

Sygn. akt: KIO 671/23

WYROK
z dnia 24 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LECH” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**

w postępowaniu prowadzonym przez **Bydgoskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **Wegner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LECH” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LECH” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LECH” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** na rzecz **Bydgoskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** kwotę **3.527 zł 34 gr** (słownie: trzech tysięcy pięciuset dwudziestu siedmiu złotych trzydziestu czterech groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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

Bydgoskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie robót budowlanych - realizację zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej u zbiegu ulic Zygmunta Augusta i Rycerskiej w Bydgoszczy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 listopada 2022 r., nr 2022/S 211-605832.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 10 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LECH” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt. 8 i pkt. 10 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 117 ust. 1 Pzp z art. 124 pkt. 1 i pkt. 2 Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 Pzp w zw. z art. 128 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1-3 Pzp przez brak wykluczenia oferenta Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, który w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy:
 - 1) referencje oferenta przedłożone pierwotnie były w sposób nie spełniający warunków SWZ z naruszeniem XI ust. 5 pkt. 2 lit. a SWZ i w trakcie sprawy podważane przez samego Zamawiającego, i kwalifikowało go na wykluczenie; Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie spełniało wymagań postępowania określonych w IX ust. 1 i ust. 3 pkt. 1 SWZ — w momencie złożenia oferty budynek przedstawiony przez oferenta w kontekście posiadania doświadczenia posiadał jedynie kondygnacje nadziemne („Budynek mieszkalny Wielorodzinny I etap” — ul. Gryfa Pomorskiego 23”), w sytuacji gdy Pismem z dnia 01.02.2023 zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów w postaci wyciągu dokumentów, które „jednoznacznie opisują wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną”,
 - 2) w piśmie z dnia 06.02.2023 r. oferent wskazał jako dokumenty źródłowe stanowiące pakiet dokumentów opisany w załączniku do tegoż pisma, m.in. pismo projektanta z

dnia 06.02.2023 r. zawierające stwierdzenie „można uznać za kondygnację podziemną”, ale także pozostałych dokumentów istotnych dla oceny sprawy, co oznacza, że charakter tej kondygnacji jako podziemny jest wątpliwy i nie potwierdza spełnienia wymagań przez zamawiającego, co powinno prowadzić do wykluczenia; także w tym piśmie oferent powołał się na znowelizowane 8.12.2017 r. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, gdzie odnosi się do pkt. 17 i pkt 18 §3 w kontekście definicji kondygnacji podziemnej, z tym że przedstawiona znowelizowana definicja zaczęła dopiero obowiązywać w dniu 08.12.2017 r., podczas gdy budowy, na które powołuje się oferent wykazując spełnienie warunków przystąpienia do zamówienia publicznego otrzymały pozwolenia na budowę odpowiednio w dniach 02.08.2016 r. oraz 18.09.2017 r.,

- 3) w piśmie z dnia 06.02.2023 r. oferent przedstawił wyciąg z dokumentów jak w pkt. 2, które nie wskazywały na to, iż budynek mający potwierdzać posiadane doświadczenie przez oferenta miał posiadać kondygnację podziemną; przedstawione przekroje oraz widok elewacji nie udzielają informacji na temat tego, czy istnieje kondygnacja podziemna, co stanowi o przesłance wykluczenia, gdyż wymagane były dokumenty, które „jednoznacznie opisują wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną”, jednocześnie Zamawiający ocenił, że przedłożone dokumenty w piśmie z dnia 06.02.2023 r. nie spełniają dalej wymagań SWZ i pismem z dnia 10.02.2023 r. wezwał ponownie do złożenia wyjaśnień, tym samym drugie wezwanie stanowiło nadużycie przepisów Pzp albowiem Zamawiający po uzyskaniu niespełniających wymogów merytorycznych bezpodstawnie wezwał oferenta do uzupełnienia swojego pisma, sugerując niejako poczynione przez oferenta przedłożone nieprawidłowości, czym Zamawiający przekroczył ustawowe kryteria Pzp, naruszając zasady równego traktowania stron w postępowaniu, działając tym samym jednostronnie, automatycznie i schematycznie, chroniąc przy tym interes oferenta, który w konsekwencji wygrał przetarg; co stoi w sprzeczności z zasadą orzecniczą, iż „ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych może mieć miejsce - w określonym zakresie - tylko jednokrotnie” (wyrokiem KIO z 25.01.2022 r., KIO 56/22); taka forma przedstawienia dokumentacji przetargowej niezbędnej do rozstrzygnięcia przetargu świadczy wprost o naruszeniu art. 355 §1 i 2 kc w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 9 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp i niewątpliwie czynność złożenia takiego dokumentu w procesie przetargowym stała się czynnością przeważającą o tym, iż nastąpiły przesłanki mactwa proceduralnego i nierzetelności związanej z prawidłowością dokumentów i przebiegu postępowania,

- 4) zamawiający mimo braku spełnienia wymagań, stanowiących o przesłance wykluczenia, wezwał niezasadnie, z naruszeniem zasady zapewniania zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, mimo przesłanek faktycznych do wykluczenia, a nie formalnych do kolejnych uzupełnień, na które oferent pismem z dnia 14.02.2023 r. „w związku z zasygnalizowaną przez Zamawiającego rozbieżnością w treści referencji w załączeniu przedkłada wyjaśnienie finny „EBUD-Towarzystwo Budownictwa Społecznego” Sp. z o.o. oraz referencję z dnia 09.05.2022 w jej prawidłowym brzmieniu”,
- 5) nastąpiło rażące niedbalstwo po stronie Zamawiającego jak i oferenta, który wygrał przetarg, polegające na tym, że oferent przedstawił niejasne, nieczytelne i zmanipulowane dokumenty opisane jw., a Zamawiający wykazał się rażącym niedbalstwem i zaniechaniem poprzez to, że powtórnie wzywał oferenta do uzupełnienia dokumenty - obie strony obowiązywała podczas postępowania przetargowego szczególna staranność w działaniu, która jest obowiązkiem podmiotów profesjonalnych.

2. art. 109 ust. 1 pkt. 9 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. art. 355 § 1 i 52 k.c. poprzez brak wykluczenia oferenta Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, który bezprawnie pływał na czynności zamawiającego poprzez manipulacje dokumentami tj:

- 1) dokonanie korekty referencji z dnia 09.05.2022 r. przesłanej wraz z pismem z dnia 14.02.2023 r., która to zmiana nie miała charakteru modyfikacji oczywistej omyłki pisarskiej, lecz niedopuszczalnej wobec istotnego charakteru; w uzupełnieniu przedłożono nową antydatowaną referencję, która na ówczesnym etapie postępowania była nieuzasadniona; nowa referencja została stworzona na potrzeby postępowania, nie odzwierciedla rzeczywistego stanu faktycznego, stanowi nadużycie prawa podmiotowego stron i zaświadcza nieprawdę w celu uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia (które nastąpiło poprzez wybranie oferty jako najkorzystniejszej mimo zaistnienia przesłanek do wykluczenia oraz przedstawienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału zawierających nieprawdę), a w konsekwencji korzyści majątkowej,
- 2) w piśmie z dnia 06.02.2023 r. oferent wskazał jako dokumenty źródłowe pismo projektanta z dnia 06.02.2023 r. zawierające stwierdzenie „można uznać za kondygnację podziemną”, co oznacza, że charakter tej kondygnacji jako podziemny jest wątpliwy i nie potwierdza spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego, który oczekiwał dokumentów, które „jednoznacznie opisują wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną” co powinno prowadzić do

wykluczenia; dokument nie stanowi jednoznacznego zdania projektanta, który działa na zlecenie oferenta, co nie pozostaje również bez znaczenia,

- 3) oferent przedstawił jedynie wybiórcze strony projektu budowlanego budynku, pomijając pozostałą część projektu budowlanego, mającą istotne znaczenie dla kompleksowej oceny spełnienia warunków udziału w przetargu przez oferenta, gdyż budowa ta nie spełnia warunków opisanych w SWZ; nadto przedstawiona dokumentacja przez oferenta nie zawiera informacji o kondygnacji podziemnej i nie udziela w tym zakresie informacji, a takowe były wymagane do wskazania jako "jednoznaczne".

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert, a także wykluczenia oferty Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz jej ze względu na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w IX ust. 1 i ust. 3 pkt. 1 SWZ oraz XI ust. 5 pkt. 2 lit. a SWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że *Specyfikacja Warunków Zamówienia w IX ust. 1 stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej i zdolności technicznej lub zawodowej.* W tym samym rozdziale, ust. 3 pkt. 1 SWZ stanowi, że Zamawiający uzna za spełniony warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca, składający ofertę wykaże, że posiada doświadczenie w postaci wykonania: co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków zamieszkania zbiorowego, przy czym dwa ze wykazanych budynków muszą mieć łącznie powierzchnię użytkową mieszkalną (PUM) nie mniejszą niż 6.300 m², z podziemną halą garażową na co najmniej 40 stanowisk (dotyczy wybudowania budynków, które uzyskały zgodę na ich użytkownię w formie decyzji administracyjnej); przedmiotowe zamówienia winny zostać ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

W ocenie odwołującego istotnym zapisem dla przedmiotowej sprawie jest również zapis określony w XI ust. 5 pkt. 2 lit. a SWZ, iż *podmiotowe środki dowodowe żądane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (składane na wezwanie zamawiającego): w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda złożenia: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed*

upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Wzór wykazu zostanie przesłany wraz z wezwaniem do jego złożenia.

Odwołujący wskazał także, że w trakcie postępowania przetargowego Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania i postulaty wykonawców w dniu 01.12.2022 r. zmieniając część par. IX ust. 3 SWZ, który otrzymał brzmienie „Zamawiający uzna za spełniony warunek 1 w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli 1) Wykonawca, składający ofertę wykaże, że posiada doświadczenie w postaci wykonania: co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków zamieszkania zbiorowego przy czym dwa ze wykazanych budynków muszą mieć łącznie powierzchnię użytkową mieszkalną (PUM) nie mniejszą niż 6.300 m² z podziemną halą garażową na 40 lub więcej stanowisk (dotyczy wybudowania budynków, które uzyskały zgodę na ich użytkowanie w formie decyzji administracyjnej); przedmiotowe zamówienia winny zostać ukończone w okresie 5 lat przed pływem terminu składania ofert (...). lub 1) Wykonawca, składający ofertę wykaże, że posiada doświadczenia w postaci wykonania: co najmniej dwóch zamówień polegających każde na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego lub budynku zamieszkania zbiorowego o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 6.500 m² z podziemną halą garażową na co najmniej 40 stanowisk (dotyczy wybudowania budynków, które uzyskały zgodę na ich użytkowanie w formie decyzji administracyjnej); przedmiotowe zamówienia winny zostać ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert”.

Odwołujący wskazał także, że w postępowaniu Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy złożyło referencję opatrzoną datą 09.05.2022 r. Następnie w dalszym toku postępowania, pismem z dnia 01.02.2023 r. Zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy do uzupełnienia dokumentów, gdzie opisano, iż chodzi o przedstawienie udokumentowania, że podana w wykazie hala zgodnie z definicją warunków technicznych stanowi kondygnację podziemną; w ramach tego Zamawiający wymagał przedstawienia określonych dokumentów lub wyciągu z dokumentów, np. pozwolenia na

budowę, decyzji na użytkowanie lub opisu z projektu budowlanego poświadczonego pieczęcią Wydziału Administracji Budowlanej, które „jednoznacznie opisują wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną”.

Kolejno odwołujący wskazał, że wykonawca pismem z dnia 06.02.2023 r. odpowiedział na wezwanie wskazując jako dokumenty źródłowe pismo projektanta z dnia 06.02.2023 r. oraz wyciąg z dokumentacji w postaci: pierwszej strony projektu budowlanego dla I etapu Inwestycji tj. budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy, rysunku przekroju B-B budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy, rysunku przekroju A-A budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy, rysunku widoku elewacji zachodniej budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy, rysunku - parkingu poziomego piwnicy budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy. Pismo projektanta zawierało wzmiankę, iż „można uznać za kondygnację podziemną (...)” Natomiast, w ocenie odwołującego, pozostałe dokumenty nie wskazywały w przywołanej treści, iż budynek posiada kondygnację podziemną.

Zdaniem odwołującego, pierwsza strona projektu budowlanego oraz przekroje i widok elewacji nie udzielały informacji jednoznacznej o kondygnacji podziemnej ww. budynku.

Zdaniem odwołującego, na skutek niewystarczającego wyjaśnienia z dnia 06.02.2023 r. oferta „EBUD” Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy winna zostać odrzucona, a Wykonawca wykluczony. Tymczasem, Zamawiający pismem z dnia 10.02.2023 r. wezwał do kolejnych uzupełnień. Odwołujący wskazał, że wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych może mieć miejsce - w określonym zakresie – tylko jednokrotnie.

Kolejno odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na powyższe, „EBUD” - Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy pismem z dnia 14.02.2023 r. złożył wyjaśnienie firmy „EBUD-Towarzystwo Budownictwa Społecznego” Sp. z o.o. oraz referencje z dnia 09.05.2022 r.

Odwołujący wskazał także, że pismem z dnia 01.03.2023 r. oferent odpowiedział na kolejne wezwanie Zamawiającego, gdzie po raz kolejny oferent manipuluje zebrany i utrwalonym materiałem dowodowym z dokumentów. Odwołujący wskazał ponadto, że ogłoszeniem z dnia 02.03.2023 r., Zamawiający dokonał informacji o wyborze oferty i jako najkorzystniejszą wybrał ofertę „EBUD” - Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.

W uzasadnieniu prawnym odwołujący podniósł, że czynnościom zamawiającego zarzucić należy w pierwszej kolejności naruszenie art. 109 ust. 1 pkt. 8 i pkt. 10 Pzp w zw. art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 117 ust. 1 Pzp w zw. z art. 124 pkt. 1 i pkt. 2 Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 Pzp w zw. z art. 128 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt. 1-3 Pzp poprzez brak wykluczenia oferenta Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, który w wyniku zamierzonego działania wprowadził

Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący argumentował, że referencje oferenta przedłożone pierwotnie były w sposób nie spełniający warunków SWZ z naruszeniem XI ust. 5 pkt. 2 lit. a SWZ i w trakcie sprawy podważane przez samego Zamawiającego, i kwalifikowało go na wykluczenie. Budynek, który przedstawiał oferent dokumentacji posiadał tylko kondygnacje nadziemne w momencie składania ofert, a dotyczyły „Budynku mieszkalnego Wielorodzinnego — I etap” — ul. Gryfa Pomorskiego 23”, w sytuacji gdy Pismem z dnia 01.02.2023 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów w postaci wyciągu dokumentów, które „jednoznacznie opisują wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną”. Odwołujący wskazywał, że warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia muszą być spełnione na dzień składania ofert (nawet jeśli wraz z ofertą nie są wymagane inne dokumenty oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) i muszą trwać przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący argumentował, że w piśmie z dnia 06.02.2023 r. oferent wskazał jako dokumenty źródłowe stanowiące pakiet dokumentów opisany w załączniku do tegoż pisma, m.in. pismo projektanta z dnia 06.02.2023 r. zawierające stwierdzenie „można uznać za kondygnację podziemną”, ale także pozostałych dokumentów istotnych dla oceny sprawy, co oznacza, że charakter tej kondygnacji jako podziemny jest wątpliwy i nie potwierdza spełnienia wymagań przez zamawiającego, co powinno prowadzić do wykluczenia.

Odwołujący argumentował, że oferent również w piśmie z dnia 06.02.2023 r. powołał się na znowelizowane 8.12.2017 r. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, gdzie odnosi się do pkt. 17 i pkt 18 §3 w kontekście definicji kondygnacji podziemnej, z tym że przedstawiona znowelizowana definicja zaczęła dopiero obowiązywać w dniu 08.12.2017 r., podczas gdy budowy, na które powołuje się oferent wykazując pełnienie warunków przystąpienia do zamówienia publicznego otrzymał pozwolenia na budowę odpowiednio w dniach 02.08.2016 r. oraz 18.09.2017 r. Zdaniem odwołującego, oferent nie mógł skutecznie powoływać się na takowe rozumienie definicji kondygnacji podziemnej w odniesieniu do tychże budów, skoro pozwolenia na budowę zostały wydane de facto w innym stanie prawnym, odmiennie rozumiejącym pojęcie kondygnacji podziemnej.

Odwołujący argumentował także, że w piśmie z dnia 06.02.2023 r. oferent przedstawił wyciąg z dokumentów, które nie wskazywały na to, iż budynek mający potwierdzać posiadane doświadczenie przez oferenta miał posiadać kondygnację podziemną. Przedstawione przekroje oraz widok elewacji nie udzielają informacji na temat tego, czy istnieje kondygnacja podziemna, co stanowi o przesłance wykluczenia, gdyż wymagane były

dokumenty, które „jednoznacznie opisują wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną”.

Odwołujący podniósł także, że wiedzę na temat braku spełnienia warunków przez oferenta nabył poprzez zapoznanie z aktami - dokumentacją znajdującą się w Wydziale Administracji Budowlanej dot. budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego w Bydgoszczy na skutek uzyskania dostępu do informacji publicznej w dniu 07.03.2023 r. po uprzednim złożeniu wniosku w tym przedmiocie z dnia 02.02.2023 r. Zdaniem odwołującego, ich analiza wielokrotnie potwierdza, że budynek ten nie posiadał kondygnacji podziemnej, a jedynie kondygnacji nadziemne. Zdaniem odwołującego na uwagę zasługuje to, że w dokumentacji Wydziału Administracji Budowlanej dot. budynku, na który powołuje się oferent (przy ul. Gryfa Pomorskiego nr 23 w Bydgoszczy) znajdują się informacje potwierdzające, że budynek ten nie spełniał warunków pozwalających na udział oferenta, a są to:

- a) w tomie I na stronie 35 dokumentacji, na tabeli ukazującej podstawowe dane liczbowe budynku wskazano, że posiada ilość kondygnacji nadziemnych w przedziale 1-5, co oznacza, że wszystkie kondygnacje są nadziemne,
- b) w tomie I na stronie 39 znajduje się informacja w brzmieniu w pkt E.10: *„do kondygnacji parkingowej stanowiącej równocześnie pierwszą kondygnację nadziemną zjeżdżają windy przystosowane dla osób niepełnosprawnych”* oraz pkt E. 11.3 *„pomieszczenia techniczne znajdują się na poziomie parteru”*, co potwierdza że kondygnacja parkingowa jest kondygnacją nadziemną, a nie jak wymagana w przedmiotowym postępowaniu — podziemna,
- c) w tomie I na stronie 51 w rozdziale dot. warunków ochrony przeciwpożarowej dla budynku znajduje się informacja w brzmieniu w pkt F.1.1 *„budynek mieszkalny wielorodzinny z garażami w parterze”*,
- d) w tomie I na stronie 53 pkt F. 1.7- *„ze strefy pożarowej w garażu zapewniono co najmniej dwa wyjścia ewakuacyjne do klatek korytarzy”*, a na stronie 54 *„klatki schodowe w budynku w części nadziemnej nie wymagają oddymiania uwagi na nieprzekrozoną i dopuszczalną drogę ewakuacyjną długość 60 m”*,
- e) tom II na stronie 3 pkt 1.4 *„(...) budynek pięć kondygnacyjny nie podpiwniczony (garaż plus 4 kondygnacje mieszkalne),*
- g) na stronie 125 w zakresie rysunków schematów poziomów kondygnacji są nazywane poziomem P0, podczas gdy kondygnacje podziemne nazywane by były "p-1"
- h) tom III na stronie 2 pkt 1.1 - *„W projektowanym budynku wyodrębniamy następujące funkcje i obszary: - parking na poziomie parteru wraz z częścią techniczną”*
- i) Tom III rysunki - rysunki garażu nazywane są "poziomem 0"

- j) tom IV - dokument w dziale instalacje elektryczne pod nazwą spis zawartości opracowania zawiera punkt. Rysunki E-01 - Rzut parteru; wzmianki dot. parterów znajdują również w punktach 1.6, 1.9. , 1.10, oraz w treści opisu.;
- k) Tom IV rysunki - rysunki garażu nazywane są „parterem”
- l) tom V - : rozdział instalacje wentylacji garażu w pkt 2 zawarto wzmiankę: „*przedmiotem opracowania jest projekt budowlany instalacji wentylacji bytowej zamkniętego garażu nadziemnego w budynku mieszkalnym wielorodzinnym*” oraz w pkt. 3 „*budynek mieszkalny wielorodzinny jest obiektem niepodpiwniczonym, pięciokondygnacyjnym z garażem zamkniętym na poziomie parteru z sześćdziesięcioma dwoma stanowiskami garażowymi. Budynek posiada dwie klatki schodowe oraz dwa szyby dźwigowe. Do garażu prowadzi jedna brama garażowa, stanowiąca drogę wjazdową i wyjazdową z garażu*”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający mimo braku spełnienia wymagań przez oferenta, gdyż ocenił że przedłożony pakiet dokumentów pismem z dnia 06.02.2023 r. nie spełnia dalej wymagań SWZ i pismem z dnia 10.02.2023 r. wezwał niezasadnie ponownie do złożenia wyjaśnień. Odwołujący argumentował, że w piśmie tym sugerowano oferentowi poczynione niejako nieprawidłowości, czym przekroczono ustawowe kryteria określone w Pzp z naruszeniem zasady zapewniania zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, mimo przesłanek faktycznych do wykluczenia, a nie formalnych — do kolejnych uzupełnień, na które oferent pismem z dnia 14.02.2023 r. złożył wyjaśnienie firmy „EBUD-Towarzystwo Budownictwa Społecznego” Sp . z o.o. oraz referencję z dnia 09.05.2022 r.

Według odwołującego, zamawiający naruszył zasady równego traktowania stron w postępowaniu, działając jednostronnie, automatycznie i schematycznie, chroniąc tym samym interes oferenta, który w konsekwencji wgrał przetarg. Nastąpiło rażące niedbalstwo po stronie Zamawiającego jak i oferenta, który wygrał przetarg, polegające na tym, że oferent przedstawił niejasne, nieczytelne i zmanipulowane dokumenty opisane jw., a Zamawiający wykazał się rażącym niedbalstwem i zaniechaniem poprzez to, że powtórnie wzywał oferenta do uzupełnienia dokumentów — obie strony obowiązywała podczas postępowania przetargowego szczególna staranność w działaniu, która jest obowiązkiem podmiotów profesjonalnych.

Następnie odwołujący przywołał treść art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10 ustawy Pzp, a także przepisy art. 112 ust. 1 Pzp, art. 117 ust. 1 Pzp, art. 124 ust. 1 Pzp, art. 125 ust. 1 Pzp, art. 128 ust. 5 Pzp, art. 16 Pzp.

Kolejno odwołujący wskazał, że w konsekwencji, zamawiającemu zarzucić należy naruszenie art. 109 ust. 1 pkt. 9 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. art. 355 § 1i §2 k.c.

poprzez brak wykluczenia oferenta Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, który bezprawnie wpływał na czynności zamawiającego poprzez manipulacje dokumentami. Oferent dokonał korekty referencji z dnia 09.05.2022 r. przesłanej wraz z pismem z dnia 14.02.2023 r., która to zmiana nie miała charakteru modyfikacji oczywistej omyłki pisarskiej, lecz niedopuszczalnej wobec istotnego charakteru.

Odwołujący argumentował, że w uzupełnieniu przedłożono nową antydatowaną referencję, która na ówczesnym etapie postępowania była nieuzasadniona; nowa referencja została stworzona na potrzeby postępowania, nie odzwierciedla rzeczywistego stanu faktycznego, stanowi nadużycie prawa podmiotowego stron i zaświadcza nieprawdę w celu uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia (które nastąpiło poprzez wybranie oferty jako najkorzystniejszej mimo zaistnienia przesłanek do wykluczenia oraz przedstawienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału zawierających nieprawdę), a w konsekwencji korzyści majątkowej.

Odwołujący argumentował, że w piśmie z dnia 06.02.2023 r. oferent wskazał jako dokumenty źródłowe pismo projektanta z dnia 06.02.2023 r. zawierające stwierdzenie „można uznać za kondygnację podziemną”, co oznacza, że charakter tej kondygnacji jako podziemny jest wątpliwy i nie potwierdza spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego, który oczekiwał dokumentów, które „jednoznacznie opisują wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną” co powinno prowadzić do wykluczenia; dokument nie stanowi jednoznacznego zdania projektanta, który działa na zlecenie oferenta, co nie pozostaje również bez znaczenia.

Zdaniem odwołującego, oferent przedstawił jedynie wybiórcze strony projektu budowlanego budynku, pomijając pozostałą część projektu budowlanego, mającą istotne znaczenie dla kompleksowej oceny spełnienia warunków udziału w przetargu przez oferenta, gdyż budowa ta nie spełnia warunków opisanych w SWZ. Przedstawiona dokumentacja przez oferenta nie zawiera informacji o kondygnacji podziemnej i nie udziela w tym zakresie informacji, a takowe były wymagane do wskazania jako „jednoznaczne”.

Następnie odwołujący przywołał przepis art. 109 ust. 1 pkt 9 Pzp. Odwołujący argumentował także, że na podstawie art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o 1 udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Wskazywał, że przepis art. 355 §1 k.c stanowi, że dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność), zaś §2 brzmi, iż należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Kolejno zaś odwołujący przywołał przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Wegner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu. Wniósł o uwzględnienie odwołania. W piśmie procesowym przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, wyjaśnienia, oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców w toku postępowania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestników, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8. ust. 1 Pzp stanowi, że Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 1509 i 2459), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) przejrzysty;*

3) *proporcjonalny.*

Art. 109 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- 8) *który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;*
- 9) *który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności zamawiającego lub próbował po-zyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*
- 10) *który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Art. 109 ust. 2 Pzp stanowi, że *Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.*

Art. 112 Pzp stanowi, że:

1. *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*
2. *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*
 - 1) *zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;*
 - 2) *uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
 - 3) *sytuacji ekonomicznej lub finansowej;*
 - 4) *zdolności technicznej lub zawodowej.*

Art. 117 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.*

Art. 124 Pzp stanowi, że *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:*

- 1) *żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;*
- 2) *może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.*

Art. 125. Ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.*

Art. 128 ust. 5 Pzp stanowi, że *Jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest „wykonanie robót budowlanych - realizację zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej u zbiegu ulic Zygmunta Augusta i Rycerskiej w Bydgoszczy”.

Ustalono także, że w rozdziale VII SWZ zatytułowanym „(PODSTAWY WYKLUCZENIA (art. 108 ust.1 i art. 109 ust.1 uPzp)”, zamawiający wskazał m.in.:

1. *Zamawiający wykluczy wykonawcę, spełniającego obligatoryjne przesłanki wykluczenia przewidziane w art. 108 uPZP.*
2. *Zamawiający wykluczy także Wykonawcę w sytuacjach przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 6, 7 i 8 uPZP.*

Ustalono także, że w rozdziale IX zamawiający wskazał, m.in.:

1. *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej i zdolności technicznej lub zawodowej.*
3. *Zamawiający uzna za spełniony warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli:*
 - 1) *Wykonawca, składający ofertę wykaże, że posiada doświadczenie w postaci wykonania: co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków zamieszkania zbiorowego, przy czym dwa ze wykazanych budynków muszą mieć łącznie powierzchnię użytkową mieszkalną (PUM) nie mniejszą niż 6.300 m², z podziemną halą garażową na 40 lub więcej stanowisk (dotyczy wybudowania budynków, które uzyskały zgodę na ich*

użytkownie w formie decyzji administracyjnej); przedmiotowe zamówienia winny zostać ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

2) Wykonawca, składający ofertę wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi uprawnienia budowlane (bez ograniczeń) do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach:

a) konstrukcyjno-budowlanej (kierownik budowy) z doświadczeniem przy kierowaniu budową budynków mieszkalnych wielorodzinnego lub budynków zamieszkania zbiorowego, przy czym dwa ze wykazanych budynków muszą mieć łącznie powierzchnię użytkową mieszkalną (PUM) nie mniejszą niż 6.300 m², z halą garażową na 40 lub więcej stanowisk,

b) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

c) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.

Wykazane osoby muszą się legitymować co najmniej 3-letnim doświadczeniem kierowaniu robotami, liczonymi od dnia uzyskania uprawnień. Wykazane okresy nie mogą się na siebie nakładać.

Wykazane osoby muszą posiadać uprawnienia budowlane zgodnie z ustawą z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane (dalej „uPb”) oraz rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. W przypadku wykonawców zagranicznych dopuszcza się kwalifikacje równoważne do wlv, zdobyte w innych państwach, na zasadach określonych w art. 12a uPb

lub

1) Wykonawca, składający ofertę wykaże, że posiada doświadczenie w postaci wykonania: co najmniej dwóch zamówień polegających każde na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego lub budynku zamieszkania zbiorowego o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 6.500 m² z podziemną halą garażową na co najmniej 40 stanowisk (dotyczy wybudowania budynków, które uzyskały zgodę na ich użytkowanie w formie decyzji administracyjnej); przedmiotowe zamówienia winny zostać ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

2) Wykonawca, składający ofertę wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi

uprawnienia budowlane (bez ograniczeń) do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach:

- a) konstrukcyjno-budowlanej (kierownik budowy) z doświadczeniem przy kierowaniu budową budynku mieszkalnego wielorodzinnego lub budynku zamieszkania zbiorowego o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 6.500 m² z podziemną halą garażową na co najmniej 40 stanowisk,*
- b) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,*
- c) instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych.*

Wykazane osoby muszą się legitymować co najmniej 3-letnim doświadczeniem w kierowaniu robotami, liczonymi od dnia uzyskania uprawnień. Wykazane okresy nie mogą się na siebie nakładać. Wykazane osoby muszą posiadać uprawnienia budowlane zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (dalej „uPb”) oraz rozporządzeniem Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. W przypadku wykonawców zagranicznych dopuszcza się kwalifikacje równoważne do wlv, zdobyte w innych państwach, na zasadach określonych w art. 12a uPb.”

Ustalono także, że w rozdziale X SWZ (wykaz podmiotowych środków dowodowych) zamawiający wskazał m.in.:

- 1. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.*
- 5. Podmiotowe środki dowodowe żądane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (składane na wezwanie zamawiającego):*
 - 2) W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda złożenia:*
 - a) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami **prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa,***

są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Wzór wykazu zostanie przesłany wraz z wezwaniem do jego złożenia.

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- a) przystępującego - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD”-Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy – cena ofertowa brutto 45.929.550,00 zł,
- b) wykonawcy „Prime Construction” Sp. z o.o. Sp. Kom. z siedzibą w Szczecinie – cena ofertowa brutto 53.598.713,07 zł,
- c) odwołującego - cena ofertowa brutto 45.949.914,52 zł,
- d) przystępującego WEGNER Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu – cena ofertowa brutto 53.888.270,63 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 18 stycznia 2023 r., zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 i art. 139 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD”-Przemysłówka Sp. z o.o. do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in.:

a) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty, wg załączonego wzoru.

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD”-Przemysłówka sp. z o.o. złożył pismo z dnia 30 stycznia 2023 r. DO

pisma tego załączył m.in. wykaz robót. W wykazie tym przystępujący oświadczył, że posiada doświadczenie w wykonaniu następujących robót:

- a) gdzie zleceniodawcą robót był Ebud-Towarzystwo Budownictwa Społecznego w Bydgoszczy,
- b) jako nazwę zadania wskazano: *„Zaprojektowanie i wybudowanie budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażami wraz z instalacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi na terenach działek o nr ew. 15/18, 15/19, 16/6, 16/15, 16/17 obręb 0426 (I etap Inwestycji) ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy oraz 1/14, 1/15, 1/45, 1/50 obręb 0433 (II etap inwestycji) przy ul. Gryfa Pomorskiego 21 w Bydgoszczy”*,
- c) „w ramach zadania wykonano budowę dwóch budynków mieszkalnych, wielorodzinnych, które łącznie mają powierzchnię użytkową mieszkalną (PUM) nie mniejszą niż 6.300 m² z podziemną halą garażową na 40 lub więcej stanowisk (dotyczy wybudowania budynków, które uzyskały zgodę na ich użytkowanie w formie decyzji administracyjnej), tj, wykonano:
 - Budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego o pow. użytkowej 4.197,64 m² oraz powierzchni użytkowej mieszkań: 2.332,61 m² z garażem podziemnym na 60 m-sc postojowych oraz
 - Budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego o pow. użytkowej 6.185,86 m² oraz powierzchni użytkowej mieszkań: 4.086,69 m² z garażem podziemnym na 38 m-sc postojowych
- d) Łączna PUM 6.149,30 m²
- e) Budynki uzyskały zgodę na ich użytkowanie w formie decyzji administracyjnej.

Do wykazu załączono list referencyjny „EBUD - Towarzystwo Budownictwa Społecznego” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy z dnia 9 maja 2022 r. W liście tym zleceniodawca robót oświadczył, że

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” — Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w (85-375) Bydgoszczy przy ul. Biskupińskiej 11 wykonało w systemie Generalnego Wykonawstwa zadanie pt.

Zaprojektowanie i wybudowanie budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażami wraz z instalacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi na terenach działek o nr ew. 15/18, 15/19, 16/6, 16/15, 16/17 obręb 0426 (1 etap Inwestycji) ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy oraz 1/14, 1/15, 1/45, 1/50 obręb 0433 (II etap inwestycji) przy ul. Gryfa Pomorskiego 21 w Bydgoszczy.

Wartość całego zadania: 24 504 693,87 zł netto; 27 075 102,85 zł brutto

Termin wykonania zadania: 09.2016 r. — 07.2019 r.

Przedmiot umowy obejmował wykonanie:

Budynku mieszkalnego wielorodzinnego — I etap - ul. Gryfa Pomorskiego 23

- *powierzchnia działki pod zabudowę: 8 886,00 m²*
- *powierzchnia całkowita: 5 111,24 m²*
- *powierzchnia użytkowa: 4 197,64 m²*
- *powierzchnia użytkowa mieszkań: 2 332,61 m²*
- *kubatura: 7 295,59 m³*
- *liczba mieszkań: 40*
- *ilość kondygnacji nadziemnych: 5*
- *liczba klatek schodowych: 2*
- *liczba miejsc postojowych w garażu podziemnym: 60*

Budynku mieszkalnego wielorodzinnego — II etap - ul. Gryfa Pomorskiego 21

- *powierzchnia działki pod zabudowę: 9 298,00 m²*
- *powierzchnia całkowita: 7 590,56 m²*
- *powierzchnia użytkowa: 6 185,86 m²*
- *powierzchnia użytkowa mieszkań: 4 086,69 m²*
- *kubatura: 19 881,45 m³*
- *liczba mieszkań: 66*
- *ilość kondygnacji nadziemnych: 8*
- *liczba klatek schodowych: 2*
- *liczba miejsc postojowych w garażu podziemnym: 38*

(...)

*Kolejno ustalono, że zamawiający skierował do przystępującego Ebud-Przemysłówka pismo z dnia 1 lutego 2023 r., w którym wskazał, że *W związku ze złożeniem dokumentów mających potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu wybudowanych budynków na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia, w związku z usytuowaniem hali garażowej w bryle wskazanego budynku przy ulicy Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy ponad poziomem terenu, Zamawiający wzywa do wykazania:**

- 1) że podana w wykazie hala garażowa z 60 miejscami postojowymi zgodnie z definicją warunków technicznych stanowi kondygnację podziemną; w ramach tego Zamawiający wymaga przedstawienia określonych dokumentów lub wyciągu z dokumentów, np. pozwolenia na budowę, decyzji na użytkowanie lub opisu z projektu budowlanego poświadczonego pieczęcią Wydziału Administracji Budowlanej, które jednoznacznie opisują wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną,*
- 2) że podane w wykazie dwa budynki przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy, wobec tego, że wskazana inwestycja realizowana była według oświadczenia w latach 2016-2019 - wykonane zostały w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.*

W piśmie z dnia 3 lutego 2023 r. skierowanym do przystępującego zamawiającego dodatkowo wskazał, że wskazuje na przepis art. 128 ust. 5 Pzp jako podstawę żądania udokumentowania oświadczenia wykonawcy (wykazu zrealizowanych robót budowlanych), stanowiącego podmiotowy środek dowodowy.

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący Ebud-Przemysłówka złożył pismo z dnia 6 lutego 2023 r. w którym wyjaśniał, co następuje:

Po pierwsze, (...) Wykonawca wskazuje, iż zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 01 grudnia 2022 r. (Odpowiedzi na pytania i postulaty Wykonawców, zmiana terminu składania ofert (X)) Zamawiający wprowadził zmianę warunku zdolności zawodowej polegającą na alternatywnym opisie warunku (uwzględniającym treść warunku przed zmianą i po zmianie) w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wprowadzając, między innymi, zapis o treści:

3. Zamawiający uzna za spełniony warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli:

1) Wykonawca, składający ofertę wykaże, że posiada doświadczenie w postaci wykonania: co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków zamieszkania zbiorowego, przy czym dwa ze wykazanych budynków muszą mieć łącznie powierzchnię użytkową mieszkalną (PUM) nie mniejszą niż 6.300 m, z podziemną halą garażową na 40 lub więcej stanowisk (dotyczy wybudowania budynków, które uzyskały zgodę na ich użytkownię w formie decyzji administracyjnej); przedmiotowe zamówienia winny zostać ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

2) Wykonawca, składający ofertę wykaże, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadającymi uprawnienia budowlane (bez ograniczeń) do kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach:

a)konstrukcyjno-budowlanej (kierownik budowy) z doświadczeniem przy kierowaniu budową budynków mieszkalnych wielorodzinnego lub budynków zamieszkania zbiorowego, przy czym dwa ze wykazanych budynków muszą mieć łącznie powierzchnię użytkową mieszkalną (PUM) nie mniejszą niż 6.300 m², z halą garażową na 40 lub więcej stanowisk,

b)instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

c)instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych '

Z treści warunku, jak przytoczony wyżej wynika, iż Zamawiający, zawierając w SWZ warunek zdolności zawodowej w zakresie wykonania hali garażowej (... podziemna hala garażowa na 40 lub więcej stanowisk... ") nie określił sposobu rozumienia słowa "hala podziemna", ani nie zawarł na potrzeby SWZ definicji pojęcia "hala podziemna". W związku z

powyższym znajduje tu zastosowanie odpowiednie rozumienie tego słowa określone w przepisach prawa określających warunki techniczne dla budynków, tj. w przepisach Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, odnoszące się do kondygnacji podziemnej.

W związku więc ze zgłoszoną aktualnie przez Zamawiającego wątpliwością, co do usytuowania hali garażowej ujętego w wykazie robót budynku przy ulicy Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy, tj. usytuowania tej hali garażowej w taki sposób, iż wystaje ona w części ponad poziomem terenu (ściany hali garażowej są w części odkryte), Wykonawca wskazać jest w obowiązku, iż nie przykrycie ścian hali garażowej terenem całkowicie po całości obwodu hali garażowej nie pozbawia jej miana hali podziemnej. i hala garażowa znajdująca się w budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy w pełni spełnia wymogi określone w swz.

W tym miejscu jednak, mając na uwadze pismo Zamawiającego z dnia 01 lutego 2023 roku (L.dz. 76/KL/RP/2023) i nasuwające się w związku z jego treścią wątpliwości, w szczególności w zakresie określenia bryły budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23, Wykonawca wyjaśnić musi, iż wątpliwości Zamawiającego wynikać mogą poniekąd z braku prawidłowej oceny zrealizowanego przez Wykonawcę zadania.

Zrealizowany przez Wykonawcę przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy zespół zabudowy mieszkaniowej (zlokalizowany na terenach działek o nr ew. 15/18, 15/19, 16/6, 16/15, 16/17 obręb 426) składa się z jednego budynku tworzonego przez dwa trzony mieszkaniowe o pięciu kondygnacjach (czterech nadziemnych) z centralnie zlokalizowaną klatką schodową oraz łączącym te trzony mieszkaniowe parkingiem podziemnym. Wizualnie zespół ten może być postrzegany jako dwa odrębne budynki mieszkalne.

Natomiast zespół zabudowy mieszkaniowej przy ul. Gryfa Pomorskiego 21 w Bydgoszczy (zlokalizowany na terenach działek o nr ew. 1/14, 1/15, 1/16, Obr. 433) składa się z jednego budynku tworzonego przez dwa trzony mieszkaniowe o ośmiu kondygnacjach (siedmiu nadziemnych) z centralnie zlokalizowaną klatką schodową oraz łączącym je parkingiem podziemnym. Wizualnie także i ten zespół może być postrzegany jako dwa odrębne budynki mieszkalne.

Odnosząc się dalej do zgłoszonych przez Zamawiającego wątpliwości i je wyjaśniając, wskazać należy, iż zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (vide pkt. 17 i pkt. 18 § 3) ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o :

- kondygnacji podziemnej — należy przez to rozumieć kondygnację zagłębioną poniżej poziomu przylegającego do niej terenu co najmniej w połowie jej wysokości w świetle, a także każdą usytuowaną pod nią kondygnację;

- kondygnacji nadziemnej — należy przez to rozumieć każdą kondygnację niebędącą kondygnacją podziemną.

Zgodnie nadto z przywołanym wyżej Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie(vide pkt. 15 § 3), ilekroć posługuje się ono pojęciem poziomu terenu, rozumie się przez to :

- poziom terenu - należy przez to rozumieć przyjętą w projekcie rzędną terenu w danym miejscu działki budowlanej.

Wyjaśnić więc należy, iż obecnie, w myśl obowiązujących aktualnie przepisów wyżej przywołanego Rozporządzenia Ministra Infrastruktury, dla uznania kondygnacji za kondygnację podziemną nie jest koniecznym zagłębienie całej kondygnacji poniżej poziomu przylegającego do niej terenu, ale wystarczającym jest zagłębienie jedynie części takiej kondygnacji poniżej poziomu terenu przylegającego do niej.

Tym samym jeżeli kondygnacja jest w części zagłębiona co najmniej w połowie wysokości, a na części to zagłębienie jest mniejsze, to nadal zgodnie z logiczną interpretacją zapisu, stanowi ona kondygnację podziemną.

W rozpatrywanej sprawie nie powinno budzić wątpliwości, iż hala garażowa ujętego w wykazie robót budynku przy ulicy Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy zagłębiona jest poniżej poziomu terenu przylegającego do niej i przykryta jest terenem powyżej połowy wysokości tej kondygnacji, w sposób który skutkuje uznaniem jej jako hali garażowej podziemnej. Jej odkryte części zlokalizowane są w miejscach koniecznych wjazdów lub wejść na tę kondygnację hali garażowej. Oczywistą jest bowiem konieczność zachowania dojazdu bezpośredniego dla samochodów oraz dojść dla mieszkańców, co wiąże się z koniecznym odkryciem ściany z wjazdem i wejściem do hali podziemnej. Nie zmienia to jednak charakteru hali garażowej budynku przy ulicy Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy jako podziemnej.

Powyższe stanowisko Wykonawcy znajduje nadto swe potwierdzenie w :

- a) piśmie projektanta z dnia 06 lutego 2023 roku;
- b) wyciągu z dokumentacji projektowej dla w/w zadania.

Dla jego potwierdzenia w załączeniu przedkładamy bowiem wyciąg z dokumentacji budowlanej. Zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego są to rysunki z projektu budowlanego poświadczone pieczęcią Wydziału Administracji Budowlanej :

1. Pierwsza strona projektu budowanego dla I etapu Inwestycji tj. budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy
2. Rysunek - przekrój B-B budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy
3. Rysunek - przekrój A-A budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy

4. *Rysunek - widok elewacji zachodniej budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy.*

5. *Rysunek - parking poziom piwnicy budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy.*

Po drugie, odnosząc się do wezwania Zamawiającego określonego w pkt.2) w/w pisma z dnia 01 lutego 2023 roku (L.dz. 76/KL/RP/2023) a w treści swej odnoszącego się do wykazania, iż podane w wykazie dwa budynki przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy wykonane zostały w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, Wykonawca wskazać jest w obowiązku, iż także w tym zakresie nasuwają się wątpliwości, co do tego, iż Zamawiający dokonując ustaleń uznał, iż w wykazie złożonym przez Wykonawcę wykazano zrealizowanie dwóch budynków wielorodzinnych przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy, podczas gdy jest to, jak wskazano wyżej, jeden budynek składający się dwóch trzonów mieszkaniowych połączonych parkingiem podziemnym.

Natomiast drugim z budynków, jaki został zrealizowany w ramach zadania wykazanego w wykazie, jest budynek mieszkalny wielorodzinny (także składający się dwóch trzonów mieszkaniowych połączonych parkingiem podziemnym) przy ul. Gryfa Pomorskiego 21 w Bydgoszczy.

Na potwierdzenie, iż budynki te zrealizowane zostały i przekazane do użytkowania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert Wykonawca w załączeniu przedkłada do niniejszego pisma .

- pozwolenie na użytkowanie dla jednego budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy - decyzja nr PINB.521.8.2018PK z dnia 10.01.2018 roku, która to stała się ostateczna z dniem 24.01.2018 roku;

- pozwolenie na użytkowanie dla jednego budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Gryfa Pomorskiego 21 w Bydgoszczy - decyzja nr PINB.521.116.2019.PK z dnia 11.06.2019 roku, która to stała się ostateczna z dniem 17.06.2019 roku.

Mamy nadzieję, iż przekazane wyżej informacje i dokumenty pozwolą na wyjaśnienie zgłoszonych przez Zamawiającego wątpliwości.

W załączeniu:

1) pismo projektanta z dnia 06 lutego 2023 roku;

2) wyciąg z dokumentacji:

2.1 Pierwsza strona projektu budowanego dla I etapu Inwestycji tj. budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy

2.2 Rysunek - przekrój B-B budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy

2.3.Rysunek - przekrój A-A budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy

2.4 Rysunek - widok elewacji zachodniej budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy.

2.5 Rysunek - parking poziom piwnicy budynku przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy.

3) *pozwolenie na użytkowanie dla jednego budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy*

4) *pozwolenie na użytkowanie dla jednego budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Gryfa Pomorskiego 21 w Bydgoszczy*

Do ww. pisma przystępujący P.W. Ebud-Przemysłówka załączył pismo projektanta Krzysztof Paszkowski-Thurow z dnia 06 lutego 2023 roku, w którym oświadczył on, że potwierdza, iż *kondygnację hali garażowej na 60 miejsc postojowych w budynku mieszkalnym wielorodzinnym przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy w rozumieniu definicji kondygnacji podziemnej z par. 3, ust. 17 rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie można uznać za kondygnację podziemną z uwagi na zaprojektowane i wykonane charakterystyczne ukształtowanie terenu zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym i wydaną decyzją o pozwolenie na budowę.*

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 10 lutego 2023 r. zamawiający skierował do przystępującego P.W. Ebud-Przemysłówka *Wezwanie o wyjaśnienie dotyczące przedmiotowych środków dowodowych.* W piśmie tym zamawiający wskazał, że *Dokonując oceny, czy spółka PW „EBUD” - Przemysłówka spełnia warunek doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, stwierdzono istotną rozbieżność w dokumencie mającym potwierdzić należyte wykonanie robót budowlanych podanych w wykazie.*

Zamawiający wymaga, aby doświadczenie wykonawcy w niniejszym postępowaniu obejmowało także wybudowanie podziemnej hali garażowej na co najmniej 40 stanowisk. Z dokumentu referencji z dnia 09 maja 2022 roku przekazanego na potwierdzenie należytego wykonania wykazanych robót, opisując wybudowane budynki podano m.in., że budynek przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 ma 5 kondygnacji nadziemnych i garaż podziemny, a budynek przy ul. Gryfa Pomorskiego 21 ma 8 kondygnacji nadziemnych i garaż podziemny.

Wynika z tego, że garaż nazwany „podziemnym” zaliczono do kondygnacji nadziemnych, podczas, gdy warunek udziału w postępowaniu dotyczy wybudowania garażu podziemnego, co musi oznaczać kondygnację podziemną.

Rozbieżność ta, jako mogąca mieć znaczenie dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wymaga wyjaśnienia.

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący P.W. Ebud-Przemysłówka złożył pismo z dnia 14 lutego 2023 r. wskazał, że w związku z zasygnalizowaną przez Zamawiającego rozbieżnością w treści referencji w załączeniu

przedkłada wyjaśnienie firmy „EBUD-Towarzystwo Budownictwa Społecznego” Sp . z o.o. oraz referencję z dnia 09.05.2022 w jej prawidłowym brzmieniu.

Do ww. pisma przystępujący P.W. Ebud-Przemysłówka załączył pismo zleceniodawcy robót - Ebud-Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z dnia 13 lutego 2023 r. W piśmie tym zleceniodawca robót oświadczył, że *mając na uwadze przekazaną przez Państwa informację, co do zgłoszenia przez Bydgoskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółkę z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy pismem nr 92/KL/RP/2023 z dnia 10 lutego 2023 roku uwagi w zakresie stwierdzenia rozbieżności w wystawionym dnia 09 maja 2022 roku przez „EBUD - Towarzystwo Budownictwa Społecznego” Spółkę z o.o. dokumencie, tj. liście referencyjnym dot. zadania pt. „Zaprojektowanie i wybudowanie budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażami wraz z instalacjami wewnętrznymi i zewnętrznymi na terenach działek o nr ew. 15/18, 15/19, 16/6, 16/15, 16/17 obręb 0426 (I etap Inwestycji) ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy oraz 1/14, 1/15, 1/45, 1/50 obręb 0433 (II etap inwestycji) przy ul. Gryfa Pomorskiego 21 w Bydgoszczy” informuję, iż rzeczywiście w treści tego dokumentu występuje rozbieżność wynikająca z omyłki. W związku z tym koryguje się treść przedmiotowego dokumentu poprzez zmianę n/w zapisów:*

- dla „Budyńku mieszkalnego wielorodzinnego — I etap - ul. Gryfa Pomorskiego 23 było:

„ilość kondygnacji nadziemnych: 5” winno być:

„ilość kondygnacji: 5”

- dla: Budyńku mieszkalnego wielorodzinnego — II etap - ul. Gryfa Pomorskiego 23 było:

„ilość kondygnacji nadziemnych: 8” winno być:

„ilość kondygnacji: 8”

Pozostałe zapisy w/w dokumentu nie ulegają zmianie.

W związku z powyższym w załączeniu do niniejszego pisma przesyłamy dokument referencji z dnia 09 maja 2022 r. w treści swej uwzględniający prawidłowe jego brzmienie.

Do ww. pisma przystępujący P.W. Ebud-Przemysłówka załączył skorygowany w ww. zakresie, list referencyjny zleceniodawcy robót - Ebud-Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. , opatrzony datą dnia 9 maja 2022 r.

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 27 lutego 2023 r. zamawiający skierował do przystępującego P.W. Ebud-Przemysłówka wezwanie do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że *W związku z tym, że warunek dysponowania określonym doświadczeniem Wykonawcy, dotyczyć musi robót wykonanych w ramach jednego zamówienia, wobec znacznej rozpiętości w czasie pomiędzy realizacją dwóch etapów inwestycji, Zamawiający wzywa do wykazania, że roboty podane w*

wykazie mającym potwierdzić dysponowanie wymaganym doświadczeniem, zrealizowano w ramach jednego zamówienia, to jest na podstawie jednej umowy.

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący P.W. Ebud-Przemysłówka złożył wyjaśnienia z dnia 1 marca 2023 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, że w związku z zasygnalizowaną przez wątpliwością, czy podane w wykazie roboty zrealizowano w ramach jednej umowy, mimo braku wskazania przez Zamawiającego jakiegokolwiek podstawy prawnej dla przedmiotowego wezwania oraz braku zawarcia w treści SWZ warunku, jak aktualnie określany przez Zamawiającego w w/w piśmie, z daleko idącej ostrożności, podtrzymując w pełni złożone w postępowaniu oświadczenia, przedkładamy w załączeniu pismo Ebud Towarzystwa Budownictwa Społecznego” spółki z o.o. z dnia 01 marca 2023 roku w treści potwierdzające (co zresztą i wynika zarówno z przedłożonych przez Wielobranżowe „EBUD”- Przemysłówka spółkę z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy wykazu robót oraz dokumentu referencyjnego), iż zadanie polegające na wybudowaniu budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 oraz przy ul. Gryfa Pomorskiego 21, o których mowa w złożonym wykazie robót oraz liście referencyjnym zostało zrealizowane w ramach jednej umowy, tj. umowy nr 00-195-424/2016 zawartej przez jej strony dnia 02 września 2016 roku.

Niezależnie od treści przedłożonego w załączeniu pisma „EBUD-Towarzystwo Budownictwa Społecznego” spółki z o. o. z dnia 01 marca 2023 roku, z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z treści w/w umowy nr 00-195-424/2016, na potwierdzenie faktu jej zawarcia i przedmiotu przedkładamy wyciąg z umowy nr 00-195-424/2016 z dnia 02 września 2016 roku (kopie stron 1 - 2 oraz końcowej).

Mamy nadzieję, iż niniejsze pismo okaże się wystarczającym dla ostatecznego wyjaśnienia zgłoszonych przez Bydgoskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego spółkę z o.o. w Bydgoszczy wątpliwości w zakresie wykazania warunku dysponowania przez Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „EBUD”- Przemysłówka spółki z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy wymaganym doświadczeniem.

Do ww. pisma załączono oświadczenie EBUD-Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z dnia 1 marca 2023 r., w którym zleceniodawca robót wskazał, że informuje, iż wezwanie to jest o tyle niezrozumiałym, iż przedmiotowa okoliczność jednoznacznie wynika z wystawionego przez „EBUD - Towarzystwo Budownictwa Społecznego” spółki z o.o. listu referencyjnego.

Niemniej, biorąc pod uwagę w/w pismo Bydgoskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego spółki z o.o. oświadczam, iż wykonanie zadania polegającego na wybudowaniu:

- budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Gryfa Pomorskiego 21
- budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Gryfa Pomorskiego 23

zostało zrealizowane w ramach jednej umowy - umowy nr 00-195-424/2016 - zawartej dnia 02 września 2016 roku pomiędzy „EBUD - Towarzystwo Budownictwa Społecznego” spółką z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy oraz Przedsiębiorstwem Wielobranżowym „EBUD” - Przemysłówka spółką z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.

Następnie ustalono, że 2 marca 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego P.W. Ebud-Przemysłówka jako najkorzystniejszej (por. ww. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, w dokumentacji przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, działając na podstawie art. 526 ust. 2 Pzp postanowiła oddalić opozycję zamawiającego przeciwko przystąpieniu wykonawcy Wegner sp. z o.o. sp. k. W odpowiedzi na odwołanie, w uzasadnieniu opozycji zamawiający podniósł, że oferta ww. wykonawcy została sklasyfikowana dopiero na miejscu czwartym. Argumentował, że wybór oferty ww. wykonawcy wymagałby wyeliminowania kolejno trzech wykonawców, ocenionych wyżej, według kryteriów oceny ofert.

Stosownie do art. 526 ust. 2 Pzp, *Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.* Zamawiający nie uprawdopodobnił, aby wykonawca Wegner sp. z o.o. sp. k. nie miał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił, to jest odwołującego. Odwołujący domagał się w odwołaniu nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej złożonej przez przystępującego Ebud-Przemysłówka. Rozstrzygnięcie takie należało uznać za korzystne dla wykonawcy Wegner sp. z o.o. sp.k., gdyż w razie uwzględnienia odwołania awansowałby w rankingu z miejsca czwartego na trzecie. Jednocześnie dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie dokonał jeszcze oceny podmiotowej wykonawców sklasyfikowanych na miejscu drugim i trzecim. W tej sytuacji, możliwe było wciąż odrzucenie ofert ww. wykonawców, co umożliwiłoby zgłaszającemu przystąpienie Wegner sp. z o.o. sp. k. uzyskanie zamówienia. Wobec powyższego opozycja zamawiającego podlegała oddaleniu.

Spór pomiędzy stronami wymagał dokonania wykładni warunku udziału w postępowaniu z rozdziału IX ust. 3 pkt 1 SWZ, a zwłaszcza użytego tam sformułowana „*podziemna hala garażowa*”. Przy dokonywaniu wykładni warunku udziału w postępowaniu, sformułowanego przez zamawiającego należało wziąć pod uwagę, że SWZ została

przygotowana przez zamawiającego w listopadzie 2022 r., zaś warunek udział został ostatecznie sformułowany w wyniku modyfikacji SWZ z dnia 1 grudnia 2022 r. Wtedy to warunek otrzymał brzmienie:

Zamawiający uzna za spełniony warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli:

1) Wykonawca, składający ofertę wykaże, że posiada doświadczenie w postaci wykonania: co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie budynków mieszkalnych wielorodzinnych lub budynków zamieszkania zbiorowego, przy czym dwa ze wykazanych budynków muszą mieć łącznie powierzchnię użytkową mieszkalną (PUM) nie mniejszą niż 6.300 m², z podziemną halą garażową na 40 lub więcej stanowisk (dotyczy wybudowania budynków, które uzyskały zgodę na ich użytkownię w formie decyzji administracyjnej); przedmiotowe zamówienia winny zostać ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, (...)

lub

1) Wykonawca, składający ofertę wykaże, że posiada doświadczenie w postaci wykonania: co najmniej dwóch zamówień polegających każde na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego lub budynku zamieszkania zbiorowego o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 6.500 m² z podziemną halą garażową na co najmniej 40 stanowisk (dotyczy wybudowania budynków, które uzyskały zgodę na ich użytkowanie w formie decyzji administracyjnej); przedmiotowe zamówienia winny zostać ukończone w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Nie ulegało wątpliwości, że przy dokonywaniu wykładni użytego przez zamawiającego w warunku sformułowania „*podziemna hala garażowa*”, w części dotyczącej znamienia „*podziemna*”, należało nawiązywać do definicji „*kondygnacji podziemnej*” w rozumieniu § 3 pkt 17 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. z 2022 r. poz. 1225). Zgodnie z tym przepisem, *Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o kondygnacji podziemnej - należy przez to rozumieć kondygnację zagłębioną poniżej poziomu przylegającego do niej terenu co najmniej w połowie jej wysokości w świetle, a także każdą usytuowaną pod nią kondygnację*. Przepis w przywołanym brzmieniu obowiązywał w dacie sporządzenia przez zamawiającego SWZ, w tym warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego nie powinno ulegać wątpliwości, że formułując warunek zamawiający miał na myśli ww. definicję.

Przypomnienia wymagało także, że celem formułowania warunków udziału w postępowaniu na gruncie Pzp jest jedynie zbadanie czy doświadczenie wykonawcy jest wystarczające do należytego wykonania robót. Zdolność taka wynika zaś z nabycia doświadczenia (wprawy) wynikającego z faktycznego wykonania robót opisanych w warunku. W analizowanej sprawie zamawiający uznał, że aby ubiegać się o udzielenie zamówienia wystarczyło wykazać się doświadczeniem w wykonaniu m.in. podziemnej hali garażowej, przy czym „podziemność” tę – jak wyjaśniono wcześniej - należało odnosić do obecnie obowiązującej definicji kondygnacji podziemnej. Musiała być to zatem hala garażowa *„zagłębiona poniżej poziomu przylegającego do niej terenu co najmniej w połowie jej wysokości w świetle”*.

Dostrzeżenia wymagało jednak, że przepis § 3 pkt 17 rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa w ww. brzmieniu obowiązywał od dnia 1.1.2018 r. wskutek nowelizacji dokonanej przez rozporządzenie z dnia 14 listopada 2017 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2017 r. poz. 2285). Przed ww. nowelizacją, przepis § 3 ust. 17 rozporządzenia definiował kondygnację podziemną jako *kondygnację zagłębioną ze wszystkich stron budynku, co najmniej do połowy jej wysokości w świetle poniżej poziomu przylegającego do niego terenu, a także każdą usytuowaną pod nią kondygnację*. Jednakże, w ocenie Izby ta historyczna definicja nie miała znaczenia dla oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż tak jak wskazano, zamawiający formułował warunek udziału w 2022 r., w kiedy owa definicja już dawno nie obowiązywała. Wobec powyższego dla oceny warunku istotna była obecna, a nie historyczna prawnobudowlana kwalifikacja charakteru kondygnacji garażu.

W konsekwencji, celem wykazania warunku udziału w postępowaniu można było także powołać się na doświadczenie w wykonaniu garażu podziemnego z uwzględnieniem aktualnie obowiązującej definicji nawet w sytuacji, gdy w świetle poprzednio obowiązującej definicji, dana kondygnacja garażowa nie była uznawana za podziemną. Z punktu widzenia oceny spełniania warunku i celu jego formułowania w świetle PZP, istotne było bowiem nabycie przez wykonawcę doświadczenia w wykonaniu określonego charakteru robót, który odpowiadał obecnej prawnobudowlanej kwalifikacji tych robót.

W tej sytuacji, dla rozstrzygnięcia sprawy nie miała rozstrzygającego znaczenia treść projektu budowlanego, pozwolenia na użytkowanie ani mapy geodezyjnej dla budynku referencyjnego, złożonych przez odwołującego. Owszem, z dokumentów tych wynikało, że organy administracji budowlanej traktowały wykonaną przez przystępującego kondygnację garażową w budynku referencyjnym jako kondygnację nadziemną. Powyższe było jednak

konsekwencją tego, że za taką była ona uznawana na gruncie poprzedniej definicji „kondygnacji podziemnej”. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że na mocy przepisu przejściowego, tj. § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z 14 listopada 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. z 2017 r. poz. 2285), *dla zamierzenia budowlanego, wobec którego przed dniem wejścia w życie rozporządzenia został złożony wniosek o pozwolenie na budowę, stosuje się przepisy dotychczasowe*. Skoro, co nie było sporne, wniosek o pozwolenie na budowę budynku referencyjnego z garażem został złożony przed wejściem w życie nowelizacji rozporządzenia, to oczywistym było, że w dalszym toku postępowania administracyjnego do zamierzenia budowlanego stosowano przepisy poprzednie.

W dalszej kolejności na podstawie całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że przystępujący Ebud wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób wymagany przez zamawiającego w SWZ. Nie potwierdzały zarzutów dowody złożone przez odwołującego.

Odnosząc się do mapy geodezyjnej z 21.03.2023 r. złożonej przez odwołującego i mapy geodezyjnej z 10.03.2023 r. złożonej przez przystępującego Wegner Izba stwierdziła, że naniesienia znajdujące się na mapach musiały mieć źródło w operacie geodezyjnym, który stanowił element dokumentacji powykonawczej, czyli musiał być sporządzony w 2019 r., bo w tym czasie uzyskano pozwolenie na użytkowanie. Geodeta zaś musiał oprzeć się na dokumentacji budowlanej, żeby ocenić, że budynek został wykonany na miejscu zgodnie z dokumentacją, a dokumentacja ta musiała zostać sporządzona przed 2016 rokiem, gdyż wtedy uzyskano pozwolenie na budowę. W związku z powyższym nie ulegało wątpliwości, że takie, a nie inne brzmienie map geodezyjnych było konsekwencją stosowania przywołanego przepisu przejściowego. Natomiast dowody te nie potwierdzały, że również na gruncie obecnie obowiązującej definicji kondygnacji podziemnej, wykonany garaż również byłby kwalifikowany jako nadziemny.

W toku postępowania postępowania odwoławczego odwołujący i przystępujący Ebud złożyli Izbie sprzeczny ze sobą materiał dowodowy. Zdaniem Izby za wiarygodny należało uznać materiał dowodowy przedstawiony przez przystępującego Ebud, a nie odwołującego.

Izba uznała za niewiarygodną opinię techniczną rzeczoznawcy budowlanego - prof. dr hab. Podhoreckiego z dnia 21 marca 2023 r. złożoną przez odwołującego. Po pierwsze, z pkt 5.2 opinii wynikało, że autor opinii opierał się o dokumenty udostępnione przez odwołującego, które nie zostały jednak sprecyzowane. Nie wiadomo było zatem, jakie dokumenty zostały poddane analizie przez autora opinii. Z pkt 5.2. tiret drugie wynikało natomiast, że autor opinii na pewno oparł się na fotografiach, przesłanych przez

odwołującego. Nie wiadomo było jednak, jakie to były fotografie, gdyż nie zostały one załączone do opinii. W pkt 2 opinii wskazano, że autor odwoływał się jedynie do fragmentów projektu budowlanego oraz fragmentów decyzji o pozwoleniu na budowę i pozwoleniu na użytkowanie. Z opinii nie wynikało, aby autor opierał się na całości ww. dokumentów. Wreszcie, z opinii nie wynikało, aby jej autor dokonał jakichkolwiek oględzin garażu, a także aby kiedykolwiek ten obiekt widział.

Izba stwierdziła także, że cel opinii - „czy budynek zlokalizowany przy ul Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy ma kondygnację podziemną, czy takiej nie posiada” - nie odnosił się do sedna niniejszej sprawy. Jak już wskazano wcześniej, w sprawie tej istotne było bowiem ustalenie, czy budynek referencyjny posiada kondygnację podziemną, ale wyłącznie w rozumieniu aktualnego przepisu § 3 pkt 17 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. z 2022 r. poz. 1225), a nie na podstawie definicji obowiązującej w dacie wydania pozwolenia na budowę dla inwestycji. Wobec powyższego istotne i niezbędne w analizowanej sprawie było dokonane oględzin w terenie i przeprowadzenie właściwych pomiarów kondygnacji garażowej względem przylegającego terenu, czemu autor opinii nie sprostał. Opinia złożona przez odwołującego odnosiła się do niewłaściwego stanu prawnego, a mianowicie stanu prawnego w latach 2016-2018, co wynikało z pkt 6 ppkt 2 tej opinii.

Kolejno Izba stwierdziła, że opinia techniczna prof. dr hab. Podhoreckiego z dnia 21 marca 2023 r. nie poddawała się jakiegokolwiek weryfikacji. Nie była znana bowiem metodologia opinii. Auto opinii sformułował przykładowo jednozdaniową tezę „*poziom posadzki w przedmiotowym budynku pokrywa się z przybliżeniu z poziomem zewnętrznym gruntu, a w tym także z poziomem wjazdu do kondygnacji garażowej*”. Jednakże to jednozdaniowe twierdzenie, które dodatkowo zawierało ocenne sformułowania „w przybliżeniu”, nie zostało poparte jakimikolwiek pomiarami, czy operatem pomiarowym, w oparciu o które można byłoby poznać rzędne terenu przylegającego oraz elementów konstrukcyjnych garażu.

Izba uznała również za niewiarygodną opinię techniczną mgr inż. arch. Jacka Otapowicza z dnia 20 marca 2023 r., złożoną przez odwołującego na posiedzeniu. Po pierwsze wzięto pod uwagę, że cel opinii nie został prawidłowo i precyzyjnie sformułowany. Autor opinii opisał cel jej sporządzenia następująco: „*opinia techniczna dla budynku Budynek mieszkalny Wielorodzinny I etap Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy. Zakres opinii: stwierdzenie, czy ww. budynek posiada kondygnację nadziemną*”. Zdaniem Izby, tak sprecyzowany cel opinii nie odnosił się do sedna sprawy, którym było ustalenie, czy budynek

referencyjny posiada kondygnację podziemną, w rozumieniu przepisu § 3 pkt 17 obecnego obowiązującego rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. z 2022 r. poz. 1225), a nie na podstawie definicji obowiązującej w dacie wydania pozwolenia na budowę dla inwestycji. Jak wynikało zaś z pkt 1 opinii, jej autor bazował na projekcie budowlanym, z czego należało wnioskować, że nie brał pod uwagę obecnie obowiązującej definicji. Z pkt 2 opinii wynikało, że jej autor oparł się także na dokonanej wizji lokalnej garażu. Jednakże spostrzeżenia, jakie autor zawarł w lakonicznych 5 zdaniach w opinii, nie poddawały się weryfikacji, gdyż nie zostały poparte żadnym materiałem źródłowym, w szczególności pomiarami, czy operatem pomiarowym, który zawierałyby pomiar rzędnych terenu przylegającego oraz elementów konstrukcyjnych garażu.

W ocenie Izby występowała także sprzeczność pomiędzy pkt 2c i 2e z pkt 2b opinii. Z pkt 2b opinii wynikało, że budynek posiada jednak przysypane w jakimś zakresie ściany pierwszej kondygnacji. Z kolei zaś w pkt 2c autor opinii wskazywał, że pierwsza kondygnacja nie jest zagłębiona w gruncie z trzech stron. Odnośnie zaś stwierdzenia, że owo przysypanie ścian pierwszej kondygnacji znajduje się w znacznym stopniu poniżej połowy wysokości 1 kondygnacji, również nie przedstawiono żadnego materiału źródłowego, czy operatu pomiarowego, który zawierałby pomiar rzędnych terenu przylegającego oraz elementów konstrukcyjnych garażu. W konsekwencji nie wiadomo było, na jakiej podstawie wniosek taki został sformułowany.

Na marginesie dostrzeżenia wymagało, że odwołujący stwierdził także na rozprawie, że budynek referencyjny w ogóle nie jest zagłębiony w gruncie, co pozostawało w sprzeczności nawet z treścią złożonego przez niego samego dowodu w postaci opinii architekta (pkt 2b, 2c), gdzie jednak wskazano na przysypanie ścian pierwszej kondygnacji w jakimś zakresie.

Izba uznała za wiarygodną opinię techniczną rzeczoznawcy budowlanego dr inż. bud. ład. Jana Lorkowskiego z Biura Inwestycyjno-Projektowego BIP-BUD, załączoną przez przystępującego Ebud do pisma procesowego z dnia 21 marca 2023 r.

Izba wzięła pod uwagę, że cel opinii został sformułowany prawidłowo, a mianowicie czy hala garażowa budynku mieszczącego się przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy jest kondygnacją podziemną w rozumieniu obecnie obowiązującego brzmienia przepisu § 3 pkt 17 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. z 2022 r. poz. 1225). Po drugie Izba stwierdziła, że ww. opinia została poprzedzona badaniami i oględzinami budynku dokonanyymi przez autora opinii. Po trzecie wnioski opinii zostały poparte

materiałem źródłowym, dającym się zweryfikować. Dostrzeżenia wymagało, że do opinii załączono operat pomiarowy zatytułowany „*pomiar rzędnych terenu przylegających oraz elementów konstrukcyjnych dla budynku nr 23 przy ul. Gryfa Pomorskiego w Bydgoszczy*”. Operat ten został sporządzony przez uprawnionego specjalistę - geodetę Wojciecha Gulewicza. Sam operat uznano za wiarygodny, gdyż zawierał wykonane przez uprawnionego geodetę rysunki z umiejscowieniem rzędnych, rysunki z wysokością rzędnych terenu przylegających do budynku względem garażu. Dostrzeżenia wymagało, że za poziom 0.00 przyjęto prawidłowo rzędną posadzki na środku bramy garażowej. Następnie do operatu załączono tabelaryczne zestawienie rzędnych i dokumentację fotograficzną.

Dostrzeżenia wymagało, że w oparciu o ww. pomiar geodezyjny, rzeczoznawca budowlany dr inż. bud. ład. Jan Lorkowski z Biura Inwestycyjno-Projektowego BIP-BUD, ustalił, że *poziom terenu otaczającego budynek na większości odcinków jest położony wyżej niż 1,10 m ponad poziomem posadzki hali garażowej, co oznacza również spełnienie wymogu zagłębienia kondygnacji ze wszystkich stron, przy czym hala ta jest zagłębiona poniżej poziomu przylegającego do niej terenu co najmniej w połowie jej wysokości w świetle (tj. co najmniej w wysokości 1,10 m) w 55% rzędnych budynku.*

Oznacza to, że zagłębienie co najmniej w połowie wysokości hali (połowa wysokości hali = 1,10 m) występuje w ponad połowie (ponad 50%) obwodu budynku (dokładnie 55% rzędnych budynku spełnia warunek zagłębienia co najmniej w połowie).

Powyższe ustalenie odpowiadało zatem definicji „kondygnacji podziemnej” w rozumieniu obowiązującego brzmienia przepisu § 3 pkt 17 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj. z 2022 r. poz. 1225), co również potwierdził autor opinii.

Zastrzeżenia odwołującego do szeroko i przekonująco umotywowanej ww. opinii, jakie ustnie zgłoszono w trakcie rozprawy, okazały się lakoniczne, nieprzekonujące i gołosłowne. Odwołujący podniósł, że w jego ocenie sporządzający opinię wziął pod uwagę rzędne obsypek, jakimi miała być w niektórych miejscach obsypana kondygnacja garażowa. Zarzuty odwołującego w tym zakresie pozostały jednak gołosłowne. Dostrzeżenia wymagało ponadto, że w definicji kondygnacji podziemnej jest mowa o kondygnacji zagłębionej „*poniżej poziomu przylegającego do niej terenu*”. Tak więc definicja ta referuje do terenu przylegającego, bez rozróżnienia na to, czy poziom terenu przylegającego do kondygnacji został ukształtowany naturalnie, czy też w wyniku działalności człowieka.

Biorąc pod uwagę całokształt materiału dowodowego w sprawie Izba stwierdziła, że przystępujący Ebud-Przemysłówka nie wprowadził zamawiającego w błąd oświadczając, że

wykonał budynek referencyjny mieszczący się przy ul. Gryfa Pomorskiego 23 w Bydgoszczy wraz z „podziemną halą garażową”.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że chybione okazały się zarzuty odwołującego dotyczące rzekomo nadmiernej liczby wezwań zamawiającego skierowanych do przystępującego Ebud do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu.

Przypomnienia wymagało, że ustawa Pzp reguluje różne rodzaje wezwań kierowanych do wykonawcy, a dotyczących podmiotowych środków dowodowych. Stosownie do art. 126 ust. 1 Pzp, *Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.* Przepis ten reguluje instytucję wezwania do „złożenia dokumentów”, a które jest kierowane tylko do tego wykonawcy, którego oferta jest oceniana najwyżej.

Od wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art.126 ust. 1 Pzp, należy odróżniać wezwanie do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych uregulowane w art. 128 ust. 4 Pzp. Stosownie do art. 128 ust. 4 Pzp, *Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Wreszcie ustawa Pzp przewiduje także wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w art. 128 ust. 1 Pzp. Stosownie do ww. przepisu, *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.* Jak wynika z ww. przepisu, znajduje on zastosowanie w sytuacji, gdy pomimo wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, takie środki nie zostały złożone lub zostały złożone, lecz są niekompletne lub zawierają błędy.

Od wezwania do uzupełnienia dokumentów z art. 128 ust. 1 Pzp należy odróżniać także instytucję zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów, uregulowaną w art. 128 ust. 5 Pzp. Takie zwrócenie się, jak wynika z jego treści, nie jest jednak kierowane do

wykonawcy, lecz bezpośrednio do podmiotu dysponującego informacjami lub dokumentami istotnymi dla oceny spełniania warunków.

Dostrzeżenia wymagało, że wynikający z orzecznictwa Izby zakaz wzywania więcej niż jeden raz do uzupełniania, w tym samym zakresie, dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, dotyczy instytucji z art. 128 ust. 1 Pzp. Nie dotyczy on w szczególności instytucji wzywania do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych z art. 128 ust. 4 Pzp. Po drugie zakaz ten nie ma związku z instytucją z art. 128 ust. 5 Pzp.

Odnosząc ww. stan prawny do stanu faktycznego niniejszej sprawy, w kontekście zarzutów sformowanych przez odwołującego, należało podnieść, że zamawiający najpierw prawidłowo skierował do przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 Pzp w dniu 18 stycznia 2023 r.

Przypomnienia wymagało w tym miejscu, że zamawiający opisał w jaki sposób należy wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a mianowicie należało złożyć jedynie uzupełniony wzór wykazu robót oraz dowody określające czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście (por. rozdział X ust. 5 pkt 2 lit. a SWZ). Prawidłową reakcją na to wezwanie powinno być zatem złożenie jedynie wykazu robót, z którego wynikałyby wszystkie elementy istotne dla oceny spełniania warunków, w szczególności oczekiwanej we wzorze wykazu robót, oraz dołączenie dowodów potwierdzających należyte wykonanie robót wymienionych w wykazie np. referencje. Dodatkowo, jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, rolą referencji nie jest szczegółowe opisywanie referencyjnej roboty, gdyż to jest naturą wykazu robót. Rolą referencji jest wyłącznie wykazanie, że roboty opisane w wykazie robót zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Odnosząc powyższe do analizowanej sprawy Izba stwierdziła, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Ebud złożył wykaz robót, w którym opisał roboty w sposób, który odpowiadał treści warunku i referencje potwierdzające, że roboty wymienione w wykazie zostały wykonane należyście, a więc komplet dokumentów formalnie wymaganych przez zamawiającego na potwierdzenie warunku. Wykonawca w szczególności nie miał obowiązku składania jakichkolwiek innych dokumentów celem wykazania warunku. Przypomnienia wymaga, że, jak wynika z art. 128 ust. 6 Pzp, katalog podmiotowych środków dowodowych, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, określa rozporządzenie wydane na podstawie delegacji z ww. przepisu. W tym kontekście dostrzec należało, że wezwanie zamawiającego z dnia 1 lutego 2023 r., jakie skierował do przystępującego Ebud nie znajdowało jakiegokolwiek oparcia w przepisach Pzp i wobec powyższego okazało się nieprawidłowe. W wezwaniu tym zamawiający wezwał przystępującego do *przedstawienia*

określonych dokumentów lub wyciągu z dokumentów, np. pozwolenia na budowę, decyzji na użytkowanie lub opisu z projektu budowlanego poświadczonego pieczęcią Wydziału Administracji Budowlanej, które jednoznacznie opisują wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną. Jako podstawę prawną wezwania zamawiający wskazał przepis art. 128 ust. 5 Pzp. Po pierwsze Izba stwierdziła, że zamawiający nieprawidłowo powołał art. 128 ust. 5 Pzp. Analizowane wezwanie zostało skierowane do przystępującego Ebud, w sytuacji, gdy - jak wyjaśniono to już wcześniej - przepis ten reguluje instytucję zwrócenia się o informacje lub dokumenty do innego podmiotu, niż wykonawca. Po drugie zaś zamawiający zażądał od przystępującego złożenia dokumentów, które nie zostały wskazane w dokumentach zamówienia ani w rozporządzeniu, wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp. Dlatego, wbrew stanowisku odwołującego, skutki niezastosowania się w sposób dostateczny do treści ww. wezwania nie mogły dotyczyć przystępującego, skoro zamawiający bez jakiegokolwiek podstawy prawnej żądał od wykonawcy złożenia dokumentów, których nie określił w dokumentacji zamówienia i które nie były podmiotowymi środkami dowodowymi, w rozumieniu rozporządzenia wydanego na podstawie art. 128 ust. 6 Pzp.

Jeśli zamawiający miał wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia przystępującego Ebud co do tego czy hala garażowa w budynku referencyjnym jest rzeczywiście kondygnacją podziemną, to miał jedynie możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zaś wykonawca składając wyjaśnienia mógł zdecydować samodzielnie, czy do wyjaśnień z własnej inicjatywy załączy jakiś materiał dowodowy. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy było więc to, czy dokumenty, które przystępujący Ebud złożył zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lutego 2023 r. jednoznacznie opisywały wskazaną halę garażową jako kondygnację podziemną, czy też nie. Ponadto jak wskazano wcześniej, analizowane wezwanie nie było wezwaniem do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych z art. 128 ust. 1 Pzp, gdyż w ogóle nie dotyczyło podmiotowych środków dowodowych, a więc wykazu robót czy referencji.

W dalszej kolejności stwierdzono, że wezwanie z dnia 10 lutego 2023 r. należało zakwalifikować jako wezwanie do wyjaśnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych. Powodem wezwania było bowiem wyjaśnienie wewnętrznych sprzeczności w treści referencji, w których inwestor wypowiadając się o garażu nazywał go z jednej strony podziemnym, a z drugiej zaliczał go do kondygnacji naziemnych. W odpowiedzi na ww. wezwanie przedstawiono wyjaśnienia, które rozwiewały wątpliwości zasygnalizowane w wezwaniu. Z wyjaśnień tych wynikało bowiem, że błąd dotyczył nie określenia garażu jako podziemnego, ale zaliczenia go do kondygnacji naziemnych. Wobec powyższego ww. wyjaśnienia stanowiły dostateczne odniesienie się do wezwania. Rzeczywiście do wyjaśnień tych załączono nowy dokument referencyjny, jednakże wykonawca uczynił to samodzielnie (bez wezwania do uzupełnienia dokumentów ze strony zamawiającego). Dostrzeżenia

wymagało, że jednak już pierwotnie złożone referencje (z uwzględnieniem wyjaśnień) potwierdzały spełnienie warunku w sposób wymagany w SWZ. Przypomnienia wymagało w tym zakresie także, że ocena spełnienia warunku nie następuje wyłącznie na podstawie analizy referencji, ale na podstawie odczytywanych łącznie wykazu robót i referencji. Zaś oświadczenie, iż referencyjna hala garażowa ma charakter podziemny wynikało także wyraźnie z wykazu robót. Przypomnienia wymagało też, że celem referencji jest jedynie potwierdzenie faktu należytego wykonania robót wymienionych w wykazie, zaś szczegółowy opis robót jest domeną wykazu robót.

W ocenie Izby kolejne wezwanie zamawiającego z dnia 27 lutego 2023 r., z uwagi na jego treść, należało uznać za zbędne. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że *W związku z tym, że warunek dysponowania określonym doświadczeniem Wykonawcy, dotyczyć musi robót wykonanych w ramach jednego zamówienia, wobec znacznej rozpiętości w czasie pomiędzy realizacją dwóch etapów inwestycji, Zamawiający wzywa do wykazania, że roboty podane w wykazie mającym potwierdzić dysponowanie wymaganym doświadczeniem, zrealizowano w ramach jednego zamówienia, to jest na podstawie jednej umowy.*

Uszło uwadze zamawiającego, że ww. okoliczność została już w wykazana w treści pierwotnie złożonego dokumentu referencyjnego, w którym była mowa o „umowie” zawartej między przystępującym z zleceniodawcą robót. Wystawca referencji posłużył się w dokumencie wyraźnie liczbą pojedynczą. Wobec powyższego ww. wezwanie okazało się zbędne.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że pomimo uwag dotyczących treści wezwań zamawiającego z 1 lutego 2023 r. i 27 lutego 2023 r., uchybienia te nie doprowadziły do naruszenia zakazu wielokrotnego wzywania do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych (w tym samym zakresie), w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że przystępujący Ebud prawidłowy wykazał spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu, w sposób określony przez zamawiającego w SWZ.

Chybione okazały się zarzuty naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 9 oraz 10 Pzp. Dostrzeżenia wymagało, że przepis art. 109 ust. 1 Pzp zawiera katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania. Uszło jednak uwadze odwołującego, że przesłanki uregulowane w tym przepisie mają charakter fakultatywny, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „może”. Art. 109 ust. 2 Pzp stanowi zaś, że *Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.* Jak wynika więc z art. 109 ust. 2 Pzp, w przypadku gdy zamawiający zdecyduje się na skorzystanie z którejkolwiek z analizowanych

przesłanek, to zobowiązany jest to wskazać w dokumentach zamówienia. W analizowanej sprawie zamawiający w SWZ nie przewidział jednak ww. przesłanek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 9 oraz 10 Pzp, co odwołujący przyznał w trakcie rozprawy. Potwierdzeniem tego była treść rozdziału VII SWZ zatytułowanego „(podstawy wykluczenia art. 108 ust.1 i art. 109 ust.1 uPzp)”, w którym zamawiający wskazał jedynie na fakultatywne przesłanki wykluczenia, przewidziane w art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 6, 7 i 8 ustawy Pzp.

Chybiony okazał się także zarzut naruszenia art. 117 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że *Zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne*. Analizowany przepis, jak wynika z jego treści, dotyczy zatem etapu konstruowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem odwołanie zostało wniesione wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Ebud. Żadna z okoliczności faktycznych zarzutów przywołanych przez odwołującego w odwołaniu nie odnosiła się także do dyspozycji przepisu art. 117 ust. 1 Pzp, tj., uregulowania sposobu oceny spełniania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjantów). Wobec powyższego zarzut okazał się chybiony.

Kolejno Izba stwierdziła, że etapu konstruowania warunków w SWZ dotyczą także przywołane przez odwołującego w odwołaniu przepisy art. 112 Pzp i 124 Pzp. Tymczasem odwołanie, jak wskazano wcześniej, zostało wniesione wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego. Żadna z okoliczności faktycznych zarzutów przywołanych przez odwołującego w odwołaniu nie odnosiła się także do dyspozycji żadnego z ww. przepisów.

Niezrozumiałe okazało się także wskazanie, jak naruszonego, przepisu art. 125 ust. 1 Pzp. Przepis ten stanowi, że *Do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego*. Pokreślenia wymagało, że zgodnie z art. 125 ust. 2 Pzp, *Oświadczenie, o którym mowa art. 125 ust. 1 Pp składa się na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonym zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz. Urz. UE L 3 z 06.01.2016, str. 16), zwanego dalej „jednolitym*

dokumentem". Przepis ten reguluje zatem obowiązek złożenia przez wykonawcę dokumentu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Żadna z okoliczności faktycznych zarzutów przywołanych przez odwołującego w odwołaniu nie odnosiła się także do kwestii związanych z dokumentem JEDZ złożonym przez przystępującego Ebud. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 125 ust. 1 Pzp okazał się chybiony.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że odwołanie w całości nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192*

ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000 zł, koszty dojazdu zamawiającego na posiedzenie Izby w wysokości 862,84 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 2.664,50 zł, ustalone na podstawie złożonej faktury.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: