

Sygn. akt **XXIII Zs 96/23**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 listopada 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Aneta Łazarska

Sędziowie: Monika Skalska

Anna Żuława

Protokolant: Dariusz Książyk

po rozpoznaniu w dniu 16 listopada 2023 r. w Warszawie

na rozprawie sprawy o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego: Gminy P.

odwołującego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w M.

przy udziale wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w J.

na skutek skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w J.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 24 sierpnia 2023 r., sygn. akt (...)

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 i stwierdza naruszenie przez Zamawiającego art.

16 pkt 1, art. 128 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 226 ust. 1

pkt 2 lit b, art. 112 ust. 1 w związku z art. 112 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w pkt 2 ustala, że koszty postępowania odwoławczego ponosi odwołujący, pozostawiając ich wyliczenie do decyzji referendarza sądowego w Sądzie Okręgowym w Warszawie,

II. oddala skargę w pozostałym zakresie,

III. ustala, że koszty postępowania skargowego ponoszą solidarnie „(...)

(...)spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w M. i Gmina P., pozostawiając ich szczegółowe wyliczenie do decyzji referendarza sądowego w Sądzie Okręgowym w Warszawie.

Monika Skalska Aneta Łazarska Anna Żuława

Sygn. akt. XXIII Zs 96/23

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 23 sierpnia 2023r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o., dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie Wykonawcy (...) sp. z o.o. do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci nowego wykazu robót budowlanych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. kosztami postępowania obciążyła

Wykonawcę (...) sp. z o.o. i.: zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł uiszczoną przez Odwołującego (...) sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

Zamawiający Gmina P. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa budynku użyteczności publicznej dla świadczenia usług społecznych w P. - etap 1”. Odwołujący (...) sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego: zaniechania wezwania Wykonawcy (...) sp. z o.o. do uzupełnienia (poprawienia) wykazu robót budowlanych (oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót) lub jego wyjaśnienia pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału, o którym mowa w pkt 8 ust. 2 pkt 4 lit. d) Specyfikacji Warunków Zamówienia, a w konsekwencji, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta złożona przez (...) sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów tj.:

- art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy (...) sp. z o.o. do uzupełnienia (poprawienia) podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych (oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót) lub wezwania do wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Wykonawcy (...) sp. z o.o., podczas gdy Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8 ust. 2 ppkt 4 lit. d) SWZ; a w konsekwencji powyższego art. 16 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania ponownego badania i oceny ofert; wezwania Wykonawcy (...) sp. z o.o. do uzupełnienia (poprawienia) podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych (oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót) poprzez zastąpienie zadań wskazanych w pkt 1 i 2 tego wykazu innym zadaniem, celem wykazania, że Wykonawca (...) sp. z o.o. spełnia warunek udziału, o którym mowa w pkt 8 ust. 2 pkt 4 lit. d) SWZ.

W ramach warunków udziału w postępowaniu, w pkt 8 ust. 2 ppkt 4 lit. d) SWZ Zamawiający wskazał, iż wymaga, aby wykonawcy wykazali się wykonaniem co najmniej jednego zamówienia, polegającego na budowie budynku użyteczności publicznej w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, gdzie całkowita wartość zamówienia wynosiła co najmniej 3 mln złotych netto. Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie) wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył, co najmniej, jedno (1) zamówienie, polegające na budowie budynku użyteczności publicznej w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, gdzie całkowita wartość zamówienia wynosiła co najmniej 3,000,000,00 zł netto. W celu wykazania spełniania warunku Wykonawca (...) sp. z o.o. wskazał dwie następujące inwestycje: budowę Budynku Mieszkalno-Pensjonatowego w S. ul. (...) dz. Nr (...) oraz roboty budowlane stanu surowego, elewacje, instalacje wewnętrzne i zewnętrzne sieci wod-kan, gazowej i elektrycznej.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została oferta złożona przez (...) sp. z o.o. Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie. Odwołujący wskazał, że „Budynek użyteczności publicznej”, o którym mowa w warunku został zdefiniowany w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 7 ust. 2 pkt. 1 Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Zgodnie z § 3 pkt 6 Rozporządzenia przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć „budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie

kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny".

Odwołujący zauważył, że definicja nie stwarza wątpliwości interpretacyjnych i wskazuje wyczerpująco, jaki obiekt uznać można za budynek użyteczności publicznej. Wymieniony wprost w przywołanej definicji katalog budynków pozwalających jednoznacznie ustalić, jaki budynek określany jest mianem budynku użyteczności publicznej, jest katalogiem zamkniętym. Nie powinno zatem budzić wątpliwości, że inne obiekty, nie wpisujące się w powyższą definicję, nie mają takiego charakteru.

Odwołujący wskazał także na odrębne pojęcie ustanowione w § 3 pkt 5 Rozporządzenia, gdzie znajdujemy definicję budynku zamieszkania zbiorowego, zgodnie z którą jest nim „budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny". W § 3 pkt 4 Rozporządzenia znaleźć również można wyszczególnienie budynku mieszkalnego - jako budynku mieszkalnego wielorodzinnego oraz budynku mieszkalnego jednorodzinnego. Skoro ustawodawca odrębnie zdefiniował poszczególne kategorie budynków, w tym „budynek użyteczności publicznej”, „budynek zamieszkania zbiorowego” oraz „budynek mieszkalny wielorodzinny”, to nieuprawnione jest nadawanie tym pojęciom tożsamego znaczenia. Na gruncie ww. Rozporządzenia pensjonaty, hotele czy też inne budynki pełniące funkcje mieszkalne nie są kwalifikowane jako budynki użyteczności publicznej, lecz jako budynki zamieszkania zbiorowego. Tych kategorii budynków nie można ze sobą utożsamiać, bowiem zostały one wyraźnie odróżnione przez samego ustawodawcę. W opinii Odwołującego, wobec zdefiniowana „budynku użyteczności publicznej” w bezwzględnie wiążącym akcie normatywnym, tj. Rozporządzeniu, niedopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający nada temu pojęciu inne, dowolnie przez siebie obrane znaczenie na etapie następującym po złożeniu ofert w postępowaniu. Takie działanie Zamawiającego narusza bowiem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, którzy jako profesjonaliści nie mieli wątpliwości co do postawionego warunku oraz przejrzystości prowadzonego postępowania.

Odwołujący wskazał, że pierwsza z przedstawionych przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. inwestycji - Pensjonat - nie stanowi budynku użyteczności publicznej. Z treści wykazu robót, jak również dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót (umowa oraz protokoły odbiorów) jednoznacznie wynika, iż obiekt ten jest obiektem mieszkalno-pensjonatowym. Bez znaczenia w tym kontekście jest to, iż część mieszkalna stanowi 25% wybudowanej powierzchni, zaś część pensjonatu stanowiła 75% wybudowanej powierzchni. Charakter przedstawionej inwestycji jednoznacznie wskazuje, że wybudowany Pensjonat nie jest budynkiem użyteczności publicznej, lecz pełni funkcję budynku zamieszkania zbiorowego, z domieszką budynku mieszkalnego. Powyższe wynika zarówno z przedłożonego w Postępowaniu wykazu robót budowlanych, ale również dokumentu w postaci umowy, gdzie wyraźnie wskazano, co składa się na przedmiot zadania Pensjonat. Skoro zatem obiekty takie jak hotele czy pensjonaty (jak również budynki mieszkalne) zakwalifikowane zostały przez ustawodawcę do odrębnej grupy budynków, tj. zbiorowych budynków mieszkalnych, a jednocześnie ustawodawca uznał jednoznacznie, iż takie budynki (hotele, pensjonaty, mieszkania) nie mają przymiotu obiektu użyteczności publicznej, to nie można na obecnym etapie Postępowania zaakceptować działania Zamawiającego, polegającego na rozszerzeniu swoich (precyzyjnych) wymogów i zaakceptowaniu inwestycji przedstawionej przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. Druga inwestycja nie potwierdza spełnienia warunku. Jak wynika z referencji z dnia 3 lipca 2023 r. również Budynek S. nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Jest to budynek pełniący funkcję pensjonatu i hotelu, a budynki pełniące funkcję pensjonatu czy hotelu nie stanowią budynku użyteczności publicznej, lecz budynki zamieszkania-zbiorowego. Stąd brak jest wykazania po stronie Wykonawcy (...) sp. z o.o. spełnienia warunku. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Budynek S. nie został ukończony na dzień składania ofert.

Wykonawca (...) sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. W piśmie procesowym Przystępujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zdefiniował jednoznacznie,

co rozumie pod pojęciem obiekt użyteczności publicznej, ani też nie odwołał się do przepisów Rozporządzenia - w związku z czym sprzeczne z prawem byłoby takie doprecyzowywanie w chwili obecnej, czy też na jakimkolwiek etapie po upływie terminu składania ofert. Przystępujący zauważył, że w § 3 pkt 6) Rozporządzenia budynek użyteczności publicznej rozumiany jest jako budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Karjowa Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie. Żadna z przedstawionych przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. prac w wykazie usług nie wypełniała wymagań postawionych w treści warunku. Pierwsze zadanie obejmujące Budowę Budynku Mieszkalno-Pensjonatowego w S. nie potwierdza spełnienia ww. warunku przez Przystępującego. Budynek Mieszkalno-Pensjonatowy w S. nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Jak powyżej wskazano, definicja budynku użyteczności publicznej została zawarta w § 3 pkt 6) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 7 ust. 2 pkt. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Z kolei w § 3 pkt 5) rozporządzenia określono definicję budynku zamieszkania zbiorowego, zgodnie z którą jest nim m.in. „budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy (...)”. W § 3 pkt 4) rozporządzenia natomiast określono definicję budynku mieszkalnego - jako budynku mieszkalnego wielorodzinnego oraz budynku mieszkalnego jednorodzinnego. Izba podziela stanowisko wyrażone przez Odwołującego, że skoro ustawodawca odrębnie zdefiniował poszczególne kategorie budynków, w tym „budynek użyteczności publicznej”, „budynek zamieszkania zbiorowego” oraz „budynek mieszkalny wielorodzinny”, to nieuprawnione jest nadawanie tym pojęciom tożsamego znaczenia. Na gruncie wyżej powołanego rozporządzenia pensjonaty, hotele, czy też inne budynki pełniące funkcje mieszkalne, nie kwalifikowane jako budynki użyteczności publicznej, lecz jako budynki zamieszkania zbiorowego. Tych kategorii budynków nie można ze sobą utożsamiać, bowiem zostały one wyraźnie odróżnione przez samego ustawodawcę. Należy zauważyć, że brak jest innej definicji budynku użyteczności publicznej w przepisach prawa, czy w języku powszechnym, co oznacza, że przyjmuje się jako definicję budynku użyteczności publicznej tę definicję, która wynika z § 3 ww. rozporządzenia.

Zdaniem Izby przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć takie usługi wymienione w definicji wynikającej z rozporządzenia, które mają charakter społeczny - są prowadzone w interesie społecznym, a nie dla ściśle określonej grupy. Budynek użyteczności publicznej nie jest prowadzony ze względu na określony rezultat. Nie są także trafne wywody Przystępującego, że budynek mieszkalno-pensjonatowy spełnia przesłanki dla uznania go za obiekt użyteczności publicznej, gdyż w budynku świadczone są usługi i jest to budynek przeznaczony na potrzeby turystyki. Przystępujący nie wskazał, jakie konkretnie usługi mają być w tym budynku świadczone. W pensjonacie świadczone są usługi noclegowe, nie zaś turystyczne. O charakterze budynku decyduje przeważające przeznaczenie budynku. W budynkach mieszkalnych mogą być świadczone usługi np. portiera, ale nie zmienia to charakteru budynku, który jest budynkiem mieszkalnym przeznaczonym na stały pobyt ludzi.

Najistotniejszą jednak kwestią zdaniem Izby jest to, że skoro obiekty takie jak hotele czy pensjonaty (jak również budynki mieszkalne) zakwalifikowane zostały przez ustawodawcę do odrębnej grupy budynków, tj. zbiorowych budynków mieszkalnych, a jednocześnie ustawodawca uznał, że takie budynki jak hotele, pensjonaty, mieszkania nie mają przymiotu obiektu użyteczności publicznej, to nie jest uprawnione stanowisko, że inwestycja przedstawiona przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. spełnia wymagania warunku, który odnosił się do „budynek użyteczności publicznej”. W związku z tym, że pierwsza z przedstawionych przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. inwestycji - Pensjonat - nie stanowi budynku użyteczności publicznej, nie może zostać uznana za spełniająca wymagania warunku udziału w postępowaniu.

Jako drugą w wykazie zrealizowanych robót budowlanych, Przystępujący wskazał roboty budowlane stanu surowego, elewacje, instalacje wewnętrzne i zewnętrzne sieci wod-kan, gazowej i elektrycznej. Przystępujący nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego zawartych w treści odwołania w zakresie zarzutów co do tej części wykazu robót. Odwołujący w treści odwołania przedstawił dokumentację fotograficzną budynku, z której wynika, że budowa budynku nie została zakończona. Odwołujący wskazał, że Budynek S. nie został ukończony na dzień składania ofert - Budynek S. pozostaje w stanie surowym, nieużytkowanym na chwilę obecną. Przystępujący nie zaprzeczył tej okoliczności. Zarówno w piśmie procesowym, jak i w trakcie rozprawy z udziałem stron, nie odniósł się do powyższej okoliczności. Z treści warunku jednoznacznie wynikało wymaganie Zamawiającego, aby wykonawca wykazał, że „wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył co najmniej jedno zamówienie (...)”. Aby zatem można było legitymować się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych, konieczne jest ich wykonanie (forma dokonana), a nie wykonywanie (forma niedokonana).

Skoro zatem Wykonawca (...) sp. z o.o. nie wykazał, że zakończył (a więc wykonał) budowę Budynku S., to oznacza, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu także w zakresie tego zadania. W konsekwencji należało uznać, że żadna ze wskazanych przez Przystępującego prac nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Żadna ze stron postępowania nie zaprzeczyła, że Przystępujący nie został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia wykazu robót budowlanych lub jego wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skoro zatem Przystępujący nie złożył podmiotowego środka dowodowego, który potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to stosownie do treści powyższego artykułu powinien zostać wezwany przez Zamawiającego do jego złożenia. Zaniechanie wezwania (...) sp. z o.o. do uzupełnienia (poprawienia) podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu robót budowlanych (oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie tych robót) lub wezwania do wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych, które doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty wykonawcy (...) sp. z o.o., podczas gdy Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8 ust. 2 ppkt 4 lit. d) SWZ stanowi naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Skargę od powyższego orzeczenia wniósł wykonawca (...) sp. z o.o. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

I. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na błędnym przyjęciu, że użyte w treści warunku określonego w pkt. 8 ust. 2 ppkt 4) lit. d) Specyfikacji Warunków Zamówienia pojęcie budynek użyteczności publicznej należy interpretować przez pryzmat przepisów Rozporządzenia oraz błędne przyjęcie, że inwestycje zrealizowane przez Skarżącego nie stanowią budynków użyteczności publicznej w rozumieniu Warunku, tj. błędna wykładnia Warunku, a w konsekwencji nieprawidłowe stwierdzenie, że Skarżący nie spełniał Warunku udziału w postępowaniu, co skutkowało uwzględnieniem odwołania — podczas gdy oba budynki wskazane przez Skarżącego w wykazie robót zawierają się w definicji budynku użyteczności publicznej w myśl Warunku; błędnym przyjęciu, że Budynek Mieszkaniowo-Pensjonatowy nie jest przeznaczony na potrzeby turystyki oraz że nie są w nim świadczone usługi, a w konsekwencji uznanie, że nie może on być rozumiany jako budynek użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia, podczas gdy w budynku tym oferowane są usługi, a przy tym są one oferowane na potrzeby turystyki, co wypełnia przesłanki z § 3 pkt 6) Rozporządzenia, błędnym przyjęciu, że Budynek S. nie został ukończony w zakresie odpowiednim dla wykazania spełnienia Warunku, podczas gdy w ramach tej inwestycji Skarżący wykonywał określony zakres robót - Etap 1 obejmujący roboty budowlane stanu surowego, elewacji, instalacji wewnętrznych i zewnętrznych sieci wod-kan, gazowej i elektryczne, co zostało wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowo ukończone;

II. naruszenie prawa procesowego mające istotny wpływ na wynik sprawy, tj.: naruszenie art. 542 ust 1 pzp w zw. z art. 552 ust 1 pzp poprzez wadliwe ustalenie treści Warunku polegające na uznaniu, że pojęcie budynek użyteczności publicznej należy interpretować przez pryzmat przepisów Rozporządzenia oraz błędne przyjęcie, że inwestycje zrealizowane przez Skarżącego nie stanowią budynków użyteczności publicznej w rozumieniu Warunku, tj. błędna wykładnia Warunku, a w konsekwencji nieprawidłowe stwierdzenie, że Skarżący nie spełniał Warunku udziału w postępowaniu, co skutkowało uwzględnieniem odwołania - podczas gdy oba budynki wskazane przez Skarżącego w

wykazie robót zawierają się w definicji budynku użyteczności publicznej w myśl Warunku; naruszenie art 554 ust 1 pkt 1) pzp i art 554 ust 3 pkt 1) lit. a) i b) pzp poprzez uwzględnienie odwołania oraz nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Skarżącego oraz nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania Skarżącego do złożenia podmiotowego środka dowodowego - podczas gdy nie zaistniała okoliczność naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia:

III. naruszenie prawa materialnego tj.: naruszenie art. § 3 pkt 4) - 6) rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie poprzez ich błędne zastosowanie przy interpretacji treści Warunku, pomimo braku odwołania się do ww. przepisów przez Zamawiającego oraz pomimo faktu, że przepisy te znajdują zastosowanie jedynie w zakresie samego Rozporządzenia i nie stanowią definicji legalnych na potrzeby całego systemu prawnego; a ponadto poprzez błędną wykładnię § 3 pkt 6) Rozporządzenia, tj. uznanie, że usługi oferowane w budynku użyteczności publicznej muszą być usługami turystycznymi; art. 286 ust. 1 Pzp w zw. z art 16 Pzp poprzez jego niezastosowanie i usankcjonowanie zmiany treści SWZ polegającej na doprecyzowaniu Warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert, podczas gdy jest to całkowicie niedopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp;-naruszenie art. 286 ust. 9 Pzp w zw. z art 267 ust. 2 pkt 6) Pzp w zw z art. 271 Pzp w zw. z cz. I ust. 6 pkt 4) Załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych poprzez pominięcie i doprowadzenie do sytuacji zmiany treści SWZ prowadzącego do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, tj. doprecyzowania treści warunku udziału w postępowaniu, bez uprzedniego umieszczenia wymaganego prawem ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu publicznym -naruszenie art. 16 pkt 1) Pzp poprzez jego niezastosowanie i wbrew wywodzącej się z ww. przepisu zasady rozstrzygnięcia wątpliwości na korzyść wykonawców - rozstrzygnięcie wątpliwości co do treści SWZ w sposób ograniczający wykonawcy możliwość dopuszczenia do udziału w zamówieniu naruszenie art 112 ust 1 Pzp w zw. z art 112 ust 2 pkt 4) Pzp w zw. z art 7 pkt 29) Pzp poprzez niezastosowanie i pominięcie przy ustalaniu treści Warunku: 1) okoliczności, że warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego mają na celu zapewnienie, że wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą będzie w stanie spełnić potrzeby Zamawiającego oraz 2) legalnej definicji warunków zamówienia wskazującej, iż warunek powinien wynikać w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia lub projektowanych postanowień umowy, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego - co doprowadziło do wadliwego ustalenia treści Warunku; naruszenie art 2 w zw. z art 23 ust 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. poprzez ich niezastosowanie i naruszenie konstytucyjnych zasad pewności prawa oraz zasady równości poprzez orzeczenie wbrew ugruntowanej linii orzeczniczej oraz traktowanie różnych podmiotów w odmienny sposób w takiej samej sytuacji faktycznej; naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie przepisu dotyczącego odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy Skarżący prawidłowo wykazał się spełnieniem wszystkich warunków udziału w postępowaniu; naruszenie art. 128 ust. 1 pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) pzp poprzez ich wadliwe zastosowanie i nieprawidłowe stwierdzenie, że doszło do naruszenia tych przepisów poprzez zaniechanie wezwania Skarżącego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego lub wezwania do wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Skarżącego — podczas gdy brak było podstaw do podjęcia ww. czynności, bowiem Skarżący prawidłowo wykazał się spełnieniem Warunku, a jego oferta słusznie wybrana została jako najkorzystniejsza

Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez: oddalenie odwołania w całości; nakazanie: a) unieważnienia czynności Zamawiającego: wezwania Skarżącego (...) sp. z o.o. do przedłożenia podmiotowego środka dowodowego z dnia 29 sierpnia 2023 r.; wyboru oferty z dnia 5 września 2023 r. ewentualnie, w przypadku zawarcia umowy ir sprawie zamówienia publicznego do dnia wydania przez tut. Sąd orzeczenia w niniejszej sprawie: 2a) unieważnienie umowy wobec ziszczenia się przesłanki jej unieważnienia, o której mowa w art. 457 ust. 1 pkt 1) pzp; ewentualnie 2b) stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy pzp; obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego (...) Sp. z o.o. z siedzibą w M.; zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty 4750 zł, w tym kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę w kwocie 1150 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł, zasądzenie solidarnie od Przeciwników skargi, tj. Odwołującego „(...)"

Sp. z o.o. z siedzibą w M. oraz Zamawiającego Gmina P. na rzecz Skarżącego (...)sp. z o.o. z siedzibą w J. zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie za czas po upływie tygodnia od dnia ogłoszenia wyroku do dnia zapłaty.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest zasadna. Większość zarzutów zasługuje na uwzględnienie. Sąd nie podziela w przeważającym zakresie ustaleń faktycznych jak też nie podziela oceny prawnej Krajowej Izby Odwoławczej. Kluczowe w tej sprawie było ustalenie czy skarżący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj.pkt 8 ust. 2 ppkt 4) lit. d) Specyfikacji Warunków Zamówienia i wykazania wykonania co najmniej jednego zamówienia, polegającego na budowie budynku użyteczności publicznej w zakresie branży budowlanej, sanitarnej i elektrycznej, gdzie całkowita wartość zamówienia wynosiła co najmniej 3 mln złotych netto. W celu wykazania spełniania tego warunku, Skarżący wskazał następujące inwestycje: budowę Budynku Mieszkalno-Pensjonatowego w S. ul. (...) dz. Nr (...)oraz budynek S., a konkretnie roboty budowlane stanu surowego, elewacje, instalacje wewnętrzne i zewnętrzne sieci wod-kan, gazowej i elektrycznej.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że obiekt Budynek Mieszkalno- Pensjonatowy nie stanowi budynku użyteczności publicznej w rozumieniu warunku SWZ. Zdaniem Izby budynek użyteczności publicznej użyty w warunku należy rozumieć zawężająco i w myśl § 3 pkt 6) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie i zwartej w nim definicji, w rezultacie zdaniem Izby Budynek Mieszkalno-Pensjonatowy w S. ul. (...) dz. Nr (...) nie odpowiada przyjętej definicji budynku użyteczności publicznej.

W ocenie Sądu Okręgowego Izba dokonała błędnej wykładni i nieprawidłowo ustaliła, że nie został spełniony warunek SWZ, wadliwie uznając, że pojęcie budynek użyteczności publicznej należy interpretować na podstawie przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r., co doprowadziło do nietrafnej konkluzji, że inwestycja zrealizowana przez Skarżącego nie stanowi budynku użyteczności publicznej.

Zamawiający na potrzeby prowadzonego postępowania nie zdefiniował bowiem pojęcia budynków użyteczności publicznej w specyfikacji warunków zamówienia. Co więcej analizując szczegółowo treść SWZ wskazać należy, że Zamawiający nie odwołał się w warunku do przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury, w szczególności nie wskazał ani wprost ani też pośrednio, że określenie budynek użyteczności publicznej należy wyklądać rozumieniu § 3 pkt 6) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury. Szczególnie, że Zamawiający w wielu miejscach w SWZ odwołuje się do konkretnych aktów prawnych, co oznacza, że gdyby chciał, aby określone pojęcia rozumieć zgodnie z definicjami opisanymi w konkretnym akcie prawnym, to wyraźnie o tym każdorazowo przesądzał. Nie było to zatem przeoczenie, lecz celowe działanie Zamawiającego. Analogicznego odwołania zamawiający nie zamieścił w odniesieniu do pojęcia budynek użyteczności publicznej (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2500/20|KIO 2543/20).Nieuprawniona była więc ocena Izby, że definicja zawarta w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury była w tym zakresie wiążąca. Powszechnie bowiem przyjmuje się, że jeżeli w ustawie nie ma definicji danego pojęcia lub odesłania do definicji znajdującej się w innej ustawie, to rozumienie tego pojęcia należy ustalać na podstawie jego znaczenia wynikającego z języka potocznego.

Brak definicji budynku użyteczności publicznej w SWZ prowadzić powinien do przyjęcia rozmiennia tegoż podjęcia w potocznym znaczeniu, a także utrwalonego opinio communis. W pierwszej jednak kolejności biorąc pod uwagę znaczenie pewności i przewidywalności prawa celowe było odwołanie się do ukształtowanie już jurysprudencji. Przegląd judykatury wskazuje, że KIO w wyroku z dnia 29 października 2020 r., sygn. akt KIO 2500/20|KIO 2543/20: uznała, że zarówno internat jak i hotel mogą być uważane za budynek użyteczności publicznej w potocznym znaczeniu tego słowa. Są to bowiem obiekty, które nie służą do użytku indywidualnego, ale korzysta z nich znaczna liczba osób.

W rozumieniu potocznym Budynek Mieszkalno-Pensjonatowy z pewnością należy uznać za budynek użyteczności publicznej — jest to bowiem obiekt, który nie służy do użytku indywidualnego, ale korzysta z niego znaczna liczba osób, nieograniczonych podmiotowo, dostęp do niego jest publiczny. Przesądżające znaczenie powinna mieć zatem jego główna funkcja publiczna. Nie koliduje z takim rozumieniem spornego pojęcia wspomniane Rozporządzenie

Ministra Infrastruktury. Niemniej legalna definicja budynku użyteczności publicznej z § 3 pkt 6) Rozporządzenia może stanowić pewną wskazówkę przy ustalaniu treści tego terminu.

Zgodnie z § 3 pkt 6) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury budynek użyteczności publicznej rozumiany jest jako budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. W świetle zatem i tej definicji budynek Mieszkalno-Pensjonatowy zawiera się w ww. definicji budynku użyteczności publicznej, ponieważ jest to budynek przeznaczony na potrzeby turystyki oraz usług.

Ponadto nie można też się zgodzić w oceną Izby, że Budynek Mieszkalno-Pensjonatowy nie jest przeznaczony na potrzeby turystyki, ani nie są w nim świadczone usługi w rozumieniu § 3 pkt 6) Rozporządzenia. Krajowa Izba Odwoławcza błędnie uznała, że usługi oferowane w budynku użyteczności publicznej muszą być usługami turystycznymi - co sugeruje fragment wyroku, w którym Izba wskazuje, że w Pensjonacie są świadczone usługi noclegowe, nie turystyczne (str. 10, akapit 4). Tymczasem Zgodnie z § 3 pkt 6) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury budynek użyteczności publicznej rozumiany jest jako budynek przeznaczony na potrzeby (...) gastronomii, usług, i w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, (...), oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji: za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Definicja ta nie traktuje o usługach turystycznych, a usługach w ogóle, a nadto o przeznaczeniu budynku na potrzeby turystyki.

Na marginesie tylko warto dodać, że w ww. definicji mamy do czynienia z katalogiem otwartym określenia terminu budynku użyteczności publicznej, o czym świadczy sformułowanie oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji. Wykładnia funkcjonalna, ani wykładnia systemowa pojęcia budynku zamieszkania zbiorowego oraz pojęcia budynku użyteczności publicznej nie pozwalają na stwierdzenie, iż pojęcia te są rozłączne, a zatem, że budynki zamieszkania zbiorowego nie mogą stanowić jednocześnie obiektów użyteczności publicznej. Ocena Izby w tym zakresie była dowolna. Zakresy pojęć zdefiniowane w przywołanej regulacji w pewnych określonych sytuacjach mogą się pokrywać. W wielu przypadkach może się zdarzyć, że budynek zamieszkania zbiorowego będzie ze swej istoty budynkiem użyteczności publicznej i odwrotnie. Budynek zamieszkania zbiorowego może być zatem jednocześnie budynkiem użyteczności publicznej - i tak jest właśnie w przypadku Budynku Mieszkalno-Pensjonatowego.

Co więcej, w szeregu już orzeczeń jak choćby w wyroku z dnia 27 lipca 2017 r., sygn.: KIO 1389/17 oraz wyroku z dnia 3 lutego 2021 r., sygn.: KIO 2/21 wskazywała, że nie rozstrzygając jednoznacznie czy budynki zamieszkania zbiorowego są budynkami użyteczności publicznej, czy nie - na gruncie Rozporządzenia nie można wyłączyć z kategorii budynków użyteczności publicznej, np. hotelu przeznaczonego także na potrzeby turystyki, w którego budynku świadczone są przecież szeroko rozumiane usługi; tym samym tego typu obiekty mogą być sklasyfikowane jako obiekty użyteczności publicznej. Ponadto gdyby wspomniane wątpliwości rozstrzygnąć w oparciu o zasady ujęte w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (Dz. U. z 1999 r. Nr 112, poz. 1316), gdzie w punkcie 5 załącznika do ww. rozporządzenia zawarte są wskazówki dotyczące klasyfikowania obiektów budowlanych użytkowanych lub przeznaczonych do wielu celów (np. budynek mieszkalny, w którym znajdują się również biura, budynek mieszkalny w którym znajdują się np. lokale handlowe itp.). W takim przypadku klasyfikuje się je zgodnie z "głównym użytkowaniem" (dominującym sposobem użytkowania). Tak więc o charakterze budynku mieszkalnego w tym kontekście przesądza jego dominujące przeznaczenie (główna funkcja) (tak wyrok KIO z dnia 2 lutego 2011 r. KIO 129/11). W tym zaś konkretnym przypadku budynek Pensjonat zawiera się w ww. definicji budynku użyteczności publicznej, ponieważ jest to budynek przeznaczony na potrzeby turystyki oraz usług.

Trafny jest też zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) Pzp poprzez pominięcie tego przepisu, albowiem w przypadku możliwej odmiennej interpretacji kryterium wszelkie wątpliwości dotyczące treści SWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy - co wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 16 pkt 1) Pzp. Wykonawca nie może bowiem ponosić negatywnych konsekwencji niedostatecznie precyzyjnego określenia

warunku przez Zamawiającego, tj. niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 lipca 2015 r., sygn. akt 1C 2/15). To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SWZ były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury (wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 643/12). Postulat wykładni niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy wynika z zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p. [obecnie art. 16 pkt 1) pzp]. Wyrok KIO z 7 października 2013 r., KIO 2260/13: Wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Dokonując wykładni, ważąc racje i wartości należy też się zgodzić, że rozbieżne orzecznictwo może naruszać zasadę pewności prawa wyrażoną w art. 2 Konstytucji oraz zasadę równości wobec prawa poprzez traktowanie różnych podmiotów w odmienny sposób w takiej samej sytuacji faktycznej. Zasada pewności prawa zaś wywodzona z zasady demokratycznego państwa prawa Zasada zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa jest zasadą konstytucyjną, która z uwagi na swoje aksjologiczne uzasadnienie, ułożenie i znaczenie powinna być stosowana przez sądy wprost bądź jako dyrektywa wykładni przepisów cywilnego prawa procesowego. Zasada ta ma więc również swój procesowy wymiar i, jak wskazał Sąd Najwyższy, wynika z fundamentalnego dla całego polskiego prawa art. 2 Konstytucji RP, ustanawiającego zasadę państwa prawnego. Nieuzasadniona rozbieżność w orzecznictwie może naruszać zasadę pewności prawa wyrażoną w art. 2 Konstytucji oraz zasadę równości wobec prawa poprzez traktowanie różnych podmiotów w odmienny sposób w takiej samej sytuacji faktycznej. Tym bardziej, że wykładnia zaproponowana przez Izbę jest dość pobieżna i nie przedstawia argumentów za odstąpieniem od ugruntowanej dotychczasowej poglądów orzecznictwa.

Podsumowując, Zamawiający słusznie przyjął, że przedmiotowy Budynek Mieszkalno-Pensjonatowy należy uznać za budynek użyteczności publicznej, a tym samym Skarżący spełnił warunek określony w pkt 8 ust. 2 ppkt 4 lit. d) SWZ, decyzja Krajowej Izby Odwoławczej uwzględniająca odwołanie była więc nieprawidłowa.

Mając na uwadze wskazaną ocenę trafne były zarzuty naruszenia art 554 ust. 1 pkt 1) i art. 554 ust 3 pkt 1) lit. a) i b) Pzp poprzez uwzględnienie odwołania oraz nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Skarżącego oraz nakazanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania Skarżącego do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci nowego wykazu robót. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp Izba 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 przedmiotowej zaś sprawie postępowanie zostało przeprowadzone w sposób prawidłowy i nie doszło do naruszenia przepisów, wbrew stanowisku Izby, która błędnie stwierdziła naruszenie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) Pzp.

W ocenie Sądu Okręgowego zrealizowana przez Zamawiającego inwestycja Pensjonat, spełnia warunki zawarte w definicji budynku użyteczności publicznej z § 3 pkt 6) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury, trafne są zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych oraz zarzuty naruszenia art. 542 ust. 1 w zw. z art. 552 ust. 1 Pzp. Mając na uwadze tę ocenę było bezprzedmiotowe wypowiedzanie się, czy Budynek S., który Skarżący podał w wykazie robót celem wykazania stosownego doświadczenia, spełniał wymagania warunku.

Mimo uwzględnienia skargi brak jednak było podstaw do unieważnienia przetargu. Zgodnie z art. 286 ust. 1 Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. W żadnym wypadku nie jest natomiast możliwa zmiana treści SWZ po upływie terminu składania ofert. Niemniej nie zasługuje na uwzględnienie zarzut, w którym Skarżący upatruje dokonania przez Zamawiającego zmiany SWZ po upływie terminu składania ofert bez dokonania ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych. Z oczywistych względów, na tle zaistniałego stanu faktycznego nie doszło do zmiany treści postanowień SWZ, w szczególności nie doszło do doprecyzowania treści warunku. Aby można było mówić o doprecyzowaniu warunku udziału w postępowaniu Zamawiający musiałby nadać mu zupełnie inne brzmienie niż to, na którym opierali się wykonawcy składający ofertę w Postępowaniu. Tym samym nie doszło do naruszenia art. 286 ust. 9 pzp w zw. z art. 267 ust. 2 pkt 6) Pzp w zw. z art. 271 Pzp w zw. z cz. I ust. 6 pkt 4) Załącznika nr 1 do Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i

Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych. Nie można też podzielić zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, w Izba nie posłużyła się w swoim rozstrzygnięciu art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) Pzp, albowiem w żadnym fragmencie też wyroku nie nakazała Zamawiającemu odrzucenia oferty Skarżącego.

W pkt. 1 wyroku Izba nakazała unieważnienie czynność wyboru oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci nowego wykazu robót budowlanych w celu wykazania spełnienia warunku, doszło zatem do obrazu art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b) Pzp poprzez ich wadliwe zastosowanie i nieprawidłowe uznanie naruszenia tych przepisów poprzez zaniechanie wezwania Skarżącego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego lub wezwania do wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych, co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty Skarżącego – podczas gdy brak było podstaw do podjęcia ww. czynności, bowiem Skarżący prawidłowo wykazał się spełnieniem warunku, a jego oferta słusznie wybrana została jako najkorzystniejsza. Doszło również do naruszenia art 112 ust 1 Pzp w zw. z art 112 ust 2 pkt 4) Pzp w zw. z art 7 pkt 29) Pzp poprzez niezastosowanie i pominięcie przy ustalaniu treści warunku okoliczności, że warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego mają na celu zapewnienie, że wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą będzie w stanie spełnić potrzeby Zamawiającego oraz legalnej definicji warunków zamówienia wskazującej, iż warunek powinien wynikać w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia lub projektowanych postanowień umowy, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego - co doprowadziło do wadliwego ustalenia treści Warunku.

Twierdzenia przeciwnika skargi zgłoszone na etapie postępowania skargowego, że Skarżący - wbrew głośnym zapewnieniom o spełnieniu Warunku - nie wykonał zakresu elektrycznego i sanitarnego, który był wprost wskazany jako element konieczny warunku, jak i że zakres prac elektrycznych wykonany został bowiem przez p. O. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. (...), z kolei zakres prac sanitarnych zrealizował p. M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) - są spóźnione. Zgodnie z art. 381 k.p.c. sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba że potrzeba powołania się na nie wynika później. Przedłożone oświadczenie jest więc spóźnione, szczególnie, że prowadziłyby do nieuprawnionego poszerzenia zakresu zarzutów. Tego rodzaju twierdzenia nie były zgłoszone w ramach zarzutów, co wskazuje, że powyższy, zarzut nie został również podniesiony w odwołaniu i stanowi obecnie próbę rozszerzenia zarzutów odwołania. Skoro więc Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 555 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, to tym bardziej Sąd Okręgowy nie będzie procedował co do kwestii podlegających prekluzji.

Z tych samych zarzutów sąd pominął spóźnione wnioski i twierdzenia skarżącego zgłoszone w piśmie procesowym z 14 listopada 2023r. stanowiącym replikę skarżącego na odpowiedź na skargę.

Mając na uwadze fakt, że Zamawiający po wydaniu zaskarżonego orzeczenia dokonał czynności określonych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, a w chwili obecnej niezasadne jest również żądanie nakazania unieważnienia tych czynności Zamawiającego (wezwanie Skarżącego (...) sp. z o.o. do przedłożenia podmiotowego środka dowodowego z dnia 29 sierpnia 2023 r. oraz wyboru oferty z dnia 5 września 2023 r.) stwierdzić należy naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, oddalając w tym niewielkim zakresie skargę.

Koszty postępowania odwoławczego i skargowego ponosi przegrywający w przeważającym zakresie to postępowanie w myśl art. 589 ust. 2 Pzp w zw. z art.98 k.p.c. zgodnie z którym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania, zasadne było obciążenie kosztami postępowania odwoławczego przegrywającego postępowanie tj. odwołującego .. (...)” Sp. z o.o. z siedzibą w M.; a kosztami postępowania skargowego solidarnie zamawiającego Gminę P. oraz odwołującego (...)” Sp. z o.o. z siedzibą w M.; a szczegółowe wyliczenie tych kosztów pozostawiono do decyzji referendarza sądowego w Sądzie Okręgowym w Warszawie.