

WYROK

z dnia 12 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski
#x200e

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **9 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **18 października 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **VIK-BUD sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łasku**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Roboty budowlane polegające na przebudowie nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi, przy ul. Żeromskiego 88*

prowadzonym przez zamawiającego: **Izba Administracji Skarbowej w Łodzi**

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A.Aibuilding sp. z o.o. z siedzibą w Osieku Małym – po stronie Odwołującego

B.Nowator sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu: po pierwsze – unieważnienie wyboru oferty złożonej przez Nowator sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi, po drugie – wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie, że wykonał należycie w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej dwukrotnie roboty budowlane, polegające na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku, za każdym razem o wartości nie mniejszej niż 5 mln zł lub co najmniej raz roboty budowlane, polegające na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku, o wartości nie mniejszej niż 10 mln zł.

2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**.

2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **13965 zł 97 gr** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt pięć złotych dziewięćdziesiąt siedem groszy), na którą składają się koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonych wpisów od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Łodzi**

Uzasadnienie

Izba Administracji Skarbowej w Łodzi {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. *Roboty budowlane polegające na przebudowie nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi, przy ul. Żeromskiego 88*.

Ogłoszenie o tym zamówieniu 30 kwietnia 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 536302-N-2020.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

13 października 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Nowator sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi {dalej: „Nowator” lub „Przystępujący”}.

18 października 2020 r. (pismem z tej daty) VIK-BUD sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łasku {dalej również: „Vik-Bud” lub „Odwołujący”} wniosła w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechania wezwania Nowatora do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, a także art. 91 ust. 1 ustawy pzp w sposób mający istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Wezwania Nowatora w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów – wykazu robót, w którym wskazane zostaną wykonane przez Nowatora roboty budowlane zgodne z pkt 1 ppkt 2.1.3. rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych robót.

3. Ponowne badanie ofert po uzupełnieniu przez Nowatora dokumentów lub ich nieuzupełnieniu w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący zrelacjonował w szczególności następujące okoliczności.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 2121/20 nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i ustalenie, czy Nowator spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 1 ppkt 2.1.3. rozdziału V SIWZ. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że Zamawiający winien rozpoznać, z zastosowaniem mechanizmów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp, czy przytoczone przez Odwołującego argumenty są zasadne. Izba poinformowała Zamawiającego, że w tym celu może zwrócić się do wykonawcy i innych podmiotów, w tym do inwestora, na którego rzecz były wykonywane roboty budowlane kwestionowane przez Odwołującego, i na podstawie uzyskanych

informacji dokonać stosownych ustaleń.

Zamawiający w wykonaniu powyższego wyroku pismem z 9 października 2020 r. wezwał Nowatora do przedłożenia jednoznacznej dokumentacji potwierdzającej, że wskazane w wykazie robót (załącznik nr 7 do SIWZ) roboty budowlane wykonane na rzecz Uniwersytetu Medycznego w Łodzi były przebudową bądź rozbudową budynku.

W odpowiedzi z 12 października 2020 r. Nowator:

- wskazał, że ponieważ celem wymiany kanałów instalacji oddymiania w budynku A1 na terenie CKD było dostosowanie instalacji oddymiania do wymagań norm PN-EN 1507:2007 i PN-78/B10440 (co potwierdza to dokumentacja przetargowa), co doprowadziło do zmiany parametrów technicznych obiektu budowlanego, była to przebudowa;
- załączył szereg dokumentów (umowy wraz z aneksami, protokołów odbioru robót, faktur, SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia), które zostały już uprzednio przedstawione na rozprawie 30 września 2020 r. jako dowody w ramach postępowania odwoławczego zakończonych powyżej wskazanym wyrokiem.

Odwolujący zrelacjonował również, że Zamawiający innym pismem z 9 października 2020 r. zwrócił się do Uniwersytetu Medycznego w Łodzi jako inwestora o jednoznaczne wskazanie, czy wykonane przez Nowatora roboty, poświadczone dokumentem nr BIT/25/2020 z 02.07.2020 r., były przebudową budynku w myśl Prawa budowlanego, wykonaną w oparciu o aktualne pozwolenie na budowę.

W odpowiedzi z 13 października 2020 r. inwestor wskazał, że: pozwolenie na użytkowanie ma charakter warunkowy, roboty wykonane przez Nowatora były realizowane w części objętej warunkowym pozwoleniem na użytkowanie i poza nią i były realizowane w celu uzyskania bezwarunkowego pozwolenia na użytkowanie, każdy z etapów był poddany odrębnemu odbiorowi, obiekt CKD jest w dalszym ciągu w trakcie budowy na podstawie pozwolenia na budowę z 12 października 1980 r. ze zm, UM podpisał kolejny kontrakt realizacyjny w ramach tego samego pozwolenia na budowę – co zdaniem kierownika Działu Realizacji Inwestycji ma świadczyć o tym, że roboty wykonane przez Nowatora są przebudową w myśl Prawa budowlanego.

Zdaniem Odwołującego dokumentacja złożona przez Nowatora Zamawiającemu nie czyni zadość jego wezwaniu, gdyż brak w niej podstawowego dokumentu, który potwierdzałby rodzaj robót budowlanych (budowa, rozbudowa czy przebudowa budynku), w postaci projektu budowlanego przebudowy budynku czy chociażby projektu budowlanego przebudowy instalacji oddymiającej w użytkowanym budynku.

W przekonaniu Odwołującego takich dokumentów dla tych robót budowlanych nie było, podobnie jak dziennika budowy, co wynika z pkt 3.2. SIWZ, zgodnie z którym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja obejmująca: opis przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SIWZ, kosztorys nakładczy – załącznik nr 2 SIWZ, dokumentacja powykonawcza budynków A1 i A2 poziomy 03-9 – załącznik nr 2.1 do SIWZ.

Z kolei z treści wezwania wystosowanego do UM wynika, że Zamawiający nie miał już wątpliwości co do tego, że roboty wykonane przez Nowatora nie były budową lub rozbudową budynku, gdyż pytał wyłącznie o przebudowę. Przy czym Zamawiającemu chodziło o aktualne pozwolenie na budowę w zakresie przebudowy budynku, a nie w zakresie jego budowy.

Według Odwołującego w odpowiedzi brak jest jednoznacznego wskazania, czy roboty budowlane wykonane przez Nowatora były przebudową budynku wykonaną na podstawie aktualnego pozwolenia na budowę, gdyż poruszone w piśmie kwestie są bez znaczenia w kontekście dokonanej konkluzji, w której nie określono nawet, czy miałyby to być przebudowa budynku czy przebudowa instalacji oddymiającej wewnątrz użytkowanego budynku.

Odwolujący zauważył, że art. 29 ust. 1 pkt 27 Prawa budowlanego (w brzmieniu obowiązującym na dzień zawarcia umowy pomiędzy Nowatorem a Uniwersytetem Medycznym w Łodzi – t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1202) wprowadza wiele zwolnień z obowiązku wykonania robót budowlanych w oparciu o pozwolenie na budowę, ale nie w zakresie budowy lub przebudowy instalacji wentylacyjnych (do takich zalicza się też instalacja oddymiająca) wewnątrz użytkowanego budynku. Przy czym w przekonaniu Odwołującego w tym przypadku nie mogło chodzić o budowę instalacji oddymiającej w użytkowanym budynku CKD, gdyż ta została wybudowana przed 2013 r. wraz z tym budynkiem.

Zdaniem Odwołującego skoro wymiana kanałów oddymiających w budynku CKD odbyła się bez projektu budowlanego przebudowy instalacji oddymiającej oraz bez pozwolenia na budowę (przebudowę), nie była przebudową instalacji oddymiającej wewnątrz użytkowanego budynku CKD, nie była też przebudową budynku CKD w myśl art. 3 pkt 7a) Prawa budowlanego. Natomiast roboty te stanowiły remont, naprawę instalacji oddymiającej niewypełniającej norm: PN-EN 1507:2007 i PN-78/B10440. Ponieważ wybudowane w ramach pozwolenia na budowę z 1980 r. kanały oddymiające w momencie obowiązkowej kontroli dokonywanej przed wydaniem pozwolenia na użytkowanie, okazały się nieszczerne i nie spełniały powyżej wskazanych norm, nadzór budowlany wydał warunkowe pozwolenie na użytkowanie, wskazując jednocześnie termin na dostosowanie instalacji oddymiającej do tych norm. Roboty budowlane wykonane przez Nowatora wypełniały dyspozycję art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego, który stanowi, że należy przez to rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Odwolujący sprecyzował, że skoro parametry techniczne budynku w zakresie jego oddymiania zostały określone w projekcie budowlanym budowy budynku CKD, nie sposób przyjąć, że projekt ten nie przewidywał zgodności instalacji oddymiającej z normami. Natomiast nieodebranie budynku bezwarunkowo świadczy jedynie o tym, że kanały oddymiające zostały wykonane wadliwie lub wskutek upływu czasu uległy rozszczelnieniu przed 2013 r. kiedy to nadzór budowlany dokonał negatywnej oceny w tym zakresie. Szczelności kanałów oddymiających. Nie jest możliwe, aby dokonano zmiany parametrów technicznych budynku użyteczności publicznej (szpitala) bez pozwolenia na przebudowę tego budynku, szczególnie w zakresie instalacji oddymiającej, której przebudowa w użytkowanym budynku wymaga pozwolenia na budowę i uzgodnienia projektu budowlanego przebudowy pod względem ochrony przeciwpożarowej. Natomiast dostosowanie instalacji oddymiającej do obowiązujących norm nie stanowi zmiany parametrów technicznych budynku określonych w projekcie budowlanym, tylko naprawienie złe wykonanej pierwotnie instalacji lub przywrócenie jej utraconych wskutek upływu czasu parametrów, które nie uległy zmianie w stosunku do projektu budowlanego (uległyby zmianie np. gdyby w budynku nieposiadającym instalacji oddymiającej wskutek jego przebudowy wbudowano taką instalację). Wymiana kanałów oddymiających przez Nowatora nie zmieniła stanu pierwotnego budynku CKD, gdyż umiejscowienie kanałów oddymiających nie uległo zmianie w stosunku do dokumentacji powykonawczej budynku, która stanowiła jeden z dokumentów opisujących przedmiot zamówienia wykonany przez Nowatora. Zastosowanie innych wyrobów (kanałów, wentylatorów itp.) niż użyte pierwotnie nie zmieniło statusu tych robót jako remontu obiektu budowlanego.

Do postępowania odwoławczego w tej sprawie zgłosili przystąpienia następujący wykonawcy:

- Albuilding sp. z o.o. z siedzibą w Osieku Małym – po stronie Odwołującego,
- Nowator sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Łodzi – po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania powyższych zgłoszeń w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom tego postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do niedopuszczenia przystępujących do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego, zasygnalizowany w przystąpieniu i rozwinięty w piśmie z 6 listopada 2020 r., o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 pzp, czyli jako dotyczącego, po pierwsze – wyłącznie tych samych okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie poprzedniego odwołania Odwołującego w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego Odwołującego, po drugie – czynności, którą Zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z 2 października 2020 r. sygn. akt KIO 2121/20, KIO 2167/20.

Izba ustaliła na podstawie treści powyżej wskazanego wyroku wraz z uzasadnieniem, co następuje.

W poprzedniej sprawie (prowadzonej pod sygn. akt KIO 2121/20) Izba uwzględniła odwołanie wniesione przez Vik-Bud i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert, w tym ustalenie, czy Nowator Spółka spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale V pkt 1 ppkt 2.1.3. SIWZ (zob. pkt 1. sentencji).

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący braku wykazania przez Nowatora w wykazie robót, że roboty budowlane, które wskazał, były budową, przebudową lub rozbudową budynku.

W ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego wątpliwości co do tego, jaki był charakter prac wykonanych przez Nowatora, wymagały wyjaśnienia, gdyż Odwołujący przytoczył szereg argumentów, które Zamawiający winien rozpoznać z zastosowaniem mechanizmów przewidzianych ustawą pzp, w tym w art. 26 ust. 3 i 4. Izba wskazała, że w tym celu Zamawiający może zwracać się zarówno do wykonawcy, jak i innych podmiotów, żądając stosownych wyjaśnień, w tym m.in. jest uprawniony do dokonania ustaleń na podstawie chociażby informacji uzyskanych od inwestora, na rzecz którego roboty zostały wykonane.

Wg Izby z okoliczności sprawy wynikało, że Zamawiający nie prowadził żadnych ustaleń w zakresie podniesionym w odwołaniu tzn. mimo że je uwzględnił w wyjaśnieniu swojego stanowiska wskazał jedynie na fakt, że przystępujący Nowator przedstawił roboty, które nie zostały ukończone. Zamawiający uwzględnił zatem tę część zarzutu, która *de facto* została przez Izbę oceniona w tamtej sprawie jako niezasadna. Natomiast Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w ogóle nie odniósł się do tej argumentacji, która dotyczyła tego, że wykazane przez Nowatora roboty budowlane nie są przebudową budynku.

Izba wskazała, że w postępowaniu odwoławczym oceniane są czynności zamawiającego oraz zaniechania czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy pzp. Izba nie może natomiast wyręczać zamawiającego w dokonaniu kompleksowej oceny oferty wykonawcy. Rolą Izby jest ustalenie, czy czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu zostały przez niego właściwie wykonane, względnie – czy zamawiający zasadnie zaniechał dokonania innych czynności w postępowaniu. W tym ostatnim przypadku, w zależności od dokonanych ustaleń, Izba może nakazać zamawiającemu wykonanie czynności niesłusznie zaniechanych.

Izba podsumowała, że Zamawiający obowiązany jest ponownie ocenić ofertę Nowatora pod kątem ustalenia, czy wykazane przez niego roboty budowlane były przebudową budynku, a po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w tym zakresie oraz po dokonaniu ponownej oceny Zamawiający obowiązany będzie podjąć dalsze czynności, w zależności od dokonanych ustaleń (zob. str. 15.-16. uzasadnienia).

Izba stwierdziła, że wniosek o odrzucenie odwołania Vik-Bud w tej sprawie jest bezzasadny, gdyż powyżej ustalone okoliczności nie wypełniają hipotezy normy z art. 189 ust. 1 pkt 4 pzp (wyłącznie te same okoliczności, które były już przedmiotem rozpoznania) ani hipotezy normy z art. 189 ust. 1 pkt 5 pzp (czynność wykonana przez zamawiającego zgodnie z treścią wyroku), które mają uniemożliwić wystąpienie w obrocie sytuacji ponownego orzekania w tej samej instancji o tym samym, stanowiąc urzeczywistnienie w postępowaniu odwoławczym wywodzącej się z procedury cywilnej zasady powagi rzeczy osądzonej (*res iudicata*).

Zamawiający unieważnił wybór oferty Nowatora, a następnie wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 pzp do przedstawienia jednoznacznej dokumentacji na potwierdzenie, że roboty budowlane wykonane przez niego na rzecz Uniwersytetu Medycznego w Łodzi były przebudową lub rozbudową budynku. Wyłącznie ta czynność może być poczytywana w rozumieniu art. 189 ust. 1 pkt 5 pzp za wykonaną zgodnie z treścią przywołanego powyżej wyroku. Natomiast dokonane następnie przez Zamawiającego w oparciu o otrzymane w wyniku tego wezwania pozytywne weryfikacje spełniania przez Nowatora warunku udziału w postępowaniu i ponowny wybór jego oferty jako najkorzystniejszej stanowią zupełnie nowe czynności Zamawiającego. Z oczywistych względów Izba w poprzednim wyroku nie mogła antycypować, jaki będzie skutek nakazanego wezwania, czyli, czy i jakie dokumenty przedstawi Nowator i w jaki sposób zostaną one ocenione przez Zamawiającego.

Z kolei Vik-Bud wniósł odwołanie, co prawda podnosząc w większości analogiczne argumenty jak poprzednio, ale w odniesieniu do rezultatu tych nowych czynności, co oznacza, że nie są to wyłącznie te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w poprzednim wyroku w rozumieniu art. 189 ust. 1 pkt 4 pzp.

Stanowisko Przystępującego jest nie do zaakceptowania, gdyż prowadziłoby do wniosku, że rezultat nowej czynności przeprowadzonej w postępowaniu przez Zamawiającego jest niezaskarżalny, pomimo że Izba w poprzednim wyroku nie mogła i nie przesądziła, jak Zamawiający ma ocenić spełnianie przez Nowatora warunku udziału w postępowaniu, a tym bardziej nie mogła i nie nakazała ponownego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania

Zdaniem Zamawiającego uzyskał, zarówno od Przystępującego, jak i bezpośrednio od Uniwersytetu Medycznego w Łodzi (dalej również: „UM”), potwierdzenie, że roboty wykonane przez Przystępującego, na które powołał się w swoim wykazie w tym postępowaniu, stanowiły przebudowę w rozumieniu Prawa budowlanego, co UM ponownie potwierdził w piśmie z 20.10.2020 r. złożonym na posiedzeniu przez Odwołującego.

Odwołujący pomija okoliczność, że pierwotne pozwolenie na budowę z 1980 r. było wielokrotnie aktualizowane adekwatnie do zmian dokumentacji projektowej.

W zakresie instalacji oddymiania, najprawdopodobniej zanim została ona wykonana bądź po jej wykonaniu a przed wystąpieniem o pozwolenie na użytkowanie, na tyle zmieniły się przepisy, że inspektor nadzoru budowlanego w ramach warunkowego pozwolenia na użytkowanie nakazał jej dostosowanie do aktualnych wymagań technicznych w tym zakresie. Tym samym stała się konieczna przebudowa tej instalacji.

Dla Zamawiającego i dla tej sprawy nie ma znaczenia, jakie konkretnie parametry i w jakim zakresie instalacji oddymiania uległy zmianie, ważne jest, że doszło do takiej zmiany parametrów użytkowych, tzn. miała miejsce przebudowa tej instalacji.

Przystępujący Nowator również wniósł o oddalenie odwołania, a w złożonym na posiedzeniu piśmie z 6 listopada 2020 r. zawarł w szczególności następujące okoliczności faktyczne i argumentację.

Przystępujący zrelacjonował, że zgodnie z opisem w postępowaniu nr ZP/26/2P/2019 prowadzonym przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi przedmiot zamówienia obejmował: 1) roboty budowlane w postaci wymianu kanałów, polegające na demontażu starych kanałów oddymiających, demontażu obudów tych kanałów, wykonaniu kanałów wentylacji pożarowej w technologii płyt ognioodpornych Promatect L 500, montażu nowych klap ppoż., wpięciu w system ppoż., odtworzeniu ścian i sufitów podwieszanych, malowaniu ścian (pkt 1 pkt 1.1); 2) wykonanie wymiany kanałów instalacji oddymiania w taki sposób, aby instalacja oddymiania w budynku A1 Centrum Kliniczno-Dydaktycznego spełniała wymagania norm PN-EN 1507:2007 i PN-78/B10440 (pkt 2 pkt 1.4).

Z kolei zawarta umowa nr ZP/26/2P/2019 zawierała m.in. poniższe postanowienia: 1) zobowiązanie wykonawcy do ustanowienia kierownika budowy (§ 4 ust. 1); 2) wskazanie, że obiekt CKD stanowi cały czas teren budowy, na którym obowiązuje regulamin placu budowy (§ 5 ust. 9); 3) zobowiązanie wykonawcy zgłaszającego gotowość do odbioru do przedłożenia oświadczenia kierownika budowy jak w art. 57 Prawa budowlanego (§ 11 ust. 5 lit. b), przy czym w art. 57 ust. 1 pkt 2 lit a Prawa budowlanego chodzi o oświadczenie kierownika budowy o zgodności wykonania obiektu budowlanego z projektem budowlanym lub warunkami pozwolenia na budowę oraz przepisami.

Przystępujący podał również następujące okoliczności faktyczne dotyczące Centrum Kliniczno-Dydaktyczne Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, które wg niego znajdują potwierdzenie w pismach tej uczelni z 30 września i 13 października 2020 r., gdzie stwierdza się wprost, że roboty wykonane przez Nowatora były przebudową w myśl Prawa Budowlanego:

- jest ono w trakcie budowy realizowanej na podstawie pozwolenia na budowę nr 343/80 z 12 października 1980 r.;
- budynek A1 posiada warunkowe pozwolenie na użytkowanie w zakresie 2/3 szerokości i 2/3 wysokości;
- Nowator zarówno w użytkowanej, jak i nieużytkowanej części budynku A1 wykonywał roboty budowlane konieczne dla uzyskania przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi bezwarunkowego pozwolenia na użytkowanie tego budynku dzięki zmianie jego parametrów technicznych na zgodne z obowiązującymi przepisami w zakresie ochrony przeciwpożarowej.

Przystępujący sprecyzował, że udzielone w 2013 r. warunkowe pozwolenie na użytkowanie części budynku A1 CKD zgodnie z art. 59 ust. 2 Prawa budowlanego określało roboty budowlane, jakie jeszcze muszą zostać wykonane, w tym właśnie roboty, które wykonał Nowator.

Według Przystępującego z powyższego opisu oraz zakresu zrealizowanych prac wyszczególniony w kosztorysach powykonawczych w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że roboty budowlane wykonane przez Nowatora stanowiły przebudowę.

Po pierwsze – w wyniku realizacji robót budowlanych instalacja oddymiania w budynku A1 została dostosowana do wymagań wskazanych wyżej norm, co doprowadziło do zmiany parametrów technicznych obiektu, o której mowa w definicji przebudowy zawartej w art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego, gdyż należy przez nią rozumieć również zmianę odporności przeciwpożarowej (Przystępujący powołał się tu na Naczelny Sąd Administracyjny, który w wyroku z 4 marca 2010 r. sygn. akt II OSK 493/09 wskazał, że parametrem użytkowym i technicznym będą wszelkie wielkości wyrażane w jednostkach miary czy też wagi elementów użytkowych, takich jak dach, okna, schody oraz technicznych, takich jak ciężar konstrukcji czy odporność przeciwpożarowa, które występują w przypadku danego obiektu budowlanego).

Po drugie – skoro te roboty budowlane obejmowały wykonanie nowych elementów (kanałów wentylacji pożarowej w technologii płyt ognioodpornych Promatect L 500 i montażu nowych klap ppoż.), nie może być już mowy tylko i wyłącznie o odtworzeniu stanu pierwotnego, co wyklucza zakwalifikowanie jako remontu (Przystępujący powołał się fragment uzasadnienia wyroku Izby z 14 lipca 2017 r. sygn. akt KIO 1306/17, w którym Izba prace polegające na dodaniu nowych elementów budynku uznała za przebudowę).

Przystępujący podsumował, że zrealizowane przez niego roboty budowlane:

- objęte są inwestycją w postaci budowy Centrum Kliniczno-Dydaktycznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, i realizowane były w oparciu o pozwolenie na budowę i projekt budowlany;
- miały na celu dostosowanie instalacji oddymiania do powyżej wskazanych norm wiązały się z dodaniem nowych elementów, doprowadziły do zmiany odporności przeciwpożarowej obiektu budowlanego, czyli do zmiany parametrów technicznych obiektu budowlanego;

Przystępujący podał również, że:

- realizował prace w 7 etapach, z których każdy podlegał odrębnemu odbiorowi (w piśmie wyszczególniono poszczególne protokoły z podaniem etapów, daty podpisania i wartości robót), przy czym do terminu składania ofert wyznaczonego na 1 czerwca 2020 r. godz. 10 prawidłowo zostały wykonane i ukończone roboty budowlane składające się na etapy 1-6 o wartości łącznej 12.502.290,58 zł;
- 15 czerwca 2020 r. podpisany został bezusterkowy protokół odbioru częściowego prac obejmujących etap 7 oraz prace na kondygnacjach nieużytkowych, a łączna wartość prac osiągnęła kwotę 14.650.754,19 zł.

Dla Przystępującego oczywiste jest, że wykonane przez niego powyżej opisane roboty budowlane spełniają warunek udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej obowiązujący w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

W imieniu przystępującego po stronie Odwołującego nikt się stawiał na posiedzenie i rozprawę, pomimo otrzymania zawiadomienia o terminie ich przeprowadzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego do postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, a wybór oferty Przystępującego pomimo niewykazania przez niego spełniania warunku udziału w postępowaniu, pozbawia

Odwolującego możliwości uzyskania tego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z brzmieniem rozdziału V pkt 1. pkt 2.1. ppkt 3) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”): *W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mogą brać udział jedynie wykonawcy, którzy (...) Spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) zdolności technicznej lub zawodowej – Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia powyższy warunek, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 5 000 000,00 zł brutto (słownie: pięć milionów złotych 00/100), dla każdej z wykonanych robót lub co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie bądź rozbudowie budynku o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100).*

Przy czym zgodnie z brzmieniem uwagi zamieszczonej bezpośrednio pod powyższym postanowieniem: *w przypadku robót budowlanych (umów) będących w trakcie wykonywania, Wykonawca winien podać ich wartość tylko w zakresie już zrealizowanym (tj. od dnia rozpoczęcia realizowania roboty, do upływu terminu składania ofert) – wartości tych umów nie mogą być mniejsze niż wymagane przez Zamawiającego.*

Powyższa treść warunku została potwierdzona przez Izbę w wyroku z 2 października 2020 r. sygn. akt KIO 2121/20, KIO 2167/20 (w pierwszej z tych spraw toczącej się pomiędzy tymi samymi Stronami i Przystępującym), od którego w sprawie o sygn. akt KIO 2121/20 nie została wniesiona skarga, a zatem stał się on prawomocny i ostateczny.

Nowator dla wykazania spełnienia powyższego warunku wskazał w wykazie robót roboty budowlane polegające na wymianie części pionów w kondygnacjach 02-09 kanałów oddymiających w budynku A1 CKD w Łodzi przy ul. Pomorskiej 251, przy czym z treści załączonej referencji z 20 maja 2020 r. wynika, że wykonane 90% robót, zamówionych przez Uniwersytet Medyczny w Łodzi, jest częścią zakresu budowy inwestycji Centrum Kliniczno-Dydaktycznego realizowanej w oparciu o pozwolenie na budowę nr 343/80 z 12 października 1980 r. z późniejszymi zmianami.

Jak to już ustalono powyżej w ramach ustaleń na potrzeby rozpoznania wniosku o odrzucenia odwołania:

- wyrokiem w sprawie o sygn. akt KIO 2121/20 Izba uwzględniła poprzednie odwołanie Odwołującego i nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert, w tym ustalenie, czy Nowator spełnia powyższy warunek udziału w postępowaniu, gdyż uznała za uzasadniony zarzut dotyczący braku wykazania przez Nowatora w wykazie robót, że roboty budowlane, które wskazał, były budową, przebudową lub rozbudową budynku (w ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego wątpliwości co do tego, jaki był charakter prac wykonanych przez Nowatora, wymagały wyjaśnienia, gdyż Odwołujący przytoczył szereg argumentów, które Zamawiający winien rozpoznać z zastosowaniem art. 26 ust. 3 i 4 pzp);

- w wykonaniu powyższego wyroku Zamawiający unieważnił poprzedni wybór oferty Nowatora, a następnie wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 pzp do przedstawienia jednoznacznej dokumentacji na potwierdzenie, że roboty budowlane wykonane przez niego na rzecz Uniwersytetu Medycznego w Łodzi były przebudową lub rozbudową budynku;

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Nowator przesłał pismem z 12 października 2020 r. następujące dokumenty: a) oświadczenie Uniwersytetu Medycznego w Łodzi z 7 września 2020 r., b) Umowę nr ZP/26/2P/2019 wraz z aneksami 1-4, c) opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu ZP/26/2P/2019, d) kosztorys (etap I i II); e) protokół odbioru częściowego z 06.11.2019 r.; f) fakturę VAT nr 15/VFS/11/2019, g) fakturę korygującą nr 19-FKS/0003; h) fakturę VAT S/0097/11/2019, i) potwierdzenie przelewu z 12.11.2019 r., j) kosztorys (etap III + 2 piony), k) protokół odbioru częściowego z 12.12.2019 r.; l) fakturę VAT nr 16/FVS/12/2019, m) fakturę korygującą nr 19-FKS/0004; n) fakturę VAT nr S/0216/12/2019; o) potwierdzenie przelewu z 18.12.2019 r., p) kosztorys (etap IV 2 piony); q) protokół odbioru częściowego z 20.12.2019 r., r) fakturę VAT nr 17/FVS/12/2019; s) fakturę VAT S/0352/12/2019, t) potwierdzenie przelewu z 02.02.2020 r.; u) kosztorys (etap V 5 pionów), v) protokół odbioru częściowego z 06.02.2020 r., w) faktura VAT nr 1/FVS/2/2020, x) fakturę VAT nr S/0103/03/2020, y) przelew z 09.03.2020 r., z) kosztorys (2 kanały z etapu V, wymiana klap etapu I i II, wymiana wentylatorów z etapu 6 i montaż klap z etapu VII), aa) protokół odbioru częściowego z 13.03.2020 r.; bb) fakturę VAT nr 3/FVS/3/2020, cc) fakturę VAT nr S/0001/04/2020, dd) potwierdzenia przelewów z 10 i 24.04.2020 r., ee) kosztorys (etap VII), ff) protokół odbioru częściowego z 15.06.2020 r., gg) fakturę VAT nr 4/FVS/6/2020, hh) fakturę korygującą nr 20-FKS/0001, ii) fakturę VAT nr S/0181/06/2020, j) potwierdzenia przelewów z 19.06.2020 r., kk) specyfikację istotnych warunków zamówienia dla postępowania ZP/100/2019.

Ponadto w piśmie Nowator zawarł wyjaśnienia w następującym brzmieniu:

Przez „przebudowę” zgodnie z przepisem art. 3 pkt 7a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 z późn. zm.) należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji.

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr ZP/26/2P/2019 – pkt 1 ppkt 1.1 – wymiana kanałów polegała na demontażu starych kanałów oddymiających, demontażu obudowanych kanałów, wykonaniu kanałów wentylacji pożarowej w technologii płyt ognioodpornych Promatect L 500, montażu nowych klap ppoż., wpięciu w system ppoż., odtworzeniu ścian i sufitów podwieszanych, malowaniu ścian.

Z kolei zgodnie z pkt 1 ppkt 1.4 Ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe wymiana kanałów instalacji oddymiania miała być wykonana w taki sposób, aby instalacja oddymiania w budynku A1 Centrum Kliniczno-Dydaktycznego spełniała wymagania norm PN-EN 1507:2007 i PN-78/B10440.

Robota budowlana „Wymiana kanałów instalacji oddymiania w budynku A1 na terenie CKD w Łodzi przy ul. Pomorskiej” doprowadziła tym samym do zmiany parametrów technicznych obiektu budowlanego, w konsekwencji czego stanowiła przebudowę.

Nadmienić należy nadto, że obiekt CKD Uniwersytetu Medycznego w Łodzi jest w dalszym ciągu w trakcie budowy realizowanej na podstawie pozwolenia na budowę nr 343/80 z dnia 12 października 1980 r., co potwierdza rozdział 3 pkt 3.2 ppkt 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ZP/100/2019.

W wykonaniu powyższego wyroku Zamawiający zwrócił się w innym piśmie z 9 października 2020 r. do UM w Łodzi z prośbą o wskazanie, czy wykonywane na rzecz tego ostatniego roboty budowlane przez Nowatora były przebudową w myśl Prawa budowlanego (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 ze zm.), w oparciu o aktualne pozwolenie na budowę.

W odpowiedzi w piśmie z 13 października 2020 r. (o treści niemal identycznej z pismem z 7 września 2020 r., które stanowiło załącznik do powyższych wyjaśnień Nowatora), kierownik Działu Realizacji Inwestycji Biura Inwestycyjno-

Technicznego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, oświadczył, jak niżej:

1. Posiadane przez obiekt CKD od 2013r. pozwolenie na użytkowanie ma charakter warunkowy i dotyczy części obiektu obejmującej 2/3 szerokości budynku A1 bez najwyższych kondygnacji.
2. Roboty budowlane realizowane w ramach kontraktu ZP/26/2P/2019 wykonywane były zarówno w części CKD objętej warunkowym pozwoleniem na użytkowanie jak i poza nią.
3. Roboty budowlane realizowane w ramach kontraktu ZP/26/2P/2019 były niezbędne dla uzyskania bezwarunkowego pozwolenia na użytkowanie obiektu CKD w części w której były realizowane w użytkowanym już zakresie, jak i w przyszłości pozwolenia na użytkowanie w pozostałej części, a ich wykonanie po zakończeniu realizacji innych prac objętych warunkami, umożliwi Zamawiającemu uruchomienie procedury w zakresie uzyskania bezwarunkowego pozwolenia na użytkowanie, użytkowanej części.
4. Każdy z etapów prac realizowanych w ramach kontraktu ZP/26/2P/2019 stanowił odrębną i niezależną od pozostałych etapów część podlegającą odrębnym odbiorom.
5. Obiekt CKD jest w dalszym ciągu w trakcie budowy realizowanej na podstawie pozwolenia na budowę, a Uniwersytet Medyczny w Łodzi właśnie podpisał kolejny kontrakt na realizację dalszych prac budowlanych z konsorcjum Warbud S.A. Budomał R. L. w ramach budowy CKD realizowanej na podstawie pozwolenia na budowę nr 343/80 z dnia 12 października 1980 r z późniejszymi zmianami, o wartości ponad 350 milionów złotych (zamówienie ZP/100/2019).

Wobec powyższego, należy stwierdzić, że robota budowlana wykonywana przez firmę Nowator Sp. z o.o. Sp. k. ul. Brukowa 28.91-341 Łódź, poświadczona dokumentem nr BIT/251/2020 z dnia 2 lipca 2020r., jest przebudową w myśl ustawy z dnia 7 lipca 1994r. – Prawo Budowlane (t.j. Dz.U z 2020 r. poz. 1333 ze zm.).

Izba stwierdziła, że Nowator nie przedstawił Zamawiającemu jednoznacznej dokumentacji na potwierdzenie, że wykonane przez niego roboty budowlane stanowiły przebudowę lub rozbudowę budynku A1 Centrum Kliniczno-Dydaktycznego {w skrócie: „CKD”} Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, a tym samym nie uczynił zadość wezwaniu Zamawiającego, które stanowiło wykonanie wyroku Izby. Skoro już w poprzedniej sprawie odwoławczej Odwołujący wskazał wszystkie podniesione również w tej sprawie argumenty, co stało się podstawą uwzględnienia odwołania, obowiązkiem Przystępującego było rzeczowe odniesienie się do nich. Zamiast tego Przystępujący złożył wymijające wyjaśnienia oraz szereg dokumentów, w przytaczającej większości bez znaczenia dla kwestii, która miała przez niego zostać jednoznacznie wyjaśniona.

Skoro niesporne jest, że roboty w zakresie instalacji oddymiającej wymagały (i nadal wymagają) według Prawa budowlanego uzyskania pozwolenia na budowę, w odniesieniu takich robót wykonanych przez Nowatora w budynku A1 CKD są dwie możliwości: albo były one wykonywane w ramach pierwotnego pozwolenia na budowę z 1980 r. (z uwzględnieniem jego zmian), albo w oparciu o odrębne pozwolenie na przebudowę tej instalacji. Stąd wezwanie Zamawiającego, który zmierzał do ustalenia, czy roboty wykonane przez Nowatora stanowiły przebudowę w myśl Prawa budowlanego, czyli zostały przeprowadzone w oparciu o aktualne pozwolenie na budowę.

Następnie, skoro Przystępujący nie wskazał odrębnego pozwolenia na budowę dla wykonanych przez siebie robót ani nie wynika to z załączonych do wyjaśnień dokumentów (s.i.w.z. dla postępowania, w wyniku którego UM w Łodzi zawarł z Nowatorem umowę w sprawie tamtego zamówienia publicznego), wykonywanie przez niego roboty musiałby być wykonywane w oparciu o pierwotne pozwolenie na budowę.

Jednakże nie wynika z tego wniosek, że roboty te stanowiły przebudowę budynku w rozumieniu Prawa budowlanego, a odmienne zapatrywanie Przystępującego (i osoby, która wypowiedziała się w imieniu UM w Łodzi) opiera się li tylko na powołaniu się na definicję przebudowy w oderwaniu od okoliczności faktycznych dotyczących wykonanych przez Nowatora robót budowlanych. Z definicji przebudowy zawartej w art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego wprost wynika, że w jej wyniku następuje zmiana niezasadniczych parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, co w oczywisty sposób wskazuje, że przebudowa może dotyczyć obiektu budowlanego, który już istniał, czyli został wybudowany. Tymczasem poza wszelkim sporem jest okoliczność, że budowa budynku A1 trwa nadal, a budynek ten jedynie w części został dopuszczony do użytkowania pod warunkiem m.in. doprowadzenia instalacji oddymiania do stanu technicznego zgodnego z aktualnymi w tym zakresie normami. Oznacza to, że roboty budowlane służące temu celowi składają się *de facto* na proces budowy budynku A1 CKD UM w Łodzi. Budynek szpitala należy bowiem do kategorii budynków, dla których według art. 55 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego konieczne przed przystąpieniem do ich użytkowania konieczne jest uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Z kolei wg art. 59 ust. 2 Prawa budowlanego organ nadzoru budowlanego może w pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego określić warunki użytkowania tego obiektu albo uzależnić jego użytkowanie od wykonania, w oznaczonym terminie, określonych robót budowlanych, co właśnie w tym przypadku miało miejsce.

Niezależnie od powyższych uwarunkowań faktycznych, skoro poza wszelkim sporem jest, że na upływ terminu składania ofert roboty budowlane wykonywane przez Nowatora nie były ukończone, nie mogła zostać wykonana przebudowa w rozumieniu Prawa budowlanego, gdyż nie został jeszcze osiągnięty efekt w postaci zmiany parametrów, na co powoływał się Nowator. Natomiast biorąc pod uwagę przytoczoną powyżej treść pisma Przystępującego i jego oświadczenie na rozprawie za niesporne należy uznać, że najwcześniej nastąpiło to dopiero 15 czerwca 2020 r.

Niesporne było również, że Nowator nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp na potwierdzenie powyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W tej sprawie Zamawiający przedwcześnie uznał, że Nowator wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i zaniechał koniecznego w okolicznościach tej sprawy wezwania go w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów, co powinno polegać na wskazaniu innych niż dotychczas wykonanych przez Nowatora robót budowlanych odpowiadających w pełni treści warunku określonego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W szczególności zaznaczyć należy, że z żadnego przepisu ustawy pzp ani rozporządzenia o dokumentach nie wynika, aby twierdzenia podmiotu, na rzecz którego było wykonywane zamówienie, miały charakter rozstrzygający i nie podlegały wszechstronnej

ocenie prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponieważ zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 pzp ma charakter wtórny i nie opiera się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych, jest on o tyle zasadny, o ile potwierdził się zasadniczy zarzut odwołania, który miał wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy pzp miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis oraz koszty zastępstwa przez Izbą i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby (potwierdzone złożonymi do zamknięcia rozprawy rachunkami), orzeczono w pkt 2. sentencji stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. a oraz b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając nimi Zamawiającego.