

WYROK

z dnia 1 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 30 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 15 maja 2023 r. przez wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Stadion w Zabrze Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu

przy udziale wykonawcy MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. siedzibą w Gliwicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od odwołującego BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Stadion w Zabrzu Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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) 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:

Sygn. akt: KIO 1352/23

Uzasadnienie

Stadion w Zabrzu Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrzu, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Dokończenie budowy stadionu im. E. Pohla w Zabrzu”, numer postępowania: SZ/ZP/2/2023.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 045-129818.

W dniu 15 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal Zabrze ewentualnie wobec zaniechania czynności wezwania ww. wykonawcy do uzupełnień podmiotowych środków dowodowych.

Kwestionując ww. czynności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy PZP w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal Zabrze, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania,

ewentualnie

2. art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 57 pkt 2) ustawy PZP w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy PZP w zw. z §9 ust. 1 pkt 1) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, poprzez zaniechanie wezwania Mostostal Zabrze do uzupełnień w zakresie odnoszącym się do inwestycji opisanej w ramach

pozycji 2 wykazu robót, tj. Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach, wskazanej celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zdefiniowanego w Dziale V pkt 3.2.1 SWZ, pomimo iż przedmiotowa inwestycja w istocie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Mostostal Zabrze i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania, ewentualnie wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia oferty w odniesieniu do wykazu robót w zakresie opisanym w treści niniejszego odwołania.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał, co następuje:

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w ramach warunku udziału w Postępowaniu wymagał legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem zawodowym polegającym na budowie obiektu kubaturowego o określonej kubaturze. Mostostal Zabrze w ramach swojego doświadczenia powołało się na inwestycję, tj. Centrum Przesiadkowe, oświadczając, że inwestycja ta jest obiektem kubaturowym o kubaturze 146.078,30 m³.

W ocenie Odwołującego, referencyjny obiekt budowlany, tj. Centrum Przesiadkowe, nie może być wskazane na spełnianie warunku udziału w Postępowaniu opisanego w Dziale V pkt 3.2.1 SWZ, bowiem układ sześciu zadaszeń nie może być potraktowany jako obiekt kubaturowy, jednocześnie, przyjmując nawet, że Centrum Przesiadkowe mogłoby w pewnym zakresie przedmiotu zamówienia być zakwalifikowane jako obiekt kubaturowy, to wyłącznie w zakresie rzeczywistych obiektów kubaturowych, tj. budynku głównego dworca autobusowego, budynku pomocniczego i tunelu, których łączna kubatura, zgodnie z informacjami pozyskanymi przez Odwołującego, wynosi 22.018 m³.

Odwołujący popierając postawioną przez siebie tezę powołał się na definicję kubatury brutto budynku, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (§3 pkt 24) oraz na treść Załącznika do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 r. poz. 553 ze zm.), w którym wskazano, że dla obiektów kategorii VIII (do której należy także obiekt referencyjny wykonawcy Mostostal Zabrze), nie podaje się kubatury w celu dokonania klasyfikacji.

Uwzględniając powyższe, zdaniem Odwołującego, aby zaistniała w ogóle fizyczna możliwość wyliczenia kubatury, niezbędne jest posiadanie przez obiekt ścian ograniczających otwartą przestrzeń, czego w odniesieniu do referencyjnego Centrum Przesiadkowego oczywiście nie ma.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 24 maja 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajęł Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zdaniem Zamawiającego zarzut nr 1 odwołania jest oczywiście przedwczesny, gdyż przed odrzuceniem oferty wykonawcy niezbędnym jest skorzystanie z dyspozycji art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

W zakresie zarzutu nr 2 wskazał, że referencyjna inwestycja była weryfikowana pod kątem jej zgodności z określonym w treści SWZ warunkiem udziału w postępowaniu, nie tylko poprzez przyjęcie oświadczenia wykonawcy Mostostal Zabrze, ale była przedmiotem dogłębnej analizy Zamawiającego, która potwierdziła spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający dodał, że w treści SWZ nie zostało zdefiniowane pojęcie obiektu kubaturowego. Definicja taka nie znajduje się również w żadnym akcie prawnym. Zdaniem Zamawiającego przywołane przez Odwołującego rozporządzenie reguluje m.in. kwestie obliczania kubatury, ale dotyczy wyłącznie budynków, a więc argumentacja Odwołującego oparta o przywołane akty prawne jest bezprzedmiotowa i nie może mieć odniesienia do spornej w niniejszej sprawie kwestii.

Zamawiający podkreślił, że poddał analizie orzecznictwo sądowe dotyczące wiaty oraz możliwości obliczenia kubatury dla takiego obiektu. Dominująca linia orzecznicza, na którą w treści odpowiedzi powołał się Zamawiający, nie jest więc zgodna z przyjętą przez Odwołującego tezą o braku możliwości przypisania kubatury wiacie.

Tak więc, Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Mostostal Zabrze uznał, iż oświadczenie złożone przez tego wykonawcę w wykazie robót, wskazujące na kubaturę obiektu - Centrum Przesiadkowe, wynoszące 146.078,30 m³ jest prawidłowe i nie ma żadnych przesłanek do zakwestionowania tej realizacji na poczet wykazania określonego w SWZ warunku udziału w postępowaniu.

Stanowisko Przystępującego:

Pismem z dnia 26 maja 2023 r. stanowisko w sprawie zajął wykonawca Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawiając stosowną argumentację.

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

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach, dalej jako: „Przystępujący”. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

I. Dowody Odwołującego:

- a. Decyzja Prezydenta Miasta Gliwice nr 587/2019 zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę i rozbiórkę na budowę inwestycji pn. „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach”,
- b. Opis techniczny nr 55619-1A-PB-MP-300, TOM II część ½ - wyciąg
- c. Część załącznika do ustawy Prawo budowlanego dotyczący kategorii obiektów budowlanych,
- d. Opis techniczny do projektu nr 55619-1A-PW-MP-1900, Budynek Główny – wyciąg,
- e. Opis techniczny do projektu nr 55619-1A-PB-MP-700, Budynek Pomocniczy – wyciąg,
- f. Opis techniczny do projektu nr 55619-1A-PW-MP-2800, Podziemne przejście dla pieszych – wyciąg,
- g. Rysunek pn. Zadaszenie Przekrój A-A Przekrój B-B,
- h. Rysunek pn. Elewacje, Obszar 1A,
- i. Rysunek pn. Zadaszenie Centrum Przesiadkowego, rzut dachu i przekrój poprzeczny,
- j. Opis techniczny do projektu nr 55619-1A-PB-MP-300, Tom II część 1/3 – wyciąg,
- k. Rysunek pn. Przekrój A-A,

Dowody od a) do k) złożone na okoliczności wskazane w treści odwołania.

- l. Dokumentacja archiwalna dotycząca postępowania na rozbudowę stadionu miejskiego im. Ernesta Pohla w Zabrzu na okoliczność tego, w jaki sposób Zamawiający rozumie obiekt kubaturowy, dla którego możliwe jest podanie parametru kubatury (Dowód nr 1 złożony w trakcie rozprawy),
- m. Opracowanie własne na okoliczność wskazania podobieństw i rozbieżności między referencyjnym zamówieniem Przystępującego, a przedmiotem niniejszego zamówienia (Dowód nr 2 złożony w trakcie rozprawy),
- n. Opinia prywatna na okoliczność tego, że wiata wykonana w ramach zamówienia referencyjnego

- wykazywanego przez Przystępującego nie może stanowić obiektu kubaturowego oraz nie można dla niego podać kubatury (Dowód nr 3 złożony w trakcie rozprawy),
- o. Rysunki na okoliczność tego, co należy rozumieć przez I stopień złożoności, do którego została zaliczona wiata (Dowód nr 4 złożony w trakcie rozprawy),
- p. Wizualizacje referencyjnego zamówienia wykazywanego przez Przystępującego na okoliczność rozbieżności w rozumieniu złożoności obiektów należących do kategorii I, a złożonością przedmiotu zamówienia, który ma być zrealizowany (Dowód nr 5 złożony w trakcie rozprawy),
- q. Opracowanie własne na okoliczność tego, że w ramach dokumentacji projektowej przy inwestycjach podobnych, jak inwestycja referencyjna Przystępującego nie wskazuje się kubatury (Dowód nr 6 złożony w trakcie rozprawy),
- r. Rysunek na okoliczność zaburzonych proporcji w obiektach referencyjnych Przystępującego oraz przedmiotu zamówienia (dowód nr 7 złożony w trakcie rozprawy)

II. Dowody Przystępującego:

- a. Projekt Budowlany, Branża Architektury, Konstrukcyjna, Elektryczna i Instalacyjna dla inwestycji o nazwie Katowicki System Zintegrowanych Węzłów Przesiadkowych – Węzeł przesiadkowy Brynów, Opis Techniczny – część architektoniczna,
- b. Projekt zagospodarowania terenu dla inwestycji o nazwie Katowicki System Zintegrowanych Węzłów Przesiadkowych – Węzeł przesiadkowy Brynów – A. Część Opisowa,
- c. Projekt Budowlany, Projekt Architektoniczny dla inwestycji o nazwie „Katowicki System Zintegrowanych Węzłów Przesiadkowych” – Projekt nr 3 – Węzeł „Ligota”, Numer tomu: 1, 4, Budowa zadania węzła przesiadkowego i obiektów małej architektury, Część opisowa,

Dowody od a) do c) złożone na okoliczności wskazane w treści pisma procesowego.

- d. Wizualizacja referencyjnego centrum przesiadkowego z zaznaczeniem brył, dla których została policzona kubatura,
- e. Opinia prywatna potwierdzająca, że dla referencyjnego obiektu kubaturę można wyliczyć i że jest to obiekt kubaturowy.

Przystępujący do wglądu przedłożył również normę PN-ISO 9836 pod nazwą Właściwości użytkowe w budownictwie. Określanie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych. Przystępujący powołał się na punkt 5.2.3 ww. normy zatytułowany Kubatura brutto budynków lub części budynków, które nie są zamknięte ze wszystkich stron stałymi przegrodami budowlanymi na całej wysokości, lecz są przykryte - na okoliczność tego, że w punkcie 5.2.3 norma określa zasady obliczania kubatury dla budynków, które nie są zamknięte.

Wydając rozstrzygnięcie Izba wzięła wszystkie przedłożone dowody, jednak oparła się tylko na niektórych z nich, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dokończenie budowy stadionu im. E. Pohla w Zabrze”, numer postępowania: SZ/ZP/2/2023.

Zgodnie z treścią Działu V pkt 3.2.1 SWZ Zamawiający zdefiniował warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wskazując, że: „Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie należycie wykonał w ramach odrębnym umów, co najmniej dwie (2) roboty budowlane polegające na budowie obiektu kubaturowego o kubaturze min. 35 000 m³, każda na kwotę co najmniej 30 000 000,00 zł brutto.”.

Celem wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Przystępujący przedłożył wykaz robót wskazując na dwie inwestycje, w tym w ramach pozycji nr 2 inwestycji: „Zachodnia Brama Metropolii Silesia – Centrum Przesiadkowe w Gliwicach”. Zgodnie z przedłożonym wykazem kubatura obiektu wynosi 146.078,30 m³, jej wartość to 124.372.322,05 PLN, w tym wartość robót budowlanych polegających na budowie obiektu kubaturowego 49.953.185,86 PLN brutto.

Inwestycja realizowana była od 27.08.2020 r. do 25.11.2022 r. przez Lidera Konsorcjum tj. Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A.

Uzasadnienie prawne:

Zdaniem Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu nr 1 Izba w pełni podziela argumentację Zamawiającego. Zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu przepisu art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Jeśli w określonym stanie faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek warunkująca stosowanie tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do odpowiednio złożenia, poprawienia lub uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów przed definitywnym odrzuceniem jego oferty. Zatem nawet w przypadku wykazania zasadności twierdzeń Odwołującego formułowanych w ramach zarzutu nr 2, przed odrzuceniem oferty Przystępującego Zamawiający miałby obowiązek wezwać go do uzupełnienia stosownych dokumentów.

Wskazać przy tym należy, że twierdzenia o celowym wprowadzeniu w błąd Zamawiającego poprzez podanie nieprawdziwych informacji nie znalazły się w treści odwołania. Zatem powoływany przez Odwołującego pogląd wyrażony w wyroku KIO z dnia 15 maja 2023 r. (KIO 1208/23) nie może znaleźć zastosowania z uwagi na zasadę związania zarzutami odwołania, wyrażoną w art. 555 ustawy PZP.

Przechodząc do zarzutu nr 2 wskazać należy, że spór w niniejszym postępowaniu odwoławczym sprowadzał się tak naprawdę do tego czy obiekt wskazany przez Przystępującego w ramach wykazu robót mieści się w pojęciu „objektu kubaturowego”, którym posłużył się Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu, jednocześnie go nie definiując.

Zdaniem Odwołującego powyższe nie jest możliwe, gdyż dla wiaty, niebędącej obiektem ograniczonym ścianami (czy też posługując się terminologią niżej wymienionego rozporządzenia: „przegrodami zewnętrznymi”), nie da wyliczyć się kubatury brutto zgodnie ze sposobem przyjętym w przepisie §3 pkt 24 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1225).

Z kolei zdaniem Zamawiającego i Przystępującego wyliczenie kubatury dla takiego obiektu jest możliwe, co oznacza, że wiatę zalicza się do obiektów kubaturowych, za które uznać należy, przy braku definicji w SWZ czy też w innym akcie prawnym, po prostu obiekt budowlany, któremu można przypisać parametr objętości (można go wyliczyć).

Izba w niniejszej sprawie przychyliła się do argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego i Przystępującego, tj. że wiatę można uznać za obiekt kubaturowy, o którym mowa w treści warunku udziału w postępowaniu, a tym samym nie ma podstaw do twierdzenia, że doświadczenie wykazane przez Przystępującego nie może służyć wykazaniu przez niego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w realizacji obiektu kubaturowego.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że odsyłanie przez Odwołującego do regulacji rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie nie może mieć odniesienia do zawistego sporu, gdyż ten akt prawny dotyczy tylko budynków, a co było niesporne między stronami – wiatę ma charakter budowli, a nie budynku. Po drugie, Zamawiający w treści omawianego warunku udziału w postępowaniu, ani w żadnym innym miejscu dokumentacji, nie odsyła celem zdefiniowania pojęcia obiektu kubaturowego lub sposobu obliczania jego kubatury do jakichkolwiek zewnętrznych dokumentów.

To samo dotyczy załącznika do ustawy Prawo budowlane, który określa kategorie obiektów budowlanych. To, że kubatura w stosunku do niektórych kategorii obiektów jest parametrem służącym zakwalifikowaniu ich do określonej kategorii obiektów nie oznacza, że obiekty z pozostałych kategorii te same kubatury nie posiadają. Zdaniem Izby świadczy to jedynie o tym, że z pewnych względów ustawodawca uznał, iż dla pewnych kategorii obiektów kubatura będzie najlepszym parametrem uzasadniającym ich zakwalifikowanie do określonej kategorii, a w przypadku innych obiektów będzie to inny parametr.

Następnie wskazać należy, że pojęcie „objektu kubaturowego” nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie prawnym. Próby zdefiniowania ww. pojęcia zostały podjęte m.in. przez orzecznictwo administracyjne oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w wyrokach licznie powoływanych w odwołaniu oraz pismach procesowych Zamawiającego i Przystępującego.

Izba przychyliła się do kierunku orzeczniczego prezentowanego przez Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którym wiaty może być uznana za obiekt kubaturowy, a tym samym parametr kubatury może być przypisany również innym od budynków obiektom budowlanym, w tym wiacie. Słusznie zdaniem składu orzekającego wskazała Izba w wyroku z dnia 1 czerwca 2020 r. KIO 529/20, że taka właśnie jest dominująca linia orzecznicza sądów administracyjnych, powołując m. in. wyroki WSA w Krakowie z dnia 14 lutego 2014 r. II SA/Kr 1527/13, WSA w Olsztynie z dnia 11 stycznia 2018 r. II SA/OI 630/17, WSA w Warszawie z dnia 25 listopada 2016 r. VII SA/Wa 2179/16, WSA w Warszawie z dnia 7 grudnia 2018 r. VII SA/Wa 839/18.

W świetle ww. orzecznictwa Izba dokonała także oceny przedstawionych przez strony dowodów uznając, że w szczególności dowody przedłożone przez Odwołującego nie wpływają na zapatrywanie o możliwości zakwalifikowania wiaty jako obiektu kubaturowego.

Powyższe zaprezentowany pogląd potwierdza treść Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2021 r., poz. 2458). W załączniku do ww. rozporządzenia pn. Wysokość i warunki przyjmowania wskaźnika procentowego $W\%$, w części I punkt 4 ppkt 1), wiaty są zaliczone do obiektów kubaturowych pierwszej kategorii złożoności.

Kolejnym argumentem dla uznania inwestycji referencyjnej wskazywanej przez Przystępującego dla wykazania warunku udziału w postępowaniu jest fakt, że także w Opisie Technicznym tejże inwestycji wskazana jest dokładna kubatura spornego zadania, co potwierdza jedynie, że wyliczenie jej jest możliwe.

Ponadto to, że dany obiekt jest otwarty i nie ograniczony ścianami nie oznacza, jak twierdzi Odwołujący, że nie można dla takiego obiektu policzyć kubatury. Na powyższe wskazuje choćby przywoływany przez Przystępującego punkt 5.2.3 normy PN-ISO 9836, który mówi o wytycznych liczenia kubatury brutto budynków lub części budynków, które nie są zamknięte ze wszystkich stron stałymi przegrodami budowlanymi na całej wysokości, lecz są przykryte. Mimo, że przedmiotowa norma odnosi się do budynków lub ich części, zawarte w niej wytyczne obalają twierdzenia Odwołującego, że kubatury dla obiektu nie ograniczonego ścianami zewnętrznymi nie da się policzyć.

Podsumowując, zdaniem Izby kubatura nie jest cechą przypisaną wyłącznie do budynków i innych obiektów zamkniętych, ale może być też obliczona dla innych obiektów, w tym dla wiat. W związku z powyższym nie ma podstaw by inwestycji referencyjnej wykazanej przez Przystępującego nie zaliczyć do kategorii obiektu kubaturowego, do której referował warunek udziału w postępowaniu. Powyższe prowadzi do wniosku, że zarzuty odwołania były niezasadne, a odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o §2 ust. 2 pkt 2 w zw. z §8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: