

Sygn. akt: KIO 2088/19

WYROK
z dnia 30 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2019 r. przez wykonawcę **E. S.** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego dla m. st. Warszawy,**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **E. S.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – **E. S.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowy Inspektorat Nadzoru Budowlanego dla m. st. Warszawy [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *wykonanie robót budowlanych, polegających na dokonaniu całkowitej rozbiórki części budynku usługowo-hotelowo-restauracyjnego przy ul. Okopowej 65 w Warszawie wraz z opróżnieniem z wyposażenia i złożeniem do depozytu w magazynie* (znak postępowania: PNB/ZP/62/2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 października 2019 r. pod numerem 609145 – N - 2019.

W dniu 16 października 2019 r. E. S. [dalej „Odwołująca”] wniosła odwołanie od postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawiając następujące naruszenia:

Wobec wystąpienia szczególnej sytuacji, gdzie w obrocie prawnym funkcjonują dwie prawomocne decyzje administracyjne, których przedmiotem jest ten sam budynek hotelowo – gastronomiczny w Warszawie przy ul. Okopowej 65, z których 1) decyzja Prezydenta m. st. Warszawy z dnia 8 grudnia 1998 r. nr 688/N/98 legalizuje samowolę budowlaną w postaci 6-cio piętrowego budynku hotelowo – gastronomicznego a 2) decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla m. st. Warszawy z 29 lipca 2015 r. nr IIIOT/445/2015, znak PINB/IIIOT/JG/7353/7707/07 wydana jest w związku z brakiem legalizacji tej samej samowoli budowlanej i nakazuje rozebranie części budynku hotelowego obejmującej piętra od III do VI, gdzie wykonanie obydwu decyzji jest niemożliwe ze względu na ich sprzeczność, należy uznać, iż doszło do powstania zbiegu prawomocnych orzeczeń podważającego porządek prawny, prowadzącego do narażenia interesu publicznego na uszczerbek oraz podważającego zaufanie do organów Państwa. Wystąpienie wewnętrznej sprzeczności decyzji nr IIIOT/445/2015 stanowi również przesłankę do dokonania jej wykładni w sposób ograniczający zgodnie z art. 7a ust. 1 k.p.a.

Wobec powyższego na organie prowadzącym egzekucję spoczywa obowiązek doprowadzenia do zgodności opisu przedmiotu przetargu z obowiązującymi, podlegającymi wykonaniu, decyzjami administracyjnymi, a w przypadku wystąpienia sprzeczności pomiędzy decyzjami do jej usunięcia przed ogłoszeniem o zamówieniu w celu usunięcia naruszenia art. 7 ustawy Pzp i art. 7 Konstytucji RP w zw. z art. 180 ustawy Pzp.

Odwołująca zaskarżyła również rygorystyczne wymogi stawiane wykonawcom, jakimi jest wykonanie zamówienia w możliwie najkrótszym terminie po rozstrzygnięciu przetargu

(punkt II.8 ogłoszenia o zamówieniu wskazuje na 90 dni) i warunki oceny ofert, w których nadmiernie wysoki udział w ocenie oferty ma termin wykonania rozbiórki, pomimo że nie istnieją jakiegokolwiek przesłanki ustawowe nakazujące stosować tak wysoki udział czasu wykonania zlecenia. Odwołująca wskazała, że zaproponowane ograniczenia co do udziału wykonawców w wykonaniu zamówienia (punkt III.1.3 Zdolność techniczna lub zawodowa) i czasu wykonania zamówienia prowadzą do znacznego ograniczenia liczby podmiotów, które mogą podjąć się wykonania takiego zlecenia. Dodatkowo wskazała, że taki wymóg prowadzi do znacznego podniesienia ceny wykonania zamówienia co jak łatwo zauważyć, na podstawie dwóch poprzednio unieważnionych przetargów, prowadzi do nawet kilkukrotnego przekroczenia budżetu przeznaczonego przez wykonawcę na wykonanie zamówienia. Wskazała, że nawet, jeżeli przyjąć, że czas w wykonaniu zamówienia ma istotne znaczenie to za całkowicie niezrozumiałe należy uznać sztuczne przedłużanie czasu wykonania zamówienia przez PINB poprzez wielokrotne ogłaszanie przetargu z wyśrubowanymi warunkami wykonania umowy i następnie jego unieważnienie co doprowadziło do co najmniej 6 miesięcy opóźnienia w wyborze wykonawcy.

Nadto Odwołująca wskazała, iż w przypadku wyboru firmy prowadzącej rozbiórkę za niezasadny należy uznać warunek posiadania doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch rozbiórek o wartości 700 000 zł każda.

Wobec ww. zarzutów Odwołująca wniosła o nakazanie Zamawiającemu ustalenia przedmiotu zamówienia opisanego w załącznikach SIWZ w sposób, który będzie zgodny z obowiązującymi decyzjami administracyjnymi tzn. decyzją Prezydenta m. st. Warszawy z dnia 8 grudnia 1998 r. nr 688/N/98 i decyzją Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla m. st. Warszawy z 29 lipca 2015 r. nr IIIOT/445/2015, znak PINB/IIIOT/JG/7353/7707/07.

Odwołująca wniosła o zobowiązanie Zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia (zakresu robót rozbiórkowych) w sposób zgodny z treścią prawomocnej i obowiązującej decyzji Prezydenta m. st. Warszawy z dnia 8 grudnia 1998 r. nr 688/N/98 legalizującej samowolę budowlaną w postaci 6-cio piętrowego budynku hotelowo – gastronomicznego położonego przy ul. Okopowej 65 w Warszawie i sprzecznej z nią decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla m. st. Warszawy z 29 lipca 2015 r. nr IIIOT/445/2015, znak PINB/IIIOT/JG/7353/7707/07, nakazującą E. S. i K. S. w związku z „niepowodzeniem postępowania legalizacyjnego budynku” rozbiórkę pięter III – IV budynku hotelowo – gastronomicznego położonego przy ul. Okopowej 65 w Warszawie.

Jednocześnie Zamawiający winien dokonać wykładni treści decyzji w oparciu o nadrzędne akty prawne a w szczególności o art. 2 Konstytucji RP zapewniający ochronę praw słusznie nabytych oraz art. 64 Konstytucji RP zapewniającego ochronę własności oraz

w oparciu o art. 1 Protokołu 1 – Protokół nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzony w Paryżu dnia 20 marca 1952 r. oraz Protokół nr 4 do powyższej konwencji, sporządzony w Strasburgu dnia 16 września 1963 r. Odwołująca wskazała również, że wykładania decyzji administracyjnych musi opierać się na przepisach k.p.a. mających zastosowanie w postępowaniu administracyjnym związanym z wykonaniem decyzji, a w szczególności winien być stosowany przepis art. 7a § 1 k.p.a. do czego winien być zobowiązany Zamawiający.

Ponadto Zamawiający winien zmienić warunki wykonania zamówienia w sposób pozwalający na rozszerzenie grona potencjalnych wykonawców i wydłużenie czasu wykonania umowy, ze względu na zawinione przez PINB opóźnienie w wykonaniu zamówienia. W szczególności warunki wykonania zamówienia powinny przewidywać możliwość rozpoczęcia robót co najmniej 3 miesiące po zawarciu umowy w celu zapewnienia wystarczającego czasu na mobilizację sił wykonawczych i prowadzenie robót przez co najmniej 6 miesięcy z przerwami na okres poza sezonem budowlanym tzn. wyłączeniem prac w okresie od 1 grudnia do 31 marca. Wydłużenie okresu wykonania umowy pozwoli na lepsze zabezpieczenie w trakcie rozbiórki części budynku, który nie podlega rozbiórce.

Odwołująca wskazała, że dalece ważniejszym warunkiem wykazania zdolności technicznych, który wykonawca winien wykazać, winno być posiadanie doświadczenia w wykonaniu częściowych rozbiórek z zachowaniem pierwotnej funkcjonalności części budynku, która nie podlegała rozbiórce niekoniecznie za kwoty wskazane przez Zamawiającego. Działanie takie może doprowadzić do powstanie znacznej szkody u skarżącej poprzez sztuczne podniesienie kosztów wykonania prac, za które ostatecznie skarżąca będzie musiała zapłacić.

W uzasadnieniu odwołania Odwołująca wskazała, że uzyskała pozwolenie na budowę budynku hotelowo-gastronomicznego położonego w Warszawie przy ul. Okopowej 65 na podstawie decyzji z dnia 28 lipca 1994 roku nr 57/94 wydanej przez Architekta Dzielnicy Wola, Naczelnika Wydziału Architektury. Postanowieniem z dnia 5 maja 1997 roku nr 30/N/97 nakazano wstrzymanie robót budowlanych. Wobec wszczęcia procedury legalizacyjnej samowoli budowlanej Prezydent m.st. Warszawy wydał w dniu 23 września 1997 roku decyzję nr 587/N/97 zobowiązującą do wykonania inwentaryzacji budowlanej budynku hotelowo - gastronomicznego przy ul. Okopowej 65 w Warszawie. Po przedłożeniu inwentaryzacji w dniu 1 grudnia 1998 roku dokonano oględzin na terenie nieruchomości przy ul. Okopowej 65 w Warszawie i stwierdzono zgodność inwentaryzacji ze stanem faktycznym oraz że roboty budowlane nie są prowadzone. Wobec czego Prezydent m.st. Warszawy na podstawie art. 51 ust. 1a upb wydał decyzję z dnia 8 grudnia 1998 roku nr 688/N/98 udzielającą pozwolenia na wznowienie wstrzymanych postanowieniem nr 30/N/97 robót budowlanych na terenie

nieruchomości przy ul. Okopowej 65 w Warszawie (w sentencji decyzji wystąpił oczywisty błąd pisarski, gdyż podstawą do jej wydania był nie art. 51a upb jak wskazano w decyzji, gdyż przepis taki nie istniał, lecz art. 51 ust. 1a wprowadzony do upb ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy - Prawo budowlane, ustawy o zagospodarowaniu przestrzennym oraz niektórych ustaw Dz.U. 1997 Nr 111 poz. 726).

Zgodnie z zasadą *tempus regit actum* do analizy stanu prawnego, który decyzja z 8 grudnia 1998 roku ustaliła należy zastosować przepisy prawa w brzmieniu na dzień wydania decyzji. Wprowadzone ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. przepisy Prawa budowlanego były przez ustawodawcę zmieniane sześciokrotnie przed wydaniem decyzji w dniu 8 grudnia 1998 roku (ostatnia zmiana ustawy - ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej - w związku z reformą ustrojową państwa weszła w życie w dniu 1 stycznia 1999 roku, wobec czego nie miała wpływu na stan prawny obowiązujący w dniu wydania decyzji). W okresie od uchwalenia prawa budowlanego do dnia dzisiejszego ustawa była zmieniana 89 razy w tym Trybunał Konstytucyjny wydał 10 wyroków, których przedmiotem było upb. Bardzo dużym modyfikacjom w całym okresie obowiązywania ustawy podlegała procedura legalizacji samowoli budowlanej poczynając od stanu w sposób oczywisty naruszającego prawa podstawowe do ostatecznej konstrukcji procesu legalizacji, którą ustawodawca uznaje za zbyt sformalizowaną i szkodliwą dla właściwego funkcjonowania rynku nieruchomości i zamierza ją zmienić.

W grudniu 1998 roku wydanie decyzji udzielającej pozwolenia na wznowienie robót budowlanych wstrzymanych postanowieniem nadzorczym wynikającym z naruszenia istniejącego pozwolenia na budowę wiązało się z wszczęciem procedury legalizacyjnej, które była w sposób uproszczony uregulowana przez art. 48 do art. 53 upb. W szczególności na podstawie art. 50 ust. 1 pkt 3 upb zostało wydane przez właściwy organ postanowienie z dnia 5 maja 1997 roku nr 30/N/97 o wstrzymaniu robót budowlanych wykonywanych w sposób istotnie odbiegających od ustaleń i warunków określonych w pozwoleniu na budowę bądź w przepisach. Następnie na podstawie art. 51 ust. 1 pkt 2 upb właściwy organ wydał decyzję z dnia 23 września 1997 roku nr 587/N/97 określającą czynności jakie należy wykonać w celu doprowadzenia wykonywanych robót do stanu zgodnego z prawem i uzyskania pozwolenia na ich wznowienie oraz określającą termin w jakim czynności te należy wykonać. Organ wydając decyzję na podstawie art. 51 ust. 1 pkt 2 upb otworzył postępowanie legalizacyjne w przeciwieństwie do sytuacji, w której decyzja oparta na art. 51 ust. 1 pkt 1 upb nakazywałaby rozbiórkę całości lub części obiektu lub nakazywałaby zaniechanie w sposób trwały dalszych robót budowlanych - postanowienie wydane na podstawie art. 50 ust. 1 pkt 3 upb było środkiem tymczasowym, gdyż traciło ważność po upływie 2 miesięcy od jego doręczenia na podstawie art. 50 ust. 4 upb. W przypadku niewykonania obowiązków nałożonych decyzją nr 587/N/97 właściwy organ nakazywał zaniechanie dalszych robót bądź

rozbiorke obiektu lub jego części na podstawie art. 51 ust. 2 upb.

Wobec wykonania przez skarżącą obowiązków nałożonych na nią przez organ decyzją z dnia 23 września 1997 roku nr 587/N/97 zostały spełnione warunki pozwalające na uzyskanie pozwolenia na wznowienie robót. Prezydent m.st. Warszawy decyzją z dnia 8 grudnia 1998 roku nr 688/N/98 wydaną na podstawie art. 51 ust. 1a upb wobec doprowadzenia wykonywanych robót do stanu zgodnego z prawem wydał pozwolenia na ich wznowienie. Wobec treści art. 28 upb (stan na dzień 8 grudnia 1998 roku) roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę z zastrzeżeniem art. 29 i art. 30 upb. Wskazane w przepisie art. 29 i art. 30 upb określają listę prac budowlanych wyłączonych z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę i procedurę zgłoszenia budowy do właściwego organu. Zatem zgodnie z regulacją art. 28 upb *a contrario* decyzja Prezydenta m.st. Warszawy z dnia 8 grudnia 1998 roku nr 688/N/98 stanowi pozwolenie na budowę, gdyż prowadzenie prac budowlanych jest możliwe jedynie po uzyskaniu pozwolenia na budowę a wykonanie projektu budowlanego stanowiącego załącznik do tejże decyzji nie podlegało wyłączeniem z tego obowiązku na podstawie art. 29 i art. 30 upb. Ostatecznie, decyzja nr 688/N/98 stanowiła również decyzję legalizacyjną dla samowoli budowlanej i doprowadziła do nabycia przez E. i K. S. praw z tej decyzji wynikających w tym trwałości i ich niezmienności. W konsekwencji wobec prawomocności decyzji nr 688/N/98 jakakolwiek ingerencja w integralność budynku hotelowo - gastronomicznego przy ul. Okopowej 65 w zakresie objętym tą decyzją będzie stanowiła rażące, oczywiste i kwalifikowane naruszenie praw skarżącej i doprowadzi do powstania szkód wielkich rozmiarów w rozumieniu art. 115 § 7a k.k., za które odpowiedzialność będzie ponosił Skarb Państwa.

Kolejnym istotnym aspektem niniejszego postępowania jest jego wymiar represyjny w rozumieniu Konstytucji i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Postanowienie o wykonaniu zastępczym jak i decyzja o rozbiorce są działaniami władczymi Państwa mającymi charakter represyjny. Wykonanie decyzji i postanowień jako forma działania represyjnego, rodzącego odpowiedzialność finansową ubezpieczonego wobec Skarbu Państwa spełnia przesłanki stosowania przy jego wykładni art. 42 - 45 Konstytucji RP. W szczególności pojęcie odpowiedzialności karnej w orzecznictwie TK nigdy nie zostało zdefiniowane wprost. W licznych orzeczeniach TK wskazywał, że konstytucyjne gwarancje dotyczące tego rodzaju odpowiedzialności odnoszą się do wszystkich przepisów o charakterze represyjnym, czyli przepisów, których celem jest wymierzanie kar wobec jednostki, poddanie jednostki jakiegóż formie ukarania lub sankcji (wyroki TK z 8 lipca 2003 roku P 10/02, 26 listopada 2003 roku SK 22/02, 21 lipca 2007 roku P 33/05, 19 marca 2007 roku K 47/05, 8 stycznia 2008 roku P 35/06, 2 września 2008 roku K 35/06, 12 kwietnia 2011 roku P 90/08, 6 listopada 2012 roku K 21/11, 20 maja 2014 roku K 17/13, 3 czerwca 2014 roku K 19/11, 21 kwietnia 2015 roku P 40/13). Trybunał podkreślał, że: *przepisy art. 42 - 45, a także*

art. 78 Konstytucji znajdują zastosowanie do oceny nie tylko regulacji o stricte karnym charakterze, ale też odpowiednio do innych regulacji o represyjnym charakterze (wyrok TK z 19 marca 2007 roku K 47/05). Uzasadnieniem takiego zabiegu są względy aksjologiczne - chodzi o stworzenie jednostce odpowiednich gwarancji i zabezpieczenie jej praw, w postępowaniach które mają charakter represyjny (wyrok TK z 2 kwietnia 2015 roku P 40/13). Można uznać, że rozszerzenie w orzecznictwie TK zakresu stosowania normy konstytucyjnej *nullum crimen, nulla poena sine lege* stanowi odzwierciedlenie rozwoju doktryny praw człowieka i zmiany minimalnych standardów gwarancyjnych szeroko rozumianego prawa karnego (wykładnia i orzecznictwo za M. Safjan, L. Bosek rd. „Konstytucja RP Tom I Komentarz Art. 1 - 86, Duże Komentarze Becka”, C.H. Beck, Warszawa 2016). Kolejną normą konstytucyjną jest *in dubio pro reo*, której zastosowanie w niniejszym postępowaniu jest obowiązkiem każdego organu władzy.

Wobec wystąpienia wątpliwości związanych z wykładnią decyzji Powiatowego Inspektora Budowlanego dla m.st. Warszawy z 29 lipca 2015 roku nr IIIOT/445/2015 o częściowej rozbiórce budynku hotelowo-gastronomicznego ze względu na jej wewnętrzną sprzeczność należy do jej wykładni stosować art. 7a ust. 1 k.p.a. łącznie z art. 42 - 45, a także art. 78 Konstytucji RP. Zatem stanowisko wyrażone przez KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 10 kwietnia 2019 roku sygn. akt KIO 549/19, iż wewnętrzna sprzeczność występująca w decyzji rozbiórkowej winna być rozstrzygnięta na niekorzyść poddanego karze (tutaj skarżącej) stanowi oczywiste i kwalifikowane naruszenie praw podstawowych. Tak samo uchylenie się przez KIO od dokonania oceny prawnej skutków naruszenia ustaw przez PINB w związku z postępowaniem w sprawie zamówienia poprzez uznanie, że nie podlegają one kognicji KIO jest sprzeczne z art. 180 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co wynika z przedstawionej wcześniej wykładni tychże przepisów. KIO wydając orzeczenia nie może też uchylać się od pełnej oceny podnoszonych przez strony zarzutów prawnych i faktycznych nawet bez wskazania ich podstawy prawnej, gdyż w niniejszym postępowaniu zakres związania Sądu żądaniem skargi lub odwołania wynika z przepisów k.p.c. i zgodnie z uchwałą siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 2008 roku III CZP 49/07 - sąd odwoławczy nie jest związany zarzutami naruszenia prawa materialnego, jest związany zarzutami naruszenia prawa procesowego i z urzędu bada nieważność postępowania.

Tak samo rozstrzygnięcie na niekorzyść skarżącej sprzeczności występującej pomiędzy prawomocną decyzją legalizującą samowolę budowlaną z 1998 roku i decyzją o rozbiórce z 2015 roku stanowiłoby oczywiste i kwalifikowane naruszenie praw podstawowych strony postępowania. Wystąpienie sprzeczności pomiędzy prawomocnymi decyzjami administracyjnymi jak i np. wydanie decyzji bez podstawy prawnej jest sytuacją, w której sądy cywilne w tym KIO przestają być związane orzeczeniami administracyjnymi i winny dokonać samodzielnej oceny zagrożeń dla interesu publicznego, porządku prawnego

oraz zasad dokonywania wykładni powstających sprzeczności.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 30 października 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że Odwołująca się jest osobą nie uprawnioną do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp, której przysługują środki ochrony prawnej, gdyż nie jest Wykonawcą ani innym podmiotem, mającym interes w uzyskaniu danego zamówienia, który poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy i nie ubiega się o udzielenie zamówienia.

Definicję pojęcia wykonawcy wyraźnie reguluje art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, stanowiący, iż wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, ubiegająca się o udzielenie zamówienia publicznego, czyli de facto zamierzająca złożyć ofertę, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W tym przypadku żadna z powyższych przesłanek definicji wykonawcy nie ma zastosowania, gdyż bezsprzecznym jest, iż Odwołująca nie jest Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, nie zamierza złożyć oferty i zawrzeć z Zamawiającym umowy. Odwołująca się jest właścicielem budynku, zobowiązanym Decyzją Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla m.st. Warszawy Nr IIIOT/455/2015 z dnia 29 lipca 2015 r. do dokonania rozbiórki części budynku, stanowiącej przedmiot postępowania.

Konsekwencją nie wykonania obowiązku wynikającego z w/w Decyzji przez Odwołującą jest prowadzenie przez PINB dla m.st. W-wy postępowania egzekucyjnego w formie wykonania zastępczego za Zobowiązanego (Odwołującą), mającego na celu doprowadzenie do wykonania obowiązku przedmiotowej rozbiórki, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcie umowy z wybranym wykonawcą.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującej dotyczącego funkcjonowania w obrocie prawnym i sprzeczności Decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla m.st. Warszawy Nr 688/N/98 z dnia 08 grudnia 1998 roku z Decyzją Nr IIIOT/455/2015 z dnia 29 lipca 2015 r., wydaną przez w/w organ, oraz niezgodności treści w/w Decyzji z treścią opisu przedmiotu zamówienia, podkreślić należy, iż to wyłącznie Zamawiający ustala przedmiot zamówienia, który w przypadku prowadzenia postępowania na roboty budowlane określa się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Decyzje administracyjne wydane przez tut. organ nie stanowią części opisu przedmiotu zamówienia, ani żadnej innej dokumentacji w postępowaniu, nie są znane również żadnemu z potencjalnych wykonawców. W takim przypadku nie można zatem podnosić ich wzajemnej sprzeczności.

W świetle powyższego niezrozumiały jest zarzut podnoszący naruszenie art. 7 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego powyższy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w tym przypadku nie został w żadnym zakresie naruszony.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu Odwołującej dot. warunków udziału w postępowaniu stawianych wykonawcom, zauważyć należy, iż to Zamawiający określa te warunki tak, aby zapewnić w postępowaniu udział wykonawców, posiadających niezbędne i adekwatne doświadczenie w wykonywaniu robót objętych przedmiotem zamówienia.

Zamawiający nie może dopuścić do sytuacji, gdy w wyniku określenia zbyt niskich wymagań dot. doświadczenia wykonawców, umowa na rozbiórkę tak dużej części budynku zostanie zawarta z wykonawcą nie mającym doświadczenia w pracach o takim zakresie, gdyż mogłoby to zagrozić bezpieczeństwu części budynku, nie podlegającej rozbiórce. Niezrozumiały jest zatem zarzut Odwołującej, gdyż to właśnie Odwołującej, jako właścicielce budynku przeznaczonego częściowo do rozbiórki, powinno zależeć na tym aby rozbiórki dokonał Wykonawca posiadający jak największe doświadczenie.

Zamawiający zaznaczył, że z jednej strony Odwołująca skarży ograniczenie dostępu wykonawców do zamówienia poprzez postawienie - w ocenie Odwołującej - zbyt wysokich wymagań wykonawcom, a z drugiej strony - w dalszej części odwołania, podnosi, iż wykonawca powinien posiadać doświadczenie w wykonywaniu częściowych rozbiórek - co w tym właśnie przypadku ograniczyłoby dostęp wykonawców do zamówienia, a Zamawiającego naraziłoby na uzasadnione - w jego ocenie odwołania potencjalnych wykonawców.

Zamawiający nadmienił również, iż zarówno warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert ustalane są właśnie przez Zamawiającego, i w tym przypadku, biorąc pod uwagę wartość zamówienia oraz zakres prac, w żadnym zakresie nie naruszają przepisów ustawy Pzp, a zarzut podnoszony przez Odwołującą dotyczący ograniczenia kręgu Wykonawców ze względu na warunki udziału i kryteria oceny ofert jest bezpodstawny. W każdym z kolejno prowadzonych postępowań oferty składało co najmniej kilku wykonawców, co w przypadku tego konkretnego zamówienia o dość skomplikowanym charakterze (rozbiórka ręczna budynku) nie wskazuje na ograniczenie dostępu do udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do poniesienia przez Odwołującą ewentualnej szkody Zamawiający nadmienił, iż w tym przypadku Odwołująca może hipotetycznie ponieść szkodę jako właściciel budynku, którego rozbiórka jest przedmiotem postępowania. W sytuacji wystąpienia takiej ewentualnej szkody, będącej rezultatem wykonania prawomocnej Decyzji administracyjnej, Odwołująca może dochodzić swoich praw na drodze cywilnej. Zauważyć zatem należy, iż nie ma tu mowy o szkodzie w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Odwołująca uszczerbku w swoim interesie upatruje poza postępowaniem.

Uwzględniając powyższe, a przede wszystkim fakt, iż Odwołująca jest osobą nieuprawnioną do wniesienia odwołania i nie posiada interesu w jego wniesieniu w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (nie jest Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia) Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Zamawiający w dniu 17 października 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, nie przystąpił żaden wykonawca.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności, ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 października 2019 r.

Na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp Izba oddaliła wniosek Odwołującej o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z zakresu technologii budownictwa oraz organizacji i zarządzania budownictwa na okoliczność wpływu obecnych warunków zamówienia na ograniczenie konkurencji, podniesienie kosztów wykonania prac, powstania zagrożeń technicznych dla nierozbieranej części budynku i możliwości powstania szkody w wyniku niewłaściwego sformułowania warunków zamówienia, uznając że ww. dowód został powołany dla zwłoki. Ponadto zgodnie z art. 190 ust. 4 ustawy Pzp, Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

Izba wskazuje, iż ww. wniosek nie został przez Odwołującą w żaden sposób uzasadniony tak w treści odwołania, jak i w toku rozprawy przed Izbą. Z kolei w ocenie składu orzekającego Izby rozstrzygnięcie niniejszej sprawy możliwe było na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ i nie wymagało wiedzy specjalistycznej.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych, polegających na dokonaniu całkowitej rozbiórki części budynku usługowo-hotelowo restauracyjnego przy ul. Okopowej 65 w Warszawie wraz z opróżnieniem z wyposażenia i złożeniem do depozytu w magazynie.

Zgodnie z sekcją III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykazali, iż w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał* co najmniej dwie roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 700.000,00 zł brutto każda, które polegały na rozbiórce** obiektu kubaturowego o powierzchni min. 5.000 m³. Uwaga: * za wykonaną robotę budowlaną Zamawiający rozumie taką, która została zrealizowana w ramach danej umowy, tj. odebrana przez inwestora jako wykonana w sposób należyty, zgodnie z zasadami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona. Zamawiający zastrzega sobie prawo do ewentualnego sprawdzenia prawdziwości przedstawionych danych, które będą wyszczególnione w wykazie robót budowlanych złożonym przez Wykonawcę. **za rozbiórkę należy rozumieć wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, w tym charakterystycznych parametrów takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość szerokość bądź też ilość kondygnacji.

Kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: cena o wadze 60% oraz termin wykonania zamówienia o wadze 40%. Termin realizacji zamówienia wyznaczony został na maksymalnie 90 dni od daty podpisania umowy.

W dniu 28 października 2019 r. upłynął termin składania ofert. Zamawiający nie przedłużył terminu składania ofert w związku z odwołaniem wniesionym przez E. S..

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców, tj. 4BAU Sp. z o.o., R. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKO GRAND R. K., TREE Capital Sp. z o.o. oraz K. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.H.U. RECTOM K. T.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba wskazuje, że zarzuty dotyczące kryterium oceny ofert oraz terminu realizacji zamówienia nie mogły być przedmiotem rozpoznania Izby zważywszy na treść art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, jako że dotyczyły one czynności, które nie mieszczą się w katalogu czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, iż Odwołująca nie jest uprawniona do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zatem już z tego względu odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Przesłanki określone w ww. artykule muszą być spełnione łącznie. Z kolei stosownie do treści art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 10 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 549/19 oraz wyroku z 18 września 2019 r. sygn. akt: KIO 1722/19 dotyczące wykładni materialnoprawnych przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż legitymacja do wniesienia odwołania służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaze, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Ponadto norma prawna wskazuje na interes w uzyskaniu danego zamówienia, zatem wnoszący środek ochrony prawnej jest zobligowany wykazać, że obiektywnie ma potrzebę uzyskania danego zamówienia. Fakt posiadania przez odwołującego interesu, uprawniającego go do wniesienia odwołania, podlega badaniu w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. W przypadku stwierdzenia braku tej przesłanki, odwołanie podlega oddaleniu.

Oprócz interesu w uzyskaniu danego zamówienia, wykonawca, który korzysta ze środka ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązany jest wykazać, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. A zatem wykonawca, który zamierza skorzystać ze środków ochrony prawnej, musi wykazać, że chce lub chciał uzyskać dane zamówienie publiczne, a zamawiający swoim działaniem lub zaniechaniem niezgodnym z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, albo pozbawił go możliwości uzyskania tego zamówienia, albo w sposób istotny je utrudnił, w wyniku czego wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę. Szkada wykonawcy najczęściej polegać będzie na utracie korzyści wynikających z realizacji zamówienia.

W tym miejscu Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Odwołującej, która argumentowała, że w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcy w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisu rangi ustawowej w odniesieniu do każdej ustawy, którą zamawiający ma obowiązek przestrzegać. Abstrahując od faktu, iż

w niniejszym postępowaniu zastosowanie znalazł art. 180 ust. 2 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż wartość niniejszego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, Izba wskazuje, że z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wprost wynika, że środki ochrony prawnej uregulowane w Dziale VI ustawy Pzp przysługują określonym podmiotom w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, tj. ustawy Prawo zamówień publicznych. W art. 180 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ustawodawca zawarł natomiast dalsze ograniczenia w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej. Powyższe nie zmienia jednak istoty rzeczy, tj. że przedmiotem oceny Izby nie mogą być działania lub zaniechania zamawiającego w świetle przepisów innych, niż Prawo zamówień publicznych, ustaw, w szczególności Konstytucji RP oraz k.p.a. Argumentacja wykonawców referująca do przepisów innych ustaw, może pełnić funkcję uzupełniającą względem zarzucanego przez wykonawcę naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy Odwołująca wskazała, że pierwszy warunek, tj. posiadanie interesu, został spełniony pośrednio, co wynika wprost z treści prawomocnej decyzji PINB dla m. st. Warszawy z 29 lipca 2015 r. nakładającej obowiązek rozebrania pięter III do VI budynku hotelowego, co wynika wprost z art. 52 ustawy Prawo budowlane. Tym samym, w ocenie Odwołującej, do chwili, w której nie zostanie wydane postanowienie o wykonawstwie zastępczym, E. S. obok K. S., jako właścicielki budynku są jedynymi uprawnionymi i zobowiązanymi do wykonania tejże decyzji, czyli są z mocy decyzji wykonawcami usług będących przedmiotem zamówienia. Natomiast od momentu wydania postanowienia o wykonaniu zastępczym grono potencjalnych wykonawców ulega rozszerzeniu. Zdaniem Odwołującej, skoro PINB wydał w dniu 28 marca 2019 r. postanowienie o zastosowaniu wykonania zastępczego zobowiązania ciążącego na Odwołującej, które jest jednocześnie podstawą ogłoszenia o zamówieniu, to decyzja ta łącznie z przywołaną decyzją z 29 lipca 2015 r. rozstrzygają w sposób wiążący dla KIO o posiadaniu interesu w uzyskaniu zamówienia przez E. S.

Odnosząc się do przesłanki szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołująca wskazała, że w związku z naruszeniem prawa wynikającym z określenia przedmiotu przetargu w sposób sprzeczny z prawomocną i obowiązującą decyzją Prezydenta m. st. Warszawy z 8 grudnia 1998 r. nr 668/N/98, Odwołująca może ponieść szkodę majątkową wielkich rozmiarów polegającą na wyburzeniu budynku hotelowego o wartości ponad 30 000 000 zł powiększoną o koszty wyburzenia równe wartości zamówienia publicznego będącego przedmiotem przetargu.

Odnosząc się do powyższego Izba stwierdza, że w przedmiotowej sprawie, lektura treści odwołania prowadzi do wniosku, że na moment jego wniesienia, Odwołująca nie zamierzała ubiegać się o niniejsze zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest rozbiórka części obiektu budowlanego, będącego własnością Odwołującej. Odwołująca nie wskazywała

w treści odwołania, iż postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, które kwestionowała uniemożliwiały jej złożenie oferty, a nieuzyskanie zamówienia wiązałoby się z utratą korzyści wynikających z jego realizacji.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby p. E. S. jako właścicielka budynku przy ulicy Okopowej 65 w Warszawie zobowiązana do wykonania decyzji z 29 lipca 2015 r. nakładającej obowiązek rozebrania pięter III do VI budynku hotelowego, była z mocy decyzji administracyjnej wykonawcą usług będących przedmiotem zamówienia. To, że Odwołująca została zobowiązana na mocy decyzji administracyjnej do rozebrania części budynku przy Okopowej 65 w Warszawie, w żaden sposób nie powoduje, iż automatycznie uzyskuje ona status wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, iż stanowisko Odwołującej było niespójne w przedmiocie przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w kontekście zaprezentowanego na rozprawie stanowiska, iż decyzja z 29 lipca 2015 r. nr IIIOT/445/2015 winna zostać uchylona, a Odwołująca zamierza wnosić o stwierdzenie nieważności ww. decyzji (nakazującej rozbiórkę części budynku), co potwierdza, że nie była ona zainteresowana uzyskaniem niniejszego zamówienia, którego realizacja *de facto* godziła w jej interesy wykraczające poza niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do kwestii szkody wskazać należy, iż Odwołująca upatrywała szkody w realizacji niniejszego zamówienia polegającego na wyburzeniu części budynku hotelowego o znacznej wartości, którego jest właścicielką. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż w przypadku wystąpienia ewentualnej szkody, będącej rezultatem wykonania prawomocnej decyzji administracyjnej, Odwołująca może dochodzić swoich praw na drodze cywilnej. Zauważyć zatem należy, iż nie ma tu mowy o szkodzie w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Odwołująca uszczerbku w swoim interesie upatruje poza postępowaniem.

Ponadto Izba wskazuje, że pełnomocnik Odwołującej w toku rozprawy, odnosząc się merytorycznie do poszczególnych zarzutów, wskazując na ich nadmierny charakter, ograniczający w konsekwencji krąg potencjalnych wykonawców zamówienia, nie miał wiedzy, że w dniu 28 października 2019 r., upłynął już termin składania ofert w niniejszym postępowaniu oraz że w ww. terminie wpłynęły 4 oferty. Powyższe, w ocenie Izby, dodatkowo potwierdza, że w istocie Odwołująca nie zamierzała złożyć oferty w niniejszym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe stwierdzić należy, że Odwołująca nie wykazała, że jest uprawniona do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym niniejsze odwołanie zasługiwało na oddalenie, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu, a to z uwagi na okoliczność, iż hipotetycznie, pozytywna ocena zasadności zarzutów odwołania, nie zmieniłaby sytuacji prawnej Odwołującej.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący: