Sygn. akt: KIO 174/21

WYROK
z dnia 9 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

Protokolant:Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lutego 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 stycznia 2021 r.** przez wykonawcę **D. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S., ul. Olsztyńska 17, 62-200 Gniezno**w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Gniezno, Al. Reymonta 9-11, 62-200 Gniezno**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowlanego HENBUD Sp. z o.o. Sp. K.,ul Wodna 3, 62-270 Kłecko** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie precyzyjnego wezwania Odwołującego, tj. D. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S., ul. Olsztyńska 17, 62-200 Gniezno do złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej pomimo istnienia wątpliwości co do dokumentów i oświadczeń przez tego Wykonawcę przedłożonych oraz zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku uznania, iż przedstawione przez tego Wykonawcę dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postepowaniu i w konsekwencji nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego z 07.01.2021 r. wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje wezwanie Odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych dokumentów na potwierdzenie zdolności technicznej, tj. spełnienia wymogu z Rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit. a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, z uwagi na potwierdzenie zarzutu przywołanego w sentencji.**

2.**W pozostałym zakresie oddala odwołanie**.

3.kosztami postępowania obciąża: **Gminę Gniezno, Al. Reymonta 9-11, 62-200 Gniezno** w **1/3** części oraz **D. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S., ul. Olsztyńska 17, 62-200 Gniezno** w **2/3** części, i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, kwotę **636 zł 02 gr** (słownie: sześćset trzydzieści sześć złotych dwa groszę) tytułem dojazdu odwołującego,

3.2.zasądza od **Gminy Gniezno, Al. Reymonta 9-11, 62-200 Gniezno** na rzecz **D. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S., ul. Olsztyńska 17, 62-200 Gniezno**kwotę **2 345 zł 34 gr** (słownie: dwa tysiące trzysta czterdzieści pięć złotych trzydzieści cztery grosze).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejdo Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 174/21
UZASADNIENIE

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego - *„Budowa budynku szkolno- przedszkolnego w Jankowie Dolnym gmina Gniezno w formule zaprojektuj i wybuduj"*zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 606156 - N - 2020, data zamieszczenia 04.11.2020 r. przez Gminę Gniezno, Al. Reymonta 9-11, 62-200 Gniezno zwane dalej: *„Zamawiającym'*.

W dniu 07.01.2021 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Przedsiębiorstwa Budowlanego HENBUD Sp. z o.o. Sp. K., ul Wodna 3, 62-270 Kłecko zwanego dalej: *„Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD Sp. z o.o. Sp. I'* albo *„Przystępującym'* oraz o odrzuceniu oferty D. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S.,ul. Olsztyńska 17, 62-200 Gniezno zwanej dalej: *„Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S.* albo *„Odwołującym'* na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: *„Pzp'*. Wskazał:

„Wykonawca Zakład Ogólnobudowlany GRINBUD D. S. ul. Olsztyńska 17, 62-200 Gniezno zwany dalej Grinbud w dniu 26 listopada 2020 r złożył ofertę w przedmiotowym postepowaniu. Zgodnie z zapisami SIWZ oferta zawierała poza formularzem oferty oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postepowania oraz warunków udziału w postepowaniu. Oferta zawierała zobowiązanie podmiotu trzeciego firmy Zakład Budowlany GRINBUD J. S. Gniezno do oddania wiedzy, doświadczenia oraz zdolności technicznych do realizacji przedmiotowego zadania. Do zobowiązania zostało dołączone oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia oraz warunków udziału. Do oferty zostało wniesiona gwarancja bankowa zabezpieczenia wadium w kwocie 100 00,00 zł. Postepowanie prowadzone było na podstawie art. 24aa Pzp. Zgodnie z przyjętą przez zamawiającego procedurą najkorzystniejszą ofertę (liczoną jako stosunek ceny i terminu gwarancji dodatkowej) złożył Grinbud. Po otwarciu ofert w dniu 3 grudnia 2020 r. w związku z art. 90 ust 1a pkt 1 Pzp Grinbud został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty. Wyjaśnienia zostały złożone w wyznaczonym przez zamawiającego terminie i przyjęte. Następnie w dniu 8 grudnia 2020 r na podstawie art. 26 ust 2 Pzp Grinbud został wezwany do uzupełnienia oferty. W odpowiedzi zgodnie z treścią wezwania Grinbud złożył:

1. Potwierdzony za zgodność z oryginałem Wpis do Centralnej Ewidencji i Informacjio Działalności Gospodarczej

Rzeczpospolitej Polskiej - dokument wygenerowano w dniu 16.07.2020. Zamawiający w dniu złożenia oferty samodzielnie sprawdził treść wpisu CEiDG
2. Wykaz osób w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postepowaniu w którym przedstawił listę 4 osób posiadających odpowiednie uprawnienia budowlane oraz aktualny wpis do właściwej Izby Inżynierów Budownictwa. Aktualność wykazu zamawiający samodzielnie potwierdził w ogólnodostępnych wykazach osób posiadających stosowne uprawnienia budowlane.
3. Ważną opłaconą polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 5 000 000 zł (polisa Ergo Hestia nr 436000209730 okres ubezpieczenia 09.02.2020 do 08.02.2021 r na sumę gwarancyjną 5 000 000,00 zł wraz z potwierdzeniem opłaty raty polisy I i II)
4. Wykaz wykonywanych robót w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postepowaniu. Grinbud przedstawił w wykazie wykonanych robót trzy postępowania (zamawiający żądał dwóch)
4.1 .Postepowania o nazwie: Rozbudowa budynku samorządowej Szkoły Podstawowej nr 2 polegająca na budowie skrzydła budynku szkolnego za kwotę brutto 8 865 667,54 zł
4.2.Budowa budynku dydaktyczno- sportowego we Wrześni przy ul. Wojska Polskiego 1
4.3.Budowa budynku Sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną przy Szkole Podstawowej w Łęknie.
Do wykazu zostały dołączone referencje od zamawiających.
1) Zamawiający w ogłoszeniu oraz zapisach SIWZ opisał warunki udziału w postepowaniu dla wykazania posiadania zdolności techniczne lub zawodowe
Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że
a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegającą na budowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) w formie kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000, 00 zł brutto z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania/wykonywania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów, określających, czy roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ocena spełniania w/w warunku będzie dokonywana metodą: spełnia/nie spełnia w oparciu o złożone dokumenty.
W związku z opisem formy oceny spełnienia warunku metoda spełnia/nie spełnia, warunki określone przez zamawiającego przez Grinbud zostały spełnione w zakresie terminu realizacji, wartości zamówienia oraz należytego wykonania. Warunek rodzaju przedmiotu opisany jako budynek oświatowy (szkoła, przedszkole) nie zostały spełnione. Zamawiający jednoznacznie wskazał, że w celu wykazania warunku wykonawca wykaże się doświadczeniem kompleksowej budowy budynku oświatowego i wskazał rodzaj budynku: szkoły lub przedszkola. Zamawiający jako prowadzący postępowanie i znający specyfikę przedmiotu zamówienia (w ostatnim okresie budował różnego rodzaju obiekty szkół i przedszkoli) oraz zakres obejmujący zaprojektowanie i realizację, precyzyjnie określił rodzaj budynku. Z uwagi na panującą sytuację epidemii i trudnościami firm wykonawczych, zamawiający przyjął adekwatne do wartości i rodzaju zamówienia warunki udziału. Zgodnie z linią orzeczniczą wykonawca nie ma wpływu na treść referencji. Zamawiający traktuje informacje zawarte w referencjach jako informacje uzupełniające. Właściwym dokumentem jest Wykaz wykonywanych robót w którym Grinbud w tabeli: zakres robót niezbędny do wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu tylko w jednym przypadku tj. rozbudowy budynku Samorządowej Szkoły Podstawowej nr 2 we Wrześni wykazał rodzaji zakres robót oraz typ obiektu spełniający warunki wskazane przez zamawiającego we wszystkich aspektach. W pozostałych przypadkach jest to budowa budynku dydaktyczno-sportowego i sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną. Zamówienia te z uwagi na rodzaj zamawiającego prowadzone były z zastosowaniem przepisów Pzp w związku z powyższym istnieje możliwość przeanalizowania zakresu tych zamówień pod względem rodzaju. Zamawiający dokonał tej analizy. W celu usystematyzowania posłużono się Polską Klasyfikacja Obiektów Budowlanych wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. 112.1316) wraz ze zmianami w 2002 roku (Dz.U. 18.170) dalej PKOB. Zamawiający w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla wykazania posiadania zdolności techniczne lub zawodowe żądał wykazania realizacji budowy budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola). W związku z brakiem w PKOB klasyfikacji o nazwie budynki oświatowe zamawiający klasyfikuje przedmiotowe obiekty jako sklasyfikowane w sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1263 Budynki szkół i instytucji badawczych (klasa obejmuje budynki szkolnictwa przedszkolnego, szkolnictwa podstawowego i ponadpodstawowego). Analizując wymienione w Wykazie wykonywanych robót w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postepowaniu obiektów przez Grinbud
1. Rozbudowa budynku Samorządowej Szkoły Podstawowej nr 2 we Wrześni — ogłoszenie BZP nr 632787-N-2018 z dnia 5.10.2018 r ze zmianami. Projekt obejmuje budowę sal nauczania początkowego i sal lekcyjnych wraz z niezbędną infrastrukturą komunikacyjną, sanitarną itp. - obiekt spełnia PKOB w zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1263 Budynki szkół i instytucji badawczych
2. Budowa budynku dydaktyczno- sportowego we Wrześni przy ul. Wojska Polskiego 1
Ogłoszenie BZP nr 553376-N-2018 z dnia 2018-05-04 r.
Fragment opisu przedmiotu zamówienia:
Projektowany budynek ma za zadanie stworzyć zaplecze dydaktyczno-sportowe dla szkoły w postaci sali sportowej i sali dydaktyczne zapewniając przy tym odpowiednie pomieszczenia higieniczno-sanitarne. Budynek będzie dostosowany do organizacji imprez masowych, zapewniając odpowiednią ilość toalet i szerokości dróg ewakuacyjnych dla 922 osób mogących przebywać na trybunach sali. Projektowane pomieszczenia przewidują użytkowanie zarówno czasowe tj. sala gimnastyczna jak i nieprzeznaczone na pobyt ludzi tj. pomieszczenia pod trybunami: magazynowe, pom. techniczne oraz pomieszczenie trenerów. W budynku nie przewiduje się pomieszczeń na stały pobyt ludzi. Obiekt nie spełnia PKOBw zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1263 Budynki szkół i instytucji badawczych; obiekt spełnia PKOB w zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1265 Budynki kultury fizycznej (Klasa obejmuje budynki przeznaczone do imprez sportowych w halach).
3. Budowa budynku Sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną przy Szkole Podstawowejw Łęknie- o głoszenia BZP 27744-2016 z dnia 8.02.2016 — przedmiot zamówienia Budowa hali sportowej przy szkole podstawowej w Łęknie. Obiekt nie spełnia PKOB w zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1263 Budynki szkół i instytucji badawczych; obiekt spełnia PKOB w zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1265 Budynki kultury fizycznej (Klasa obejmuje budynki przeznaczone do imprez sportowych w halach).
Dodatkowo w celu potwierdzenia prawidłowej interpretacji złożonych załączników do oferty zamawiający w dniu 22 grudnia 2020 r. na podstawie art. 22 ust 4 Pzp wezwał Grinbud do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wykazu wykonywanych robót w taki sposób, aby wykazać że zakres robót opisany rzeczowo w wykazie jest zgodny z warunkami udziału określonymi w SIWZ.W odpowiedzi Grinbud wyjaśnił, że wszystkie inwestycje z wykazu spełniają warunek wartości zamówienia oraz charakteru zrealizowanych inwestycji. Zamawiający nie potwierdza przedstawionych argumentów dotyczących rodzaju wykazanych inwestycji.".

W dniu 12.01.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO)Zakład Ogólnobudowlany Grinbud D. S. wniósł odwołanie na w/w czynność z 07.01.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 12.01.2021 r. (e-mailem). W ramach odwołania stwierdził:

„(…) Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie:
1) art. 89 ust 1 pkt 2 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku zgodności oferty Odwołującego z SIWZ w sytuacji, gdy oferta Odwołującego jest zgoda z SIWZ oraz zaniechanie przez Zamawiającego wskazania na czym niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ miałaby polegać;
2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 PZP poprzez wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą z uwagi na brak spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na tym, że referencyjne roboty nie odnoszą się do budynków oświatowych, w sytuacji, gdy wszystkie roboty referencyjne przedstawione przez Odwołującego dotyczą budynków oświatowych;
3) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 lub 2) art. 26 ust. 3 i 4 PZP poprzez zaniechanie precyzyjnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej pomimo istnienia wątpliwości co do dokumentów i oświadczeń przez niego przedłożonych oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku uznania, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu;
4) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 lub 2 lub 3) art. 92 ust. 1 i 3 PZP poprzez brak sformułowania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego oraz wskazania powodów, dla których wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Odwołującego, Zamawiający uznał za niewystarczające, a także zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia na jakiej podstawie uznał, że wybrane przez niego roboty referencyjne nie spełniają warunków udziału w postępowaniu oraz na jakiej podstawie dokonał ich samodzielnej klasyfikacji według kodów PKOB, podczas gdy nie jest podmiotem uprawnionym do tego;
5) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-4) art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. m. in. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4, a tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

W związku z powyższym wnoszę o:
1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
a) unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD sp. z o. o. sp. k. jako najkorzystniejszej;
b) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia jego oferty;
c) uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz jego oferta jest zgodna z SIWZ;
d) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej;
e) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia, któregokolwiek z wniosków wskazanych w lit. a-d) precyzyjne wezwanie Odwołującego do wyjaśnień złożonej oferty lub uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4PZP
2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do KIO zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego;

Jednocześnie wskazuję, że interes Odwołującego wynika z faktu, iż jego oferta może zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. W informacji z otwarcia ofert wynika bowiem, że oferta Odwołującego jest ofertą najtańszą, zaś w drugim z kryteriów jakim jest długość gwarancji drugi z oferentów zaoferował taką samą długość gwarancji. Jednakże ze względu na bezpodstawne wykluczenie Odwołującego, utracił on prawo do uzyskania zamówienia, co w konsekwencji oznacza brak możliwości uzyskania zysku z wykonania przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe zasadnym jest uznanie, iż Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a na skutek wykluczenia Odwołującego z postępowania może on ponieść szkodę w postaci nieuzyskania możliwości realizacji zamówienia publicznego będącego przedmiotem niniejszego postępowania, a co za tym idzie uzyskania zysku wkalkulowanego w złożoną ofertę. Odwołujący wykazał zatem, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie (Por.: P. Janda [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiarz Stefan, Czarnik Zbigniew, Warszawa 2010, LexPolonica).

O czynnościach Zamawiającego Odwołujący dowiedział się w dniu 07 stycznia 2021 r., w związku z czym termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 12 stycznia 2021 r. i został on przez Odwołującego dochowany. (…)

I [elementy stanu faktycznego]

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłanym Wykonawcy w dniu 7 stycznia Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego zostaje odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 PZP (str. 1).

Jednocześnie w uzasadnieniu swojej decyzji (str. 3) Zamawiający wskazywał już inną przesłankę odrzucenia oferty, a mianowicie wskazał, że została ona odrzucona z uwagi na to, że w ocenie Zamawiającego warunek rodzaju przedmiotu opisany jako budynek oświatowy (szkoła, przedszkole) nie został spełniony, co wynika z następującej oceny obiektów dokonanych przez Zamawiającego:
1) Budowa budynku dydaktyczno- sportowego we Wrześni przy ul. Wojska Polskiego 1, Ogłoszenie BZP nr 553376-N-2018 z dnia 2018-05-04 r. - Obiekt nie spełnia PKOBw zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1263 Budynki szkół i instytucji badawczych; obiekt spełnia PKOB w zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1265 Budynki kultury fizycznej (Klasa obejmuje budynki przeznaczone do imprez sportowych w halach).
2) Budowa budynku Sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną przy Szkole Podstawowejw Łęknie- o głoszenia BZP 27744-2016 z dnia 8.02.2016 - przedmiot zamówienia Budowa hali sportowej przy szkole podstawowej w Łęknie. Obiekt nie spełnia PKOB w zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1263 Budynki szkół i instytucji badawczych; obiekt spełnia PKOB w zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1265 Budynki kultury fizycznej (Klasa obejmuje budynki przeznaczone do imprez sportowych w halach).

Dodatkowo Zamawiający wspomina o wezwaniu do wyjaśnień, które przekazał Wykonawcy i jednocześnie uznaje, że Zamawiający nie potwierdza przedstawionych argumentów dotyczących rodzaju wykazanych inwestycji. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że 22 grudnia o godzinie 15:19 Wykonawca dostał e-maila z enigmatycznym wezwaniem o wyjaśnienia z terminem do 28 grudnia do godziny 10:00. (Zamawiający od 24 do 27 grudnia nie pracował).

W dniu 08 stycznia 2021 r. Odwołujący wezwał Zamawiającego do powtórzenia czynności z uwagi na stwierdzone uchybienia w toku postępowania przetargowego. W odpowiedzi przesłanej pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. Zamawiający stwierdził, że nie dokona powtórzenia czynności i że do uchybień nie doszło. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że nie sformułował żądania w zakresie klasyfikacji obiektów na bazie PKOB, a co za tym idzie przesłane przez Odwołującego pismo z Powiatowego Centrum Edukacji Zawodowej we Wrześni z dnia 08.01.2021 r. wykazujące błędną decyzję Zamawiającego podjętą w dniu 07 stycznia 2021 r. jest bez znaczenia.

Dowód:
1) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 07 stycznia 2021 r.
2) pismo Odwołującego z dnia 07 stycznia 2021 r.
3) pismo Zamawiającego z dnia 11 stycznia 2021 r.
4) pismo z Powiatowego Centrum Edukacji Zawodowej we Wrześni z dnia 08.01.2021 r.

II [brak niezgodności z SIWZ]

Z uwagi na sposób sformułowania uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz jej wewnętrznej sprzeczności w pierwszej kolejności należy wskazać, iż przytoczona przez Zamawiającego podstawa prawna mając stanowić podstawę odrzucenia oferty tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP dotyczy niezgodności oferty wykonawcy z SIWZ.

Odwołujący zaprzecza, aby jego oferta była niezgodna SIWZ albowiem została przygotowana na formularzach udostępnionych przez Zamawiającego w pełnym wymaganym przez niego zakresie.

Na obecnym etapie nie jest możliwa bardziej rozbudowana polemika z przywołaną przez Zamawiającego podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający w żadnym miejscu nie sfomułował bowiem jakiejkolwiek próby uzasadniania na czym rzekoma niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ miałaby polegać. Co więcej - ewentualne elementy mające uzasadniać decyzję Zamawiającego dotyczące tylko i wyłącznie braku spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, co jednak nie może być uznane za niezgodność oferty z SIWZ.

O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 KC, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu. KIO podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom (wyrok KIO z 27.11.2017 r., KIO 2383/17).

Brak dokumentów wskazanych w SIWZ potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu ewidentnie nie może więc być zakwalifikowany jako niezgodność treści oferty z SIWZ - okoliczności faktyczne podane jako podstawa odrzucenia oferty Odwołującego nie mieszczą się w zakresie normowania art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisania potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie, w tym braku wymaganego w SIWZ sposobu potwierdzenia właściwości czy jakości oferowanego świadczenia (np. przez brak przedłożenia tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 PZP) /wyrok KIO z 2.02.2015 r„ KIO 103/15, wyrok KIO z 7.05.2014 r. KIO 796/14/

Z powyższych względów brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ.

III [brak wymogu w SIWZ]

W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie zawarł wymogu, aby w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy musieli przedstawić, że zrealizowane przez nich obiekty zostały zaklasyfikowane do konkretnej kategorii według klasyfikacji PKOB,a mianowicie w zakresie sekcji 1 dział 12 grupa 126 klasa 1263 Budynki szkół i instytucji badawczych

W związku z powyższym należy uznać, że ocena dokonywana przez Zamawiającego przez pryzmat nieistniejącego w SIWZ wymogu jest oceną nieprawidłową i zmierza jedyniew celu wyboru preferowanego przez Zamawiającego wykonawcy.

Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej w opisany sposób czyni to z uchybieniem przepisów o uczciwej konkurencji i równym traktowaniu wykonawców, a także zasadą przejrzystości.

Powyższe stanowisko znajduje poparcie w orzecznictwie KIO, w którym podkreśla się, że wymagania określone w SIWZ, w tym dotyczące rodzaju żądanych przez zamawiającego dokumentów, mogą wpływać na decyzje wykonawców, czy wziąć udział w danym postępowaniu i ubiegać się o dane zamówienie. Wykonawcy bowiem na podstawie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oceniają m.in. swoje szanse na wykazanie spełnienia wymagań i co za tym idzie - szanse na wybór ich oferty jako najkorzystniejszej. Zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ określonych wymagań może zatem zniechęcić część wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu. Tymczasem, gdyby wykonawcy ci wiedzieli, że istnieje możliwość spełnienia tych wymagań w inny sposób, być może zdecydowaliby się na udział w postępowaniu. Ponadto zmiana sposobu oceniania danego wymogu po terminie składania ofert powoduje też, że wykonawcy, którzy biorą udział w postępowaniu są zaskakiwani "zasadami zmienianymi w trakcie gry" i tym, że wobec np. ich konkurentów stosowane są te nowe, zmienione zasady. Tym samym zawarcie przez zamawiającego w SIWZ określonych wymagań, a następnie dokonywanie ich zmiany po otwarciu ofert, jest praktyką absolutnie niedopuszczalną i naruszającą podstawowe zasady udzielania zamówień, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy PZP /wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2020-12-10, KIO 3040/20/.

Szczególne znaczenie ma również treść jego pisma z dnia 11 stycznia 2021 r. W piśmie tym Zamawiający sam sobie zaprzecza twierdząc:
1) z jednej strony, że bez znaczenia jest pismo z Powiatowego Centrum Edukacji Zawodowej we Wrześni z dnia 08.01.2021 r. obalające przyjętą przez Zamawiającego tezę o braku posiadania przez roboty referencyjne statusu obiektów oświatowych;
2) by po chwili ponownie przytoczyć tę klasyfikację jako podstawę do uznania, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Należy również podkreślić, że PKOB nie zawiera definicji lub klasyfikacji budynku oświatowego, gdyż przytaczany przez Zamawiającego nr 1263 dotyczy Budynki szkół i instytucji badawczych, co jest pojęciem węższym niż budynek oświatowy. Tym samym Zamawiający w nieuprawniony sposób już po ogłoszeniu SIWZ usiłuje zawęzić krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia poprzez wprowadzenie zawężającej definicji budynku oświatowego.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ, w tym również w Załączniku nr 3 stanowiącym formularzu, zgodnie z którym Odwołujący miał złożyć wykaz wykonanych robót, nie wskazał jakich dokładnie informacji oczekuje. Tym samym nie może czynić Odwołującemu zarzutu, że ten nie wskazał jakichś informacji, skoro obowiązek ich wskazania nie wynikał z dokumentacji postępowania. Co ważne - w wykazie dostarczonym przez Odwołującego wprost zostało wskazane, że referencyjne prace dotyczą szkół lub budynków dydaktyczno-sportowych, co wprost wskazuje na to, że są budkami oświatowymi. Ponownie należy bowiem zauważyć, że Zamawiający nie zdefiniował w żadnym miejscu SIWZ, co rozumie przez budynek oświatowy, a co za tym idzie może to być każdy budynek związany z oświatą.

IV [błędna ocena obiektów]

Nawet w sytuacji, gdyby uznać dopuszczalność dokonywania przez Zamawiającego oceny referencyjnych obiektów

przez pryzmat PKOB, to dokonana przez Zamawiającego ocena jest oceną całkowicie błędną i mającą na celu doprowadzenie do wyboru preferowanego przez Zamawiającego wykonawcy.

Zamawiający dokonał bowiem oceny w sobie tylko znany sposób, który jednak jest błędny. Świadczy o tym pismo od Inwestora tj. Powiatowego Centrum Edukacji Zawodowej we Wrześni, który wprost wskazuje, że obiekt wybudowany przez Wykonawcę sklasyfikowany jest jako: Sekcja: 1; Dział: 12; Grupa: 126; Klasa: 1263; czyli w sposób oczekiwany przez Zamawiającego.

Dowód: pismo z Powiatowego Centrum Edukacji Zawodowej we Wrześni z dnia 08.01. 2021 r.

W związku z powyższym w pełni zasadne i konieczne jest uznanie, że roboty referencyjne wykazują spełnienie warunków udziału w postępowaniu, albowiem w przypadku dwóch z nich (a tylko dwie były wymagane) spełniony został również nowo wykreowany wymóg Zamawiającego dotyczący klasyfikacji PKOB.

V [zaniechanie precyzyjnego wezwania do wyjaśnień]

Z wezwania z dnia 22.12.2020 r. nie wynika, co budzi wątpliwości Zamawiającego. W związku z tym Wykonawca w pierwszym zdaniu swojej odpowiedzi zasygnalizował, że nie wie co de facto ma wyjaśnić oraz wskazał, że w przypadku otrzymania szczegółowych uwag lub wątpliwości niezwłocznie prześle stosowne wyjaśniania.

Do dnia dzisiejszego takiego pisma Wykonawca nie otrzymał. Tym samym Zamawiający zaniechał czynności należytego badania oferty Wykonawcy i wyjaśnienia wątpliwości jeśli je posiadał. W związku z tym należy uznać, że przesłane przez niego wezwanie było jedynie pozorne.

Jednocześnie należy podkreślić, że Wykonawca podjął próbę udzielenia odpowiedzi na wezwanie i wskazał, że:

1) z przesłanego wykazu wykonanych robót wynika, że wszystkie trzy przedstawione przez nas roboty znacznie przekraczają wymaganą kwotę 5 min zł brutto, gdyż są w przedziale od 5,5 min - 12,48 min zł brutto;

2) w przesłanym przez nam wykazie wszystkie roboty dotyczą budynków oświatowych, gdyż takimi bezsprzecznie są budynki Szkół Podstawowych we Wrześni i w Łeknie. Budynkiem oświatowym jest również budynek Centrum Oświatowego we Wrześni, który związany jest ze szkolnictwem zawodowym;

3) zakres wszystkich prac obejmował kompleksową i całkowitą realizację tj. budowę budynków od fundamentów przez stan surowy oraz instalacje i prace wykończeniowe, co potwierdzają złożone przez nas referencje.

Co ważne w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie dookreślał, aby zakres budynków oświatowych jakich wykonaniem Wykonawca powinien się legitymować był zawężony wyłącznie do budynków przedszkolnych lub szkolno-przedszkolnych lub też szkół podstawowych, a co za tym idzie Wykonawca był uprawniony do przedstawienia w referencjach wszelkich realizacji budynków oświatowych dotyczących szkół lub przedszkoli.

VI [zaniechanie przedstawienia uzasadnienia decyzji]

Kolejnym naruszeniem ze strony Zamawiającego było niedochowanie obowiązków ustawowych nałożonych na niego przez art. 92 PZP, gdzie w ust. 1 wskazano, iż Zamawiający musi poinformować wszystkich wykonawców, którzy zostali wykluczeni wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego oraz prawnego takiej decyzji, a w ust. 1a przewidziano konieczność wyjaśnienia przez Zamawiającego powodów, dla których dowody przedstawione przez Odwołującego uznał on za niewystarczające.

Analiza informacji o wykluczeniu Wykonawcy, którą przedstawił Zamawiający w dniu 07 stycznia 2021 r. prowadzi natomiast do jednoznacznego wniosku, iż powinności tych Zamawiający nie dopełnił, bowiem nie tylko nie zawarł uzasadnienia faktycznego swojej decyzji, ale również nie powołał się na jakiekolwiek powody, dla których dowody przedstawione w wyczerpujący sposób przez Zamawiającego uznał za niewystarczające.

Co ważne - Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił na jakiej podstawie uznał, że wybrane przez niego roboty referencyjne nie spełniają warunków udziału w postępowaniu oraz na jakiej podstawie dokonał ich samodzielnej klasyfikacji według kodów PKOB, podczas gdy nie jest podmiotem uprawnionym do tego.

W konsekwencji nie sposób nawet rozszyfrować toku rozumowania Zamawiającego, który przyjął, iż przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia są niewystarczające i nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu, co w świetle okoliczności faktycznych jest całkowicie nieuzasadnione.

Taki stan rzecz po raz kolejny wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, albowiem w wyraźny sposób faworyzuje jednego z wykonawców.

Powyższe stanowisko znajduje poparcie w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych, gdzie podkreśla się, że nie stanowi spełnienia wymogu art. 92 ust. 1 pkt, 3 PZP podanie przez zamawiającego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą uzasadnienia faktycznego podjętej wobec oferty decyzji. Niedopuszczalne jest zatem, aby odwołujący się wykonawca samodzielnie identyfikował przyczyny odrzucenia jego oferty i w oparciu o te założenia przedstawiał argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. /wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniuz 31.10.2019 r., sygn. X Ga 757/19 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18 września 2017 r. w sprawie 1857/17/ (…)".

Zamawiający w dniu 12.01.2021 r. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15.01.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD Sp. z o.o. Sp. K. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 05.02.2021 r. (e-mailem) Przedsiębiorstwo Budowlane HENBUD Sp. z o.o. Sp. K. złożyło stanowisko Przystępującego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W ramach pisma wskazała: *„(…) Przystępujący wykazuje, iż zarzuty Grinbud ze strony 3 i 4 tj. pkt 1), 3)-5) z petitum Odwołania mają de facto charakter poboczny i marginalne znaczenie dla meritum niniejszej sprawy i jako takie same nie mają wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący nie posiada wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ doświadczenia.*

Również i zarzut z pkt 2) petitum odwołania dotyczący rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 Ustawy PZP jest chybiony.

Biorąc pod uwagę treść ogłoszonej SIWZ w przedmiotowej sprawie, Zamawiający zgodnie z obowiązującymi przepisami dokonał wykluczenia Odwołującego z Postępowania i uznanie jego ofertę za odrzuconą z uwagi na brak spełnienia przez niego warunku udziału w Postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na tym, że referencyjne roboty Odwołującego nie odnoszą się do budynków oświatowych takich jak szkoła czy przedszkole.

Zwrócić należy uwagę na fakt, iż w sekcji V pkt 3) pod pkt a) SIWZ Zamawiający jasno określił swoje wymaganie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają zdolności techniczne lub zawodowe:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegającą na budowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000,00 zł brutto z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania/wykonywania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane lub są

wykonywane, oraz załączeniem dowodów, określających, czy roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ocena spełniania w/w warunku będzie dokonywana metodą: spełnia/nie spełnia w oparciu o złożone dokumenty."

Przedmiotem niniejszego Postępowania jest budowa budynku szkolno przedszkolnego w Jankowie Dolnym gmina Gniezno w formule zaprojektuj i wybuduj. Dlatego też dla Zamawiającego istotnym było to, aby wybrany przez niego wykonawca posiadał doświadczenie w budowie właśnie tego typu budynku oświatowego. Ponadto Zamawiający wielokrotnie dawał temu wyraz z odpowiedzi na pytania oferentów. Dla przykładu odwołać się można do odpowiedzi Zamawiającego z dnia 20 listopada 2020 r. na m. in. pytania oferentów o nr 1,3,4, 7, w których to odpowiedziach Zamawiający stanowczo podtrzymał swoje wymaganie z SIWZ, co do oczekiwanych referencji. W pytaniu nr 7 z dnia 20 listopada 2020 r. zapytano Zamawiającego czy Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykazanie się 2 realizacjami, w tym jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie budynku użyteczności publicznej za 5 min brutto i jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku mieszkalnego za 5 min brutto. W odpowiedzi Zamawiający podkreślił, że określił warunek jako budowa budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola).

Żaden z wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w Postępowaniu nie złożył także odwołania na przywołany powyżej zapis SIWZ, co oznacza, że zaakceptował wymaganie Zamawiającego co do posiadania doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie szkoły lub przedszkola w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000,00 zł.

Na wezwanie Zamawiającego, w dniu 11 grudnia 2020 r. Grinbud przedstawił wykaz referencji składający się z trzech pozycji. W wykazie tym Grinbud powołał się na następujące doświadczenie:

- rozbudowę budynku Samorządowej Szkoły Podstawowej we Wrześni;
- budowę budynku dydaktyczno- sportowego we Wrześni;
- budowę sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Łeknie.

Już na pierwszy rzut oka widać zatem, że Grinbud nie posiada wymaganego w SIWZ doświadczenia w wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie szkoły lub przedszkola w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 OOO 000,00 zł.

Okolicznością bezsporna jest bowiem, że budowy budynku dydaktyczno- sportowego we Wrześni jaki i budowy sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej w Łeknie nie można uznać za wykonanie budynku szkoły lub przedszkola w formule kompleksowej i całkowitej realizacji.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, referencje posiadane przez Odwołującego odbiegają od przedmiotu niniejszego Zamówienia i zapisów SIWZ. W związku z tym Zamawiający słusznie wykluczył Grinbud z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 Ustawy PZP.

W niniejszej sprawie bez znaczenia wydają się także dywagacje Odwołującego odnośnie klasyfikacji obiektów na bazie PKOB. Zamawiający nie sformułował w SIWZ żądania w zakresie klasyfikacji obiektów na bazie PKOB. Jednak w sposób czytelny dookreślił, że budowa ma dotyczyć budowy budynku oświatowego - szkoły lub przedszkola.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust 3 i 4 Ustawy PZP jest także niezasadny. Zamawiający w dniu 22 grudnia 2020 r. skorzystał już z powyższej procedury i wezwał Grinbud do stosownych wyjaśnień, co do przedłożonego Wykazu robót i referencji.

W tym stanie rzeczy Zamawiający nie miał obowiązku kolejny raz wzywać Odwołującego do wyjaśnień. Raz, że mogłoby to zostać uznane za naruszenie równego traktowania pozostałych oferentów i złamanie naczelnej zasady z art. 7 Ustawy PZP, to po udzieleniu przez Odwołującego odpowiedzi, Zamawiający po prostu nie miał wątpliwości, że Grinbud nie posiada wymaganej liczby dwóch referencji w budowie szkoły lub przedszkola w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000,00 zł.

Zamawiający nie może nadużywać wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie ma obowiązku ponownie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień jeżeli wykonawca nie rozwiał jego wątpliwości i nie przedstawił na potwierdzenie powyższego stosownych dowodów „Z uwagi na obowiązującą zasadę jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentu zamawiający nie ma podstaw prawnych do skierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień, gdyż takie zachowanie prowadziłoby do rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców" - tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. KIO 1076/17.

Podsumowując, Zamawiający w niniejszym Postępowaniu postąpił zgodniez przepisami Ustawy PZP. Wnoszę zatem jak w petitum pisma o oddalenie odwołania w całości. (…)"

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

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.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 11.05. 2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby , działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp , dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności: postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ"*, odpowiedzi na pytania z 20.11.2020 r., na pytanie 1, 3, 4 i 7; ofertę Odwołującego,

wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, złożony w odpowiedzi przez Odwołującego m.in. wykaz wykonanych robót z referencjami, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 07.01.2021 r.; pismo Odwołującego z 07.01.2021 r., pismo Zamawiającego z 11.01.2021 r., pismo z Powiatowego Centrum Edukacji Zawodowej we Wrześni z 08.01.2021 r.

Dodatkowo wezwanie do wyjaśnień wystosowane przez Zamawiającego z 22.12.2020 r. oraz odpowiedź Odwołującego z 28.12.2020 r.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Odwołującego na rozprawie:
1) wniosek Zamawiającego z 11.01.2021 r. do PCEZ we Wrześni o udzielnie informacji publicznej w zakresie wynikającym z oświadczenia tego centrum z 08.01.2021 r.;
2) odpowiedź PCEZ we Wrześni z 13.01.2021 r.;
Powyższe na okoliczność tego, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, jak również na okoliczność tego, że zakwalifikowanie danego budynku do klasyfikacji PKOB miało istotne znacznie dla Zamawiającego.
3), 4) korespondencję z Zamawiającym z 04-05.02.2021 odnoszącą się do przedmiotu sporu. Na okoliczność, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i na okoliczność tego, że Zamawiający stara się wykreować nowe podstawy wykluczenia z udziału w postepowaniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę złożone na posiedzeniu pisma procesowe w sprawie, tj. pismo Przystępującego oraz odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jedynie w zakresie zarzutu trzeciego.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia:
1) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu braku zgodności oferty Odwołującego z SIWZ w sytuacji, gdy oferta Odwołującego jest zgodaz SIWZ oraz zaniechanie przez Zamawiającego wskazania na czym niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ miałaby polegać;
2) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego i uznanie jego oferty za odrzuconą z uwagi na brak spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na tym, że referencyjne roboty nie odnoszą się do budynków oświatowych, w sytuacji, gdy wszystkie roboty referencyjne przedstawione przez Odwołującego dotyczą budynków oświatowych;
3) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 lub 2) art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie precyzyjnego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zdolności technicznej pomimo istnienia wątpliwości co do dokumentów i oświadczeń przez niego przedłożonych oraz zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów w przypadku uznania, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty i wyjaśnienia nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu;
4) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1 lub 2 lub 3) art. 92 ust. 1 i 3 Pzp poprzez brak sformułowania przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego oraz wskazania powodów, dla których wyjaśnienia i dowody przedstawione przez Odwołującego, Zamawiający uznał za niewystarczające, a także zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia na jakiej podstawie uznał, że wybrane przez niego roboty referencyjne nie spełniają warunków udziału w postępowaniu oraz na jakiej podstawie dokonał ich samodzielnej klasyfikacji według kodów PKOB, podczas gdy nie jest podmiotem uprawnionym do tego;
5) (ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1-4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. m. in. z art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4, a tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

W pierwszej kolejności Izba podkreśla, że zarzuty w odwołaniu mają określony schemat, tzn. rozpatrywanie każdego następnego jest uzależnione od oddalenia poprzedniego. W konsekwencji mimo, że całościowo Odwołujący sformułował pięć zarzutów, z uwagi na ich ewentualny charakter, Izba wobec uwzględnienia trzeciego nie rozpoznawała pozostałych, tym bardziej wobec wyraźnej dyspozycji zawartej w odwołaniu: *„(…) w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt (…)”*. W efekcie zarzuty są trzy (trzy pierwsze) i tylko one zostały rozpoznane.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania pisma procesowego Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający Izby stwierdził, żenie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. W ramach odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał: *„ (…) I.*
Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień publicznych (dalej również jako P.z.p.) nakładają na wykonawcę, który ubiega się o udzielenie zamówienia zobowiązanie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego indywidualnie w każdym postępowaniu. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje, jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielnie zamówienia publicznego jest bowiem złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ. Jak przy tym przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 października 2020 r. w sprawie K102346/29, „Określenie przez Zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu cenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 7 ust. 1 p.z.p. tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Podkreślić przy tym należy, że ustawodawca nie nałożył na Zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił Zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przy czym zaznaczyć należy, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni”.
W niniejszej sprawie kierując się opisanymi powyżej wytycznymi, a więc, by warunki udziału w postępowaniu były związane z przedmiotem zamówienia, minimalizowały ryzyko nienależytego wykonania zobowiązania oraz były określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, Zamawiający wymagał, by w zakresie posiadania zdolności technicznych lub zawodowych
Wykonawca wykazał, że:
a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w

tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000, 00 zł brutto z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania/wykonywania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów, określających, czy roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ocena spełniania w/w warunku będzie dokonywana metodą: spełnia/nie spełnia w oparciu o złożone dokumenty.
W istocie więc Zamawiający wymagał wykazaniem się wykonania dwóch zamówień o zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Zakres ten należy również rozumieć w dwojaki sposób,
Zamawiający wymagał bowiem:
- wykonania dwóch prac budowlanych o przedmiocie zbieżnym z zamówieniem,
- wykonanie dwóch prac o wartości zbliżonej do planowanego zamówienia.
Takie sformułowanie warunku doświadczenia należy uznać za całkowicie uzasadnione. Zamawiający udzielał bowiem zamówienia w trybie zaprojektuj i wybuduj. W całości więc rezultat wykonawczy przenoszony był na wykonawcę. To od wiedzy i doświadczenia wykonawcy zależeć bowiem będzie finalny, co istotne - terminowy, rezultat wykonania zamówienia. Zamawiającemu zależało więc, by zamówienia wykonywał podmiot, który już wcześniej wybudował szkołę lub przedszkole, a nie jakikolwiek inny budynek (w tym w szczególności - co należy już w tym miejscu podkreślić - salę sportową).
Odnosząc się do literalnego brzmienia zapisu SIWZ wskazać należy, co następuje: Oferent miał wykazać się, że wykonał „co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) ". Zapis ten jest dla potencjalnego oferenta jasny - oferent miał się wykazać wybudowaniem budynku - szkoły lub przedszkola, które są budynkami oświatowymi. Co istotne, w nawiasie nie zamieszczono słów: na przykład, między innymi czy w szczególności. Jedynie bowiem taki zapis mógłby prowadzić do wykładni nakazującej przyjęcie, że oferent może wykazywać się również wybudowaniem innych budynków. Zgodnie z wykładnią językową budynkiem oświatowym jest szkoła lub przedszkole. Wspomniana wyżej sala gimnastyczna może być jedynie częścią takiego budynku. Jako część składowa budynku, nie jest jednak szkołą lub przedszkolem.
Jak już to powyżej częściowo wskazano, istota niniejszej sprawy sprowadza się bowiem do twierdzenia Odwołującego, że spełnia on określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, gdyż budował salę sportową. Odwołujący dysponuje następującymi referencjami:
1. Rozbudowa budynku Samorządowej Szkoły Podstawowej nr 2 we Wrześni - ogłoszenie BZP nr 632787-N-2018 z dnia 5.10.2018 r ze zmianami. Projekt obejmuje budowę sal nauczania początkowego i sal lekcyjnych wraz z niezbędną infrastrukturą komunikacyjną, sanitarną itp.
2. Budowa budynku dydaktyczno- sportowego we Wrześni przy ul. Wojska Polskiego 1
Ogłoszenie BZP nr 553376-N-2018 z dnia 2018-05-04 r.
Fragment opisu przedmiotu zamówienia:
Projektowany budynek ma za zadanie stworzyć zaplecze dydaktyczno-sportowe dla szkoły w postaci sali sportowej i sali dydaktyczne zapewniając przy tym odpowiednie pomieszczenia higieniczno-sanitarne. Budynek będzie dostosowany do organizacji imprez masowych, zapewniając odpowiednią ilość toalet i szerokości dróg ewakuacyjnych dla 922 osób mogących przebywać na trybunach sali. Projektowane pomieszczenia przewidują użytkowanie zarówno czasowe tj. sala gimnastyczna jak i nieprzeznaczone na pobyt ludzi tj. pomieszczenia pod trybunami: magazynowe, pom. techniczne oraz pomieszczenie trenerów. W budynku nie przewiduje się pomieszczeń na stały pobyt ludzi.
3. Budowa budynku Sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną przy Szkole Podstawowejw Łęknie- o głoszenia BZP 27744-2016 z dnia 8.02.2016 - przedmiot zamówienia Budowa hali sportowej przy szkole podstawowej w Łęknie.
Już w tym miejscu należy poczynić bardzo istotną uwagę. Zamawiający wymagał wskazania dwóch obiektów oświatowych, a oferent w referencjach ujął trzy zadeklarowane przez siebie obiekty. Okoliczność ta ma istotne znaczenie w sprawie, albowiem wskazuje na rzeczywiste intencje Odwołującego. Sam fakt, że Odwołujący wykazał się trzema, a nie dwoma budowami, wskazuje na fakt, że sam miał wątpliwość, czy zostaną uznane przez Zamawiającego. O ile bowiem referencja nr I, to jest „Rozbudowa budynku Samorządowej Szkoły Podstawowej nr 2 we Wrześni", nie może budzić żadnych wątpliwości, gdyż jest to szkoła, to już referencje nr 2 i 3 nie są szkołą ani przedszkolem. To postępowanie Odwołującego wskazuje wyraźnie, że sam miał wątpliwości odnośnie do swych referencji.
Referencje 2. i 3. nie odnoszą się do budowy szkoły czy przedszkola a do sali sportowej, przy czym, co w wyniku własnych analiz ustalił Zamawiający:
- odnośnie do referencji nr 2 Budowa budynku dydaktyczno- sportowego we Wrześni przy ul. Wojska Polskiego 1 - budynek ten służy do imprez masowych i nie jest przeznaczony do stałego pobytu ludzi;
- odnośnie do referencji nr 3 - Budowa budynku Sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną przy Szkole Podstawowej w Łęknie- przedmiot zamówienia to budowla hali sportowej.
Zamawiający, wpisując słowo: szkoła lub przedszkole, nie miał prawa sądzić, że zapis ten zostanie zrozumiany w sposób rozszerzający i że przyjęte zostanie, że sala (hala sportowa) zrównana zostanie z takim właśnie budynkiem.
Co istotne, Odwołujący mógł złożyć zapytania do treści SIWZ, nie uczynił jednak tego. Podobnie zresztą jak pozostali oferenci. Nie można więc przyjąć, by treść SIWZ była niejasna czy niezrozumiała, jak twierdzi obecnie Odwołujący.
Przedszkole czy szkoła to obiekty użyteczności publicznej, służące do pobytu dzieci i młodzieży szkolnej. Sala sportowa to miejsce przeznaczone do uprawiania sportu, przeważnie jako pomieszczenie wchodzące w skład zabudowań szkolnych. Z zapisu SIWZ jest jasne, że Zamawiający domagał się wykonania budynku szkoły czy przedszkolaw całości, a nie jego części.
To, że szkoła czy przedszkole nie odpowiadają pojęciu sali sportowej wynika również z Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. W Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych wyróżnione są bowiem odrębnie w sekcji I dział 12 klasie 1263 budynki szkół i obiektów badawczych, a w klasie 1265 budynki kultury fizycznej, w tym hale gimnastyczne. Do tej klasyfikacji odnosi się również Prawo budowlane, które w załączniku nr I określa klasyfikację obiektów budowalnych pod względem techniczno-budowalnym. W kategorii IX ujęte zostały expressis verbis szkoły i przedszkola, a w kategorii XV budynki sportu i rekreacji, do których zalicza się sale sportowe. Okoliczność ta podważa główną tezę odwołania zrównującą pod względem techniczno — budowlanym różne obiekty budowlane, tj. obiekty szkoły z obiektami sportowymi.
Zamawiający podkreśla. że doświadczenie wykonawcy miało obejmować roboty budowlane w odniesieniu do szkoły lub przedszkola. nie zaś hali sportowej. Tylko tak opisany warunek dotyczył bowiem przedmiotu zamówienia i był jako jedyny wystarczający dla oceny potencjału wykonawcy. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie zapisał w treści warunku. że wymaga doświadczenia w realizacji prac budowlanych nieodpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia.
Końcowo wskazać należy, że przedstawione przez Odwołującego pismo z dnia 8 stycznia 2021 r., potwierdzające rzekomą klasyfikację jako budynku szkolnego, nie ma znaczenia decydującego. Jest to po prostu oświadczenie osoby, która je podpisała, lecz nie znajduje oparcia w jakimkolwiek innym dokumencie. Samo oświadczenie inwestora nie może mieć znaczenia przeważającego, kiedy to w wyniku własnych czynności wyjaśniających Zamawiający jednoznacznie ustalił stan faktyczny.
W tym miejscu poczynić należy istotne zastrzeżenie; na etapie SIWZ Zamawiający nie posługiwał się Polską Klasyfikacją

Obiektów Budowlanych (PKOB). Samo określenie szkoła lub przedszkole jest bowiem wystarczające dla określenia rodzaju obiektu, którego budową wykazać się miał oferent. Powołanie się na PKOB miało na celu wykazanie Zamawiającemu, że na gruncie klasyfikacji budynków szkoła i przedszkole należy do kategorii innej aniżeli sala sportowa. Nawet gdyby na etapie składania ofert Odwołujący się na taką Klasyfikację powołał, nie miałoby to decydującego znaczenia, w świetle stwierdzenia na podstawie referencji, że wybudował ona salę sportową a nie szkołę ani przedszkole.
Podsumowując: Brak posiadania przez wykonawcę wymaganego doświadczenia do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SI WZ stanowi o braku możliwości zaoferowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jednoznacznie określonymi wymaganiami.
Zgodnie przy tym z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2020 r., KIO 1727/20 Zamawiający nie miał możliwości uznania referencji Odwołującego. Jak wynika bowiem z uzasadnienia wyroku „Ukształtowana w postępowaniu treść SIWZ jest wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale także dla Zamawiającego. Zamawiającemu na etapie badaniai oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować postanowień SIWZ i odstępować od ustanowionych wymogów (w tym ich zawężać czy rozszerzać), prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 p.z.p. Na etapie badania i oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie przez Zamawiającego jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SIWZ oraz dokonywanie badaniai oceny ofert z pominięciem wymagań narzuconych treścią SI WZ czy też z uwzględnieniem wymagań z treści SIWZ jednoznacznie niewynikających albo bardziej rygorystycznych niż pierwotnie ustalone".
Co należy w tym miejscu podkreślić, zapis w SIWZ jest jednoznaczny — warunek dotyczył budowy szkoły lub przedszkola (a nie części takiego budynku). Taka wykładnia jest zgodna z wykładnią językową, lecz również logiczną i celowościową. Przyjęcie, że budowa sali sportowej spełnia tenże warunek, wymagałoby dokonania wykładni rozszerzającej i stanowiłoby odstąpienie od pierwotnie ustanowionych wymogów.
II.
Zamawiający wyjaśnił szczegółowo Odwołującemu przyczyny odrzucenia jego oferty. To, że Odwołujący zrozumiał przyczyny odrzucenia oferty wynika też z odwołania. Jak wskazuje w odwołaniu Zamawiający, jego zdaniem, oferta winna zostać nie odrzucona w wykluczona. Kwestia ta nie ma w sprawie żadnego znaczenia. Kwalifikacja prawna jest w tym przypadku irrelewantna dla prawidłowości i skuteczności czynności odrzucenia jego oferty. W tym miejscu przywołać należy orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej tj. wyrok o sygn. KIO 918/13 z dnia 30 kwietnia 2013 r., wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1117/15 z dnia 17 czerwca 2015 oraz wyrok o sygn. akt KIO 1557/20 z dnia 31 lipca 2020 r. Wynika z nich, że to uzasadnienie faktyczne czynności powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł do wskazanych przez Zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie. Tylko czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które Zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań Zamawiającego.
Zamawiający nie jest związany podstawą prawną rozstrzygnięcia co do odrzucenia oferty. Podstawę wywiedzenia przez Zamawiającego negatywnych skutków prawnych (odrzucenie) wobec Odwołującego wyznaczają przede wszystkim fakty będące przyczyną dokonywanych czynności i należyte ich uzasadnienie.
Należy z całą mocą podkreślić, że w analizowanej sprawie zachowane zostały zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także została zapewniona przejrzystość dokonywanych czynności. Wykładnia funkcjonalna i celowościowa przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. prowadzi bowiem do wniosku, że czynność informacyjna Zamawiającego była prawidłowa ze względu na podstawy leżące u jej źródeł.". W ramach wezwania z 22.12.2020 r. Zamawiający wskazał: „(…) w związku ze złożoną ofertą z dnia 26.11.2020 r. w postępowaniu pn. Budowa budynku szkolno-przedszkolnego w Jankowie Dolnym gmina Gniezno w formule zaprojektuj i wybuduj wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku udziału w postepowania dotyczącego wykazu wykonywanych robót w ten sposób, aby wykazać, że zakres robót opisany rzeczowo w wykazie stanowiącym załącznik do pisma Wykonawcy z dnia 1 grudnia 2020 r jest zgodny z warunkami określonymi przez zamawiającego w SIWZ tj. co najmniej dwie roboty budowlane polegającą na budowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000,00 zł brutto w nieprzekraczalnym terminie (…)".
W odpowiedzi z 28.12.2020 r. Odwołujący zawarł następujące stwierdzenia: *„W odpowiedzi na wezwanie z dnia 22.12.2020 r. na wstępie podkreślam, że z przesłanego przez nas pisma nie wynika, co budzi Państwa wątpliwości, a co za tym idzie co dokładnie mamy wyjaśnić. W przypadku otrzymania szczegółowych uwag lub Państwa wątpliwości niezwłocznie prześlę stosowne wyjaśniania.*
Jednocześnie wskazuję, że zgodnie z Rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit a SIWZ powinnam wykazać, że zrealizowałam co najmniej dwie roboty polegające na budowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000,00 zł brutto.
Z przesłanego przez nas wykazu wykonanych robót wynika, że wszystkie trzy przedstawione przez nas roboty znacznie przekraczają wymaganą kwotę 5 mln zł brutto, gdyż są w przedziale od 5,5 mln — 12,48 mln zł brutto.
Ponadto w przesłanym przez nam wykazie wszystkie roboty dotyczą budynków oświatowych, gdyż takimi bezsprzecznie są budynki Szkół Podstawowych we Wrześnii w Łeknie. Budynkiem oświatowym jest również budynek Centrum Oświatowego we Wrześni, który związany jest ze szkolnictwem zawodowym.
Zakres wszystkich prac obejmował kompleksową i całkowitą realizację tj. budowę budynków od fundamentów przez stan surowy oraz instalacje i prace wykończeniowe, co potwierdzają złożone przez nas referencje.
Co ważne — zarówno zakres wykonanych przez nas prac jak i ich prawidłowość zostały potwierdzone w przedłożonych przez nas referencjach, czyli w sposób wymagany przez Państwa w Rozdz. VI pkt 4 ppkt 3 SIWZ. W związku z tym Państwa wezwanie poza tym, że jest niejasne jest niezgodne z określonymi przez Państwa postanowieniami SIWZ, gdyż oczekujecie Państwo przedstawienia jakichś bliżej nieokreślonych dodatkowych dokumentów, których obowiązek przedstawienia nie wynika ani z SIWZ, ani z powszechnie obowiązujących przepisów.
Na zakończenie wskazuję, że w żadnym miejscu SIWZ nie dookreślaliście Państwo, aby zakres budynków oświatowych jakich wykonaniem powinniśmy się legitymować był zawężony wyłącznie do budynków przedszkolnych lub szkolno-przedszkolnych lub też szkół podstawowych, a co za tym idzie byliśmy uprawnieni do przedstawienia w referencjach wszelkich realizacji budynków oświatowych dotyczących szkół lub przedszkoli.
Jednocześnie wnoszę o niezwłoczne przekazanie wszelkiej korespondencji dotyczącej mojej oferty kierowanej do Państwa od innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, a w szczególności pism z uwagami zmierzającymi do podważania prawidłowości mojej oferty". Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i mo dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie uznając, że nie jest kluczowe wskazanie takiej, czy innej podstawy prawnej w informacji o odrzuceniu, tudzież wykluczeniu z udziału w postępowaniu, lecz podanie okoliczności faktycznych, co Zamawiający istotnie uczynił. Dodatkowo należy wskazać, że podanie takiej, czy innej podstawy prawnej nie miało wpływu na wynik postępowania. W tym zakresie, Izba podzieliła stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie i w takich orzeczeniach jak m.in. wyrok o sygn. KIO 918/13 z dnia 30 kwietnia 2013 r., wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1117/15 z dnia 17 czerwca 2015 oraz wyrok o sygn. akt KIO 1557/20 z dnia 31 lipca 2020 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu. W ocenie Izby, wymóg z Rozdz. V pkt 2 ppkt 3 lit a SIWZ określał w nawiasie okrągłym wprost rodzaje budynków oświatowych, którymi należało się wykazać, aby spełnić wymóg w zakresie zdolności technicznej, tj. oczekiwanego doświadczenia. Wbrew stanowisku Odwołującego z rozprawy, czy też wyjaśnień z 28.12.2020 r. było zawężenie do szkół lub przedszkoli.

Charakter nawiasu w języku polskim jest tego rodzaju, że jeżeli nie ma w nim określenia np. to wskazanie w nim zawarte nie ma charakteru przykładowego, ale zawiera dodatkowe uzupełniające fragmenty tekstu o charakterze objaśniającym tekst główny. Nie jest konieczne określenie „tj.", czy „tzn.". Izba przytacza w tym zakresie za Słownikiem Języka Polskiego PWN: : *„97.Za pomocą nawiasu możemy wskazywać, które partie tekstu w stosunku do tekstu głównego mają charakter poboczny, drugoplanowy bądź uzupełniający. Do tego samego celu można użyć dwóch przecinków lub dwóch myślników, lecz wydzielenie za pomocą nawiasu jest najsilniejsze.*

Zasadniczo stosuje się trzy rodzaje nawiasów: okrągły ( ), kwadratowy [ ] i prosty / /; przy czym nawiasu prostego używa się tylko w piśmie komputerowym i specjalistycznych zapisach. Nawiasy składają się z dwu znaków: otwierającego i zamykającego. Używanie innych nawiasów, np. ostrokątnych < > albo klamrowych { }, jest możliwe, jednak — pominąwszy użycia specjalne, np. w naukach ścisłych — niecelowe, gdyż trzy podstawowe rodzaje nawiasów całkowicie wystarczają.

Za podstawowy należy uważać nawias okrągły. Zwłaszcza w piśmie odręcznym można używać wyłącznie takiego nawiasu.

97.1.

W nawiasy ujmujemy te części wypowiedzi, które uzupełniają lub objaśniają tekst główny, są jego alternatywnym sformułowaniem, np.

Styl wzniosły, czyli górny (jak go T. Sinko nazywał), uchodził za najwyższy z trzech stylów wymowy, podobnie jak subtelny — za najniższy. (W. Tatarkiewicz)

Omówiwszy obie strony procesu poznania („naszą", tj. teorii, i „tamtą", tj. Natury), bierzemy się wreszcie do automatyzowania procesów poznawczych. (S. Lem)

97.2.

W nawiasach umieszczamy wtrącone przykłady i objaśnienia, np.

Boy-Żeleński przetłumaczył na język polski utwory bardzo wielu pisarzy francuskich (np. Balzaka, Diderota, Voltaire'a, Rabelais'go), był też autorem oryginalnych wierszy satyrycznych.

97.3.

Okrągły nawias zamykający możemy umieścić również po liczbach i literach będących składnikami wyliczenia, np.

Istnieją w zasadzie trzy rodzaje postawy osoby mówiącej wobec stanu rzeczy objętego wypowiedzeniem: 1) postawa badawcza, 2) postawa integrująca, 3) postawa opisowa.(S. Jodłowski) (…)".

W efekcie katalog zawarty w wymogu w nawiasie okrągłym ma charakter zamknięty. W rezultacie poz. 2 i 3, z racji iż nie są szkołą lub przedszkolem, lecz co najwyżej innym budynkiem oświatowym. Stanowisko w tym zakresie było konsekwentne, czemu dawał wyraz Zamawiający m.in. w odpowiedziach na pytania z 20.11.2020 r., w odpowiedzi na pytanie 1, 3, 4 i 7:

„Pytanie 1

Prosimy o informację czy Zamawiający uzna za spełniony warunek 5.3.a) SI WZ :

tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegającą na budowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000,00 zł brutto z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania/wykonywania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów, określających, czy roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ocena spełniania w/w warunku będzie dokonywana metodą: spełnia/nie spełnia w oparciu o złożone dokumenty, , jeżeli wykonawca wykaże się doświadczeniem :

- w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegającą na budowie/przebudowie/ rozbudowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000,00 zł brutto z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania/wykonywania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów, określających, czy roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ocena spełniania w/w warunku będzie dokonywana metodą: spełnia/nie spełnia w oparciu o złożone dokumenty,

Odpowiedź

Zamawiający określił warunek jako budowa budynku (…)

Pytanie 3

Zwracam się z prośbą o udzielenie odpowiedzi na poniższe zapytania dot. Budowa budynku szkolno-przedszkolnego w Jankowie Dolnym gmina Gniezno w formule zaprojektuj i wybuduj

1. SPECYFIKACJA ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA pkt V. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków zapis, który mówi (w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane polegającą na budowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000,00 zł brutto z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania/wykonywania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów, określających, czy roboty zostały wykonane lub są wykonywane należycie.)

Zapis mówi o jednej robocie, co najmniej 5 000 000,00 zł brutto, czy druga robota może być przykładowo powyżej 3 000 000,00 zł brutto, która jest budynkiem oświatowym np. przedszkole, czy zamawiający uzna tego typu referencje

(doświadczenie).

Odpowiedź

Zamawiający określił doświadczenie jako wykonanie co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) w formule kompleksowej i całkowitej realizacji (całkowity zakres inwestycyjny: od fundamentów przez stan surowy, instalacje po prace wykończeniowe) za wartość jednego obiektu co najmniej 5 000 000,00 zł brutto. Zamawiający wyjaśnia że każdy z wykazanych do spełnienia tego warunku budynków musi spełniać warunek wartości zamówienia co najmniej 5 000 000 zł brutto

Pytanie 4

Czy zamawiający zgodzi się na zmianę warunków dotyczących referencji polegających na budowie budynku oświatowego w formule kompleksowej i całkowitej realizacji, na budowę budynku użyteczności publicznej o wartości 5 000 000,00 zł (…)

Pytanie 7

Czy Zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykazanie się 2 realizacjami, w tym jednej roboty budowlanej polegającej na przebudowie budynku użyteczności publicznej za 5 mln brutto i jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku mieszkalnego za 5 mln brutto?

Odpowiedz

Zamawiający określił warunek jako budowa budynku oświatowego (szkoły lub przedszkola) (…)".

Spór w zakresie PKOB, Izba uznała, w tej sytuacji, jako mający charakter pobocznyi nie mający znaczenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

W tym zakresie Izba kierowała się enigmatycznym charakterem wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jak i okolicznością bezsporną że nie wyczerpano trybu z art. 26 ust. 3 Pzp, który jest wymogiem sine qua non wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Po pierwsze dlatego, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp było oparte na dużej dozie ogólności. Jego sensu należało się domyślać. Przykładowo co do sensu i znaczenia podkreślenia zawartego w nawiasie. Nadto, Zamawiający nie wskazał, czy wyraża wątpliwości wobec wszystkich wykazanych robót, czy też poz. 2 i 3, tudzież tylko jednej z nich. Te informacje znalazły się dopiero w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z 07.01.2021 r. Po drugie, niejako w konsekwencji enigmatycznego charakteru wezwania, Zamawiający otrzymał odpowiedź, która de facto była efektem domyślania się przez Odwołującego prawdziwych intencji wezwania Zamawiającego. Za orzecznictwem *„Jasne wskazanie powodów wezwania jest obowiązkiem zamawiającego wynikającym ze wszystkich zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p., tym istotniejszym, że brak adekwatnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skutkuje obowiązkiem wykluczenia."* – wyrok KIO z 09.01.2020 r., sygn. akt KIO 2589/19.

Po trzecie, Izba uwzględniła, niejako w konsekwencji oddalenia zarzutu 1 i 2, zarzutw zakresie zaniechania wezwania do uzupełnienia wykazy robót w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Izba neguje argumentacje przeciwną przedstawioną w tym zakresie na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego. Uzupełnieniu podlegają nie tylko dokumenty z brakami, ale także nie potwierdzające spełniania warunku udziału w postępowaniu i jest to zgodne z art. 7 ust.1 Pzp, potwierdza to wieloletnie orzecznictwo. Przykładowo za wyrokiem KIOz 26.02.2013 r., sygn. akt: KIO 311/13: *„Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący i nakłada na Zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Zamawiający nie może podjąć decyzji o wykluczeniu wykonawcy nie mając absolutnej pewności co do spełnienia lub niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, zarówno doktryna, jak i orzecznictwo przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp interpretują jednoznacznie: jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd" i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści, Zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp."*

Naturalnie w tym stanie faktycznym, Odwołujący może dokonać uzupełnieniaw ramach pierwotnego wykazu, ale także przedstawić nowe zadania w liczbie niezbędnej do potwierdzenia wymogu z Rozdziału V pkt 2 ppkt 3 lit. a SIWZ. Izba wskazuje nadto, iż dostrzega że zadania wskazane w pierwotnym wykazie pochodziły od podmiotu, z którego zasobów korzystał Odwołujący w ofercie. Powyższe powinien ewentualnie także uwzględnić Odwołujący w sytuacji dokonywanego uzupełnienia. Izba także podnosi za orzecznictwem – za wyrokiem KIO z 26.08.2020 r., sygn. akt: KIO 1851/20: *„Dodatkowo, Izba podkreśla, że jest to także o tyle istotne, gdyż zgodnie z orzecznictwem KIO (wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1380/17, wyrok KIO z 16.01.2017 r., sygn. akt: KIO 1581/17; wyrok KIO z 28.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1163/17; wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1755/17, wyrok KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1661/17, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1682/17, czy też wyrok KIO z 21.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2336/17 oraz wyrok KIO 10.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2196/17) po orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości z 04.05.2017 r. C - 387/14 Esaprojket - Wykonawca który składając ofertę wykazuje spełnianie warunków udziału jedynie przy pomocy własnego potencjału, gdy okaże się że pierwotne oświadczenie/dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków, nie może w ramach uzupełnienia przedstawiać dokumentów podmiotów trzecich i dopiero na tym etapie powoływać się na ich zasoby. Jeśli więc nie złoży się stosownych oświadczeń/zobowiązań o udostępnieniu (lub też nie zaznaczy się w JEDZ-u) w ofercie należy uznać, że będzie korzystać z własnych zasobów, tym bardziej, że w innym zakresie wykazywał, w tym stanie faktycznym, na zasoby firmy MARAT Sp. z o.o. W rezultacie nie można następczo uzupełniać zobowiązanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie, w którym w ofercie Wykonawca nie wykazywał korzystania z zasobów danego podmiotu trzeciego."*.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliłai częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadny okazał się jeden zarzut z trzech, zaś za chybione należało uznać dwa zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 1/3 i chybione w stosunku 2/3. Kosztami postępowania w części 2/3 obciążono zatem Odwołującego, a w części 1/3 – Zamawiającego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10.000 zł, koszty poniesione przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników (2 x 3.600 zł = 7.200 zł) oraz koszty z tytułu dojazdu Odwołującego (528,22 + 107,80 = 636,02 zł), co daje łącznie kwotę 17.836,02 zł.

Zamawiający poniósł dotychczas koszty w wysokości 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 5.945,34 zł. (17.836,02 zł ÷ 3 = 5.945,34).

Odwołujący zaś, poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 14.236,02 zł (10.000,00 zł tytułem wpisu, 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz 636,02 zł za dojazd), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.890,68 zł (17.836,02 zł ÷ 3 = 5.945,34 x 2 = 11.890,68). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2.345,34 zł (14.236,02,00 – 11.890,68), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Zasądzona od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwota 2.345,34 zł wyrównuje zatem także koszty, które powinien ponieść Zamawiający (3.600,00 + 2.345,34 = 5.945,34).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp. a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w związku z ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami). Jednocześnie zgodnie z art. 574 Pzp do kosztów postępowania odwoławczego wlicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

……