

WYROK

Warszawa, dnia 28 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2024 r. przez wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Teatr Dramatyczny im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku

przy udziale uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: PAS PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie

oraz uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: AKINT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawcę BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – Teatr Dramatyczny im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku kwotę 3 938 zł 85 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych osiemdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów, w tym poniesionych na koszt opłat skarbowych od dokumentów pełnomocnictwa (51 zł), wynagrodzenie pełnomocnika i koszt noclegu (3 600 zł) oraz koszt dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 794/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Teatr Dramatyczny im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Wykonanie dokumentacji projektowej i pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania „Modernizacja Teatru Dramatycznego im. Aleksandra Węgierki w Białymstoku” 2023/BZP 00514348/01

Odwołujący: BBC Best Building Consultants Sp. z o.o. Sp.k. w Warszawie wniósł odwołanie:

1) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na: wyborze oferty Wykonawcy AKINT sp. z o.o z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej,

2) na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w postępowaniu polegającej na uwzględnieniu wyjaśnień Wykonawcy AKINT sp. z o.o., w zakresie rażąco niskiej ceny i uzupełnienia dokumentów poprzez uznanie, że Wykonawca wyjaśnił rażąco niską cenę i spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej, bez wykluczenia Wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, do której to czynności Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj.: art. 16, art. 17, art. 109 ust. 1 pkt 10, art. 139, art. 226 ust. 1 pkt 2, 8, art. 239.

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego i przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert oraz wybór oferty odwołującego jako

najkorzystniejszej.

Uzasadnienie

W pkt VIII SWZ Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu: (...)

3. Zamawiający uzna za spełniony warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeżeli wykonawca wykaże, że: posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. w zakresie realizacji prac projektowych na sumę gwarancyjną nie niższą niż 1.000.000 zł.

4. Zamawiający uzna, że wykonawca posiada wymagane warunki dotyczące zdolności technicznej i/lub zawodowej dotyczącej Wykonawcy, zapewniające należyte wykonanie zamówienia, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada doświadczenie w realizacji usług podobnych do przedmiotu zamówienia, tj. wykonał należycie:

1) co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany w rozumieniu art. 35 ustawy Prawo budowlane, dotyczącej budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektu budowlanego o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej o łącznej powierzchni użytkowej minimum 2.500 m² i kubaturze min 10.000 m³ 2) co najmniej jedną usługę polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany w rozumieniu art. 35 ustawy Prawo budowlane, dotyczącej budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektu budowlanego o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej o wiodącej funkcji teatralnej (wymagane aby w ramach opracowania była zaprojektowana sala teatralna z widownią dla min. 200 osób) o łącznej pow. użytkowej minimum 2.500 m² i kubaturze min 10.000 m³.

Przez budowę / przebudowę Zamawiający rozumie odpowiednio budowę / przebudowę w rozumieniu ustawy Prawo budowlane. (...) Zamawiający uwzględni tylko zadania zakończone.

Zamawiający wymaga, aby jedna usługa była wykonana w ramach jednej umowy.

Wybranej ofercie odwołujący zarzucił:

1) BRAK SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU - BRAK DOKUMENTU

STWIERDZAJĄCEGO NALEŻYTE WYKONANIE ZAMÓWIENIA

Odnosząc się do przedstawionych przez AKINT sp. z o.o. dokumentów należy stwierdzić, że żaden z nich nie jest referencją. W dokumentach nie zostało wskazane, że zlecone czynności zostały wykonane należycie przez wykonawcę.

Zamawiający wraz z wykazem usług wymagał przedstawienia dokumentu w postaci referencji bądź innego dokumentu stwierdzającego należyte wykonanie usługi. Wykonawca AKINT sp. z o.o. nie przedstawił dokumentu potwierdzającego wykonanie należycie wskazanych w wykazie usług projektów.

Rozpatrując projekt Zakładu Karnego w Trzebini należy stwierdzić, iż Protokół odbioru nie zawiera żądanych sformułowań potwierdzających należyte wykonanie usługi przez co nie może być uznawany za wypełnienie postanowień SWZ.

List referencyjny wystawiony przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie, nie zawiera również stwierdzenia, iż prace zostały wykonane należycie.

Zamawiający nie posiada już uprawnień do wzywania Wykonawcy do uzupełnień czy wyjaśnień w zakresie referencji, gdyż takie uprawnienie zostało już wykorzystane.

Ew. przedstawianie jakiegokolwiek decyzji administracyjnych nie jest potwierdzeniem należytego wykonania świadczenia, gdyż jedynym podmiotem, który może stwierdzić należyte wykonanie usługi jest jej zleceniodawca.

2) BRAK SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU - NIEWŁAŚCIWE FUNKCJE OBIEKTÓW

Prace wykonane dla Zakładu Karnego w Trzebini zostały przedstawione przez Wykonawcę AKINT sp. z o.o. jako prace wykonane dla budynku użyteczności publicznej.

Ustawodawca jasno zdefiniował, że budynek Zakładu Karnego nie jest budynkiem użyteczności publicznej, a jedynie budynkiem zamieszkania publicznego.

Zgodnie z definicją z § 3 pkt 5 rozp. Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2022 r. poz. 1225), budynkiem zamieszkania zbiorowego jest budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi. Prawodawca nie wprowadził dolnego limitu osób, których przebywanie w określonym budynku warunkuje zaliczenie go do tego rodzaju obiektu (zob. wyrok NSA z 15 lutego 2018

r., sygn. akt II OSK 3220/17). Zgodnie z przepisem rozporządzenia, do tej kategorii budynków należy w szczególności zaliczyć hotel, motel, pensjonat, /.../.

Budynek wymieniony przez Wykonawcę AKINT w wykazie usług pod liczbą porządkową l.p. 1 jest w sposób literalny wskazany w definicji legalnej jako budynek zamieszkania zbiorowego.

Co ważne realizowane budynki znajdują się na terenach zamkniętych i już ta okoliczność powoduje, iż nie mogą one być uznawane za budynki użyteczności publicznej.

W związku z powyższym realizacja wskazana wyżej nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca AKINT przywołuje w swoich wyjaśnieniach artykuł dotyczący transportu zbiorowego, który nie dotyczy kwestii objętych przedmiotowym zamówieniem oraz artykuł naukowy, który nie może być uznany za równoważny przepisom prawa.

Realizacja dla Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie również nie spełnia warunków udziału w przetargu z następujących przyczyn:

a) Projekt zrealizowany dla RZI w Lublinie w żaden sposób nie wskazuje zawiera salę teatralną. Zawiera on jak dowodzi dokumentacja dostarczona przez AKINT jedynie salę koncertową. Istnieje daleko idąca różnica między teatrem a salą koncertową.

Już sam Zamawiający podniósł, że otrzymał rzut planu budynku, lecz dotyczy one jedynie parteru.

Zamawiający w siwz zamówienia wskazał jako wymóg prace wykonane dla sali teatralnej.

Istotne jest wskazanie na kilka przepisów r.w.t., które odnoszą się bezpośrednio do funkcji teatralnych.

Należą do nich:

§ 181 ust. 3 pkt 1 r.w.t., zgodnie z którym w pomieszczeniach widowni teatrów należy stosować awaryjne oświetlenie ewakuacyjne;

§ 233 ust. 1 pkt 1 r.w.t., zgodnie z którym stosowanie kurtyny przeciwpożarowej jest wymagane do oddzielenia widowni, o liczbie miejsc przekraczającej 600, od sceny teatralnej o powierzchni wewn.j przekraczającej 150 m² lub kubaturze brutto przekraczającej 1.200 m³;

§ 233 ust. 1 pkt 2) r.w.t., zgodnie z którym stosowanie kurtyny przeciwpożarowej jest wymagane do oddzielenia kieszeni scenicznej, o pow. ponad 100 m², od sceny teatralnej o pow. wewnętrznej przekraczającej 300 m² lub o kubaturze brutto przekraczającej 6.000 m³;

§ 298 ust. 7 r.w.t., zgodnie z którym balustrady oddzielające różne poziomy w halach sportowych, teatrach, kinach, a także w innych budynkach użyteczności publicznej powinny zapewniać bezpieczeństwo użytkowników także w przypadku paniki. Dopuszcza się obniżenie pionowej części balustrady do 0,7 m, pod warunkiem uzupełnienia jej górną częścią poziomą o szerokości dającej łącznie z częścią pionową wymiar co najmniej 1,2 m.

Budynek nie posiada wiodącej funkcji teatralnej

Budynek nie posiada w ogóle sali teatralnej i w budynku nie są pełniona funkcja teatralna.

Niemniej jednak, gdyby Zamawiający chciał uznać sale koncertową jako funkcje teatralna (co stanowi naruszenie postanowień SWZ) to:

Wykonawca AKINT podaje nieprawdziwe informacje w zakresie pow. użytkowej budynku, gdyż zgodnie z normą do pow. użytkowej nie są zaliczane takie przestrzenie jak: o Komunikacja, wszelkie powierzchnie ruchu i pomieszczenia techniczne.

Zgodnie z powyższym oraz mając na uwadze rzut piętra przekazany przez Wykonawcę AKINT podnosi, iż powierzchnia użytkowa tego piętra jest niepoprawna, a co za tym idzie niepoprawna jest również pow. użytkowa całego budynku. Powierzchnia użytkowa piętra przywołanego wynosi 997,04 m², a nie 1373,75 jak wskazuje AKINT sp. z o.o.

Powyższe udowadnia tabela, gdzie usunięto powierzchnie, które nie są powierzchnią użytkową. (tu tabela)

Powierzchnia użytkowa funkcji koncertowej wynosi jedynie 645,36 m², zatem nie może w żaden sposób być uznana za funkcje wiodącą budynku. Powyższe liczby udowadnia tabela, gdzie usunięto wszystkie powierzchnie, które nie są związane z funkcją koncertową.

Wykonawca AKINT celowo nie przedstawił projektów innych kondygnacji, gdyż nie dotyczyły one funkcji koncertowej.

Jak widać na powyższym dowodzie funkcja koncertowa to 645,36 m². Zatem nie jest to funkcja wiodąca w budynku. Skoro budynek zgodnie z oświadczeniem AKINT posiada 3 831,65 m² to funkcja koncertowa wynosi jedynie niecałe 17%. Zgodnie z zasadami wymienionymi w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) - rozdział 5- budynek posiada taką funkcję, jaką funkcje posiada powierzchnia funkcji posiadającej największy udział w powierzchni:

W przypadku obiektów budowlanych użytkowanych lub przeznaczonych do wielu celów (np. budynek mieszkalny będący jednocześnie hotelem i biurem) klasyfikuje się je w jednej pozycji, zgodnie z ich głównym użytkowaniem.

Zgodnie z powyższym funkcja koncertowa jest funkcją śladową i już nawet funkcja restauracyjna istniejąca na poziomie, na który AKINT przedstawił rzuty jest funkcją większą niż funkcja koncertowa.

Dodatkowo Odwołujący podkreśla, iż w budynku Dom Żołnierza nie jest pełniona jakakolwiek funkcja teatralna.

3) BRAK SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU - NIESPEŁNIENIE WARUNKÓW W ZA SYTUACJI EKONOMICZNEJ I FINANSOWEJ

Oprócz wskazanych zastrzeżeń powodujących unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej należy wskazać, że Wykonawca nie spełnia również warunków udziałów w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej bądź finansowej.

Wykonawca przedstawił polisę ubezpieczenia majątkowego Ergo Biznes nr 922000399838, która wygasła w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Termin ten jest ostateczny względem terminu oceny warunków. Zatem jednym dokumentem, który mógł weryfikować Zamawiający w ramach spełnienia warunków udziału jest złożona przez Wykonawcę AKINT wraz z ofertą polisa Ergo Biznes nr 922000399838.

Jak wskazuje rozpatrywana polisa obszarami objętymi ubezpieczeniem są:

Żaden z wyżej wymienionych PKD nie obejmuje realizacji prac projektowych, a co więcej nie obejmuje ochroną realizacji prac projektowych w wysokości 1 mln złotych.

Wykonawca AKINT sam uznał zasadność zarzutów Zamawiającego do polisy przedstawiając kolejne nowo wykupione polisy.

Niemniej jednak warunek udziału powinien być spełniony na dzień składania ofert, tj. na dzień, a nie na dzień 27.02.2024 r.

Wykonawca AKINT jest profesjonalnym podmiotem, który sam powinien weryfikować poprawność danych i dokumentów składanych w postępowaniach przetargowych a nie czekać na badanie takie czynione przez zamawiających publicznych.

Trudno uznać, że kwestionowane informacje nie zostały intencyjnie przekazane zamawiającemu. Wystarczające jest stwierdzenie nawet najmniejszego stopnia winy. Działanie Wykonawcy wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności czy niedbalstwa w przedstawianiu Zamawiającemu informacji, które miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu.

Między innymi zwracana jest uwaga na konieczność dołożenia należytej staranności przy sporządzaniu oferty oraz podkreślany jest zawodowy i profesjonalny charakter wykonawców. KIO 271/19 dot. art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy PZP z 2004 r. stanowiący odpowiednik art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – dopisek Odwołującego)

Podanie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym należy zakwalifikować jako lekkomyślność lub niedbalstwo właśnie przy uwzględnieniu obiektywnego wzorca profesjonalisty, jaki to przymiot posiada Wykonawca AKINT. Podobnie KIO 3309/20 i KIO 2457/19).

Zgodnie z art. 226 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia; Taka sytuacja zachodzi w tym przypadku.

Ponadto złożona przez Wykonawcę AKINT oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający, wzywając Wykonawcę AKINT SP. Z O.O. do przedstawienia dowodów w kwestii wyliczenia ceny kosztów oraz istotnych części składowych chciał uzyskać szczegółowe wyjaśnienia poparte dowodami odnośnie wyliczeń i analiz, jakich dokonał Wykonawca AKINT SP. Z O.O. Niestety w wyjaśnieniach złożonych przez wspomnianą firmę próżno szukać dowodów które były by w stanie potwierdzić zasadność ich wyjaśnień.

W tej sytuacji Zamawiający powinien unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonać ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego określonych w ustawie zasad udzielania zamówień interes Wykonawcy doznał uszczerbku, gdyż złożył on ofertę, spełniającą wszelkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ, a nie uzyskał zamówienia.

Z tych też powodów Odwołujący wniósł, jak na wstępie.

Zamawiający dnia 25 marca w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Stanowisko podtrzymał na rozprawie.

Uzasadnienie stanowiska zamawiającego.

1) Zarzut niezasadnego uznania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

BBC w treści odwołania, powołał twierdzenie, że wyjaśnienia AKINT w zakresie rażąco niskiej ceny oferty nie zawierają dowodów, co dyskwalifikuje ich treść i powinno stanowić podstawę ich nieuwzględnienia przez Zamawiającego. Prócz twierdzenia BBC w powyższym zakresie brak jest jakiegokolwiek wnioskowania, argumentów i dowodów potwierdzających, że stanowisko odwołującego BBC jest prawidłowe, a wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty AKINT są nieprawidłowe. Brak jest analizy tych wyjaśnień, która stanowiłaby podstawę do oceny, dlaczego uznanie tych wyjaśnień przez Zamawiającego jest prawidłowe.

To odwołujący obowiązany jest udowodnić swoje twierdzenia podnosząc zarzut w postępowaniu odwoławczym, czego w niniejszej sprawie nie uczynił.

Zamawiający pismem z dnia 18 grudnia 2023 r. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.; wezwał AKINT do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty. W treści wezwania Zamawiający wskazał, że cena oferty AKINT jest niższa o co najmniej 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP). Cena oferty AKINT wynosi: 636.771 zł. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu wynosi: 1.112.637,50 zł. Zatem cena oferty AKINT jest niższa o 42.77% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W związku z powyższym Zamawiający wezwał AKINT do wyjaśnienia czy oferta uwzględni wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy/OPZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia winny dotyczyć w szczególności (tu wskazano na treść art. 226 ust. 3 pzp)::

Zamawiający ponadto wskazał, że AKINT zobowiązany jest wykazać te okoliczności poprzez poparcie wyjaśnień dowodami oraz przypomniał, że zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

AKINT, pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. przedstawił wyjaśnienia w zakresie ceny oferty odnosząc się do wszystkich aspektów wezwania, wskazując na szczegółowe wyliczenie ceny i jej składowych, przedstawił posiadane urządzenia i planowany sposób realizacji zamówienia, przedstawił posiadane doświadczenie.

Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami (informacja o realizacjach, zdjęcia posiadanego sprzętu), które wykazały, że AKINT realizując zamówienie za zaoferowaną cenę, jest w stanie w sposób należyty wykonać jego przedmiot, przy uwzględnieniu wszelkich niezbędnych kosztów realizacji zamówienia oraz uzyskaniu zysku. Ocena zamawiającego odnosiła się do całej treści oferty, wiedzy i doświadczenia Zamawiającego, który uprzednio dokonał analizy rynku i szacowania wartości zamówienia. Wskazać zatem należy, iż w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty proces dowodzenia może przybrać inną postać, zgodnie ze stanowiskiem KIO: „Normy p.z.p. nie określają nawet przykładowego

katalogu dowodów, ponieważ jest on zależny od danego stanu faktycznego, istotnym zaś jest, aby złożone dowody właściwie potwierdzały treść danych wyjaśnień kalkulacji ceny. W tym zakresie także zamawiający nie zastąpi przystępującego – abstrahując od tego, czy w ramach zasad naczelnych p.z.p. zachowania równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zamawiający powinien zastępować kogoś z wykonawców – ponieważ dowody na indywidualne, szczególne warunki dostępne przedsiębiorcy siłą rzeczy posiada tylko ten podmiot. Dlatego to wykonawca powinien właściwie opisać i udowodnić przyjęty sposób kalkulacji ceny w ramach okoliczności prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawcy, gdzie wskazuje się na korzystne warunki, indywidualnie dostępne danemu przedsiębiorcy, co ma bezpośrednie przełożenie na wartość poszczególnych składników cenowych.” (wyrok KIO 3583/23).

Mając na uwadze obiektywne okoliczności przywołane w treści wyjaśnienia AKINT i wiedzę Zamawiającego o zasadach funkcjonowania rynku usług branży projektowej, Zamawiający uznał wyjaśnienia AKINT za prawidłowe.

W powyższym zakresie odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim obowiązkowi wykazania stawianego zarzutu: „O ile na wykonawcy, który zostanie wezwany do złożenia wyjaśnień przyjętego sposobu wyliczenia ceny, spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów. Aby skutecznie podważyć ocenę zamawiającego i wykazać naruszenie prawa, należałoby wskazać na błąd, jaki popełniła jednostka zamawiającego oceniając kalkulację przystępującego. Błąd ten musiałby być zauważalny, czyli możliwy do wyjaśnienia przez przyzmat zasad racjonalnej oceny i wówczas możliwe byłoby wykazanie, że starannie działający zamawiający oceniliby wyjaśnienia przystępującego (lub chociażby mógłby je ocenić) w sposób odmienny, niż zamawiający.” (KIO 2449/21).

2) Zarzut odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej

Pismem z dnia 1 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał AKINT na podstawie art. 274 ust. 1 PZP do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w Rozdz. X Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W odpowiedzi AKINT dnia 5 lutego 2024r. przekazał Zamawiającemu m.in. polisę wystawioną przez firmę Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z/s w Sopocie polisa ubezpieczenia majątkowego ERGO Biznes nr 922000399838, ze wskazaniem, że polisa jest wznowieniem polisy o numerze 922000049409. Wraz z polisą AKINT przedłożył potwierdzenie uiszczenia składki od ww. ubezpieczenia. Polisa obejmowała m.in. działalność w zakresie projektowania wielobranżowego - PKD 71.11.Z (działalność w zakresie architektury). Treść polisy oceniona została przez Zamawiającego negatywnie.

Pismem z dnia 27 lutego 2024r. Zamawiający wezwał AKINT m.in. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym w zakresie dokumentów potwierdzających spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, przypominając, że Zamawiający uzna za spełniony warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeżeli wykonawca wykaże, że: posiada ubezpieczenie od OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. w zakresie realizacji prac projektowych na sumę gwarancyjną nie niższą niż 1.000.000 zł.

AKINT przedłożył Zamawiającego wraz z pismem z dnia 29 lutego 2024r. m.in. polisę wystawioną przez firmę ERGO Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie ERGO Biznes nr 922000890096, stanowiącą wznowienie polisy o numerze 922000399838. Polisa obejmowała m.in. działalność w zakresie projektowania wielobranżowego - PKD 71.11.Z (działalność w zakresie architektury).

Wykonawca musi spełniać postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu od momentu złożenia oferty do momentu zawarcia umowy. Wraz z ofertą wykonawca składa oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy PZP, gdzie wskazuje, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Następnie, o ile jego oferta będzie najwyższej oceniona, zobowiązany będzie przedłożyć dokument na potwierdzenie spełniania warunku.

Zakres ubezpieczenia OC wymaganego na potrzeby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu nie musi w całości być zgodny z przedmiotem zamówienia. KIO konsekwentnie w swoim orzecznictwie wskazuje, że takie ubezpieczenie służy weryfikacji wiarygodności ekonomicznej wykonawcy i nie jest tożsame z ubezpieczeniem realizacji przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że ubezpieczenie OC ma być jedynie „związane” z przedmiotem zamówienia. Wystarczy, jeżeli ubezpieczona działalność wykonawcy będzie obejmowała jedynie w części zadania, jakie przyjdzie mu realizować w ramach zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO 430/20: „Data wystawienia dokumentu może (i najczęściej będzie) datą przypadającą po dniu składania ofert. Co istotne jednak, warunki udziału w postępowaniu oraz brak

przesłanek wykluczenia powinny być spełnione na dzień składania ofert i trwać przez cały okres postępowania, dlatego też dowody składane na potwierdzenie powyższych okoliczności mają być aktualne na dzień ich składania. Za wystarczające obecnie należy uznać przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania wniosków, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania wniosków (tu ofert) rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem składanym wstępnie w ramach JEDZ. Innymi słowy, oświadczenia lub dokumenty „aktualne” to takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia, czyli potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie terażniejszym) występuje.”

Stosownie do § 8 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia ministra rozwoju, pracy i technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych /.../ z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415, dalej jako „Rozporządzenie”) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać, w szczególności dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od OC cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

Zamawiający wskazuje, że już pierwsza Polisa OC wystawiona przez ERGO Hestia S.A. potwierdzała spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez AKINT, ponieważ polisa ta obejmowała wykonanie projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków, polisa opiewała na kwotę 1.000.000,00 zł, obejmowała okres ubezpieczenia od dnia 202302-27 do: 2024-02-26, a nadto była opłacona.

Złożona na wezwanie do uzupełnienia polisa OC, w ocenie Zamawiającego potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez AKINT. Mając na uwadze treść obu przedstawionych dokumentów (obu polis OC), należy uznać, że AKINT potwierdził, że już składając ofertę posiadał prawidłowe ubezpieczenie OC, a co więcej ubezpieczenie to kontynuowane jest na dalszy okres, co wskazuje na dobrą sytuację finansową AKINT.

Zatem działanie AKINT przez złożenie podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności ekonomicznej wypełniło prawidłowo dyspozycję § 8 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia, a Zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie przez AKINT postawionego warunku.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny spełniania przez AKINT warunku udziału w postępowaniu, a zarzut BBC w powyższym zakresie jest nieuzasadniony.

3) Zarzut odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej a) brak dowodu potwierdzającego należyte wykonanie umowy

BBC zarzuciło w treści odwołania, że „Zamawiający w treści SWZ wskazał, iż wraz z wykazem usług wymagał przedstawienia dokumentu w postaci referencji bądź innego dokumentu stwierdzającego należyte wykonanie usługi. Niemniej jednak Wykonawca AKINT SP. Z 0.0. nie przedstawił żadnego dokumentu, który wskazywał by na wykonanie należyte wskazanych w wykazie usług projektów.”. Ponadto BBC wskazał, że

„Rozpatrując projekt Zakłady Karnego w Trzebini należy stwierdzić, iż Protokół odbioru nie zawiera żądanych sformułowań potwierdzających należyte wykonanie usługi przez co nie może być uznawany za wypełnienie postanowień SWZ. List referencyjny wystawiony przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie, nie zawiera również stwierdzenia, iż prace zostały wykonane należyście.”.

Stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy /.../.

AKINT na wezwanie do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych złożył wykaz wykonanych usług wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie, m. in. protokół nr 2/2023 z posiedzenia komisji odbiorowej zatwierdzony przez Szefa RZI w Lublinie z dnia 24 października 2023 r. dotyczący oceny i zaopiniowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej na „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na remont budynku nr 1 w

kompleksie wojskowym w m. Lublin przy ul. Żwirki i Wigury.”.

Treść ww. dokumentu wskazuje, że: 1) dokumentacja projektowa wykonana przez AKINT na rzecz RZI w Lublinie na podstawie umowy nr 5.018/23/TP1/WEN, w ramach realizacji zadania: „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na remont budynku nr 1 w kompleksie wojskowym w m. Lublin przy ul. Żwirki i Wigury.”, podlegała szczegółowemu odbiorowi przez zamawiającego RZI w Lublinie;

2) dokumentacja została wykonana w terminie określonym umową (do dnia 24.10.2023r.);

3) przekazana dokumentacja była kompletna, wykonana zgodnie z umową i OPZ, nadawała się do akceptacji i skierowania do realizacji robót budowlanych.

4) komisja odbiorowa orzekła, że dokumentacja opracowana jest prawidłowo oraz spełnia wszystkie wymagania i warunki z punktu widzenia celu, któremu ma służyć, nie stwierdzono wad uniemożliwiających akceptację wykonanych opracowań.

W świetle przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Zamawiający zakwalifikował powyższy dokument do katalogu „inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane”. Wyżej opisany protokół jednoznacznie wskazuje, że AKINT prawidłowo wykonał na rzecz RZI w Lublinie usługę „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej na remont budynku nr 1 w kompleksie wojskowym w m. Lublin przy ul. Żwirki i Wigury.” – co potwierdzają podpisy członków komisji dokonującej odbioru tej dokumentacji, ale co najważniejsze podpis szefa RZI w Lublinie, który po merytorycznej ocenie prac AKINT przez komisję odbiorową, zatwierdził w imieniu tego zamawiającego postanowienia protokołu jako wiążące dla RZI w Lublinie.

Dalej AKINT, dla potwierdzenia należytego wykonania umowy w zakresie wykonania zamówienia na: „Wykonanie dokumentacji projektowej na budowę pawilonu penitencjarnego typu zamkniętego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Zakładzie Karnym w Trzebini” realizowanym na rzecz Skarbu Państwa – Zakładu Karnego w Trzebini, przedłożył list referencyjny z dnia 1 grudnia 2022r. podpisany przez Dyrektora Zakładu Karnego w Trzebini. W treści tego listu wskazano szczegółowe parametry inwestycji, a nadto zawarto oświadczenie, że: „Prace zostały wykonane w ramach umowy 071.1.27.2022, zawartej dn. 25.05.2022r., na łączną kwotę 341.940,00 zł brutto (...). Wartość inwestycji – 55 433 342,22 zł. Przyjęte na siebie zobowiązania zgodnie z powyższą umową firma Akint sp. z oo., wykonała zgodnie z obowiązującymi przepisami i w określonych terminach. Dokumentacja techniczna odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego.”.

W świetle przepisu § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Zamawiający zakwalifikował powyższy dokument do katalogu „referencji sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane”. Wyżej opisany list referencyjny jednoznacznie wskazuje, że AKINT prawidłowo wykonał zamówienie pn.: „Wykonanie dokumentacji projektowej na budowę pawilonu penitencjarnego typu zamkniętego wraz z infrastrukturą towarzyszącą w Zakładzie Karnym w Trzebini” realizowane na rzecz Skarbu Państwa – Zakładu Karnego w Trzebini.

Orzecznictwo KIO wskazuje na doniosłość referencji i potwierdzania przez nie należytego wykonania umowy. Referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia, a wykonawcy nie mają wpływu na ich treść, gdyż referencje wystawiane są przez podmiot od nich niezależny. Wiedzę na temat wykonanych usług może posiadać jedynie sam wykonawca oraz podmiot zlecający prace. Istotny jest zatem zakres wykonanych prac, a nie sposób w jaki zostały one opisane, czy też nazwane w referencjach.

Zamawiający wskazuje, że w procesie udzielania zamówień nie mamy do czynienia z procesem „formułkowym”, a zasady doświadczenia i brzmienie oświadczeń w dokumentach, należy interpretować stosownie do art. 65 § 1 i 2 kc.

Nie sposób zatem uznać, aby przedstawione przez AKINT dokumenty nie potwierdzały należytego wykonania, a zarzut w tej mierze uznać należy za chybiony.

b) niewłaściwe funkcje obiektów - sala koncertowa, sala teatralna

Parametry akustyczne Sali teatralnej a Sali koncertowej – od starożytności nie rozdzielano funkcji na sale koncertowe i sale teatralne choćby z powodu, że elementem teatru antycznego był chór, a więc i śpiew lub muzyka. Obecnie w obiektach o funkcji koncertowo/teatralnej stosuje się elementy strojenia przestrzeni w postaci różnego rodzaju elementów mechaniki

W Sali koncertowej Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach pomimo iż jest to sala typowo koncertowa zastosowane w niej nowoczesne elementy technologii akustycznej budowlanej i mechaniki sceny nie dyskwalifikują tego pomieszczenia jako przeznaczonego do prowadzenia koncertów. Opera na Zamku w Szczecinie –

opera jest formą teatru gdzie pomieszczenie teatru stanowi w trakcie jednego spektaklu i salę koncertową i salę teatralną i aspekty akustyczne dla obu elementów muzyka/spiew/dialog muszą być spełnione jednocześnie – w trakcie spektaklu kubatura Sali widowni nie zmienia się, nie są zmieniane właściwości akustyczne pomieszczenia.

Parametry techniczne pomieszczeń akustycznych jak sala teatralna i sala koncertowa lub podobne nie są zdefiniowane przepisami prawa a ich parametry w zakresie akustyki i kubatury pomieszczeń są wynikiową oczekiwań inwestora i jego możliwości technicznych i finansowych.

- budynek nie posiada wiodącej funkcji teatralnej

Teatralna funkcja wiodąca obiektu budowlanego odnosi się do głównego przeznaczenia danego budynku lub kompleksu budynków, które ma bezpośredni związek z działalnością teatralną. Może to obejmować różnorodne aspekty, takie jak przestrzeń do występów teatralnych, warsztatów, prób, jak również miejsca do organizacji wydarzeń kulturalnych i edukacyjnych związanych z teatrem. Funkcja ta określa podstawowe zastosowanie obiektu i kieruje jego projektowaniem, wyposażeniem oraz zarządzaniem.

W kontekście zamówień publicznych, gdzie zamawiający musi określić funkcję wiodącą obiektu, brak jednoznacznego przepisu prawa definiującego „teatralną funkcję wiodącą” może prowadzić do pewnych trudności. Jednak w celu zachowania zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji, zamawiający mogą interpretować to pojęcie w sposób rozszerzony. Zamawiający może dopuścić różne interpretacje funkcji teatralnej, aby nie ograniczać konkurencji.

Takie szerokie rozumienie pozwala na uwzględnienie różnorodnych form i metod działalności teatralnej oraz związanych z nią działań edukacyjnych i kulturalnych. Dzięki temu, projektując obiekt budowlany o funkcji teatralnej, można wziąć pod uwagę szerszy zakres działań, co może przyczynić się do stworzenia bardziej uniwersalnych i elastycznych przestrzeni, które lepiej odpowiadają na potrzeby użytkowników i społeczności lokalnej.

Mając na uwadze konieczność nieograniczania konkurencji, zamawiający sformułował wymagania w sposób umożliwiający udział w przetargu jak najszerszemu kręgowi wykonawców. Powinno to obejmować jasne i precyzyjne określenie oczekiwanych funkcji budynku, ale jednocześnie pozostawienie miejsca na kreatywne rozwiązania, które mogą lepiej służyć celom teatralnym i społecznym.

Wskazać należy, że odwołujący nie wykazał, że zamawiający naruszył przepisy PZP dokonując czynności w postępowaniu, a zatem zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Tym samym odwołanie, w ocenie zamawiającego, podlega oddaleniu w całości.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego AKINT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, złożył wniosek o oddalenie odwołania w całości.

I. Stwierdził że zarzuty odwołania zostały skonstruowane w sposób nieprawidłowy zawierając zamiast zarzutu wniosek niezgodny z interesem odwołującego. Błędy w konstruowaniu zarzutów obciążają odwołującego, nie podlegają poprawieniu ani uzupełnieniu, zatem odwołanie z przyczyn formalnych powinno zostać oddalone.

Stwierdził, co następuje.

1. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług

Jak wynika z dokumentów załączonych przez Przystępującego potwierdzają one należyte wykonanie usług. W przypadku listu referencyjnego Zakładu Karnego w Trzebini dyrektor zakładu wyraźnie wskazał, że „przyjęte na siebie zobowiązania zgodne z powyższą umową firma Akint sp. z o.o. wykonała zgodnie z obowiązującymi przepisami i w określonych terminach. Dokumentacja techniczna odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego”.

Oświadczenie dyrektora ZK w Trzebini zawiera element pozytywnej oceny wywiązania się z zobowiązania, odnosi się również do różnych elementów zobowiązania (terminy, przepisy, wymagania), ma zatem charakter kompleksowy i całościowo wskazuje na zadowolenie z wykonania usługi. Należyte wykonanie zamówienia nie może budzić wątpliwości. W sytuacji, w której usługa nie zostałaby wykonana należycie wzmianka o tej okoliczności z pewnością znalazłaby się w treści dokumentu.

Odnosząc się do usługi zrealizowanej na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie protokół nr 2/2023 z posiedzenia komisji obwodowej należy uznać za dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi. Treść tego dokumentu nie potwierdza wyłącznie fizycznej czynności odbioru lecz wskazuje na ogólną, merytoryczną ocenę wykonania przez Przystępującego zobowiązania w sposób należyty. Świadczą o tym następujące fragmenty tego protokołu: 1) Rozdział III OCENA MERYTORYCZNA:

a) „przedłożona dokumentacja opracowana została zgodnie z OPZ i zawartą umową”, b) „komisja nie stwierdziła niezgodności rozwiązań projektowych z obowiązującymi w przedmiocie zamówienia przepisami, normami, normatywami i wytycznymi”, 2) Rozdział IV WNIOSKI KOŃCOWE: a) „komisja orzeka, że dokumentacje pod względem rozwiązań technicznych opracowane są prawidłowo oraz spełniają wszystkie wymagania i warunki z punktu widzenia celu, któremu mają służyć”, b) „w ocenianej dokumentacji Komisja nie stwierdziła wad uniemożliwiających akceptację wykonanych opracowań”, c) „za opóźnienie w realizacji przedmiotu umowy zostaną naliczone kary umowne – nie dotyczy”.

Przytoczone fragmenty wskazują na kompleksowość oceny należytego wykonania zamówienia, odnoszą się zarówno do merytorycznej poprawności przekazanej dokumentacji, jak również do kwestii dotyczących realizacji umowy, wskazując na brak opóźnień, brak kar umownych. W zasadzie fragment potwierdzający zgodność z OPZ i zawartą umową byłby fragmentem wystarczającym do oceny należytego wykonania zamówienia. Protokół został podpisany przez członków komisji i zatwierdzony przez Szefa RZI w Lublinie, co bez wątplenia wyraża pozytywną ocenę zamawiającego dotyczącą wykonanego zamówienia.

Na marginesie należy podkreślić, że protokoły odbioru również mogą stanowić dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówienia. (KIO 833/18)/.../Zamawiający w prawidłowy sposób dokonał weryfikacji przedstawionego przez Przystępującego protokołu odbioru końcowego, uwzględniając fakt, że celem warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej było wykazanie się przez wykonawców doświadczeniem w realizacji określonego rodzaju dostaw, a nie innego rodzaju zadań.

Na marginesie należy wskazać, że w przypadku niedysponowania z przyczyn niezależnych dokumentem wystawionym przez usługobiorcę, przystępujący byłby uprawniony do złożenia oświadczenia własnego potwierdzającego należyte wykonanie usług.

Odwołujący pomylił się w uzasadnieniu odwołania twierdząc, że „rozpatrując projekt Zakłady Karnego w Trzebini należy stwierdzić, iż Protokół odbioru nie zawiera żądanych sformułowań potwierdzających należyte wykonanie usługi przez co nie może być uznawany za wypełnienie postanowień SWZ. List referencyjny wystawiony przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie, nie zawiera również stwierdzenia, iż prace zostały wykonane należyście”. W istocie wystąpiła sytuacja odwrotna, w zakresie dot. Zakładu Karnego w Trzebini Przystępujący przedłożył list referencyjny, natomiast w przypadku Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie protokół z posiedzenia komisji odbiorowej (nie referencje).

Nie jest słuszne stanowisko Odwołującego co do tego, że Zamawiający nie posiada już uprawnień do wzywania Wykonawcy AKINT do uzupełnień czy wyjaśnień w zakresie referencji, gdyż takie uprawnienie zostało już wykorzystane jednokrotnie. Nie jest to prawdą, ponieważ Zamawiający nie zakwestionował w postępowaniu potwierdzenia przez odbiorców usług należytego wykonania usług. Wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie dotyczyło tego zagadnienia.

2.Funkcje obiektów – warunek udziału w postępowaniu 2.1

Zakład Karny w Trzebini

Odwołujący twierdzi, że znajdowanie się budynku na terenach zamkniętych powoduje, że nie mogą być one uznawane za budynki użyteczności publicznej. Definicja zawarta w § 3 pkt 6 rozp. 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 jako „RWT” nie zawiera żadnego sformułowania wskazującego na „ogólnodostępność” budynku. Takie sformułowanie stanowiło element definicji budynku użyteczności publicznej w poprzednio obowiązującym rozporządzeniu, tj. Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 14 grudnia 1994r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. 1999 Nr 15, poz. 140) – „budynku użyteczności publicznej - rozumie się przez to budynek przeznaczony do wykonywania funkcji: /.../ oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji”.

Powyższe oznacza, że ogólnodostępność budynku nie jest w obecnym stanie prawnym wyznacznikiem zakwalifikowania budynku jako budynku użyteczności publicznej. Tę tezę potwierdza m. in. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 14 lipca 2011 r. (II SA/Bk 287/11), w którym Sąd uznał, że bez znaczenia dla zakwalifikowania budynku do kategorii budynku użyteczności publicznej jest czy dostęp do budynku mają osoby trzecie, czy wyłącznie pracownicy zatrudnieni w danym budynku.

Odnosnie zakwalifikowania zakładu karnego jako budynku zamieszkania zbiorowego należy przede wszystkim mieć na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie wykonania dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany w rozumieniu art. 35 ustawy Prawo budowlane, dotyczącej budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektu budowlanego o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej o łącznej pow. użytkowej min. 2.500 m² i kubaturze min. 10.000 m³.

Po pierwsze Zamawiający w żadnym miejscu w SWZ nie odniósł się do definicji budynku użyteczności publicznej wskazanej w § 3 pkt 6 RWT, lecz posłużył się sformułowaniem „objektu budowlanego o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej” – w ocenie Przystępującego definicja ma charakter szerszy niż definicja wyraz ona do § 3 pkt 6 RWT, ponieważ nawiązuje do funkcji, a nie do rodzaju budynku. Nawiązywanie przez Odwołującego do pojęć innych definicji niż § 3 pkt 6 zawartych RWT jest zatem bezprzedmiotowe.

Po drugie zamawiający w SWZ nie odwołał się do definicji obiektu budowlanego z art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 października 1994 r. Prawo budowlane, w konsekwencji powyższego zastosowanie powinna znaleźć interpretacja pojęcia „obiekt budowlany” wyrażona w art. 7 pkt 14 ustawy pzp, zgodnie z którym przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Niewątpliwie zakład karny jako całość, a więc w zakresie obu wykonanych budynków, tj. budynku zakwaterowania osadzonych oraz budynku administracyjno-ochronnego jako całość odpowiada powyższej definicji obiektu budowlanego. Budynek administracyjno-ochronny nie mógłby bowiem pełnić swojej funkcji samodzielnie bez związku z osadzonymi w zakładzie karnym, którzy przez większość czasu przebywają w budynku zakwaterowania. Również budynek zakwaterowania bez budynku administracyjno-ochronnego nie funkcjonowałby jako element zakładu karnego. Oba budynki jako całość stanowią obiekt budowlany w rozumieniu art. 7 pkt 14 ustawy Pzp, ponieważ tylko oba jednocześnie mogą samoistnie spełniać swoją funkcję gospodarczą. W konsekwencji zarówno budynek zakwaterowania jak i budynek administracyjno-ochronny są łącznie obiektem budowlanym o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej. Skoro więc jeden z budynków odpowiada wymaganiom Zamawiającego co do powierzchni i kubatury warunek udziału w postępowaniu należy uznać za spełniony.

Nie byłoby możliwe pełnienie funkcji gospodarczej zakładu karnego w sytuacji, gdyby te budynki zostały funkcjonalnie od siebie rozdzielone. Zakład karny jako całość jest obiektem budowlanym o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej. W zakładzie karnym odbywają się także widzenia bliskich z osadzonymi, co jednoznacznie wskazuje że obiekt budowlany jako całość pełni szerszą funkcję niż funkcja związana z zamieszkiwaniem zbiorowym, na którą wskazuje Odwołujący.

W dalszym zakresie co do funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej niewątpliwie pełniona przez zakład karny funkcja służy zaspokajaniu potrzeb ludności w zakresie bezpieczeństwa publicznego oraz służy użyteczności publicznej – w ocenie przystępującego są to „funkcje przeznaczone dla użyteczności publicznej” odpowiadające treści warunku udziału w postępowaniu. Na te funkcje przystępujący wskazywał w złożonych wyjaśnieniach.

Należy wskazać, że Zakład Karny w statystyce publicznej mieści się w kategorii dziedzin „Obrona narodowa, bezpieczeństwo wewnętrzne, wymiar sprawiedliwości”, które niewątpliwie stanowią funkcje przeznaczone dla użyteczności publicznej.

Teza dowodowa: Budynek zakładu karnego jest obiektem budowlanym przeznaczonym dla użyteczności publicznej.

O kwalifikacji zakładów karnych jako budynków użyteczności publicznej świadczą również informacje dostępne stronach internetowych, które kwalifikują zakłady karne jako obiekty użyteczności publicznej. (wskazano na zabytek.pl/pl/obiekty/....

Dowód fragment „Wykazu obiektów podlegających ochronie – dostarczanie ciepła na terenie województwa opolskiego” ze strony internetowej: www.gov.pl/web/uw-opolski/wykaz-obiektow-uzytecznosci-publicznej-podlegajacychochronie-przed-wprowadzanymi-ograniczeniami-w-dostarczaniu-ciepła-na-tereniewojewodztwa-opolskiego na której w wierszu 13 na pierwszej stronie wskazano Zakład Karny w Brzegu, określając go jako obiekt użyteczności publicznej wskazując jako przeznaczenie funkcję „wymiar sprawiedliwości”

Teza: Budynki zakładów karnych są kwalifikowane do budynków użyteczności publicznej

Przyjęcie interpretacji, że budynki zakładu karnego powinny zostać potraktowane osobno pod względem funkcji byłoby założeniem nieprawidłowym, ponieważ oba budynki należy traktować łącznie, spełniają funkcję użyteczności publicznej. Skoro więc oba budynki są ze sobą nierozdzielnie przez tę funkcję związane to obiekt budowlany jest obiektem o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej, a więc każdy z tych budynków również jest budynkiem o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej.

Wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu mogłaby wzbudzić w tym przypadku jedynie sytuacja, w której żaden z dwóch budynków nie spełniałby wymaganych parametrów co do powierzchni i kubatury. Skoro jeden z budynków odpowiada wymaganiom co do powierzchni i kubatury, a także jest częścią zakładu karnego, niewątpliwie warunek udziału w postępowaniu należy uznać za spełniony.

Przy rozumieniu warunku w sposób zaprezentowany przez odwołującego należałoby uznać, że zamawiający takim

rozumieniem warunku bezrefleksyjnie wyeliminowałby szereg usług projektowych proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia – np. szpital jako kompleks szpitalny, składający się najczęściej z kilku różnych budynków pełni bez wątplenia wskazaną w § 3 pkt 6 RWT funkcję ochrony zdrowia, często na jednym terenie składa się on z kilku budynków, w których znajdują się różne oddziały. Sztuczne rozdzielanie obiektu budowlanego na pojedyncze obiekty, które samodzielnie nie mogłyby pełnić funkcji użyteczności publicznej niweczyłoby sens weryfikacji doświadczenia wykonawcy w tym zakresie.

Przystępujący uzupełniająco wskazuje, że wszelkiego rodzaju dodatkowe elementy warunku ograniczające jego zakres, są na obecnym etapie niedopuszczalne. Zgodnie z poglądem w orzecznictwie wszelkie wątpliwości treści SWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy (m. in. KIO 3576/21; KIO 3213/21; KIO 1493/21).

2.2 Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Lublinie

Odwołujący twierdzi, że projekt zrealizowany dla RZI w Lublinie w żaden sposób nie wskazuje, że zawiera salę teatralną. Przystępujący wprost wskazał, że w ramach inwestycji zaprojektowana została sala, która będzie przeznaczona do funkcji teatralnej „część opracowania stanowił projekt sali koncertowej, która jednocześnie będzie pełnił funkcję sali teatralnej”. Należy więc wskazać, że funkcjonalność sali wykracza poza wymagania Zamawiającego określone w warunku.

Przytaczanie w treści odwołania parametrów dotyczących oświetlenia czy kurtyny pożarowej jest bezprzedmiotowe, ponieważ zamawiający nie wyszczególnił w treści warunku tych elementów. Co więcej, oderwanym od warunku jest powoływanie się przez odwołującego na § 233 ust. 1 pkt 1 RWT, zgodnie z którym stosowanie kurtyny przeciwpożarowej jest wymagane do oddzielenia widowni, o liczbie miejsc przekraczającej 600, od sceny teatralnej o powierzchni wewnętrznej przekraczającej 150 m² lub o kubaturze brutto przekraczającej 1.200 m³ – w warunku udziału w postępowaniu wymagana minimalna liczba miejsc wynosiła 200 osób a nie 600 osób, do czego nawiązuje przepis, który jest od warunku kompletnie oderwany.

Nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego, że „budynek nie posiada w ogóle sali teatralnej i w budynku nie są pełniona funkcja teatralna”. Przystępujący dysponuje oświadczeniem Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie wskazującym, że sala jest przeznaczona do organizowania spektakli teatralnych.

Dowód nr 6: oświadczenie Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie

Teza dowodowa: sala znajdująca się w budynku „Dom Żołnierza” jest salą przeznaczoną do organizowania spektakli teatralnych – funkcja teatralna.

W zakresie dotyczącym funkcji teatralnej należy wskazać, że w Polsce powszechnym jest i szeroko praktykowanym organizowanie spektakli teatralnych w salach koncertowych.

Przystępujący wskazuje, że w podobnym stanie faktycznym w KIO 2761/23 orzeczono pod względem kwalifikacji budynku biurowo-usługowego do kategorii „budynek użyteczności publicznej na potrzeby kultury”, wówczas odwołujący zarzucał, że skoro dominującą funkcją budynku jest funkcja biurowa nie należy kwalifikować tego budynku jako budynku użyteczności publicznej na potrzeby kultury. Izba nie zgodziła się z odwołującym i oddaliła odwołanie wskazując, że: w obiekcie referencyjnym znajduje się sala koncertowa, spełniająca pozostałe wymagania Zamawiającego w zakresie ilości miejsc siedzących, wyposażenia itd.”,

„z punktu widzenia postawionego warunku nie jest istotnym czy budynek użyteczności publicznej na potrzeby kultury jest budynkiem, w którym mieści się tylko i wyłącznie teatr, filharmonia czy rzeczona sala koncertowa tylko czy w ramach danego budynku mieści się/znajduje również teatr, filharmonia czy sala koncertowa”.

Zamawiający skonkretyzował w treści warunku w nawiasie definicję „wiodącej funkcji teatralnej” wskazując liczbę osób, jaka może zmieścić się w takiej sali. Dlatego też fakt, że w budynku znajdują się sale innego typu i o innym przeznaczeniu pozostaje bez znaczenia dla uznania warunku udziału w postępowaniu za spełniony przez Przystępującego.

W zakresie dotyczącym powierzchni należy wskazać, że warunek udziału w postępowaniu nie odnosił się do powierzchni sali teatralnej, a budynku użyteczności publicznej jako całości, na co wskazuje użyte sformułowanie „łącznej powierzchni użytkowej minimum 2.500 m² i kubaturze min 10.000 m³”. Oczywistym jest, że parametry są parametrami dotyczącymi całego obiektu budowlanego, a nie funkcji teatralnej, ponieważ:

1) są to te same parametry jak w przypadku warunku wskazanego w rozdziale VIII ust. 4 pkt 1 SWZ (w zakresie którego Przystępujący wskazał inwestycję Zakład Karny w Trzebini),

2) nie istnieje pojęcie powierzchnia użytkowa czy kubatura funkcji teatralnej (Odwołujący wskazuje na powierzchnię użytkową funkcji koncertowej) – parametry w ocenie Przystępującego należy odnosić do obiektu budowlanego, gdyż z brzmienia SWZ nie wynika, aby należało odnosić je do sali,

3) gdyby w warunku zamawiający wymagał powierzchni i kubatury w zakresie dotyczącym wyłącznie sali teatralnej, warunek zostałby sformułowany odmiennie i wprost.

Wywody Odwołującego co do nieprawdziwych informacji są pozbawione podstaw, już samo założenie co do wymagania „powierzchni funkcji teatralnej” jest obarczone błędem.

W zakresie dotyczącym nieprawdziwych informacji należy zauważyć, że Zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W postępowaniu wystarczające do przekazania było przesłanie zamawiającemu wykazu usług i referencji, a przystępujący chcąc wręcz nadmiarowo poinformować o usłudze przekazał dokumenty dodatkowe.

3. Dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia

Odwołujący błędnie zarzuca, że przystępujący na dzień składania ofert nie wykazał spełnienia warunku w zakresie dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przedłożenie na wezwanie innej polisy ubezpieczeniowej wynikało wyłącznie z tego, że polisa złożona z ofertą była ważna jedynie do dnia 26 lutego 2024 r. Przystępujący miał świadomość, że warunek musi być spełniony od dnia składania ofert aż do dnia wyboru oferty. Powyższe stanowiło przyczynę, z powodu której została złożona dodatkowa polisa. Zamawiający w wezwaniu z 27 lutego 2024 r. zwrócił się o uzupełnienie dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od OC – wezwanie dotyczyło zatem stanu aktualnego (czas terażniejszy) i nie odnosiło się do uzupełnienia odnoszącego się do okresu od dnia składania ofert do dnia 26 lutego 2024 r., tj. do dnia obowiązywania polisy złożonej na początku lutego 2024 r. Z treści wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, aby zamawiający wzywał do uzupełnienia w zakresie dotyczącym wcześniejszego okresu ubezpieczenia.

Niezależnie jednak od powyższego należy wskazać, że zakres ochrony ubezpieczeniowej wcześniejszej polisy potwierdzał posiadanie ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Powyższe potwierdza oświadczenie ubezpieczyciela. Dowód: oświadczenie potwierdzające ubezpieczenie OC.

Teza: Przystępujący dysponował na dzień składania ofert ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Należy również wskazać, że w przytoczonych w treści oświadczenia ERGO HESTIA w § 4 Warunków Ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej za Szkody Będące Skutkiem Uchybieńw Czynnościach Zawodowych z Zakresu Projektowania oraz Obsługi Inżynierskiej Procesu Budowlanego o symbolu: OC/OW054/1809nformacjach w § 4 ust. 2 wprost wskazano, że „ochrona ubezpieczeniowa jest świadczona na rzecz ubezpieczającego, o ile w umowie ubezpieczenia został on wskazany również jako ubezpieczony.

W polisie złożonej z ofertą Przystępujący został wymieniony jednocześnie jako ubezpieczający i ubezpieczony, dlatego też stosując § 4 ust. 2 warunków ubezpieczenia OC błędne jest twierdzenie, że nie posiadał na dzień składania ofert wymaganego ubezpieczenia. Usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia zawsze wykonują ludzie (a nie spółka) i przystępujący posługując się osobami skierowanymi do realizacji zamówienia ponosi za nich odpowiedzialność. Zgodnie z art. 822 § 1 kc „przez umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ubezpieczyciel zobowiązuje się do zapłacenia określonego w umowie odszkodowania za szkody wyrządzone osobom trzecim, wobec których odpowiedzialność za szkodę ponosi ubezpieczający albo ubezpieczony”. Skoro więc:

1)usług projektowych i nadzoru autorskiego nie wykonuje AKINT sp. z o.o. lecz czynności te zawsze wykonywane są przez osoby dysponujące odpowiednimi uprawnieniami,

2)ubezpieczenie obejmowało zarówno ubezpieczonego/ubezpieczającego AKINT sp. z o.o. oraz osoby, którymi podczas wykonywania usług projektowych się posługuje,

3)ERGO Hestia S. A. potwierdziło, że ubezpieczenie oc obejmuje też przystępującego AKINT, zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

4. Dowody dotyczące wyjaśnień ceny oferty

Należy wskazać, że zarzut nie odnosi się do treści złożonych wyjaśnień lecz braku dowodów.

AKINT jako dowody przedstawił wykaz wykonanych realizacji (aż 32 inwestycje o tożsamym z niniejszym przedmiocie zamówienia oraz informację roczną dla osoby ubezpieczonej potwierdzającą opłacanie składek na ubezpieczenie społeczne i ubezpieczenie zdrowotne.

Ponadto w samej treści wyjaśnień przystępujący „wkleił” fotografie potwierdzające posiadany i stosowany sprzęt (wybrane rozwiązania techniczne, które Zamawiający wskazał w wezwaniu do wyjaśnień), fotografie same w sobie są dowodami na posiadanie środków technicznych.

Zarzut dotyczący braku dowodów jest niesłuszny. Przystępujący wykazał, że cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia z dowodami wykazały Zamawiającemu realność ceny wskazanej w ofercie Przystępującego. Załączono dowody przywołane w piśmie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestników, biorąc pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu podniesionego wobec oceny wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, że wyjaśnienia te potwierdziły realność zaoferowanej ceny usługi. Zarzut dotyczący braku dowodów na okoliczności wskazujące na możliwości skalkulowania ceny stosunkowo niskiej jest niezasadny. W samej treści wyjaśnień wykonawca wskazał na dysponowanie własnym sprzętem technicznym stosowanym przy wykonywaniu prac projektowych, a tym samym brak kosztów zlecenia na zewnątrz usług szeroko rozumianych prac drukarskich.

AKINT, pismem z dnia 20 grudnia 2023 r. przedstawił wyjaśnienia w zakresie ceny oferty odnosząc się do wszystkich aspektów wezwania, wskazując na szczegółowe wyliczenie ceny i jej składowych, przedstawił posiadane urzędnienia i planowany sposób realizacji zamówienia, przedstawił posiadane doświadczenie.

Ocena zamawiającego w tym zakresie była prawidłowa, odnosiła się do całej treści oferty, wiedzy i doświadczenia Zamawiającego, który sam uprzednio dokonał analizy rynku i szacowania wartości zamówienia z należytą starannością.

Odnosnie do zarzutu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej odnoszącego się do wykazania dysponowaniem stosownych dokumentem ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej należy zauważyć, że AKINT dnia 5 lutego 2024 r. przekazał zamawiającemu polisę wystawioną przez firmę Sopotkie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z/s w Sopocie - polisa ubezpieczenia majątkowego ERGO Biznes nr 922000399838 (która to, zgodnie z opinią odwołującego, podlega ocenie), ze wskazaniem, że polisa jest wznowieniem polisy o numerze 922000049409. Wraz z polisą przedłożył potwierdzenie uiszczenia składki od ww. ubezpieczenia. Polisa obejmowała m.in. działalność w zakresie projektowania wielobranżowego - PKD 71.11.Z (działalność w zakresie architektury). W wyniku ponownego wezwania AKINT przedłożył Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 29 lutego 2024r. m.in. polisę wystawioną przez firmę ERGO Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie ERGO Biznes nr 92200089009€ stanowiącą, jak wyżej wskazano, wznowienie polisy o numerze 922000399838. Polisa obejmowała m.in. działalność w zakresie projektowania wielobranżowego - PKD 71.11.Z (działalność w zakresie architektury). Złożona na wezwanie do uzupełnienia polisa OC, w ocenie Izby potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze treść obu polis OC, należy uznać, że AKINT potwierdził, że już składając ofertę posiadał wymagane ubezpieczenie OC.

W tym zakresie brak jest odmiennego dowodu, w tym na okoliczność poświadczenia nieprawdy.

W zakresie potwierdzeń należytego wykonania umów referencyjnych, w ocenie składu orzekającego, brak jest podstaw do ich negowania. Protokół odbioru wykonanego zadania sam w sobie powinien być uznany, w braku odmiennych stwierdzeń, za potwierdzenie należytego wykonania usługi. Z żadnego przepisu prawa, w szczególności rozporządzenia wykonawczego do ustawy pzp nie wynika wymóg, by wymagane było użycie sformułowania o „należytych wykonaniu”. Praktyka w tym względzie jest utrwalona, co oznacza, że brak negatywnej oceny, ewentualnie brak sporów dotyczących wykonania umowy, w tym np. roszczeń o odszkodowanie lub kary umowne, uprawnia do stwierdzenia należytego wykonania.

Powyższe dotyczy obydwu realizacji wskazanych jako prace referencyjne przez AKINT z uwagą, że usługa na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Lublinie została wprost oceniona jako wykonana zgodnie z umową i OPZ, jako że w wiarygodnych dokumentach zamawiającego stwierdzono, że dokumentacja została wykonana w terminie określonym umową, była kompletna, nadawała się do akceptacji i skierowania do realizacji robót budowlanych, pod względem rozwiązań technicznych opracowana jest prawidłowo oraz spełnia wszystkie wymagania i warunki z punktu widzenia celu, któremu ma służyć, nie stwierdzono wad uniemożliwiających akceptację wykonanych opracowań.

Również list referencyjny Zakładu Karnego w Trzebini nie budzi wątpliwości co do oceny prawidłowości realizacji przez przystępującego umowy: „Dokumentacja techniczna odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego.”.

W odniesieniu do funkcji obiektów wymaganej jako wiodąca funkcja teatralna skład orzekający wyraża pogląd, że pojęcie powyższe stanowi opis o charakterze nieostrym i nie poddany regulacji prawnej. W takim stanie rzeczy poprawna jest ocena, zgodnie z którą funkcja teatralna może być uznana za spełnioną także przez sale koncertowe, a także sale w obiektach nazywanych kinoteatrem, jako miejscem, w którym odbywają się zarówno pokazy filmów na dużym ekranie, jak i przedstawienia teatralne oraz różnego rodzaju wydarzenia kulturalne na scenie. Nie ma także przeszkód by była to sala widowiskowa pełniąca taką funkcję.

Mając także na uwadze wymóg, by budynek posiadał wiodącą funkcję teatralną, należy zauważyć, że teatralna funkcja wiodąca obiektu budowlanego odnosi się do głównego przeznaczenia danego budynku lub kompleksu budynków, które ma bezpośredni związek z działalnością teatralną. Może to obejmować różnorodne aspekty, takie jak przestrzeń do występów teatralnych, warsztatów, prób, jak również miejsca do organizacji wydarzeń kulturalnych i edukacyjnych związanych z teatrem. Funkcja ta określa podstawowe zastosowanie obiektu i kieruje jego projektowaniem, wyposażeniem oraz zarządzaniem.

Także w tym względzie brak jest przepisu prawa definiującego „teatralną funkcję wiodącą”.

Dopuszczalna, a raczej uzasadniona jest interpretacja funkcjonalna i w tym zakresie względniejsza dla wykonawcy, w razie wątpliwości. Szerokie rozumienie pozwala na uwzględnienie różnorodnych form i metod działalności teatralnej oraz związanych z nią działań edukacyjnych i kulturalnych. Dzięki temu, projektując obiekt budowlany o funkcji teatralnej, można wziąć pod uwagę szerszy zakres działań, co może przyczynić się do stworzenia bardziej uniwersalnych i elastycznych przestrzeni, które lepiej odpowiadają na potrzeby użytkowników i społeczności lokalnej. W szczególności niezasadne jest oczekiwanie, by przeważająca powierzchnia lub kubatura obiektu miała dotyczyć wprost sali widowiskowej i sceny. Jak słusznie wskazał zamawiający jest to miernik nieadekwatny do rzeczywistości, jako że w praktyce udział powierzchni tych elementów w całości obiektu nie przekracza w praktyce 20%. Przystępujący wprost wskazał, że w ramach inwestycji zaprojektowana została sala, która będzie przeznaczona do funkcji teatralnej „część opracowania stanowił projekt sali koncertowej, która jednocześnie będzie pełnił funkcję sali teatralnej”. Zatem sala znajdująca się w budynku „Dom Żołnierza” jest salą przeznaczoną do organizowania spektakli teatralnych ergo pełni funkcję teatralną. Fakt, że sale koncertowe są wykorzystywane do spektakli teatralnych objęty jest notorią powszechną..

Odnosnie warunku pełnienia przez zaprojektowany obiekt funkcji użyteczności publicznej, co do którego wskazano Zakład Karny w Trzebini, należy stwierdzić, co następuje

Odwolujący twierdzi, że znajdowanie się budynku na terenach zamkniętych powoduje, że nie mogą być one uznawane za budynki użyteczności publicznej. Definicja w § 3 pkt 6 rozp. 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), (RWT) nie zawiera żadnego sformułowania wskazującego na „ogólnodostępność” budynku. Takie sformułowanie stanowiło element definicji budynku użyteczności publicznej w poprzednio obowiązującym rozporządzeniu, tj. Rozporządzeniu Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 14 grudnia 1994 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. 1999 Nr 15, poz. 140) – „budynek użyteczności publicznej - rozumie się przez to budynek przeznaczony do wykonywania funkcji: /.../ oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji”.

Zatem ogólnodostępność budynku nie jest w obecnym stanie prawnym wyznacznikiem zakwalifikowania budynku jako budynku użyteczności publicznej. Tę tezę potwierdza m. in. wyrok WSA w Białymstoku z dnia 14 lipca 2011 r. (II SA/Bk 287/11), w którym Sąd uznał, że bez znaczenia dla zakwalifikowania budynku do kategorii budynku użyteczności publicznej jest czy dostęp do budynku mają osoby trzecie, czy wyłącznie pracownicy zatrudnieni w danym budynku. Odnosnie zakwalifikowania zakładu karnego jako budynku zamieszkania zbiorowego należy przede wszystkim mieć na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie wykonania dokumentacji projektowej obejmującej projekt budowlany w rozumieniu art. 35 ustawy Prawo budowlane, dotyczącej budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektu budowlanego o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej o łącznej pow. użytkowej min. 2.500 m² i kubaturze min. 10.000 m³.

Wskazać należy, że zamawiający w SWZ nie odniósł się do definicji budynku użyteczności publicznej wskazanej w § 3 pkt 6 RWT, lecz posłużył się sformułowaniem „obiektu budowlanego o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej”, co oznacza, że definicja ma charakter szerszy, ponieważ nawiązuje do funkcji, a nie do rodzaju budynku.

Ponadto zamawiający w SWZ nie odwołał się do definicji obiektu budowlanego z art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 października

1994 r. Prawo budowlane, w konsekwencji powyższego zastosowanie powinna znaleźć interpretacja pojęcia „obiekt budowlany” wyrażona w art. 7 pkt 14 ustawy pzp. Niewątpliwie zakład karny jako całość, a więc w zakresie obu wykonanych budynków, tj. budynku zakwaterowania osadzonych oraz budynku administracyjno-ochronnego jako całość odpowiada powyższej definicji obiektu budowlanego. Budynek administracyjno-ochronny nie mógłby bowiem pełnić swojej funkcji samodzielnie bez związku z osadzonymi w zakładzie karnym, którzy przez większość czasu przebywają w budynku zakwaterowania. Oba budynki jako całość stanowią obiekt budowlany w rozumieniu art. 7 pkt 14 ustawy Pzp, ponieważ tylko oba jednocześnie mogą samoistnie spełniać swoją funkcję gospodarczą. W konsekwencji zarówno budynek zakwaterowania jak i budynek administracyjno-ochronny są łącznie obiektem budowlanym o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej. Skoro zatem jeden z budynków odpowiada wymaganiom co do powierzchni i kubatury warunek udziału w postępowaniu należy uznać za spełniony.

Zakład karny jako całość jest obiektem budowlanym o funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej. W zakładzie karnym odbywają się także widzenia bliskich z osadzonymi, co jednoznacznie wskazuje ze obiekt budowlany jako całość pełni szerszą funkcję niż funkcja związana z zamieszkiwaniem zbiorowym, na którą wskazuje odwołujący.

Co do funkcji przeznaczonej dla użyteczności publicznej niewątpliwie pełniona przez zakład karny funkcja służy zaspokajaniu potrzeb ludności w zakresie bezpieczeństwa publicznego i sprawiedliwości oraz służy użyteczności publicznej – w ocenie przystępującego są to „funkcje przeznaczone dla użyteczności publicznej” odpowiadające treści warunku udziału w postępowaniu.

Można przy tym wskazać, że zakład karny w statystyce publicznej mieści się w kategorii dziedzin „Obrona narodowa, bezpieczeństwo wewnętrzne, wymiar sprawiedliwości”, które stanowią funkcje przeznaczone dla użyteczności publicznej.

Wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu mogłaby wzbudzić w tym przypadku jedynie sytuacja, w której żaden z dwóch budynków nie spełniałby wymaganych parametrów co do powierzchni i kubatury. Skoro jeden z budynków odpowiada wymaganiom co do powierzchni i kubatury, a także jest częścią zakładu karnego, niewątpliwie warunek udziału w postępowaniu należy uznać za spełniony.

W zakresie dotyczącym nieprawdziwych informacji wystarczające jest przypomnienie, że Zamawiający nie przewidział fakultatywnej przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, co w konsekwencji oznacza bezprzedmiotowość zarzutu.

Z uwagi na dokonane ustalenia, Izba uznaje, że zamawiający dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny oferty odwołującego, nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 a oraz b w zw. z § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Jak wynika z art. 576 pkt 2 ustawy pzp limit kosztów ponoszonych na wynagrodzenie oraz wydatki może dotyczyć wyłącznie jednego pełnomocnika oraz nie może być wyższy niż 3 600 zł, co potwierdzone zostało w § 5 pkt 2 b rozporządzenia. W ramach tego limitu zalicza się zatem także pozostałe, oprócz wynagrodzenia koszty; w sprawie rozpatrywanej są to koszty noclegu pełnomocnika strony wynoszące wg spisu kosztów kwotę 610 złotych. Odrębnie jednakże potraktowane zostały koszty dojazdu pełnomocnika zważywszy, że jakkolwiek może budzić wątpliwość ich ocena jako inny koszt lub wydatek pełnomocnika wykraczający poza wyżej wskazany limit, wszelako, w rozporządzeniu został on odrębnie i poza limitem ustawowym wskazany w § 5 pkt 2 a jako uzasadnione koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę. Ponadto jako niezbędne i wynikające z ustawy o opłacie skarbowej uznano koszty opłat skarbowych od udzielonych pełnomocnictw.

Przewodniczący:.....