

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez Odwołującego „**PRE-FABRYKAT**” sp. z o.o. (Miłków, ul. Brzezie Karkonoskie 2, 58-540 Karpacz) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Podgórzyn (ul. Żołnierska 14, 58-562 Podgórzyn)**

przy udziale Wykonawcy **Budom sp. z o.o. (ul. Wojewódzka 3G, 58-560 Jelenia Góra)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Budom sp. z o.o., dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie Wykonawcy Budom sp. z o.o. do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci nowego wykazu robót budowlanych (wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie robót) w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę **Budom sp. z o.o. (ul. Wojewódzka 3G, 58-560 Jelenia Góra)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego „**PRE-FABRYKAT**” sp. z o.o. (Miłków, ul. Brzezie Karkonoskie 2, 58-540 Karpacz) tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
 - 2.2. zasądza od Wykonawcy **Budom sp. z o.o. (ul. Wojewódzka 3G, 58-560 Jelenia Góra)** na rzecz Odwołującego „**PRE-FABRYKAT**” sp. z o.o. (Miłków, ul. Brzezie Karkonoskie 2, 58-540 Karpacz) kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) 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 2254/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Podgórzyn prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa budynku użyteczności publicznej dla świadczenia usług społecznych w Podgórzu - etap 1”.

Odwołujący Pre-Fabrykat sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

- zaniechania wezwania Wykonawcy Budom sp. z o.o. do uzupełnienia (poprawienia) wykazu robót budowlanych (oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót) lub jego wyjaśnienia pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału, o którym mowa w pkt 8 ust. 2 pkt 4 lit. d) Specyfikacji Warunków Zamówienia, a w konsekwencji

- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez Wykonawcę Budom sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów tj.:

- art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Budom sp. z o.o. do uzupełnienia (poprawienia) podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych (oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót) lub wezwania do wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Wykonawcy Budom sp. z o.o., podczas gdy Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8 ust. 2 pkt 4 lit. d) SWZ; a w konsekwencji powyższego

- art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania ponownego badania i oceny ofert; wezwania Wykonawcy Budom sp. z o.o. do uzupełnienia (poprawienia) podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych (oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót) poprzez zastąpienie zadań wskazanych w pkt 1 i 2 tego wykazu innym zadaniem, celem wykazania, że Wykonawca Budom sp. z o.o. spełnia warunek udziału, o którym mowa w pkt 8 ust. 2 pkt 4 lit. d) SWZ.

W ramach warunków udziału w postępowaniu, w pkt 8 ust. 2 pkt 4 lit. d) SWZ Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby wykonawcy wykazali się wykonaniem co najmniej jednego zamówienia, polegającego na budowie budynku użyteczności publicznej w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, gdzie całkowita wartość zamówienia wynosiła co najmniej 3 mln złotych netto. Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył, co najmniej, jedno (1) zamówienie, polegające na budowie budynku użyteczności publicznej w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, gdzie całkowita wartość zamówienia wynosiła co najmniej 3,000,000,00 zł netto

W celu wykazania spełnienia warunku Wykonawca Budom sp. z o.o. wskazał dwie następujące inwestycje:

- Budowę Budynku Mieszkalno-Pensjonatowego w Szklarskiej Porębie ul. 11 Listopada 12c dz. Nr 76/1

- Roboty budowlane stanu surowego, elewacje, instalacje wewnętrzne i zewnętrzne sieci wod-kan, gazowej i elektrycznej.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została oferta złożona przez Budom sp. z o.o.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie.

Odwołujący wskazał, że „Budynek użyteczności publicznej”, o którym mowa w warunku został zdefiniowany w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 7 ust. 2 pkt. 1 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Zgodnie z § 3 pkt 6 Rozporządzenia przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć „budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny”.

Odwołujący zauważył, że definicja nie stwarza wątpliwości interpretacyjnych i wskazuje wyczerpująco, jaki obiekt można za budynek użyteczności publicznej. Wymieniony wprost w przywołanej definicji katalog budynków pozwalających jednoznacznie ustalić, jaki budynek określany jest mianem budynku użyteczności publicznej, jest katalogiem zamkniętym. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że inne obiekty, nie wpisujące się w powyższą definicję, nie mają takiego charakteru.

Odwołujący wskazał także na odrębne pojęcie ustanowione w § 3 pkt 5 Rozporządzenia, gdzie znajdujemy definicję budynku zamieszkania zbiorowego, zgodnie z którą jest nim „budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny”. W § 3 pkt 4 Rozporządzenia znaleźć również można wyszczególnienie budynku mieszkalnego - jako budynku mieszkalnego wielorodzinnego oraz budynku mieszkalnego jednorodzinnego.

Odwołujący wyraził przekonanie, że skoro ustawodawca odrębnie zdefiniował poszczególne kategorie budynków, w tym „budynek użyteczności publicznej”, „budynek zamieszkania zbiorowego” oraz „budynek mieszkalny wielorodzinny”, to nieuprawnione jest nadawanie tym pojęciom tożsamego znaczenia. Na gruncie ww. Rozporządzenia pensjonaty, hotele czy też inne budynki pełniące funkcje mieszkalne nie są kwalifikowane jako budynki użyteczności publicznej, lecz jako budynki mieszkalna zbiorowego. Tych kategorii budynków nie można ze sobą utożsamiać, bowiem zostały one wyraźnie odróżnione przez samego ustawodawcę.

Odwołujący wskazał także, że stanowisko dotyczące odrębności znaczeniowej definicji „budynek użyteczności publicznej” oraz „budynek zamieszkania zbiorowego” potwierdził m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 7 maja 2009 r. sygn. akt II SA/Kr 457/09. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Administracyjny wskazał, że „okoliczność tego rodzaju, że w budynku są świadczone usługi wynajmu pokoi, nie pozwala na sklasyfikowanie budynku jako budynku użyteczności publicznej. Obsługiwane przez S. obiekty hotelowe zarządzane przez spółkę Hotele W. „S.” sp. z o.o. z całą pewnością należą do kategorii budynków zamieszkania zbiorowego. Tym samym, świadczona przez S. obsługa techniczna tych obiektów nie stanowi wymaganej przez Zamawiającego obsługi obiektów użyteczności publicznej”.

W opinii Odwołującego, wobec zdefiniowania „budynku użyteczności publicznej” w bezwzględnie wiążącym akcie normatywnym, tj. Rozporządzeniu, niedopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający nada temu pojęciu inne, dowolnie przez siebie obrane znaczenie na etapie następującym po złożeniu ofert w postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego narusza bowiem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, którzy jako profesjonalści nie mieli wątpliwości co do postawionego warunku oraz przejrzystości prowadzonego postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż definicja „budynku użyteczności publicznej” zawarta w Rozporządzeniu, pozostaje również w pełni kompatybilna z zakresem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Skoro przedmiotem tego postępowania jest budowa budynku użyteczności publicznej, to nie dziwi w żaden sposób fakt, iż jednym z postawionych warunków udziału jest doświadczenie w realizacji budynku o zbieżnym charakterze.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie jest uprawniony do tego, by odrzucić ofertę Wykonawcy Budom sp. z o.o. bez wcześniej przeprowadzonej procedury poprawienia bądź wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych na podstawie art. 128 ust. 1 lub art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uchybił ciążącym na nim obowiązkom wynikającym z tych regulacji.

Odwołujący wskazał, że pierwsza z przedstawionych przez Wykonawcę Budom sp. z o.o. inwestycji - Pensjonat - nie stanowi budynku użyteczności publicznej. Z treści wykazu robót, jak również dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót (umowa oraz protokoły odbiorów) jednoznacznie wynika, iż obiekt ten jest obiektem mieszkalno-pensjonatowym. Bez znaczenia w tym kontekście jest to, iż część mieszkalna stanowi 25% wybudowanej powierzchni, zaś część pensjonatu stanowiła 75% wybudowanej powierzchni. Charakter przedstawionej inwestycji jednoznacznie wskazuje, że wybudowany Pensjonat nie jest budynkiem użyteczności publicznej, lecz pełni funkcję budynku zamieszkania zbiorowego, z domieszką budynku mieszkalnego. Powyższe wynika zarówno z przedłożonego w Postępowaniu wykazu robót budowlanych, ale również dokumentu w postaci umowy, gdzie wyraźnie wskazano, co składa się na przedmiot zadania Pensjonat. Skoro zatem obiekty takie jak hotele czy pensjonaty (jak również budynki mieszkalne) zakwalifikowane zostały przez ustawodawcę do odrębnej grupy budynków, tj. zbiorowych budynków mieszkalnych, a jednocześnie ustawodawca uznał jednoznacznie, iż takie budynki (hotele, pensjonaty, mieszkania) nie mają przymiotu obiektu użyteczności publicznej, to nie można na obecnym etapie Postępowania zaakceptować działania Zamawiającego, polegającego na rozszerzeniu swoich (precyzyjnych) wymogów i zaakceptowaniu inwestycji przedstawionej przez Wykonawcę Budom sp. z o.o. W definicji „budynku użyteczności publicznej” próżno szukać pensjonatu czy obiektu mieszkalnego, który został zakwalifikowany do innej kategorii budynków. Odwołujący wskazał zatem, iż inwestycja Pensjonat nie może potwierdzać spełnienia warunku przez Wykonawcę Budom sp. z o.o., albowiem inwestycja ta nie dotyczyła budynku użyteczności publicznej.

Drugą inwestycją przedstawioną przez Wykonawcę Budom sp. z o.o. jest Budynek Sudety.

Zdaniem Odwołującego, również i ta inwestycja nie potwierdza spełnienia warunku. Jak wynika z referencji z dnia 3 lipca 2023 r. również Budynek Sudety nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Jest to budynek pełniący funkcję pensjonatu i hotelu, a budynki pełniące funkcję pensjonatu czy hotelu nie stanowią budynku użyteczności publicznej, lecz budynki zamieszkania zbiorowego. Stąd brak jest wykazania po stronie Wykonawcy Budom sp. z o.o. spełnienia warunku.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Budynek Sudety nie został ukończony na dzień składania ofert. Z informacji powziętych przez Odwołującego, Budynek Sudety pozostaje w stanie surowym, nieużytkowanym na chwilę

obecną. Nie został on ukończony, a w konsekwencji nie sposób uznać, iż został on wykonany należycie. Odwołujący przedstawił (aktualną) dokumentację fotograficzną Budynku Sudety.

Odwołujący podkreślił, że aby móc legitymować się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych konieczne jest ich wykonanie (forma dokonana). Powyższe wynika z treści warunku, gdzie Zamawiający wskazał, iż wymaga od wykonawcy doświadczenia w ramach którego wykonawca wykaże, że: „wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno zamówienie (...)”.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że wskazane przez Wykonawcę Budom sp. z o.o. inwestycje nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, jako, że ich funkcje nie spełniają wymogów kategorii budynków użyteczności publicznej nie zostały ukończone (Budynek Sudety). Zamawiający błędnie uznał, że Wykonawca Budom sp. z o.o. spełnia analizowany warunek, a w rezultacie, Zamawiający dokonał wyboru oferty tego wykonawcy niezgodnie z przepisami prawa.

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca Budom sp. z o.o.

Wykonawca Budom sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego.

W piśmie procesowym Przystępujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zdefiniował jednoznacznie, co rozumie pod pojęciem obiekt użyteczności publicznej, ani też nie odwołał się do przepisów Rozporządzenia - w związku z czym sprzeczne z prawem byłoby takie doprecyzowywanie w chwili obecnej, czy też na jakimkolwiek etapie po upływie terminu składania ofert.

Przystępujący zauważył, że w § 3 pkt 6) Rozporządzenia budynek użyteczności publicznej rozumiany jest jako budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Zdaniem Przystępującego szczególnie rażące jest określenie przez Odwołującego katalogiem zamkniętym - mając na względzie sformułowanie oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, który w sposób oczywisty świadczy o tym, że mamy do czynienia z katalogiem otwartym.

Przystępujący zwrócił uwagę, że ani wykładnia funkcjonalna, ani wykładnia systemowa pojęcia budynku zamieszkania zbiorowego oraz pojęcia budynku użyteczności publicznej nie pozwalają na stwierdzenie, iż pojęcia te są rozłączne, a zatem, że budynki zamieszkania zbiorowego nie mogą stanowić jednocześnie obiektów użyteczności publicznej. Zakresy pojęć zdefiniowane w przywołanej regulacji w pewnych określonych sytuacjach mogą się pokrywać.

W opinii Przystępującego budynek mieszkalno-pensjonatowy spełnia przesłanki dla obiektu użyteczności publicznej, gdyż w budynku świadczone są usługi i jest to budynek przeznaczony na potrzeby turystyki.

Ponadto Przystępujący wskazał, że kwestia stanowiąca główną podstawę i główny zarzut odwołania była przedmiotem rozstrzygnięć w szeregu spraw toczących się przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Przystępujący wskazał, że nie był wzywany do uzupełnienia wykazu robót budowlanych lub jego wyjaśnienia, gdyż na podstawie przedłożonych przez oświadczeń i dokumentów Zamawiający mógł stwierdzić, że warunki udziału zostały przez wybranego wykonawcę spełnione i należycie wykazane. Brak zatem było podstaw do wzywania o uzupełnienie czy wyjaśnienie treści wykazu robót budowlanych.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Żadna z przedstawionych przez Wykonawcę Budom sp. z o.o. prac w wykazie usług nie wypełniała wymagań postawionych w treści warunku.

Zgodnie z treścią warunku, wykonawcy mieli obowiązek wykazać się wykonaniem co najmniej jednego zamówienia, polegającego na budowie budynku użyteczności publicznej w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, gdzie całkowita wartość zamówienia wynosiła co najmniej 3 mln złotych netto. Wykonawca był zobowiązany wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył, co najmniej, jedno (1) zamówienie, polegające na budowie budynku użyteczności publicznej w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, gdzie całkowita wartość zamówienia wynosiła co najmniej 3,000,000,00 zł netto.

Pierwsze zadanie obejmujące Budowę Budynku Mieszkalno-Pensjonatowego w Szklarskiej Porębie nie potwierdza spełnienia ww. warunku przez Przystępującego. Budynek Mieszkalno-Pensjonatowy w Szklarskiej Porębie nie jest budynkiem użyteczności publicznej.

Jak powyżej wskazano, definicja budynku użyteczności publicznej została zawarta w § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 7 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

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

Z kolei w § 3 pkt 5 rozporządzenia określono definicję budynku zamieszkania zbiorowego, zgodnie z którą jest nim „budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny”.

W § 3 pkt 4 rozporządzenia natomiast określono definicję budynku mieszkalnego - jako budynku mieszkalnego wielorodzinnego oraz budynku mieszkalnego jednorodzinnego.

Izba podziela stanowisko wyrażone przez Odwołującego, że skoro ustawodawca odrębnie zdefiniował poszczególne kategorie budynków, w tym „budynek użyteczności publicznej”, „budynek zamieszkania zbiorowego” oraz „budynek mieszkalny wielorodzinny”, to nieuprawnione jest nadawanie tym pojęciom tożsamości znaczenia. Na gruncie wyżej powołanego rozporządzenia pensjonaty, hotele, czy też inne budynki pełniące funkcje mieszkalne, nie są kwalifikowane jako budynki użyteczności publicznej, lecz jako budynki zamieszkania zbiorowego. Tych kategorii budynków nie można

ze sobą utożsamiać, bowiem zostały one wyraźnie odróżnione przez samego ustawodawcę.

Należy zauważyć, że brak jest innej definicji budynku użyteczności publicznej w przepisach prawa, czy w języku powszechnym, co oznacza, że przyjmuje się jako definicję budynku użyteczności publicznej tę definicję, która wynika z § 3 ww. rozporządzenia. Należy również wskazać, że przedmiotem zamówienia jest budowa budynku użyteczności publicznej, a więc podmioty, które zajmują się wykonywaniem prac związanych z taką budową, powinny znać definicję budynku użyteczności publicznej wynikającą z rozporządzenia.

Okoliczność, że Zamawiający nie stworzył definicji w treści warunku nie oznacza, że należy przyjąć dowolną definicję. Tym bardziej, że jak wskazano powyżej, istnieje jedna definicja w tym zakresie i wynika ona z rozporządzenia.

Trafnie zauważył również Odwołujący, że przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć takie usługi wymienione w definicji wynikającej z rozporządzenia, które mają charakter społeczny - są prowadzone w interesie społecznym, a nie dla ściśle określonej grupy. Budynek użyteczności publicznej nie jest prowadzony ze względu na określony rezultat.

Nie są także trafne wywody Przystępującego, że budynek mieszkalno-pensjonatowy spełnia przesłanki dla uznania go za obiekt użyteczności publicznej, gdyż w budynku świadczone są usługi i jest to budynek przeznaczony na potrzeby turystyki. Przystępujący nie wskazał, jakie konkretnie usługi mają być w tym budynku świadczone. W pensjonacie świadczone są usługi noclegowe, nie zaś turystyczne.

O charakterze budynku decyduje przeważające przeznaczenie budynku. W budynkach mieszkalnych mogą być świadczone usługi np. portiera, ale nie zmienia to charakteru budynku, który jest budynkiem mieszkalnym przeznaczonym na stały pobyt ludzi.

Najistotniejszą jednak kwestią jest to, że skoro obiekty takie jak hotele czy pensjonaty (jak również budynki mieszkalne) zakwalifikowane zostały przez ustawodawcę do odrębnej grupy budynków, tj. zbiorowych budynków mieszkalnych, a jednocześnie ustawodawca uznał, że takie budynki jak hotele, pensjonaty, mieszkania nie mają przymiotu obiektu użyteczności publicznej, to nie jest uprawnione stanowisko, że inwestycja przedstawiona przez Wykonawcę Budom sp. z o.o. spełnia wymagania warunku, który odnosił się do „budynek użyteczności publicznej”. W związku z tym, że pierwsza z przedstawionych przez Wykonawcę Budom sp. z o.o. inwestycji - Pensjonat - nie stanowi budynku użyteczności publicznej, nie może zostać uznana za spełniającą wymaganie warunku udziału w postępowaniu.

Jako drugą w wykazie zrealizowanych robót budowlanych, Przystępujący wskazał roboty budowlane stanu surowego, elewację, instalację wewnętrzne i zewnętrzne sieci wod-kan, gazowej i elektrycznej.

Przystępujący nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego zawartych w treści odwołania w zakresie zarzutów co do tej części wykazu robót.

Odwołujący w treści odwołania przedstawił dokumentację fotograficzną budynku, z której wynika, że budowa budynku nie została zakończona. Odwołujący wskazał, że Budynek Sudety nie został ukończony na dzień składania ofert - Budynek Sudety pozostaje w stanie surowym, nieużytkowanym na chwilę obecną. Przystępujący nie zaprzeczył tej okoliczności. Zarówno w piśmie procesowym, jak i w trakcie rozprawy z udziałem stron, nie odniósł się do powyższej okoliczności.

Z treści warunku jednoznacznie wynikało wymaganie Zamawiającego, aby wykonawca wykazał, że „wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno zamówienie (...)”. Aby zatem można było legitymować się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych, konieczne jest ich wykonanie (forma dokonana), a nie wykonywanie (forma niedokonana).

Skoro zatem Wykonawca Budom sp. z o.o. nie wykazał, że zakończył (a więc wykonał) budowę Budynku Sudety, to oznacza, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu także w zakresie tego zadania.

W konsekwencji należało uznać, że żadna ze wskazanych przez Przystępującego prac nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Żadna ze stron postępowania nie zaprzeczyła, że Przystępujący nie został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych lub jego wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczony terminie.

Skoro zatem Przystępujący nie złożył podmiotowego środka dowodowego, który potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to stosownie do treści powyższego artykułu powinien zostać wezwany przez Zamawiającego do jego złożenia.

Zaniechanie wezwania Wykonawcy Budom sp. z o.o. do uzupełnienia (poprawienia) podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych (oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót) lub wezwania do wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych, które doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty wykonawcy Budom sp. z o.o., podczas gdy Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8 ust. 2 pkt 4 lit. d) SWZ stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 2), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....