Sygn. akt: KIO 4002/24

WYROK

Warszawa, dnia 19.11.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 28 października 2024 r. przez wykonawcę Optima Centrum Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Kalisz

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

A.K.Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Twój Elektryk 24 K.Z. z siedzibą w Nowej Wsi Kąckiej

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: …….....

Sygn. akt: KIO 4002/24

Uzasadnienie

Miasto Kalisz, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Wymiana oświetlenia w Hali „Kalisz Arena” wraz z wymianą tablicy wyników i wykonaniem okablowania pod zewnętrzny system kamer”.

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 08.07.2024 r., pod numerem 404053-2024.

W dniu 28 października 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Optima Centrum Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, dalej jako: „Odwołujący”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1) ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę TWÓJ ELEKTRYK 24 KATARZYNA ZAJĄC 55-080 Kąty Wrocławskie, pomimo że Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 1 przedłożył podmiotowe środki dowodowe (wykaz dostaw wraz z referencjami) nie potwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego o którym mowa w Rozdziale 11 pkt. 11.2.1 SWZ co powinno skutkować wezwaniem tego Wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w tym zakresie czego Zamawiający zaniechał naruszając tym samym dyspozycję art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (TWÓJ ELEKTRYK 24 KATARZYNA ZAJĄC 55-080 Kąty Wrocławskie) z dnia 18.10.2024 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający zobowiązany będzie do wezwania Wykonawcy TWÓJ ELEKTRYK 24 KATARZYNA ZAJĄC 55-080 Kąty Wrocławskie do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP podmiotowych środków potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego o którym mowa w Rozdziale 11 pkt. 11.2.1 SWZ.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując podniesione zarzuty Odwołujący odwoływał się do treści warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym wykonawca musiał wykazać się doświadczeniem w realizacji co najmniej jednego zamówienia, przedmiotem którego była dostawa i montaż oświetlenia wraz z systemem sterowania do istniejącej i użytkowanej hali sportowej lub hali widowiskowo – sportowej lub budynku użyteczności publicznej o wartości brutto tej dostawy nie mniej niż 500.000,00

PLN.

Wykładnia językowa opisanego powyżej warunku udziału w postępowaniu nie budzi wątpliwości – Zamawiający oczekiwał wykazania realizacji zarówno dla istniejącej jak również użytkowanej hali sportowej.

Odwołujący wskazywał również, że ww. wykładnia ma oparcie w innych postanowieniach treści SWZ.

Wykonawca, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. TWÓJ ELEKTRYK 24 KATARZYNA ZAJĄC 5 080 Kąty Wrocławskie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy PZP przedłożył wykaz dostaw w ramach którego jako zamówienie referencyjne mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu wskazał zamówienie zrealizowane na rzecz Gminy Miasto Toruń – MOSiR w Toruniu – Modernizacja lodowiska TOR- TOR w Toruniu w okresie od czerwca do sierpnia 2023r. Odwołujący powziął uzasadnione wątpliwości odnośnie co do spełniania przez zamówienie referencyjne warunku, o którym mowa w Rozdziale 11 ust. 2 pkt. 1 SWZ w części dotyczącej użytkowania obiektu. Dostępne publicznie informacje potwierdzają, że obiekt wskazany jako zadanie referencyjne nie był użytkowany.

Z uwagi na powyższe okoliczności Odwołujący zwrócił się do MOSiR w Toruniu o udzielenie informacji publicznej czy w okresie realizacji robót obiekt był użytkowany (czynny). Odpowiedź udzielona przez MOSiR w Toruniu jest jednoznaczna i wprost wskazuje, oraz potwierdza publicznie dostępne informacje, że obiekt nie był użytkowany w czasie realizacji prac związanych z modernizacją oświetlenia wskazanych jako referencyjne oraz został uruchomiony dopiero po zakończeniu prac Wykonawcy TWÓJ ELEKTRYK 24 K.Z..

W konsekwencji przedłożone przez Wykonawcę TWÓJ Elektryk 24 K.Z. na wezwanie Zamawiającego o którym mowa w art. 126 ust. 1 podmiotowe środki dowodowe nie potwierdziły spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 11 ust. 2 pkt. 1 SWZ tj. co najmniej jednego zamówienia, przedmiotem którego była dostawa i montaż oświetlenia wraz z systemem sterowania do istniejącej i użytkowanej hali sportowej lub hali widowiskowo – sportowej lub budynku użyteczności publicznej o wartości brutto tej dostawy nie mniej niż 500.000,00 PLN. Lodowisko TOR-TOR w Toruniu z całą pewnością nie było bowiem użytkowane w okresie realizacji prac przez Wykonawcę a jego użytkowanie rozpoczęło się dopiero po zakończeniu inwestycji co potwierdził odbiorca zadania tj. MOSiR w Toruniu.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

W dniu 13 listopada 2024 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości.

Zdaniem Zamawiającego, biorąc pod uwagę treść podmiotowego środka dowodowego złożonego przez konkurenta Odwołującego, Zamawiający nie miał wątpliwości (i nie ma wątpliwości), iż kwestionowany dokument jest sporządzony poprawnie. Wezwanie do uzupełnienia, poprawienia dokumentu lub wezwanie do złożenia wyjaśnień jest zasadne jedynie w przypadku błędu w dokumencie lub uzasadnionych wątpliwości.

Jak kontynuował Zamawiający, wywód Odwołującego dotyczący literalnego brzmienia warunku (słowa: „istniejącej i użytkowanej") jest w całości błędny. Zgodnie z „Informacją dla Wykonawców" z dnia 30 lipca 2024r. (która zmieniała treści warunku w pkt 11.2.1 SWZ) Zamawiający wprowadzając definicje tam zawarte posługuje się przepisami prawa budowlanego (zapis pkt 11.2.1 SWZ o treści: „Definicję budynku użyteczności publicznej należy rozumieć tak jak w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2022 r. poz. 1225 z późn. zm."). Budynek użyteczności publicznej jest zaś oddany do użytku z chwilą wydania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, iż obiekt lodowiska TOR-TOR w Toruniu nie posiada takiej decyzji lub została ona cofnięta.

Zgodnie zaś z pismem Pana Krzysztofa Wasilkiewicza- Dyrektora Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Toruniu (pismo z dnia 24 października 2024 r.) jak również zgodnie z korespondencją mailową z Panem Markiem Osowskim- Zastępcą Dyrektora Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Toruniu (mail z dnia 25 października 2024 r.) budynek lodowiska TOR-TOR w Toruniu w zakresie oświetlenia nad lodowiskiem modernizowany był w okresie przerwy technologicznej (letniej- trwającej 2 miesiące- zgodnie z załączonym ogłoszeniem o wykonaniu umowy 2023/BZP 00377385 z dnia 01.09.2023r.), a w tym okresie działały biura, sklepy, kluby itp. dostępne na całym obiekcie użyteczności publicznej jakim jest lodowisko TOR-TOR.

Powyższe jednoznacznie i wprost oznacza, że obiekt był cały czas użytkowany i nikt nigdy nie cofnął pozwolenia na użytkowanie. Nawet, jeżeli (z daleko idącej ostrożności) przyjąć wykładnię potoczną (mimo, iż powinno się w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia kierować definicjami ustawowymi i określonymi ściśle przez

przepisy jak i zapisy SWZ) to nadal obiekt lodowiska TOR-TOR w chwili remontu oświetlenia nad lodowiskiem był obiektem czynnym i otwartym, ponieważ na obiekt tego typu nie składa się wyłącznie „płyta lodowiska" ale całe zaplecze (np. biura, pomieszczenia technologiczne oraz sanitariaty, które w tym przypadku były cały czas użytkowane).

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Przystępującego:

W dniu 13 listopada 2024 r. do akt sprawy wpłynęło również pismo procesowe wykonawcy K.Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Twój Elektryk 24 K.Z., dalej jako: „Przystępujący". Uczestnik wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił stosowną argumentację.

Dokładna treść ww. pisma procesowego znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę K.Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Twój Elektryk 24 K.Z.. Wszystkie wymogi formalne związane z ww. przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił również ELBUD Kalisz Sp. z o.o. z siedzibą w Kaliszu. Przystąpienie to zostało zgłoszone nieskutecznie. Po pierwsze, zgłoszone zostało po upływie terminu przewidzianego w art. 525 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający w dniu 30 października 2024 r. za pomocą platformy przetargowej prowadzonego postępowania poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wniesieniu odwołania. Zatem termin na przystąpienie upływał w dniu 4 listopada. Z kolei przystąpienie ww. wykonawcy wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 8 listopada. Po drugie do przystąpienia nie został załączony dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Po trzecie w treści przystąpienia wykonawca nie wskazał jaki ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody. W sytuacji, w której Izba opierała się przy wydawaniu rozstrzygnięcia na konkretnym dowodzie, znajdzie to wyraz w dalszej części uzasadnienia. Część z dowodów Izba uznała również za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

W zakresie ustaleń faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia kluczowa jest treść postanowień SWZ, tj. brzmienie warunku opisanego w Rozdziale 11 ust. 2 pkt 1 SWZ, którego ostateczna treść została ustalone na skutek modyfikacji SWZ z dnia 31 lipca 2024 r. Dokładna treść warunku została przytoczona w dalszej części uzasadnienia.

Oprócz tego należy wskazać na treść wykazu usług złożonego przez Przystępującego, w którym znajduje się opis inwestycji referencyjnej, którą podważa Odwołujący. Wskazano w nim następująco:

Podmiot na rzecz którego zamówienie zostało wykonane (nazwa i siedziba)	Przedmiot zamówienia (podać nazwę i opis wykonanej dostawy/usługi w zakresie niezbędnym do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, którym mowa w pkt 11.2.1 SWZ) UWAGA: opis tu wskazany musi bezwzględnie potwierdzać spełnienie wymagań pkt 11.2.1 SWZ	Od dnia – do dnia (dzień/miesiąc/rok)

Gmina Miasta Toruń, Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Toruniu	Modernizacja oświetlenie lodowiska TOR-TOR w Toruniu Demontaż istniejących opraw i okablowania dostawa i instalacja nowych zasilacz, opraw i układu sterowania (60+16 kompletów zasilaczy i opraw), układanie kabli zasilających oprawy, sprawdzanie i pomiary urządzeń i oświetlenia, uruchomienie oświetlenia i przekazanie dokumentacji powykonawczej	20 czerwiec 2023 – 22 sierpień 2023
W ramach wyżej wymienionego zamówienia dostarczono i zamontowano oświetlenie wraz z systemem sterowania do istniejącej i użytkowanej hali sportowej lub hali widowiskowo-sportowej lub budynku użyteczności publicznej o wartości brutto zamówienia:		851 160,00 PLN

Dnia 18 października 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą została oferta Przystępującego uzyskując 100 pkt. Na drugim miejscu uplasowała się oferta Odwołującego z punktacją na poziomie 79,53 pkt.

Uzasadnienie prawne:

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 555 ustawy PZP Izba nie może orzekaćco do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei na zarzut składają się podstawa prawna jak i okoliczności faktyczne, uzasadniające naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów (tak: Komentarz do art. 555 ustawy PZP pod red. M. Jaworskiej, Legalis).

Wobec tego, okoliczności z których odwołujący chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych (wyrok KIO z 22 marca 2023 r., KIO 651/23).

Co więcej, prawo do składania dowodów aż do zamknięcia rozprawy, które wynika z art. 535 ustawy PZP, nie może prowadzić do rozszerzenia zarzutów zawartych w odwołaniu. Powyższe oznacza tyle, że okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut powinny znaleźć się już w treści odwołania i tylko tych okoliczności mogą dotyczyć dowody składane przez strony i uczestników postępowania (tak też KIO w wyroku z dnia 31 stycznia 2020 r., KIO 113/20).

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że dowody złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy, jak też argumentacja dotycząca tychże dowodów, wykraczały poza treść wniesionego odwołania. Stąd nie mogą one zostać wzięte przez Izbę pod uwagę przy wydawaniu rozstrzygnięcia. W żadnym z fragmentów odwołania Odwołujący choćby nie wspomniał o okoliczności, na którą złożone zostały dowody, tj. różnych kategoriach i odmiennej klasyfikacji budynków wchodzących w skład nieruchomości, na której położone jest lodowisko w Toruniu. Brak w odwołaniu argumentacji jakoby jedynie budynek z kategorii „k" (posługując się terminologią wskazaną w załączniku nr 6 do Rozporządzenia z dnia 27 lipca 2021 r. w sprawie ewidencji gruntów i budynków – t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 219 – budynek oświaty, nauki, kultury oraz sportu) spełniał wymogi Zamawiającego wynikające z treści postawionego warunku, a co za tym idzie, pozostałe budynki o innych kategoriach nie mogły być brane pod uwagę przy weryfikacji jego spełniania.

Analizując wypowiedź Odwołującego w trakcie rozprawy należy stwierdzić, że z ww. okoliczności, potwierdzonych dowodami, wywodzi on określone skutki prawne, a co za tym idzie, rozszerza w sposób nieuprawniony argumentację odwołania.

Obowiązek poruszania się przy wydawaniu rozstrzygnięcia jedynie w ramach podnoszonych zarzutów podkreślany jest również w orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych. Tytułem przykładu można wskazać na wyrok z dnia 09.05.2024 r.

XXIII Zs 16/24, w którym SO wskazał, że *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 zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę".*

W związku z powyższym, pomimo przyjęcia w poczet materiału dowodowego, Izba oceniła złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody jako nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. To samo dotyczy argumentacji powoływanej w związku z przedłożonymi dowodami. Nie były więc one brane pod uwagę przy wydawaniu rozstrzygnięcia.

Biorąc pod uwagę treść odwołania należy stwierdzić, że zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP sprowadza się wyłącznie do kwestii interpretacji pojęcia „użytkowania", które zostało użyte w treści jednego z warunków udziału w postępowaniu.

Zasadnym jest więc przytoczenie pełnej jego treści, które nadane zostało wskutek wyjaśnień do SWZ opublikowanych na platformie przetargowej 31 lipca 2024 r. (plik pn.: „Informacja dla Wykonawców 30.07.2024.pdf").

Zgodnie z ww. informacją:

„Pkt 11. 2. 1) SWZ otrzymuje brzmienie:

„ 1) wykażą wykonanie w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia, przedmiotem którego była dostawa i montaż oświetlenia wraz z systemem sterowania do istniejącej i użytkowanej hali sportowej lub hali widowiskowo – sportowej lub budynku użyteczności publicznej o wartości brutto tej dostawy nie mniej niż 500.000,00 PLN.

Uwaga:

W ramach ww. warunku jako halę sportową lub widowiskowo-sportową Zamawiający uznaje zadaszony budynek o zwartej formie konstrukcyjnej, wykorzystywany w celach sportowych lub sportowo-widowiskowych składający się z powierzchni, przeznaczonej do wykonywania ćwiczeń fizycznych i treningów oraz przeprowadzania zawodów sportowych, a także z wydzielonej widowni z miejscami siedzącymi (hala widowiskowo-sportowa). W ww. definicję nie wchodzą obiekty kultury np. hale koncertowe, sale kinowe i teatralne itp.

Definicję budynku użyteczności publicznej należy rozumieć tak jak w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2022 r. poz. 1225 z późn. zm.) Zamawiający uznaje za wystarczające wskazanie w wykazie, o którym mowa w pkt 12.8.1) SWZ tylko takich zamówień, które potwierdzą spełnianie warunków postawionych przez Zamawiającego - bez względu czy w przedstawianych dowodach zostaną nazwane jako roboty budowlane czy dostawy wraz z montażem;"

Odwołujący oparł swój zarzut na okoliczności, że skoro Przystępujący wykonywał usługę na inwestycji referencyjnej (inwestycja realizowana na rzecz Gminy Miasto Toruń – MOSiR w Toruniu – Modernizacja lodowiska TOR-TOR w Toruniu w okresie od czerwca do sierpnia 2023r.) w takcie przerwy technologicznej, to nie można uznać, że obiekt ten był użytkowany, a co za tym idzie, Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z tak postawioną tezą Izba się nie zgodziła.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że treść warunku powinna być rozumiana/interpretowana zgodnie z jego literalnym brzmieniem (tak: wyrok KIO z dnia 2 maja 2023 r., KIO 1119/23). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona

rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu (tak: KIO w wyroku z dnia 21 czerwca 2022 r., KIO 1437/22). Słusznie wskazywał na powyższe Odwołujący.

Biorąc pod uwagę literalną treść warunku, żeby wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy biorący udział w postępowaniu musieli wykazać, że zrealizowali zadanie referencyjne w obiekcie istniejącym, ale też równocześnie użytkowanym.

Jeśli zaś chodzi o interpretację „użytkowania" to Zamawiający nie zdefiniował tego pojęcia w SWZ. Odesłane do rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie dotyczy tylko i wyłącznie definicji budynku użyteczności publicznej.

Zgodnie z nią przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny (§ 3 pkt 6 ww. rozporządzenia).

Zatem odesłanie do przepisów rozporządzenia dotyczy tylko zakresu znaczeniowego pojęcia budynku użyteczności publicznej. Zdaniem Izby nie można tego odesłania traktować w szerszym zakresie, tj. również na potrzeby interpretowania pojęcia „użytkowania" użytego w treści warunku.

Wobec braku definicji tego pojęcia w SWZ, należy posługiwać się jego literalnym znaczeniem. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego znajdującym się na stronie internetowej sjp.pwn.pl użytkować oznacza *„korzystać z czegoś, np. z budynku, lokalu".* Chodzi więc po prostu o stan faktyczny używania/korzystania z danego obiektu. Zdaniem Izby rację ma Odwołujący, że nie można utożsamiać stanu faktycznego korzystania z obiektu z wydaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Są to dwa odrębne pojęcia, a Zamawiający w dokumentacji nie odnosił się do „użytkowania" jako stanu uzależnionego od wydania stosownych pozwoleń. Należy zatem brać pod uwagę znaczenie literalne.

Zdaniem Izby nie można również utożsamiać pojęcia korzystania/użytkowania obiektu tylko i wyłącznie z tym, że obiekt ten wykorzystywany jest zgodnie ze swoim głównym przeznaczeniem. Stan faktyczny użytkowania może odnosić się choćby do części budynku lub funkcji, które nie są wiodącymi – wciąż jednak obiekt taki będzie użytkowany, chociaż w ograniczonym zakresie.

Dalej należy wskazać, że treść warunku dotyczy usługi zrealizowanej na istniejącej i użytkowanej hali sportowej lub hali widowiskowo – sportowej lub budynku użyteczności publicznej. Spełniać powyższy warunek będzie więc inwestycja referencyjna, w trakcie której wykonawca wykonał usługę dostawy i montażu oświetlenia, jeżeli: 1) usługa ta została wykonana na obiekcie (hala sportowa, hala widowiskowo-sportowa lub budynek użyteczności publicznej) istniejącym i 2) usługa ta została wykonana na obiekcie użytkowanym.

Przy czym ww. pojęcia odnoszą się do kategorii obiektu, tj. hali sportowej, hali widowiskowo-sportowej lub budynku użyteczności publicznej, a nie jego części, np. tafli lodowiska.

W zasadzie niespornym jest, że Przystępujący referencyjną usługę wykonał na obiekcie użyteczności publicznej, tj. lodowisku w Toruniu. Niespornym jest również spornym to, że prace wykonywane były w trakcie trwania przerwy technologicznej. Z dowodów przedłożonych w sprawie wynika jednak, że przerwa technologiczna dotyczyła tylko i wyłącznie tafli lodowiska, z której w trakcie prac nie korzystano. Innymi słowy nie użytkowano jej. Z kolei obiekt jako taki działał, korzystanie z niego nie było przerwane.

Wynika to zdaniem Izby zarówno z treści korespondencji załączonej do odwołania przez Odwołującego (odpowiedź Pana Krzysztofa Wasilkiewicza), jak też z dodatkowej korespondencji przedłożonej przez Zamawiającego (odpowiedź Pana Marka Osowskiego). Odwołujący w złożonym zapytaniu poruszył kwestię lodowiska i otrzymał odpowiedź jedynie na temat lodowiska. Z kolei z drugiej wiadomości wynika, że poza płytą lodowiska – obiekt normalnie funkcjonował.

Wobec powyższego, skoro warunek udziału w postępowaniu odnosi się do obiektu, który musiał być użytkowany w trakcie wykonywania usługi referencyjnej, nie można uznać, że usługa wykonywana na obiekcie, w którym tylko jego cześć została wyłączona z użytkowania, nie spełnia wymagań opisanych jego treścią. Zdaniem Izby Odwołujący w sposób nieuprawniony utożsamia wyłączenie z użytkowania tafli lodowiska z tym, że cały obiekt nie był użytkowany. Z

zebranego w sprawie materiału dowodowego wynika co innego, tj. że obiekt był użytkowany, a przerwą technologiczną objęta była tylko i wyłącznie tafla lodowiska. Izba za kluczowe dowody w tym zakresie uznała korespondencję mailową z pracownikami lodowiska w Toruniu, którą uznała za wiarygodną. Dowody załączone do odwołania w postaci „materiałów prasowych" Izba uznała za wiarygodne jedynie w zakresie w jakim dotyczyły one braku funkcjonowania tafli lodowiska. Wskazać należy, że chociaż w materiałach tych jest mowa np. o „zamknięciu obiektu" czy też o „modernizacji obiektu", to już w sytuacji gdy cytowana jest wypowiedź przedstawicieli miasta, dotyczy ona jedynie lodowiska, a nie całego obiektu. Zdaniem Izby dowody te nie przesądzają o tym, że obiekt jako taki nie był użytkowany.

Zawężenie, które stosuje Odwołujący nie wynika z treści warunku.

W związku z powyższymi ustaleniami uznać należy, że w złożonym przez siebie wykazie usług Przystępujący wskazał na wszystkie informacje niezbędne do weryfikacji spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu. Nie ma przy tym znaczenia, że część z informacji w nim zawartych stanowi powielenie wzoru załączonego do SWZ. Wykaz usług został opatrzony podpisem przez wykonawcę, a zatem należy traktować go jak jego własne oświadczenie.

Oczywiście powyższa okoliczność nie pozbawia Odwołującego prawa do wykazywania, że inwestycja referencyjna nie legitymuje się wszystkimi elementami wskazanymi w spornym warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby Odwołujący przedstawił jednak błędną interpretację treści warunku, czego skutkiem musi być oddalenie odwołania.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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: ……