

WYROK
z dnia 29 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2023 r. przez odwołującego Sweco Polska Sp. z o. o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Szpital Wojewódzki w Poznaniu przy udziale wykonawcy Agencja Inwestycyjna Terra Sp. z o. o. i Wspólnicy Sp. K. w Poznaniu przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci oświadczeń własnych przystępującego dotyczących pełnienia funkcji inspektora nadzoru z poz. 2 - Szpital Powiatowy w Rawiczu i poz. 5 - Brzeskie Centrum Medyczne w Brzegu wykazu usług tj. naruszenia art. 128 ust. 1 i 6 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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) w zw. z art. 16 p.z.p., ewentualnie art. 128 ust. 4 i 6 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. w zw. z art. 9 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia w zw. z art. 16 p.z.p.,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Sweco Polska Sp. z o. o. w Poznaniu zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie
wyroku z dnia 29 maja 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1339/23

Zamawiający – Szpital Wojewódzki w Poznaniu ul. Juraszów 7/19, 60-479 Poznań, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pełnienie funkcji usługi Inspektora nadzoru nad robotami budowlanymi w ramach realizacji zadania pn.: „Budowa Centrum Medycyny Ratunkowej, Wielkopolskiego Lecznictwa Ambulatoryjnego i Rehabilitacyjnego wraz z obszarem przyjęć planowych oraz zapleczem socjalnym, magazynowym, technicznym i archiwalnym w Filii nr 1 Szpitala Wojewódzkiego w Poznaniu”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 14 marca 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00135226/01, zwane dalej „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 15 maja 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Sweco Polska sp. z o.o. ul. Franklina Roosevelta 22, 60-829 Poznań (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. 266 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez błędne ich zastosowanie, tj. poprzez przyznanie ofercie wykonawcy TERRA 21 punktów w kryterium „Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” wbrew zasadom opisanym w SWZ, które określały, iż dla przyznania punktów w w/w kryterium należało dołączyć do oferty wykaz doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, Zamawiający zaś określił, że nie ma w tym zakresie zastosowania art. 128 ust. 1 Pzp – zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SWZ, który to załącznik zawierał uwagę oraz definiował pojęcie „dowód potwierdzający należyte ich wykonanie”, że:

„Wykaz doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie ma być poparte dokumentem potwierdzającym, że została wykonana lub jest wykonywana należycie, w przeciwnym razie nie będzie brana pod uwagę przy przyznawaniu punktów w K-2 gdyż nie ma tu zastosowania art. 128 ust. 1 Ustawy. W załączniku: Dowody, że dostawy lub usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Stosownie do postanowień §1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dowodami tymi są: 1. Poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, 2. Oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1”,

co oznaczało, że w przypadku braku dołączenia poświadczeń pochodzących od podmiotów trzecich albo w przypadku niewykazania/nieudowodnienia, że brak takiego poświadczenia wynika z przyczyn uzasadnionych obiektywnymi względami niezależnymi od wykonawcy, doświadczenie takiej osoby nie mogło podlegać punktowaniu. Oferta wykonawcy TERRA takich poświadczeń dla osób ani też takich dowodów istnienia

obiektywnych przyczyn braku tychże poświadczeń nie zawierała, zatem zgodnie z zasadami opisanymi w SWZ ofercie tej powinno zostać przyznanych 0 punktów w przedmiotowym kryterium, a Zamawiający nieprawidłowo przyznał tej ofercie 21 punktów, co doprowadziło również do nieprawidłowego wyboru oferty TERRA jako najkorzystniejszej, mimo iż winna ona zostać sklasyfikowana w rankingu ofert na miejscu drugim, za ofertą Odwołującego;

- 2.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 128 ust. 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia w zw. z art. 16 Pzp (ewentualnie: art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 128 ust. 6 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia w zw. z art. 16 Pzp) poprzez ich niezastosowanie, tj. poprzez uznanie, że prawidłowym dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usług opisanych jako pozycja druga (dot. Szpitala Powiatowego w Rawiczu) oraz pozycja piąta (dot. Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu) w Wykazie Usług przedłożonym przez TERRA jest oświadczenie własne Wykonawcy, podczas gdy w/w przepis Rozporządzenia daje możliwość posłużenia się przez wykonawcę oświadczeniem własnym tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca z przyczyn od siebie niezależnych, nie jest w stanie pozyskać referencji lub innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego wykonywana była dana usługa, a TERRA nie udowodniła Zamawiającemu w toku Postępowania, że takie niezależne od niej przyczyny wystąpiły, poprzestając dla wykazania należytego wykonania usług opisanych jako pozycja druga (dot. Szpitala Powiatowego w Rawiczu) oraz pozycja piąta (dot. Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu) w Wykazie Usług na Załączniku nr 6 przedłożonym przez TERRA, na przedłożeniu oświadczeń własnych, Zamawiający zaś te nieprawidłowe dokumenty przyjął bezkrytycznie jako potwierdzające należyte wykonanie, bez zastosowania odpowiedniego wezwania do ich uzupełnienia, ewentualnie wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonych podmiotowych środków dowodowych i wykazania przez TERRA, że względem ww. usług zachodzi sytuacja, iż Wykonawca z przyczyn od siebie niezależnych nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane;
- 3.art. 128 ust. 4 Pzp w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez jego niezastosowanie, tj. poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do usługi wskazanej przez TERRA jako pozycja druga (dot. Szpitala Powiatowego w Rawiczu) w Wykazie Usług na Załączniku nr 6 przedłożonym przez TERRA, będącej usługą niezakończoną (co bezsporne): czy w istocie może ona potwierdzać posiadanie wymaganego doświadczenia, skoro w treści warunku opisanego w pkt 9.2.1) l.p. 1 ppkt b. na stronie 8 SWZ Zamawiający wskazał, że wymaga doświadczenia dla usług wykonanych (tryb dokonany), czyli usług zakończonych, a TERRA w dokumentach przedłożonych na wezwanie Zamawiającego nie wykazała, że w ramach tej wykonywanej usługi wartość nadzorowanych i wykonanych już robót przekroczyła wymagane 20 mln PLN brutto i/lub odpowiednio wykała, że przedmiotowa usługa polegająca na pełnieniu nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn. „Modernizacja budynku głównego Szpitala Powiatowego w Rawiczu” jest usługą powtarzającą się lub usługą okresową. Zamawiający zaniechał przeprowadzenia odpowiedniego badania wyjaśniającego dla tej usługi, choć powinien to uczynić w szczególności z uwagi okoliczności opisane w zarzucie zamieszczonym w pkt 2/ powyżej, jako że nie jest przesądzone czy TERRA prawidłowo uzupełniłaby/uzupełni dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi dot. Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu, a zgodnie z pkt 9.2.1) l.p.1 ppkt b. na stronie 8 SWZ wymogiem jest, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w co najmniej jednej usłudze dotyczącej budynku szpitala;
- 4.art. 128 ust. 4 Pzp (oraz ewentualnie art. 128 ust. 1 Pzp) w zw. z art. 266 Pzp w zw. z art. 16 Pzp poprzez ich niezastosowanie, tj. poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do usługi wskazanej przez TERRA jako pozycja pierwsza w Wykazie Usług na Załączniku nr 6 przedłożonym przez TERRA, a polegającej na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru Inwestorskiego przy realizacji inwestycji polegającej na budowie Ośrodka Kontroli Ruchu Lotniczego w Wysogotowie k/Poznań pod kątem tego, czy przedmiotową usługę można zakwalifikować jako usługę dotyczącą obiektu użyteczności publicznej, skoro sama jego nazwa własna oraz treść referencji wydanej przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej nie potwierdza jednoznacznie o tym, że jest to obiekt użyteczności publicznej, podczas gdy budynkowi temu, z racji jego specyficznej funkcji i charakteru, z przeznaczeniem dla służb kontroli ruchu lotniczego dla zapewnienia nadzoru nadzoru ruchu lotniczego na terenie Polski, a nie dla obsługi pasażerów w transporcie lotniczym (obsługi ruchu pasażerskiego w obrębie lotniska), nie można przypisać statusu budynku użyteczności publicznej. Zamawiający bezrefleksyjnie uznał natomiast tę inwestycję za usługę dotyczącą obiektu użyteczności publicznej o wartości robót przekraczającej 70 mln PLN brutto i nie zdecydował o przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego. Ponieważ nie jest przesądzone jaki byłby/będzie wynik przeprowadzenia takiego badania, uzasadnione jest zarzucenie Zamawiającemu, jako zarzut ewentualny, zaniechania wezwania TERRA do uzupełnienia Wykazu Usług oraz dokumentu potwierdzającego należyte jej wykonanie, o usługę potwierdzającą spełnianie warunku udziału w Postępowaniu opisaną w pkt 9.2.1) l.p. 1 ppkt a. na stronie 8 SWZ dotyczącą: jednej usługi wielobranżowego nadzoru inwestorskiego nad robotą budowlaną polegającą na wybudowaniu nowego budynku – jednego obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 8000 m² i wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 70.000.000,00 zł brutto;

a w związku z zarzutami jak powyżej zarzucam również Zamawiającemu naruszenie:

5.art. 16 pkt 1-3) Pzp polegające na przeprowadzeniu Postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz bez zachowania zasady przejrzystości i proporcjonalności Postępowania;

6.art. 17 ust. 2 Pzp poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Agencja Inwestycyjna Terra Sp. z o. o i Wspólnicy Sp. K. w Poznaniu (dalej także jako „wykonawca TERRA”), dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem zasad przyznawania punktów w kryterium „doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” jak opisano w SWZ tj. poprzez nakazanie zamawiającemu przyznania ofercie TERRA 0 punktów w w/w kryterium, odpowiednio i/lub - w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania - dokonania ponownego badania, czy wykonawca TERRA spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wymaganego doświadczenia oraz czy prawidłowo wykazał posiadanie tego doświadczenia, w zakresie opisanym zarzutami odwołania oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Wniesiono także o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia, w zakresie zarzutu nr 1, odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z wymogami opisanymi we wzorze załącznika nr 7 do SWZ, dokumentami, które wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty jako dowody potwierdzające należyte wykonanie usług wskazywanych jako doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, na potrzeby uzyskania punktacji w kryterium pozacenowym były, cyt.: „stosownie do postanowień §1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane: 1/ Poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo 2/ Oświadczenie wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1”. Jakkolwiek ww. rozporządzenie nie obowiązuje od 2016 roku, jednak przyjęć należy, że poprzez odniesienie do treści tego aktu prawnego, zamawiający w swoisty sposób opisał, że żąda przedłożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających należyte wykonanie, zgodnie z ich rozumieniem - takim jak wyrażone w ww. rozporządzeniu. Tym samym, pod pojęciem „poświadczenia”, o którym mowa w pkt 1 należy rozumieć referencje czy inny tego rodzaju dokument pochodzący od podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonane (podmiotu będącego ich finalnym odbiorcą), nie zaś oświadczenie własne wykonawcy. Zamawiający zastrzegł również, że w razie braku poparcia wykazu doświadczenia dokumentami zgodnymi z ww. wymogami, takie doświadczenie nie będzie to brane pod uwagę przy przyznawaniu punktów w kryterium K-2 „doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia”.

W ocenie odwołującego, wedle powyższych wymogów określonych przez zamawiającego w SWZ wykonawca, celem uzyskania punktacji w kryterium pozacenowym, powinien zatem złożyć wraz z ofertą: a/ w pierwszej kolejności referencje bądź inny analogiczny dokument wystawiony przez podmiot zamawiający, na rzecz którego usługi wskazane w „wykazie doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia celem przyznania punktów w kryterium oceny ofert K-2” (załączniku nr 7) były wykonane; b/ dopiero jeśli nie jest w stanie ich (tych referencji bądź innych analogicznych dokumentów pochodzących od zamawiającego) uzyskać z przyczyn obiektywnych - oświadczenie własne wykonawcy. Wykonawca powinien jednocześnie jednak wykazać, że zaistniały okoliczności, które spowodowały możliwość skorzystania przez niego z tego rozwiązania, tj. że zaistniały okoliczności obiektywne uniemożliwiające uzyskanie stosownego poświadczenia.

Bezspornym jest natomiast, że wykonawca TERRA w odniesieniu do każdej z osób, której doświadczenie wskazano w załączniku nr 7, dołączył do oferty same oświadczenia własne i pomimo użycia w nich słowa „poświadczamy”, jest to niewątpliwie dokument mający charakter oświadczenia własnego, a nie poświadczenia w rozumieniu treści ww. rozporządzenia. Wykonawca nie wyjaśnił jednak w żaden sposób, jakie przyczyny obiektywne uniemożliwiły przedłożenie poświadczenia (referencji bądź innego analogicznego dokumentu). Zgodnie natomiast z wytycznymi zamawiającego, w razie braków w udokumentowaniu przedmiotowej kwestii, miał on pomijać takie doświadczenie przy punktacji. Zamawiający, wbrew regułom opisanym przez siebie w SWZ przyznał wykonawcy TERRA punkty w ilości 21 w przedmiotowym kryterium, a prawidłowo nie powinien był przyznać tej ofercie jakichkolwiek punktów w w/w kryterium.

W konsekwencji, gdyby zamawiający prawidłowo zastosował określone przez siebie zasady dokumentowania punktowanego doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia i zasady przyznania punktów w omawianym kryterium, łączna ilość punktów przyznanych ofercie wykonawcy TERRA powinna wynosić 75,87 pkt, na którą składałyby się następujące ilości punktów składowych (cena 75,87 pkt, doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia 0 pkt), więc powinna być sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 odwołujący podniósł, że w treści warunku udziału opisanego w pkt 9.2.1) l.p. 1 ppkt b. na stronie 8 SWZ zamawiający wyraźnie wskazał, że wymaga doświadczenia dla usług wykonanych (tryb dokonany), czyli usług zakończonych. W podmiotowych środkach dowodowych przedłożonych przez wykonawcę TERRA w dniu 28 kwietnia 2023 r. (wykaz usług), potwierdzono, że usługa wskazana jako pozycja druga w wykazie jest usługą nadal wykonywaną, jednak nie wykazano, że w ramach wykonywanej usługi wartość nadzorowanych i wykonanych już robót przekroczyła wymagane 20 milionów PLN brutto i/lub odpowiednio nie wykazano, że przedmiotowa usługa polegająca na pełnieniu nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn. „Modernizacja budynku głównego Szpitala Powiatowego w Rawiczu” jest usługą powtarzającą się lub usługą okresową.

Zdaniem odwołującego nie można usługi nadzoru inwestorskiego pełnionego w ramach modernizacji ściśle określonego obiektu budowlanego kwalifikować jako usługi ciągłej, ale jako usługę jednorazową. Zamawiający w toku postępowania zaniechał przeprowadzenia odpowiedniego badania wyjaśniającego dla tej usługi, choć powinien to uczynić, w szczególności nie mając pewności, czy w odniesieniu do innej wskazywanej przez wykonawcę TERRA usługi dotyczącej budynku Brzeskiego Centrum Medycznego w Brzegu wykonawca prawidłowo uzupełnił dokument potwierdzający należyte wykonanie tej usługi. Zgodnie bowiem z pkt 9.2.1) l.p. 1 ppkt b. na stronie 8 SWZ wymogiem jest, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w co najmniej jednej usłudze dotyczącej budynku szpitala. Tym samym usługa dotycząca Szpitala w Rawiczu może okazać się usługą krytyczną dla oceny czy TERRA spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w w/w punkcie SWZ. Powyższe według odwołującego oznacza, że nie można było uznać, bez przeprowadzenia stosownego badania, że usługa wykazywana pod pozycją drugą w wykazie usług może potwierdzać posiadanie wymaganego doświadczenia.

W zakresie zarzutu nr 4 podnoszono, że zamawiający poprzez postanowienie pkt 9.2.1) l.p. 1 ppkt a. na stronie 8 SWZ ustanowił warunek udziału w postępowaniu polegający m.in. na tym, że wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie publiczne muszą wykazać się doświadczeniem w wykonaniu jednej usługi wielobranżowego nadzoru inwestorskiego nad robotą budowlaną polegającą na wybudowaniu nowego budynku – jednego obiektu użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej co najmniej 8000 m² i wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 70.000.000,00 zł brutto.

W przedłożonym przez wykonawcę TERRA wykazie usług powołano usługę polegającą na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji polegającej na budowie Ośrodka Kontroli Ruchu Lotniczego w Wysogotowie k/Poznań. TERRA nie podała w przedmiotowym wykazie żadnych innych informacji dotyczących tego obiektu, w szczególności nie potwierdziła, że budynek podlegający nadzorowi inwestorskiemu objęty tą usługą jest obiektem użyteczności publicznej. Podobnie w treści złożonej przez TERRA referencji wydanej przez Polską Agencję Żeglugi Powietrznej nie znajduje się żadne potwierdzenie tego, że obiekt ten jest obiektem/budynkiem użyteczności publicznej. Zamawiający przyjął te informacje jako prawidłowe potwierdzające posiadanie doświadczenia w nadzorowaniu budowy budynku użyteczności publicznej, bez przeprowadzenia jakiegokolwiek dodatkowego badania w tym zakresie. W opinii odwołującego takie działanie było nieprawidłowe, gdyż chociażby już nazwa inwestycji może

budzić wątpliwości czy budynek posiada cechy i funkcje budynku użyteczności publicznej. Budynek przeznaczony jest dla służb kontroli ruchu lotniczego dla zapewnienia nadzorowania ruchu lotniczego na terenie Polski, a nie dla obsługi pasażerów w transporcie lotniczym (obsługi ruchu pasażerskiego w obrębie lotniska).

Na potwierdzenie wskazanych wątpliwości odwołujący przedłożył - decyzję nr 1/2018 z dnia 16 listopada 2018 r. wydaną przez Wojewodę Wielkopolskiego (IR-III.7820.17.2018.5) o zezwoleniu na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego pn.: Budowa Ośrodka Kontroli Ruchu Lotniczego w Poznaniu/Wysogotowie (dalej jako: „decyzja ZR1”). Podstawą prawną decyzji ZR1 była m.in. ustawa z dnia 12 lutego 2009 r. o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie lotnisk użytku publicznego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1380), dalej jako: „specustawa”. Specustawa, według najlepszej wiedzy odwołującego, ma służyć wydawaniu dokumentu równoważnego do pozwolenia na budowę w trybie specjalnym (zezwolenie na realizację inwestycji) - podobnie jak ZRID dla dróg, czy PNRI (dla rzek/budowli hydrotechnicznych).

Pojęcie: „lotnisko użytku publicznego” - jest to termin wprowadzony w/w specustawą i nie jest on (nie może być), zdaniem odwołującego, równoznaczny z pojęciem budynku (obiektu) użytku publicznego wg definicji Prawa Budowlanego oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Zgodnie ze specustawą, poprzez inwestycję w zakresie lotniska użytku publicznego rozumie się (1) budowę/przebudowę lub rozbudowę lotniska użytku publicznego lub (2) urządzeń i obiektów do obsługi ruchu lotniczego, a zgodnie z art. 2 pkt 8 ustawy urządzeniami i obiektami do obsługi ruchu lotniczego są „urządzenia i obiekty służące do realizacji przez PAŻP zadań w zakresie zapewnienia służb żeglugi powietrznej, zarządzania przestrzenią powietrzną oraz zarządzania przepływem ruchu lotniczego, a także lotnicze urządzenia naziemne zarządzającego lotniskiem”. W treści decyzji ZR1 - w uzasadnieniu zastosowania specustawy - organ definiuje inwestycję jako dotyczącą „budowę urządzeń i obiektów do obsługi ruchu lotniczego”, a ponieważ używa zwrotu „w związku z powyższym”, to dokładniej określa tę inwestycję jako urządzenia i obiekty służące do realizacji przez PAŻP zadań w zakresie zapewnienia służb żeglugi powietrznej, zarządzania przestrzenią powietrzną, zarządzania przepływem ruchu lotniczego, a także lotnicze urządzenia naziemne zarządzającego lotniskiem.

Powyższe oznacza, że nie można kwalifikować tej inwestycji jako budowy/przebudowy lub rozbudowy lotniska użytku publicznego, mimo że wydana decyzja zawierała ZR1 w zakresie lotniska użytku publicznego. Obiekt w treści decyzji został uznany za „urządzenia i obiekty służące do realizacji przez PAŻP zadań w zakresie zapewnienia służb żeglugi powietrznej, zarządzania przestrzenią powietrzną oraz zarządzania przepływem ruchu lotniczego, a także lotnicze urządzenia naziemne zarządzającego lotniskiem”, co poddaje w wątpliwość, że jest to obiekt/budynek użyteczności publicznej. Zamawiający bezrefleksyjnie uznał natomiast tę inwestycję za usługę dotyczącą obiektu użyteczności publicznej o wartości robót przekraczającej 70 milionów PLN brutto i nie zdecydował o przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego w zakresie tego, jakie w rzeczywistości funkcje ma ten budynek i jaki jest jego status oraz czy inwestycja wskazana przez wykonawcę TERRA istotnie odpowiada wymogom określonym przez zamawiającego w treści warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący dodał, że ponieważ nie jest obecnie przesądzone, jaki byłby/będzie wynik przeprowadzenia badania wyjaśniającego (w oparciu o przepis art. 128 ust. 4 p.z.p.) dla usługi wskazanej przez wykonawcę TERRA jako pozycja pierwsza wykazu usług, uzasadnione jest zarzucenie zamawiającemu także zarzutu ewentualnego zaniechania wezwania TERRA do uzupełnienia wykazu usług o usługę potwierdzającą spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisaną w pkt 9.2.1 l.p. 1 pkt a SWZ.

Zdaniem odwołującego analiza całości działań i zaniechań zamawiającego, które wykazane zostały w treści uzasadnienia wskazują jednoznacznie na fakt, iż postępowanie zostało przeprowadzone przez zamawiającego bez dochowania zasady przejrzystości, proporcjonalności, jawności oraz bez dochowania zasady równego traktowania wykonawców, a preferowanym przez zamawiającego wykonawcą wydaje się być wykonawca wybrany, czym należy tłumaczyć brak wnikliwości w ocenie wszystkich oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawcę TERRA i wadliwe przyznanie mu nienależnych punktów w kryterium pozacenowym, co uzasadnia zarzut nr 5 i 6 odwołania.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, że zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie naruszenia art. 128 ust. 1 p.z.p., tj. braku wezwania przystępującego do uzupełnienia, ewentualnie wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonych podmiotowych środków dowodowych w zakresie złożonych oświadczeń dotyczących pełnienia jednej usługi inspektora nadzoru (obejmującej wielobranżowy nadzór inwestorski) przy realizacji zadania w budynku szpitalnym, który swym zakresem obejmowało wykonanie co najmniej robót ogólnobudowlanych, elektrycznych, sanitarnych, pomimo iż przystępujący nie wykazał, że z przyczyn od siebie niezależnych nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, oraz wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym 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 ustnie 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 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 skutkowało by odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Agencja Inwestycyjna Terra Sp. z o. o i Wspólnicy Sp. K. ul. Botaniczna 24/3, 60-586 Poznań (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie, zaś przystępujący nie wniósł sprzeciwu w tym przedmiocie, zatem Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania – zgodnie z pkt 1 tenoru sentencji wyroku.

W pozostałym zakresie, którego dotyczy rozstrzygnięcie merytoryczne, Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych co do: 1) prawidłowości przyznania przystępującemu punktacji w kryterium doświadczenia personelu na podstawie wykazu kadry, wobec niezłożenia środków dowodowych potwierdzających to doświadczenie, pochodzących od podmiotów

trzecich, 2) zaniechania wezwania przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 p.z.p. do złożenia wyjaśnień w zakresie poz. 2 wykazu usług, 3) zaniechania wezwania przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 p.z.p./art. 128 ust. 1 p.z.p. do złożenia wyjaśnień/zupełnienia w przedmiocie poz. 1 wykazu usług; a w konsekwencji 4) naruszenia zasad naczelných p.z.p. określonych w art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz art. 17 ust. 2 p.z.p.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zasługują na uwzględnienie, więc rozpoznawane odwołanie zostało oddalone.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez błędne przyznanie ofercie przystępującego 21 punktów w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (zarzut nr 1) Izba wskazuje, że w SWZ zamawiający ustanowił wymóg potwierdzenia punktowanego doświadczenia personelu poprzez oświadczenie wykonawcy – wykaz doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (załącznik nr 7 do SWZ), w treści którego wymagano poparcia wskazanego doświadczenia dokumentem potwierdzającym, że usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie, w przeciwnym razie nie będzie brana pod uwagę przy przyznawaniu punktów w kryterium, gdyż nie ma tu zastosowania art. 128 ust. 1 p.z.p. Zamawiający dalej wskazał, że dowodem takim jest – stosownie do postanowień § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty mogą być składane – poświadczenie lub oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia (*vide* str. 2 wykazu doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia).

Mając na uwadze powyższą treść dokumentacji postępowania odwołujący podnosił, że zamawiający w sposób nieprawidłowy przyznał przystępującemu punktację w kryterium doświadczenia personelu, ponieważ punktowane doświadczenie nie zostało poparte właściwymi dowodami – przystępujący przedstawił wraz z wykazem doświadczenia kadry oświadczenia własne, kiedy zdaniem odwołującego powinien złożyć poświadczenia pochodzące od odbiorców usług. Według odwołującego nie wykazano także obiektywnych przyczyn pozwalających na złożenie dokumentów własnych zamiast poświadczeń.

Izba stwierdziła, że po pierwsze zamawiający w dokumentacji postępowania powołał się na nieaktualny akt wykonawczy, który obecnie zastąpiło rozporządzenie 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), w międzyczasie mieliśmy jeszcze rozporządzenie z 2016 r. Niemniej, powołana nieaktualna podstawa prawna nie daje zamawiającemu uprawnienia do postanowienia wymogu żądania dowodów na poparcie punktowanego doświadczenia. Zgodnie z brzmieniem uchylonego rozporządzenia, które zamawiający wskazał w załączniku nr 7 do SWZ, poświadczenie i oświadczenie własne odnoszą się do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, a nie do przyznawania punktacji w kryteriach oceny ofert. Dokumentacja jest zatem niespójna, ponieważ mamy nieobowiązującą podstawę prawną wskazującą na warunki udziału w przetargu oraz pozostałą treść wykazu doświadczenia kadry odnoszącą się do kryterium pozacenowego. Natomiast czym innym jest przyznawanie punktów w kryterium oceny ofert, a czym innym ocena minimalnych zdolności, które pozwalają na złożenie oferty w postępowaniu. Dokumentacja postępowania nie tylko wskazuje na uchylone normy, ale jest w różnych miejscach ze sobą sprzeczna. Zamawiający nie może także wymagać od wykonawcy dowolnych środków dowodowych, jeżeli nie ma jednoznacznego uprawnienia wynikającego z norm p.z.p. do ich żądania. Można wymagać niezbędnych dokumentów, ale należy rozróżnić podmiotowe środki dowodowe (wymagane do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu) i przedmiotowe środki dowodowe (art. 7 pkt 20 p.z.p.).

Nie wchodząc już w szczegółowe rozważania czego zamawiający mógłby, a czego nie mógłby wymagać, ponieważ dla rozstrzygnięcia sporu istotne jest czego wymagano w wiążącej SWZ, Izba stwierdziła, że tak ukształtowana dokumentacja postępowania – wobec jej rozbieżnej treści – nie może stanowić podstawy do żądania od wykonawców dowodów na posiadane doświadczenie, które oceniano w kryterium. Zamawiający popełnił błąd – nie dość, że mamy normy uchylonego rozporządzenia, to jeszcze wadliwe odniesienie do warunków udziału w przetargu w zakresie dokumentów dotyczących kryteriów.

Po wtóre, skoro nie ma jednoznacznej podstawy do żądania od wykonawców poświadczeń/dodatkových oświadczeń własnych, oprócz wykazu doświadczenia personelu, czyli wypełnionego załącznika nr 7 do SWZ, stwierdzona wada dokumentacji postępowania nie powinna obciążać przystępującego. Należy bowiem uwzględnić ukształtowaną w orzecznictwie zasadę, iż wszelkie niejasności/niezgodności w przedmiocie dokumentacji postępowania są tłumaczone na korzyść wykonawców, za linią orzeczniczą nakazującą interpretację oświadczeń woli na korzyść podmiotu, który jest tego oświadczenia adresatem. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 maja 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 SWZ 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". Skład orzekający stanowisko to podziela i przyjmuje za własne.

Odwołujący podnosił ponadto, że brak wymagania na obecnym etapie dowodów dotyczących punktowanego doświadczenia premiuje przystępującego i dochodzi do niedozwolonych zmian reguł gry w toku oceny ofert, kiedy treść dokumentacji postępowania była znana wszystkim wykonawcom składającym oferty. Ergo wykonawcy zgodzili się uczestniczyć w postępowaniu, gdzie wymagano środków dowodowych na potwierdzenie oceny w kryteriach, więc należy uwzględnić te postanowienia SWZ i nie można od nich obecnie odstępować.

Skład orzekający wyjaśnia, że w zasadzie rozstrzygnięcia niezgodności/niejasności postanowień SWZ na niekorzyść zamawiającego nie chodzi o to kto na tym zyska, a istotnym jest jego obciążenie zaistniałym błędem. Innymi

słowy, kluczowy jest brak możliwości przerwania na wykonawców negatywnych następstw z powodu wadliwego brzmienia dokumentacji postępowania, za której treść odpowiedzialność ponosi jej autor, a nie rozważanie komu błąd zamawiającego przynosi korzyści. Uwzględnić także należy, że odwołujący nie zdecydował się na doprowadzenie brzmienia dokumentacji postępowania (poprzez zadawanie pytań do SWZ czy wniesienie środka ochrony prawnej) do stanu zgodnego z normami p.z.p., a teraz chce, aby to jego premiować na podstawie wadliwej SWZ. W szczególności, iż odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że bez wymagania zamawiającego dotyczącego przedstawienia środków dowodowych na potwierdzenie doświadczenia punktowanego w kryterium byłby w stanie przedstawić większe doświadczenie, co pozwoliłoby mu uzyskać więcej punktów czy wygrać postępowanie. Nic takiego nie wynika ze złożonego przez stronę wykazu doświadczenia kadry (nie wskazano w nim doświadczenia, co do którego nie dołączono dowodów), i co istotniejsze odwołujący nie sprostął ciężarowi wykazania faktów, z których chciał wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne, pozostawiając swoje hipotezy jako gołosłowne deliberowanie. Jak również przyjmując stanowisko zamawiającego, że nie ma podstawy prawnej do stawiania takich wymagań (czynność prawna sprzeczna z normami p.z.p.), mamy częściową nieważność dokumentacji postępowania (art. 58 ust. 1 k.c. w zw. z art. 58 ust. 3 k.c.) gdzie *ex lege* pozostała treść SWZ pozostaje w mocy, zaś wymaganie innych środków dowodowych, niż wykaz doświadczenia kadry, jest nieważne.

Konkludując, w ustalonym stanie rzeczy przyznanie punktów w kryterium doświadczenia personelu może odbywać się wyłącznie na kanwie wypełnionego przez wykonawców załącznika nr 7 do SWZ, inne działanie byłoby bezpodstawne. Wobec braku podstawy do żądania jakichkolwiek środków dowodowych, oprócz wykazu doświadczenia kadry, ocena czy na potwierdzenie punktacji przystępujący miał prawo złożyć oświadczenia własne, z powodu uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze, które uniemożliwiły mu uzyskanie poświadczeń, stała się zbędna. Natomiast merytoryczna treść wykazu doświadczenia kadry przystępującego nie została zakwestionowana przez odwołującego, zatem nie ma powodu do obniżenia przystępującemu punktów przyznanych mu w przedmiotowym kryterium, zgodnie z żądaniem odwołania. Skoro zamawiający nie ma jednoznacznych podstaw do żądania poświadczeń/oświadczeń własnych odnośnie przyznawania punktacji w kryterium, to nie doszło w postępowaniu do naruszenia art. 239 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p., więc omawiany zarzut został przez Izbę oddalony.

W przedmiocie zarzutu nr 3 – naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w odniesieniu do usługi z poz. 2 wykazu usług przystępującego (pełnienie nadzoru inwestorskiego w ramach zadania pn. Modernizacja budynku głównego Szpitala Powiatowego w Rawiczu) dotyczącego zweryfikowania czy prawidłowo potwierdzono posiadanie wymaganego doświadczenia z pkt 9.2.1 l.p. 1 pkt b. SWZ – skład orzekający stwierdził jak niżej.

Należy przypomnieć, że postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Skutkiem skargowego charakteru postępowania jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne (art. 534 ust. 1 p.z.p.), więc to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że oświadczenia przystępującego zawarte w wykazie usług budzą obiektywne wątpliwości, które należałoby wyjaśnić. Zastosowanie trybu z art. 128 ust. 4 p.z.p. będzie zasadne wyłącznie wtedy, gdy istnieje uzasadniona wątpliwość dotycząca spełnienia wymogów określonych w warunku. Tak jak żądanie złożenia oświadczeń i dokumentów powinno być uzasadnione ich niezbędnością do przeprowadzenia postępowania, tak również wyjaśnianie środków podmiotowych składanych przez wykonawców nie może odbywać się bezpodstawnie. Ciężar obalenia rzetelności wykazu przystępującego rozłożony jest według reguł ogólnych, zaś odwołujący nie podjął nawet próby wykazania podnoszonych okoliczności i ograniczył się do wskazywania, że dopytałby konkurencję o okoliczności podane w odwołaniu. Zazwyczaj wykonawcy przedkładają stosowny materiał dowodowy (dokumenty uzyskane od odbiorców usług, materiały powszechnie dostępne, itp.), który Izba może ocenić np. w zakresie kwoty zrealizowanych robót, ich charakteru, czy innych istotnych elementów, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło. Skład orzekający zatem stwierdził, że odwołujący nie wykazał zaniechania zamawiającego dotyczącego braku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego dokumenty przystępującego w zakresie sprawdzenia czy wartość prac w spornej pozycji wykazu usług osiągnęła 20.000.000,000 zł brutto czy w zakresie charakteru tej usługi, nie udowodniono bowiem żadnych obiektywnych wątpliwości, które mogłoby zostać ocenione jako podstawa do stwierdzenia takiego zaniechania.

Skład rozpoznający spór podzielił także stanowisko zamawiającego, że również w tym zakresie mamy niespójność SWZ. Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła i stwierdziła, że brzmienie warunku dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej (pkt 9.2.1 l.p. 1 pkt b. SWZ) należy czytać łącznie z treścią podmiotowego środka dowodowego, którego wymagano na jego wykazanie. Zgodnie więc z dokumentacją postępowania, mamy odniesienie się do usług zakończonych, jak i usług trwających – na potwierdzenie warunku wykonawca miał złożyć wykaz usług wykonanych lub wykonywanych według wzoru z załącznika nr 6 do SWZ wraz z załączeniem dowodów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (*vide* str. 6-8 SWZ, str. 1-2 załącznika nr 6 do SWZ). Zatem tu także mamy treść SWZ, która jest niejednoznaczna z perspektywy odbiorcy, co powoduje skutki wskazane we wcześniejszej części uzasadnienia. (por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.06.2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 75/22 „Powstałe wątpliwości w zakresie interpretacji jej postanowień [SWZ - przyp. skład orzekający], w tym zawierających określenie warunków udziału w postępowaniu, nie mogą być rozstrzygane na niekorzyść wykonawcy, bowiem to zamawiający jest autorem tego dokumentu i to jego obciążają ewentualne negatywne konsekwencje braku jednoznaczności postanowień SWZ.”). Natomiast termin na zaskarżenie treści SWZ i polemikę z zamawiającym czy czynności określone w warunku muszą być zakończone (w tym jednorazowe, a nie ciągłe), czy mogą być usługą wykonywaną już upłynął (art. 515 ust. 2 pkt 2 p.z.p.).

Co istotne, zamawiający skutecznie uwzględnił zarzut zaniechania wezwania przystępującego w zakresie podmiotowych środków dowodowych dotyczących pełnienia usługi inspektora nadzoru, zatem rozpoznawany zarzut stał się także przedwczesny. Jak również doświadczenie wskazane w wykazie usług przystępującego jest znacznie szersze i nawet, gdyby dojść do przekonania, że usługa z poz. 2 wykazu mogłaby być wątpliwa, to mamy jeszcze wskazane inne usługi na potwierdzenie spełniania tego warunku (patrz poz. 5 wykazu usług), co stanowi barierę w uwzględnieniu odwołania ze względu na brzmienie art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p.

W konsekwencji powyższego, skład orzekający stwierdził, że nie wykazano, aby na obecnym etapie zamawiający naruszył art. 128 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 266 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p., więc zarzut nr 3 z *petitum* odwołania nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu także naruszenie art. 128 ust. 4 p.z.p. (ewentualnie art. 128 ust. 1 p.z.p.) w zw. z art. 266 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w

odniesieniu do usługi z poz. 1 wykazu usług przystępującego (pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji polegającej na budowie Ośrodka Kontroli Ruchu Lotniczego w Wysogotowie k. Poznania) dotyczącego zweryfikowania czy prawidłowo potwierdzono posiadanie wymaganego doświadczenia z pkt 9.2.1 l.p. 1 pkt a. SWZ(zarzut nr 4). W odwołaniu odnoszono, że w wykazie usług nie podano żadnych innych informacji dotyczących tego obiektu, w tym nie potwierdzono, że budynek podlegający nadzorowi inwestorskiemu objęty tą usługą jest obiektem użyteczności publicznej. Zdaniem odwołującego nie wynika to także z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi (referencja Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej w Warszawie z 31.03.2021 r.)

Izba wskazuje, że przez określony w przedmiotowym warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym legitymowania się posiadaniem odpowiedniej zdolności zawodowej, sporny budynek – 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. (tak § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U z 2022 roku, poz. 1225). Warto dodać, że do powyższej definicji odwoływały się zarówno strony, jak i uczestnik postępowania (tak str. 20-21 odwołania, str. 4 odpowiedzi na odwołanie i str. 7-8 stanowiska przystępującego), co zdaniem składu orzekającego jest działaniem prawidłowym. Osią sporu była natomiast ocena czy budynek zrealizowany na rzecz PAŻP mieści się w tej definicji.

Odwołujący, na podstawie złożonej przez siebie decyzji Wojewody Wielkopolskiego z dnia 16 listopada 2018 r., w przedmiocie zezwolenia na realizację inwestycji w zakresie lotniska użytku publicznego pn.: Budowa Ośrodka Kontroli Ruchu Lotniczego w Poznaniu/Wysogotowie, podnosił, że organ określa tę inwestycję jako urządzenia i obiekty służące do realizacji przez PAŻP zadań w zakresie zapewnienia służb żeglugi powietrznej, zarządzania przestrzenią powietrzną oraz zarządzania przepływem ruchu lotniczego, a także lotnicze urządzenia naziemne zarządzającego lotniskiem, a nie jako budowę/przebudowę/ rozbudowę lotniska użytku publicznego, mimo że wydana decyzja zawierała ZRI w zakresie lotniska użytku publicznego. Zatem zdaniem strony nie jest to obiekt dostępny dla obsługi pasażerów w transporcie lotniczym.

Skład orzekający stwierdził, że przy zakwalifikowaniu budynku, jako obiektu użyteczności publicznej, bez znaczenia jest, czy dostęp do niego mają osoby trzecie, czy wyłącznie pracownicy zatrudnieni w danym budynku (tak 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), więc argumentacja odwołującego o braku dostępu pasażerów do budynku nie stanowi podstawy do stwierdzenia, że sporna poz. 1 wykazu usług nie spełnia wymagań zamawiającego, ani nie jest uzasadnioną przesłanką do zastosowania trybu określonego w art. 128 ust. 4 p.z.p. i dopytania o te okoliczności przystępującego.

Dalej Izba stwierdziła, że odwołujący pominął, iż definicja obiektu użyteczności publicznej jest definicją bardzo pojemną, mieszczą się w niej nie tylko obiekty wprost wymienione przez ustawodawcę – wyliczenie w rozporządzeniu ma charakter przykładowy, ale również inne budynki przeznaczone do wykonywania podobnych funkcji. Co także istotne, zdefiniowano, że za obiekt użyteczności publicznej uznaje się budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej. Jak wskazano w przedłożonej przez odwołującego decyzji, co powtórzono na str. 23 odwołania, „Obiekt w treści decyzji został uznany za „urządzenia i obiekty służące do realizacji przez PAŻP zadań w zakresie zapewnienia służb żeglugi powietrznej, zarządzania przestrzenią powietrzną oraz zarządzania przepływem ruchu lotniczego, a także lotnicze urządzenia naziemne zarządzającego lotniskiem”. Zaś PAŻP jest jednostką sektora finansów publicznych, państwową osobą prawną, podległą organowi centralnej administracji rządowej, jej organ – prezesa, powołuje Prezes Rady Ministrów (art. 1 ust. 2, art. 2 ust. 1, art. 6 ust. 3 ustawy z dnia 8 grudnia 2026 r. o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej (Dz. U. z 2023 r. poz. 191)) i wykonuje zadania publiczne, w tym poza obszarem komercyjnego lotnictwa cywilnego, określone w art. 130 ust. 6 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. prawo lotnicze (Dz. U. z 2022 r. poz. 1235 ze zm.). Trudno zatem uznać, że budynek przeznaczony na realizację potrzeb PAŻP miałby nie mieścić się definicji obiektu użyteczności publicznej.

Nie ma przy tym podstaw, aby zawężać pojęcie administracji publicznej do siatki pojęciowej z ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2023, poz. 775), gdzie w art. 5 § 2 pkt 3 jest mowa o organach administracji publicznej, co odwołujący podnosił na rozprawie. Innymi słowy, znacznie upraszczając, nie znajduje uzasadnienia sprowadzanie administracji publicznej do organów, które obowiązane są stosować k.p.a., pomijając już, że agencja prowadzona w formie państwowej osoby prawnej jest organem administracji publicznej w znaczeniu funkcjonalnym, o charakterze państwowym. Niemniej, pojęcie administracji publicznej nie jest w sposób jednolity nawet zdefiniowane w doktrynie (np. mamy definicje: w ujęciu podmiotowym, przedmiotowym, przedmiotowo-podmiotowym, formalnym, negatywnym, pozytywnym, etc., szerzej J. Zimmermann, Aksjomaty administracji publicznej, Rozdział 1 O administracji publicznej, str. 17-60, WKP 2022, LEX), jest to pojęcie nieostre, bardzo szerokie, które takżenie posiada definicji legalnej i nie ma żadnych podstaw, aby sprowadzić je do organu administracji publicznej.

Jedynie dodatkowo warto dodać, że zgodnie ze złożoną przez przystępującego referencją nadzorem inwestorskim była objęta m.in. budowa trzykondygnacyjnego budynku głównego pełniącego funkcje biurowo-operacyjno-techniczne z salami operacyjnymi kontroli lotów i pomieszczeniami towarzyszącymi, kiedy obiektem użyteczności publicznej jest obiekt przeznaczony do funkcji wyliczonych w § 3 pkt 6 ww. rozporządzenia oraz inny budynek, przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, jak również budynek biurowy lub socjalny. Na zdjęciach z dowodu złożonego przez przystępującego, pochodzących ze strony internetowej wskazanej na str. 8 stanowiska procesowego, widoczne są pomieszczenia biurowe. Z dowodu także wynika, że budynek ten jest przeznaczony na potrzeby szkoleniowe, co jest spójne ze stanowiskiem odwołującego, że budynek ten jest przeznaczony dla służb kontroli ruchu lotniczego PAŻP.

Krótko również zaznaczyć należy, jak już wskazywano w zakresie uzasadnienia oddalenia zarzutu nr 3 odwołania, że skuteczne wykazanie zaniechania zamawiającego polegającego na braku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego treść wykazu usług lub referencji nie może sprowadzać się do gołosłownych, niepotwierdzonych wątpliwości. Odwołujący nie udowodnił żadnych obiektywnych okoliczności, które zamawiający powinien wyjaśnić w trybie art. 128 ust. 4 p.z.p., ani konieczności zastosowania art. 128 ust. 1 p.z.p. Treść zweryfikowanych oświadczeń i dokumentów w korelacji z brzmieniem dokumentacji postępowania także nie stanowi takiej podstawy.

Skład orzekający nie zgadza się także odwołującym, że w referencjach PAŻP powinno być wprost określenie, że

obiekt ten jest budynkiem użyteczności publicznej. Poświadczenie ma za zadanie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, wykonawcy nie mają wpływu na treść dokumentu wystawionego przez podmiot od nich niezależny, a zamawiający nie może żądać referencji o określonej treści. Celem złożenia referencji nie jest wykazanie spełnienia konkretnego warunku udziału w postępowaniu, lecz potwierdzenie/dostawy/roboty budowlanej przedstawionej tu w wypełnionym załączniku nr 6 do SWZ tj. wykazie usług. Poświadczenie i wykaz usług należy czytać łącznie, referencje nie muszą dokładnie wskazywać, jakie konkretnie elementy czy prace zostały wykonane w ramach danej umowy – takie informacje wykonawca wskazuje w wykazie. Zatem referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółowych informacji wymaganych w treści warunku, a powinny umożliwiać identyfikację referencyjnej usługi i uzupełniać wykaz o elementy potwierdzenia jej należytego wykonania (tak też § 9 ust. 1 pkt 2 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) gdzie wskazano, że w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać wykazu usług oraz załączenia dowodów, że usługi te zostały wykonane/są wykonywane należyście).

Rekapitulując, mając na uwadze bardzo szerokie zdefiniowanie budynku – obiektu użyteczności publicznej, fakt, że został on zrealizowany na rzecz PAŻP, w którym agencja wykonuje swoje zadania, brzmienie złożonej referencji i brak sprostania przez odwołującego ciężarowi udowodnienia okoliczności, z których wywodził korzystne dla siebie skutki prawne, Izba nie znalazła uzasadnionych podstaw do nakazania zamawiającemu wszczęcia postępowania wyjaśniającego, a tym bardziej wezwania przystępującego do uzupełnienia doświadczenia na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 9.2.1 l.p. 1 pkt a SWZ, co spowodowało oddalenie rozpoznawanego zarzutu.

Skład orzekający stwierdził dalej, że nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1-3 p.z.p. oraz zarzutu naruszenia art. 17 ust. 2 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 5 i 6 z *petitum* odwołania jako zarzuty bezpodstawne.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez skład orzekający 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 zd. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący:

.....