

WYROK

Warszawa, dnia 11 grudnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2024 roku przez wykonawcę Firmę Budowlaną Ekoinbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gdańsku, ul. Geodetów 29 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Budynków Miejskich I Towarzystwo Budownictwa Społecznego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach, ul. Dolnych Wałów 11 Uczestnik po stronie zamawiającego:

- wykonawca Meritum Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, ul. Jugowicka 8a

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem uiszczzonego wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 482 zł 00 gr (słownie: czterysta osiemdziesiąt dwa złote zero groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 4389/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Budowa budynku mieszkalnego w technologii szkieletowej drewnianej wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Górnej w Gliwicach” numer postępowania: 103/PA/2024/ZBM ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 września 2024 r. pod nr 2024/BZP 00495222/01.

19 listopada 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

25 listopada 2024 r. Firma Budowlana Ekoinbud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Gdańsku, ul. Geodetów 29 wniosła odwołanie przez pełnomocnika działającego na postawie pełnomocnictwa z 25 listopada 2024 r. udzielonego przez prokurenta samoistnego. Do odwołania dołączono dowód uiszczenia wpisu i przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 266 ustawy przez zaniechanie wezwania Meritum do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

2.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 266 SWZ w zw. z Rozdziałem IV pkt 2.4. SWZ przez wybór oferty wykonawcy Meritum w oparciu o przyjęcie, że oferta ta jest najkorzystniejsza i spełnia warunki udziału opisane w Rozdziale IV pkt 2.4. SWZ, podczas gdy Meritum nie spełnia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej;

3.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 266 ustawy w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (dalej jako „Rozporządzenie ws. dokumentów”) w zw. z Rozdziałem X pkt 2.5. SWZ przez dokonanie wyboru oferty Meritum jako oferty najkorzystniejszej mimo że protokół odbioru robót nr 9 – końcowy z dnia 19.03.2024 r. przedłożony przez Meritum nie potwierdza, że roboty budowlane wskazane w wykazie robót budowlanych zostały wykonane należycie;

4.art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Meritum w sytuacji, gdy podmiot ten złożył ofertę w warunkach nieuczciwej konkurencji.

Wniósł o:

-uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

-unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Meritum Grupa Budowlana sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Krakowie jako oferty najkorzystniejszej;

-odrzućenia oferty Meritum; ewentualnie

-nakazanie zamawiającemu wezwanie Meritum sp. z o.o. sp.k. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdziale IV pkt 2.4 SWZ oraz dokonania ponownej oceny ofert;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą (dalej KIO)

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty złożonej przez Meritum prowadzi do pozbawienia wykonawcy realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym – pozbawia możliwości osiągnięcia zysku wynikającego z realizacji umowy.

Wykonawca złożył ofertę ocenioną na 59,11 pkt, która po dokonaniu oceny ofert zajęła drugie miejsce. Gdyby zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy, odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 2.4 SWZ zamawiający ustalił warunki udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którymi o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert zrealizowali:

-jedno zamówienie polegające na budowie i oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000m³, minimum dwukondygnacyjnego, wykonanego w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej, o charakterze mieszkalnym lub mieszkalno-usługowym lub usługowym lub użyteczności publicznej, który został zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończony; oraz

-jedno zamówienie polegające na budowie i oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000m³, minimum dwukondygnacyjnego, wykonanego w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej lub w technologii tradycyjnej (murowanej), o charakterze mieszkalnym lub mieszkalno-usługowym lub usługowym lub użyteczności publicznej, który został zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończony.

Zamawiający doprecyzował ww. warunek wskazując, że będzie akceptował wyłącznie doświadczenie w zakresie wznoszenia nowych obiektów lub rozbudowy istniejących obiektów, pod warunkiem, że część stanowiąca rozbudowę spełnia podstawowe wymogi w zakresie kubatury, kondygnacji, technologii i charakteru, jakie zostały wskazane w warunku udziału.

Wykonawca zatem, któremu zostanie powierzona realizacja zamówienia winien posiadać doświadczenie techniczne i zawodowe polegające na wzniesieniu nowego obiektu lub nowej części istniejącego obiektu, przy czym ten obiekt lub nowa część istniejącego obiektu musiała:

-mieć kubaturę co najmniej 3000 m³;

-mieć min. 2 kondygnacje,

-być wykonana w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej,

-mieć charakter mieszkalny lub mieszkalno-usługowy lub usługowy lub użyteczności publicznej.

Zamawiający, zgodnie z Rozdziałem X pkt 2.5., wymagał przedstawienia wykazu robót budowlanych wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ oraz złożenia dowodów określających czy roboty te zostały wykonane należycie, przy czym dowody te winny być zgodne z wymogami stawianymi przez Rozporządzenie ws. dokumentów.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Meritum.

Jak wynika z dokumentów udostępnionych odwołującemu, celem wykazania spełnienia warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawca Meritum powołał się na realizację następujących robót:

1. zamówienie polegającego na budowie i oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000m², minimum dwukondygnacyjnego wykonanego w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej, o charakterze mieszkalnym, tj. Budowa, nadbudowa, przebudowa, rozbudowa, zmiana sposobu użytkowania oraz adaptacja i przystosowanie budynków istniejącej Regionalnej Placówki Opiekuńczo – Terapeutycznej w Bytomiu na potrzeby prowadzenia w nich dwóch placówek opiekuńczo terapeutycznych oraz centrum wsparcia pieczy zastępczej w ramach zadania: Zmiana sposobu funkcjonowania RPO-T-ów w Bytomiu i utworzenie Regionalnego Centrum Wsparcia Pieczy Zastępczej – etap I Prace budowlane polegały na rozbudowie istniejącego budynku o dwa skrzydła, wykonane w konstrukcji drewnianej szkieletowej, każde skrzydło posiadało dwie kondygnacje i pełniło funkcję mieszkalną. Łączna kubatura rozbudowy: 3 307,40m³;

Wraz z wykazem robót Meritum przedstawił protokół odbioru robót nr 9 – końcowy z 19 marca 2024 r.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nieprawidłowo uznał, że Meritum spełnia warunek udziału w postępowaniu i wybrał ofertę tego wykonawcy z naruszeniem ustawy, gdyż:

1.protokół odbioru robót nr 9- końcowy z dnia 19.03.2024r. nie stanowi dowodu określającego czy roboty wskazane w

wykazie zostały wykonane należycie,

2. ale co kluczowe- wskazane powyżej referencyjne zamówienie nie spełnia wymogów określonych w SWZ.

Meritum wskazał w wykazie robót zamówienie, które nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i wskazał w nim treści, które wprowadziły zamawiającego w błąd.

Meritum w treści wykazu robót wskazał, że prace budowlane wykonywane w ramach inwestycji pn. „Zmiana sposobu funkcjonowania RPOT-ów w Bytomiu i utworzenie Regionalnego Centrum Wsparcia Pieczy Zastępczej – etap I „polegały na rozbudowie istniejącego budynku o dwa skrzydła, wykonane w konstrukcji drewnianej szkieletowej, z czego każde skrzydło posiadało 2 kondygnacje”. Meritum wskazał jednocześnie, że łączna kubatura rozbudowy wynosi 3.307,40m³. Meritum podał w wykazie informacje, z których ma wynikać, że przedmiotowe zamówienie spełnia wymogi określone w SWZ, co nie jest jednak prawdą.

Podana kubatura dotyczy łącznie kubatury obu wybudowanych skrzydeł, z których każde stanowiło oddzielny obiekt. Żadna część stanowiąca rozbudowę nie spełnia warunku udziału w zakresie posiadania odpowiedniej kubatury, tj. jego kubatura wynosi mniej niż 3000m³ (3.307,40m³ x ok. 1/2).

Zgodnie z wyjaśnieniem SWZ zamawiający doprecyzował, że dla spełnienia warunku udziału kluczowe jest doświadczenie w budowie obiektu lub części obiektu, która samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu. Warunek udziału spełnia wyłącznie taka część rozbudowy, która spełnia podstawowe wymogi w zakresie kubatury, kondygnacji, technologii i charakteru, jakie zostały wskazane w warunku udziału.

W odniesieniu do referencyjnego zamówienia oznacza to, że dla spełnienia warunku udziału, któraś z rozbudowywanych części (skrzydeł) musiałaby spełniać wymóg w zakresie kubatury. Analiza referencyjnego zamówienia wskazuje bowiem, że każde ze skrzydeł stanowi odrębną część. Dwa skrzydła były realizowane jako dwie odrębne części budynku, pomiędzy którymi jest łącznik nieobjęty rozbudową.

Informacje znalezione przez wykonawcę w publicznie dostępnych portalach (np. geoportal.gov.pl) wskazują na to, że kubatura żadnej części (skrzydła) realizowanego w ramach tej inwestycji nie osiąga kubatury 3000m³. Dane zamieszczone na stronie geoportal.gov.pl obrazują wymiary poszczególnych budynków i w ocenie odwołującego szacunkowe obliczenie kubatury na podstawie tych wymiarów w żadnym razie nie pozwala na przyjęcie, że te obiekty spełniają wymagane parametry.

W tym miejscu odwołujący zamieścił screeny z geoportal.gov.pl, zdjęcia, informacje internetowe z bytomski.pl/edukacja oraz z PFU.

Wskazał, że zdjęcie obiektu przed remontem obrazuje, że każdy segment stanowi niezależną część objętą rozbudową. Potwierdzają to także zdjęcia obiektu po remoncie oraz założenia z PFU dla przedmiotowego zadania.

Dodatkowo wskazał, że sama nazwa inwestycji oraz opisany przez Meritum przedmiot zamówienia budzą wiele wątpliwości co do zakresu realizowanego przez Meritum.

Zgodnie z wykazem robót przedmiotem zamówienia była budowa, nadbudowa, przebudowa, rozbudowa, zmiana sposobu użytkowania oraz adaptacja i przystosowanie budynków istniejącej Regionalnej Placówki Opiekuńczo – Terapeutycznej w Bytomiu.

Z uwagi na treść warunku udziału i wyraźne wskazanie zamawiającego co do tego, jaki rodzaj robót budowlanych będzie uznawany za potwierdzenie spełnienia warunku udziału, w ocenie odwołującego zamawiający winien był wyjaśnić, jaki zakres robót był realizowany przez Meritum i czy roboty te spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Tym samym, w ocenie odwołującego zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 266 ustawy, bowiem bezpodstawnie przyjął, że Meritum spełnia warunek udziału wskazany w Rozdziale IV pkt 2.4. SWZ i uznał ofertę złożoną przez tego wykonawcę za najkorzystniejszą.

Protokół odbioru robót nr 9- końcowy z dnia 19.03.2024r. nie stanowi dowodu określającego czy roboty wskazane w wykazie zostały wykonane należycie

Odwołujący wskazał, że Meritum nie przedstawił dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót w ramach realizacji inwestycji Zmiana sposobu funkcjonowania RPOT-ów w Bytomiu i utworzenie Regionalnego Centrum Wsparcia Pieczy Zastępczej – etap I.

Meritum przedłożyło protokół odbioru robót nr 9 – końcowy z dnia 19.03.2024 r. Protokół ten potwierdza jedynie zakres robót, jakie podlegały ostatnim przejściowym czynnościom odbiorowym oraz ich wartość.

Dokument ten jednak w żadnym miejscu nie potwierdza, że roboty objęte protokołem zostały wykonane należycie. Złożony dokument jest wyłącznie ostatnim protokołem przerobowym.

Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać przedstawienia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat (...) oraz załączenia dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych

dokumentów - inne odpowiednie dokumenty.

Tymczasem protokół przedstawiony przez Meritum nie potwierdza w żadnym stopniu należytego wykonania robót budowlanych, a tym samym nie może zostać uznany za dokument spełniający wymogi określone w § 9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia ws. dokumentów.

Zamawiający nie dokonał modyfikacji w zakresie wymaganych do przedstawienia dokumentów względem ww. przepisu i w Rozdziale X pkt 2.5. SWZ przywołał wprost treść tego postanowienia wskazując, jakie dokumenty należy przedłożyć celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Pomimo faktu, że dokumenty złożone przez Meritum nie poświadczają należytego wykonania robót budowlanych, na realizację których wykonawca ten powołuje się dla udowodnienia spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, to zamawiający nie wezwał go do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie i dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zamawiający zaniechał wezwania Meritum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy i błędnie dokonał wyboru oferty tego wykonawcy na podstawie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 266 ustawy.

Odwołujący wskazał, że działania podjęte przez Meritum w toku postępowania, a zmierzające do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca Meritum oświadczył w toku *postępowania, że wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie lub rozbudowie oraz oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000m³, minimum dwukondygnacyjnego wykonanego w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej, o charakterze mieszkalnym, mieszkalno-usługowym, usługowym lub użyteczności publicznej.

Natomiast z ustaleń odwołującego wynika, że Meritum nie spełnia opisanego warunku udziału, a wykonawca ten nie wykonał robót budowlanych polegających na rozbudowie budynku o obiekt kubaturowy posiadający co najmniej 3000m³ kubatury, ale znacznie mniejszy. W ocenie odwołującego Meritum celowo dokonała takiego opisu realizowanego zamówienia, aby sprawić wrażenie, że rzeczywiście spełnia warunek udziału w postępowaniu i pozyskać do realizacji przedmiotowe zadanie publiczne.

Takim działaniem Meritum wprowadziło zamawiającego w błąd polegający na wykreowaniu przeświadczenia, że wykonawca ten posiada wymagane warunkami udziału w postępowaniu, co miało na celu pozyskanie zamówienia publicznego pomimo braku wymaganego doświadczenia.

Odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający dokonał wyboru oferty Meritum jako oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy.

25 listopada 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

28 listopada 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Meritum Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie, ul. Jugowicka 8a wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 28 listopada 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu komplementariusza. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom. Przystępujący wskazał, że posiada interes prawny i faktyczny w przystąpieniu i rozstrzygnięciu oddalającym odwołanie. Przystępujący wskazał, że podniesione wobec działania zamawiającego zarzuty są niezasadne, a zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny ofert, w tym wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Interes przystępującego w przystąpieniu wyraża się m.in. w tym, że złożył ofertę uznaną przez zamawiającego jako najkorzystniejszą, a zatem został sklasyfikowany na miejscu pierwszym w rankingu złożonych ofert, a tym samym uwzględnienie odwołania godziłoby w istotny z punktu widzenia możliwości uzyskania zamówienia interes przystępującego i poniesienia z tego tytułu wymiernej szkody.

Interes przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego przejawia się już w samym zainteresowaniu wynikiem danej sprawy odwoławczej. W tym kontekście wskazał m.in. na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 5/14).

Stan faktyczny:

W SWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie:

IV. 2.4. Zdolności technicznej lub zawodowej.

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że posiadają wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, zrealizowali:

- jedno zamówienie polegające na budowie i oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000 m³, minimum dwukondygnacyjnego, wykonanego w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej, o charakterze mieszkalnym lub mieszkalno-usługowym lub usługowym lub użyteczności publicznej, który został zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończony; oraz jedno. zamówienie polegające na budowie i oddaniu do użytkowania

budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000 m³, minimum dwukondygnacyjnego, wykonanego w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej lub w technologii tradycyjnej (murowanej), o charakterze mieszkalnym lub mieszkalno-usługowym lub usługowym lub użyteczności publicznej, który został zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończony.

Wykonawca potwierdzi należyte zrealizowanie tych zadań przy pomocy dowodów (np. referencje). Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia lub Protokołu odbioru robót.

•Dopuszcza się jedynie wskazanie doświadczenia w zakresie wznoszenia nowych obiektów lub rozbudowy istniejących obiektów (pod warunkiem, iż część stanowiąca rozbudowę spełnia postawione wymogi w zakresie kubatury, kondygnacji, technologii i charakteru). Zamawiający nie będzie uwzględniał doświadczenia w zakresie przebudowy, lub nadbudowy istniejących.

•Jeżeli wykonawca wykazuje doświadczenie nabyte w ramach kontraktu (zamówienia./umowy) realizowanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), zamawiający nie dopuszcza by wykonawca polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu prac. Zamawiający zastrzega możliwość zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie faktycznie konkretnie wykonywanego zakresu prac oraz przedstawienia stosownych dowodów np. umowy konsorcjum, z której wynika zakres obowiązków czy wystawionych przez wykonawcę faktur.

•Zamawiający uzna za spełniony warunek SWZ również w przypadku, gdy doświadczenie wykazane przez Wykonawcę obejmuje szerszy zakres robót budowlanych od wymaganych przez zamawiającego.

•Zamawiający nie dopuszcza sumowania robót budowlanych wykonanych w ramach odrębnych kontraktów (umów/zamówień) celem uzyskania wymaganego warunku kwotowego.

Wyjaśnieniami z 30 września 2024 r. zamawiający na pytanie nr 5 nie zdecydował się na modyfikację warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego.

Meritum złożył załącznik nr 4 Wykaz robót budowlanych, w którym przedstawił następujące doświadczenie:

1. Zamówienie polegające na budowie i oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000m², minimum dwukondygnacyjnego wykonanego w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej, o charakterze mieszkalnym

Tj. Budowa, nadbudowa, przebudowa, rozbudowa, zmiana sposobu użytkowania oraz adaptacja i przystosowanie budynków istniejącej Regionalnej Placówki Opiekuńczo – Terapeutycznej w Bytomiu na potrzeby prowadzenia w nich dwóch placówek opiekuńczo terapeutycznych oraz centrum wsparcia pieczy zastępczej w ramach zadania: Zmiana sposobu funkcjonowania RPOT-ów w Bytomiu i utworzenie Regionalnego Centrum Wsparcia Pieczy Zastępczej – etap I Prace budowlane polegały na rozbudowie istniejącego budynku o dwa skrzydła, wykonane w konstrukcji drewnianej szkieletowej, każde skrzydło posiadało dwie kondygnacje i pełniło funkcję mieszkalną.

Łączna kubatura rozbudowy: 3 307,40m³, wartość 18 414 599,99 zł brutto miejsce wykonania Bytom data wykonania zamówienia 26.04.2023r. do 20.12.2023r odbiorca Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej Województwa Śląskiego z siedzibą w Katowicach (40-142) ul. Modelarska 10

2. Zamówienie polegające na budowie i oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000m², minimum dwukondygnacyjnego wykonanego w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej lub technologii tradycyjnej, o charakterze użyteczności publicznej:

Tj. Budowa Nowego budynku Przedszkola Miejskiego nr 58 w Bytomiu Prace budowlane polegały na budowie nowego budynku przedszkola – budynek użyteczności publicznej, wykonane zostały w technologii tradycyjnej, budynek posiada 3 kondygnacje. Łączna kubatura obiektu: 7 355,00m³ wartość 13 007 742,00 miejsce wykonania Bytom data wykonania 14.07.2021r. – 13.04.2023r. odbiorca Gmina Bytom Ul. Parkowa 2 41-902 Bytom

Protokół odbioru robót nr 9 końcowy sporządzony 19 marca 2024 r. za okres od 21.12.2023 do 19.03.2024 budowa zmiana sposobu funkcjonowania RPOT-ów w Bytomiu i utworzenie siedziby Regionalnego Centrum Wsparcia Pieczy Zastępczej - etap I Adres Bytom, Plac Jana 13 umowa nr 17/RPO/2023 z 26.04.2023 wraz z aneksami stwierdza odebranie prac i wskazuje na ich rodzaje i wartości od początku budowy, według poprzedniego protokołu nr 7 oraz wartość robót, która pozostała do rozliczenia.

Prezydent Bytomia 23 czerwca 2023 r. wystawił referencje z których wynika, że

Meritum Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Krakowie (30-443) przy ul. Jugowickiej 8a wykonała w okresie od 14.07.2021r. do 13.04.2023r. dla Gmina Bytom z siedziba przy ul. Parkowa 2 Bytom (41-902), usługę projektową oraz roboty budowlane w zakresie budynku przedszkola wraz z pozwoleniem na użytkowanie dla inwestycji: „Budowa nowego budynku Przedszkola Miejskiego nr 58 w Bytomiu”.

Zakres funkcjonalny:

-żłobek dla 25 dzieci z indywidualnym węzłem hig.-sanit.,

-przedszkole dla 1 1 oddziałów 25 osobowych (3 sale z indywidualnymi węzłami hig.

— sanit., 8 sal z łączonymi węzłami hig.-sanit.)

-pełnobranżową kuchnię przedszkolną,

-salę wielofunkcyjną,

-pomieszczenia pracy indywidualnej z dzieckiem (pom. psychologia, logopedy), - szatnie w systemie hybrydowym (tradycyjnym oraz towarzyszące salom przedszkolnym),

-zaplecza personelu żłobka, przedszkola, kuchennego oraz pracownika technicznego,

-zaplecze techniczne budynku (węzeł ciepła, rozdzielnia główna).

Zakres technologiczny:

-ławy fundamentowe żelbetowe,

-ściany i stropy w technologii elementów modułowych, - instalacje wodociągowe (zimnej wody, c.w.u., cyrkulacja),

-instalacja hydrantowa p.poż,

-instalacja kanalizacji sanitarnej i technologicznej,

-instalacja wentylacji mechanicznej (nawiewno wywiewna) wraz z instalacją freonową),

-instalacja centralnego ogrzewania (ogrzewanie podłogowe oraz ogrzewanie tradycyjne za pomocą grzejników), -

instalacja gazowa, - instalacje wewnętrzne silnopiętrowe (oświetlenie zewnętrzne, wewnętrzne, awaryjne, gniazda),

-instalacje wewnętrzne niskopiętrowe (System Sygnalizacji Pożaru, oddymianie klatek schodowych, telewizja dozorowa, okablowanie strukturalne, instalacja videodomofonowa, system sygnalizacji włamania i napadu, kontrola dostępu),

-instalacja odgromowa,

-instalacje wewnętrzne ziemne.

Dane techniczne:

Powierzchnia zabudowy 854,60m²

Powierzchnia użytkowa 1 827,45m²

- niski parter 337,31m²

- wysoki parter 743,94m²

- 1 piętro 746,20m²

Wysokość budynku 10,76m

Kubatura 7 355m³

Stwierdzam, że Wykonawca wykonał prace z należytą starannością i w terminie, oraz że prace zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Dowody odwołującego:

Odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej z 6 grudnia 2024:

Regionalny Ośrodek Polityki Społecznej Województwa Śląskiego odpowiedział, że po stwierdzeniu, że segmenty B i C kompleksu nie można tylko przebudować (fatalny stan fundamentów ceglanych, w tym ich płytkie posadowienie) spowodowało konieczność ich rozebrania oraz wykonania całkowicie nowych segmentów o powierzchni całkowitej każdy 420,40m², powierzchnia użytkowa odpowiednio 340,9 (B) i 341,77 (C). Kubatura powierzchni wraz z komunikacją po 1653, 70 m³ każdy zgodnie z zestawieniami parametrów strona dokumentacji nr 57. Tabela charakterystycznych parametrów strona 57 dokumentacji Segment A 3212,00 m³, B i C łącznie 3307,40m³, segmenty D i E 474,30m³. Segmenty B i C zostały w całości wykonane w technologii drewnianej szkieletowej. Zamówienie zostało wykonane w terminie, karę umowną nałożono za niedotrzymanie terminu 21 dni od dnia zawarcia aneksu do uzupełnienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Ze str. 57 dokumentacji projektowej wynika, że budynek B i C miały kubaturę po 1653,7 m³.

Z protokołu ustaleń z czynności kontrolno-rozpoznawczych z 11 marca 2024 r. wynika, że inwestycja obejmuje przebudowę i zmianę sposobu użytkowania centralnej części zespołu budynków na funkcje administracyjne, gospodarcze, gastronomiczne, terapeutyczne palcówki opiekuńczo-terapeutycznej oraz centrum wsparcia opieki zastępczej (budynek czterokondygnacyjny z podpiwniczeniem). Budowę wschodniego skrzydła zespołu budynków o funkcjach: mieszkalnych, bawialnych dla dzieci (budynek dwukondygnacyjny bez podpiwniczenia), budowę zachodniego skrzydła zespołu budynków o funkcjach mieszkalnych, bawialnych i edukacyjnych dla dzieci (budynek dwukondygnacyjny bez podpiwniczenia),

Budynki przeznaczone są na potrzeby prowadzenia w nich dwóch placówek opiekuńczo-terapeutycznych oraz centrum wsparcia pieczy zastępczej. Ze względu na przeznaczenie i sposób użytkowania obiekt A,B,C,D i E zakwalifikowano do kategorii zagrożenia ludzi ZL II. Dla niskich, dwukondygnacyjnych budynków ZL II, gdzie poziom stropu nad parterem jest na wysokości nie większej niż 9,0m nad poziomem terenu (skrzydła B i C- wydzielone w pionie na całej wysokości, traktowane jako odrębne budynki: spełniona jest klasa „C” odporności pożarowej z elementów NRO. (...) Przeciwpowozarowy wyłącznik prądu umieszczony jest na zewnątrz przy głównym wejściu do obiektu (...) Instalacja grzewcza z kotłowni gazowej zlokalizowanej na ostatniej najwyższej kondygnacji budynku głównego, z dwoma kotłami

gazowymi.

Z wyciągu z dokumentacji projektowej w części dot. Projektu zagospodarowania terenu str. 9 pkt. I.4.1.2 akapit 2

Na terenie planowanej inwestycji znajduje się kompleks połączonych funkcjonalnie budynków (z wyjątkiem budynku F) oznaczonych umownie:

- budynek A – centralna część budynku, pełniące funkcje (...),
- budynek B – wschodnie skrzydło budynku, pełniące funkcje (...)
- budynek C – zachodnie skrzydło budynku, pełniące funkcje (...)
- budynek D – łącznik pomiędzy centralnym budynkiem (A) a wschodnim skrzydłem (B)
- budynek E – łącznik pomiędzy centralnym budynkiem (A) a zachodnim skrzydłem (C)

Istniejące budynki kompleksu (z wyjątkiem budynku A) podlegać będą częściowej rozbiórce w celu wykonania przebudowy, rozbudowy oraz podniesienia wysokości skrzydeł B, C i łączników D i E.

Z dokumentacji projektowej str. 16 wykona, że na obszarze planowanej inwestycji znajduje się kompleks budynków w kształcie litery „Y” oraz wolnostojący parterowy budynek gospodarczy. Kompleks budynków w układzie „Y”, umownie oznakowany literami:

- budynek A – centralna część budynku, pełniące funkcje (...),
- budynek B – wschodnie skrzydło budynku, pełniące funkcje (...)
- budynek C – zachodnie skrzydło budynku, pełniące funkcje (...)
- budynek D – łącznik pomiędzy centralnym budynkiem (A) a wschodnim skrzydłem (B)
- budynek E – łącznik pomiędzy centralnym budynkiem (A) a zachodnim skrzydłem (C)

Podlegać będzie:

- budynek A – przebudowie wewnątrz wraz ze zmianą sposobu użytkowania i adaptacją pomieszczeń (...)
- budynek B – nadbudowie (podniesienie wysokości poddasza użytkowego), przebudowie wewnątrz wraz ze zmianą sposobu użytkowania i adaptacją pomieszczeń (...)
- budynek C – nadbudowie (podniesienie wysokości poddasza użytkowego), przebudowie wewnątrz wraz ze zmianą sposobu użytkowania i adaptacją pomieszczeń (...)
- budynek D – nadbudowie o jedną kondygnację, przebudowie i rozbudowie,
- budynek E – nadbudowie o jedną kondygnację, przebudowie i rozbudowie.

Ze str. 17 dokumentacji projektowej w pkt. I.4.1.8.1 Oddziaływanie obiektu kubaturowego w zakresie funkcji i wymagań związanych z użytkowaniem obiektu.

Konstrukcja każdego budynku w kompleksie stanowi niezależne rozwiązanie statyczne.

Z projektu technicznego budynku B wynika, że znajduje się na nim obraz budynku z więźbą dachową i elementami ścian wyglądającymi jak panele drewniane

Z części opisowej strona K9 – analogiczna treść dotyczy skrzydeł B i C pkt. 2.1. Budynek został zaprojektowany w technologii drewnianej, prefabrykowanej firmy MULTICOMFORT.

Z pkt. 2.2. Zastosowanie schematyczne statyczne

Dach – więźba tradycyjna krokwiowo-płatwiowa,

Strop – drewniany lity z drewna klejonego klasy GL24h

Kondygnacja parteru i poddasza zaprojektowana w technologii drewnianej prefabrykowanej z paneli CLT – z litego drewna klejonego krzyżowo.

Dowody przystępującego:

Referencje Województwa Śląskiego z 9 grudnia 2024 r. do umowy nr 17/RPO/2023 z których wynika, że wykonano przebudowę segmentu A, rozbudowę segmentu B i C oraz rozbudowę segmentu D i E.

Kubatura rozbudowy segmentu B i C 3 307,40m³

Wartość zamówienia wyniosła 18 307 600, 00 zł brutto.

Prace zostały wykonane z należytą starannością i w terminie oraz zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone

Z decyzji nr 198/2023 z 3 października 2023 r. Prezydenta Miasta Bytomia wynika, że zatwierdzono projekt zagospodarowania terenu i projekt architektoniczno-budowlany oraz udzielono pozwolenia na budowę dla inwestora Regionalnego Ośrodka Polityki Społecznej Województwa Śląskiego obejmującego budowę, przebudowę oraz zmianę sposobu użytkowania budynków Regionalnej Placówki Opiekuńczo-Terapeutycznej na potrzeby prowadzenia w nich dwóch placówek opiekuńczo-terapeutycznych oraz centrum wsparcia pieczy zastępczej przy Pl. Jana 13 w Bytomiu wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą i zagospodarowaniem terenu (działki nr ewid. 563/3, 560/15 k.m. 4, obręb Stolarzowice). Na str. 3 akapit drugi tej decyzji organ stwierdził, że z załączonego do wniosku projektu zagospodarowania terenu i projektu architektoniczno-budowlanego wynika, że roboty budowlane obejmują budowę, przebudowę oraz zmianę sposobu użytkowania budynków Regionalne Placówki Opiekuńczo-Terapeutycznej w zakresie

przebudowy i zmiany sposobu użytkowania budynku głównego A, budowy skrzydeł Bi C wraz z łącznikami D i E oraz rozbiórkę budynku gospodarczego F i budowę budynku gospodarczego F (...).

Z rzutów wynika, że do budynku prowadzi jedno wejście główne zlokalizowane w części A i winda też znajduje się w tej części.

Dowody: KIO przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego dowody złożone przez odwołującego na posiedzeniu i uczestnika na rozprawie. KIO oceniła ten materiał jako wiarygodny i wystarczający do wydania rozstrzygnięcia.

Rozważania KIO:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przede wszystkim w ocenie KIO treść postanowień SWZ nie jest tak jednoznaczna jak przedstawia swoje stanowisko odwołujący.

O ile w samej treści warunku zamawiający mówi o budowie i oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000 m³ i posługuje się tam pojęciem jednego budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000 m³ stosując liczbę pojedynczą, o tyle w powołanym przez odwołującego zastrzeżeniu zamawiający dopuszcza jedynie wskazanie doświadczenia w zakresie wznoszenia nowych obiektów lub rozbudowy istniejących obiektów (pod warunkiem, iż część stanowiąca rozbudowę spełnia postawione wymogi w zakresie kubatury, kondygnacji, technologii i charakteru). Zatem w tym dopuszczeniu nie posługuje się już pojęciem budynku kubaturowego w liczbie pojedynczej, ale zamienia to pojęcie na objekty i to w liczbie mnogiej. Pojęcie budynku kubaturowego nie ma definicji legalnej, choć funkcjonuje ono na gruncie przepisów wykonawczych. Natomiast obiekt posiada definicję legalną w ustawie w art. 7 pkt 14, gdzie ustawodawca wskazał, że przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. W ocenie KIO w sprawie nie jest sporne to, że przystępujący nie wykazał w Wykazie robót roboty polegającej na budowie i oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000m³. Natomiast sporne jest to, jak należy rozumieć dopuszczenie rozbudowy istniejących obiektów pod warunkiem, że część stanowiąca rozbudowę spełnia postawione wymogi w zakresie kubatury, kondygnacji, technologii i charakteru. Odwołujący chce, aby ten wymóg rozumieć w ten sposób, że jeśli obiekt rozbudowywano o kilka części stanowiących budynki, to każda taka część musi spełniać wymóg kubatury. Natomiast przystępujący i zamawiający wykładają to samo postanowienie w ten sposób, że analizują pojęcie „część stanowiąca rozbudowę”, jako zakres wykonywanej rozbudowy i wliczają w tę część te elementy rozbudowy, które spełniają wymaganie kubatury, kondygnacji, technologii i charakteru. W ocenie KIO obie interpretacje mogą się ostać na gruncie tej SWZ. Interpretacja odwołującego dlatego, że silnie nawiązuje do brzmienia warunku bez dokonanego przez zamawiającego dopuszczenia – czyli pojedynczego budynku kubaturowego. Interpretacja zamawiającego i przystępującego z kolei ściśle wykląda treść doprecyzowania, bowiem bierze pod uwagę „część istniejących obiektów stanowiącą rozbudowę”, czyli skupiają się na ustaleniu jaki był zakres rozbudowy i co w tym zakresie spełnia wymóg kubatury, kondygnacji technologii i charakteru. Jeśli istnieją dwie możliwości interpretacji treści postanowień SWZ, to trzeba je wyklądać na korzyść wykonawcy, w tym przypadku przystępującego. Bardzo trafnie tę kwestię wyłożył Sąd Zamówień Publicznych – Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku sygn. akt XXIII Zs 115/23 z 143 marca 2024 r.:

„Sąd Okręgowy podziela stanowisko przedstawione w uzasadnieniu wyroku tut. Sądu w sprawie XXIII Zs 96/23 zgodnie z którym w przypadku możliwej odmiennej interpretacji kryterium wszelkie wątpliwości dotyczące treści SWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy - co wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 16 pkt 1) Pzp. Wykonawca nie może bowiem ponosić negatywnych konsekwencji niedostatecznie precyzyjnego określenia warunku przez Zamawiającego, tj. niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 lipca 2015 r., sygn. akt IC 2/15). To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SWZ były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury (wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 643/12). Postulat wykładni niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p. (obecnie art. 16 pkt 1) pzp). W wyroku KIO z 7 października 2013 r., KIO 2260/13 wskazana, że: wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Dokonując wykładni, ważące racje i wartości należy też się zgodzić, że rozbieżne orzecznictwo może naruszać zasadę pewności prawa wyrażoną w art. 2 Konstytucji oraz zasadę równości wobec prawa poprzez traktowanie różnych podmiotów w odmienny sposób w takiej samej sytuacji faktycznej. Zasada pewności prawa zaś wywodzona z zasady demokratycznego państwa prawa Zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa jest zasadą konstytucyjną, która z uwagi na swoje aksjologiczne uzasadnienie, ulokowanie i znaczenie powinna być stosowana przez sądy wprost bądź jako dyrektywa wykładni przepisów

cywilnego prawa procesowego. Zasada ta ma więc również swój procesowy wymiar. Jak wskazał Sąd Najwyższy, wynika z fundamentalnego dla całego polskiego prawa art. 2 Konstytucji RP, ustanawiającego zasadę państwa prawnego. Nieuzasadniona rozbieżność w orzecznictwie może naruszać zasadę pewności prawa wyrażoną w art. 2 Konstytucji oraz zasadę równości wobec prawa poprzez traktowanie różnych podmiotów w odmienny sposób w takiej samej sytuacji faktycznej.”

Skoro dopuszczalna i logiczna na gruncie dopuszczenia rozbudowy była taka wykładnia jak prezentowana przez zamawiającego i przystępującego, a z ustaleń Izby wynika, że zakres rozbudowy obejmował dwa skrzydła wschodnie i zachodnie (B i C) rozbudowywanego istniejącego budynku głównego A oraz dwa łączniki (D i F) i przystępujący wskazał wyłącznie na rozbudowę skrzydeł wschodniego i zachodniego o łącznej kubaturze 3 307,40 m³, to wykazał spełnianie warunku w zakresie wymaganej kubatury. Przy czym niesporne było pomiędzy stronami, że przystępujący nie wliczał w rozbudowę części obiektu tych elementów rozbudowy, które obejmowały łączniki D i E, bo nie spełniały one wymagań co do charakteru. Skoro w doprecyzowaniu warunku zamawiający nie posługiwał się pojęciem budynku, budynku kubaturowego, czy nie użył słów „rozbudowy istniejących obiektów (pod warunkiem, że każda z rozbudowywanych części spełnia (...))”, to nie można było ocenić tego warunku w inny sposób niż wziąć pod uwagę całą część rozbudowywaną, nie zależnie od tego czy rozbudowywana część mogła czy też nie stanowić więcej niż jeden budynek, budynek kubaturowy. Część rozbudowana, na którą składały się skrzydła B i C spełniała warunek, co do kubatury i przekraczała określone przez zamawiającego minimum 3 000m³. Wynika to tak z wykazu, jak i dowodów przedstawionych przez strony.

Co do kwestii niezgodności technologii wykonania rozbudowy z wymaganiem określonym w warunku, to KIO podzieliła w tym zakresie w całości formalną argumentację przystępującego, że granice zarzutu wyznacza stan faktyczny opisany przez odwołującego w odwołaniu.

W treści tego odwołania odwołujący nie podnosił argumentacji, że technologia drewniana paneli CLT nie jest technologią konstrukcji drewnianej szkieletowej.

Izba z mocy art. 555 w związku z art. 516 ustawy jest związana granicami zarzutów i rozstrzygnięcie o rozszerzonej podstawie zarzutu byłoby niedopuszczalnym przekroczeniem granic kognicji Izby, na co zwrócił dobitnie uwagę Sąd Zamówień Publicznych w orzeczeniu sygn. akt XXIII Zs 16/24 z 9 maja 2024 r., który to pogląd KIO w całości przyjmuje za własny:

„Zarówno Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, jak i Sąd Zamówień Publicznych nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania (art. 555 ustawy PZP oraz art. 583 ustawy PZP). Dodatkowo w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami (art. 582 ustawy PZP).

Powyższe przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią wyraz konsekwencji ustawodawcy, aby organy orzecznicze (Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy — Sąd Zamówień Publicznych) orzekały wyłącznie w zakresie zarzutów, które sformułowane zostały pierwotnie w odwołaniu.

Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały, wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie określonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/ el. 2024, art. 555; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej' 15 kwietnia 2022 roku, sygn. akt KIO 835/22, KIO 846/22; P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 555).

Co do zasady możliwa jest modyfikacja zarzutu odwołania/ skargi poprzez „ograniczenie” zakresu żądania. Jeśli bowiem przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej były różne zarzuty to nasuwa się oczywista i jedyna logicznie konstatacja, iż każdy z nich osobno był przedmiotem orzekania Izby, a tym samym podtrzymanie jednego z zarzutów odwołania w skardze oznacza orzekanie przez Sąd co do zarzutu, który był przedmiotem odwołania. Nie można jednak skutecznie dokonać modyfikacji poprzez rozszerzenie dotychczasowych żądań.

Stosownie zaś do treści art. 535 ustawy PZP odwołujący może przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy, natomiast okoliczności faktyczne, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio przedstawić precyzyjnie w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia .przez Krajową Izbę Odwoławczą z uwagi na treść wspomnianego już art. 555 ustawy PZP. Rozgraniczenia wymagają bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności w

postępowaniu odwoławczym muszą zostać wskazane fakty, z których wywodzone są przez odwołującego skutki prawne.
(...)

Jak słusznie wskazywali Skarżący to Odwołujący, jako podmiot inicjujący postępowanie jurysdykcyjne ponosi odpowiedzialność za zakres (w tym podstawę faktyczną) podnoszonych zarzutów. Nie jest natomiast rolą Krajowej Izby Odwoławczej wyręczenie strony w formułowaniu podstawy faktycznej podniesionych zarzutów. Ustawodawca w sposób jasny przesądził, że postępowanie odwoławcze prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradiktoryjnym, a Izba pozostaje związana zarzutami odwołania określonymi przez podmiot wnoszący o udzielenie mu ochrony prawnej. Każde wykroczenie przez Izbę poza zakres podstawy faktycznej zarzutu przy wyrokowaniu należy zatem poczytywać jako działanie podjęte przez Izbę z urzędu i stanowiące naruszenie art. 555 ustawy PZP. (...)

Na aprobatę nie zasługuje stanowisko Przeciwnika Skargi wyrażone w Odpowiedzi na skargę, że zakres zarzutu wyznaczają też dowody przeprowadzone w sprawie. Jak zasadnie wskazywali Skarżący z twierdzeniem tym trudno się zgodzić, gdyż dowody stanowią jedynie instrument ustalenia czy w istocie zaistniały fakty, z których strona wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. W stosunku jednakże do podstawy faktycznej zarzutu mają one jedynie funkcję służebną, gdyż podstawa faktyczna zarzutu obejmuje określenie takiej okoliczności. Dowody zaś mają służyć jedynie udowodnieniu, że w istocie miała ona miejsce. Tym bardziej bez znaczenia pozostają wywody dotyczące dopuszczania dowodów przez Krajową Izbę Odwoławczą. Kwestia ciężaru dowodu oraz możliwości działania przez Krajową Izbę Odwoławczą ex officio w ramach postępowania dowodowego jest bez znaczenia dla podstawowej kwestii obowiązku wskazania zarzutu (w tym jego podstawy faktycznej) już w odwołaniu."

Z tego względu rozstrzygnięcie o spełnieniu warunku udziału w odniesieniu do technologii wykonania nie było możliwe. Co więcej jak wynikało z przebiegu rozprawy, gdyby strony wiedziały, że przedmiotem zarzutu jest technologia byłyby w stanie przedstawić argumentację i dowody na to, na czym polega technologia konstrukcji drewnianej szkieletowej, a nie mając tak zakreślonego warunku jedynie wdały się w polemikę słowną, która nie została poparta dowodami.

Co do protokołu odbioru końcowego, to należy zwrócić uwagę na wymaganie zamawiającego:

„Wykonawca potwierdzi należyte zrealizowanie tych zadań przy pomocy dowodów (np. referencje). Jako wykonanie zadania należy rozumieć doprowadzenie co najmniej do wystawienia Świadectwa Przejęcia lub Protokołu odbioru robót.”

Zatem zamawiający jedynie przykładowo wskazał na dowód w postaci referencji, a sam uznawał za zakończenie zadania wystawienie Protokołu odbioru robót. Protokół odbioru robót stanowi potwierdzenie odbioru robót bez wad istotnych. W przedstawionym protokole nie wskazano, że odstąpiono od odbioru robót, co wskazywałoby na istnienie wad istotnych obiektu budowlanego, co więcej nie sporządzono też wykazu wad nieistotnych, które odbioru nie uniemożliwiają, ale są w tym dokumencie wskazywane i podlegają usunięciu w ramach rękojmi lub gwarancji. Skoro zatem protokół nie stwierdzał istnienia wad, nie wskazywał na wykonanie niezgodne z umową, to potwierdzał wykonanie należyte. Dodatkowo tak odwołujący jak i przystępujący na rozprawie przedstawili dowody na to, że inwestor uważał wykonanie za należyte, bowiem z informacji uzyskanej przez odwołującego w drodze dostępu do informacji publicznej inwestor potwierdził, że uzyskano pozwolenie na użytkowanie, wykonanie nastąpiło w terminie, a jedyna kara naliczona wykonawcy dotyczyła nieterminowego przedstawienia aneksu do zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a z referencji złożonych przez uczestnika wprost wynika potwierdzenie należytego wykonania i ukończenie obiektu zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

KIO uznała, że skoro złożony wykaz robót wraz z protokołem odbioru robót nr 9 były prawidłowe i potwierdzały spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to nie można zamawiającemu przypisać żadnego z naruszeń zarzucanych przez odwołującego w odwołaniu:

- faktu: zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty uczestnika jako złożonej przez wykonawcę, który nie spełniał warunków udziału w zakresie wykazania się jedno. zamówienie polegające na budowie i oddaniu do użytkowania budynku kubaturowego o kubaturze minimum 3000 m³, minimum dwukondygnacyjnego, wykonanego w technologii konstrukcji drewnianej szkieletowej lub w technologii tradycyjnej (murowanej), o charakterze mieszkalnym lub mieszkalno-usługowym lub usługowym lub użyteczności publicznej, który został zgodnie z przepisami prawa budowlanego prawidłowo ukończony, bo wskazane przez uczestnika w poz. 2 wykazu robót nie stanowi dopuszczonej przez zamawiającego rozbudowy istniejących obiektów (pod warunkiem, iż część stanowiąca rozbudowę spełnia postawione wymogi w zakresie kubatury)

- faktu: zaniechania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego należyte wykonanie poz. 2 wykazu robót, mimo, że złożony protokół odbioru końcowego nr 9 Tym samym żaden z zarzutów nie został przez KIO tej okoliczności nie potwierdza będąc jedynie dokumentem przerobowym,

- faktu: zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty uczestnika jako złożonej w czynie nieuczciwej konkurencji polegającym na wprowadzeniu zamawiającego w błąd co do informacji o faktycznej kubaturze każdej części rozbudowywanego obiektu w poz. 2 wykazu.

To oznacza, że żaden zarzut nie został przez KIO uwzględniony, a odwołanie zostało oddalone w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, koszty wydatków pełnomocnika odwołującego. Skoro zarzuty odwołania nie potwierdziły się, żaden z zaliczonych kosztów odwołującego nie podlegał rozliczeniu. KIO oceniła, że wskazany koszt opłat skarbowych jest wydatkiem związanym z ustanowieniem pełnomocnika, którego wydatki są w rozporządzeniu limitowane kwotą 3 600zł. Z tego względu ten koszt nie został osobno zaliczony w poczet kosztów postępowania odwoławczego.

• Przewodnicząca: