

**WYROK**

Warszawa, dnia 29 maja 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2024 r. przez wykonawcę NAFIBUD spółkę akcyjną z siedzibą w Bielsku Podlaskim, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białołęka,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego NAFIBUD spółkę akcyjną z siedzibą w Bielsku Podlaskim i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:.....

**Uzasadnienie**

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Białołęka (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie inwestycji pn. „Modernizacja i rozbudowa Przedszkola z Oddziałami Integracyjnymi nr 65 „Tarchominek” przy ul. Pancera 3” znak postępowania: UD-II-WZP-271.5.2024.KKK.AMO/TP1-rb.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 25 stycznia 2024 r., nr 2024/BZP 00067872.

W postępowaniu tym wykonawca NAFIBUD spółka akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim (dalej: „Odwołujący”) 2 maja 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez błędne zastosowanie i przyjęcie, że w okolicznościach tej sprawy wypełniona została dyspozycja przepisu art. 255 ust 3 Pzp, tj, skoro w niniejszym postępowaniu cena oferty najkorzystniejszej pochodzącej od Odwołującego nie przewyższa kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia,
- 2) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zaniechanie oceny oferty Odwołującego zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert ewentualnie niewłaściwą ocenę oferty Odwołującego w kryterium dot. doświadczenia głównego projektanta i

nie przyznanie żadnych punktów, podczas gdy prawidłowa ocena prowadzić powinna do uznania przedstawianego doświadczenia i w konsekwencji przyznanie maksymalnej ilości punktów,

3)art. 16 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem regulacji ustawy Pzp dotyczących oceny oferty Odwołującego w zakresie kryteriów pozacenowych, co w konsekwencji doprowadziło do zakłócenia konkurencji w Postępowaniu i zaburzyło przeprowadzenie Postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4)a w konsekwencji także innych przepisów wskazanych z treści niniejszego odwołania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1)Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

2)Unieważnienia czynności ponownej oceny ofert i uznania, że pierwotna ocena ofert, w tym oferty Wykonawcy była prawidłowa.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku badania i oceny ofert oferta Odwołującego uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert z ceną pozwalającą Zamawiającemu na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący argumentował, że błędna ocena własnych działań przez Zamawiającego, w tym wyjaśniających treść oferty Odwołującego i w konsekwencji unieważnienie tego wyboru i unieważnienie postępowania godzi w interes Odwołującego i pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazał też, że w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, oferta Odwołującego będzie na powrót najkorzystniejszą, a jednocześnie mieszczącą się w budżecie Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, zaniechanie wniesienia odwołania i utrzymanie w mocy czynności unieważnienia postępowania, w sytuacji, w której oferta jest ofertą najkorzystniejszą w limicie środków przeznaczonych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia spowoduje poniesienie przez Odwołującego szkody. Odwołujący wskazał, że utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybranie jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi potencjalną szkodę Odwołującego, uzasadniającą złożenie niniejszego Odwołania.

Następnie Odwołujący przedstawił stan faktyczny zaistniały w tym postępowaniu o zamówienie oraz przedstawił uzasadnienie podniesionych zarzutów.

Odwołujący wskazał na treść pkt 8.3 lit. B SWZ, odnoszącego się do oceny doświadczenia głównego projektanta. Odwołujący wyjaśnił, że w wykazie, stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ, wskazał 3 dokumentacje, z czego dokumentacja 2 wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, odnośnie zakwalifikowania budynku, jako budynku użyteczności publicznej. Odwołujący podniósł, że wskazał w wykazie: (Budynek wielofunkcyjny „H” z przedszkolem w parterze w osiedlu Arche przy ul. Poznańskiej w Ożarowie. Budynek 3-kondygnacyjny”) – kubatura części przedszkolnej i wielofunkcyjnej 9 576 m<sup>3</sup>, zaś kubatura części mieszkaniowej 3 624 m<sup>3</sup>. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „budynek użyteczności publicznej” w SWZ, a w szczególności nie odwołał się wprost do definicji z § 3 pkt 6) Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, dalej również „Rozporządzenie”. Tym samym, odwoływanie się do tej definicji celem dokonania oceny oferty Odwołującego w kryterium doświadczenie, jest zdaniem Odwołującego nieuprawnione. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 4/24.

Zdaniem Odwołującego, już z tego względu, ocena Zamawiającego, w zakresie spornego doświadczenia, wyłącznie z perspektywy użycia sformułowań zawartych w przywołanym Rozporządzeniu (bo nie samego wykazania, iż przedmiotowy budynek spełnia definicję z Rozporządzenia, o czym w dalszej części odwołania) było nieuprawnione i niezasadne. Wykonawca w wykazie wskazał, że budynek ma charakter wielofunkcyjny. Budynek wielofunkcyjny jest obiektem, który zawiera w swoim programie funkcjonalno - użytkowym minimum dwie funkcje oraz wskazał w jakiej części budynek ma charakter mieszkaniowy, a w jakiej pozostałe tj. usługowo - handlowe, w tym również funkcje oświatowe. Zdaniem Odwołującego z użytego przez niego opisu: kubatura części przedszkolnej i wielofunkcyjnej 9 576 m<sup>3</sup>, zaś kubatura części mieszkaniowej 3 624 m<sup>3</sup>., w sposób oczywisty wynika, że budynek w zdecydowanej części spełnia funkcje o charakterze usługowym, a nie mieszkalnym, tym samym w wymaganej w SWZ części jego funkcją jest zaspokajanie potrzeb powszechnie dostępnych i nie ma wątpliwości, że wskazane doświadczenie spełnia wymagania SWZ. Odwołujący zaznaczył, że powyższe zostało przez niego potwierdzone dwukrotnie w wyjaśnieniach, wskazując, że część wielofunkcyjna została zaprojektowana z przeznaczeniem użyteczności publicznej i takie obecnie spełnia te funkcje. Powyższe rozróżnienie, na wskazanie kubatury części mieszkalnej i części na funkcje użyteczności publicznej w sposób precyzyjny i oczywisty, zdaniem Odwołującego, spełnia wymagania SWZ dotyczące wykazania się doświadczeniem w zakresie budynków użyteczności publicznej. Odwołujący stoi na stanowisku, że wskazane doświadczenie spełnia wymagania SWZ, nawet przyjmując, iż kryterium powyższe należy oceniać z perspektywy definicji budynku użyteczności publicznej, zawartej w Rozporządzeniu. Zgodnie z § 3 pkt 6) Rozporządzeniem Ministra

Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Odwołujący przywołał definicję budynku użyteczności publicznej z ww. rozporządzenia, zgodnie z którą budynek użyteczności publicznej — rozumie się przez to budynek przeznaczony dla administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub telekomunikacji oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy i socjalny. Odwołujący zwrócił uwagę, że powyższa klasyfikacja nie określa katalogu zamkniętego definicji budynku użyteczności publicznej, ale definiuje tę kategorię poprzez funkcję i przeznaczenie, jakie ma spełniać, wskazując jednocześnie przykładowe przeznaczenie budynku tej kategorii. Odwołujący podniósł też, że rozporządzenie jednocześnie wskazuje na następujące kategorie budynków: budynek mieszkalny, budynek zamieszkania zbiorowego, budynek użyteczności publicznej, budynek rekreacji indywidualnej, budynek gospodarczy. Stąd też w ocenie Odwołującego niezrozumiałe jest stwierdzenie Zamawiającego, iż nie jest w stanie zakwalifikować budynku jako budynku użyteczności publicznej, w świetle wyjaśnień Wykonawcy, który wskazuje, że: Część wielofunkcyjna została zaprojektowana w sposób uniwersalny z przeznaczeniem na wszelkie możliwe funkcje użyteczności publicznej, a obecnie wykorzystywana jest – poza przedszkolem (funkcja oświatowa) na potrzeby świadczenia opieki zdrowotnej, usług i handlu, co spełnia wymagania par. 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2020 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (dz. U. z 2002, nr 75 poz. 690 ze zm.). Nie sposób zdaniem Odwołującego uznać, że jeśli wskazał on, że część wielofunkcyjna przeznaczona jest na funkcje użyteczności publicznej, to trudno uznać, że miał na myśli kategorię budynków gospodarczych. Odwołujący zwrócił uwagę, że kategorię budynków mieszkaniowych na osiedlu mieszkaniowym łączy się z funkcją użyteczności publicznej, w tym np. wymienionego przez Odwołującego w wykazie przedszkola – de facto nie ma możliwości na osiedlu mieszkaniowym połączenia funkcji mieszkaniowej z innymi kategoriami budynków. Odwołujący wskazał, że ma przy tym trudność z ustaleniem, co niejasnego jest w powyższych wyjaśnieniach, które w sposób jednoznaczny wskazują, iż część wielofunkcyjna została zaprojektowana na cele użyteczności publicznej i całkowicie niezrozumiałe jest stwierdzenie Zamawiającego, z rozstrzygnięcia z dnia 26.04.2024 r., iż Zamawiający nie uzyskał informacji co do szczegółowego podziału funkcji w części wielofunkcyjnej. Odwołujący wyjaśnił, że nie jest uzasadnione z perspektywy oceny dokumentacji projektowej wskazywanie szczegółowego podziału funkcji w części wielofunkcyjnej i w ogóle nie jest jasne o jaki podział funkcji miałoby chodzić – na etapie wykonania dokumentacji projektowej projektant nie rozstrzyga o przeznaczeniu konkretnej powierzchni i nie projektuje w sposób odmienny sklepu obuwniczego, banku, czy punktu obsługi klienta Play lub też biura turystycznego. W miejscu, gdzie obecnie funkcjonuje przedszkole, za dwa miesiące może zostać otwarty klub fitness – cała ta powierzchnia jest jednak zaprojektowana, jako powierzchnia użyteczności publicznej, nie zaś powierzchnia mieszkaniowa, a tym samym spełnia określone standardy i wymagania projektowe. Odwołujący podkreślił, że o funkcji i przeznaczeniu budynku nie decyduje zatem, jaki najemca finalnie skorzysta z danej powierzchni i jakie usługi będzie świadczył. Zamawiający mylnie utożsamia wykazanie doświadczenia wymaganego na kryterium ze sposobem użytkowania, który jest kwestią wtórną i niezależną od samej dokumentacji projektowej. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie kwestionuje i nie żąda wyjaśnień w zakresie powierzchni przeznaczonej na przedszkole, podczas gdy nie jest istotne, czy obecnie w tej przestrzeni funkcjonuje przedszkole, ale że przestrzeń ta została zaprojektowana jako przestrzeń użyteczności publicznej. Podobnie jak pozostała wskazana przez Wykonawcę przestrzeń wielofunkcyjna, na co Wykonawca wprost wskazuje w swoich wyjaśnieniach, a co wynikało również ze złożonego wykazu. Odwołujący wskazał też, że w piśmie z dnia 26.04.2024 r. Zamawiający zakwestionował jedynie doświadczenie projektanta, wymienione w wykazie na pozycji 2, a jednocześnie, mimo, że co do dwóch pozostałych dokumentacji nie zgłosił zastrzeżeń, to przyznał finalnie Wykonawcy 0 punktów za całe doświadczenie projektanta. Zgodnie natomiast z pkt 8.3 lit. B SWZ, w przypadku przedłożenia dwóch dokumentacji projektowych, spełniających wymagania, Wykonawca powinien być otrzymać min. 10 punktów. Powyższe potwierdza jedynie, że Zamawiający działa w sposób chaotyczny i z naruszeniem zarówno własnych regulacji wyrażonych w SWZ, jak również regulacji PZP wskazanych w zarzutach opisanych powyżej.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, stwierdzenie Zamawiającego, iż treść wykazu i wyjaśnień nie dawała możliwości ocenić, czy wskazane doświadczenie dotyczy budynku użyteczności publicznej wynika bądź też z mylnego pojmowania kwalifikacji przeznaczenia budynku, bądź też ze złej woli Zamawiającego. W konsekwencji, działanie Zamawiającego, polegające na nieprzyznaniu Wykonawcy punktów w spornym kryterium, oraz dokonanie powtórnej oceny ofert i unieważnienie postępowania z uwagi na brak środków jest całkowicie nieuzasadnione, a przeprowadzenie powtórnej oceny ofert (dokonanej również, jak wykazano, w sposób wadliwy) zbędne i nieracjonalne.

W złożonej pismem z 21 maja 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający przedstawił uzasadnienie swojego stanowiska.

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

Odwolującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwolanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane zarówno w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, że przed otwarciem ofert 23 lutego 2024 r. podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 15 633 705,00 zł. W postępowaniu złożone zostały 4 oferty.

1. PBO ŚLĄSK sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu,
2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Przedsiębiorstwo Budowlano Handlowe Izolbudz siedzibą w Warszawie oraz EBS BUD sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
3. ARCUS TECHNOLOGIE sp. z o.o. z siedzibą w Celestynowie,
4. Odwołujący.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego ustalono, w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia, że Zamawiający w toku postępowania podjął następujące czynności:

- 28 lutego 2024 – wezwanie ARCUS TECHNOLOGIE sp. z o.o. w trybie art. 274 ust 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych.
- Na powyższe wezwanie wykonawca ARCUS TECHNOLOGIE sp. z o.o. zaniechał odpowiedzi.
- 5 marca 2024 r. wezwanie ARCUS TECHNOLOGIE sp. z o.o. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.
- Na powyższe wezwanie wykonawca ARCUS TECHNOLOGIE sp. z o.o. zaniechał odpowiedzi.
- 20 marca 2024 r. odrzucenie oferty ARCUS TECHNOLOGIE sp. z o.o. na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.
- 8 marca 2024 r. wezwanie Odwołującego w trybie art. 274 ust 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych.
- W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe.
- 12 kwietnia 2024 r. wezwanie Odwołującego na podstawie art. 128 ust 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień informacji zawartych w załączniku nr 11 do SWZ w zakresie „Doświadczenie zawodowe głównego projektanta:
  - Dokumentacja nr 1: proszę o doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kuba-turę części biurowo- usługowej i kubaturę hotelu z częścią spa.
  - Dokumentacja nr 2: proszę o doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kuba-turę części przedszkolnej i kubaturę pozostałych części.
  - Dokumentacja nr 3: proszę o doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kuba-turę każdej z części, tzn. część przeznaczoną na okresowy pobyt ludzi (pokoje i apartamenty) oraz od-dzielnie część konferencyjną (usługi, usługi gastronomiczne).”
- Odwołujący odpowiedział na powyższe pismem z 15 kwietnia 2024 r.
- 17 kwietnia 2024 r. wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień o treści: „W odpowiedzi na pismo z dnia 15.04.2024 r. dotyczące złożenia wyjaśnień do informacji zawartych w załączniku nr 11 do SWZ, Zamawiający informuje, że nie uzyskał pełnej odpowiedzi na zadane pytanie dotyczące Dokumentacji nr 2. W związku z tym, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa Wykonawcę do doprecyzowania i wyjaśnienia zawartych w piśmie informacji dotyczących Dokumentacji nr 2, prosząc o wskazanie:
  - jakie funkcje kryją się pod nazwą „część wielofunkcyjna budynku” oraz wskazanie kubatury poszczególnych funkcji,
  - kubatury części przedszkolnej.”
- Odwołujący odpowiedział na powyższe wezwanie pismem z 22 kwietnia 2024 r.
- 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował o cofnięciu czynności: wezwania Odwołującego do złożenia,

uzupełnienia i wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający skorygował przyznaną Odwołującemu punktację, w ten sposób, że zamiast 95 pkt, Odwołujący otrzymał 65 pkt, a złożona przez niego oferta z pierwszej pozycji w rankingu ofert, znalazła się na pozycji trzeciej.

- 26 kwietnia 2024 Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Izba ustaliła, że sporne kryterium zostało opisane w następujący sposób w rozdziale 8 pkt 8.2 litera B) SWZ, z uwzględnieniem zmiany wprowadzonej pismem z 14 lutego 2024:

„B) dla kryterium – doświadczenie zawodowe głównego projektanta (P):

w przypadku kryterium doświadczenia zawodowego głównego projektanta (P), do oceny Zamawiający przyjmie liczbę wykonanych dokumentacji projektowo-kosztorysowych (projekt budowlany lub budowlano-wykonawczy) dla zadania obejmującego budowę, rozbudowę lub dobudowę budynku użyteczności publicznej w technologii żelbetowej – słupowo-płytowej o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 8000m<sup>3</sup> w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Punktacja zostanie przyznana w następujący sposób:

|  |               |
|--|---------------|
| <i>jedna dokumentacja (1) projektowo-kosztorysowa dla budowy, rozbudowy lub dobudowy budynku użyteczności publicznej w technologii żelbetowej – słupowo-płytowej o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 8000 m<sup>3</sup></i>      | <i>0 pkt</i>  |
| <i>dwie dokumentacje (2) projektowo-kosztorysowe dla budowy, rozbudowy lub dobudowy budynku użyteczności publicznej w technologii żelbetowej – słupowo-płytowej o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 8000 m<sup>3</sup> każdy</i> | <i>10 pkt</i> |
| <i>trzy dokumentacje (3) projektowo-kosztorysowe dla budowy, rozbudowy lub dobudowy budynku użyteczności publicznej w technologii żelbetowej – słupowo-płytowej o łącznej kubaturze nie mniejszej niż 8000 m<sup>3</sup> każdy</i> | <i>30 pkt</i> |

Odnotowania również wymaga, że Zamawiający ustanowił trzy kryteria oceny ofert:

•cena brutto za realizację całego zamówienia; waga kryterium - 60 %

•doświadczenie zawodowe głównego projektanta; waga kryterium - 30%

•doświadczenie zawodowe kierownika budowy; waga kryterium - 10%

Przyjmuje się, że 1% = 1 pkt i tak zostanie przeliczona liczba punktów w przyjętych kryteriach. Maksymalnie wykonawca może uzyskać 100 pkt.”

#### **Izba zważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów odwołania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

art. 239 ustawy Pzp

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

art. 255 pkt 3 ustawy Pzp

Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

3) cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty;

§ 3 pkt 5) i 6) rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1225), dalej jako „rozporządzenie w sprawie warunków technicznych”

Ilekcio w rozporządzeniu jest mowa o:

5) budynku zamieszkania zbiorowego - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakony;

6) budynku użyteczności publicznej - należy przez to 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;

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wraz z ofertą Odwołujący przedstawił załącznik 11 gdzie dla osoby wskazanej na stanowisko głównego projektanta podano następujące doświadczenie:

- 1) Dokumentacja 1: Budowa/rozbudowa/dobudowa Nazwa inwestycji: Budynek wielofunkcyjny: biurowo-usługowo-hotelowy z częścią spa firmy „Sante” przy ul. Modlińskiej w Warszawie, 6000 m<sup>2</sup>p.u. Projekt budowlany zamienny, wykonawczy i realizacja. Kubatura obiektu 20 000 m<sup>3</sup>.
- 2) Dokumentacja 2: Budowa Nazwa inwestycji: Budynek wielofunkcyjny „H” z przedszkolem w parterze w osiedlu Arche przy ul. Poznańskiej w Ożarowie. Budynek 3 – kondygnacyjny, 4000m<sup>2</sup> p.u. Projekt budowlany, wykonawczy i realizacja. Kubatura obiektu 13 200 m<sup>3</sup>.
- 3) Dokumentacja 3: Budowa Nazwa inwestycji: Hotel Arche H2 z częścią wielofunkcyjną przy ul. Poloneza w Warszawie 125 pokoi i apartamentów, 6500 m<sup>2</sup> p.u., część konferencyjna. Projekt budowlany, wykonawczy, i realizacja. Kubatura obiektu 21 000 m<sup>3</sup>.

Pismem z 12 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia doświadczenia głównego projektanta wskazanego w załączniku 11 do oferty, w następującym zakresie:

„- Dokumentacja nr 1: proszę o doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kubaturę części biurowo- usługowej i kubaturę hotelu z częścią spa.

- Dokumentacja nr 2: proszę o doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kubaturę części przedszkolnej i kubaturę pozostałych części.

- Dokumentacja nr 3: proszę o doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kubaturę każdej z części, tzn. część przeznaczoną na okresowy pobyt ludzi (pokoje i apartamenty) oraz od-dzielnie część konferencyjną (usługi, usługi gastronomiczne).”.

Odwołujący pismem z 15 kwietnia 2024 r. wyjaśnił, że:

Ad dokumentacja 1

„Doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kubaturę części biurowo – usługowej i kubaturę hotelu z częścią spa (publiczny basen i spa dostępne dla gości z zewnątrz):

Część wielofunkcyjna (użytk. Publicznej) p. użytkowa 4899 m<sup>2</sup> kubatura 18 010 m<sup>3</sup>

Część hotelowa (pokoje i apartamenty) p. użytkowa 1 267 m<sup>2</sup> kubatura 4 180 m<sup>2</sup>

Razem p. użytkowa 6 166 m<sup>2</sup> kubatura 22 190 m<sup>3</sup>”

Ad dokumentacja 2

„Doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kubaturę części przedszkolnej i wielofunkcyjnej oraz kubaturę pozostałej części mieszkaniowej:

Część przedszkolna i wielofunkcyjna p. użytkowa 2 964 m<sup>2</sup> kubatura 9 576 m<sup>3</sup>

Część mieszkaniowa p. użytkowa 1 208 m<sup>2</sup> kubatura 3 624 m<sup>3</sup>

Razem p. użytkowa 4 172 m<sup>2</sup> kubatura 13 200 m<sup>3</sup>”.

Ad dokumentacja 3

„Doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kubaturę każdej z części, tzn. część hotelową (pokoje apartamenty) oraz oddzielnie część wielofunkcyjną konferencyjną, gastronomiczną, usługową:

Część wielofunkcyjna (użyt. publicznej) p. użytkowa 5 516 m<sup>2</sup> kubatura 21 000 m<sup>3</sup>

Część hotelowa (pokoje i apartamenty) p. użytkowa 7 530 m<sup>2</sup> kubatura 29 195 m<sup>3</sup>

Razem p. użytkowa 13 046 m<sup>2</sup> kubatura 50 195 m<sup>3</sup>”.

Następnie Zamawiający, pismem z 17 kwietnia 2024 r. zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia dokumentacji 2, tj. wskazanie:

„1) jakie funkcje kryją się pod nazwą „część wielofunkcyjna budynku” oraz wskazanie kubatury poszczególnych funkcji,  
2) kubatury części przedszkolnej”.

Pismem z 22 kwietnia 2024 r. Odwołujący wyjaśnił: „Doprecyzowanie informacji podziału funkcji budynku w podziale na kubaturę części przedszkolnej i wielofunkcyjnej oraz kubaturę pozostałej części mieszkaniowej:

Część wielofunkcyjna\*

(w tym część przedszkolna) p. użytkowa 2 964 m<sup>2</sup> kubatura 9 576 m<sup>3</sup>

- sama część przedszkolna p. użytkowa 666 m<sup>2</sup> kubatura 2 980 m<sup>3</sup>

- pozostała część wielofunkcyjna p. użytkowa 2 298 m<sup>2</sup> kubatura 6 596 m<sup>3</sup>

Część mieszkaniowa p. użytkowa 1 208 m<sup>2</sup> kubatura 3 624 m<sup>3</sup>

razem p. razem 4 172 m<sup>2</sup> kubatura 13 200 m<sup>3</sup>

\*Część wielofunkcyjna została zaprojektowana w sposób uniwersalny z przeznaczeniem na wszelkie możliwe funkcje użyteczności publicznej, a obecnie wykorzystywana jest – poza przedszkolem (funkcja oświatowa) – na potrzeby świadczenia opieki zdrowotnej, usług i handlu, co spełnia wymagania par. 3 pkt 6 Rozporządzenia (...).”

Pismem z 26 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o cofnięciu czynności wezwania Wykonawcy do złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych.

Ponadto pismem tym Zamawiający poinformował Odwołującego o wyniku oceny jego oferty. W zakresie dokumentacji 2 Zamawiający wskazał: „Wykonawca 22.04.2024 r. złożył wyjaśnienia, w których podzielił część przedszkolną i wielofunkcyjną z podaniem ich kubatur, w tym część wielofunkcyjna kubatura 9 576 m<sup>3</sup>, sama część przedszkolna 2 980 m<sup>3</sup>, pozostała część wielofunkcyjna kubatura 6 596 m<sup>3</sup>, część mieszkaniowa 3 624 m<sup>3</sup>. Jednocześnie Wykonawca wyjaśnił, że część wielofunkcyjna została zaprojektowana w sposób uniwersalny z przeznaczeniem na wszelkie możliwe funkcje użyteczności publicznej (...) – na potrzeby świadczenia opieki zdrowotnej, usług i handlu, co spełnia wymagania par. 3 ust 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakimi powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002, nr 75 poz. 690 z późn. zm.)

W związku na powyższe wyjaśnienie, Zamawiający nie uzyskał informacji co do szczegółowego podziału funkcji w części wielofunkcyjnej, Wykonawca jedynie podał, że część wielofunkcyjna została zaprojektowana w sposób uniwersalny. Wyjaśnienie uniemożliwia Zamawiającemu jednoznaczne zakwalifikowanie budynku do konkretnej kategorii zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakimi powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002, nr 75 poz. 690 z późn. zm.) oraz Rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) z dnia 30 grudnia 1999 r.”

W zakresie dokumentacji 3 Zamawiający poinformował, że: „3. Dla Dokumentacji nr 3 („Hotel Arche H2 z częścią wielofunkcyjną przy ul. Poloneza w Warszawie”) – kubatura części wielofunkcyjnej (użyt. publicznej) 21 000 m<sup>3</sup>, zaś części hotelowej (pokoje i apartamenty) 29 195 m<sup>3</sup>. W związku z powyższym część hotelowa stanowi ok. 58,16% kubatury całego budynku. W ocenie Zamawiającego, zgodnie z aktualnym orzecnictwem z uwagi na przeważającą kubaturę części hotelowej budynek ten należy zakwalifikować jako budynek zamieszkania zbiorowego, a nie budynek użyteczności publicznej, zgodnie z powyższym Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakimi powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002, nr 75 poz. 690 z późn. zm.). Zamawiający zakwalifikował budynek nie po nazwie nadanej przez Inwestora, tylko zgodnie z jego rzeczywistym charakterem wynikającym z projektu, po przeanalizowaniu informacji/wyjaśnień przekazanych przez Wykonawcę.”

Z powyższego pisma wynika również, że Zamawiający tak wyjaśnionego doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko głównego projektanta nie ocenił jako zasługującego na maksymalną liczbę punktów. Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że za spełniające kryterium uznał doświadczenie odnoszące się do dokumentacji 1. Powyższe zostało również przyznane w odpowiedzi na odwołanie akapit 2 str. 8. Natomiast doświadczenie odnoszące się do dokumentacji 2 i 3 nie

wpisywało się w ocenie Zamawiającego w sporne kryterium w wyniku czego Odwołujący w kryterium tym otrzymał 0 pkt, co wynika wprost z treści pisma z 26 kwietnia 2024 r., gdzie Zamawiający poinformował Odwołującego o przyznanej mu punktacji, tj. Cena:  $(13\ 178\ 035,50\ \text{zł}/14\ 800\ 000,00) * 60 = 60$  pkt, Główny Projektant – 0 pkt, Kierownik Budowy – 5 pkt, Łącznie: 65,00 pkt.

Zamawiający wyjaśnił w toku rozprawy, że nie dyskwalifikował doświadczenia zdobytego przy projektowaniu budynków wielofunkcyjnych, lecz w celu przesądzenia, czy chodzi o „*budynek użyteczności publicznej*” istotna była dla niego proporcja między kubaturą przeznaczoną na cele użyteczności publicznej a kubaturą przeznaczoną na inne cele. W przypadku, gdy większość kubatury była przeznaczona na cele użyteczności publicznej, wówczas w ocenie Zamawiającego doświadczenie zasługiwało na punkty w kryterium. Powyższe wynika również z odpowiedzi na odwołanie akapit 4 str. 8.

W ocenie Izby z czynności oceny oferty Odwołującego, której wyraz dał Zamawiający pismem z 26 kwietnia 2024 r. wynika w sposób wystarczający, jakimi względami Zamawiający kierował się przy ocenie oferty Odwołującego, podając jak ocenił poszczególne doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko głównego projektanta, tj. jak ocenił każdą z dokumentacji.

Jednak dla rozstrzygnięcia sporu kluczowa jest treść odwołania, tj. wskazanych tam zarzutów wraz z ich uzasadnieniem. Choć Izba ocenia prawidłowość zaskarżonej czynności, odbywa się to nie w pełnym zakresie, wyznaczonym treścią tej czynności lecz w zakresie zakreślonym zarzutami odwołania. Tymczasem w odwołaniu Odwołujący nie odniósł się do czynności Zamawiającego w pełnym zakresie, lecz skoncentrował się jedynie na dokonanej przez Zamawiającego ocenie dokumentacji 2 odnoszącej się do budynku wielofunkcyjnego, tj. inwestycji o nazwie „*Budynek wielofunkcyjny „H” z przedszkolem w parterze w osiedlu Arche przy ul. Poznańskiej w Ożarowie. Budynek 3-kondygnacyjny*”. Odwołujący nie dostrzegł, że z treści skarżonej czynności wynika wprost, wbrew temu co twierdził Odwołujący podczas rozprawy, że Zamawiający nie uznał też doświadczenia odnoszącego się do dokumentacji 3, dla inwestycji „*Hotel Arche H2 z częścią wielofunkcyjną przy ul. Poloneza w Warszawie*”. W konsekwencji zarzuty odwołania oraz uzasadnienie nie odnoszą się do oceny Zamawiającego w zakresie dokumentacji 3.

Wobec powyższego Izba rozpoznając odwołanie, odniesie się tylko do zarzutu wskazanego w treści odwołania. W tym miejscu Izba wskazuje, że przy rozpoznawaniu sprawy kierowała się opisem spornego kryterium oceny ofert w brzmieniu nadanym modyfikacją z 14 lutego 2024 r., a nie w brzmieniu sprzed tej modyfikacji jak podał Odwołujący w treści odwołania. W pkt 13 i 31 uzasadnienia odwołania, Odwołujący podał, że dokumentacja 2 wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, donośnie zakwalifikowania budynku, jako budynku użyteczności publicznej, pomijając, że Zamawiający nie uznał również doświadczenia zdobytego przy dokumentacji 3 i nie obejmując tej części oceny zarzutami odwołania.

Odnosząc się do stanowiska, zgodnie z którym Zamawiający nie powinien się kierować definicją wskazaną w treści rozporządzenia w sprawie warunków technicznych w tym zawartą tam definicją budynku użyteczności publicznej, Izba wskazuje, że nie podziela tego stanowiska.

Jest między Stronami bezsporne, że w treści dokumentacji postępowania, Zamawiający odwołał się do rozporządzenia w sprawie warunków technicznych zawarł tylko w treści załącznika nr 1 do SWZ tj. w dokumentacji technicznej, w programie funkcjonalno – użytkowym (*vide* ostatni akapit na str. 10 odpowiedzi na odwołanie). Odwołujący wskazał, że chodzi o strony 55 i 75 tego załącznika i podkreślił, że odnosi się ten dokument do etapu realizacji zamówienia a nie do etapu samego postępowania o zamówienie. Jak wynika z kolei z treści SWZ, w tym z rozdziału 8 zawierającego opis kryteriów oceny ofert – Zamawiający nie poczynił tam odwołania do treści rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, w tym nie wskazał, że użyte w opisie spornego kryterium wyrażenie „*budynek użyteczności publicznej*” należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w §3 pkt 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych. Dostrzeżenia jednak wymaga, że Zamawiający posłużył się w opisie spornego kryterium wprost zwrotem „*budynek użyteczności publicznej*”, które to pojęcie zostało zdefiniowane w przywołanym rozporządzeniu. Okoliczności sprawy pokazują, że mimo iż Zamawiający nie odwołał się w treści opisu kryterium wprost do definicji zawartej w rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych, to jednak dla uczestników postępowania o to zamówienie, w tym dla Odwołującego było jasne, że co najmniej na potrzeby ustalenia funkcji użyteczności publicznej, zasadne jest odwołanie się do definicji z §3 pkt 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych.

Skład orzekający w tej sprawie nie podziela stanowiska, zgodnie z którym w przypadku posłużenia się w dokumentach zamówienia pojęciem ustawowym przy jednoczesnym zaniechaniu odwołania się do właściwego przepisu aktu prawnego definicja taka nie ma zastosowania. Zdaniem Izby ocena zależy od okoliczności występujących w danym stanie faktycznym. W okolicznościach tej sprawy mowa jest o pojęciu „*budynku użyteczności publicznej*”, które zostało zdefiniowane w §3 pkt 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych. Nie jest to pojęcie wieloznaczne, posiadające wiele definicji. Nie ma też sytuacji, w której Zamawiający w treści dokumentów zamówienia posługiwałby się różnymi pojęciami na określenie tego samego, czy aby Zamawiający nadał temu pojęciu wprost odmienne znaczenie. Wreszcie dotrzeć trzeba, że rozporządzenie w §2 ust. Stanowi: „*Przepisy rozporządzenia stosuje się przy projektowaniu,*

*budowie i przebudowie (...)*” ocenie w ramach spornego kryterium podlegało doświadczenie przy wykonaniu dokumentacji projektowo – kosztorysowych, zatem doświadczenie przy projektowaniu. Wobec powyższego zdaniem Izby w tym stanie faktycznym zasadne jest odwołanie się do definicji tego pojęcia wskazanej w rozporządzeniu w sprawie warunków technicznych. Tym samym Izba uznała, że analiza dokonana w przywołanym przez Odwołującego wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 4/24 nie będzie mieć bezpośredniego zastosowania na gruncie tej sprawy. Zdaniem składu orzekającego, wbrew twierdzeniu Odwołującego, okoliczności tej sprawy są odmienne.

Następnie nie sposób pominąć, że sam Zamawiający oceniając sporne kryterium wskazał, że nie dyskryminował doświadczenia zdobytego przy sporządzeniu dokumentacji odnoszącej się do tzw. budynków wielofunkcyjnych, tj. takich których część kubatury przeznaczona jest na cele użyteczności publicznej, a pozostała część przeznaczona jest na inne cele np. na cele mieszkaniowe. Przesądzając, czy taki budynek można zakwalifikować do kategorii budynku użyteczności publicznej, Zamawiający wyjaśnił, że istotna była dla niego proporcja kubatury przeznaczonej na cele użyteczności publicznej do kubatury przeznaczonej na pozostałe cele. Niewątpliwie w treści spornego kryterium Zamawiający wprost nie wskazał, że właśnie w ten sposób przesądzi, czy dany budynek, dla którego została opracowana dokumentacja wpisuje się w definicję budynku użyteczności publicznej z rozporządzenia. W tym miejscu Izba wskazuje, że z uwagi na to iż chodzi o opis kryteriów jest pożądane aby wszelkie tego rodzaju zasady zostały wyartykułowane w treści jego opisu, celem uniknięcia wątpliwości. Niemniej jednak okoliczności tej sprawy wskazują, że dla uczestników postępowania było jasne że dany budynek musi być zakwalifikowany zgodnie z przywołanym rozporządzeniem, na co wprost wskazuje chociażby pismo wykonawcy Izolbud z 10 kwietnia 2024 r. znajdujące się w dokumentacji postępowania.

Z treści odwołania i argumentacji wskazanej w pkt 18 wynika, że m.in. na podstawie takiego podejścia Odwołujący domaga się uznania doświadczenia przy dokumentacji 3 jako wpisującego się w sporne kryterium i w konsekwencji, podlegającego punktacji.

Wobec powyższego, rolą Izby było ocenić, czy czynność Zamawiającego z 26 kwietnia 2024 r. odnosząca się do oceny doświadczenia zdobytego przy dokumentacji 2 była prawidłowa. Zdaniem Izby Odwołujący w udzielonych pismami z 22 kwietnia 2024 r. wyjaśnieniach, wskazał wprost, że kubatura części wielofunkcyjnej wynosi 9 576 m<sup>3</sup>, na co składa się część przedszkolna, której kubatura wynosi 2 980 m<sup>3</sup> oraz pozostała część wielofunkcyjna o kubaturze 6 596 m<sup>3</sup>. Zamawiający przy tym pominął, że Odwołujący wyjaśnił, iż „część wielofunkcyjna została zaprojektowana w sposób uniwersalny z przeznaczeniem na wszelkie możliwe funkcje użyteczności publicznej (...)”.

W ocenie Izby mając na uwadze otwarty charakter definicji wskazanej w §3 pkt 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, nie było podstaw uznać, że takie wyjaśnienia nie zasługują a uwzględnienie. Zdaniem Izby, Odwołujący wykazał, że wykonał dokumentację dla budynku użyteczności publicznej, została wykazana wymagana kubatura i proporcja część na cele użyteczności publicznej do części przeznaczonej na pozostałe cele pozwala zakwalifikować budynek zgodnie z definicją wskazaną w rozporządzeniu. Tym samym w ocenie składu orzekającego Zamawiający powinien był przyznać Odwołującemu 10 pkt w spornym kryterium. Jednak okoliczność ta nie mogła przesądzić o uwzględnieniu odwołania. Izba bowiem zobowiązana jest kierować się treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi że Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W okolicznościach tej sprawy nie sposób stwierdzić aby przyznanie Odwołującemu w spornym kryterium 10 pkt zamiast 0 pkt mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Aktualnie oferta Odwołującego uzyskała 65 pkt. Powiększenie łącznej liczby punktów o 10 pkt i finalne przyznanie Odwołującemu 75 pkt nie zmieni jego aktualnej pozycji w rankingu ofert, tj. oferta Odwołującego nadal będzie na 3 pozycji, a przed tą ofertą, na miejscu 1 i 2 znajdują się odpowiednio oferty, które uzyskały 87,69 pkt i 87,67 pkt. Odwołujący w treści odwołania nie kwestionował oceny ofert z 1 i 2 miejsca rankingu ofert, w tym ilości przyznanych punktów w ramach poszczególnych kryteriów, stąd też w tym postępowaniu odwoławczym Izba nie badała prawidłowości oceny przez Zamawiającego ofert, które znalazły się na 1 i 2 miejscu w rankingu ofert.

W tym miejscu Izba dostrzega również potrzebę odniesienia się do stanowiska Zamawiającego w zakresie w jakim argumentował on, że przy ocenie znaczenie miała również wizja lokalna jakiej Zamawiający dokonał. Zgodnie z SWZ podstawą oceny w spornym kryterium jest załącznik 11 składany wraz z ofertą. SWZ w rozdziale 8 pkt 8.2 litera B) stanowi bowiem wprost: „Ocena zostanie dokonana na podstawie karty oceny kryteriów pozacenowych (załącznik nr 11 do SWZ)”. W treści SWZ Zamawiający nie informował, że będzie dokonywać wizji lokalnej ani nie wskazał według jakich zasad będzie mieć to miejsce. O ile przeprowadzenie takiej wizji może być elementem pomocniczym w toku badania i oceny ofert o tyle nie może być podstawą ich ceny jeśli nie wynika to wprost z SWZ. W tym zakresie stanowisko Odwołującego odnoszące się do dowodów w postaci dokumentacji fotograficznej zasługuje na uwzględnienie. Izba ponadto wskazuje, że tego rodzaju dowód pokazuje jedynie jak obecnie jest wykorzystywany budynek, co nie musi

pokrywać się z tym, co zostało pierwotnie zaprojektowane.

Odnosząc się natomiast do tej części argumentacji uzasadnienia odwołania, w której Odwołujący przekonywał, że dla uznania iż wskazane doświadczenie wpisuje się w sporne kryterium wystarczające jest, w przypadku tzw. budynku wielofunkcyjnego iż część przeznaczona na cele użyteczności publicznej posiada kubaturę odpowiadającą tej wskazanej w opisie kryterium, Izba doszła do przekonania, że takie podejście nie znajduje oparcia w treści opisu kryterium i stanowi jego dowolną interpretację. Przy takim podejściu uznać by należało, że w treść kryterium wpisuje się doświadczenie zdobyte przy dokumentacji odnoszącej się do części budynku a nie do budynku, czyli całości. Tymczasem w kryterium mowa jest o budynku użyteczności publicznej, a nie o części budynku przeznaczonej na cele użyteczności publicznej. Zdaniem Izby, aby stanowisko Odwołującego uznać za prawidłowe, opis kryteriów musiał być mieć inne brzmienie. Tymczasem w tej sprawie kryterium odnosi się wprost do sporządzenia dokumentacji dla budynku użyteczności publicznej i w tej sytuacji nie można uznać zdaniem Izby, że wystarczające jest sporządzenie dokumentacji dla części budynku, o kubaturze na cele użyteczności publicznej nie mniejszej niż 8000 m<sup>3</sup>. Izba pominęła stanowisko Odwołującego zaprezentowane podczas rozprawy, a wykraczające poza zakres odwołania, w tym stanowisko donoszące się do prawidłowości doświadczenia przy sporządzaniu dokumentacji 3.

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, zarzut został oddalony w konsekwencji oddalenia zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp. Izba miała na uwadze, że zarzut opierał się na tezie iż oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert, tym samym w momencie przywrócenia jej na pierwszej miejsce odpadnie przyczyna unieważnienia postępowania wskazana w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, co jednak w okolicznościach tej sprawy nie nastąpiło.

Wobec powyższego odwołanie zostało oddalone w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z §5 pkt 1) i pkt 2) lit. b) 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....