Sygn. akt KIO 2622/23

WYROK
z dnia 20 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams
Protokolant:Aldon Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 5 września 2023 r. przez wykonawcę **PAGMA-BUD Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi,**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Państwową Uczelnię Zawodową im. Ignacego Mościckiego w Ciechanowie,**

przy udziale wykonawcy **Rembud Sp. z o.o., z siedzibą w Przasnyszu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Państwowej Uczelni Zawodowej im. Ignacego Mościckiego w Ciechanowie unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy PAGMA-BUD Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Państwową Uczelnię Zawodową im. Ignacego Mościckiego w Ciechanowie** i:

2.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę **PAGMA-BUD Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi** wpis od odwołania w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) oraz koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy);

2.2.zasądza od zamawiającego **Państwowej Uczelni Zawodowej im. Ignacego Mościckiego w Ciechanowie** na rzecz wykonawcy **PAGMA-BUD Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2023 r., poz. 1605 ze zmianami) 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:
……

Sygn. akt: KIO 2622/23

UZASADNIENIE

W dniu 5 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PAGMA - BUD Sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Państwowa Uczelnia Zawodowa Im. Ignacego Mościckiego w Ciechanowie (dalej „Zamawiający") naruszenie w postępowaniu na Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową budynku. Inwestycja realizowana jest w formule „zaprojektuj i wybuduj" w ramach zadania pn.: „Rozbudowa budynku dydaktycznego WNoZiNS przy ul. Wojska Polskiego 51 w Ciechanowie" (dalej „Postępowanie"):

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jest jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i złożył wszystkie dokumenty wymagane w SWZ

Odwołujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego i dokonanie ponownej oceny i badania ofert, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w przedmiocie zaprojektowania i wykonania robót budowlanych związanych z rozbudową budynku dydaktycznego. W postępowaniu ofertę złożył Odwołujący, przy czym w chwili obecnej, po odrzuceniu wykonawcy REDIREM oferta Odwołującego znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu za Wykonawcą REMBUD, którego ofertę Zamawiający wybrał w dniu 31.08.2023 r. jako najkorzystniejszą, zaś ofertę Odwołującego Zamawiający odrzucił.

Zamawiający w Roz. VIII SWZ ustanowił, że warunki udziału w postępowaniu spełniają wykonawcy, którzy wykażą doświadczenie w szczególności:

- w zakresie projektowania: w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał minimum dwa zadania polegające na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej na budowę/ rozbudowę/ przebudowę budynku o kubaturze min. 2500 m³, poparte dokumentami (dowodami) potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Doświadczenie musi być poparte dokumentami (dowodami) potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane w sposób należyty.

Uwaga: Pod pojęciem roboty budowlanej / usługi wykonanej należy rozumieć robotę budowlaną / usługę zrealizowaną (rozpoczętą i zakończoną) z których co najmniej jeden budynek został ukończony i odebrany do użytkowania.

Zamawiający uzna również doświadczenie Wykonawcy, które zostało nabyte podczas realizacji robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj", jeżeli będzie spełniało warunki udziału w postępowaniu, określone powyżej.

Odwołujący wskazał, że w wyniku ponownej oceny i badania ofert Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 21.07.2023 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożył stosowny wykaz – załącznik 4a na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, jak również załączył do niego referencje.

W wykazie usług Odwołujący powołał się na dwa zadania wykonane przez siebie w formule zaprojektuj i wybuduj tj.

- poz. 1 usługa dla Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Wojskowej Akademii Medycznej w Łodzi;
- poz. 2 usługa dla Instytutu Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 2.08.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w dalszym zakresie:

1. wyjaśnień, uzupełnień, usunięcia błędów do Załącznika 4a do SWZ - Zamawiający żąda złożenia wyjaśnień z zakresu wykazu wykonanych usług kompleksowej dokumentacji projektowej. Zamawiający wymagał w SWZ, rozdział VIII pkt 4, przedstawienia wykonania minimum dwóch zadań polegających na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej na budowę/ rozbudowę/ przebudowę budynku o kubaturze min. 2500 m³, poparte dokumentami (dowodami) potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Firma Pagma – Bud Sp. z o.o. w złożonych dokumentach powołuje się na opracowania dokumentacji projektowej w zakresie:

„Przebudowy oddziału klinicznego Pulmonologii Ogólnej i Onkologicznej oraz Kliniki Reumatologii z pododdziałem Chorób Wewnętrznych" – wykonana dokumentacja dotyczy przebudowy oddziału (części budynku) w istniejącym już budynku szpitala;

„Modernizacja i doposażenie Kliniki Położnictwa Perinatologii i Ginekologii – Blok porodowy w instytucie Centrum Zdrowia Matki Polski w Łodzi" – dokumentacja wykonawcza na podstawie projektu budowlanego dotyczy modernizacji istniejącego oddziału w funkcjonującym szpitalu, nie zaś budowy/rozbudowy/przebudowy budynku.

Ponadto, przedłożone dokumenty wskazują kubatury całości budynków, w których prace były wykonane, a nie kubatury tych części obiektów (oddział, blok), których faktycznie dotyczyły wykonane usługi. Stąd, w tym zakresie również Zamawiający wzywa do złożenia odpowiednich dokumentów wskazujących na kubatury, których faktycznie usługi dotyczyły.

Zamawiający podkreśla, że zgodnie z zapisami SWZ, rozdział VIII pkt.4, wykaz usług w zakresie projektowania ma dotyczyć pojęcia budynku w rozumieniu Prawa budowlanego z dnia 7 lipca 1994 r. oraz opracowania kompletnej dokumentacji projektowej, nie tylko dokumentacji wykonawczej.

2. złożenia decyzji wydanych przez właściwy organ administracji publicznej potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu: dotyczy warunku „z których co najmniej jeden budynek został ukończony i odebrany do użytkowania" z wykazu robót budowlanych- załącznik nr 4 oraz wykazu usług projektowych – załącznik 4a.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na ww. wezwanie pismem z dnia 10.08.23 r. złożył obszerne wyjaśnienia i uzupełnienia, jak również złożył ponownie wykaz usług – załącznik 4a doprecyzowując w nim informacje, w szczególności oświadczył dla każdej z dwóch usług, że budynek był ukończony i odebrany do użytkowania, co znajduje wprost odzwierciedlenie w treści załączonego do pisma wykazu usług. Odwołujący załączył również do wykazu dwie decyzje administracyjne Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w przedmiocie umorzenia postępowania administracyjnego – dla poz. 1 decyzję nr 150/2023v oraz dla poz. 2 decyzję nr 741/2021. Z każdej decyzji wynikało, że zakresem robót była przebudowa a nie budowa budynku. Organ ustalił, że wobec tego nie mają zastosowania przepisy dotyczące wydania pozwolenia na użytkowanie na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Budowlane (dalej ustawa PB), ani art. 54 ust. 1 ustawy PB, zgodnie z którym do użytkowania można przystąpić po zawiadomieniu organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy o ile organ nie zgłosi sprzeciwu.

W dniu 31.08.2023 r. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazując, że: Przedstawione dokumenty nie obejmują swoim zakresem usługi projektowej budynku w rozumieniu

Prawa budowlanego ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. z których co najmniej jeden budynek został ukończony i odebrany do użytkowania. Przedłożone przez Wykonawcę decyzje Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Łodzi o nr 150/2023 oraz 741/2021 nie obejmują pozwolenia na użytkowanie, w kontekście usług projektowych Wykonawcy – załącznik 4a do SWZ.Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu sformułował oczekiwanie wykazania wykonania takich usług projektowych, których prawidłowe wykonanie zostało potwierdzone pozwoleniem na użytkowanie. Z powziętą decyzją Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza.

Odwołujący podkreślił, że skoro Zamawiający dopuścił w warunku udziału w postępowaniu nie tylko wykazanie usług projektowych związanych z budową, ale również przebudową budynku, jak również nie wymagał decyzji pozwolenia na użytkowanie a jedynie, aby budynek był zakończony i odebrany do użytkowania to nie było podstaw do uznania, że Odwołujący warunku nie spełnia. W ocenie Odwołującego postawiony warunek należało rozumieć zgodnie z ustawą Prawo Budowlane, które przewiduje różne tryby odebrania do użytkowania, przy czym wydanie pozwolenia na użytkowanie jest tylko jednym z możliwych. Żądanie pozwolenia na użytkowanie dla robót polegających na przebudowie, które nie wymagają wydania decyzji administracyjnej jest pozbawione logiki i stanowi ograniczenie w stosunku do literalnej treści warunku a zmiana treści SWZ po terminie składania ofert jest nie dopuszczalna.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w piśmie do Zamawiającego z 10.08.2023 r., iż Zamawiający powinien był dokonać oceny spełniania warunku doświadczenia w zakresie wymogu odebrania do użytkowania wyłącznie na podstawie oświadczenia własnego wykonawcy jakim jest wykaz usług wraz z dowodem potwierdzającym należytą realizację usługi, zaś żądanie decyzji administracyjnej potwierdzającej ten fakt nie miało podstawy prawnej i jako takie było nadmierne i nie zasadne, a w konsekwencji z faktu nie złożenia tego dokumentu nie można wyciągać negatywnych wobec wykonawcy skutków prawnych.

W zakresie interpretacji warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący wskazał, że zasadniczą przyczyną zakwestionowania decyzji Zamawiającego jest błędna wykładania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego. Warunek udziału w zakresie usług dotyczył bowiem wykonania minimum dwóch zadań polegających na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej na budowę/ rozbudowę/ przebudowę budynku o kubaturze min. 2500 m³, przy czym pod pojęciem roboty budowlane/usługi wykonanej należało rozumieć robotę/usługę zrealizowaną (rozpoczętą i zakończoną) z których co najmniej jeden budynek został ukończony i odebrany do użytkowania.

W ocenie Odwołującego pierwsza część warunku udziału nie pozostawia wątpliwości. Zamawiający dopuszczał wykazanie się zarówno projektami w zakresie budowy, jak i rozbudowy oraz przebudowy budynku. W tym zakresie niewątpliwie, obydwie wskazane w załączniku 4a inwestycje stanowiły przebudowę, co zostało stwierdzone wprost w decyzjach administracyjnych załączonych przez wykonawcę do pisma z dnia 10.08.2023 r. wraz z uzupełnionym wykazem i w tym zakresie Zamawiający nie kwestionował powołanych usług, uznając jak się wydaje przebudowę jako jedną z możliwych opcji spełniania warunku udziału.

Zamawiający wskazał również w SWZ drugi element warunku, iż wykonana usługa miała być rozpoczęta i zakończona a co najmniej jeden budynek został zakończony i odebrany do użytkowania. Z tak postawionego wymagania Zamawiający wyciągnął błędne wnioski i stwierdził na etapie oceny i badania ofert, iż konieczne było wykazanie posiadania decyzji administracyjnej pozwolenia na użytkowanie. O taką decyzję Zamawiający bezpodstawnie (o czym mowa dalej) wzywał wykonawcę w toku postępowania. Warunek nie odnosił się do uzyskania decyzji administracyjnej pozwolenia na użytkowanie. Zamawiający wymagał jedynie by budynek został ukończony i odebrany do użytkowania.

W ocenie Odwołującego, żądanie wykazania dla budynku projektowanego decyzji pozwolenia na użytkowanie było nie zasadne z uwagi na to, że Zamawiający dopuszczał również przebudowę budynku a nie jedynie jego budowę, zaś dla przebudowy i niektórych robót polegających na budowie taka decyzja nie jest wymagana prawem. Stąd, w ocenie Odwołującego, Zamawiający zastosował postanowienie bardziej elastyczne i wymagał ukończenia i odbioru do użytkowania budynku.

W tym miejscu Odwołujący wskazał na regulacje Prawa Budowlanego.

Zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo Budowlane, jeśli mowa o budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Z kolei w myśl art. 3 pkt 7a ustawy Prawo Budowlane mówiąc o przebudowie - należy przez to 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; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego.

W ocenie Odwołującego analizując regulacje ustawy Prawo Budowlane można wyodrębnić trzy tryby oddania budynku do użytkowania:

1. Tryb zawiadomienia organu o zakończeniu budowy – zgodnie z art. 54 wymagane jest jedynie, gdy było wymagane pozwolenie na budowę albo zgłoszenie budowy – wówczas organ wydaje zaświadczenie o braku sprzeciwu

lub może wydać decyzję w przedmiocie sprzeciwu.

2. Tryb wydania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – zgodnie z art. 55, gdy obiekt należy do określonej kategorii lub zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 49 ust. 5 albo art. 51 ust. 4 lub przystąpienie do użytkowania ma nastąpić przed wykonaniem wszystkich robót.
3. Tryb odrębny – gdy żadna z ww. przesłanek nie zachodzi, odebranie do użytkowania odbywa się przez inwestora bez notyfikacji organowi nadzoru budowlanego i bez decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.

Odwołujący wskazał, że przepisy art. 54 i 55 Prawa budowlanego mają więc zastosowanie wyłącznie w przypadkach, w których inwestycja dotyczy budowy w rozumieniu art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego (tj. wykonywania obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowy, rozbudowy i nadbudowy obiektu budowlanego), a nie innych robót budowlanych (art. 3 pkt 7 Pb), takich jak prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. W takich przypadkach nie ma podstaw do wydania pozwolenia na użytkowanie. Powyższe stwierdził wprost organ w wydanych decyzjach załączonych do wykazu usług przez Odwołującego. Decyzja administracyjna pozwolenia na użytkowanie jest więc wymagana wyłącznie w trybie przewidzianym w art. 55 ustawy PB. Możliwe jest więc wybudowanie budynku w innych niż wskazane w tym przepisie sytuacjach lub jego przebudowa a wówczas taka decyzja nie jest wymagana.

W ocenie Odwołującego, skoro Zamawiający dopuścił wykazanie usługi dotyczącej nie tylko budowy budynku, ale również jego przebudowy to nie można było rozumieć wymagania, że co najmniej jeden budynek został zakończony i odebrany do użytkowania w ten sposób, że konieczne było uzyskanie decyzji administracyjnej pozwolenia na użytkowanie w trybie art. 55 ustawy PB. Takie rozumienie ograniczałoby de facto warunek wyłącznie do usług projektowych budowy budynku o szczególnych warunkach, wynikających z tego przepisu, wykluczając możliwość wykazania przebudowy czy pozostałych robót na budowę budynku innych niż wskazane w ww. przepisie.

Skoro wykonanie przebudowy skutkowało tym, iż budynek został zakończony i odebrany do użytkowania przez Inwestora należało uznać, że wykonawca spełnia tak postawiony warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wymagał, by dla wykonanej inwestycji było uzyskane pozwolenie na użytkowanie w trybie art. 55 PB a mimo to, na etapie oceny i badania ofert zmienił w sposób nie uprawniony treść SWZ i wyeliminował na tej podstawie wykonawcę. Zmiana warunku udziału wynika wprost z wezwania do złożenia decyzji administracyjnej kierowanego do Odwołującego, jak również została wprost wyrażona w piśmie z odrzuceniem oferty Odwołującego, gdzie Zamawiający wskazał:

Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu sformułował oczekiwanie wykazania wykonania takich usług projektowych, których prawidłowe wykonanie zostało potwierdzone pozwoleniem na użytkowanie.

Pomijając kwestię, że w świetle SWZ nie było wymagane pozwolenie na użytkowanie należy również dostrzec inny absurd ww. konkluzji. Pozwolenie na użytkowanie jako decyzja administracyjna, po pierwsze odnosi się do wykonanego budynku a nie do wykonanych robót czy usług projektowych. Stąd ocenie podlega de facto efekt tych prac. Po drugie zaś, takie pozwolenie nigdy nie stanowiłoby dokumentu potwierdzającego prawidłowe wykonanie usługi projektowej, której niewykazanie zarzucił Zamawiający Odwołującemu.

Co do zasady, to nie biuro projektowe jest odpowiedzialne za wykonawstwo robót i nie ma wpływu na efekt wykonywanych robót. Oczywiście, w sytuacji zadania zaprojektuj i wybuduj wykonawca bierze odpowiedzialność za projekt i wykonawstwo jednak również wtedy nie sposób uznać, by pozwolenie na użytkowanie mogło stanowić dowód należytej realizacji usługi projektowej, gdyż jak wskazano wyżej decyzja ta odnosi się do oceny budynku a nie czynności wykonawcy.

Na uwagę zasługuje również, iż działanie Zamawiającego jest nie konsekwentne i godzi w zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż uznał, że przedstawione przez niego dokumenty nie obejmują budynku, który został ukończony i odebrany do użytkowania z powodu braku pozwolenia na użytkowanie jednak nie wyciągnął konsekwencji wobec wykonawcy REMBUD, który również nie posiadał dla wskazanej przez siebie inwestycji decyzji pozwolenia na użytkowanie.

Odwołujący podkreślił ponownie, że ustawa PB przewiduje 3 tryby oddania do użytkowania:

1. Oddanie do użytkowania po zawiadomieniu Organu – odbywa się na podstawie art. 54 ustawy PB - wymagane jest wówczas zgłoszenie o zakończeniu robót a brak sprzeciwu organu umożliwia użytkowanie i również w tej sytuacji nie ma podstawy wydania decyzji pozwolenia na użytkowanie. Organ wydaje wówczas zaświadczenie o braku sprzeciwu.
2. Oddanie do użytkowania po uzyskaniu decyzji pozwolenia na użytkowanie – odbywa się na podstawie art. 55 ustawy PB – decyzja taka jest wymagana wyłącznie dla budowy budynku, gdy spełnione są okoliczności określone w tym przepisie.
3. Oddanie do użytkowania bezpośrednio inwestorowi – gdy nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 54 i 55 ustawy PB, z czym mamy do czynienia np. przy przebudowie budynku.

Zdaniem Odwołującego, do zasady budowa budynku nie wymaga wydania pozwolenia na użytkowanie, chyba że

zachodzą okoliczności wymienione w art. 55 ww. ustawy, zaś przebudowa budynku nigdy nie wymaga wydania takiej decyzji.
W ocenie Odwołującego z SWZ wynikało, iż budynek, dla którego wykonano usługi miał być zakończony i oddany do użytkowania w jednym z dopuszczalnych prawem trybów, zaś na etapie oceny ofert, w stosunku do Odwołującego Zamawiający zmienił jego rozumienie uznając, że możliwe jest wyłącznie wykazanie usługi, dla której zastosowano tryb 2, wymagający decyzji administracyjnej.
Odwołujący wskazał, że dokonując kwalifikacji podmiotowej wykonawcy REMBUD, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, Zamawiający nie zastosował tak restrykcyjnego rozumienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca REMBUD dla usługi wskazanej w poz. 1 wykazu, dotyczącej budowy przedszkola w Warszawie załączył bowiem zaświadczenie, o którym mowa w art. 54 ustawy PB w przedmiocie braku sprzeciwu w sprawie przystąpienia do użytkowania, co wskazuje, iż powołana inwestycja była realizowana w trybie 1. Wykonawca ten nie przedłożył decyzji administracyjnej, o której mowa w art. 55 ustawy PB, a więc pozwolenia na użytkowanie, ponieważ w tej sytuacji nie była ona w ogóle wymagana prawem.
W ocenie Odwołującego, gdyby więc uznać rozumienie warunku, jakie zaprezentował Zamawiający wobec Odwołującego należałoby uznać, że również REMBUD nie spełnia warunku udziału, gdyż budynek zaprojektowany przez wykonawcę został oddany do użytkowania w innym trybie niż Zamawiający oczekiwał tj. bez decyzji administracyjnej pozwolenia na użytkowanie. Różnica w usłudze wskazanej przez Odwołującego i wykonawcę REMBUD polegała jedynie na tym, że Odwołujący wykazał zaprojektowanie przebudowy budynku a REMBUD zaprojektowanie budowy budynku. Jednak żadna z robót nie wymagała wydania decyzji pozwolenia na użytkowanie, której obecnie oczekuje Zamawiający. Sprowadzenie warunku udziału wyłącznie do wymagania robót zakończonych taką decyzją oznaczałoby jego zawężenie wyłącznie do budowy budynku i to budowy specyficznej, spełniającej założenia zawarte w art. 55 ustawy PB, czego Zamawiający w SWZ nie wyraził, a wręcz przeciwnie dopuścił również przebudowę.
Dodatkowo Odwołujący wskazał, że poza rozważaniami dotyczącymi interpretacji warunku doświadczenia pozostaje jeszcze w ocenie Odwołującego aspekt formalny tej sprawy. Wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia decyzji pozwolenia na użytkowanie należy bowiem ocenić jako nadmierne i nie znajdujące podstawy prawnej, a co za tym idzie nie było skuteczne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak takiego dokumentu. Wezwanie dotyczyło bowiem żądania dokumentów innych niż te wymienione w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) a wymaganie złożenia takiej decyzji nie wynikało z SWZ.
Stosownie do §9 ust. 1 ww. Rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty;
2) wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy;

Wymienione w ww. Rozporządzeniu podmiotowe środki dowodowe stanowią katalog zamknięty, odmiennie od katalogu przedmiotowych środków dowodowych, który jest otwarty. Wobec tego Zamawiający nie ma podstawy prawnej oczekiwania jakichkolwiek innych dokumentów aniżeli wykazu robót i usług i dowodów potwierdzających ich należytą realizację. Nie jest więc uprawnione żądanie dokumentów takich jak decyzje administracyjne o pozwoleniu na użytkowanie czy inne dokumenty potwierdzające parametry dotyczące kubatury przebudowy budynków wskazanych w

wykazie. W tym zakresie Zamawiający może jedynie poprzestać na ocenie informacji zawartych w wykazach robót i usług, które wykonawca złożył, a z których wynikają wszelkie wymagane informacje, a następnie Zamawiający powinien się upewnić, że zadania te zostały wykonane należycie na podstawie referencji załączonych jako stosowne dowody.
Odwołujący zwrócił uwagę na jednolite w tym względzie orzecznictwo, zgodnie z którym to wykaz zrealizowanych zamówień stanowi dokument potwierdzający spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zaś dowody typu referencje czy protokoły odbioru stanowią jedynie potwierdzenie należytej realizacji zadań. Z dowodów tych nie muszą wynikać wszystkie elementy warunku udziału w postępowaniu, jak np. to czy budynek został oddany do użytkowania. Tym bardziej Zamawiający nie ma podstaw, by żądać innych dokumentów, z których dane te by wynikały.
W świetle powyższego wyroku, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wymagał w SWZ, aby wykonawcy złożyli jakiekolwiek inny dokument niż wykaz usług i dowody potwierdzające ich należytą realizację, co również wskazuje na bezpodstawność odrzucenia oferty Odwołującego. Odrzucenie oferty możliwe jest jedynie w ściśle określonych prawem sytuacjach, które dodatkowo Zamawiający zobowiązany jest należycie wykazać w podstawie odrzucenia jako uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności.
Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazuje zaś na niespójność Zamawiającego, który uczynił jako podstawę prawną odrzucenia przepis nieadekwatny do sytuacji, a więc art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przesłanki tego przepisu nie zaistniały, po pierwsze z tego powodu, że treść oferty w rozumieniu przedmiotowego zakresu jest zgodna z SWZ i w ogóle nie budziła ona wątpliwości Zamawiającego w toku badania i oceny ofert. Po drugie analiza treści uzasadnienia faktycznego prowadzi do wniosku, że intencją Zamawiającego było dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b lub c, gdyż skupia się ono na braku uzupełnienia decyzji pozwolenia na użytkowanie dla obiektów wskazanych w wykazie usług referencyjnych. Stosownie do ww. regulacji Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który [lit. b] nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub [lit. c] nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust.1 lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów i oświadczeń.
Z ostrożności, Odwołujący zaprzecza również jakoby zaistniała którakolwiek z ww. przesłanek odrzucenia jego oferty, pomimo że wskazane przepisy nie znalazły się w treści uzasadnienia.
Przede wszystkim ze złożonego w dniu 10.08.2023 r. na wezwanie wykazu usług wynikało wprost, że Odwołujący spełnia postawiony w SWZ warunek, w szczególności wynikało spełnianie obecnie kwestionowanego elementu tego warunku tj. wykonawca oświadczył, że dla wykonanych usług projektowych obydwa budynki zostały ukończone i odebrane do użytkowania. Wykonawca załączył również referencje potwierdzające należyte wykonanie ww. zamówień. W tym zakresie nie może być więc mowy o niespełnianiu warunku, gdyż Zamawiający nie podważył i w żadnej sposób nie wykazał okoliczności przeciwnej.
Z kolei, jeśli idzie o lit. c ww. przepisu, a więc nie złożenie w wymaganym terminie dokumentu należy zwrócić uwagę, iż decyzji pozwolenia na użytkowanie, której brak zakwestionował Zamawiający nie można uznać za którykolwiek z dokumentów określonych w ww. normie prawnej. Decyzja administracyjna pozwolenia na użytkowanie nie jest z przyczyn oczywistych ani oświadczeniem, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, ani też nie stanowi przedmiotowego środka dowodowego. Należałoby więc rozważyć, czy owa decyzja, której oczekiwał Zamawiający stanowi podmiotowy środek dowodowy.
Jak już wyżej wskazano, Odwołujący twierdzi, za Rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych, że Zamawiający jest ograniczony katalogiem zamkniętym podmiotowych środków dowodowych i nie może skutecznie egzekwować złożenia innego środka niż przewidziany w ww. Rozporządzeniu, zarówno na etapie sporządzania SWZ jak i oceny i badania ofert. W konsekwencji, Zamawiający nie miał również podstaw by zastosować art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b lub c, gdyż decyzja o pozwoleniu na użytkowanie nie stanowi podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu.
Zamawiający powinien uwzględniać w wymaganiach SWZ regulacje zawarte w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych, które powołano powyżej, w których wskazano stosowny katalog podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie może również dokonywać zmiany SWZ poprzez wprowadzanie nowych dokumentów żądanych od wykonawcy na późniejszym etapie, tj. po złożeniu ofert, ponieważ Odwołujący działając w zaufaniu do prawidłowości i kompletności SWZ sporządzał ofertę oraz gromadził i kompletował wymagane dokumenty.
Zamawiający określił wprawdzie warunek dla referencyjnych robót i usług, by co najmniej jeden budynek został ukończony i odebrany do użytkowania jednak Zamawiający w SWZ nie postawił wymogu złożenia na potwierdzenie ww. wymagania decyzji administracyjnej. Jedyne dokumenty jakich Zamawiający żądał i miał do tego prawo na mocy Rozporządzenia to wykaz robót i usług oraz dokumenty potwierdzające należytą realizację tych zadań. Wykonawca złożył na wezwanie zarówno wykazy jak i referencje, które owe dowody stanowiły, a których Zamawiający nie

kwestionował w toku badania i oceny ofert.

W ocenie Odwołującego, z uwagi na wyczerpujące wyjaśnienia i uzupełnienia, które potwierdzały każdy element postawionych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powinien pozytywnie ocenić sytuację podmiotową Odwołującego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie zaprojektowania i wykonania robót budowlanych związanych z rozbudową budynku dydaktycznego.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Roz. VIII SWZ ustanowił, że warunki udziału w postępowaniu spełniają wykonawcy, którzy wykażą doświadczenie w szczególności:

- w zakresie projektowania: w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał minimum dwa zadania polegające na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej na budowę/ rozbudowę/ przebudowę budynku o kubaturze min. 2500 m³, poparte dokumentami (dowodami) potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Doświadczenie musi być poparte dokumentami (dowodami) potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane w sposób należyty.

Uwaga: Pod pojęciem roboty budowlanej / usługi wykonanej należy rozumieć robotę budowlaną / usługę zrealizowaną (rozpoczętą i zakończoną) z których co najmniej jeden budynek został ukończony i odebrany do użytkowania.

Zamawiający uzna również doświadczenie Wykonawcy, które zostało nabyte podczas realizacji robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj", jeżeli będzie spełniało warunki udziału w postępowaniu, określone powyżej.

Izba ustaliła, że Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia wynosi: 12 000 000,00 zł (słownie: dwanaście milionów złotych, 00/100).

Izba ustaliła, że w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie tj. do 24.05.2023 r. do godz. 10:00 wpłynęły pięć oferty na realizację przedmiotowego zamówienia:

Lp.	Nazwa firmy Adres firmy	Cena brutto za całość zamówienia	Gwarancja
Oferta nr 1	REDIREM ul. Ligi Obrony Kraju 33 06-500 Mawa	**14 637 000,00 zł**	**96 mc**
Oferta nr 2	GRUPA KDM Sp. z o.o. ul. Połczyńska 53 01-336 Warszawa	**17 534 750,57 zł**	**96 mc**
Oferta nr 3	PAGMA-BUD sp. z o.o., ul. Wólczańska 128/134, 90-527 Łódź	**14 875 000,00 zł**	**96 mc**
Oferta nr 4	REMBUD Sp. z o.o. ul. J. Piłsudskiego 175 06-300 Przasnysz	**15 213 778,84 zł**	**96 mc**
Oferta nr 5	JL Sp. z o.o. Plac T. Kościuszki 1, 18-400 Łomża	**24 262 402,21 zł**	**96 mc**

Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowych środków dowodowych. Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 27 lipca 2023 r. Odwołujący złożył m.in. wykaz – załącznik 4a na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, jak również załączył do niego referencje.

W wykazie usług Odwołujący powołał się na dwa zadania wykonane przez siebie w formule zaprojektuj i wybuduj tj.

- poz. 1 usługa dla Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. Wojskowej Akademii Medycznej w Łodzi;
- poz. 2 usługa dla Instytutu Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi

Izba ustaliła, że pismem z dnia 2 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień w dalszym zakresie wyjaśnień, uzupełnień, usunięcia błędów do Załącznika 4a do SWZ - Zamawiający żąda złożenia wyjaśnień z zakresu wykazu wykonanych usług kompleksowej dokumentacji projektowej. Zamawiający wskazał, że wymagał w SWZ, rozdział VIII pkt 4, przedstawienia wykonania minimum dwóch zadań polegających na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej na budowę/ rozbudowę/ przebudowę budynku o kubaturze min. 2500 m³, poparte dokumentami (dowodami)

potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Firma Pagma – Bud Sp. z o.o. w złożonych dokumentach powołuje się na opracowania dokumentacji projektowej w zakresie: „Przebudowy oddziału klinicznego Pulmonologii Ogólnej i Onkologicznej oraz Kliniki Reumatologii z pododdziałem Chorób Wewnętrznych" – wykonana dokumentacja dotyczy przebudowy oddziału (części budynku) w istniejącym już budynku szpitala; „Modernizacja i doposażenie Kliniki Położnictwa Perinatologii i Ginekologii – Blok porodowy w instytucie Centrum Zdrowia Matki Polski w Łodzi" – dokumentacja wykonawcza na podstawie projektu budowlanego dotyczy modernizacji istniejącego oddziału w funkcjonującym szpitalu, nie zaś budowy/rozbudowy/przebudowy budynku.
Ponadto, Zamawiający wskazał, że przedłożone dokumenty wskazują kubatury całości budynków, w których prace były wykonane, a nie kubatury tych części obiektów (oddział, blok), których faktycznie dotyczyły wykonane usługi. Stąd, w tym zakresie również Zamawiający wzywa do złożenia odpowiednich dokumentów wskazujących na kubatury, których faktycznie usługi dotyczyły. Zamawiający w piśmie wskazał, że zgodnie z zapisami SWZ, rozdział VIII pkt 4, wykaz usług w zakresie projektowania ma dotyczyć pojęcia budynku w rozumieniu Prawa budowlanego z dnia 7 lipca 1994 r. oraz opracowania kompletnej dokumentacji projektowej, nie tylko dokumentacji wykonawczej, ale złożenia decyzji wydanych przez właściwy organ administracji publicznej potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu: dotyczy warunku „z których co najmniej jeden budynek został ukończony i odebrany do użytkowania" z wykazu robót budowlanych- załącznik nr 4 oraz wykazu usług projektowych – załącznik 4a.
Izba ustaliła, że w odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z dnia 10 sierpnia 2023 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia i uzupełnienia, jak również złożył ponownie wykaz usług – załącznik 4a doprecyzowując informacje wymagane przez Zamawiającego. Odwołujący załączył do wykazu dwie decyzje administracyjne Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w przedmiocie umorzenia postępowania administracyjnego – dla poz. 1 decyzję nr 150/2023v oraz dla poz. 2 decyzję nr 741/2021. Z każdej decyzji wynika, że zakresem robót była przebudowa budynku. Organ ustalił, że wobec tego nie mają zastosowania przepisy dotyczące wydania pozwolenia na użytkowanie na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Budowlane, ani art. 54 ust. 1 ustawy Prawa budowlanego, zgodnie z którym do użytkowania można przystąpić po zawiadomieniu organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy, o ile organ nie zgłosi sprzeciwu.
Izba ustaliła, że w dniu 31 sierpnia 2023 r. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazując, że: „Przedstawione dokumenty nie obejmują swoim zakresem usługi projektowej budynku w rozumieniu Prawa budowlanego ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. z których co najmniej jeden budynek został ukończony i odebrany do użytkowania. Przedłożone przez Wykonawcę decyzje Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Łodzi o nr 150/2023 oraz 741/2021 nie obejmują pozwolenia na użytkowanie, w kontekście usług projektowych Wykonawcy – załącznik 4a do SWZ. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu sformułował oczekiwanie wykazania wykonania takich usług projektowych, których prawidłowe wykonanie zostało potwierdzone pozwoleniem na użytkowanie."
Izba zważyła co następuje:
W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego są zasadne. W konsekwencji, Izba uwzględniła odwołanie.
Na wstępnie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcę w przypadku, gdzie jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt lit. b i c ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.
W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał interpretacji postanowień SWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale VIII pkt 4 SWZ.
Należy wskazać, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki

sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku udziału w postępowaniu. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może interpretować wymagań specyfikacji w sposób bardziej rygorystyczny niż to wynika z literalnego brzmienia warunku, albowiem prowadziłoby to do nieuprawnionej zmiany albo co najmniej istotnej modyfikacji warunku, co powodowałoby w konsekwencji naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a w szczególności art. 16 ustawy Pzp.

Zaznaczyć jednocześnie należy, że to zamawiający odpowiada za kształt SWZ, w tym za poprawne sformułowanie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te winny być sformułowane w taki sposób, aby nie rodziły wątpliwości interpretacyjnych na dalszym etapie postępowania, w tym przede wszystkim podczas oceny stopnia spełniania danego warunku przez oferenta. Jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy.
W analizowanym stanie faktyczny, dokonując oceny doświadczenia Odwołującego Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał rozszerzającej wykładni postanowień SWZ, wywodząc z jej treści zakres wymaganego doświadczenia, który nie został pierwotnie określony w SWZ w sposób jednoznaczny i jasny. W konsekwencji, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o niewyrażone w treści SWZ intencje co do zakresu wymaganego doświadczenia, jakim powinien legitymować się wykonawca.

Należy wskazać, że w spornym warunku udziału w Postępowaniu, Zamawiający wskazał, że wymaga, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w realizacji minimum dwóch zadań
polegających na opracowaniu kompletnej dokumentacji projektowej na budowę/ rozbudowę/ przebudowę budynku. Zatem, Zamawiający dopuścił doświadczenie nie tylko obejmujące swoim zakresem budowę, ale i rozbudowę, i przebudowę budynku. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, że pod pojęciem roboty budowlanej / usługi wykonanej należy rozumieć robotę budowlaną / usługę zrealizowaną (rozpoczętą i zakończoną) z których co najmniej jeden budynek został ukończony i odebrany do użytkowania. Zamawiający uzna również doświadczenie Wykonawcy, które zostało nabyte podczas realizacji robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj", jeżeli będzie spełniało warunki udziału w postępowaniu, określone powyżej.
Skoro zatem Zamawiający dopuścił możliwość legitymowania się doświadczeniem polegającym na opracowaniu dokumentacji projektowej również na przebudowę budynku, a nie tylko na jego budowę, to nie ma może na etapie badania i oceny interpretować postanowień SWZ w sposób zawężający i dopuścić wyłącznie doświadczenie obejmujące swoim zakresem wykonanie dokumentacji projektowej na budowę budynku wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnej dotyczącej pozwolenia na użytkowanie. Izba zauważa, że dla przebudowy i niektórych robót polegających na budowie taka decyzja nie jest wymagana prawem. W tym zakresie należy wskazać, że zgodnie z art. 3 pkt 6 ustawy Prawo Budowlane, jeśli mowa o budowie - należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Z kolei w myśl art. 3 pkt 7a ustawy Prawo Budowlane mówiąc o przebudowie - należy przez to 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; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Zatem, na tle omawianych regulacji można wyodrębnić trzy tryby oddania budynku do użytkowania: (i) tryb zawiadomienia organu o zakończeniu budowy – zgodnie z art. 54 wymagane jest jedynie gdy było wymagane pozwolenie na budowę albo zgłoszenie budowy – wówczas organ wydaje zaświadczenie o braku sprzeciwu lub może wydać decyzję w przedmiocie sprzeciwu; (ii) tryb wydania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie – zgodnie z art. 55, gdy obiekt należy do określonej kategorii lub zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 49 ust. 5 albo art. 51 ust. 4 lub przystąpienie do użytkowania ma nastąpić przed wykonaniem wszystkich robót; (iii) tryb odrębny – gdy żadna z ww. przesłanek nie zachodzi, odebranie do użytkowania odbywa się przez inwestora bez notyfikacji organowi nadzoru budowlanego i bez decyzji o pozwoleniu na użytkowanie.
Przepisy art. 54 i 55 Prawa budowlanego mają więc zastosowanie wyłącznie w przypadkach, w których inwestycja dotyczy budowy w rozumieniu art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego (tj. wykonywania obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowy, rozbudowy i nadbudowy obiektu budowlanego), a nie innych robót budowlanych (art. 3 pkt 7 Pb), takich jak prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. W takich

przypadkach nie ma podstaw do wydania pozwolenia na użytkowanie. Powyższe stwierdził wprost organ w wydanych decyzjach załączonych do wykazu usług złożonych przez Odwołującego. Decyzja administracyjna pozwolenia na użytkowanie jest więc wymagana wyłącznie w trybie przewidzianym w art. 55 ustawy Prawa budowlanego.
W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający dokonał oceny spełniania przez Odwołującego warunku dotyczącego doświadczenia na podstawie zasad, które nie zostały wskazanych w SWZ. Po pierwsze, Izba wskazuje, że Zamawiający wymagał złożenia wykazu, na potwierdzenie spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Taki wykazał został złożony przez Odwołującego. Odwołujący w złożonym wykazie wskazał na dwa zadania, które swoim zakresem obejmowały zaprojektowanie i rozbudowę dwóch budynków. Obydwie wskazane w załączniku 4a inwestycje stanowiły przebudowę, co zostało stwierdzone wprost w decyzjach administracyjnych załączonych przez wykonawcę do pisma z dnia 10 sierpnia 2023 r. wraz z uzupełnionym wykazem i w tym zakresie Zamawiający nie kwestionował powołanych przez Odwołującego inwestycji. Wymaganie zatem, aby wykonawca składał dodatkowe dokumenty tj. decyzje administracyjne, było, zdaniem Izby, nieuprawione. Po drugie, zdaniem Izby, Zamawiający wyciągnął błędne wnioski na etapie oceny i badania ofert, iż konieczne było wykazanie posiadania decyzji administracyjnej pozwolenia na użytkowanie. Izba podkreśla, że sporny warunek nie odnosił się do uzyskania decyzji administracyjnej pozwolenia na użytkowanie. Zamawiający wymagał jedynie, aby budynek został ukończony i odebrany do użytkowania. W żadnym miejscu SWZ Zamawiający nie referował do konieczności legitymowania się decyzją administracyjną dotyczącą pozwolenia na użytkowanie. Zdaniem Izby, nie było żadnych przeszkód, aby na etapie opracowywania SWZ Zamawiający zamieścił wymóg legitymowania się taką decyzją. Skoro zaś zaniechał wprowadzenia takich postanowień, nie może skutecznie domagać się od wykonawcy takich dokumentów czy też oceniać spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez niewyrażone w treści SWZ wymagania. Należy podkreślić raz jeszcze, że skoro Zamawiający dopuścił możliwość powoływania się na doświadczenie zdobyty w związku z opracowaniem dokumentacji projektowej również na przebudową budynku, to nie można dokonywać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ten sposób, że eliminuje doświadczenie uzyskane przez wykonawcę w ramach opracowania dokumentacji projektowej na przebudowę. Działanie Zamawiającego ogranicza *de facto* warunek wyłącznie do usług projektowych budowy budynku o szczególnych warunkach, wynikających z art. 55 Prawa budowlanego, wykluczając możliwość wykazania przebudowy czy pozostałych robót na budowę budynku innych niż wskazane w ww. przepisie. W ocenie Izby, Zamawiający nie wymagał w SWZ, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w opracowaniu dokumentacji projektowej na budowę/przebudowę/rozbudowę budynku, którego elementem było uzyskane pozwolenie na użytkowanie w trybie art. 55 Prawa budowlanego, a zatem na etapie oceny i badania ofert nie mógł stosować takiego kryterium do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający utożsami zapis specyfikacji „*odebrany do użytkowania*" z wydaniem decyzji administracyjnej o pozwoleniu na użytkowanie. Zdaniem Izby taka interpretacja jest interpretacją rozszerzającą na etapie badania i oceny ofert i dokonaną z pominięciem regulacji zawartych w prawie budowlanym. Należy założyć, że Zamawiający zna regulacje zawarte w ustawie Prawo budowlane, a zatem winien odwołać się do odpowiednich przepisów zawartych w tej ustawie dotyczących obowiązku uzyskania decyzji administracyjnej na użytkowanie. Zaniechanie ze strony Zmawiającego wprowadzenia do SWZ precyzyjnych zapisów nie może rodzić negatywnych konsekwencji po stronie wykonawcy.
Izba zgadza się z Odwołującym, że działanie Zamawiającego jest niekonsekwentne i stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż uznał, że przedstawione przez niego dokumenty nie obejmują budynku, który został ukończony i odebrany do użytkowania z powodu braku pozwolenia na użytkowanie. Jak wskazał podczas rozprawy jego celem było, aby wykonawca posiadał doświadczenie w opracowaniu dokumentacji projektowej, która była odebrana/sprawdzona w drodze uzyskania odpowiedniej decyzji administracyjnej. Jednakże, jak słusznie wskazał Odwołujący, inne standardy Zamawiający zastosował do wykonawcy Rembud. Zamawiający w odniesieniu do wykonawcy Rembud powołał się na zaświadczenie z dnia 22.06.2021 r. Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla m.st. Warszawy, w którego wynika, że organ przyjmujący zawiadomienie o zakończeniu budowy daje pozwolenie na użytkowania zgodnie z at. 31zy1 ustawy z 2 marca 2020r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych stanowi: „W okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 przepisów at. 55 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r- Prawo budowlane (Dz. U. z 2019r. poz. 1186 z późn. zm) nie stosuje się, a wnioski o udzielenie pozwolenia na użytkowanie złożone przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, jeżeli nie wydano decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, traktuje się jak zawiadomienie o zakończeniu budowy o którym mowa w art. 54 ustawy PB." Zamawiający wskazał, że zaświadczenie Powiatowego Inspektoratu Nadzoru Budowlanego zawiadamia o zakończeniu budowy i uprawnia inwestora do rozpoczęcia użytkowania dla inwestycji, a zatem Zamawiający uznała, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, w przypadku wykonawcy Rembud również nie doszło do weryfikacji dokumentacji projektowej w ramach ubiegania się o decyzji o pozwoleniu na użytkowanie, bowiem zastosowanie miał przepis

szczególny, zawieszający obowiązek uzyskiwania takiej decyzji. Zatem sytuacji obu wykonawców w zakresie wymogu uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie jest tożsama, choć wynika z innych podstaw prawnych. W obu przepadkach organ nie weryfikował dokumentacji projektowej w ramach oddania budynków do użytkowania. Zamawiający, jednakże wyciągnął odmienne wnioski względem obu wykonawców.

Odnosząc się do pozostałych argumentów zawartych w odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, Izba wskazuje po pierwsze, iż w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że powodem odrzucenia oferty wykonawcy było brak złożenia przez Odwołującego decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Jak Izba wskazał powyżej, takie stanowisko jest nieprawidłowe, bowiem te oczekiwania Zamawiającego, na które powołuje się w decyzji o odrzuceniu, nie zostały odzwierciedlone w SWZ, a zatem nie mogą stanowić podstawy do oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, Izba wskazuje, że bez znaczenia dla sprawy są rozważania Zamawiającego odnośnie kompleksowości dokumentacji projektowej, istotności zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Przedmiotem oceny jest SWZ i jej postanowienia. Jak Izba wskazała, zasadnicza część twierdzeń Zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie nie ma odzwierciedlenia w SWZ. Po trzecie, wszelkie nowe okoliczności wskazane przez Zamawiającego jako podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego, a nie zawarte w decyzji z dnia 31 sierpnia 2023 r. nie mają znaczenia dla sprawy. Ocenie podlega to, co Zamawiający zawarł w decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy. Po czwarte, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał jako podstawę prawną odrzucenia przepis nieadekwatny do sytuacji, a więc art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przesłanki tego przepisu nie zaistniały, po pierwsze z tego powodu, że treść oferty w rozumieniu przedmiotowego zakresu jest zgodna z SWZ. Po drugie analiza treści uzasadnienia faktycznego prowadzi do wniosku, że intencją Zamawiającego było dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b lub c, gdyż skupia się ono na braku uzupełnienia decyzji pozwolenia na użytkowanie dla obiektów wskazanych w wykazie usług referencyjnych. Stosownie do ww. regulacji Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który (lit. b) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub (lit. c) nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust.1 lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego lub innych dokumentów i oświadczeń. W ocenie Izby, ze złożonego w dniu 10 sierpnia 2023 r. na wezwanie wykazu wynika, że Odwołujący spełnia postawiony w SWZ warunek. Wykonawca oświadczył, że dla wykonanych usług projektowych obydwa budynki zostały ukończone i odebrane do użytkowania, w sposób określony w przepisach Prawa budowalnego. Jak Izba wskazał powyżej, wezwanie Zamawiającego do złożenia decyzji administracyjnej było oparte na błędnej wykładni postanowień SWZ dokonanie przez Zamawiającego, a w konsekwencji nieuprawnione.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami).

Przewodniczący:.....