Sygn. akt: KIO 2908/22

WYROK

z dnia 24 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2022 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2022 r. przez wykonawcę Budir System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Zbuczyn

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Budir System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę Budir System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Budir System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie na rzecz Gminy Zbuczyn kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2908/22

I. Gmina Zbuczyn (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pn. „Budowa budynku przedszkola gminnego w Zbuczynie”, nr postępowania IN.271.15.2022.

W dniu 2 listopada 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę Budir System spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Warszawie (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie, pomimo że

złożone przez Odwołującego dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ zdaniem Odwołującego wykazał on spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na uprzednim wykonaniu określonego budynku o wymaganej powierzchni użytkowej 800 m^2,

2) art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z §9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) poprzez nieprecyzyjne określenie zakresu informacji, jakie Wykonawca ma wskazać w wykazie robót budowlanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy;

3) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z §9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) poprzez nieprecyzyjne żądanie złożenia nieokreślonego dokumentu spoza katalogu dopuszczalnych podmiotowych środków dowodowych;

4) art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie, pomimo że złożone Odwołującego dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie wystąpiła więc przesłanka zatrzymania wadium.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy;

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium;

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z

uwzględnieniem

oferty Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Il. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym

w szczególności specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ), wezwań skierowanych do Odwołującego, dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, odpowiedzi Odwołującego na te wezwania, informacji inwestora o powierzchni wykonanego uprzednio przez Odwołującego przedszkola oraz projektu budowlanego spornego przedszkola.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

1. Zamawiający w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. b ppkt a) SWZ opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia posiadanego przez wykonawcę w następujący sposób: „wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże, że wykonał w terminie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie budynku o powierzchni użytkowej min. 800 m^2, przy czym wskazana robota budowlana powinna obejmować swym zakresem łącznie roboty ogólnobudowlane oraz roboty instalacyjne w zakresie instalacji sanitarnych, elektrycznych i wentylacyjnych, a jej wartość nie może być mniejsza niż 3 000 000 zł brutto (słownie: trzy miliony złotych). Oferent zobowiązany jest do podania rodzaju robót, wartości, daty i miejsca wykonania robót, podmiotów na rzecz których zostały wykonane oraz załączenia dowodów, określających, czy roboty te zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały prawidłowo zakończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane.”

2. W dniu 4 października 2022 r. Wykonawca na podstawie art. 274 ust 1 Pzp został

wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych - wykazu robót budowlanych: „Oferent zobowiązany jest do podania rodzaju robót, wartości, daty i miejsca wykonania robót, podmiotów na rzecz których zostały wykonane oraz załączenia dowodów, określających, czy roboty te zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały prawidłowo zakończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane według załącznika nr 5 do SWZ”.

3. W odpowiedzi na wezwanie w dniu 10 października 2022 r. Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym wykaz wykonanych robót budowlanych wg wzoru zawartego w załączniku nr 5 do SWZ wraz z protokołem końcowym odbioru robót na potwierdzenie należytego wykonania robót.

4. Zamawiający pismem z 20 października 2022 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu, ponieważ uznał, że „z załączonych dokumentów nie wynika, aby wykonawca spełniał warunki udziału w postepowaniu w zakresie wykonania, tj. budowy lub przebudowy budynku o powierzchni użytkowej min. 800 m^2”.

5. W odpowiedzi na to wezwanie w dniu 25 października 2022 r. Odwołujący oświadczył, że suma powierzchni zamieszczonej w wykazie roboty budowlanej wynosiła 883,44 m^2, a dodatkowo przesłał rzut parteru budynku wykazywanego w doświadczeniu wraz z zestawieniem projektowanych pomieszczeń. Z zestawienia przedstawionego przez Wykonawcę wynikała suma powierzchni 883,44 m2.

6. Zamawiający zwrócił się w trybie art. 128 ust. 5 Prawa zamówień publicznych do inwestora wykazywanej przez Odwołującego roboty budowlanej - Gminy Goworowo i w dniu 26 października 2022 r. uzyskał informację, że w projekcie budowlanym w zestawieniu powierzchni wg norm PN-ISO 9836:2015-12 powierzchnia użytkowa przedszkola i żłobka w Goworowie wynosi 694,19 m^2.

7. W dniu 28 października 2022 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp powołując jako podstawę niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 Zamawiający zatrzymał wadium w wysokości 100 000 zł.

Odwołujący kwestionował w odwołaniu opisane wyżej czynności Zamawiającego. Jego zdaniem Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „powierzchni użytkowej" w warunku udziału w postępowaniu, który zawarł w Rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. b ppkt a) SWZ, a wszelkie wątpliwości należy interpretować na korzyść wykonawcy.

Odwołujący podnosił, że definicję powierzchni użytkowej lokalu mieszkalnego można znaleźć w różnych ustawach i rozporządzeniach, nie ma jej natomiast w ustawie Prawo budowlane. Odwołujący przywoływał art. 2 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 172), art. 1a ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych

(t.j. Dz.U. z 2022 poz. 1452) oraz art. 16 ust. 4 ustawa z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn (t.j. Dz.U.2021.1043), a także rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz.U. Nr 112 poz. 1316).

Odwołujący wskazywał, że różnica w sumie powierzchni użytkowej

deklarowana przez niego oraz wskazana przez inwestora Gminę Goworowo wynika z

wprowadzenia - wyłącznie w normie PN-ISO 9836:2015-12 - dodatkowego podziału powierzchni użytkowej i powierzchni ruchu (korytarze, hole, itp.); w definicjach ustawowych i wynikających z rozporządzeń przytoczonych powyżej, powierzchnie takie jak korytarze, hole, wliczają się do powierzchni użytkowej budynku, natomiast inaczej traktowane są w normie PN-ISO 9836:2015-12 i wliczane do powierzchni użytkowej budynku nie są.

Z takim stanowiskiem nie zgadzał się Zamawiający i w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Zdaniem Zamawiającego, odpowiedź Odwołującego na wezwanie z 22.10.2022 r. była enigmatyczna i celowo nie używał on pojęcia powierzchnia „użytkowa". Wątpliwości Zamawiającego wzbudził ponadto załączony do odpowiedzi rysunek, ponieważ różnił się on, od tego zamieszczonego na stronie internetowej inwestora,

tabelką - na stronie inwestora tabelka była widoczna, natomiast na rysunku załączonym przez Odwołującego tabelka miała inną treść. Różnice uwidocznione są przez porównanie dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający załączył zarówno wydruk ze strony internetowej inwestora, jak i wydruk, który Odwołujący załączył do odpowiedzi z dnia 25 października 2022r.

Ponieważ porównanie tych dwóch dokumentów rodzi wątpliwości, to Zamawiający również uważa, że wyciąg z projektu Przedszkola w Goworowie również jest wadliwy, ponieważ tabela ze wskazaną przez Odwołującego powierzchnią użytkową dotyczy jedynie projektowania charakterystyki energetycznej, gdzie ta powierzchnia może być obliczana według innej metodologii. Wyjaśnia, że prawo budowlane określa jednoznacznie obwiązki uczestników procesu budowalnego. Zamawiający zwracał uwagę, że to projektant określa powierzchnię użytkową, na podstawie rozporządzenia w sprawie projektu budowlanego, które odsyła z kolei do polskiej normy. Zatem pojęcie powierzchni użytkowej w kontekście projektu budowlanego jest jasne i jednoznaczne. To nie Zamawiający i nie wykonawca ustala wielkość powierzchni użytkowej. Zamawiający podnosił, że inwestor w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego poinformował, że powierzchnia użytkowa wyniosła 694,19m^2 na podstawie zapisów w projekcie budowlanym, co było tożsame z tabelą na rysunku zamieszonym na stronie internetowej inwestora.

Na podstawie powyższych ustaleń i stanowisk Stron, Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym złożono odwołanie, Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia wybudowaniu przedszkola o powierzchni użytkowej co najmniej 800 m^2 W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał spełnienia tego warunku i nie przedstawił odpowiednich dokumentów, dlatego odrzucenie oferty Odwołującego było uzasadnione.

Wywody Odwołującego odnośnie różnych definicji „powierzchni użytkowej" w różnych przepisach nie mogą mieć wpływu, w postępowaniu, w którym złożono odwołanie, na określenie desygnatu tego pojęcia (tj. tego, co Zamawiający rozumiał przez powierzchnię użytkową, opisując warunek udziału w postępowaniu). Nie można znaleźć żadnych powodów, dla których w tymże postępowaniu do poszukiwania zakresu znaczeniowego definicji powierzchni użytkowej stosować przepisy ustawy o ochronie lokatorów albo prawa spadkowego. Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane; Zamawiający opisał warunek posiadania odpowiedniego doświadczenia, wskazując na konieczność wykonania określonych robót budowlanych: budowy lub przebudowy budynku przedszkola o powierzchni minimum 800 m^2. Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego, że użyte przez niego w opisie warunku pojęcie powierzchni użytkowej należy interpretować w świetle przepisów prawa budowlanego.

Zgodnie z § 20. ust. 1 pkt 4 lit b rozporządzenia ministra rozwoju z dnia 11 września 2020 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy projektu budowlanego (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1679) w nowo projektowanych budynkach powierzchnię użytkową budynku pomniejsza się o powierzchnię: przekroju poziomego wszystkich wewnętrznych przegród budowlanych, przejść i otworów w tych przegrodach, przejść w przegrodach zewnętrznych, balkonów, tarasów, loggii, schodów wewnętrznych i podestów w lokalach mieszkalnych wielopoziomowych, nieużytkowych poddaszy, a powierzchnię użytkową budynku powiększa się o powierzchnię: antresol, ogrodów zimowych oraz wbudowanych, ściennych szaf, schowków i garderób, przy określaniu powierzchni użytkowej powierzchnię pomieszczeń lub ich części o wysokości w świetle równej lub większej od 2,20 m zalicza się do obliczeń w 100%, o wysokości równej lub większej od 1,40 m, lecz mniejszej od 2,20 m - w 50%, natomiast o wysokości mniejszej od 1,40 m pomija się całkowicie.

Odwołujący zauważał, że w obecnym postępowaniu Zamawiający dolicza korytarze do powierzchni użytkowej natomiast inwestor spornego przedszkola tych korytarzy nie wliczał, co pokazuje, zdaniem Odwołującego na niekonsekwencje w uznaniu tego, co jest powierzchnią użytkową, a to nie powinno obciążać wykonawcy.

Izba przeprowadziła dowód z okazanego przez Odwołującego na rozprawie oryginału projektu budowlanego, którego inwestorem jest Gmina Goworowo, tj. projektu budowlanego Żłobka i Przedszkola w Goworowie, z siedzibą w Goworówku wraz z zagospodarowaniem terenu. Na stronie 25 projektu, zawierającej opis techniczno-architektoniczny, w rozdziale „Parametry techniczno-użytkowe" podano zestawienie powierzchni - wskazano, że powierzchnia zabudowy wynosi 989m ^{2}, powierzchnia całkowita 989m^2, powierzchnia netto 883,44m^2, powierzchnia użytkowa 694,19m^2.

Zatem, bez żadnych wątpliwości należy stwierdzić, że projektant określił (obliczył) powierzchnię użytkową spornego przedszkola na 694,19m ^{2}. Wobec tego faktu, na tym etapie postępowania, jakiekolwiek próby polemiki odnośnie powierzchni użytkowej spornego przedszkola nie mogą mieć wpływu na ocenę, czy Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Rację miał Zamawiający, że to właśnie autor projektu określa wielkość powierzchni użytkowej. Jakakolwiek próba

przedstawiania dowodów przeciwnych jest próbą dowodzenia wbrew osnowie dokumentu. Izba uznała, że wielkość powierzchni użytkowej podana przez projektanta w projekcie budowlanym jest rozstrzygająca.

Na etapie przygotowywania oferty, Odwołujący nie mógł nie zauważyć różnicy pomiędzy wielkością powierzchni użytkowej podaną w projekcie przedszkola w Goworowie (694,19m^2), a wymaganą przez Zamawiającego (800m^2). Jeżeli wymóg Zamawiającego był dla Odwołującego niejasny, powinien był złożyć w odpowiednim czasie pytanie do specyfikacji. Na tym etapie postępowania nie można zmienić warunku udziału w postępowaniu. Reasumując, nie można uznać, że Odwołujący posiada doświadczenie w budowie przedszkola o powierzchni użytkowej co najmniej 800m^2, skoro posiada doświadczenie w budowie budynku, który zgodnie z projektem ma powierzchnię użytkową 694,19m^2.

Zatem nie doszło do naruszenia przepisu art. 226 ust.- 2 pkt 1 lit c Prawa zamówień publicznych i innych, podnoszonych przez Odwołującego, w tym art. 98 ust. pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący twierdził, że przywołany przepis został niezasadne zastosowany, ponieważ złożone przez niego dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie wystąpiła więc, jego zdaniem, przesłanka zatrzymania wadium. Jednak w ocenie Izby, jak wynika z ustaleń powyżej, Odwołujący nie uzupełnił dokumentów, potwierdzających budowę przedszkola o wymaganej przez Zamawiającego powierzchni (800m ^{2}).

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku

postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: