

**WYROK**  
**z dnia 21 czerwca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2021 r. przez wykonawcę **InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński w Krakowie** przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport I. S. Dąbrowa Górnicza** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od wykonawcy **InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach** na rzecz zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** tytułem zwrotu kosztów zamawiającego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz **473,06 zł** tytułem zwrotu kosztów podróży, 17 zł tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa i 15 zł tytułem diety – **razem 4 105,06 zł** (słownie: cztery tysiące sto pięć złotych sześć groszy).

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 oraz z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086) 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

Zamawiający Uniwersytet Jagielloński w Krakowie wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wyłonienie wykonawcy robót budowlanych w zakresie realizacji zadania inwestycyjnego pn. „Uczelniane Centrum Sportowo-Rekreacyjne UJ – Zespół boisk wraz z terenami rekreacyjnymi na terenie Kampusu 600-lecia Odnowienia UJ w Krakowie”«.

30.12.2020 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nrem 775482-N-2020.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086) i – w zakresie środków ochrony prawnej – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, z 2020 r. poz. 288, 875, 1492, 1517, 2275 i 2320 oraz z 2021 r. poz. 464) na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086).

14.05.2021 r. zamawiający poinformował o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport I. S. Dąbrowa Górnicza;
- 2) wykluczeniu wykonawcy InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, gdyż wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

19.05.2021 r. wykonawca InterHall Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach (dalej odwołujący), zgodnie z art. 513 i art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a NPzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że w następstwie dokonania przez zamawiającego wadliwego badania i oceny oferty odwołującego odwołujący został wykluczony, a zamówienia udzielono wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GRETASPORT I. S. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: Gretasport).

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo tego, że odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 91 ust. 1 SPzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gretasport pomimo tego, że nie jest to oferta najkorzystniejsza biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert ujęte w treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, obejmującej czynność wykluczenia odwołującego, o której poinformowano 14.05.2021 r.;
- 2) przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem okoliczności, że odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Argumentacja odwołującego

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności

I. Wydarzenia do terminu otwarcia ofert

Zamawiający prowadzi postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane o wartości poniżej progów wskazanych w treści przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 SPzp w trybie przetargu nieograniczonego.

Określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający wskazał w szczególności, w treści rozdz. 5.3.1.1 SIWZ, że oczekuje od wykonawców dysponowaniem »osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, tj.: 3.1.1 kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. Kierownik budowy powinien wykazać się doświadczeniem, polegającym na kierowaniu robotami na co najmniej 2 bezusterkowo odebranych terenowych obiektach sportowych o wartości każdej z nich co najmniej 3 000 000,00 zł oraz 1 inwestycji polegającej na budowie co najmniej jednego obiektu kubaturowego o kubaturze min. 5 000 m<sup>3</sup> (zamawiający dopuszcza aby obiekt kubaturowy wykonywany był w ramach budowy terenowych obiektów sportowych)«.

W treści rozdz. 5.3.1.6 SIWZ zamawiający wskazał, że: »Dla oceny spełnienia ww. warunków, przez terenowy obiekt sportowy, zamawiający rozumie zespół obiektów sportowych, które nie są zlokalizowane wewnątrz budynku, zawierający co najmniej jedno boisko wielofunkcyjne (wraz z oświetleniem i ogrodzeniem), elementy małej architektury (min. ławki), siłownię zewnętrzną, odprowadzenie wód powierzchniowych (sieć deszczową lub ogólnospławną) oraz układ drogowy z miejscami parkingowymi«.

Objaśniając pojęcie „terenowego obiektu sportowego” w treści odpowiedzi na pytanie nr 37 do SIWZ, udzielonej 25.01.2021 r., zamawiający ostatecznie wskazał, modyfikując treść postanowienia rozdz. 5.3.1.6 SIWZ: „Dla oceny spełnienia ww. warunków, przez terenowy obiekt sportowy, zamawiający rozumie zespół obiektów sportowych, które nie są zlokalizowane wewnątrz budynku, zawierający co najmniej jedno boisko sportowe (wraz z oświetleniem i ogrodzeniem), elementy małej architektury (min ławki), siłownię zewnętrzną, odprowadzenie wód powierzchniowych (sieć deszczową lub ogólnospławną) oraz układ drogowy z miejscami parkingowymi”.

Dowód: – SIWZ;

– odpowiedź na pytania z 25.01.2021 r.

Zamawiający nie wskazał żadnych bliższych wskazań co do tego, co rozumie jako „siłę zewnętrzną”, w tym w szczególności nie zawarł odniesienia do jakichkolwiek definicji, norm oraz innych systemów odniesienia.

W postępowaniu złożono 2 oferty, odwołującego oraz wykonawcy Gretasport.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert.

Wraz z ofertą (zgodnie z treścią załącznika do SIWZ w postaci oświadczenia o spełnienia warunków udziału w zamówieniu), odwołujący wskazał jako osobę przeznaczoną do pełnienia funkcji Kierownika Budowy Pana R. O., powołując się – w zakresie jego doświadczenia w zakresie terenowych obiektów sportowych – na realizację następujących obiektów:

Budowy obiektów Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu;

Budowy obiektu FAMESport w Krakowie;

Budowy obiektu KS Prądniczanka.

Dowód: Oferta odwołującego.

## II. Etap po złożeniu ofert

18.03.2021 r. zamawiający skierował do odwołującego wezwanie, za podstawę przedstawiając zarówno art. 26 ust. 2 SPzp (który dotyczy wezwania do wykonawcy, którego ofertę oceniono najwyżej), jak i art. 26 ust. 3 SPzp (obejmujący wezwanie do uzupełnienia dokumentów złożonych wraz z ofertą).

Dowód: Wezwanie z 18.03.2021 r.

W odpowiedzi odwołujący udzielił szerokich wyjaśnień, łącznie z dowodami, ostatecznie powołując się na udział Kierownika budowy w realizacji dwóch pierwszych spośród wskazanych w treści oferty robót.

Dowód: Odpowiedź na wezwanie z 23.03.2021 r.

14.05.2021 r. zamawiający poinformował o wybraniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gretasport oraz o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

W uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał jako podstawę prawną art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp, a ponadto zamawiający wskazał w szczególności, że:

- „Zdaniem zamawiającego wykazane doświadczenie kierownika robót budowlanych nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający pierwotnie zakwestionował dwie z wykazanych przez Wykonawcę inwestycji tj. w obiektach Famę Sport oraz KS Prądniczanka. W ocenie zamawiającego w KS Prądniczanka nie wykonano siłowni zewnętrznej oraz elementów małej architektury, a w obiekcie Famę Sport nie wykonano siłowni zewnętrznej, obiektów małej architektury oraz ogrodzenia. Z tego też względu wezwano Wykonawcę do uzupełnienia dokumentacji oraz złożenia wyjaśnień”.
- „W dokumentacji postępowania nie ma co prawda definicji legalnej siłowni zewnętrznej jednak należy przyjąć, że siłownia zewnętrzna (siłownia parkowa) – to wydzielone, ogólnodostępne miejsce (często ogrodzone), wyposażone w zespół urządzeń rekreacyjnych zainstalowanych na stałe na lub za pomocą których użytkownicy bez nadzoru i bez pomocy z zewnątrz, mogą ćwiczyć w celu utrzymania lub poprawy ich zdolności fizycznych i intelektualnych”.
- „Wymagania bezpieczeństwa dla wyposażenia siłowni zewnętrznych opisuje norma niemiecka DIN 79000:2012-05, która jest pierwowzorem projektu normy europejskiej PN-EN 16630. Zgodnie z wymaganiami normatywnymi siłownie zewnętrzne powinny być oddzielone od placów zabaw. Wymagania dla urządzeń siłowni zewnętrznych różnią się od wymagań dla placów zabaw oraz siłowni wewnętrznych. O ile zamawiający nie wymagał, aby siłownia była ogólnodostępna, to jednak z pewnością należy zgodzić się z tym, że urządzenia siłowni zewnętrznej powinny być przymocowane na stałe <do podłoża, które musi być stabilne (z pewnością nie mogą to być jak w przesłanych wyjaśnieniach Wykonawcy Interhall luźno rozsypane kamienie, na których postawiono urządzenia wyglądające jak urządzenia przeznaczone do siłowni wewnętrznych). Zdaniem zamawiającego urządzenia wchodzące w skład siłowni zewnętrznej muszą być urządzeniami przystosowanymi do zmiennych warunków atmosferycznych (deszcz, śnieg, mróz) wobec czego muszą być odpowiednio dedykowane do użytkowania zewnętrznego oraz być stabilnie przymocowane do podłoża, aby

uniknąć chociażby przemieszczenia podczas samodzielnych ćwiczeń, czy łatwego demontażu przy np. aktach wandalizmu”.

- „Powyższe atrybuty siłowni zewnętrznej w zakresie montażu do podłoża potwierdzają chociażby zapisy załącznika F do SIWZ, gdzie wskazano wymagania techniczne dla siłowni zewnętrznej, wśród których wskazano m. in. że „urządzenie powinno być montowane do konstrukcji stalowej podziemnej, zatapianej w wylewanym fundamencie betonowym, z zastosowaniem częściowego szalunku o wymiarach min 600x600x600mm (beton klasy min B-30 z dodatkiem W-8), lub poprzez zastosowanie gotowych prefabrykatów betonowych”.

Dowód: Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty.

## 2. Uzasadnienie prawne zarzutów

### I. Zarzut 1

#### a)

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia”.

W ocenie odwołującego czynność wykluczenia go z postępowania na tej podstawie jest ze wszech miar wadliwa oraz nieuzasadniona.

#### b)

Zamawiający oczekiwał – stosownie do treści rozdz. 5.3.1.1. SIWZ, by osoba, która będzie w toku realizacji przedmiotu postępowania pełnić funkcję Kierownika budowy spełniała następującą charakterystykę: „Kierownik budowy powinien wykazać się doświadczeniem, polegającym na kierowaniu robotami na co najmniej 2 bezusterkowo odebranych terenowych obiektach sportowych o wartości każdej z nich co najmniej 3 000 00,00 zł”. Zamawiający zdecydował się zdefiniować jedynie pojęcie „terenowe obiekty sportowe”, któremu ostatecznie nadano znaczenie określone w treści rozdz. 5.3.1.6 SIWZ, po zmianie dokonanej 25.01.2021 r. obejmującego następujące brzmienie „przez terenowy obiekt sportowy, zamawiający rozumie zespół obiektów sportowych, które nie są zlokalizowane wewnątrz budynku, zawierający co najmniej jedno boisko sportowe (wraz z oświetleniem i ogrodzeniem), elementy małej architektury (min ławki), siłownię zewnętrzną, odprowadzenie wód powierzchniowych (sieć deszczową lub ogólnospławną) oraz układ drogowy z miejscami parkingowymi”.

Zamawiający *explicite* potraktował odrębnie, jako części składowe terenowego obiektu sportowego, elementy małej architektury (w stosunku do których wyraził minimalne

oczekiwania, by obejmowały ławki) oraz siłownię zewnętrzną. „Siłownia zewnętrzna” nie jest tym samym elementem małej architektury, ale czymś odmiennym. Sam zamawiający wskazał na taką interpretację warunku udziału. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do tego, by oczekiwać, by urządzenia siłowni zewnętrznej miały charakter tychże elementów małej architektury i były oceniane w tym kontekście.

Z treści uzasadnienia czynności wykluczenia wynika, że zamawiający kwestionuje jedynie to, że w ramach obiektu FAMESport w Krakowie przy ul. Dekerta wykonano siłownię zewnętrzną w sposób dla zamawiającego prawidłowy w takim rozumieniu, jakie nadał pojęciu „siłownia zewnętrzna” w sposób nieuprawniony dopiero w toku badania i oceny ofert, po dokonaniu wyraźnie spóźnionej ingerencji w postanowienia SIWZ dotyczące opisu warunków udziału w postępowaniu, a także z jawnym pogwałceniem zasady konieczności interpretowania dokumentacji przetargowej w sposób korzystny dla wykonawców.

c)

Odwołujący wskazuje, że uzasadnienie czynności uchylenia nie może zostać utrzymane w mocy z następujących przyczyn:

- wykluczenie opiera się na bezprawnym rozszerzeniu oczekiwań zamawiającego wyrażonych w treści dokumentacji postępowania;
- Zamawiający bezpodstawnie zastosował do interpretacji postanowień SIWZ metodą inną niż metoda językowa (literalna);
- Zamawiający odstąpił od zasady, w myśl której niejasności i wątpliwości w treści dokumentacji postępowania winny być tłumaczone (rozstrzygane) na korzyść odwołującego;
- czynność wykluczenia nie wytrzymuje zestawienia ze stanem faktycznym – siłownia zewnętrzna stanowi funkcjonujący nadal obiekt, którego używają członkowie klubu sportowego korzystającego z obiektu FAMESport;
- uzasadnienie czynności wykluczenia jest wewnętrznie sprzeczne – zamawiający jednocześnie definiując pojęcie siłowni zewnętrznej wskazuje na jej ogólnodostępność („wydzielone, ogólnodostępne miejsce (często ogrodzone)”), a w innym miejscu wskazuje, że nie oczekuje ogólnodostępności („Zamawiający nie wymagał, aby siłownia była ogólnodostępna”).

Mając powyższe na uwadze, nie sposób pozbyć się przekonania, że użycie tej definicji nastąpiło wyłącznie w tym celu, aby uzasadnić wykluczenie odwołującego.

Zamawiający przenosi przy tym swoje – powstałe i ujawnione dopiero w toku badania i oceny ofert – oczekiwania na kwestie historyczne, ingerując bezpodstawnie w ocenę potrzeb innych inwestorów i zamawiających.



Odwołujący zwrócił jednocześnie uwagę na marginalne znaczenie kwestii siłowni zewnętrznej dla całego obiektu oraz na stosunkową łatwość w konstrukcji takiej siłowni, niezależnie od sposobu jej montażu i wielkości. Wymaga podkreślenia, że wartość siłowni zewnętrznej na tle wartości większych inwestycji (w przypadku oferty odwołującego – o wartości powyżej odpowiednio 16 oraz 6 milionów złotych), w ramach których została stworzona, to poziom rzędu kilku promili.

d)

Zamawiający – jak wskazano powyżej – oparł swe rozstrzygnięcie na tej okoliczności, że odwołujący rzekomo, w stosunku do obiektu FAMESport w Krakowie przy ul. Dekerta, nie wykazał, by elementem inwestycji była siłownia zewnętrzna (wezwanie do wyjaśnień obejmowało również kwestię ogrodzenia oraz obiektów małej architektury, zamawiający w odniesieniu do tego pierwszego przyznał, że wystąpiło na obiekcie, w stosunku do tego drugiego z kolei nie odniósł się w treści uzasadnienia czynności uchylecia).

Zamawiający opisując treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia poprzestał na bliższym opisie oczekiwań w treści rozdz. 5.3.1.6 SIWZ. W odniesieniu do istotnego w przedmiotowym zakresie pojęcia „siłowni zewnętrznej” nie przytoczył jakiegokolwiek definicji czy precyzyjnych oczekiwań, nie wskazał również odniesienia do jakichkolwiek: przepisu obowiązującego prawa, normy polskiej lub zharmonizowanej czy innego systemu odniesienia.

Uzasadnienie czynności wskazuje tymczasem niezbitcie, że zamawiający oparł swą decyzję na takich elementach opisu warunku udziału w postępowaniu, których nie ujął w treści dokumentacji postępowania, w szczególności zaś w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w treści SIWZ oraz udzielonych odpowiedziach na zapytania do treści SIWZ.

Swoje szczegółowe oczekiwania co do zakresu doświadczenia, wymaganego dla osoby wskazanej jako kierownik budowy, zamawiający ujawnił dopiero w czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia odwołującego z postępowania.

Takie działanie jest niedopuszczalne, stanowi bowiem próbę poszerzenia zawartości SIWZ o takie treści, które się w ramach SIWZ nie znajdowały i nie znajdują. Nie mogły i nie mogą zatem stanowić treści wiążących dla wykonawców ani też podstawą do podejmowania wobec nich jakichkolwiek czynności, z wykluczeniem z postępowania na czele.

e)

Przechodząc do prawidłowego sposobu ustalenia znaczenia pojęcia „siłownia zewnętrzna”, odwołujący wskazuje, że przyjęte przez zamawiającego definicje oraz

założenia i presupozycje dotyczące tego pojęcia nie mają jakichkolwiek uzasadnionych podstaw.

Bezwzględne pierwszeństwo należy bowiem w tym zakresie oddać wykładni językowej (literalnej). Treść dokumentacji postępowania, w szczególności zaś treść SIWZ, jest wyrazem komunikacji zamawiającego z ogółem potencjalnych kontrahentów, którzy na tej podstawie decydują, czy mogą (oceniając warunki udziału w postępowaniu) i chcą (oceniając przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia oraz postanowienia istotnych postanowień umownych) wziąć w nich udział.

To język jest nośnikiem informacji w tym zakresie i to na zamawiającym – który przecież samodzielnie decyduje o treści dokumentacji postępowania – ciąży w tym zakresie zarówno szczególny obowiązek staranności, jak i ryzyko popełnionych przy tej okazji błędów i omyłek.

Zgodnie z treścią definicji słownikowej pojęcia „siłownia” według Słownika Języka Polskiego PWN to „sala z przyrządami do treningu i ćwiczenia mięśnia określenie „zewnątrzny” oznacza – zgodnie z tym samym słownikiem — nic innego, jak: znajdujący się na powierzchni czegoś lub poza obrębem czegoś” lub „istniejący na zewnątrz czegoś”, w obu przypadkach chodzi oczywiście o pozostawanie poza pomieszczeniami zamkniętymi.

Przez siłownię zewnętrzną w znaczeniu, jakie nadał mu zamawiający w treści SIWZ, należy zatem uznać miejsce znajdujące się poza obrębem ograniczonych ścianami i sufitem budynków, przeznaczone do treningu i ćwiczenia mięśni.

Powyżej przywołane, literalne rozumienie przedmiotowego pojęcia siłowni zewnętrznej – w pełni usprawiedliwione jako interpretacja treści rozdz. 5.3.1.6 SIWZ dokonywana po stronie wykonawców w związku z brakiem podstaw do przyjęcia innych metod wykładni – wskazuje jednoznacznie, że wymóg zamawiającego został przez obiekt FAMESport spełniony.

Zamawiający definiując pojęcie „siłowni zewnętrznej” na potrzeby uzasadnienia czynności wykluczenia odwołującego, posłużył się definicją ujętą w ogólnodostępnym (i poddawany swobodnym ingerencjom) portalu Wikipedia, przytaczając je niemal dosłownie (zresztą bez przytoczenia źródła).

Zamawiający posłużył się przy tym jednym z elementów definicji ujętej w portalu Wikipedia, swobodnie i dowolnie (nie wskazując jakiegokolwiek uzasadnienia) pomijając inne (zwłaszcza ogólnodostępność – Namawiający nie wymagał, aby siłownia była ogólnodostępna”).

Wikipedia to rodzaj encyklopedii internetowej, do której hasła dodają i edytują sami internauci. Zgodnie z definicją zawartą na stronie samej Wikipedii, Wikipedia to wielojęzyczna encyklopedia internetowa działająca zgodnie z zasadą otwartej treści. Slogan Wikipedii brzmi: „Wolna encyklopedia, którą każdy może redagować”.

Żadne inne elementy nie wchodzą w treść definicji i nie uzupełniają jej – jak chciałby na obecnym etapie postępowania zamawiający. Jest tak z tej przyczyny – co należy raz jeszcze podkreślić – że zamawiający nie uwzględnił ich formułując treść dokumentacji postępowania. Nie uwzględnił w niej bowiem jakichkolwiek szczególnych (dodatkowych) wymogów, nie przywołał również jakichkolwiek norm (co również uczynił dopiero w treści uzasadnienia czynności wykluczenia odwoływającego) ani innych systemów odniesienia. Zupełnie chybione jest również odwoływanie się – przy próbie budowania definicji na nowo – do treści dokumentacji projektowej postępowania. Opisując warunki udziału w postępowaniu zamawiający nie miał przecież na uwadze legitymowania się przez personel skierowany do realizacji zamówienia – doświadczeniem w budowie obiektu identycznego jak ten, którego wybudowanie jest przedmiotem postępowania, a jedynie obiektu „podobnego”, zbliżonego funkcjonalnie. Próba odmiennej konkluzji w ostatniej części uzasadnienia również zwraca uwagę na wyjątkowość – zamawiający nie podnosi bowiem podobnie (ani nawet w przybliżony sposób) ostrych i specyficznych wymogów co do jakichkolwiek innych elementach inwestycji.

Metoda wykonania siłowni nie była zatem w ogóle – w ramach określenia treści warunku udziału w postępowaniu – elementem definicji pojęcia „siłownia zewnętrzna”. Mogłoby nim być wyłącznie wówczas, gdyby zamawiający przewidział to w treści dokumentacji postępowania.

f)

W zakresie interpretacji postanowień dokumentacji postępowania bezwzględny prymat oddać należy regule, w myśl której w razie jakichkolwiek wątpliwości, dwuznaczności, niejasności i wewnętrzne sprzeczności należy interpretować dokumentację postępowania na korzyść wykonawców.

Trudno o bardziej wymowne (i brzemiennie w skutkach dla określenia prawidłowego rozstrzygnięcia sprawy) stwierdzenia judykatury. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania twórczych ingerencji w treść dokumentacji postępowania, w szczególności zaś w tak istotne postanowienia, jakimi są warunki udziału w postępowaniu.

Czynność wykluczenia odwoływającego, jako oczywiście bezzasadną, należy zatem potraktować jako godząca w przywołany przepis SPzp oraz wymagającą stosowanej interwencji Krajowej Izby Odwoławczej.

## II. Zarzut 2

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 SPzp: „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ”.

Mając na uwadze opisaną powyżej wadliwość czynności wykluczenia odwołującego z postępowania (a w następstwie tego uznania oferty za odrzuconą), zamawiający konsekwentnie dokonał wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ wybrał ofertę, która nie stanowi oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W ocenie odwołującego opisany, ewidentny i rażący błąd zamawiającego wymaga naprawienia, co dodatkowo uzasadnia skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 20.05.2021 r. (art. 514 ust. 2 NPzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 20.05.2021 r. (art. 524 NPzp).

24.05.2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Gretasport I. S. Dąbrowa Górnicza złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 525 ust. 2 NPzp).

Zamawiający nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Odwołujący nie zgłosił opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy do czasu otwarcia rozprawy (art. 526 ust. 1 NPzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 18.06.2021 r. (art. 521 ust. 1 NPzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania zamówieniowego przedstawionej przez zamawiającego, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

- 1) odwołującego wraz z odwołaniem oraz dowód złożony podczas rozprawy (DZ-1) zdjęcia kolorowe z wybrzeża niesprecyzowanego wybrzeża akwenu, gdzie są zainstalowane rozmaite urządzenia SZ absolutnie bez przytwierdzenia do podłoża na wykazanie, że SZ nie musi charakteryzować się przytwierdzeniem urządzeń do podłoża;
- 2) zamawiającego (DZ-1) wydruk z Internetu (Google) pod nazwą „siłownia zewnętrzna”, gdzie są pokazane m.in. rysunki urządzeń do takiej siłowni na wykazanie jakie jest potoczne rozumienie wyrażenia SZ;
- 3) przystępującego (DP-1) artykuł z Internetu wydruk z Wikipedii odnośnie definicji SZ na wykazanie, że istnieje poza definicją prawną (której faktycznie nie ma), również definicja potoczna, która również odwołuje się do tej normy;
- 4) przystępującego (DP-2) artykuł z Internetu na wykazanie jak należy potocznie rozumieć pojęcie SZ.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp – przez wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo tego, że odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że w sprawie najistotniejsze jest zrozumienia pojęcia »siłownia zewnętrzna« (SW). Zgodnie z postanowieniem 5.3.1.6 SIWZ (»Dla oceny spełnienia ww. warunków, przez terenowy obiekt sportowy, zamawiający rozumie zespół obiektów sportowych, które nie są zlokalizowane wewnątrz budynku, zawierający co najmniej jedno boisko wielofunkcyjne (wraz z oświetleniem i ogrodzeniem), elementy małej architektury (min. ławki), siłownię zewnętrzną, odprowadzenie wód powierzchniowych (sieć deszczową lub ogólnospławną) oraz układ drogowy z miejscami parkingowymi«) za obiekt taki należy rozumieć nie tylko obiekt nie zlokalizowany wewnątrz budynku, ale nie zlokalizowany

wewnątrz budynku obiekt zewnętrzny i nie będący tylko obiektem małej architektury, czyli zamawiający wymagał obiektu nie tylko zlokalizowanego poza budynkiem, ale jeszcze do tego zewnętrznego czyli poza ogrodzeniem. Skoro obiekt ma być zlokalizowany poza ogrodzeniem i poza budynkiem to musi być dostępny dla osób zewnętrznych, postronnych. A więc, co wynika przede wszystkim z doświadczenia życiowego Izby, obiekt (a w zasadzie zespół obiektów, urządzeń) musi być nie tylko odporny na oddziaływanie warunków atmosferycznych (w polskich warunkach oddziaływanie słońca, wiatru, opadów deszczu czy śniegu oraz zmiany temperatur w granicach od  $-20$  do  $+40^{\circ}$  C), a także fizycznej siły osób niekoniecznie prawidłowo używających urządzeń składających się na siłownię. Z drugiej strony każde z urządzeń siłowni musi być bezpieczne dla osób korzystających z siłowni. Ponadto urządzenia powinny być zakotwiczone w podłożu w sposób uniemożliwiający przemieszczenie elementów siłowni przez osoby postronne. W związku z tym Izba stwierdza, że siłownia zewnętrzna musi odpowiadać odpowiednim normom, na co wskazał zamawiający, a także siłownia musi być zbudowana przez osoby dające rękojmię wysokiej jakości wykonania, stąd wymaganie przez zamawiającego tak wysokich kwalifikacji budowlanych bez ograniczeń.

Ponadto Izba stwierdza, że zamawiający w rozdz. 5.3.1.1 SIWZ (Opis warunków podmiotowych) zamawiający wymagał wykazania dysponowania kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń i osoba ta powinna wykazać się kierowaniem robotami na co najmniej 2 bezusterkowo odebranych terenowych obiektach sportowych, o wartości każdej z nich co najmniej 3 000 000,00 zł oraz jednej inwestycji polegającej na budowie co najmniej jednego obiektu kubaturowego o kubaturze min. 5 000 m<sup>3</sup>, przy czym zamawiający dopuszczał aby obiekt kubaturowy wykonywany był w ramach budowy terenowych obiektów sportowych. Dodatkowo zamawiający uściślił w rozdz. 5.3.1.6 SIWZ, że przez terenowy obiekt sportowy należy rozumieć »zespół obiektów sportowych, które nie są zlokalizowane wewnątrz budynku, zawierający co najmniej jedno boisko [...], elementy małej architektury (min. ławki), siłownię zewnętrzną, odprowadzenie wód [...] oraz układ drogowy [...]«. Odwołujący wskazał, że dysponuje kierownikiem budowy (Panem R.O.) który uzyskał doświadczenie w zakresie następujących terenowych obiektów sportowych:

- 1) Obiekty Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu;
- 2) Obiekt Fame Sport w Krakowie;
- 3) Obiekt KS Prądniczanka.

Zamawiający nie miał zastrzeżeń do doświadczenia kierownika budowy uzyskanego przy budowie obiektów sportowych dla Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu, ale zamawiający zakwestionował obiekty Fame Sport i KS Prądniczanka, gdyż obiekty te nie zawierają siłowni zewnętrznej oraz ławek. Zamawiający wezwał więc odwołującego do

wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie odwołujący wyjaśnił, że w obiekcie Fame Sport (ul. Dekerta w Krakowie) jest siłownia zewnętrzna (dostępna jedynie dla zawodników klubu), a także wymagane elementy małej architektury jak ławki i kosze na śmieci, boisko jest ogrodzone siatką polipropylenową. Natomiast obiekt KS Prądniczanka został wskazany omyłkowo. W ocenie zamawiającego w obiekcie Fame Sport nie znajduje się siłownia zewnętrzna, w odwołujący wykazał jedynie, że na kamiennym podłożu umieszczono czasowo sprzęt do ćwiczeń, co nie spełniało wymagań zamawiającego. Z tego względu odwołujący została wykluczona z postępowania.

Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku doświadczenia w zakresie budowy siłowni zewnętrznej i zamawiający podstawnie wykluczył z tego powodu odwołującego z postępowania.

Argument, że wartość siłowni zewnętrznej ma się jako znikomy ułamek w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia nie może być brany pod uwagę w obecnym stadium procedury, gdyż na takie zastrzeżenia i nawet zmiany w SIWZ był czas przed upływem terminu składania ofert i wykonawcy mogli w tym terminie zwracać się do zamawiającego o wyjaśnienia treści SIWZ doprowadzając nawet do zmiany treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze SPzp, który to przepis brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. Jednak do tego w postępowaniu nie doszło i dlatego zamawiający nie może odstąpić od badania ofert (i ewentualnego wykluczenia wykonawców czy odrzucania ich ofert) zgodnie z brzmieniem SIWZ, które jest obligatoryjne tak dla wykonawców jak i dla zamawiającego.

Izba uważa, że na podkreślenie zasługuje, że zamawiający wymagał aby wykazywany na spełnienie warunku obiekt był bezusterkowo odebrany, co wynika z rozdz. 5.3.1.1 zdanie drugie SIWZ cyt. »Kierownik budowy powinien wykazać się doświadczeniem, polegającym na kierowaniu robotami na co najmniej 2 bezusterkowo odebranych terenowych obiektach sportowych [...]«. Odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu, z którego wynikałby fakt bezusterkowego odbioru wymaganego obiektu.

Zdjęcia przedstawione jako dowody (DO-1) nie mogą być wzięte przez Izbę pod uwagę, gdyż nie przedstawiają siłowni zewnętrznych, ale obiekty do ćwiczeń fizycznych użytkowanych pod zadaszeniem (zdjęcie 3), obiekty bez możliwości stwierdzenia czy są przytwierdzone do podłoża (zdjęcie 2) lub obiekty do ćwiczeń plażowych (zdjęcie 1 i 4), które w polskich warunkach raczej nie będą mogły być użytkowane przez cały rok i bez możliwości stwierdzenia czy sfotografowane przedmioty można używać bez nadzoru.

Dlatego zarzutu pierwszego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 SPzp Izba nie może uwzględnić.

W ocenie Izby zarzut drugi naruszenia art. 91 ust. 1 SPzp – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Gretasport pomimo tego, że nie jest to oferta najkorzystniejsza biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert ujęte w treści SIWZ – nie może zostać uwzględniony.

Izba stwierdza, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego (o czym w uzasadnieniu oddalenia zarzutu pierwszego) i zamawiający uznał ofertę odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 SPzp, który to przepis brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«. Następnie zamawiający dokonał prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 SPzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. W związku z tym Izba nie może stwierdzić naruszenia tego przepisu przez zamawiającego i Izba musi oddalić zarzut drugi naruszenia art. 91 ust. 1 SPzp.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z tych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie § 2 ust. 2 pkt 2, § 5 ust. 1 i 2 lit. a, b i d oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania w kwocie 10 000 zł 00 gr, tytułem zwrotu kosztów zamawiającego poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika na kwotę 3600 zł 00 gr, tytułem zwrotu kosztów podróży na kwotę 473 zł 06 gr, tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa na kwotę 17 zł 00 gr i tytułem diety na kwotę 15 zł 00 gr – razem 14 105,06 zł (słownie: czternaście tysięcy sto pięć złotych sześć groszy).

**Przewodniczący:** .....