Sygn. akt: KIO 529/20

WYROK

z dnia 1 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2020 r. przez wykonawcę

PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Władysława Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zagłębiowski Park Sportowy Sp. z o.o., ul. Teatralna 9/812, 41-200 Sosnowiec, w imieniu którego działa: Gmina Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec,

przy udziale wykonawcy JSK Architekci Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 18, 02-092 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zagłębiowski Park Sportowy Sp. z o.o., ul. Teatralna 9/812, 41-200 Sosnowiec, w imieniu którego działa: Gmina Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Władysława Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Zagłębiowski Park Sportowy Sp. z o.o., ul. Teatralna 9/812, 41-200 Sosnowiec, w imieniu którego działa: Gmina Sosnowiec,

Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec, na rzecz odwołującego: PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Władysława Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego wpisu od odwołania oraz zwrotu kosztów z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 529/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zagłębiowski Park Sportowy Sp. z o.o., ul. Teatralna 9/812, 41-200 Sosnowiec, w imieniu którego działa: Gmina Sosnowiec, Al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją prac

budowlanych dla zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Zagłębiowskiego Parku Sportowego w Sosnowcu"" (nr ref. WZP.271.1.156.2019.MT). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 stycznia 2020 r., nr 2020/S 002-001758. Pismem z dnia 3 marca 2020 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu wykonawcy PROKOM Construction Sp. z o.o., ul. Władysława Reymonta 30/1, 41-200 Sosnowiec (dalej: „odwołujący"), na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp".

W dniu 13 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, w związku z uznaniem że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu osób w sytuacji, w której zamawiający przyjął, że pierwotnie złożony wykaz nie potwierdza spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu,

3) art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez odwołującego.

W szczególności odwołujący podniósł, że: „Zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wykazali się posiadaniem personelu w postaci Projektanta robót konstrukcyjno - budowlanych, który legitymuje się - zgodnie z pkt 4.2.2. SIWZ - doświadczeniem zawodowym: „polegającym na sprawowaniu nadzoru autorskiego nad robotami konstrukcyjno-budowlanymi w jednej robocie budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę lub rozbudowę obiektu kubaturowego o kubaturze minimum 25.000,00 m3, oraz w której wartość robót konstrukcyjnych wynosiła 10.000.000,00 zł brutto (w przypadku przebudowy lub rozbudowy określona kubatura dotyczy obiektu kubaturowego po przebudowie lub rozbudowie". Zamawiający nie określił tak w SIWZ, jak i udzielonych odpowiedziach na ewentualne pytania wykonawców jak należy rozumieć pojęcie „obiekt kubaturowy". Zamawiający w dniu 24 stycznia 2020 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 2f Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia

z postępowania oraz potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (...). W odpowiedzi na powyższe Odwołujący w dniu 03 lutego 2020 r. przekazał Zamawiającemu wymagane dokumenty, w tym Wykaz osób, gdzie na stanowisko Projektanta w branży konstrukcyjno - budowlanej wskazał p. G. (...). Zamawiający w dniu 10 lutego 2020 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp o złożenie wyjaśnień w zakresie posiadanego przez p. (...) doświadczenia (...). W odpowiedzi na ww. powyższe wezwanie Wykonawca w dniu 13 lutego 2020 r. złożył wyjaśnienia, w których wskazał, że (...):
- w ramach nadzoru autorskiego (...) Pan G. (...) sprawował nadzór nad robotami konstrukcyjno-budowlanymi obejmującymi budowę obiektu kubaturowego o kubaturze minimum 25.000 m3 (...). Odwołujący do wyjaśnień dołączył uzupełniony Wykaz osób, z tym że w zakresie doświadczenia p. G. (...) Odwołujący nie dokonał żadnych modyfikacji - nie zostały poczynione żadne zmiany, które mogłyby być kwalifikowane jako „autouzupełnienie" dokumentu. Zamawiający w dniu 3 marca 2020 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. (...)

Odwołujący pragnie wskazać, że nie zgadza się ze stwierdzeniem, że takie obiekty jak wiaty peronowe nie stanowią obiektów kubaturowych. (...) Jeśli natomiast chodzi o obiekty kubaturowe, to przepisy ustawy Prawo budowlane nie zawierają definicji obiektu kubaturowego. Przepis § 3 pkt 24 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie definiuje pojęcie kubatury brutto budynku. Podkreślenia jednak wymaga, że § 3 rozporządzenia zawiera definicje pojęć funkcjonujących wyłącznie na gruncie tego aktu prawnego. Skoro rozporządzenie reguluje warunki techniczne i usytuowanie, jakim powinny odpowiadać budynki, to nie odnosi się do innych obiektów budowlanych i nie sposób przyjąć, że kubatura stanowi parametr przypisany wyłącznie budynkom. W związku z powyższym należy stwierdzić, że wiata - wbrew twierdzeniom odwołującego - może być uznana za obiekt kubaturowy. Wskazania wymaga, że Zamawiający nie określił na potrzeby prowadzonego postępowania definicji ww. pojęcia. Co więcej, przywołane w uzasadnieniu wykluczenia wyroki sądów administracyjnych nie stanowią przykładów ugruntowanego i jednolitego stanowiska orzecznictwa w tym zakresie, jak próbuje. Wskazania bowiem wymaga, że istnieje możliwość zaprezentowania szeregu wyroków, w których sądy zajęły zgoła odmienne stanowiska aniżeli te które zostały przywołane przez Zamawiającego (...). W świetle braku jednoznacznych wytycznych dotyczących klasyfikacji wiat peronowych oraz faktu, że Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie określił w jaki sposób należy interpretować pojęcie „obiektu kubaturowego" wszelkie rozbieżności interpretacyjne należy poczytywać na korzyść Odwołującego. (...)

Abstrahując od powyższego Zamawiający w przypadku negatywnej oceny doświadczenia p. (...) jako Projektanta w branży konstrukcyjno - budowlanej był obowiązany wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu. Wskazać należy, że Wykaz osób przedłożony na wezwanie z dnia 10 lutego 2020 r. w żaden sposób nie wprowadzał żadnych modyfikacji w zakresie doświadczenia Projektanta branży konstrukcyjno - budowlanej, co wynika z treści samej odpowiedzi na ww. wezwanie, która wyraźnie wskazuje jakie elementy zostały uzupełnione, a które pozostały w sferze wyjaśnień - nie doszło tutaj zatem ani do uzupełnienia ani do autouzupełnienia Wykazu przez Odwołującego w zakresie w jakim wywodzi Zamawiający. (...) W świetle powyższego przyjęta przez Zamawiającego retoryka, że dołączony do wyjaśnień z dnia 13 lutego 2020 r. Wykaz osób stanowił uzupełnienie pierwotnie wskazanego doświadczenia p. (...) jest twierdzeniem absurdalnym i nie mającym uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym. Zamawiający odbierając Odwołującemu uprawnienie do uzupełnienia Wykazu w ww. zakresie naruszył dyspozycję przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,

2) ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

3) ewentualnie wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wykazu osób,

4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 19 marca 2020 r. wykonawca JSK Architekci Sp. z o.o., ul. Żwirki i Wigury 18, 02-092 Warszawa (dalej: przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 1 czerwca 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa nadzoru autorskiego sprawowana w odniesieniu do budowy stadionu piłkarskiego, hali sportowej i stadionu zimowego.

W rozdziale VII w pkt 4.2.2. siwz zamawiający wymagał dysponowania Projektantem robót konstrukcyjno-budowlanych posiadającym m.in. doświadczenie zawodowe polegające na sprawowaniu nadzoru autorskiego nad robotami konstrukcyjno-budowlanymi w jednej robocie budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę lub rozbudowę obiektu kubaturowego o kubaturze minimum 25.000,00 m^3, oraz w której wartość robót konstrukcyjnych wynosiła 10.000.000,00 zł brutto (w przypadku przebudowy lub rozbudowy określona kubatura dotyczy obiektu kubaturowego po przebudowie lub rozbudowie).

W rozdziale IX w pkt 8.9. siwz zamawiający na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wymagał złożenia wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu osób stanowił załącznik nr 5 do siwz.

Pismem z dnia 24.01.2020 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia.

Do odpowiedzi z dnia 03.02.2020 r. odwołujący załączył m.in. wykaz osób, w którym w zakresie ww. warunku wskazał dla Projektanta robót konstrukcyjno-budowlanych usługę polegającą na wykonywaniu nadzoru autorskiego w ramach zadania: Budowa węzła przesiadkowego - węzeł Zawodzie w ramach zadania inwestycyjnego „Katowicki System Zintegrowanych Węzłów Przesiadkowych - Węzeł Zawodzie".

Pismem z dnia 10.02.2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego m.in. o wyjaśnienie, czy w ramach nadzoru autorskiego nad zadaniem pn. Budowa węzła przesiadkowego — węzeł Zawodzie w ramach zadania inwestycyjnego „Katowicki System Zintegrowanych Węzłów Przesiadkowych — Węzeł Zawodzie" osoba zaproponowana do pełnienia funkcji Projektanta robót konstrukcyjno-budowlanych sprawowała nadzór nad robotami konstrukcyjno-budowlanymi obejmującymi budowę lub przebudowę lub rozbudowę obiektu kubaturowego o kubaturze minimum 25.000,00 m^3.

Pismem z dnia 13.02.2020 r. odwołujący w zakresie Projektanta robót konstrukcyjno-budowlanych potwierdził, że proponowana osoba w ramach nadzoru autorskiego nad ww. zadaniem sprawowała nadzór nad robotami konstrukcyjno-budowlanymi obejmującymi budowę obiektu kubaturowego o kubaturze minimum 25.000 m^3. Do ww. pisma odwołujący dołączył nowy wykaz osób, w którym jednakże w zakresie wykazanej usługi nadzoru autorskiego dla Projektanta robót konstrukcyjno-budowlanych nie została wprowadzona żadna zmiana w stosunku do pierwotnego wykazu (zmiana dotyczyła jedynie numeru uprawnień budowlanych dla tej osoby).

Pismem z dnia 03.03.2020 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności: „Zamawiający nie może uznać przytoczonego zakresu doświadczenia zawodowego Pana G. (...), gdyż zadanie inwestycyjne pn. Budowa węzła przesiadkowego — węzeł Zawodzie w ramach zadania inwestycyjnego „Katowicki System Zintegrowanych Węzłów Przesiadkowych — Węzeł Zawodzie", w ramach którego

sprawował Pan G. (...) nadzór autorski, nie obejmowało w swym zakresie nadzoru autorskiego budowy lub przebudowy lub rozbudowy obiektu kubaturowego o kubaturze minimum 25.000,00 m^3.

Zgodnie z dokumentacją projektową, przygotowaną przez Biuro Meritum Projekt, wskazany obiekt: Węzeł przesiadkowy Zawodzie w miejscowości Katowice - wiata peronowa posiada powierzchnię zabudowy równą 4.762,64 m^2 oraz zmienną wysokość wynoszącą od 8,40 m do 13,40 m. W projekcie znajduje się jeden obiekt kubaturowy opisany jako „budynek Usługowy" o kubaturze 2.081,22 m^3 (strona 15 i 16 dokumentacji).
W projekcie PZT zostało to potwierdzone w bilansie powierzchni.

Ponadto, zgodnie z dokumentacją podobnych konstrukcji, tzn. wiat peronowych zaprojektowanych na obiektach w Brynowie, Ligocie oraz przy ul. Sądowej w Katowicach pojęcie kubatury we wszystkich przypadkach na PZT dotyczy tylko obiektów obsługi podróżnych. W przypadku wiat peronowych określona została wyłącznie powierzchnia zabudowy, która eliminuje możliwość określenia kubatury obiektu. Dlatego Zamawiający nie może uznać wiaty peronowej jako obiekt kubaturowy.

Zamawiający wywodzi swoje stanowisko opierając się na literaturze branżowej, w której powszechnie występują dwa pojęcia kubatury obiektu:

kubatura brutto — która jest sumą kubatur wszystkich kondygnacji; stanowi jednocześnie iloczyn powierzchni całkowitej, mierzonej po zewnętrznym obrysie przegród zewnętrznych i wysokości kondygnacji brutto;

kubatura netto — czyli kubatura brutto pomniejszona o kubaturę wydzielonych klatek schodowych i szybów dźwigowych (wind), a także kubaturę zewnętrznych części kondygnacji budynku takich jak balkony, tarasy czy podcienie.

W przypadku wiat brak pionowych przegród zewnętrznych niezbędnych do obliczania ich objętości (kubatury) co potwierdza, że nie można zaliczyć ich do obiektów kubaturowych określonych w wymaganiach SIWZ Zamawiającego. (.)

W wyniku powyższego Zamawiający nie może uznać przedstawionego zakresu posiadanego doświadczenia Pana G. (...) za spełniające warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania doświadczenie zawodowego polegającego na sprawowaniu nadzoru autorskiego nad robotami konstrukcyjno-budowlanymi w jednej robocie budowlanej obejmującej budowę lub przebudowę lub rozbudowę obiektu kubaturowego o kubaturze minimum 25.000,00 m^3, oraz w której wartość robót konstrukcyjnych wynosiła 10.000.000,00 zł brutto (w przypadku przebudowy lub rozbudowy określona kubatura dotyczy obiektu kubaturowego po przebudowie lub rozbudowie).

Ponieważ w wyniku odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w zakresie Wykazu osób, Wykonawca dokonał jego zmiany i uzupełnienia, konsumując tym samym dyspozycję zawartą w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy PZP wyklucza wykonawcę PROKOM Construction Sp. z o. o. z postępowania, gdyż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje za odrzuconą". W uzasadnieniu zamawiający przytoczył także orzecznictwo sądów administracyjnych.

Pismem z dnia 03.03.2020 r. zamawiający poinformował także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez drugiego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu (przystępującego).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba odniesie się do podstawowej kwestii spornej pomiędzy stronami, tj. do tego, czy wiata wskazana przez odwołującego w wykazie osób stanowi obiekt kubaturowy, a zatem czy odwołujący wykazał spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia Projektanta robót konstrukcyjno-budowlanych. W celu rozstrzygnięcia ww. kwestii Izba dokonała analizy powoływanych przez strony i przystępującego dowodów, aktów prawnych i orzecznictwa.

Nie jest sporne między stronami, co ustalono na rozprawie, że wiata nie jest budynkiem w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.). W świetle art. 3 pkt 1 i 3 ww. ustawy, wiata jest obiektem budowlanym mającym postać budowli. Żaden z przepisów ww. ustawy nie definiuje jednocześnie, czym jest obiekt kubaturowy wskazany przez zamawiającego w opisie warunku. Strony i przystępujący powoływali się w trakcie rozprawy na przepisy następujących aktów prawnych:

- rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 124 ze zm.),
- rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1065 ze zm.),
- Norma PN-ISO 9836:1997 „Właściwości użytkowe w budownictwie - Określanie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych”,
- rozporządzenie w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389).

W wyniku analizy ww. aktów prawnych Izba ustaliła, że pierwsze z powołanych rozporządzeń w ogóle nie zawiera przepisów odnoszących się do kwestii wiat i możliwości lub braku możliwości zaliczenia ich do obiektów kubaturowych. W przypadku drugiego z rozporządzeń oraz normy Izba ustaliła, że oba te akty regulują m.in. kwestie obliczania kubatury, ale dotyczą wyłącznie budynków, co wynika m.in. z nazwy i z treści § 1 ww. rozporządzenia oraz z pkt 1 „Przedmiot normy” i z pkt 5.2.3. ww. normy (na pkt 5.2.3. powoływał się odwołujący). Z uwagi na fakt, że jak wskazano wyżej, wiata nie jest budynkiem, treść ww. aktów nie może mieć odniesienia do spornej w niniejszej sprawie kwestii.

W przypadku natomiast ostatniego z ww. rozporządzeń (dotyczącego wszelkich robót budowlanych) Izba ustaliła, że pkt 1 załącznika do rozporządzenia dotyczy wskaźników procentowych do obliczania wartości prac projektowych w kosztach robót budowlano-montażowych dla inwestycji kubaturowych. W pkt 1.4. wskazano 6 kategorii złożoności, do których zalicza się obiekty kubaturowe i w kategorii 1 wymieniono m.in. wiatę. Zatem w pkt 1.4. ppkt 1 załącznika do ww. rozporządzenia ustawodawca zaliczył wiatę do obiektów kubaturowych należących do pierwszej kategorii złożoności. Powyższy przepis daje więc podstawę do przyjęcia, że wiata może być obiektem kubaturowym.

Izba dokonała także analizy orzecznictwa powoływanego przez strony w odwołaniu, piśmie informującym o wykluczeniu oraz na rozprawie. W wyniku tej analizy stwierdzono, co następuje:

1) W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Krakowie z dnia 14 lutego 2014 r., sygn. akt II SA/Kr 1527/13, stwierdzono m.in., że: „Wprawdzie ustawa Prawo budowlane i ustawa z 27.03.2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. Nr 80, poz. 717 ze zm.) nie zawierają definicji obiektu kubaturowego, a także definicji takiej nie zawiera posługujący się tym pojęciem obowiązujący miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, to należy przyjąć, że pojęcie to odnosi się do wszelkiego rodzaju obiektów budowlanych, których można obliczyć objętość. (...) A zatem obiekt kubaturowy to nic innego jak budynki i inne obiekty budowlane, którym można przypisać parametr objętości”. W ww. wyroku Sąd powołał się też na załącznik do ww. rozporządzenia w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. Nr 130, poz. 1389), w którym „jednoznacznie wiaty jako obiekty kubaturowe zaliczono do kategorii 1”. W związku z tym Sąd uznał, że wiaty, których dotyczył wyrok, są bryłą geometryczną o dającej się określić objętości i należy zaliczyć je do obiektów kubaturowych.

2) W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Bydgoszczy z dnia

24 września 2019 r., sygn. akt II SA/Bd 1421/18, stwierdzono, że sporny budynek w ogóle nie był wiatą. W wyroku tym nie dokonywano rozstrzygnięcia, czy wiata jest obiektem kubaturowym.

3) W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Olsztynie z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. akt II SA/Ol 630/17, stwierdzono m.in., że: „Przepis § 3 pkt 24 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2015 r. poz. 1422) definiuje pojęcie kubatury brutto budynku. Podkreślenia jednak wymaga, że § 3 rozporządzenia zawiera definicje pojęć funkcjonujących wyłącznie na gruncie tego aktu prawnego. Skoro rozporządzenie reguluje warunki techniczne i usytuowanie, jakim powinny odpowiadać budynki, to nie odnosi się do innych obiektów budowlanych i nie sposób przyjąć, że kubatura stanowi parametr przypisany wyłącznie budynkom. W związku z powyższym należy stwierdzić, że wiata może być uznana za obiekt kubaturowy, a zatem legalność jej wybudowania podlegać będzie ocenie również w kontekście postanowień decyzji o warunkach zabudowy". Z wyroku wynika zatem, że kubatury nie muszą posiadać wyłącznie budynki i że wiata może być obiektem kubaturowym.

4) W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z dnia

25 listopada 2016 r., sygn. akt VII SA/Wa 2179/16, stwierdzono, że „wiata może być uznana za obiekt kubaturowy", choć Sąd dokonał tej oceny w świetle postanowień miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

5) W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z siedzibą w Warszawie z dnia 7 grudnia 2018 r., sygn. akt VII SA/Wa 839/18, stwierdzono m.in., że: „Organy zasadnie zastosowały się do kwalifikacji wiaty jako obiektu kubaturowego, która jednoznacznie wyłoniła się ze stanowisk sądów administracyjnych wyrażonych w ww. wyrokach. (...) Już tylko na marginesie należy zauważyć, że zapisy planu regulujące położenie budynków na działkach zmierzają do zachowania ładu przestrzennego i linia zabudowy z pewnością musi dotyczyć zarówno budynków jako obiektów o określonej kubaturze jak i obiektów takich jak wiaty, których kubatura jest też bezsprzeczna, choć nie zamknięta w czterech a w trzech ścianach konstrukcji. (...) Pojęcie kubatury ma odniesienie do pojemności, ta zaś jest cechą nie tylko obiektów zamkniętych". Dalej Sąd jako przykłady obiektów kubaturowych niezamkniętych podał zbiornik i podcienia w budynkach. Z wyroku zatem wynika, że wiata należy do obiektów kubaturowych i że generalnie obiekt kubaturowy nie musi być obiektem zamkniętym.

6) W wyroku KIO 522/09 stwierdzono, że obiekt kubaturowy to taki, którego pojemność jest liczona w m^3, czyli budynki. Z obiektów kubaturowych KIO wykluczyła budowle, np. drogi, mosty oraz obiekty małej architektury. Należy jednak pamiętać, że ww. wyrok zapadł w sprawie, w której konieczne było rozstrzygnięcie, czy obiektem kubaturowym jest odnowa nawierzchni drogi, budowa obwodnicy i kanalizacji sanitarnej. Dlatego też jego treść należy przede wszystkim odnosić do kwestii kubaturowości obiektów liniowych, nie zaś wiaty.

7) W wyroku KIO 2569/18 przedmiotem sporu było m.in. to, czy kilka budynków może stanowić jeden obiekt kubaturowy. W wyroku tym Izba nie wypowiedziała się zatem, czy obiektem kubaturowym może być wiata.

Z analizy ww. przywołanych przez strony wyroków (tych, które w ogóle dotyczą kwestii kubaturowości wiaty) wynika, że obiektem kubaturowym jest obiekt, dla którego możliwe jest obliczenie objętości (por. pkt 1, 5), że obiektem kubaturowym nie musi być obiekt zamknięty (por. pkt 5), że obiektem kubaturowym mogą być też obiekty inne niż budynki (por. pkt 1, 3) i że obiektem takim może być wiata (por. pkt 1, 3, 5). Powyższe stwierdzenia Sądów Administracyjnych prowadzą do wniosku, że kubatura nie jest cechą przypisaną wyłącznie do budynków i innych obiektów zamkniętych, ale może też być obliczona dla innych obiektów, w tym dla wiat. Dominująca linia orzecznicza ww. sądów nie jest więc zgodna z przyjętą przez zamawiającego tezą o braku możliwości przypisania kubatury wiacie.

W świetle ww. orzecznictwa Izba dokonała także oceny przedstawionych przez strony dowodów. W szczególności Izba stwierdziła, że przedstawiony przez odwołującego projekt wykonawczy wiaty, uszczegóławiający projekt złożony przez zamawiającego, wymienia w pkt 4.A.d. kubaturę wiaty realizowanej w ramach inwestycji wskazanej przez odwołującego w wykazie osób. Kubatura ta wynosi ok. 58 188 m^3. Tym samym, zgodnie z przywołanym powyżej orzecznictwem, należy uznać, że skoro obiekt ma określoną kubaturę wyrażoną w m^3, to jest obiektem kubaturowym. Powyższemu nie stoi na przeszkodzie również to, że

wiata nie jest ani budynkiem, ani obiektem zamkniętym.

Reasumując, analiza przedstawionych przez strony i przystępującego aktów prawnych, orzecznictwa i dowodów prowadzi do wniosku, że wiata, dla której możliwe jest obliczenie objętości, jest obiektem kubaturowym. Oznacza to, że wskazując inwestycję, w ramach której prowadzony był nadzór m.in. nad budową wiaty, odwołujący wykazał spełnienie warunku dotyczącego doświadczenia Projektanta robót konstrukcyjno-budowlanych. Tym samym wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp było niezasadne.

Biorąc pod uwagę ustalenia Izby co do niezasadności wykluczenia odwołującego z postępowania, rozpoznanie kolejnego zarzutu - dotyczącego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie ma znaczenia dla sytuacji odwołującego w postępowaniu, niemniej jednak Izba, zgodnie z przypisanym jej obowiązkiem rozpoznania zarzutów, odniesie się także do tej kwestii.

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

Zgodnie z ww. przepisem regułą jest, że to zamawiający jako gospodarz postępowania ocenia, które oświadczenia lub dokumenty i w jakim zakresie są konieczne, aby wykonawca wykazał m.in. spełnienie warunków udziału w postępowaniu i to zamawiający wzywa wykonawcę do ich uzupełnienia, jeżeli uprzednio nie zostały one prawidłowo złożone w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Zdarza się jednak, że wykonawca nie zastosuje się do tej reguły i przed skierowaniem do niego wezwania samodzielnie uzupełni dokumenty. Należy podkreślić, że co do zasady (o odstępstwie - pkt 2, str. 14 uzasadnienia) w takim przypadku zamawiający nie zostaje zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli złożone przez niego pierwotnie dokumenty nie są wystarczające do potwierdzenia spełniania m.in. warunków udziału w postępowaniu. Powyższe wynika z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, w przepisie tym użyto sformułowania „zamawiający wzywa", które oznacza obowiązek wezwania po stronie zamawiającego. Po drugie, jedyne przewidziane w przepisie okoliczności, które zwalniają zamawiającego z tego obowiązku zostały określone jako: „chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania". Tym samym jedynie konieczność odrzucenia oferty lub konieczność unieważnienia postępowania zwalnia zamawiającego z obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Okolicznością zwalniającą z tego obowiązku, jak wynika z treści przepisu, nie jest natomiast fakt, że wykonawca z własnej inicjatywy jakieś dokumenty uzupełnił. Po trzecie, nie można zgodzić się z tezą, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia po jego wcześniejszym samouzupełnieniu określonych dokumentów, stanowi ponowne wezwanie. Jeżeli wykonawca nie czekając na wezwanie samodzielnie uzupełnił dokumenty, to znaczy, że wezwanie go następnie przez zamawiającego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp będzie w istocie pierwszym wezwaniem, a nie ponownym. Po czwarte, należy wskazać, że w świetle art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca ma prawo otrzymać od zamawiającego precyzyjne informacje co do tego, które pierwotnie złożone przez niego dokumenty i w jakim zakresie nie są wystarczające do wykazania spełniania m.in. warunków udziału w postępowaniu i co w takiej sytuacji ma uzupełnić w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero bowiem jednoznaczna informacja od zamawiającego w ww. zakresie daje wykonawcy realną możliwość prawidłowego uzupełnienia dokumentów i wykazania spełniania m.in. warunków udziału w postępowaniu. Zatem, niezależnie od obowiązków wprost wynikających z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, z których jak wskazano już wyżej, nie zwalnia zamawiającego samouzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, brak wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp naruszałby również wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp prawo wykonawcy do otrzymania precyzyjnej informacji, co musi uzupełnić, i co za tym idzie - prawo do rzeczywistej możliwości prawidłowego uzupełnienia dokumentów. Samodzielne uzupełnienie dokumentów, bez wezwania ze strony zamawiającego, nie odbiera wykonawcy ww. praw. W konsekwencji, zaniechanie właściwego wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów (np. z powodu samouzupełnienia), nie daje zamawiającemu podstaw do wykluczenia tego wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Reasumując:

1) jeżeli wykonawca samodzielnie, bez wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełni dokumenty, na zamawiającym w dalszym ciągu ciąży obowiązek precyzyjnego wezwania wykonawcy na podstawie ww. przepisu do uzupełnienia dokumentów w koniecznym zakresie,

2) odstępstwo od powyższego może dotyczyć jedynie sytuacji, gdy wykonawca mimo braku wezwania, samodzielnie uzupełni dokumenty w takim zakresie, jaki rzeczywiście jest potrzebny do wykazania np. warunków udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji bowiem (czyli po prawidłowym samouzupełnieniu) nie zachodzi już przesłanka, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. brak złożenia oświadczeń lub dokumentów, ich niekompletność, błędy lub wątpliwości po stronie zamawiającego. Zatem jedynie po prawidłowym samouzupełnieniu, w świetle ww. przepisu, zamawiający może zostać zwolniony z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia.

Podobne stanowisko Izba wyraziła też np. w wyrokach: KIO 2007 i 2014/17, KIO 1122/16, KIO 172/17, KIO 213, 214 i 215/15, KIO 2099/17, KIO 1597/17 oraz KIO 2243, 2256 i 2262/15.

Niezależnie od powyższych rozważań na temat samouzupełnienia, należy także wyjaśnić, że składanie, uzupełnianie, poprawianie lub wyjaśnianie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy odnosić do konkretnych oświadczeń lub dokumentów lub konkretnych zawartych w nich informacji. Zatem wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp co do określonego dokumentu lub informacji wynikającej z tego dokumentu, oznacza, że wykonawca nie może być ponownie wezwany jedynie w zakresie tego samego dokumentu lub tej samej informacji. W pozostałym zakresie, jeżeli zamawiający dopiero na dalszym etapie postępowania zorientuje się, że zachodzą określone braki, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w tym zakresie (nieobjętym poprzednim wezwaniem) będzie to dopiero pierwsze wezwanie.

Należy ponadto wyraźnie stwierdzić, że wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie zastępuje wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie zwalnia z obowiązku dokonania takiego wezwania, jeśli zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe do przedmiotowej sprawy, należy w pierwszej kolejności przytoczyć podstawowe fakty:

- zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów,
- odwołujący złożył m.in. wykaz osób z wpisaną inwestycją, na której Projektant robót konstrukcyjno-budowlanych pełnił nadzór autorski,
- zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego m.in. o wyjaśnienie, czy w ramach ww. inwestycji Projektant robót konstrukcyjno-budowlanych sprawował nadzór nad robotami obejmującymi obiekt kubaturowy o kubaturze min. 25.000,00 m^3,
- odwołujący potwierdził oraz dołączył nowy wykaz osób, w którym w zakresie ww. usługi nadzoru autorskiego nie została wprowadzona żadna zmiana w stosunku do pierwotnego wykazu,
- zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Z powyższego stanu faktycznego wynika zatem, że:

- zamawiający kierował do odwołującego wezwania jedynie w oparciu o art. 26 ust. 2f oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Żadne z tych wezwań nie zastępuje wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

- odwołujący nie dokonał samouzupełnienia wykazu osób w zakresie dotyczącym doświadczenia Projektanta robót konstrukcyjno-budowlanych, gdyż w tym zakresie nowy wykaz nie zawierał żadnych nowych ani zmienionych informacji. Jak wskazano wyżej, uzupełnienie (także samouzupełnienie) można odnosić jedynie do konkretnych dokumentów lub informacji zawartych w tych dokumentach, w tym wypadku - informacji co do sposobu określenia doświadczenia Projektanta. Skoro nie doszło do samouzupełnienia, to tym bardziej nie było podstaw do zaniechania wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeśli zamawiający uznawał w tamtym czasie (przed postępowaniem odwoławczym), że odwołujący w ww. zakresie nie wykazał spełnienia warunku.

- nawet gdyby odwołujący dokonał samouzupełnienia informacji w zakresie doświadczenia Projektanta robót konstrukcyjno-budowlanych, nie zwalniałoby to zamawiającego z obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli samouzupełnione dokumenty/informacje nie byłyby wystarczające do wykazania spełnienia warunku. Byłoby to jednocześnie pierwsze wezwanie zamawiającego dokonane na podstawie ww. przepisu.

Z powyższych okoliczności wynika zatem, że w sytuacji gdyby hipotetycznie doświadczenie Projektanta robót konstrukcyjno-budowlanych było niewystarczające do wykazania spełnienia warunku określonego w siwz, zamawiający w przedmiotowej sprawie miałby obowiązek zastosować wobec odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z uwagi jednak na fakt, iż Izba ustaliła, że wiata może być obiektem kubaturowym, a zatem - że warunek dotyczący doświadczenia ww. Projektanta został w tym zakresie spełniony, powyższe stwierdzenia co do obowiązku zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mają w przedmiotowej sprawie na celu jedynie wyjaśnienie sposobu stosowania tegoż przepisu i wyczerpujące rozpoznanie zarzutów odwołania. Należy bowiem podkreślić, że przede wszystkim Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał spełnienie warunku, zatem nie zachodzi obecnie podstawa do wzywania go z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w omawianym zakresie i nie zachodzi podstawa do wykluczenia go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w tymże zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty odwołującego wskazane w treści odwołania. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący .....