

Sygn. akt X Ga 457/16

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 22 listopada 2016 r.

Sąd Okręgowy w Gliwicach, Wydział X Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Leszek Guza

Sędziowie : SO Iwona Wańczura

SSO Grażyna Urban

Protokolant: Grzegorz Kaczmarczyk

po rozpoznaniu w dniu 10 listopada 2016 roku w Gliwicach

na rozprawie

sprawy

ze skargi (...) S.A. w W.

z udziałem (...)w T. G. i (...) S.A. w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 września 2016 r.,

sygn. akt KIO 1576/16

1. zmienia zaskarżony wyrok w o tyle, że w miejsce nakazania odrzucenia oferty wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w W. nakazuje wykluczenie tego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
2. oddała skargę w pozostałej części;
3. zasądza od skarżącego (...) S.A. w W. na rzecz odwołującego (...) S.A. w W. kwotę 2 400 (dwa tysiące czterysta) zł tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołanego skargą.

SSO Iwona Wańczura SSO Leszek Guza SSO Grażyna Urban

sygn. akt X Ga 457/16

## UZASADNIENIE

Zamawiający (...) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "Rozbudowę SP ZOZ (...) Centrum (...) im. gen J. Z. w T. w systemie zaprojektuj i wybuduj wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego".

W tym postępowaniu odwołanie od czynności zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej wniósł wykonawca (...) S.A. w W..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w W. - dalej (...) pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia;

- ewentualnie, z ostrożności zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

- art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy E. pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanymi na stanowiska:

- Projektant w specjalności architektonicznej;

- Kierownik budowy;

- art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. - Lider, E. Z. A. z siedzibą w S. - (...) oraz (...) z siedzibą w G. D., B. - dalej Konsorcjum (...) pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia;

- ewentualnie, z ostrożności zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp;

- art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...) pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanymi na stanowiska:

kierownika budowy;

- kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;

ewentualnie, z ostrożności zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

- art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...), pomimo iż Wykonawca ten nie wniósł wadium zabezpieczającego złożoną ofertę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności badania i oceny ofert;

- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, w tym w szczególności dokonania:

- wykluczenia z postępowania Wykonawcy E.;

- ewentualnie, w przypadku niepotwierdzenia się zarzutów dotyczących osób zdolnych do wykonania zamówienia, wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia,

- wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...);

- ewentualnie w przypadku niepotwierdzenia się zarzutu braku wniesienia wadium, wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W postępowaniu zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca (...) S.A. w W.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 7 września 2016 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała odrzucenie oferty wykonawcy (...) S.A. w W. oraz wykonawcy Konsorcjum (...) spółki z o.o. w P. oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej a kosztami postępowania obciążyła zamawiającego.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na stan faktyczny i prawny odwołania i tak wskazała, że odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów Odwołania oferta złożoną przez Odwołującego zostałaaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. Nie ulega wątpliwości, iż wskutek niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechania Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

Wskazała Izba dalej, że w zakresie dotyczącym wykonawcy (...) S.A. odwołujący podniósł, że:

Brak zarzutu braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia przez E.:

Zgodnie z pkt X.1.2.1.ppkt a SIWZ zmienionym w dniu 29 kwietnia 2016r. Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał doświadczenie polegające na wykonaniu projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza, lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym są udzielane stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, o powierzchni użytkowej powyżej 5 500 m<sup>2</sup>, zatwierdzonego ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę.

W ofercie E., w wykazie usług została wskazana usługa p.n.P. N. UM (...). Z uzyskanych przez Odwołującego, w drodze dostępu do informacji publicznej informacji wynika, iż usługa wykonana przez E. nie spełnia wymagań w zakresie wykonania projektu budowlanego budowy budynku szpitalnego o powierzchni użytkowej 5 500 m<sup>2</sup>. Odwołujący poinformował o tych okolicznościach Zamawiającego, wskazując na to, że dla ww. inwestycji E. nie wykonał „projektu budowlanego budynku”, a jedynie wykonał Projekt budowlany zamienny III. (Projekt budowlany wykonała firma (...)).

Z zamiennego pozwolenia na budowę (Decyzja nr (...) z dnia 31.10.2014r.) wynika, że pozwolenie to nie obejmowało budowy budynku, a jedynie zmiany w zagospodarowaniu zieleni, lokalizacji wyrzutni terenowej, kształtu placu zabaw, zwiększenia ilości miejsc parkingowych, likwidacji chodnika i dodatkowej czerpni powietrza, dodatkowej wentylatomi, wzmocnienie słupów konstrukcyjnych, zaprojektowanie Oddziału (...), zaktualizowanie projektu o szczegółowe warunki ochrony p. pożarowej, higieniczno- zdrowotne oraz bhp. Jako projekt budowy budynku szpitalnego mógłby zatem być ewentualnie uznany jedynie jeden z elementów projektu zamiennego, tj. projekt Oddziału (...), jednak Oddział (...) nie spełnia parametrów powierzchni użytkowej minimum 5.500 m<sup>2</sup> a jego zaprojektowanie stanowiło jedynie wykorzystanie rezerwy powierzchni na rozbudowę kliniki w części parterowej powstałej w ramach projektu budowlanego zamiennego II (Decyzja (...) z dnia 12.03.2013).

Zatem, zmiany wprowadzone na etapie realizacji przez E. nie dotyczyły charakterystycznych parametrów obiektu budowlanego takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość i liczba kondygnacji. Budynek został wykonany z parametrami, które to parametry były zgodne z decyzją o pozwoleniu na budowę nr (...) z dn. 12.03.2013 co oznacza, iż został zaprojektowany wcześniej, przed podpisaniem umowy z E..

Zamawiający, pismem z dnia 26 lipca 2016 r. w trybie art. 26 ust 4 wezwał E. do wyjaśnień. Pismem z dnia 4 sierpnia 2016 r. E. potwierdził, iż wykonał jedynie projekt zamienny w ramach którego, wykonał mało istotne zmiany w projekcie budowanym.

Potwierdzenie braku spełniania przez E. warunku postawionego przez Zamawiającego wynika z samego oświadczenia zawartego w wyjaśnieniach E., w których E. szczegółowo wymienia zakres wykonanego projektu zamiennego.

Jednocześnie E. wyjaśnił, iż zgodnie z brzmieniem warunku nie był zobowiązany do wykonania „projektu budowlanego budynku szpitalnego”, a jedynie projektu budowlanego dla „budowy budynku szpitalnego”. Tłumaczenie jest to jest niezrozumiałe zarówno w świetle brzmienia postawionego przez Zamawiającego warunku, jak również w świetle przepisów prawa budowlanego.

Zgodnie z art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. Nr 89, poz. 414 ze zm.) przez budowę - należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego.

Żaden z tych elementów nie znalazł się w zakresie Projektu zamiennego wykonanego przez E..

Ponadto, treść warunku należy interpretować w świetle opisu przedmiotu zamówienia. Skoro przedmiotem zamówienia jest rozbudowa SP ZOZ R., czyli, w świetle przepisów Prawa budowlanego, jest to „budowa”, to oczywistym jest, iż Wykonawca, który dokonał jedynie nieistotnych zmian w istniejącym projekcie budowlanym, zamiast wykonania całego projektu budowlanego dla budowy budynku o wymaganej przez Zamawiającego powierzchni, nie posiada doświadczenia wystarczającego do wykonania przedmiotu zamówienia.

Wykazanie się realizacją jedynie poszczególnych elementów usługi, które nie dają się zakwalifikować jako „wykonanie projektu budowlanego” - zgodnie z interpretacją tego pojęcia właściwą dla branży budowlanej oraz opartą na obowiązujących regulacjach prawnych - nie potwierdza posiadania przez podmiot udostępniający zasoby (a tym samym przez samego Wykonawcę) całości wymaganej wiedzy i doświadczenia dla realizacji zamówienia i nie daje rękojmi jego należytego wykonania. Dopuszczenie przez Zamawiającego posłużenia się taką usługą dla wykazania spełnienia warunku, oznaczałoby z kolei naruszenie dodatkowo zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania / wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), gdyż inni wykonawcy, oceniając możliwość udziału w postępowaniu, kierowali się zgodnie z brzmieniem warunku, obowiązkiem wykazania się realizacją takiego zakresu usług, jaki został wprost określony w SIWZ.

Z powyższego wynika, iż E. nie spełnia postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie potwierdził doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej m.in. na wykonaniu projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza, lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym są udzielane stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne o powierzchni użytkowej powyżej 5 500 m<sup>2</sup>, zatwierdzonego ostateczną decyzją o pozwolenie na budowę. Wykonawca winien zostać zatem wezwany do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku ich nieuzupełnienia - wykluczony z postępowania.

Brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi wykonać zamówienie przez E. :

Zamawiający w pkt X.1.3 ppkt 1 SIWZ wymagał aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu wykazał, iż dysponuje/będzie dysponował odpowiednimi osobami zdolnymi wykonać zamówienie, m.in. osobami na stanowisku Projektant w specjalności architektonicznej i Kierownik budowy.

W zakresie osoby wskazanej na stanowisko postawił wymagania, m.in.: d) osoba, która zrealizowała wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę co najmniej 2 projekty architektoniczne dla budowy budynków o powierzchni użytkowej co najmniej 5500 m<sup>2</sup> każdy, w tym co najmniej jeden projekt budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest

działalność lecznicza oraz co najmniej jeden projekt budynku wielokondygnacyjnego znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków.

E. w wykazie osób wskazał p. M. J. (1), który nie spełnia wymagań w zakresie zrealizowania drugiego projektu architektonicznego, tj projektu dla budowy budynku wielokondygnacyjnego o powierzchni użytkowej co najmniej 5500 m<sup>2</sup> znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków. Z załączonego wykazu wynika, iż wskazany, w ostatniej pozycji uzupełnionego wykazu, projekt dotyczył „modernizacji istniejącego budynku” (...) w G..

Zatem nie dotyczył czynności wchodzących w zakres pojęcia „budowy” o którym mowa w art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Pozostałe pozycje wskazane w wykazie nie potwierdzają spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego.

Tym samym E. nie spełnia postawionego w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu.

Ponieważ E. był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów i uzupełnił już Wykaz osób, tym samym brak jest podstaw do ponownego wezwania, a Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

W zakresie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy, Zamawiający postawił następujące wymagania m.in.:

f) wymagane doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru przez cały okres realizacji inwestycji na co najmniej jednej budowie, przebudowie lub remoncie budynku na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków.

E. w wykazie osób wskazał p. Z. W., który nie spełnia wymagań w zakresie wymagań doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub inspektora nadzoru przez cały okres realizacji inwestycji na co najmniej jednej budowie, przebudowie lub remoncie budynku na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków.

Zamawiający w piśmie z dnia 8 sierpnia 2016 wezwał w trybie 26.ust 4 ustawy Pzp (...) do złożenia wyjaśnień czy inwestycja polegająca na rozbudowie S. R. w G. prowadzona była na obszarze objętym ochroną konserwatora zgodnie z wymaganiami SIWZ doprecyzowanymi odp. nr 3 z dnia 29 kwietnia 2016 na pytanie do SIWZ.

Wykonawca (...) w odpowiedzi - pismo z dnia 10 sierpnia 2016 potwierdził iż ww. inwestycja prowadzona była na obszarze objętym ochroną konserwatora zabytków zgodnie z SIWZ i odp. na potwierdzenie powyższego (...) załączył pismo (...) Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków z dnia 28.07.2016 r. Z treści pisma wynika, że budynek położony jest na obszarze, który został ujęty w wojewódzkiej ewidencji zabytków na podstawie karty „Układu przedmieść miasta G.” opracowanej w 2012. Tymczasem w wykazie osób termin realizacji zadania na którym p. Z. W. pełnił funkcję kierownika budowy to 1994-1996. Z powyższych informacji wynika, iż w okresie, w którym prowadzona była rozbudowa S. R., pod kierownictwem Pana Z. W., teren nie był jeszcze wpisany do rejestru zabytków.

Wątpliwości odwołującego budzi również sam zasięg terytorium wpisanego do rejestru zabytków, który w ocenie Odwołującego nie obejmuje budynku Sądu Rejonowego.

Ponieważ E. był w tym zakresie wzywany do uzupełnienia dokumentów i uzupełnił już Wykaz osób, tym samym brak jest podstaw do ponownego wezwania, a Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty to jest oferty (...) S.A. z siedzibą w W. ((...) S.A.) oraz zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy działającego w postępowaniu jako Konsorcjum, którego Liderem jest (...) sp. z o.o. w siedzibą w P. (Konsorcjum (...) sp. z o.o.).

Formułując zarzuty odwołania wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisów art.22 ust.1 pkt 2 i 3 oraz art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp. wskazując na nie wykazanie przez wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jak i braku wniesienia wadium. Powyższe zarzuty sformułowane zostały pod adresem dwóch wykonawców, których oferty

wyprzedzały ofertę odwołującego w rankingu ofert. Tymi wykonawcami są wykonawca wybrany to jest (...) S.A. z siedzibą w W. zwany dalej (...) S.A.” uzyskujący w rankingu ofert 100 punktów z ceną 27.800.000,00 złotych i Konsorcjum (...) sp. z o.o. z siedzibą w P. - Lider oraz (...) B. - Węgry - Członek i E. Z. A. S. - Członek zwany dalej (...) sp. z o.o.” uzyskujący w rankingu ofert 94,66 punkty z ceną 28. 873.000,01 złotych. (...) S.A. z siedzibą w W. zwany dalej (...) uzyskał 91,13 punktów plasując się na trzeciej pozycji w rankingu ofert.

Odwołujący (...) odnosząc się do spółki (...) wniósł o wykluczenie tego wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia ewentualnie w przypadku nie potwierdzenia się zarzutu wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. Natomiast co do osób zdolnych do wykonania zamówienia to jest projektanta w specjalności architektonicznej odwołujący (...) S.A. wniósł o wykluczenie z postępowania wykonawcy (...) S.A.. Co do osoby Kierownika budowy Pana Z. W. odwołujący na rozprawie cofnął zarzut nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wobec uzyskania dowodów w tym przedstawionych przez zamawiającego potwierdzających wpis budynku S. R. w G.do rejestru zabytków już w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia. W zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia podtrzymał zarzut co do osoby Pana mgr inż. M. J. (2) projektanta w specjalności architektonicznej.

Izba odnosząc się do zarzutu braku wiedzy i doświadczenia sformułowanego pod adresem (...) przeprowadziła na rozprawie dowody z dokumentacji postępowania w zakresie postanowień w rozdziale X pkt 1.2.1. ppkt a) SIWZ ustalając wymóg co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego lub innego niż szpital obiektu, w którym są udzielane świadczenia zdrowotne, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5.500m<sup>2</sup>, zatwierdzonego ostateczną decyzją pozwolenia na budowę. Wykonawca (...) w ofercie w zał. nr 10 Wykaz wykonanych usług w poz. 1 wskazali Inwestora (...) Medyczny im. P. we W. w opisie inwestycji wskazał: Rozbudowę Centrum (...) we W. opisana w programie F. - Użytkowym Klinikę (...), (...)we W. (...). Zadanie obejmowało wykonanie projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego, w którym była wykonywana działalność lecznicza o powierzchni użytkowej

m<sup>2</sup>. Decyzja została wydana przez Urząd Miejski (...)10.2014 roku Nr D.. (...)W związku z pismem W. do zamawiającego z dnia 18 lipca 2016 roku odnoszącym się do zakresu dokumentacji projektowej zamiennej w dniu 26 lipca 2016 r. zamawiający wystąpił do spółki (...) S.A. zgodnie z art.26 ust.4 ustawy pzp. W wystąpieniu tym zamawiający wezwał (...) S.A. do złożenia wyjaśnień co do wątpliwości zamawiającego, w szczególności dokładnych i szczegółowych parametrów projektowych prac oraz szczegółowego wykazu czego dotyczył projekt budowlany wykonany przez wykonawcę.

Formuła zarzutów wobec (...) S.A. ” przedstawia się następująco:

- art. 22 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania (...) S.A. z siedzibą w W. – dalej (...) S.A.” pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia;

ewentualnie,

- z ostrożności zaniechanie wezwania tego Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

- art. 22 ust.1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania (...) S.A. pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanymi na stanowiska:

- Projektant w specjalności architektonicznej;

- Kierownik budowy;

Z powyższego wynika, że kwestionowane są dwie okoliczności po stronie spółki (...) S.A., które w ocenie odwołującego dyskwalifikują spółkę z postępowania. Obydwie okoliczności odnoszą się do spełnienia warunków udziału w

postępowaniu to jest posiadania stosownej wiedzy i doświadczenia oraz posiadania kadry to jest kierownika budowy i projektanta o specjalności architekta.

Co do wymaganej wiedzy i doświadczenia wykonawcy to zamawiający postawił następujące wymagania w tym zakresie.

W pkt X.1.2.1. ppkt a SIWZ zmienionym w dniu 29 kwietnia 2016 r. Zamawiający wymaga, żeby wykonawca posiadał doświadczenie polegające na wykonaniu co najmniej jednej usługi polegającej na wykonaniu projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza, lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym są udzielane stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, o powierzchni użytkowej powyżej 5.500 m<sup>2</sup>, zatwierdzonego ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę.

Celem wykazania spełnienia niniejszego warunku wykonawca będzie zobowiązany w Załączniku nr 10 do SIWZ wskazać organ wydający decyzję, termin wydania oraz jej numer.

Pismem z dnia 18.07.2016 r. odwołujący (...) S.A. zawiadamia zamawiającego o nieprawidłowościach w ofercie E. w tym co do zakresu projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego usługa pn. (...)UM W. gdzie jak podaje odwołujący wykonano nie projekt budowlany tylko projekt budowlany zamienny.

Pismem z dnia 26 lipca 2016 roku zamawiający wezwał spółkę (...) S.A. w trybie art. 26 ust.4 do złożenia wyjaśnień.

W dniu 4 sierpnia 2016 r. (...) S.A. udzielił wyjaśnień oraz przekazał oświadczenie U.M. im. P. z dnia 3 sierpnia 2016 roku.

Co do zarzutów odwołania braku wykluczenia przez zamawiającego z postępowania wykonawcy (...) S.A. Izba zważyła, że zarzut braku wymaganego doświadczenia w zakresie wymogu wykonania projektu budowlanego zatwierdzonego ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę dla budowy budynku szpitalnego opisanego w Rozdziale X pkt 1.2.1. ppkt a) SIWZ zasługiwał na uwzględnienie.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego (...) S.A. o nie spełnieniu wymaganych przez zamawiającego warunków udziału co do wykazania doświadczenia w wykonaniu usługi polegającej na wykonaniu projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza, lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym są udzielane stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne o powierzchni użytkowej powyżej 5 500 m<sup>2</sup>, zatwierdzonego ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę.

Jak wynikało z powyższych postanowień SIWZ obowiązkiem wykonawców było wykazać w ramach wymaganego doświadczenia wykonanie projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego z uzyskanym pozwoleniem na budowę. Powyższy wymóg miał bezpośredni związek z przedmiotem zamówienia, którym jest rozbudowa obiektu szpitalnego. Przy czym rozbudowa jest pojęciem porównywalnym z budową, nadbudową czy odbudową bowiem w myśl art.3 pkt 6 Prawa budowlanego, przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Tym samym klasyfikacja w prawie budowlanym w kontekście rozbudowy obiektu budowlanego jest tożsama z budową obiektu budowlanego. W związku z tym skoro przedmiotem zamówienia jest rozbudowa to wymóg doświadczenia w zakresie wykonania projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego oznacza, że wymagany projekt budowlany może dotyczyć budowy budynku, jego rozbudowy, odbudowy czy też nadbudowy. BOWIEM pojęcie budowa zawiera w sobie również pojęcia: rozbudowy, nadbudowy oraz odbudowy. Bezspornym w sprawie była okoliczność, że wykonawca (...) S.A. nie był autorem projektu budowlanego zatwierdzonego przez organ wydający pozwolenie na budowę to jest Prezydent Miasta W., tylko był wykonawcą robót budowlanych na podstawie wydanego pozwolenia na budowę to jest Decyzji Nr (...) z 09.12.2011 zatwierdzającej projekt budowlany i udzielającej pozwolenia na budowę Kliniki (...), (...) w zespole Centrum (...) z parkingiem podziemnym, wewnętrzną infrastrukturą techniczną, zagospodarowaniem terenu, drogami wewnętrznymi oraz zjazdami przeciwpożarowymi z wyłączeniem sieci i przyłączeń przy ul. (...). Czyli wyżej wymieniona decyzja została wydana na budowę kliniki oraz infrastruktury jej towarzyszącej wymienionej powyżej.

Tylko jednym z elementów było zagospodarowanie terenu, parkingi, place zabaw i.t.p.. Przy czym ostateczna decyzja pozwolenie na budowę była kolejno zmieniana i tak jak przedłożył na rozprawie pełnomocnik odwołującego: Decyzję nr (...) z 25.06.2012; Decyzję nr (...) z dnia 12.03.2013 r.; Decyzję Nr (...) z 31.10.2014 roku. Do wszystkich tych decyzji również był przedkładany projekt budowlany w zakresie wprowadzonych zmian, który podlega zatwierdzeniu przez organ wydający decyzję zmieniającą pozwolenie na budowę. Tak więc przywołana decyzja wykonawcy (...) S.A. była jedną z kilku decyzji wprowadzających zmiany do pierwszej decyzji o pozwoleniu na budowę. Z sentencji decyzji Nr (...) z 31.10.2014 roku na którą to w ramach posiadanego doświadczenia powołuje się (...) S.A. wynikało, że zmienia się ostateczną decyzję Prezydenta M. W. z dnia 09.12.2011 roku Nr (...) zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę. Dla rozstrzygnięcia sporu nie miała znaczenia argumentacja podnoszona na rozprawie przez zamawiającego co do różnych skutków w zależności od użycia w SIWZ zwrotu „projekt budowlany budynku szpitalnego” czy „projekt budowlany dla budowy budynku szpitalnego”. W każdym z tych przypadków chodziło o projekt budowlany, który stanowił podstawę wydania decyzji pozwolenia na budowę a nie o projekt zamienny w związku z wprowadzonymi zmianami w trakcie realizacji budowy. Przedmiotem postępowania było zamówienie w systemie „Zaprojektuj i wybuduj” to oznaczało, że w ramach wykazanego doświadczenia ma być projekt budowlany w rozumieniu prawa budowlanego a nie w rozumieniu postanowień SIWZ, które według zamawiającego rozróżniają projekt budowlany budynku od projektu budowlanego dla budowy. Co należy rozumieć przez projekt budowlany, który stanowi podstawę wydania decyzji pozwolenia na budowę definiuje art. 34 ust.3 ustawy Prawo budowlane, w myśl którego powinien zawierać: projekt zagospodarowania działki lub terenu, projekt architektoniczno-budowlany, ewentualnie wyniki badań geologiczno - inżynierskich, informację o obszarze oddziaływania obiektu. Bez względu jak zamawiający w SIWZ taki projekt budowlany nazwie czy „budynku”, czy „dla budowy budynku” to powinien być to projekt w oparciu o który uzyskuje się pozwolenie na budowę. Natomiast nie może to być projekt zamienny, jak tego oczekuje zamawiający, to jest projekt wprowadzający zmiany do ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę tak jak w tym przypadku np.; w zakresie zagospodarowania terenu. Z kolei zgodnie z art.36 a ustawy Prawo budowlane istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu budowlanego lub innych warunków pozwolenia na budowę jest dopuszczalne jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Powyższa okoliczność wystąpiła w rozpatrywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą sprawie na co odwołujący przedłożył dowód na rozprawie w postaci Decyzji nr (...) Prezydenta W. z dnia 31 października 2014 roku zmieniającą ostateczną decyzję zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę dla (...) im. P. we W. w zakresie zmian istotnych w zagospodarowaniu terenu, zagospodarowania zieleni, lokalizacji wyrzutni terenowej, kształtu placu zabaw, zwiększeniu ilości miejsc parkingowych dodatkowej wentylatorni, wzmocnienia słupów konstrukcyjnych, zaprojektowania Oddziału (...), zaktualizowanie projektu o szczegółowe warunki ochrony przeciwpożarowej, higieniczno-zdrowotne, oraz bhp na wymienionych w decyzji działkach. Decyzja ta zawierała sformułowanie: „zatwierdzam projekt budowlany obejmujący w/w zmiany oraz udzielam pozwolenia na budowę w zakresie wprowadzonych zmian. Z kolei w uzasadnieniu Decyzji znajdował się zapis ”wpłynął wniosek... w zakresie istotnych zmian w zagospodarowaniu terenu i budynku Kliniki” oraz „Biorąc pod uwagę, że zakres zmian które zamierza wprowadzić inwestor w realizowanej inwestycji stanowi istotne odstępianie od zatwierdzonego projektu budowlanego, które zgodnie z art.36 a prawa budowlanego mogą być realizowane jedynie po uzyskaniu decyzji o zmianie pozwolenia na budowę. Realizacja inwestycji może być prowadzona w oparciu o projekt budowlany zamienny stanowiący załącznik do niniejszej decyzji”. Powyższe okoliczności potwierdził wykonawca (...) S.A. w piśmie do zamawiającego z dnia 4 sierpnia 2016 roku stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 26 lipca 2016 roku. Przy czym podobnie jak zamawiający na rozprawie również wykonawca (...) S.A. argumentował, że „Wykonawca wyjaśnia, że projekt budowlany dla rozbudowy Centrum (...) we W. o Klinikę (...), (...) we W. (...) był projektem budowlanym „dla budowy budynku szpitalnego” (czyli zgodnie z przytoczoną treścią SIWZ) a nie projektem budowlanym budynku szpitalnego.

Izba odnosząc się do argumentacji zamawiającego jak i wykonawcy (...) stwierdziła, że nie ma znaczenia dla oceny wymaganego doświadczenia zawodowego używanie zamiennie nazewnictwa projekt budowlany „dla budowy budynku” czy „budynku” oraz ewentualne odniesienia czy brak odniesień do ustawy Prawo budowlane.



Prawo budowlane jest prawem państwowym obowiązującym bez względu na to czy jest czy nie jest przywoływane oraz bez względu na to czy prawidłowo czy nie prawidłowo jest opisywane w dokumentach zamawiającego jakim jest Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu podjął decyzję o formie realizacji zamówienia jaką jest system „zaprojektuj i wybuduj”.

W związku z tym, że zamówienie przekracza kwoty określone w oparciu o dyspozycje art. 11 ust.8 ustawy Pzp czyli jest to postępowanie ponadprogowe zamawiający ma obowiązek w myśl art. 26 ust.1 w związku z art. 25 ust.1 ustawy Pzp. żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei zgodnie z art.22 ust.1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki posiadania wiedzy i doświadczenia. W związku z tym zamawiający ma obowiązek nie tylko z powodu postanowień SIWZ ale z samej ustawy Pzp. żądać potwierdzenia doświadczenia zawodowego w zakresie odpowiadającym rozmiarowi postępowania. Skoro przyjął zamawiający system „zaprojektuj” to wykonawca jest zobowiązany udowodnić posiadane doświadczenie w zakresie umiejętności sporządzenia projektu budowlanego inwestycji a nie częściowej wiedzy w zakresie jak to ma miejsce w tym postępowaniu tylko w zakresie zmian do projektu budowlanego. I nie miało w tych okolicznościach znaczenie czy zamawiający zapisali w SIWZ projekt budowlany budynku czy projekt budowlany dla budowy budynku. O wymogu posiadania doświadczenia w zakresie sporządzenia projektu budowlanego rozstrzyga nie zamawiający tylko ustawa Prawo budowlane.

Dlatego też (...) S.A. nie mógł skutecznie posługiwać się doświadczeniem wykonania projektu budowlanego powołując się na realizację budowy w systemie „buduj” gdzie jako wykonawca wprowadzał zmiany do projektu budowlanego i ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę. Powyższe nie dawało wykonawcy skutecznego prawa do wykazania się doświadczeniem zawodowym w zakresie sporządzenia projektu budowlanego wraz z ostateczną decyzją pozwolenia na budowę. Bowiem wykonawca (...) nie wykonał projektu budowlanego, na podstawie którego wydano decyzję pozwolenia na budowę tylko wykonał projekt budowlany zamienny wprowadzający zmiany do projektu budowlanego i decyzji pozwolenia na budowę. Doświadczenie zawodowe w zakresie wykonania projektu zamiennego do zmiany pozwolenia na budowę jest niewystarczające do przedmiotu zamówienia, który realizowany jest w Systemie „Zaprojektuj i wybuduj”.

Zgodnie z art. 26 ust.3 zdanie pierwsze ustawy Pzp. w dotychczasowym brzmieniu „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art.25ust.1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art.25 ust.1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei art. 26 ust.4 w dotychczasowym brzmieniu przewiduje, że „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art.25 us.1 ustawy Pzp.”

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wyczerpał formułę zawartą w art.26 ust.4 ustawy Pzp. wystosowując do wykonawcy wybranego (...) S.A. wezwanie w dniu 26 lipca 2016 roku. Zamawiający w punkcie 10 tego pisma na stronie 5 odniósł się do przedstawionego przez (...) S.A. w Wykazie usług doświadczenia polegającego na wykonaniu projektu budowlanego budynku szpitalnego. Zamawiający powziął wątpliwości co do spełnienia warunku opisanego w rozdziale X Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków punkt 1.2.1.ppkt a SIWZ cytowany wielokrotnie powyżej w uzasadnieniu. Wątpliwości zamawiającego spowodowane były doświadczeniem opisywanym powyżej w uzasadnieniu a odnoszącym się do rozbudowy Centrum (...) we W. o Klinikę (...), (...) we W. (...). Bowiem ze zmienionego pozwolenia na budowę oprócz towarzyszących budowie urządzeń takich jak parkingi, place zabaw, zieleń, projekt Oddziału (...) nie spełnia wymogów chociażby co do wymaganego metrażu 5.500 m kwadratowych. Zamawiający wątpliwości wyartykułował następująco: „Z kolei zaprojektowany Oddział (...)

nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego parametrów powierzchni użytkowej (5.500 m<sup>2</sup>) i został wykonany zgodnie z parametrami zgodnymi z decyzją o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 12 marca 2013 roku, co może oznaczać, iż został zaprojektowany przed podpisaniem umowy z Wykonawcą. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia wszechstronnych wyjaśnień dotyczących powyższych wątpliwości Zamawiającego, w szczególności dokładnych i szczegółowych parametrów projektowanych prac oraz szczegółowego wykazu czego dotyczył projekt budowlany wykonany przez Wykonawcę.”

Pismem z dnia 4 sierpnia 2016 roku zatytułowanym "Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, uzupełnienie oraz wyjaśnienie dokumentów składanych wraz z ofertą - pkt 2-11 Wezwania" wykonawca wybrany (...) złożył szereg wyjaśnień w tym do pkt 10 wezwania. Wykonawca wybrany zacytował wątpliwości zamawiającego, które miał wyjaśnić oraz treść postanowień R. X punkt 1.2.1. ppkt a SIWZ podkreślając, że projekt dla (...) we W. był projektem budowlanym „dla budowy budynku szpitalnego” tak jak brzmi przywołany punkt SIWZ a nie projektem budowlanym „budynku szpitalnego”. Na dowód, że projekt budowlany zamienny dla U.M. we W. odpowiada projektowi budowlanemu opisanemu w SIWZ przywołał pismo tej Uczelni z dnia 3 sierpnia 2016 roku podpisane przez Zastępcę Kanclerza ds. Inwestycji UM we W.. Na druku firmowym (...) im. P. we W. potwierdza się, że (...) Medyczny im. Powstańców (...) z siedzibą przy ul. (...); (...)-(...) W. jako Zamawiający informuje” między innymi, że spółka (...) S.A. Oddział R. była wykonawcą Kliniki (...), (...) we W. w ramach projektu „Rozbudowa Centrum (...) we W.”. Z pisma wynika, że wymogi zamawiającego opisane w (...) wymagały nowego projektu budowlanego, przy czym był to projekt budowlany zamienny. W piśmie stwierdza się, że (...) S.A. wykonał projekt budowlany zamienny dla budowy budynku szpitalnego zatwierdzony ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 31.10.2014 roku cały budynek opisany w (...) miał powierzchnię użytkową 12.809,62 m<sup>2</sup>. W dalszej części wyjaśnień (...) S.A. odnosząc się do wezwania wskazuje, że jego projekt budowlany zawierał m.in. następujące elementy i dzieli je na: Zmiany w projekcie zagospodarowania terenu i zakres wprowadzonych zmian do projektu a przedstawione zostały na stronie 8 i 9 pisma. W projekcie zmian zagospodarowania terenu znajdują się przykładowo: zmiana kształtu wyjścia podziemnego łącznika, przesunięcie wyrzutni terenowej, powiększenie parkingu, dobudowanie czerpni powietrza, zmiana kształtu placu zabaw, likwidacja częściowa chodników, likwidacja zadaszania. Do projektu wprowadzono m.in. zmiany: przesunięcie drzwi, pogrubienie słupów, likwidacja przedsiionka windowego, zmniejszenie zaplecza RTG, wprowadzenie oddziału rehabilitacji w miejsce rezerwy, likwidacji części wyjść ewakuacyjnych, wprowadzenie okien o innej odporności, zmiany tras instalacji sanitarnych.

Podsumowując wezwanie zamawiającego do wyjaśnień i udzielone odpowiedzi przez wykonawcę (...) stwierdzono, że wykonawca nie odpowiedział na postawione zagadnienia przez zamawiającego w cytowanym powyżej piśmie z dnia 26 lipca 2016 roku. Dla przypomnienia: Bowiem ze zmienionego pozwolenia na budowę oprócz towarzyszących budowie urządzeń takich jak parkingi, place zabaw, zieleń, projekt Oddziału (...) nie spełniał wymogów chociażby co do wymaganego metrażu 5.500 m kwadratowych. Z kolei zaprojektowany Oddział (...) nie spełniał wymaganych przez Zamawiającego parametrów powierzchni użytkowej (5.500 m<sup>2</sup>) i został wykonany zgodnie z parametrami zgodnymi z decyzją o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 12 marca 2013 roku, co może oznaczać, iż został zaprojektowany przed podpisaniem umowy z Wykonawcą. W związku z powyższym Zamawiający wzywał do złożenia wszechstronnych wyjaśnień dotyczących powyższych wątpliwości Zamawiającego, w szczególności dokładnych i szczegółowych parametrów projektowanych prac oraz szczegółowego wykazu czego dotyczył projekt budowlany wykonany przez Wykonawcę.

Wykonawca nie udzielił odpowiedzi na wątpliwości sprecyzowane przez zamawiającego w piśmie z dnia 26 lipca 2016 roku. Bowiem jak cytując powyżej odpowiedź udzieloną dnia 4 sierpnia 2016 roku przez (...) dotyczy ona kontestacji pojęć projekt budowlany budynku i projekt budowlany dla budowy budynku, wykaz elementów projektu zamiennego oraz oświadczenia z 03.08.2016 r. Zastępcy Kanclerza ds. Inwestycji UM we W. nie rozstrzygającego co do wymaganego doświadczenia w związku z systemem "Zaprojektuj i wybuduj".

W ocenie I. rozstrzygającą w sprawie była przedłożona decyzja przez odwołującego Nr (...) z 09.12.2011 roku Prezydenta W. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwolenia na budowę w sprawie rozbudowy Centrum (...) we W. o Klinikę (...), (...) we W. projektant mgr inż. architekt Z. M. nr (...).122/97UW wpisany na

listę (...) Okręgowej Izby Architektów pod numerem DS- (...) oraz przedłożona Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia na rozbudowę Centrum (...) we W. o Klinikę (...), (...) we W. z 18.02.2013 roku gdzie określono przedmiot jako: wykonanie projektu wykonawczego i wykonanie rozbudowy.

W tym stanie rzeczy brak udzielenia odpowiedzi na pytanie zadane w piśmie z dnia 26 lipca 2016 roku w trybie art.26 ust.4 ustawy przez zamawiającego o treści: „zaprojektowany Oddział (...) nie spełnia wymaganych przez Zamawiającego parametrów powierzchni użytkowej (5.500 m<sup>2</sup>) i został wykonany zgodnie z parametrami zgodnymi z decyzją o pozwoleniu na budowę nr (...) z dnia 12 marca 2013 roku, co może oznaczać, iż został zaprojektowany przed podpisaniem umowy z Wykonawcą. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do złożenia wszechstronnych wyjaśnień dotyczących powyższych wątpliwości Zamawiającego”, zwalnia zamawiającego z dalszych wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 jak również wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy. Uwzględniając także okoliczność, że wykonawca wybrany (...) S.A. nie wykazał doświadczenia w zakresie wykonania projektu budowlanego stanowiącego podstawę do wydania ostatecznej decyzji pozwolenia na budowę, obliguje to zamawiającego do wykluczenia z postępowania tego wykonawcy na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy a w konsekwencji jego odrzucenia oferty na podstawie art.24 ust.4 ustawy.

Reasumując w świetle ustalonych w sprawie okoliczności na podstawie wezwania zamawiającego z dnia 26 lipca 2016 roku i udzielonej odpowiedzi w dniu 4 sierpnia 2016 roku przez wykonawcę wybranego brak przesłanek do zastosowania art.26 ust.3 jak i art.26 ust.4 ustawy w związku z przedstawionym w poz. 2 Wykazu wykonanych usług (...) we W. o Klinikę (...), (...) we W..

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut odwołującego zasługuje na uwzględnienie.

Co do zarzutu braku potwierdzenia przez wykonawcę wybranego (...) S.A. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi wykonać zamówienie zgodnie z Rozdziałem X pkt 1.3.1. ppkt 1) SIWZ

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt X.1.3 ppkt 1 SIWZ wymagał aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu wykazał, iż dysponuje lub będzie dysponował odpowiednimi osobami zdolnymi wykonać zamówienie, m.in. osobami na stanowisku projektant w specjalności architektonicznej i kierownik budowy.

Przy czym zarzut pod adresem osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika budowy został cofnięty przez odwołującego na rozprawie.

W zakresie osoby wskazanej na stanowisko projektanta o specjalności architektonicznej warunek według SIWZ brzmi następująco:

Powinna być to osoba, która zrealizowała łącznie z uzyskaniem pozwolenia na budowę co najmniej dwa projekty architektoniczne dla budowy budynków o powierzchni użytkowej co najmniej 5.500 m<sup>2</sup> każdy, w tym co najmniej jeden projekt budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza oraz co najmniej jeden projekt budynku wielokondygnacyjnego znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków.

W związku z wątpliwościami interpretacyjnymi sygnalizowanymi przez strony na rozprawie, w ocenie Izby postanowienia SIWZ jednoznacznie wskazują na obowiązek wykonania co najmniej dwóch projektów architektonicznych zatwierdzonych każdy ostateczną decyzją pozwolenia na budowę budynków o powierzchni każdy co najmniej 5.500,00m kwadratowe. Różnice co do poszczególnych projektów budowlanych budynków sprowadzają się do różnego przeznaczenia każdego z budynków Jeden budynek powinien mieć przeznaczenie jako budynek szpitalny a drugi budynek być budynkiem obojętnie o jakim przeznaczeniu ale za to wielokondygnacyjnym i objętym ochroną konserwatora zabytków. Porównując treść postanowień co do wymagań wobec kandydata na projektanta architekta z wymaganym doświadczeniem dla wykonawcy w zakresie projektów budowlanych zatwierdzonych

ostateczną decyzją pozwoleń na budowę należy stwierdzić, że wymagania są porównywalne chociaż nie tożsame (vide Rozdział X pkt 1.2.1. ppkt a z uwzględnieniem nowelizacji SIWZ z dnia 29 kwietnia 2016 roku).

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że interpretacja postanowień SIWZ odnoszących się do doświadczenia zawodowego wykonawcy jak i postanowień odnoszących się do osób mających wykonać dokumentację projektową w tym przypadku projekt budowlany rozbudowy/budowy/nadbudowy powinna być jednolita.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że wniosek taki należy wywieść nie tylko z treści samych postanowień SIWZ ale także z racjonalnych przesłanek co do wymagań zarówno do wykonawcy jak i osób przy pomocy, których wykonawca będzie zamawianie wykonywał. W związku z tym powyżej przedstawiona w uzasadnieniu argumentacja do zarzutu w zakresie doświadczenia wykonawcy odnosi się wprost również do argumentacji niniejszego zarzutu co do doświadczenia osób.

Ponadto przy rozpoznaniu zarzutów Izba wzięła pod uwagę sposób realizacji przedmiotu zamówienia w systemie zaprojektuj i wybuduj oraz konsekwencje w zakresie obowiązków po stronie projektanta wynikających z regulacji ustawy Prawo budowlane w zakresie uzyskania decyzji pozwolenia na budowę.

Przy czym podniesiony zarzut w stosunku do wykonawcy wybranego (...) S.A. wynika z faktu, że w Wykazie osób wskazano Pana mgr inż. architekta M. J. (2), który w ocenie odwołującego (...) S.A. nie spełnia wymagań w zakresie zrealizowania drugiego projektu architektonicznego, to jest projektu dla budowy budynku wielokondygnacyjnego o powierzchni użytkowej co najmniej 5.500 m<sup>2</sup> znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków. Z Wykazu osób wynikało, iż wskazany w ostatniej pozycji uzupełnionego wykazu, projekt dotyczył „modernizacji istniejącego budynku” Instytutu przy (...) w G..

Słusznie odwołujący podniósł zarzut, że w związku z tym, że projekt dotyczył modernizacji \* budynku to nie można projektu tego zaliczyć do czynności wchodzących w zakres pojęcia „budowy” którą definiuje art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane bo nie dotyczył ani budowy ani ewentualnie rozbudowy, odbudowy czy nadbudowy, które prawo utożsamia z pojęciem budowy. Czyli zarówno modernizacja jak i przebudowa nie wchodzi w zakres pojęciowy budowy. Poza tym również pozostałe opisy inwestycji przy stanowisku architekta projektanta, zamieszczone w uzupełnionym Wykazie osób przy piśmie (...) z dnia 4 sierpnia 2016 roku, nie spełniają warunku projektu budowy dla budynku wielokondygnacyjnego o powierzchni co najmniej 5.500m<sup>2</sup> objętego ochroną Konserwatora Zabytków.

W związku z powyższym Izba uznała, że Wykaz osób wykonawcy (...) nie spełnia postawionego w tym zakresie warunku udziału w postępowaniu. Izba przy rozstrzygnięciu zarzutu w tym zakresie uwzględniła złożone na rozprawie przez przystępującego po stronie zamawiającego (...)

S.A. poświadczenie z dnia 03.06.2016 r. o przebudowie budowy pięciokondygnacyjnego budynku Instytutu przy(...)Oddział w G. o powierzchni użytkowej około 12.000m<sup>2</sup> kwadratowych. Z kolei z uzupełnionego Wykazu przy piśmie (...) z dnia 4 sierpnia 2016r. wynikało, że przedmiotowy budynek był poddany modernizacji. Żaden z tych zakresów robót budowlanych, to jest ani przebudowa ani modernizacja budynku, nie jest zakwalifikowany do rozbudowy będącej przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czyli tym samym w myśl art.3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane również nie jest zakwalifikowany do budowy lub nadbudowy.

Wykonawca wybrany był wzywany do uzupełnienia dokumentów w związku ze złożonym Wykazem osób w dniu 26 lipca 2016 roku w zakresie braków prawidłowego wypełnienia Wykazu z powodu błędów takich jak: brak wskazania lat doświadczenia zawodowego, dat trwania inwestycji, brak informacji czy projektanci wykonywali prace samodzielnie czy w ramach zespołu projektowego.

W ocenie Izby w zaistniałej sytuacji nie zachodziły przesłanki ani do wezwania w trybie wyjaśnień art.26 ust.4 ustawy, ani do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26ust.3ustawy. Z poświadczenia przedłożonego na rozprawie przez pełnomocnika przystępującego (pismo z dnia 03.06.2016 roku) wynika, że pełno branżowy projekt budowlany i wykonawczy dotyczył „przebudowy” Instytutu przy (...)w G. a z uzupełnionego Wykazu osób złożonego przy piśmie

(...) S.A. z dnia 4 sierpnia 2016, że roboty dotyczyły „modernizacji”. Skoro zarówno „modernizacja” jak i „przebudowa” nie są kwalifikowane jako spełniające warunek to bezprzedmiotowe jest wyjaśnianie czy była to „modernizacja”, czy była to „przebudowa”.

Izba stwierdziła, że są to co prawda błędy ale nie mające wpływu na spełnienie warunku, ponieważ warunek byłby spełniony tylko w przypadku gdyby w jednym dokumencie widniała „rozbudowa” lub „budowa” lub „nadbudowa” a w drugim dokumencie „przebudowa” lub „modernizacja”. Natomiast co prawda (...) S.A. w Wykazie osób z dnia 15.06.2016 roku załączonym do oferty inwestycję w (...) w G. opisał jako „rozbudowę” a to kwalifikowało by ją do wymaganego doświadczenia osoby projektanta architekta. Niemniej w uzupełnionym Wykazie osób do pisma z dnia 4 sierpnia 2016 roku (...) S.A. inwestycję określił już jako „modernizację” (...) w G. a na rozprawie w dniu 6 września 2016 roku przedłożył pismo z dnia 03.06.2016 roku, w którym potwierdził inwestycję jako „przebudowę” (...) w G.. Tak więc skutecznie i definitywnie wycofał się z (...).

Izba w zaistniałych okolicznościach nie znalazła podstaw do nakazywania zamawiającemu czy to wyjaśnień, czy to uzupełnień Wykazu osób, ponieważ ostatecznie wykonawca (...) S.A. dwukrotnie potwierdził brak spełnienia wymaganego doświadczenia osób, określając inwestycję (...) w G. poza wymaganą bądź rozbudową, bądź budową, bądź nadbudową sprowadzając ją do „przebudowy” i „modernizacji”.

W tym stanie rzeczy zarzut odwołującego (...) S.A. potwierdził się.

Na wyrok ten skargę złożył Skarżący E.S.A. w W. , który zarzucił :

- naruszenie przepisów postępowania, tj.:

- art. 190 ust. 7 PZP poprzez dowolną i wybiórczą, a nie wszechstronną i całościową ocenę materiału dowodowego i w konsekwencji wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego nie wynikających, a polegających na przyjęciu, że:

- projekt budowlany zamienny nie jest projektem budowlanym, o którym mowa w zapisie Rozdziału X pkt 1.2.1. lit. a) SIWZ;

- Skarżący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w Rozdziale X pkt lit. a) SIWZ;

- zrealizowanie przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji Projektanta w specjalności architektonicznej inwestycji polegającej na „modernizacji” lub „przebudowie” nie może prowadzić do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanego w Rozdziale X pkt 1.3.1. ppkt 1. SIWZ;

- „modernizacja” i „przebudowa”, o których mowa w dokumentach dotyczących osoby wskazanej przez Skarżącego do pełnienia funkcji Projektanta w specjalności architektonicznej, nie wchodzi w zakres pojęcia „budowy”, o którym mowa w zapisie Rozdziału X pkt 1.3.1. ppkt 1. SIWZ;

- Skarżący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanego w Rozdziale X pkt 1.3.1. ppkt 1 SIWZ („Projektant w specjalności architektonicznej”);

- oraz naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

- art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Skarżącego ((...) S.A.) w sytuacji, gdy Skarżący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia;

- art. 22 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Skarżącego ( (...) S.A.) w sytuacji, gdy Skarżący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- art. 26 ust. 3 PZP poprzez przyjęcie, że ewentualne uchybienia Skarżącego w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przetargowym, wynikających z postanowień SIWZ wskazanych w pkt I ppkt 1 lit. a) - e) powyżej, nie kwalifikują się do usunięcia w trybie art. 26 ust. 3 PZP;
- art. 26 ust. 4 PZP poprzez przyjęcie, że ewentualne uchybienia Skarżącego w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przetargowym, wynikających z postanowień SIWZ wskazanych w pkt I ppkt 1 lit. a) - e) powyżej, nie kwalifikują się do usunięcia w trybie art. 26 ust. 4 PZP;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Skarżącego w sytuacji, gdy uwzględnienie zarzutów odwołania (...) S.A. dopuszcza jedynie możliwość wykluczenia Skarżącego.

W oparciu o te zarzuty Skarżący wniósł o :

- uwzględnienie skargi w całości oraz
- zmianę zaskarżonego wyroku wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą dnia 7 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1576/16 poprzez oddalenie w całości odwołania wniesionego przez (...) S.A.;
- orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt KIO 1576/16 z uwzględnieniem zmiany zaskarżonego wyroku zgodnie z pkt 2 powyżej;
- zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania związanych z wniesieniem i opatrzeniem niniejszej Skargi, w tym w szczególności:
- zasądzenie kwoty 100.000,00 złotych tytułem zwrotu opłaty sądowej uiszczonej od niniejszej Skargi;
- zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu wskazał skarżący, że wbrew stanowisku (...) spełnia wymagania postawione przez zamawiającego w tym wymagania wskazane w Rozdziale X pkt 1.2.2 lit. a SIWZ.

Skarżący zarzucił, że Izba dokonała wykładni tego postanowienia SIWZ w sposób arbitralny i oderwany od woli zamawiającego oraz okoliczności prowadzonego postępowania przetargowego

Podniósł, iż Izba zaaprobowała tutaj wykładnię zaproponowaną przez Odwołującego i całkowicie zignorowała wolę i interpretację samego zamawiającego

Wskazywał skarżący, że zamawiający wskazany zapis rozumiał w ten sposób, że obejmuje on projekty budowlane sensu largo, tworzone w związku z procesem budowlanym budynków szpitalnych oraz innych przedsiębiorstw w których udzielane są całodobowe i stacjonarne świadczenia zdrowotne.

Takie stanowisko zajął zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a samo sformułowanie zawarte w SIWZ nie było przedmiotem żadnych pytań (ani też odwołań) ze strony wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Podnosił skarżący, iż zamawiający nigdzie nie wskazywał, że sformułowanie to należy odnosić jedynie do projektów budowlanych sensu stricto.

Dlatego stanowisko KIO, że zamawiającemu chodziło w wymienionym zapisie o projekty budowlane sensu stricto jest arbitralne i w żaden sposób nie wynika ze stanowiska zamawiającego.

Niezależnie od tego wskazał skarżący, że skoro z perspektywy czasu można przyjąć, że zapisy SIWZ są niejednoznaczne to nie można z tego tytułu wywodzić wobec wykonawcy jakichkolwiek negatywnych konsekwencji. Jest bowiem zasadą, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niejednoznacznych zapisów SIWZ.

Skarżący wskazał, że skoro zastosowała się do jednej z możliwych interpretacji budzącego wątpliwości postanowienia SIWZ to nie można mu zarzucić działania lub zaniechania niezgodnego z SIWZ.

Podnosił, iż wszelkie niejasności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców.

Podkreślił skarżący, że sporny zapis SIWZ inaczej zinterpretowali skarżący i zamawiający a inaczej odwołująca i KIO. Dlatego zapis ten - przyjmując, że chodziło w nim o projekt budowlany sensu stricto - należy uznać za niejednoznaczny i jego interpretacja przez skarżącego nie może skutkować dla niego negatywnymi konsekwencjami.

Skarżący za niezrozumiałą uznał próbę wywiedzenia przez KIO znaczenia spornego postanowienia z tego, że realizacja zamówienia następuje w systemie "zaprojektuj i wybuduj".

Podkreślił, że to zamawiający a nie KIO prowadzi postępowanie i to on decyduje o wymogach stawianych potencjalnym wykonawcom.

Skarżący zarzucił, że KIO nie jest uprawniona do decydowania zamiast zamawiającego o tym czego zamawiający wymaga celem wykazania warunków udziału w postępowaniu poprzez dokonywanie autorskich zawężających interpretacji na obecnym etapie postępowania.

Wskazał, iż przedmiotem odwołania nie była treść niezgodnych z przepisami lub nadmiernych wymagań zamawiającego i podkreślił, że zamawiający wskazywał, iż tworząc postanowienia SIWZ nie trzymał się ściśle ustawowych definicji zawartych w prawie budowlanym.

Podniósł ponadto skarżący, że projekt budowlany zamienny jest projektem budowlanym.

Wskazał tutaj na treść art. 51 ust. 1 pkt 3 prawa budowlanego zgodnie z którym do projektu budowlanego zamiennego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące projektu budowlanego i podniósł że do projektu budowlanego zamiennego mają zastosowanie te same wymagania co do projektu pierwotnego.

Osoba sporządzająca projekt budowlany zamienny tworzy kompletny projekt budowlany a jedynie zmienia poszczególne rozwiązania lub dodaje rozwiązania nowe. To zaś prowadzi do wniosku, że osoba taka musi posiadać umiejętności i doświadczenie na poziomie nie mniejszym niż osoba sporządzająca projekt pierwotny.

Skarżący nie zgodził się ze stanowiskiem KIO odnośnie braku spełnienia warunków w przetargu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisku "Projektant w specjalności architektonicznej".

Skarżący wskazał tutaj, że zakwalifikowanie inwestycji jako modernizacji, przebudowy czy rozbudowy nie jest kluczowe dla sprawy. Wszystkie wskazane roboty stanowią bowiem roboty budowlane co jest istotne dla celu procedury przetargowej jakim jest wyłonienie wykonawcy z którym zamawiający podpisze umowę o roboty budowlane.

Podniósł skarżący, iż pojęcie modernizacji obejmuje swym zakresem cechy charakterystyczne dla budowy.

Wskazał, że z wyjaśnień inwestora dla inwestycji która wskazał skarżący jako element doświadczenia dla proponowanego projektanta wynika zaś, że projektant wykonał pełnobraźowy projekt budowlany i wykonawczy dla przebudowy budowy pięciokondygnacyjnego budynku instytutu.

Wskazał, że w okresie gdy była projektowana ta modernizacja "przebudowa" mieściła się w definicji legalnej "budowy" z prawa budowlanego.

Podnosił skarżący, że również wykonawca (...) celem wykazania warunków udziału w postępowaniu wskazywał dokumenty dotyczące nadbudowy, adaptacji, rozbudowy czy modernizacji i posługiwał się tymi pojęciami w sposób dowolny i zamienny.

Wskazał dalej skarżący, że nawet gdyby uznać zakwestionowane wnioski KIO za prawidłowe to ewentualne uchybienia skarżącego mogły zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust 3 pzp.

Skarżący podkreślił, że wskazana przez KIO zasada jednokrotnego wezwania nie ma charakteru zasady prawnej ani nie jest bezwzględnie obowiązująca i nie dotyczy ona sytuacji gdy zachodzi potrzeba wezwania uwzględniającego nowe okoliczności.

Skarżący wskazał na odrębność instytucji z art. 26 ust. 3 pzp i 26 ust. 4 pzp i wskazał, że wezwanie zamawiającego dot. warunków udziału z Rozdziału X pkt 1.2.1 lit. a SIWZ sporządzone zostało w trybie art. 26 ust. 4 pzp i sformułowane w sposób ogólny powodujący wątpliwości co do tego jakich konkretnie wyjaśnień oczekuje zamawiający.

Zarzucił skarżący, iż nie jest uprawnione stanowisko, że w ramach odpowiedzi na wezwanie z tego przepisu miał wykonawca obowiązek uzupełnienia dokumentów.

Z kolei w zakresie warunków z Rozdziału X pkt 1.3.1 ppkt 1 lit. d SIWZ zamawiający skierował jedynie wezwanie z dnia 26 lipca 2016 r. do uzupełnienia wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 pzp w określonym tam zakresie nie obejmującym żądania uzupełnienia wykazu o wskazanie czy projektant ma doświadczenie w realizowaniu oraz uzyskaniu pozwolenia na budowę dla budowy budynków. Zamawiający nie żądał w tym zakresie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp bowiem w jego ocenie warunek ten był spełniony.

Dlatego za nieuzasadnione uznał skarżący stanowisko KIO, iż nie znajduje podstaw nakazywanie zamawiającemu wyjaśnienia czy uzupełnienia wykazu osób.

Wskazał również skarżący, że zarzuty odwołującego dotyczyły zaniechania wykluczenia skarżącego i KIO uznając zarzuty odwołującego winna nakazać wykluczenie skarżącego z postępowania a nie odrzucenie jego oferty - dlatego zaskarżony wyrok został sformułowany w sposób sprzeczny z przepisami.

W odpowiedzi na skargę skarżącego (...) uczestnik postępowania (...) S.A. w W. wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania wywołanego skargą .

W uzasadnieniu w pierwszej kolejności zarzucił, że skarżący błędnie oznaczył przeciwnika skargi - którym faktycznie jest zamawiający i wniósł o oddalenie skargi jako skierowanej przeciwko podmiotowi który nie jest w niniejszej sprawie biernie legitymowany.

Jednocześnie odwołujący oświadczył, że nie wyraża zgody na wstąpienie w miejsce przeciwnika skargi SP ZOZ (...) Centrum (...) im. gen J. Z. w T..

Ponadto podniósł odwołujący argumentację na potwierdzenie stanowiska, że skarżący nie wykazał potrzebnego doświadczenia w trakcie postępowania i w tym zakresie odwołał się do zapisów SIWZ i wskazał, że wymagania tam postawione dotyczyły doświadczenia w wykonaniu projektu dla budynku szpitalnego o powierzchni użytkowej powyżej 5500 m<sup>2</sup>, zaś skarżący wskazał na inwestycję w której wykonywał projekt zamienny który nie obejmował budowy budynku o wymaganej powierzchni .



Podniósł, że również wskazany przez skarżącego projektant nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ bowiem wskazany dla niego projekt dotyczył modernizacji istniejącego budynku a nie czynności wchodzących w skład pojęcia budowy.

Wskazał odwołujący na zakresy pojęć budowa i przebudowa , remont i modernizacja a także definicje legalne pojęć "budowa" i "projekt budowlany".

Wskazał, że skarżący nie zwracał się z pytaniem do zamawiającego o wyjaśnienie tych pojęć i podniósł, że dla dokonania prawidłowej wykładni tych pojęć wskazówką powinien być przedmiot zamówienia którym jest rozbudowa budynku.

Odnosząc się zaś do zarzutu dokonania przez KIO arbitralnej wykładni omawianego warunku, wskazał odwołujący na pisemną formę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i fakt związania zamawiającego brzmieniem SIWZ.

Odwołujący wskazał na zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców i interpretacji postanowień SIWZ na korzyść wszystkich wykonawców.

Wskazał, że projekt budowlany zamienny dla uznania go w niniejszym postępowaniu musiałby spełniać wymagania SIWZ a tego projekt wskazany przez skarżącego nie spełniał w zakresie powierzchni budynku, co nie daje skarżącemu takiego doświadczenia jakie jest wymagane w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że postawiony wobec projektanta warunek odnosił się do budowy budynku a nie do robót budowlanych co pozbawia znaczenia argumentację dotyczącą zakresu tego pojęcia.

Podniósł, iż fakt, że w przeszłości pojecie budowy obejmowało również modernizację i przebudowę , czego obecnie nie obejmuje stanowi podstawę do zupełnie odmiennych wniosków niż wyciągnął skarżący.

Odnosząc się zaś do zarzutów wskazujących na konieczność wezwania skarżącego w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 pzp wskazał, że skarżący był już wzywany do uzupełnienia dokumentów w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia i odwołał się do zasady jednokrotności wezwania.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia złożone w trakcie rozprawy potwierdzają, iż skarżący nie spełnia warunku postawionego w postępowaniu.

Ponadto podniósł odwołujący, że skarżący miast wykazywać spełnienie warunku kontestował jego treść i złożył wyjaśnienia które potwierdziły, że warunku nie spełnia.

Co o zarzutu błędnego sformułowania sentencji wyroku wskazał odwołujący, że niezależnie od zastosowanej sankcji wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty skutej będzie taki sam a ponadto zgodnie z art. 24 ust. 4 pzp ofertę wykluczonego wykonawcy uznaje się za odrzuconą.

### **Sąd zważył :**

Skarga wykonawcy (...) S.A. w W. była nieuzasadniona co do zasady, za uzasadniony należało uznać jedynie zarzut błędnego sformułowania sentencji orzeczenia w stosunku do skarżącego.

Na wstępie jednak należy się odnieść do zarzutu odwołującego, który wskazywał na wadliwe określenie przeciwnika skargi przez skarżącego.

Zarzut ten uznał Sąd za nieuzasadniony, a ponadto uznaje Sąd, że ewentualna wadliwość określenia przeciwnika skargi w niniejszej sprawie nie miała wpływu na jej rozpoznanie i rozstrzygnięcie.

Przechodząc do oceny tego zarzutu wskazać trzeba, że zasadnicze znaczenie ma tutaj fakt, iż w postępowaniu przez Krajową Izbą Odwoławczą skarżący był uczestnikiem przystępującym do postępowania po stronie zamawiającego.

Wprawdzie jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojego postanowienia z dnia 19 czerwca 2007 roku, sygn. akt III CZP 25/07, postępowanie zainicjowane skargą na orzeczenie jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze trybu procesowego, ale w opinii Sądu Okręgowego dla oceny tego kto występuje po stronach tego postępowania nie pozostaje bez znaczenia stanowisko zajmowane w nim przez poszczególne podmioty.

Nie budzi zaś najmniejszych wątpliwości, że w postępowaniu wywołanym odwołaniem zamawiający był przeciwnikiem odwołującego. Na skutek uwzględnienia tego odwołania nakazano zamawiającemu dokonanie określonych czynności.

W skardze domagał się skarżący zmiany tego wyroku i oddalenia odwołania.

Nie da się więc logicznie uzasadnić stanowiska uznającego skarżącego za przeciwnika zamawiającego, w sytuacji gdy skargą domaga się w istocie skarżący zmiany wyroku KIO sprowadzającej się do uznania prawidłowości postępowania zamawiającego.

Nie do zaakceptowania wydaje się konstrukcja gdy w postępowaniu wywołanym skargą przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego uznaje się za stronę przeciwną do owego zamawiającego.

Uznaje Sąd zatem, że z faktu, że postępowanie sądowe wywołane skargą jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze trybu procesowego nie musi wynikać to, że przeciwnikiem skargi zawsze będzie zamawiający.

Ocena ról procesowych poszczególnych podmiotów nie może być bowiem oderwana od zajmowanych przez nie stanowisk.

Za niewytłumaczalną należałoby uznać sytuację gdy osoba przystępująca do postępowania po stronie zamawiającego byłaby uznana za jego przeciwnika.

Dlatego należy uznać, że wzajemne rozłożenie ról procesowych ukształtowane w postępowaniu wywołanym odwołaniem zostaje w niniejszej sprawie zachowane przez uczestników w postępowaniu wywołanym skargą.

Niezależnie jednak od tych uwag należy wskazać, że omawiana okoliczność nie ma większego znaczenia dla rozpoznania i rozstrzygnięcia skargi.

Uznaje bowiem Sąd, że niniejsze postępowanie jest postępowaniem wynikającym ze skargi na orzeczenie wydane przez KIO.

Udział w nim poszczególnych podmiotów oraz role procesowe poszczególnych osób w nim występujących są już znane. Nawet więc przyjmując za odwołującym, że skarżący w skardze błędnie oznaczył przeciwnika swej skargi, to owo błędne oznaczenie nie ma wpływu na przebieg i wynik postępowania.

Przechodząc zaś do oceny zasadności poszczególnych zarzutów skargi wskazać trzeba, że zarzuty te w zdecydowanej większości uznał Sąd za nieuzasadnione.

Odnośnie zarzutów dotyczących stanowiska Izby w zakresie niewykazania przez skarżącego spełnienia warunku udziału w postępowaniu przypomnieć trzeba, że w zapisie Rozdziału X pkt 1 SIWZ wskazano jako warunek udziału w postępowaniu m. in. spełnianie warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia.

Ten warunek został sprecyzowany w Rozdziale X pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ przez wskazanie m. in., że warunek ten zostanie spełniony jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (...) wykonał należycie :

a) co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza lub innego niż szpital przedsiębiorstwa, w którym udzielane są stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 500 m<sup>2</sup>, zatwierdzonego ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę.

W tym zakresie zakwestionował skarżący dokonaną przez Izbę wykładnię tego zapisu i uznanie, że wskazane wyżej sformułowanie odnosi się do projektów budowlanych w ścisłym tego słowa znaczeniu.

Ten zarzut uznał Sąd za nieuzasadniony.

Wbrew bowiem twierdzeniu skarżącego użyte przez zamawiającego sformułowanie jest jednoznaczne i wskazuje, że chodzi tutaj o wykonanie projektu budowlanego dla budowy budynku szpitalnego lub innego o wskazanych parametrach.

W tym miejscu przypomnieć trzeba, że pojęcie "budowa" jest zdefiniowane prawem budowlanym i oznacza "wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego" (art. 3 pkt 6 pr. budowlanego).

Nie ma więc tutaj przestrzeni na swobodną interpretację tego pojęcia - w tym decydowaniu o jego znaczeniu na podstawie zamiaru zamawiającego - ani na poszukiwaniu ścisłego lub mniej ścisłego jego znaczenia.

W istocie jest bowiem tak, że to co jest rozumiane przez pojęcie "budowa" wynika z przepisu prawa i nie ma żadnych podstaw do tego aby interpretacja wskazanego pojęcia odbywała się inaczej niż na podstawie owego przepisu.

Podobnie jest z pojęciem "projektu budowlanego" dla którego wymogi definiuje art. 34 pr. budowlanego.

Słusznie również wskazała tutaj Izba na to, że ewentualne wątpliwości w rozumieniu wskazanych pojęć powinny być wyjaśniane przy uwzględnieniu tego co jest przedmiotem zamówienia objętego postępowaniem.

W tym miejscu podkreślić bowiem trzeba, że omawiane wymagania w zakresie doświadczenia wykonawcy służą określonemu celowi - wykazaniu doświadczenia i wynikającej z niego zdolności wykonawcy do wykonania konkretnego zamówienia.

Dlatego gdyby nawet przyjąć, że jest w niniejszej sprawie miejsce na wątpliwości co do rozumienia wskazanych wcześniej pojęć to ewentualna ich interpretacja musi nastąpić przy uwzględnieniu tego co jest przedmiotem zamówienia.

Ponadto słusznie wskazała Izba, że z chwilą upublicznienia SIWZ jego rozumienie nie zależy od woli zamawiającego ale od ich oczywistego brzmienia, w tym od tego co wynika z przepisów prawa. Nie można bowiem przyjąć, jak chce skarżący, że zamawiający ma pełną swobodę wykładania użytych pojęć na każdym etapie postępowania. Respektowanie woli zamawiającego i jego rozumienia użytych w SIWZ pojęć nie może bowiem prowadzić do przyjęcia swobody kształtowania warunków zamówienia na każdym etapie postępowania, w tym również po złożeniu ofert.

Postanowienia specyfikacji są wiążące także dla zamawiającego, który nie może swobodnie dokonywać zmiany istotnych warunków zamówienia, przez ich swobodną interpretację na etapie badania i oceny ofert.

Dlatego za nieuzasadnione należy uznać zarzuty arbitralnego rozstrzygnięcia przez Izbę o treści konkretnych zapisów SIWZ.

Ocena Izby jest w tym zakresie daleka od wszelkiej arbitralności, opiera się bowiem wyłącznie na brzemieniu przepisów prawa. Tym samym ocena ta jest oderwana od wszelkich subiektywnych ocen stron postępowania. Izba zasadnie wykładni tych zapisów dokonała w oparciu o treść przepisów prawa jako przesłankę tej wykładni przyjmując przedmiot zamówienia.

Należy tutaj jeszcze raz podkreślić, że przyjęcie takich kryteriów oceny wyklucza jakąkolwiek arbitralność w ocenach Izby.

W tym miejscu można jedynie dodać, że to raczej skarżącemu można zarzucić, że obecną wykładnie konkretnych zapisów SIWZ dopasowuje do posiadanego doświadczenia i złożonych w toku postępowania dokumentów, odrywając tę ocenę od obiektywnych kryteriów.

Za nieuzasadniony uznał Sąd zarzut skargi oparty na twierdzeniu, że wszelkie niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców.

Wskazać tutaj przede wszystkim należy, iż dla zastosowania tej zasady wymagane jest przede wszystkim istnienie owych niejasności.

Ten warunek, jak już wcześniej wyjaśniono, w niniejszej sprawie nie zachodzi.

Po drugie to, że wszelkie niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców nie oznacza, że należy je rozpatrywać na korzyść jednego z wykonawców (skarżącego).

W istocie bowiem proponuje tutaj skarżący interpretację SIWZ która jest oderwana od ich literalnego brzmienia i przedmiotu zamówienia, a ponadto jest korzystna jedynie dla jednego z wykonawców (skarżącego) - z naruszeniem praw innych wykonawców.

Dlatego również ten zarzut nie mógł odnieść zamierzonego skutku.

Podzielił natomiast Sąd twierdzenia skarżącego, że nie ma podstaw do rozróżniania pojęć "projektu budowlanego" i "projektu budowlanego zamiennego" .

Słusznie wskazuje tutaj skarżący, że fakt stosowania do zmian wprowadzonych projektem budowlanym zamiennym przepisów o projekcie budowlanym (art. 51 ust. pkt 3 pr. budowlanego) nakazuje uznać, że ów projekt budowlany zamienny należy również uznać za projekt budowlany w rozumieniu SIWZ.

Słusznie jednak wskazał odwołujący, że istota sporu nie sprowadza się tutaj do oceny czy projekt budowlany zamienny może być uznany za tożsamy z projektem budowlanym, ale do tego czy konkretny projekt budowlany zamienny wskazany przez skarżącego spełniał wymogi określone w SIWZ.

Przypomnieć zaś trzeba, że spełnienie owych wymogów miało wykazać posiadanie przez wykonawcę potrzebnego doświadczenia dla zrealizowania przedmiotu zamówienia.

W omawianym zakresie zaś SIWZ mówią o "wykonaniu projektu budowlanego dla budowy budynku (...) , o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 500 m<sup>2</sup>, zatwierdzonego ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę".

Takie więc warunki musiał spełniać projekt budowlany wskazany na potwierdzenie posiadania doświadczenia.

Dlatego należy uznać, że musiał to być sporządzony przez wykonawcę projekt budowlany dla budowy budynku o określonym przeznaczeniu, o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 500 m<sup>2</sup>, zatwierdzonego ostateczną decyzją o pozwoleniu na budowę.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że uznaje Sąd za zupełnie oderwane od przedmiotu zamówienia rozważanie skarżącego na temat tego czy projekt wykonany "dla budowy budynku" oznacza to samo co projekt budowlany tego budynku.

Uznaje Sąd, że nie może budzić najmniejszych wątpliwości, że projekt o jakim mowa w SIWZ musiał obejmować również projekt budynku szpitalnego o wskazanych w specyfikacji parametrach.

Przyjęcie innego stanowiska powodowałoby, że za spełniający warunki musiałby być uznany każdy dowolny projekt budowlany wykonywany przy okazji budowy budynku szpitalnego, bez analizy tego co było przedmiotem owego projektu.

Przyjęcie takiego stanowiska powodowałoby zaś utratę przez ów warunek wszelkiego znaczenia dla oceny posiadania przez wykonawców doświadczenia potrzebnego dla zrealizowania zamówienia. Pamiętać tutaj należy, że zamówienie przewidywało do wykonania określone prace projektowe i doświadczeniem potrzebnym do wykonania takich właśnie prac winien się wykonawca legitymować.

Dlatego należy uznać, że wskazany przez skarżącego projekt Kliniki (...), (...) we W. nie spełniał warunków SIWZ.

Jak wynika bowiem w udzielonych na zapytanie zamawiającego wyjaśnieniach z dnia 4 sierpnia 2016 r. wyraźnie wskazał skarżący, że nie wykonywał projektu budowlanego budynku szpitalnego ale projekt dla budowy tego budynku, a ze szczegółowo wskazanych zmian wprowadzonych do projektu budowlanego wynika, że w istocie sporządzenia projektu budowlanego budowy budynku szpitalnego te zmiany nie obejmowały.

Dlatego niezależnie od tego czy zostanie przyjęte, że projekt wykonany przez skarżącego był projektem budowlanym, to należy uznać, że nie spełniał on wymogów SIWZ, bowiem nie był projektem budowlanym dla budowy budynku o wskazanych tam parametrach.

Przyjąć zaś należy, że pamiętając o przedmiocie niniejszego postępowania jedynie taki projekt może być uznany za spełniający omawiane warunki SIWZ.

Dlatego uznał Sąd, że stanowisko Izby w zakresie braku wykazania przez skarżącego potrzebnego doświadczenia we wskazanym wyżej zakresie było uzasadnione.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia prawa materialnego art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. poprzez przyjęcie, że ewentualne uchybienia skarżącego nie kwalifikują się do usunięcia w trybie tego przepisu należy wskazać, że zarzut ten w zakresie warunku z Rozdziału X pkt 1.2.1 lit. a) SIWZ uznał Sąd za nieuzasadniony.

Przypomnieć tutaj należy, że pismem z dnia 26 lipca 2016 r. zamawiający wzywał skarżącego do złożenia wyjaśnień m. in. w zakresie tego czego dotyczyło pozwolenie na które powołał się wykonawca.

Wbrew twierdzeniom skarżącego wezwanie to nie zostało sformułowane w sposób ogólny bowiem precyzyjnie wskazywało na wątpliwości w zakresie tego czego dotyczyło owo pozwolenie. W szczególności - na co słusznie zwróciła uwagę Izba - wskazywało to wezwanie na wątpliwości dotyczące parametrów projektowanych prac i tego czego dotyczył projekt budowlany zaprojektowany przez wykonawcę.

Jak z powyższego wynika wezwanie to obejmowało pytania stanowiące istotę wątpliwości spełnienia przez skarżącego omawianego warunku z SIWZ.

Na to wezwanie wykonawca udzielił odpowiedzi, która nie tylko nie usunęła wątpliwości w zakresie posiadanego przez niego doświadczenia ale wprost wykazała, że wątpliwości te są uzasadnione.

Jak słusznie wskazano w toku postępowania, miast usunąć zasygnalizowane wątpliwości skarżący podjął polemikę z samą treścią warunku a ponadto z odpowiedzi na owo wezwanie wprost przyznał, że projektu budynku nie wykonywał.

Kwestia braku spełniania przez wykonawcę wymogów jest więc obecnie wyjaśniona i

nie bardzo wiadomo o co możnaby jeszcze wykonawcę wezwać - a na pewno wezwanie w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy było by wezwaniem ponownym, gdyż dotyczyłoby tych samych wątpliwości i okoliczności, których dotyczyło wezwanie wskazane wcześniej.

Ponadto z materiału zgromadzonego w sprawie wynika, że skarżący nie jest w stanie uzupełnić swojej oferty tak aby wykazać spełnienie warunku, bowiem z materiału tego wynika wprost, że prace projektowe na które się powołuje nie spełniały warunków wskazanych w SIWZ.

Dlatego zarzut ten nie był uzasadniony.

Odnosząc się do zarzutu, niezasadnego uznania, że zrealizowanie przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji projektanta inwestycji polegającej na modernizacji lub przebudowie nie może prowadzić do spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wskazanego w Rozdziale X pkt 1.3.1 ppkt 1 SIWZ należy wskazać, że zarzut ten Sąd uznał za nieuzasadniony.

W tym zakresie należy przypomnieć, że w zapisie Rozdziału X pkt 1 SIWZ wskazano jako warunek udziału w postępowaniu m. in. spełnianie warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, precyzując w Rozdziale X pkt 1.3.1 lit. a) SIWZ, że warunek ten zostanie spełniony jeśli wykonawca wykaże, że dysponuje co najmniej osobami zatrudnionymi przy realizacji zamówienia w tym. projektantem o specjalności architektonicznej, który zrealizował wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę co najmniej dwa projekty architektoniczne dla budowy budynków o powierzchni użytkowej co najmniej 5 500 m<sup>2</sup> każdy, w tym co najmniej jeden projekt budynku szpitalnego, w którym wykonywana jest działalność lecznicza oraz co najmniej jeden projekt budynku wielokondygnacyjnego znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków.

Zakwestionował tutaj skarżący przyjęcie przez Izbę, że wskazanie w wykazie obiektów mającym wykazać doświadczenie osoby projektanta prac polegających na "modernizacji" budynków (...) w G. a później zakwalifikowanie tych prac jako "przebudowy" nie wypełnia pojęcia "budowy" wskazanego w SIWZ.

Ten zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Słusznie bowiem wskazała tutaj Izba, że pojęcie "modernizacji" lub "przebudowy" nie wchodzi w zakres pojęcia "budowy" wynikający z definicji legalnej tego pojęcia.

W tym miejscu należy odwołać się do przedstawionych wyżej uwag dotyczących reguł wykładni pojęcia "budowa" w postępowaniu, istotności dla tej wykładni przedmiotu zamówienia oraz tego, że z chwilą upublicznienia SIWZ jego rozumienie nie zależy od woli zamawiającego ale od ich brzmienia i ewentualnie przepisów prawa.

W tym zakresie dodać jedynie należy, że owej wykładni pojęć istotnych dla oceny spełnienia warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia dokonywać należy z punktu widzenia przepisów prawa obowiązujących w dacie redagowania SIWZ a nie przepisów obowiązujących w przeszłości. Oczywiście wykładnia owa musi uwzględniać to co jest przedmiotem zamówienia.

Tylko takie stanowisko pozwala bowiem uchronienie tej oceny od zarzutów arbitralności lub subiektywności.

Z tym powodów, co do zasady, uznaje Sąd, że omawiany zarzut skargi nie zasługuje na uwzględnienie - bowiem skarżący w swojej ofercie nie wskazał dla projektanta w wykazie prac mających udowodnić posiadanie odpowiedniego doświadczenia zawodowego projektu spełniającego warunki SIWZ.

Ponadto przypomnieć trzeba, że w warunku wyraźnie mowa o "projekcie budynku wielokondygnacyjnego znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków", a więc nie o projekcie modernizacji, remontu, przebudowy takiego budynku ale o projekcie budynku spełniającego określone parametry.

Niezależnie od tych uwag wskazać dalej należy, że gdyby nawet uznać, że o spełnieniu omawianego warunku przesądza faktyczny zakres wykonanych prac przez projektanta a nie to w jaki sposób zostały one nazwane w specyfikacji lub w ofercie, to i tak nie sposób przyjąć wykazania przez skarżącego spełnienia omawianego warunku.

W takiej bowiem sytuacji istotne byłoby ustalenia zakresu wykonanego projektu w tym w szczególności czy projektant w ramach wskazanej pracy zrealizował "projekt architektoniczny dla budowy budynku o powierzchni użytkowej co najmniej 5 500 m<sup>2</sup> będący projektem budynku wielokondygnacyjnego znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków".

Tutaj jednak słusznie wskazał odwołujący, że na rozprawie przed Izbą inż. M. J. (2) wyjaśnił na czym polegała robota wskazana w wykazie - z wyjaśnień tych zaś wynika, że nie było to sporządzenie "projektu budynku wielokondygnacyjnego znajdującego się na terenie objętym ochroną Konserwatora Zabytków".

Dlatego mimo faktu, iż za zasadniczo uzasadniony uznaje Sąd zarzut skargi naruszenia prawa materialnego art. 26 ust. 3 i 4 pzp w przedmiocie warunku opisanego w Rozdziale X pkt 1.3.1 lit. a) SIWZ poprzez przyjęcie, że ewentualne uchybienia skarżącego w zakresie omawianego warunku nie kwalifikują się do usunięcia w trybie tego przepisu to nie wiadomo w jaki sposób chciałby skarżący uzupełnić swą ofertę lub jakie jeszcze niejasności chciałby wyjaśniać, skoro ze zgromadzonego w sprawie materiału wynika wprost, że prace na które się powołuje skarżący nie spełniały warunków wskazanych w SIWZ.

Zresztą okoliczność zasadności wskazanego zarzutu jest pozbawiona znaczenia skoro mimo zasadności zarzutu braku wezwania w zakresie tego warunku nie ma podstaw do oczekiwanej przez skarżącego zmiany zaskarżonego orzeczenia gdyż i tak skarżący podlegał wykluczeniu z innej, wskazanej wcześniej podstawy.

Za uzasadniony i mający wpływ na rozstrzygnięcie uznał natomiast Sąd zarzut naruszenia prawa materialnego tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. poprzez nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty podczas gdy uwzględnienie zarzutów odwołującego dopuszcza jedynie możliwość wykluczenia skarżącego.

Słusznie bowiem wskazał tutaj skarżący, że zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w brzmieniu mającym zastosowanie w niniejszej sprawie (art. 16 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw) wynikało, że wykonawców którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia.

Tak winna więc brzmieć sentencja orzeczenia Izby.

Biorąc powyższe pod uwagę w oparciu o treść art. 198 f ust. 2 p.z.p. zmieniono zaskarżony wyrok poprzez nakazanie wykluczenia wykonawcy w miejsce odrzucenia jego oferty a w pozostałym zakresie skargę oddalono.

O kosztach orzekł Sąd zgodnie z art. 100 k.p.c. w związku z art. 198a ust. 2 p.z.p. Sąd uznał, że strona odwołująca jedynie nieznacznie ustąpiła ze swego stanowiska, stąd należy jej przyznać zwrot całości poniesionych kosztów. Na koszty te złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego ustalone w oparciu o § 8 ust. 1 pkt 4 w związku z § 20 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

SSO Iwona Wańczura SSO Leszek Guza Grażyna Urban