wykaz usług wraz z referencjami złożony przez odwołującego w odpowiedzi na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z 15 lutego 2021 r. do uzupełnienia dokumentów skierowane do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismo odwołującego z 19 lutego 2021 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie zamawiającego wraz z załącznikami, pisma zamawiającego skierowane do Biproraf sp. z o.o. w Gdańsku i PGE Energia Ciepła w Gdańsku wraz z odpowiedziami ww. podmiotów, zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu z 12 marca 2021 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Stosownie bowiem do 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe*. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przez zamawiającego przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu*.

Do postępowania odwoławczego zastosowanie miały przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), zwanej dalej „ustawą NPzp”. Stosownie bowiem do 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), *do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1.* Niniejsze postępowanie odwoławcze zostało wszczęte w dacie 21 marca 2021 r., a więc po dniu 31 grudnia 2020 r.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest budowa przedszkola publicznego przy ul. Ogrodowej w Dolicach na działkach 1294/1; 1294/2; 1294/3; 1294/14 i 1294/8 w procedurze zaprojektuj i wybuduj.

Ustalono, że zamawiający w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykazali, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, *wykonali należycie minimum dwie roboty budowlane o wartości min. 5.000.000,00zł każda w tym co najmniej jedną z nich w procedurze zaprojektuj i wybuduj. Za jedną robotę budowlaną zamawiający uzna wykonanie, na podstawie jednej umowy, robót budowlanych o wartości min. 5.000.000,00 zł, polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. z 2020r. poz. 1333) budynku użyteczności publicznej, w tym: roboty branży budowlanej, branży sanitarnej oraz branży elektrycznej, bez określania wartości robót poszczególnych branż w wartości całkowitej roboty budowlanej.*

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. odwołujący.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 29 stycznia 2021 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał odwołującego, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a SIWZ, do złożenia m.in. wykazu robót budowlanych z załączeniem dowodów potwierdzających, czy roboty te zostały wykonane należycie.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wykaz robót budowlanych. W wykazie tym wymienił następujące roboty:

- 1) budowa Centrum Kultury w Brzeźnie o wartości robót 2.587.490,73 zł brutto,
- 2) zadanie pn. „Zielone Darłowo tworzenie nowych oraz odnowa zdegradowanych terenów zielonych na obszarze Miasta Darłowo w celu poprawy jakości środowiska dla mieszkańców i turystów”, o wartości brutto 7.700.000,00 zł brutto,
- 3) zadanie pn. „Przebudowa i rozbudowa budynku głównego Elektrociepłowni w Gdańsku” o wartości brutto 10.936.460,00 zł brutto,
- 4) zadanie pn. „Przebudowa budynku biurowego przy ul. F. Walczaka 25A w Gorzowie Wlkp.” o wartości brutto 10.050.000,00 zł brutto,
- 5) remont, termomodernizacja, przebudowa i zmiana sposobu użytkowania pomieszczeń budynku Nadleśnictwa Gryfice o wartości brutto 3.439.080,00 zł brutto,
- 6) stworzenie Centrum Popularyzującego Naukę na obszarze Strefy Centralnej w Świdwinie o wartości brutto 3.899.000,00 zł brutto.

Ustalono, że zamawiający pismem z dnia 15 lutego 2021 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia m.in. dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a SIWZ. W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że wymienione roboty dotyczące:

- budowy Centrum Kultury w Brzeźnie, roboty dotyczące remontu, termomodernizacji itd. budynku Nadleśnictwa Gryfice i stworzenia Centrum Popularyzującego Naukę na obszarze Strefy Centralnej w Świdwinie nie spełniają wymagania dotyczącego wartości robót określonego na min. 5.000.000,00zł,

- zadanie pn. Zielone Darłowo tworzenie nowych oraz odnowa zdegradowanych terenów zielonych na obszarze Miasta Darłowo w celu poprawy jakości środowiska dla mieszkańców i turystów nie spełnia wymagania dotyczącego wykonania roboty budowlanej o wymaganej wartości związanej z budynkiem użyteczności publicznej,

- zadanie dot. przebudowy i rozbudowy budynku głównego Elektrociepłowni w Gdańsku (formuła wybuduj) - z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynika potwierdzenie doświadczenia w zakresie wartości i okresu zrealizowanej roboty, natomiast przedłożone dokumenty nie pozwalają Zamawiającemu stwierdzić, że wskazany budynek główny Elektrociepłowni spełnia warunek związany z budynkiem użyteczności publicznej, ponieważ zgodnie z par. 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2019r. poz. 1065 z późn. zm.) przez budynek użyteczności publicznej należy 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.

- zadanie pn. *Przebudowa budynku biurowego przy ul. F. Walczaka 25A w Gorzowie Wlkp. w procedurze zaprojektuj i wybuduj zamawiający stwierdza:*

- *brak dokumentów potwierdzających wartość wykonanych robót budowlanych związanych z przebudową budynku, załączona przez Wykonawcę wycena została sporządzona w celu określenia wartości rynkowej nieruchomości i nie może być podstawą do potwierdzenia faktu wykonania na w/w budynku robót budowlanych związanych z jego przebudową o wartości określonej w warunkach postawionych w SIWZ,*
- *z przedłożonych dokumentów nie wynika również, że Spółka GOREM była wykonawcą dokumentacji projektowej, na podstawie której wykonano przebudowę obiektu. W ocenie zamawiającego wykazanie właściwości Inwestora zadania budowlanego nie potwierdza doświadczenia zawodowego w wykonaniu roboty budowlanej w formule zaprojektuj i wybuduj.*

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z 19 lutego 2021 r. W piśmie tym oświadczył m.in., że zadanie dot. przebudowy i rozbudowy budynku głównego Elektrociepłowni w Gdańsku odbyło się w budynku użyteczności publicznej. Wskazał, że na potwierdzenie tego faktu składa opinię (załącznik nr 3 do pisma) architekta działającego na zapytanie w przedmiotowej sprawie, którym w swoim opracowaniu potwierdza przyporządkowanie budynku do obiektów użyteczności publicznej.

Do pisma załączono oświadczenie mgr inż. arch. D. W. R. z 16 lutego 2021 r., w którym stwierdza, że dokumentacja przebudowy i rozbudowy budynku głównego Elektrociepłowni Gdańskiej zlokalizowanej przy ul. Wiślniej 6 w Gdańsku spełnia wymogi § 3 ust. 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2020 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

W uzasadnieniu oświadczenia wskazał, że *analiza złożonej dokumentacji wykazała jednoznacznie, że budynek główny Elektrociepłowni Gdańskiej zalicza się, zgodnie z § 3 ust. 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2020 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, do budynków użyteczności publicznej. Obiekt Elektrociepłowni posiada złożoną formę architektoniczną i funkcjonalną, na którą składają się cztery połączone ze sobą budynki o zróżnicowanej długości, szerokości i wysokości. W poszczególnych obiektach znajdują się oprócz pomieszczeń technicznych, pomieszczenia administracyjne, biurowe i socjalne.*

Zgodnie z załącznikiem do ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333) dotyczącym kategorii obiektów budowlanych, budynek Elektrociepłowni Gdańskiej został zaliczony do kategorii:

- XVII – budynki przemysłowe, jak: służące energetyce,
- XVI – budynki biurowe,
- VIII – inne budowle.

Zgodnie z powyższymi kategoriami, budynek zalicza się do obiektów użyteczności publicznej.

Ustalono również, że Zamawiający pismem z dn. 26.02.2021 r. zwrócił się do BIPRORAF Sp. z o.o. z prośbą o udzielenie odpowiedzi i wyjaśnień w następującym zakresie:

1. Czy Spółka GOREM z siedzibą w Gdańsku ul. Wiślana 15 w okresie od 01.10.2016 r. do 31.12.2016 r. wykonywała dla Państwa roboty budowlane na obiekcie budynku głównego Elektrociepłowni w Gdańsku?

2. Jaka była wartość wykonanych robót przez Spółkę GOREM w ramach Państwa zlecenia na wymienionym w pytaniu wyżej budynku?

3. Czy budynek główny elektrociepłowni, na którym roboty były wykonywane jest budynkiem spełniającym określone w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dn. 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019r. poz. 1065 z późn. zm.) tj. pozwalającym zakwalifikować go do kategorii budynków użyteczności publicznej?

Ustalono ponadto, że w odpowiedzi na ww. pismo zamawiający otrzymał 1 marca 2021 r. korespondencję mailową od pana D. G. z firmy Biproraf sp. z o.o. w Gdańsku. Oświadczył on, że „firma Gorem wykonała dla Biproraf prace w tych terminach za kwotę ok. 9 milionów złotych były to prace związane z dostosowaniem do przepisów ppoż budynku produkcyjnego kotłowni i maszynowni. Budynek produkcyjny.”.

Ustalono ponadto, że zamawiający w dniu 26.02.2021 r. zwrócił się również do PGE Energia Ciepła Oddział Wybrzeże w Gdańsku z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie:

1. Czy budynek główny elektrociepłowni, na którym były w okresie X.2016 — XII.2016r wykonywane przez sp. z o.o. BIPRORAF roboty budowlane jest budynkiem spełniającym wymagania określone w 3 pkt Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dn. 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019r. poz. 1065 z późn. zm. tj. pozwalającym zakwalifikować go do kategorii budynków użyteczności publicznej?

2. Czy budynek główny elektrociepłowni, o którym mowa wyżej w pojęciu prawa budowlanego jest budynkiem odrębnym czy stanowiącym część innego budynku?

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. pismo PGE Energia Ciepła w piśmie z dnia 11 marca 2021 r. poinformował zamawiającego, że *budynek dzieli się na część produkcyjną czyli halę maszynowni i kotłowni oraz przybudówkę elektryczną w skład której wchodzi pomieszczenia przeznaczone na stały pobyt ludzi takie jak nastawnie, zaplecze socjalne i biura pracowników wsparcia ruchu. Dokumentacja projektowa dotycząca dostosowania budynku do przepisów przeciwpożarowych zakwalifikowała obiekt ten do kategorii XVIII czyli budynki przemysłowe (budynki produkcyjne, służące energetyce, montownie, wytwórnie, rzeźnie oraz obiekty magazynowe, jak: budynki składowe, chłodnie, hangary, wiaty, a także budynki kolejowe, jak: nastawnie, podstacje trakcyjne, lokomotywownie, wagonownie, strażnice przejazdowe, myjnie taboru kolejowego).*

Niemniej jednak (zgodnie z ekspertyzą techniczną zabezpieczeń przeciwpożarowych będącą podstawą do tej dokumentacji) część tegoż budynku została zakwalifikowana do kategorii zagrożenia ludzi ZLIII – użyteczności publicznej, niezakwalifikowane do ZL i ZL II.

W związku z tym, nie jesteśmy w stanie w sposób jednoznaczny odpowiedzieć na postawione przez Państwa pytanie odnośnie kwalifikacji całego obiektu, a jedynie w rozbiciu na poszczególne jego składowe, czyli po wskazaniu że obiekt ten jest w części budynkiem produkcyjnym, a w części budynkiem użyteczności publicznej.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 12 marca 2021 r. Zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym czynności wykluczenia zamawiający wskazał, że: (...)

W związku z brakiem jednoznacznego potwierdzenia przez Wykonawcę, że roboty budowlane wykonane przez podmiot, na którego zasoby Wykonawca się powołuje tj. Spółkę GOREM na rzecz BIPRORAF Sp. z o.o. na obiekcie budynku Elektrociepłowni Gdańsk można uznać za roboty wykonane na obiekcie użyteczności publicznej, Zamawiający pismem z dn. 26.02.2021 r. zwrócił się do BIPRORAF Sp. z o.o. z prośbą o udzielenie odpowiedzi i wyjaśnień w następującym zakresie:

- 1. Czy Spółka GOREM z siedzibą w Gdańsku ul. Wiślana 15 w okresie od 01.10.2016 r. do 31.12.2016 r. wykonywała dla Państwa roboty budowlane na obiekcie budynku głównego Elektrociepłowni w Gdańsku?*
- 2. Jaka była wartość wykonanych robót przez Spółkę GOREM w ramach Państwa zlecenia na wymienionym w pytaniu wyżej budynku?*
- 3. Czy budynek główny elektrociepłowni, na którym roboty były wykonywane jest budynkiem spełniającym określone w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dn. 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i*

ich usytuowanie (Dz. U. z 2019r. poz. 1065 z późn. zm.) tj. pozwalającym zakwalifikować go do kategorii budynków użyteczności publicznej?

W odpowiedzi udzielonej dn. 01.03.2021 przez Spółkę BIPRORAF potwierdzono fakt wykonywania przez GOREM Sp. z o.o. robót budowlanych w wymienionym w zapytaniu terminie i wartości potwierdzających udział w postępowaniu.

Natomiast co do zakresu robót i obiektu, na którym były one wykonywane wskazano w odpowiedzi, że były to roboty związane z dostosowaniem do przepisów p-poz budynku produkcyjnego kotłowni i maszynowni tj. budynku produkcyjnego.

Zamawiający w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty Wykonawcy w dniu 26.02.2021r. zwrócił się również do PGE Energia Ciepła Oddział Wybrzeże w Gdańsku z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie:

1. Czy budynek główny elektrociepłowni, na którym były w okresie X.2016 — XII.2016r wykonywane przez Sp. z o.o. BIPRORAF roboty budowlane jest budynkiem spełniającym wymagania określone w 3 pkt Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dn. 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019r. poz. 1065 z późn. zm. tj. pozwalającym zakwalifikować go do kategorii budynków użyteczności publicznej?

2. Czy budynek główny elektrociepłowni, o którym mowa wyżej w pojęciu prawa budowlanego jest budynkiem odrębnym czy stanowiącym część innego budynku?

Z uzyskanej w dn. 11.03.2021r. odpowiedzi udzielonej przez PGE Energia Ciepła S.A. wynika, że budynek, na którym wykonywano roboty jest zakwalifikowany do kategorii XIII — budynek przemysłowy (produkcyjny) oraz potwierdzono, że wymieniony budynek stanowi niezależny obiekt w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane.

W związku z powyższym Wykonawca Spółka z o. o. GORBUD z siedzibą ul. Kołobrzeska 8c, Świdwin nie wykazał wymaganych robót budowlanych na potwierdzenie spełniania warunku posiadania zdolności zawodowych/doświadczenia określonych w rozdziale V pkt 2 ppkt 2 lit. a SIWZ.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zamawiający, niezasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V ust. 2 pkt 2 lit. a SIWZ. Zgodnie z tym warunkiem zamawiający wymagał aby wykonawcy wykazali, iż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonali należycie

minimum dwie roboty budowlane o wartości min. 5.000.000,00zł każda w tym co najmniej jedną z nich w procedurze zaprojektuj i wybuduj. Za jedną robotę budowlaną zamawiający uzna wykonanie, na podstawie jednej umowy, robót budowlanych o wartości min. 5.000.000,00 zł, polegających na budowie, przebudowie, rozbudowie lub remoncie (w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane (Dz. U. z 2020r. poz. 1333) budynku użyteczności publicznej, w tym: roboty branży budowlanej, branży sanitarnej oraz branży elektrycznej, bez określania wartości robót poszczególnych branż w wartości całkowitej roboty budowlanej.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymagał spór pomiędzy stronami odnośnie rozumienia pojęcia „*budynek użyteczności publicznej*”, użytego w warunku. Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł w odwołaniu, że przy wykładni spornego pojęcia niedopuszczalne było odwołanie się do przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1065 ze zm.).

Rzeczywiście, należało zgodzić się z odwołującym, że zamawiający formułując przywołany wyżej warunek nie powołał się na treść ww. rozporządzenia. Jednakże Izba stwierdziła, że w okolicznościach danej sprawy zamawiający przy wykładni pojęcia *budynek użyteczności publicznej* był uprawiony aby sięgnąć do przepisów ww. rozporządzenia. Izba wzięła pod uwagę, że w spornym warunku zamawiający odwołał się wprost i jednoznacznie do ustawy Prawo budowlane. Tymczasem *rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie* jest aktem wykonawczym do tej ustawy. W tej sytuacji dokonując interpretacji spornego pojęcia zasadne było sięgnięcie do siatki pojęciowej wynikającej z aktu wykonawczego do ustawy Prawo budowlane.

Jak wynikało z przepisu §3 pkt 6 omawianego rozporządzenia za budynek użyteczności publicznej uznaje się *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.*

Analiza ww. definicji prowadziła do wniosku, że budynkiem użyteczności publicznej są nie tylko budynki wprost wymienione w definicji, ale także budynki spełniające podobne

do nich funkcje. Ponadto za budynek taki uważa się także m.in. budynek biurowy czy budynek socjalny.

Jednakże, jak słusznie dostrzegł odwołujący w odwołaniu, pojęcie budynku użyteczności publicznej pojawia się w tym rozporządzeniu nie tylko w przywołanej definicji. O budynkach użyteczności publicznej jest także mowa w znaczeniu nadawanym mu w § 209 rozporządzenia. Z przepisu tego wynika, że budynki mieszkalne, zamieszkania zbiorowego, użyteczności publicznej określane są jako „ZL”. Z kolei budynki oraz części budynków określane jako ZL dzieli się na pięć kategorii, z których kategoria ZL III są to *budynki użyteczności publicznej, niezakwalifikowane do ZL I i ZL II*. Wobec powyższego brak było podstaw do nieuznania za budynek użyteczności publicznej, na gruncie danej SIWZ, także budynku zakwalifikowanego do kategorii ZLIII w rozumieniu przepisu § 209 rozporządzenia.

Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na ustalenie, że budynek główny Elektrociepłowni w Gdańsku, przebudowany i rozbudowany w okresie X-XII.2016 r. na ramach zadania „realizacja zaleceń ppoż. w budynkach głównych oddziału Wybrzeże EDF Polska S.A.” przez Gorem sp. z o. o. jest budynkiem przemysłowym.

Jak wynikało z opinii z dnia 16 lutego 2021 r. sporządzonej przez mgr inż. arch. D. W R. z Pracowni Architektonicznej Studio R2, D. R. (załącznik do pisma odwołującego z 19 lutego 2021 r.) architekt ten wprost określił sporny budynek budynkiem użyteczności publicznej. Po analizie materiału źródłowego sporządzający opinię oświadczył, że *budynek główny Elektrociepłowni Gdańskiej zalicza się, zgodnie z § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2020 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, do budynków użyteczności publicznej. Obiekt Elektrociepłowni posiada złożoną formę architektoniczną i funkcjonalną, na którą składają się cztery połączone ze sobą budynki o zróżnicowanej długości, szerokości i wysokości. W poszczególnych obiektach znajdują się oprócz pomieszczeń technicznych, pomieszczenia administracyjne, biurowe i socjalne.*

Zgodnie z załącznikiem do ustawy Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333) dotyczącym kategorii obiektów budowlanych, budynek Elektrociepłowni Gdańskiej został zaliczony do kategorii:

- XVII – budynki przemysłowe, jak: służące energetyce,
- XVI – budynki biurowe,
- VIII – inne budowle.

Zgodnie z powyższymi kategoriami, budynek zalicza się do obiektów użyteczności publicznej.

Brak było podstaw aby odmówić wiarygodności tej opinii. Została sporządzona przez specjalistę w danej dziedzinie – mgr inż. architekta. Wywód w opinii okazał się logiczny. Jak wynikało z jej treści została sporządzona na podstawie właściwie dobranego materiału źródłowego, to jest mapy sytuacyjno – wysokościowej, dokumentacji projektowej przebudowy, a także wizji lokalnej. Wreszcie spostrzeżenia zawarte w opinii okazały się także spójne z innym dowodem – pismem PGE Energia Ciepła z dnia 11 marca 2021 r., o czym będzie mowa poniżej. Na podstawie opinii istniały podstawy do ustalenia, że w przebudowanych obiektach znajdowały się także pomieszczenia administracyjne, biurowe i socjalne, które wypełniały definicję budynku użyteczności publicznej z § 3 pkt 6 przywołanego wyżej rozporządzenia.

O tym, że wykonane przez Gorem sp. z o.o. prace budowane na budynku głównym Elektrociepłowni w Gdańsku nie były wykonywane jedynie w budynku przemysłowym, ale także w pomieszczeniach budynku przeznaczonych na stały pobyt ludzi, takich jak nastawnie, zaplecze socjalne, biura pracowników wsparcia ruchu świadczyło także pismo PGE Energia Ciepła S.A. z 11 marca 2021 r. W piśmie tym PGE Energia Ciepła wprost przyznała ten fakt. Wbrew zatem twierdzeniom zamawiającego zawartym w uzasadnieniu czynności wykluczenia, PGE Energia Ciepła w żaden sposób nie potwierdziła kategorycznie, że budynek główny Elektrociepłowni w Gdańsku jest budynkiem przemysłowym. Owszem podmiot ten oświadczył w pierwszej części pisma, że *Dokumentacja projektowa dotycząca dostosowania budynku do przepisów przeciwpożarowych zakwalifikowała obiekt ten do kategorii XVIII czyli budynki przemysłowe*

Zamawiający przy analizie pisma pominął jednak fakt, że PGE Energia Ciepła oświadczyła także jednocześnie, że *Niemniej jednak (zgodnie z ekspertyzą techniczną zabezpieczeń przeciwpożarowych będącą podstawą do tej dokumentacji) część tegoż budynku została zakwalifikowana do kategorii zagrożenia ludzi ZLIII – użyteczności publicznej, niezakwalifikowane do ZL i ZL II. Oświadczyła również, iż budynek dzieli się na część produkcyjną czyli halę maszynowni i kotłowni oraz przybudówkę elektryczną w skład której wchodzi pomieszczenia przeznaczone na stały pobyt ludzi takie jak nastawnie, zaplecze socjalne i biura pracowników wsparcia ruchu.*

Na podstawie oświadczenia istniały podstawy do ustalenia, że w przebudowanych obiektach znajdowały się także pomieszczenia administracyjne, biurowe i socjalne, które wypełniały definicję budynku użyteczności publicznej z § 3 pkt 6 przywołanego wyżej rozporządzenia. Ponadto pomieszczenia te wypełniały także dyspozycję budynku użyteczności publicznej w rozumieniu § 209 ww. rozporządzenia.

Oświadczenie PGE Energia uznano za wiarygodne. Wywód z oświadczenia okazał się logiczny. Zostało złożone na podstawie materiału źródłowego, to jest dokumentacji projektowej przebudowy i ekspertyzy zabezpieczeń przeciwpożarowych. Wreszcie spostrzeżenia zawarte w oświadczeniu okazały się także spójne z innym dowodem – opinią architekta D. W. R. z 16 lutego 2021 r.

Podkreślenia wymagało, że dokonując analizy sprawy zamawiający w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego całkowicie pominął przywołane fragmenty pisma PGE Energia Ciepła S.A. z 11 marca 2021 r. Dodatkowo zamawiający pominął w swych rozważaniach całkowicie znajdującą się w aktach sprawy opinię architekta D. W. R. z dnia 16 lutego 2021 r., która – jak wskazano wyżej - pozostawała w zgodzie z pominiętym fragmentem pisma PGE Energia z dnia 11 marca 2021 r. Skoro te dokumenty znajdowały się w aktach sprawy i stanowiły część dokumentacji postępowania, to zamawiający powinien je wziąć pod uwagę i co najmniej się do nich odnieść, czego całkowicie zabrakło w uzasadnieniu skarżonej czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Błąd ten doprowadził zamawiającego do wyprowadzenia wniosków nie mających oparcia w całości materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie. Należało przyjąć, że oba dowody przemawiały za koniecznością ustalenia co najmniej, że sporny budynek główny Elektrociepłowni w Gdańsku jest złożony, ma rozmaite przeznaczenie, w tym również części charakteryzujące budynek użyteczności publicznej.

Owszem, w aktach znajdował się także mail z firmy Biproraf z dnia 1 marca 2021 r., w którym pan D. G. oświadczył, że *Gorem wykonał na Biproraf prace związane z dostosowaniem do przepisów ppoż budynku produkcyjnego kotłowni i maszynowni. Budynek produkcyjny.* Jednakże, zdaniem Izby, do tego dowodu należało podejść z ostrożnością. Dostrzeżenia wymagało, że oświadczenie sprowadzało się praktycznie do jednego zdania. Zdanie to stanowiło jedynie stwierdzenie oświadczonego, nieoparte jakąkolwiek argumentacją. Ponadto nie wiadomo było na podstawie jakiego materiału źródłowego pan D. G. złożył oświadczenie.

Tymczasem w oparciu o opinię architekta D. W. R. czy pismo PGE Energia Ciepła, można było odtworzyć wywód oświadczonego. Na podstawie obu pism można było w szczególności stwierdzić, na jakim materiale źródłowym oparł się piszący. Były to ekspertyzy techniczne zabezpieczeń ppoż, dokumentacja projektowa, mapa sytuacyjno-wysokościowa, wizja lokalna. Z tego też powodu oba dowody, które okazały się dodatkowo spójne ze sobą, należało uznać za bardziej przekonujące niż jednozdaniowe zapewnienie firmy Biproraf sp. z o.o. zawarte w mailu z 1 marca 2021 r.

W konsekwencji Izba stwierdziła że w świetle materiału dowodowego, jak znajdował się w aktach sprawy, czynność wykluczenia odwołującego z uzasadnieniem zawartym w piśmie zamawiającego z dnia 12 marca 2021 r., obejmującym odniesienie się jedynie do części materiału dowodowego, nie odpowiada prawu. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez bezzasadne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Nieprawidłowe okazało się także wskazanie przez zamawiającego w piśmie z 12 marca 2021 r., że „uznaje ofertę odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp”. Przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że *ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą*. Podkreślenia wymaga, że uznanie za odrzuconą oferty wykonawcy wykluczonego następuje z mocy prawa, a nie na podstawie czynności zamawiającego. Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu także unieważnienie czynności uznania oferty za odrzuconą, jako czynności niemającej podstawy w przepisach ustawy Pzp.

Stosownie do art. 553 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1919 ze zm.), *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy NPzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp wykluczył bowiem z postępowania odwołującego, którego oferta może być wybrana jako najkorzystniejsza.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:*

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W konsekwencji stwierdzonych naruszeń Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności uznania oferty odwołującego za odrzuconą oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Wobec powyższego, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy NPzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy NPzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy NPzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: *Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba odwołanie okazało się zasadne w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem w całości zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, koszty dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 451,08 zł, ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, a także koszty opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy NPzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b, d 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: