

WYROK

Warszawa, dnia 22 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez odwołującego Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. w Jędrzejowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego MProjekt Polska Sp. z o.o. w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. w Jędrzejowie i zalicza na poczet kosztów kwotę 13 600,00 zł (trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

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:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego ul. Gen. Sylwestra Kaliskiego 2 ul. L. Kondratowicza 20, 00-908 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa budynku laboratorium Wydziału Inżynierii Lądowej i Geodezji”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 listopada 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00513488/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A. ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp, w zw. z art. 226 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MProjekt Polska Sp. z o.o. (dalej jako „MProjekt”), pomimo że oferta MProjekt winna zostać odrzucona jako nie spełniająca wymogów SWZ;
- 2.art. 16 pkt 1) i 2) pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty MProjekt w sposób naruszający zasadę równego traktowania stron oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, tj. poprzez wybór oferty pomimo niespełnienia przez MProjekt warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
- 3.art. 17 ust. 1 pzp, poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty MProjekt w sposób niezapewniający ani najlepszej jakości robót budowlanych ani najlepszych efektów zamówienia, tj. poprzez wybór oferty pomimo niespełnienia przez MProjekt warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MProjekt pomimo że oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- 5.art. 226 ust. 1 pkt 5) pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MProjekt pomimo, że treść oferty tego Wykonawcy nie odpowiada treści SWZ w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty MProjekt Polska Sp. z o.o. w Warszawie (dalej także jako „wykonawca MProjekt”) jako najkorzystniejszej, dokonania powtórnego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Mprojekt jako niespełniającej wymogów SWZ i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania

oraz kosztów zastępstwa procesowego pełnomocnika zgodnie z fakturą przedstawioną przez na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z treścią SWZ (rozdział V ust. 1 SWZ) zamawiający wskazał, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien wykazać się „wykonaniem w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie (umowę) obejmujące swym zakresem budowę budynku użyteczności publicznej w technologii tradycyjnej wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu o powierzchni użytkowej budynku nie mniejszej niż 800m² oraz wartości nie mniejszej niż 8.000.000,00 zł brutto.” Jednocześnie zamawiający wymagał, aby oferent załączył dowody określające, że robota ta została wykonana należycie.

Dnia 23 lutego 2024 r., na wezwanie zamawiającego zgodnie z rozdziałem VII ust. 4 SWZ, wykonawca MProjekt złożył wykaz robót budowlanych oraz załączył dowód określający, czy te roboty zostały wykonane należycie, w postaci referencji, wskazując że w okresie 24.10.2017 r. - 17.04.2019 r. wykonał na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie nadbudowę budynku użyteczności publicznej o pow. 2459,16 m², o wartości 10.791.264,24 zł brutto.

Jednakże z referencji tych dla odwołującego wynika, że wykonawca wykonał zadanie polegające na „Przebudowie, nadbudowie i zmianie sposobu użytkowania z warsztatowego na biurowy budynku nr 30 na terenie kompleksu wojskowego K-0134 w Białobrzegach” o powierzchni całkowitej (a nie użytkowej) 2459,16 m². Zatem inwestycja wykazana przez wykonawcę MProjekt na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z załączonymi referencjami, obejmowała zarówno przebudowę części istniejącej, jak również nadbudowę, a nie tylko nadbudowę. Wykonawca powinien więc rozdzielić powierzchnię i wartość robót polegających na nadbudowie i na przebudowie, a nie traktować je jako jednolitą całość.

W dniu 13.03.2024 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy MProjekt i powtórzył czynność badania i oceny ofert. Następnie, dnia 19.03.2024 r. działając na podstawie art. 128 ust. 4 p.z.p., zamawiający wezwał wykonawcę MProjekt do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

- czy wykonane roboty obejmowały zarówno przebudowę, nadbudowę jak i zmianę sposobu użytkowania;
- jeżeli wykonane roboty obejmowały zarówno przebudowę, nadbudowę i zmianę sposobu użytkowania, to prosimy o wyjaśnienie w kwestii wskazanych parametrów, tj. powierzchni użytkowej oraz wartości roboty budowlanej, czy podane w wykazie wartości dotyczą jedynie budowy (w tym również nadbudowy, odbudowy, rozbudowy),
- czy wskazana w kolumnie 6 powierzchnia użytkowa jest rzeczywiście powierzchnią użytkową czy powierzchnią całkowitą?
- czy budowa (nadbudowa, odbudowa, rozbudowa) dotyczyła obiektu użyteczności publicznej?

Odpowiadając na wezwanie, wykonawca MProjekt wyjaśnił w sposób bardzo lakoniczny, że roboty wykazane jako spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej obejmowały zarówno przebudowę, nadbudowę oraz zmianę sposobu użytkowania, powierzchnia użytkowa nadbudowanej części wynosiła 891,02 m², zaś wartość nadbudowy 8.856.000,00 zł brutto. Roboty dotyczyły budynku biurowego, który jest obiektem użyteczności publicznej. Na potwierdzenie swoich wyjaśnień wykonawca MProjekt nie przedstawił żadnych innych dowodów. Efektem wyjaśnień był ponowny wybór oferty tego wykonawcy, co nastąpiło dnia 28.03.2024 r.

W ocenie odwołującego analiza dokumentów złożonych przez wykonawcę MProjekt (w tym ww. wyjaśnienia) w zestawieniu z obowiązującymi przepisami prawa i normami, prowadzi do przekonania, że oferta ta powinna zostać odrzucona. Zamawiający jasno sprecyzował, iż zadanie ma obejmować swym zakresem budowę budynku użyteczności publicznej, nie rozszerzając o inne pojęcia jak np. przebudowa. Wskazać przy tym należy, iż zgodnie z definicjami legalnymi, zawartymi w obowiązującym prawie budowlanym, ilekroć mowa o budowie: należy przez to rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego; o przebudowie: należy przez to rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Zatem zdaniem odwołującego wymóg z SWZ może zostać uwzględniony w stosunku do roboty budowlanej wykazanej przez wykonawcę MProjekt tylko i wyłącznie w zakresie obejmującym nadbudowę. Jak wyjaśnił wykonawca nadbudowa obejmowała powierzchnią użytkową 891,02m² z 2459,16m² powierzchni użytkowej całego budynku. Co więcej wskazano, że nadbudowa kosztowała 8.856.000,00 zł brutto. Złożone wyjaśnienia, w szczególności zestawienie powierzchni wykonanej nadbudowy z jej wartością, spowodowało, że koniecznym stała się weryfikacja innych dokumentów mogących potwierdzić spełnienie warunku SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przez Mprojekt.

Według odwołującego, zgodnie z dokumentacją pozyskaną z serwera Stołecznego Zarządu Infrastruktury zadanie „Przebudowa, nadbudowa i zmiana sposobu użytkowania z warsztatowego na biurowy – budynku nr 30 w kompleksie

wojskowym w Białobrzegach" obejmowało przebudowę parteru oraz pierwszego piętra budynku o łącznej powierzchni netto 1568,14m² oraz nadbudowę o jedną kondygnację o powierzchni netto 891,02m², co stanowi 701,57m² powierzchni użytkowej (po wyłączeniu powierzchni ruchu w ilości 189,45 m² zgodnie z normą PN-ISO 9836:1997, która obowiązywała do 19 września 2020 r.), tak projekt wykonawczy „Adaptacja pomieszczeń w budynku nr 30 na pomieszczenia sztabowo-biurowe”, strona tytułowa, rzut II piętra, przekrój, zestawienie powierzchni II piętra, link wskazany w odwołaniu. W opinii odwołującego, z powyższych danych jednoznacznie wynika, iż wymóg minimalnej powierzchni użytkowej nie został spełniony przez wykonawcę MProjekt.

Odwołujący dalej wskazał, że z analizy dokumentacji z 2017 r. oraz przedmiarów robót szacuje, iż orientacyjna wartość robót związanych z nadbudową, biorąc pod uwagę, że powierzchnia nadbudowywanej kondygnacji stanowi ok. 1/3 wielkości obiektu, przekłada się na kwotę ok. 3.670.000,00 zł brutto. Nawet zakładając większy zakres prac w elemencie nadbudowy (tj. konstrukcja II p., pokrycie dachu, zagospodarowanie terenu) to wartość ta nie powinna przekroczyć 1/2 wartości inwestycji, co przekłada się na kwotę ok. 5.395.000,00 zł brutto i najprawdopodobniej pociąga za sobą brak spełnienia przez wykonawcę MProjekt wymogu minimalnej wartości inwestycji.

Ponadto z informacji zawartych w referencjach nie wynika, aby obiekt znajdujący się na terenie kompleksu wojskowego K-0134 w Białobrzegach stanowił obiekt użyteczności publicznej. Przedstawiony przez wykonawcę dokument nie potwierdza spełnienia przez tego wymogu, gdyż wskazana usługa nie wpisuje się w definicję budynków użyteczności publicznej, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019, poz. 1065 z późn. zm.). Zgodnie z definicją budynku użyteczności publicznej zawartą w tymże rozporządzeniu, za 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 lub socjalny”. Z przedłożonego dokumentu jasno wynika, iż chodzi o kompleks wojskowy. Kompleks wojskowy jako taki nie wpisuje się w definicję budynku użyteczności publicznej, gdyż nie jest budynkiem ogólnodostępnym przeznaczonym do świadczenia usług nieograniczonej liczbie klientów. Samo wejście osób postronnych na teren kompleksu wojskowego jest niemożliwe, a więc ciężko utożsamiać charakter tego obiektu z definicją obiektu użyteczności publicznej. Nazwanie budynku biurowym nie jest wystarczające do uznania go za obiekt użyteczności publicznej jeśli nie jest obiektem przeznaczonym do obsługi klientów.

Co więcej, prace zrealizowane przez wykonawcę MProjekt na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie, dotyczą adaptacji budynku na pomieszczenia sztabowo-biurowe, które nie są dostosowane dla osób niepełnosprawnych (brak podjazdu dla niepełnosprawnych, windy, łazienki na niepełnosprawnych osób), przez co obiekt ten nie może stanowić budynku użyteczności publicznej. Bowiem art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 7.07.1994 r. Prawo budowlane, formułuje wymóg zapewnienia warunków do korzystania z obiektów budowlanych przez osoby niepełnosprawne. Przepis ten stanowi, że obiekt budowlany wraz ze związanymi z nim urządzeniami budowlanymi należy, biorąc pod uwagę przewidywany okres użytkowania, projektować i budować w sposób określony w przepisach, w tym techniczno-budowlanych oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, „zapewniając niezbędne warunki do korzystania z obiektów użyteczności publicznej i mieszkaniowego budownictwa wielorodzinnego przez osoby niepełnosprawne, w szczególności poruszające się na wózkach inwalidzkich”. W celu ochrony interesu tych osób ustawodawca postanowił jednocześnie, że instytucja odstąpienia od przepisów techniczno-budowlanych, nie może w stosunku do obiektów, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 4 – powodować ograniczenia dostępności dla osób niepełnosprawnych.

Ponadto, rozporządzenie w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie ustala warunki techniczne jakim powinny odpowiadać budynki i związane z nim urządzenia, ich usytuowanie na działce budowlanej oraz zagospodarowanie działek przeznaczonych pod zabudowę, zapewniając spełnienie wymagań art. 5 i 6 ustawy prawo budowlane (§ 1), przepisy tego rozporządzenia, w tym dotyczące osób niepełnosprawnych, stosuje się przy projektowaniu, budowie i przebudowie oraz przy zmianie sposobu użytkowania budynków oraz budowli nadziemnych i podziemnych spełniających funkcje użytkowe budynków, a także do związanych z nimi urządzeń budowlanych (§ 2 ust.1). W przedmiotowym rozporządzeniu zostały zawarte również szczegółowe wymagania w zakresie dostosowania budynków użyteczności publicznej do potrzeb osób niepełnosprawnych, w tym wymagania dotyczące dojścia i dojazdu do budynku, miejsca postojowego dla samochodów osobowych, wejścia do budynków, czy też wymagania dotyczące schodów i pochylni. W ramach realizacji inwestycji, na którą powołuje się wykonawca MProjekt, nie przewidziano i nie wykonano żadnego elementu mającego na celu dostosowanie obiektu dla osób niepełnosprawnych, a co za tym idzie, obiekt ten nie jest obiektem użyteczności publicznej, zaś wykonawca nie

spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W opinii odwołującego przedstawiona przez wykonawcę MProjekt inwestycja nie pozwala przyjąć, że wykonawca wykazał spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu - ani w zakresie wielkości i charakteru powierzchni użytkowej, ani w zakresie wartości wykonanych robót. Wykonawca podał informacje mogące wprowadzić zamawiającego w błąd co do rzeczywistego zakresu wykonywanych prac, ich wielkości i wartości, w konsekwencji jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący dodał, że dokonując analizy złożonych przez wykonawcę MProjekt oświadczeń i referencji w celu wykazania spełnienia spornego warunku dotyczącego zdolności zawodowej uznać należy, że nie potwierdzają one jego spełnienia, zaś zgodne z orzecznictwem brak jest możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – informacją prawdziwą, tym samym nie można uznać, że oferta wykonawcy MProjekt spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wybór jej jako najkorzystniejszej stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p., a powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy MProjekt, jako niespełniającej wymogów SWZ.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 kwietnia 2024 r.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę MProjekt Polska Sp. z o.o. ul. Przewodowa 29, 04-874 Warszawa (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I.W rozdziale V SWZ – warunki udziału w postępowaniu, w pkt 1 ppkt 4 lit. a zamawiający postawił wykonawcom warunek dotyczący posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej: „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: wykonał 1 zadanie (umowę) obejmujące swym zakresem budowę budynku użyteczności publicznej w technologii tradycyjnej wraz z infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu o powierzchni użytkowej budynku nie mniejszej niż 800 m² oraz wartości nie mniejszej niż 8 000 000,00 zł brutto oraz załączy dowody określające, że robota ta została wykonana należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego zadanie zostało wykonane.”.

II.Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku przystępujący, na wezwanie zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 p.z.p., w dniu 23 lutego 2024 r. złożył wykaz wykonanych robót budowlanych zawierający robotę budowlaną wykonaną na rzecz Stołecznego Zarządu Infrastruktury Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa, w przedmiocie: nadbudowa budynku użyteczności publicznej; opis zadania inwestycyjnego: Przebudowa, nadbudowa i zmiana sposobu użytkowania z warsztatowego na biurowy budynku nr 30 na terenie kompleksu wojskowego K- 0134 w Białobrzegach. Technologia wykonania budynku: technologia tradycyjna. Zakres prac obejmował również infrastrukturę techniczną i zagospodarowanie terenu; termin wykonania: 24.10.2017 r. – 17.04.2029 r.; powierzchnia budynku: 2459,16 m²; wartość roboty budowlanej 10.791.264,24 zł. Do wykazu załączono poświadczenie nr SZI-WIO.2116.20.2018 Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie.

III.W dniu 19 marca 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia referencyjnego. Pismem z dnia 19 marca 2024 r. złożono wymagane wyjaśnienia.

IV.W dniu 28 marca 2024 r. zamawiający ponownie wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub

może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej została dokonana w sposób prawidłowy. Zamawiający w sposób właściwy ocenił doświadczenie zawodowe przystępującego uznając go za wykonawcę spełniającego warunek udziału w postępowaniu, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnych, więc odwołanie zostało oddalone.

Na wstępie należy zaznaczyć, że badanie wymaganej w postępowaniu zdolności podmiotowej dokonuje się na kanwie brzmienia warunków udziału w postępowaniu, które określił zamawiający. Weryfikacja cech podmiotowych, wymaganych do prawidłowego wykonania zamówienia, następuje poprzez zestawienie określonych w dokumentacji postępowania wymagań z przedłożonymi przez wykonawcę oświadczeniami i dokumentami. Zatem punktem wyjścia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w przetargu, która powinna być wykładana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego (czy weryfikacją ofert konkurencji), a także, żeby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie: „Nie budzi wątpliwości pogląd, że treść SIWZ jest wiążąca dla wszystkie uczestników postępowania przetargowego, a precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikająca z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.04.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 22/21) oraz „W ocenie Sądu Okręgowego warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny w pierwszej kolejności podlegać literalnej interpretacji, ta bowiem zapewnia najdalej idący obiektywizm zamawiającego, ale też minimalizuje ryzyko nierównego traktowania wykonawców.” (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10.08.2023 r. sygn. akt: XXIII Zs 35/23).

O ile wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga, aby wykonawca legitymował się odpowiednią zdolnością do jego realizacji, to warunki udziału w przetargu bada się wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego postawionych w dokumentacji postępowania i jeżeli odwołujący uważał, że zamawiający powinien bardziej wnikliwie weryfikować potencjał wykonawców, to właściwym momentem na zgłaszanie takich zastrzeżeń był termin na zaskarżenie treści SWZ, co na tym etapie jest spóźnione (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13.09.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 67/21). Obecnie, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, do czego absolutną barierą jest upływ terminu na składanie ofert, treść dokumentacji postępowania wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, a badanie i ocena ofert następuje wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego określonych w SWZ. Nie można więc z powodu niewyartykułowanych w dokumentacji warunków – które zdaje się zdaniem odwołującego powinny znaleźć się w SWZ i na podstawie których chciałby on weryfikować ofertę przystępującego – czynić zarzutu niewykazania posiadania odpowiednich zdolności zawodowych, skoro takich wymagań zamawiający wykonawcom nie postawił. *Ergo*, jeżeli w dokumentacji postępowania w sposób wyraźny i jednoznaczny nie postawiono danego wymogu, zamawiający nie ma uzasadnienia do jego wymagania od wykonawców, ani podstaw do jego weryfikacji w ramach badania i oceny ofert, a tym bardziej nie może być to powód wyeliminowania wykonawcy z postępowania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu Izba wskazuje, że w całości podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że odwołanie opiera się na wadliwym rozumieniu warunku udziału w postępowaniu z lit. a ppkt 4 pkt 1 rozdziału V SWZ przez odwołującego i stanowi w zasadzie próbę narzucenia jego autorskiego rozumienia przez stronę, które nie znajduje oparcia w dokumentacji postępowania. Jednocześnie żaden z wykonawców nie zadał zamawiającemu pytań co do sposobu rozumienia spornych wymogów, ani nie zaskarżył treści warunku. Zatem zamawiający w sposób obiektywnie uzasadniony mógł założyć, że powyższe jest dla profesjonalisty jasne i jednoznaczne, inaczej należycie działający wykonawca poprosiłby o wyjaśnienie brzmienia SWZ albo wniósłby odwołanie wobec jej treści.

W przedmiocie sposobu określenia powierzchni użytkowej – dotyczącego wymogu legitymowania się

doświadczeniem w budowie budynku o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 800m² – co zdaniem odwołującego należy określać zgodnie z normą PN-ISO 9836:1997, która obowiązywała do 19.09.2020 r. (obecnie norma PN-ISO 9836, która ją zastąpiła), w ocenie składu orzekającego zarzut ten jest prowadzony poza treścią wiążącą SWZ. Odwołujący pominął brzmienie warunku i na potrzeby postępowania odwoławczego sformułował stanowisko, które nie ma oparcia w brzmieniu warunku, ani w żadnej innej treści dokumentacji tego zamówienia. Nie bez powodu odwołujący nie powołuje się na jakąkolwiek treść dokumentów postępowania objętego sporem, a prowadzi wywód z powołaniem się na SWZ zamówienia referencyjnego przystępującego. Innymi słowy, skoro w tamtym postępowaniu zamawiający postawił wykonawcom jakieś wymogi, czy na tamtym etapie wiązały ich określone normy prawne, nie oznacza to, że można automatycznie przenieść je na wymogi postawione w obecnym (innym) przetargu. Każdy zamawiający jest gospodarzem swojego postępowania i może autonomicznie określać swoje wymagania, zależnie od jego indywidualnych potrzeb i wymagań.

Przechodząc do rekonstrukcji oświadczenia woli zamawiającego w postaci warunku udziału w postępowaniu dotyczącego legitymowania się odpowiednią zdolnością zawodową określoną w lit. a ppkt 4 pkt 1 rozdziału V SWZ, Izba stwierdziła, że zamawiający nie określił w jaki sposób powinna zostać liczona powierzchnia użytkowa budynku na potrzeby spełnienia warunku, w tym nie zawarto odniesienia do jakiejkolwiek normy. Odwołujący nie udowodnił także, aby istniał jeden sposób definiowania rzeczonyj powierzchni – że dokonując wykładni SWZ z perspektywy punktu widzenia odbiorcy, który z należytą starannością wymaganą w obrocie, z uwzględnieniem zawodowego charakteru działalności, dokonuje odtworzenia oświadczenia zamawiającego (czyli jak wykonawca powinien zrozumieć wymóg warunku) odczytuje warunek w jeden sposób, tj. określa powierzchnię użytkową budynku tak, jak w powołanej przez odwołującego polskiej normie.

Natomiast przystępujący udowodnił okoliczność przeciwną w postaci wielu metod liczenia tej powierzchni, co wynika z przedłożonej przez niego opinii prywatnej, której wnioski Izba uznała za wiarygodne, dlatego że rzeczoznawca, który ją sporządził wskazał w treści opinii zarówno na fakty, jak i swoje oceny, przedstawiając przy tym sposób dotarcia do tych ocen, co umożliwiło zweryfikowanie zawartych wniosków. Proces dotarcia do wniosków opinii został przez skład orzekający oceniony jako logiczny, spójny i zbieżny z dokumentacją postępowania. Izba zatem zgadza się z zamawiającym, który ponosił, że nie definiował w warunku pojęcia powierzchni użytkowej, według której będzie oceniał oferty, więc nie może definiować jej w sposób zawężający na etapie weryfikacji ofert, czego *de facto* żądał odwołujący. Na kanwie SWZ należy więc przyjąć możliwie najszerszą, korzystną dla wykonawców wykładnię pojęcia powierzchni użytkowej budynku – powierzchnia mierzona po wewnętrznej długości ścian na każdej z kondygnacji budynku z wyłączeniem klatek schodowych oraz szybów dźwigowych (*vide* str. 3 pkt 4 opinii prywatnej), co oznacza, że przystępujący prawidłowo wykazał sporny wymóg, ponieważ referencyjna nadbudowa budynku nr 30 na terenie kompleksu wojskowego w Białobrzegach posiada wymagane ponad 800 m² powierzchni użytkowej (857,43 m²).

Jedynie dodatkowo można zaznaczyć, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, nawet jeżeli przyjmiemy wykładnię omawianego wymogu z uwzględnieniem pozostałej treści dokumentacji postępowania, czyli dokonując wykładni pojęć zastosowanych w warunku poprzez ich wyjaśnienie przy uwzględnieniu jak ukształtowano przedmiot zamówienia objęty postępowaniem. Omawiane wymaganie w zakresie zdolności zawodowej wykonawcy służy określonejmu celowi – wykazaniu doświadczenia i wynikającej z niego zdolności do wykonania konkretnego zamówienia. W dokumentacji projektowej zamawiający wskazał metodę liczenia powierzchni użytkowej z uwzględnieniem komunikacji – korytarzy („powierzchnia ruchu”, np. str. 3 części opisowej projektu budowy, gdzie w przypadku laboratorium wskazano powierzchnią użytkową budynku na poziomie 1.830,25 m², zaś rzut parteru - tabelaryczne zestawienie pomieszczeń: komunikacja 301,15 m², pomieszczenia techniczne 139,39 m², część szkolno-laboratoryjna 499,82m², czyli łącznie: 940,36 m²; rzut piętra - tabelaryczne zestawienie pomieszczeń: komunikacja 179,05 m², część szkolno-laboratoryjna 710,84 m², czyli łącznie: 889,89 m²; uwzględniając powyższe: 940,36 m² + 889,89 m² = 1830,25 m²). Zatem metoda obliczenia wielkości powierzchni użytkowej przyjęta przez odwołującego w odwołaniu – gdzie do powierzchni użytkowej nie wliczono korytarzy – jest sprzeczna z metodą zastosowaną przez zamawiającego w ramach dokumentacji projektowej. Odwołujący bezzasadnie narzuca wyłączenie komunikacji (powierzchni ruchu) w budynku referencyjnym w celu wykazania, iż nie spełnia ona warunku powierzchni użytkowej na poziomie co najmniej 800,00 m², tj. wywodzi, iż komunikacja w budynku referencyjnym wynosi 189,45 m², więc jego powierzchnia użytkowa wynosi zaledwie 701,57 m², kiedy taka metoda obliczenia powierzchni użytkowej całkowicie mija się nie tylko z treścią warunku, ale także z brzmieniem pozostałej dokumentacji przetargu. Dokonując zatem wykładni warunku z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia, dalej nie ma żadnych uzasadnionych podstaw do zawężania sposobu liczenia powierzchni użytkowej – bowiem takiego ograniczenia zamawiający nie narzuca wykonawcom nawet w dokumentacji projektowej zamówienia.

Izba zgadza się również z przystępującym, że niezależnie od powyższego, metoda określona w normie PN-ISO 9836:1997 pozostaje nieadekwatna, przyjmując za własne stanowisko wyrażone na str. 4 pisma procesowego

przystępującego z 12 kwietnia 2024 r. Zaś nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że w dokumentacji postępowania narzucono sposób obliczenia powierzchni użytkowej taki, jak w normie PN-ISO 9836:1997 (PN-ISO 9836), to i tak wyliczenia odwołującego nie są wiarygodne, ponieważ zostały oparte na projekcie wykonawczym, kiedy kluczowe znaczenie ma projekt budowlany, jak również – co udowodnił przystępujący składając aneksy do umowy na roboty referencyjne zawarte ze Stołecznym Zarządem Infrastruktury w Warszawie – w toku realizacji umowy zakres robót uległ zmianie, czyli dokumentacja tamtego przetargu (w tym projekty wykonawcze, przedmiary, nieaktualne kosztorysy ofertowe) nie obrazują właściwego zakresu oraz rozmiaru realizowanych przez przystępującego prac. Wszystkie wyliczenia odwołującego, których nie oparto na danych dotyczących faktycznie zrealizowanych robót są nieaktualne, niemiarodajne i pozbawione przymiotu wiarygodności w odniesieniu do określenia realnej powierzchni użytkowej nadbudowy wykonanej w ramach przedmiotowej umowy przez przystępującego.

Rekapitulując, Izba stwierdziła, że skoro zamawiający nie postawił wymagań, które ferowano w odwołaniu, to nie mogą być one podstawą do badania zdolności podmiotowej przystępującego i eliminacji go z postępowania. Zamawiający nie wymagał wykonania roboty referencyjnej o powierzchni użytkowej liczonej w konkretny sposób, w SWZ nie ma żadnej treści z której można byłoby wywieść, że ma to być wskazana przez odwołującego polska norma. Forsowana przez odwołującego wykładnia warunku udziału w postępowaniu jest niezgodna z jego brzmieniem, a jego rozumienie bezpodstawnie rozszerza warunek poprzez wykreowanie dodatkowych wymogów, które nie wynikają z jego treści. Próba nakładania na przystępującego dodatkowych wymagań, których nie ma w dokumentacji przetargu, stanowiłaby także naruszenie naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 p.z.p., z których należy wyprowadzić zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców, w szczególności w zakresie nakładania na nich obowiązków, które nie wynikają z warunków udziału w postępowaniu.

Nawet przyjmując ferowaną przez odwołującego wykładnię – z czym skład orzekający się nie zgadza, ponieważ hipotezy odwołującego pomijają wiążącą treść dokumentacji postępowania i dla ich uwzględnienia konieczna byłaby zmiana brzmienia warunku udziału w przetargu, co na obecnym etapie jest nieuprawnione – to wykonawca, w sposób obiektywnie uzasadniony mógłby rozumieć wymagania dokumentacji postępowania także na sposób wskazany przez przystępującego, wynikający z dokumentacji projektowej zamówienia, więc nawet hipotetycznie nie byłoby żadnych podstaw do uwzględnienia odwołania. Należy bowiem uwzględnić ukształtowaną w orzecznictwie zasadę, iż wszelkie niejasności/dwuznaczności/niezgodności w przedmiocie dokumentacji są tłumaczone na korzyść wykonawców, za linią orzecniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem (por. wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31.05.2022 r. sygn. akt: XXIII Zs 58/22 „Jak słusznie w toku postępowania odwoławczego, zauważał przystępujący Konsorcjum: (...) spółka akcyjna w G. oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w G., a Sąd Okręgowy jego stanowisko aprobuje, iż wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy, co ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Jak zostało to również podkreślone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 38/17 należy wskazać, że obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, (...). Reguła ta wynika z prawniczej paremii *In dubio contra proferentem* znaczącej w języku polskim Wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SWZ”).

Dalej odwołujący podnosił, że z analizy dokumentacji z 2017 r. oraz przedmiarów robót wynika, iż orientacyjna wartość robót związanych z nadbudową, biorąc pod uwagę, że powierzchnia nadbudowywanej kondygnacji stanowi ok. 1/3 wielkości obiektu, co przekłada się na kwotę ok. 3.670.000,00 zł brutto, nie powinna przekroczyć 1/2 wartości inwestycji, co przekłada się na kwotę ok. 5.395.000,00 zł brutto, kiedy zamawiający w warunku określił minimalną wartość nie mniejszą niż 8.000.000,00 zł brutto.

Skład orzekający wskazuje, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. Zgodnie z art. 534 ust. 1 p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mógłby on przekonać się o tym, że przytoczone okoliczności są prawdziwe, zaś z drugiej strony określa, kto ponosi negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, z których wywodzone są skutki prawne. Natomiast odwołujący usiłował wywodzić stawiane hipotezy z całokształtu własnych założeń lub własnej oceny sytuacji, bez wskazania, a następnie udowodnienia faktów, które mogłyby podważyć ocenę zamawiającego i doprowadzić do odrzucenia oferty przystępującego. Jeżeli zaś strona stwierdziła, że wartość robót była inna, to nie wystarczy samo jej negowanie. Ciężar obalenia rzetelności dokumentów przystępującego rozłożony jest według reguł ogólnych – spoczywa na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe, a więc na odwołującym, który nie podjął nawet próby wykazania podnoszonych okoliczności i ograniczył się do lapidarnego wskazywania, że przedłożone

dokumenty budzą jego wątpliwości, co policzono na podstawie dokumentacji postępowania referencyjnego – która różni się od faktycznego zakresu wykonanych przez przystępującego robót budowlanych, co jak wcześniej wskazano przystępujący udowodnił przedstawiając aneksy do zawartej umowy, więc nie było podstaw do uznania wyliczeń odwołującego za wiarygodne i miarodajne. Z drugiej strony przystępujący wskazał własne wyliczenia, które poparto materiałem źródłowym (tabele elementów scalonych, protokoły częściowe, kosztorysy), których nie podważono. Izba również nie znalazła podstaw do ich zakwestionowania i przyjęła, że wartość nadbudowy wynosiła co najmniej 7.200.000,00 zł netto, ponieważ obciążony ciężarem dowodu odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Nie było zatem uzasadnionych podstaw do zakwestionowania wartości prac referencyjnych wskazanych przez przystępującego i stwierdzenia, że nie spełnia on postawionego warunku.

Spornym było również czy budynek referencyjny – znajdujący się na terenie kompleksu wojskowego K-0134 w Białobrzegach – mieści się w definicji wymaganego w warunku udziału w postępowaniu obiektu użyteczności publicznej. Izba wskazuje, że strony i przystępujący zgodnie odnosili się do definicji obiektu użyteczności publicznej zawartej w § 3 pkt 6 rozporządzenia 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) dalej zwanego jako „rozporządzenie ws. warunków technicznych”, na podstawie której przez obiekt 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.

Co istotne, w ocenie składu orzekającego powołana definicja legalna obiektu użyteczności publicznej jest bardzo szeroka, a dodatkowo mieszczą się w niej tylko obiekty wprost wymienione przez ustawodawcę – wyliczenie w rozporządzeniu ma charakter przykładowy, ale również inne budynki przeznaczone do wykonywania podobnych funkcji. Niemniej, za budynek użyteczności publicznej uznaje się m.in. budynek biurowy, czyli wprost budynek referencyjny – tak np. decyzja Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 15.04.2019 r. nr 528/19 dotycząca pozwolenia na użytkowanie referencyjnego budynku nr 30, z której dodatkowo wynika, że budynek ma kategorię obiektu XII budynki administracji publicznej, więc nie było żadnych podstaw do stwierdzenia, że budynek ten nie zalicza się do obiektów użyteczności publicznej w ramach powyższej definicji.

Odwołujący podnosił także, że prace referencyjne zostały wykonane w ramach budynku znajdującego się w kompleksie wojskowym. Taki kompleks nie wpisuje się w definicję budynku użyteczności publicznej, gdyż nie jest budynkiem ogólnodostępnym, przeznaczonym do świadczenia obsługi klientów. Zdaniem strony wejście osób postronnych na teren kompleksu wojskowego jest niemożliwe, a więc ciężko utożsamiać charakter tego obiektu z definicją obiektu użyteczności publicznej.

Skład orzekający stwierdził, że takie wymaganie znajduje się całkowicie poza treścią warunku udziału w postępowaniu, którego niespełnienie zarzucono przystępującemu, a nawet nie wynika z powołanej przez odwołującego definicji obiektu użyteczności publicznej. Poza tym przy zakwalifikowaniu budynku jako obiektu użyteczności publicznej bez znaczenia jest fakt czy dostęp do niego mają osoby trzecie, czy wyłącznie pracownicy zatrudnieni w danym budynku (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Białymstoku z 14.07.2011 r. sygn. akt: II SA/Bk 287/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10.05.2022 r. sygn. akt: KIO 1093/22). Zatem argumentacja odwołującego o braku dostępu dla osób postronnych w żadnym wypadku nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że sporna robota nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w SWZ.

Jedynie dodatkowo Izba wskazuje, że zgadza się z przystępującym, że patrząc na warunek przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia, w przypadku budynku, którego budowa będzie realizowana w ramach zamówienia również jest to budynek na terenie kompleksu wojskowego, który nie jest powszechnie dostępny. Dostęp do niego odbywa się – tożsamo jak na teren referencyjnego budynku przystępującego – na podstawie przepustki (tak § 1 i § 2 decyzji Ministra Obrony Narodowej z dnia 08.06.2022 r. nr 80/MON w sprawie ustalenia terenów zamkniętych w resorcie obrony narodowej, § 1 decyzji Ministra Obrony Narodowej z dnia 30.06.2023 r. nr 68/MON zmieniającej decyzję w sprawie ustalenia terenów zamkniętych w resorcie obrony narodowej – załącznik, l.p. 1003, woj. mazowieckie, Warszawa, WAT).

Poważne wątpliwości budzi stanowisko odwołującego, że w ramach robót budowlanych nie przewidziano i nie wykonano żadnego elementu mającego na celu dostosowanie obiektu dla osób niepełnosprawnych, więc zdaniem strony obiekt referencyjny nie jest obiektem użyteczności publicznej.

Po pierwsze, zamawiający żadnego takiego wymagania nie postawił w SWZ, a w konsekwencji nie ma podstaw do weryfikacji takich okoliczności, a tym bardziej eliminacji wykonawcy za ich niespełnienie, do czego Izba szeroko odniosła się we wcześniejszej części uzasadnienia. Po drugie, twierdzenia te są bardzo daleko idące i zmierzają do wyłączenia możliwości uznania za obiekty użyteczności publicznej obiektów znajdujących się na terenie jednostek

wojskowych. Po trzecie, obarczony ciężarem dowodowym odwołujący nic takiego nie udowodnił. Nie wykazano, aby biurowy budynek referencyjny (budynek nr 30 na terenie kompleksu wojskowego K- 0134 w Białobrzegach) nie spełniał wymagań któregośkolwiek powszechnie obowiązującego przepisu, czy żeby nie wykonano jakiegokolwiek wymaganego prawem elementu dotyczącego dostosowania wskazanego przez przystępującego budynku biurowego dla potrzeb osób niepełnosprawnych. Odwołanie sprowadza się do przywołania kilku przepisów p.b. i rozporządzenia ws. warunków technicznych – kiedy ich spełnienie weryfikują właściwe organy, pomijając już, że w każdym przypadku ocena taka powinna uwzględniać konkretne okoliczności faktyczne dotyczące inwestycji, ustawodawca przewidział też wyłączenia w tym zakresie. W ramach materiału dowodowego, który miał potwierdzić omawiany zarzut, odwołujący ograniczył się do przedstawienia rzutu parteru z wymiarami podjazdu. Odwołujący pomylił udowodnienie podnoszonego zarzutu z wykazaniem okoliczności jaką szerokość ma rzeczony podjazd. Zarzut nie dotyczy niewykonania w ramach roboty referencyjnej podjazdu dla osób niepełnosprawnych, a niewykonania żadnego elementu mającego na celu dostosowanie obiektu dla osób niepełnosprawnych, czego nie udowodniono.

Po czwarte, odwołanie ograniczono do gołosłownego powołania się na normy prawa budowlanego (głównie art. 5 ust. 1 pkt 4 p.b) i rozporządzenia ws. warunków technicznych, podczas gdy spełnienie tych norm zostało już zweryfikowane przez właściwe organy (art. 35 ust. 1 p.b., art. 59a ust. 1 p.b.). Umknęło uwadze odwołującego, że wniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej z zarzutem niespełnienia przez sporny budynek biurowy wskazanych wymagań, a tym samym kwestionowanie pozwolenia na budowę (decyzja Wojewody Mazowieckiego z dnia 19.05.2017 r. nr 154/III/2017) i pozwolenia na użytkowanie (decyzja Mazowieckiego Wojewódzkiego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 15.04.2019 r. nr 528/19), powinno odbywać się we właściwym trybie. Organy państwa działają w ramach przypisanych im kompetencji i kwestionowanie ich ustaleń musi odbywać się w odpowiednich procedurach przewidzianych prawem. Nie jest zatem możliwe skuteczne powoływanie się na twierdzenie przed jednym organem, że inny organ w ramach swoich kompetencji wadliwie wydaje decyzje lub nieprawidłowo rozpoznał sprawę, ponieważ zdaniem odwołującego nie spełniono jakiegoś kryterium, które miało wpływ na treść aktu administracyjnego. Odwołujący, który zarzuca inwestycji będącej na etapie użytkowania niespełnienie wymagań prawa budowlanego i rozporządzenia ws. warunków technicznych, a w istocie chciałaby obalić akt administracyjny, który z jakiegoś względu uważa za nieprawidłowy, swoje próby powinien zrealizować we właściwym postępowaniu (z udziałem organu, który wydał kwestionowaną decyzję, a nie przed Izbą). Organy administracji architektoniczno-budowlanej, które weryfikowały referencyjny budynek biurowy pod kątem zgodności z normami prawa budowlanego nie stwierdziły żadnych naruszeń, które podnosił odwołujący. Ponadto, jak wynika z dalszego materiału dowodowego przedstawionego przez przystępującego, takich zastrzeżeń nie sposób doszukać się również w stanowisku Szefa Delegatury Wojskowej Ochrony Przeciwpowodziowej w Warszawie nr 1/2019 z dnia 12.02.2019 r. w przedmiocie braku sprzeciwu ani uwag w sprawie uzyskania pozwolenia na użytkowanie oraz w stanowisku Wojskowego Ośrodka Medycyny Prewencyjnej Modlin Wojskowej Inspekcji Sanitarnej nr 25/Adm/2019 z dnia 19.02.2019 r. w przedmiocie braku zastrzeżeń co do zamiaru przystąpienia do użytkowania. Natomiast odwołujący podważał uzyskane przez referencyjny budynek biurowy decyzje administracyjne i w oparciu o własne przekonanie uznał, że wskazane w odwołaniu normy nie zostały zachowane, kiedy skuteczne wykazanie zaniechania zamawiającego polegającego na wadliwej ocenie roboty referencyjnej nie może w procesie kontradiktoryjnym sprowadzać się do gołosłownych, subiektywnych, niepotwierdzonych wątpliwości strony.

Odwołujący podnosił również, że z poświadczenia Stołecznego Zarządu Infrastruktury w Warszawie nie wynika, aby obiekt referencyjny stanowił obiekt użyteczności publicznej, skład orzekający wskazuje, że takie stanowisko pomija charakter tego dokumentu, który ma potwierdzać należyte wykonanie robót w nim wskazanych (§ 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415)), a nie być dostosowany do wymagań zamawiającego w konkretnym przetargu.

Ustawodawca postawił treści poświadczenia jeden kluczowy wymóg – dotyczący potwierdzenia, że roboty referencyjne zostały wykonane należycie. Referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku udziału w postępowaniu, a powinny umożliwiać identyfikację referencyjnej roboty budowlanej i uzupełniać wykaz robót o element potwierdzenia należytego jej wykonania. Poświadczenie jest dokumentem uniwersalnym, który nie jest wystawiany dla przedłożenia go w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Natomiast wszystkie szczegółowe wymagania zawarte w danym warunku powinien potwierdzać podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu robót – w § 9 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia ustawodawca określił jakie elementy rzeczony wykaz ma zawierać. Poświadczenie i wykaz robót należy czytać łącznie. Rolą poświadczenia jest wyłącznie potwierdzenie faktu, że roboty, na które powołuje się wykonawca, zostały zrealizowane w sposób należyty. Zamawiający nie ma także podstaw do żądania od wykonawców przedstawienia poświadczenia o określonej treści, w tym powielającego informacje, które powinny zostać przedstawione w wykazie robót, zatem takie zarzuty nie znajdują oparcia w normach p.z.p.

Właściwie wykazano doświadczenia referencyjne, w ocenie Izby przystępujący jest wykonawcą, który spełnia sporny warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący zaś nie udowodnił, aby składane przez odwołującego oświadczenia i dokumenty wprowadzały zamawiającego w błąd (co miało wiązać się z brakiem możliwości zastąpienia informacji nieprawdziwej, mającej wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, informacją prawdziwą), takie założenie nie znalazło żadnego potwierdzenia w materiale procesowym. Dodatkowo zarzut taki został postawiony z pominięciem brzmienia ustawy p.z.p., ponieważ przesłanki wykluczenia z postępowania o charakterze fakultatywnym, które zostały uregulowane w art. 109 ust. 1 p.z.p., znajdują zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy zamawiający przewidzi taką podstawę do eliminacji z postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 p.z.p.). Jeżeli instytucja zamawiająca tego nie robi, fakultatywne podstawy wykluczenia nie będą w danym przetargu stosowane, a tym samym nie może dojść do naruszenia art. 109 ust. 1 ust. 8 i ust. 10 p.z.p. dotyczących wprowadzenia zamawiającego przez przystępującego w błąd, co podnosił odwołujący. Innymi słowy, zamawiający ma możliwość zbadania braku podstaw wykluczenia wykonawcy w zakresie przesłanek fakultatywnych jedynie, kiedy przewidzi taką możliwość w dokumentacji postępowania i wtedy będzie miał obowiązek wykluczenia nierzetelnego wykonawcy – o ile dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 ust. 8 lub 10 p.z.p. Natomiast w przypadku braku uregulowania w dokumentacji postępowania tych podstaw wykluczenia, to normy te nie znajdują zastosowania w postępowaniu, więc *a priori* nie może dojść do ich naruszenia, a tym samym uwzględnienia zarzutu ich naruszenia.

Izba stwierdziła, że odwołujący postawił powyższe zarzuty usiłując obejść art. 128 ust. 1 p.z.p. dotyczący konieczności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w przypadku braku potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie to jest obligatoryjne przed odrzuceniem oferty. Przystępujący w toku postępowania nie został wezwany do uzupełnienia, co zgodnie z zasadami ustawy p.z.p. byłoby konieczne przed eliminacją jego oferty z postępowania, zatem mógłby przedstawić inne, dodatkowe doświadczenie na wykazanie warunku z lit. a ppkt 4 pkt 1 rozdziału V SWZ (np. te wskazane w piśmie z dnia 08.04.2024 r.).

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła zarzut nr 4 *z petitum* odwołania dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, ponieważ zarzut oparto na wadliwej interpretacji wymagań zamawiającego, a także bez udowodnienia, że przystępujący nie spełnia któregośkolwiek elementu wymaganego w warunku z lit. a ppkt 4 pkt 1 rozdziału V SWZ, co spowodowało oddalenie zarzutu nr 1 (naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 226 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.), gdyż wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej został dokonany przez zamawiającego prawidłowo. Skład orzekający stwierdził dalej, że nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-2 p.z.p. oraz zarzutu naruszenia art. 17 ust. 1 p.z.p., które zostały przez odwołującego powiązane z pozostałymi zarzutami odwołania, oddalonymi przez Izbę. Skoro zarzucane zamawiającemu zaniechania nie znalazły potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy, skład rozpoznający spór oddalił także zarzuty nr 2 i 3 *z petitum* odwołania jako zarzuty bezpodstawne.

Oddalony został także zarzut nr 5 dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SWZ – ponieważ został postawiony z pominięciem zasad ustawy p.z.p. Norma ta dotyczy merytorycznego aspektu oferty, kiedy w odwołaniu zaskarżono zdolności podmiotowe przystępującego. Czym innym są warunki udziału w postępowaniu dotyczące podmiotowej strony oferty, a czym innym jest przedmiotowa jej treść, która faktycznie mogłaby być niezgodna z SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.), czego nie objęto zakresem zaskarżenia. W odwołaniu nie ma żadnych okoliczności faktycznych, których subsumpcji można byłoby dokonać pod tę normę.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt w zw. z § 5 pkt 1 i 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania i koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....