Sygn. akt: KIO 2349/21

WYROK

z dnia 15 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 13 września 2021 roku, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2021 roku przez wykonawcę ADG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie w

postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Śląski Urząd Wojewódzki w

Katowicach
przy udziale wykonawcy Termo-Klima MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna w Katowicach, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ADG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ADG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2349/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie instalacji wentylacji i klimatyzacji w budynku Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego w Katowicach przy ul. Damrota 16 - piętro 2 i 3.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129), zwaną dalej ustawą P.z.p.

W dniu 4 sierpnia 2021 roku wykonawca ADG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Chorzowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy P.z.p., poprzez odrzucenie jego oferty w sytuacji, gdy nie zaistniały okoliczności uprawniające zamawiającego do jego zastosowania,

b) art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania odwołującego w stosunku do innych uczestników postępowania, co w efekcie może prowadzić do naruszenia art. 17 ust. 2 oraz art. 17 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- unieważnienia czynności odrzucenia naszej oferty,

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 sierpnia 2021 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Termo-Klima MK Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna w Katowicach (dalej: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 7 czerwca 2021 r. zostało ogłoszone postępowanie na „Wykonanie instalacji wentylacji i klimatyzacji w budynku Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego w Katowicach przy ul. Damrota 16 — piętro 2 i 3” — numer postępowania BA.I.272.17.2021. Jednym z warunków udziału w postępowaniu, wskazanym w rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.), było, by wykonawca wykazał się wykonaniem min. 1 roboty polegającej na wykonaniu instalacji wentylacji i klimatyzacji w kwocie min. 1.500.000 zł brutto na obiekcie kubaturowym, przy którym prace montażowe wykonywano na czynnym obiekcie, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Pismem z dnia 9 lipca 2021 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia:

„2) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty".

W odpowiedzi na wezwanie, w dniu 14 lipca 2021 roku, odwołujący złożył wykaz robót budowlanych, w którym wykazał robotę budowlaną: „Montaż klimatyzacji i wentylacji wybranych pomieszczeń parteru, I, II, III i V piętra w budynku kubaturowym Urzędu Miejskiego w Gliwicach przy ul. Zwycięstwa 21", realizowaną na rzecz Urzędu Miejskiego w Gliwicach w okresie od 07.05.2019 do 07.05.2021 na kwotę 2 044 647,70 zł brutto. Do wykazu referencję z dnia 10 czerwca 2021 roku wystawioną przez Urząd Miejski w Gliwicach o treści:

Potwierdzam, że firma ADG Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie ul, Górnośląska 7 wykonała na rzecz Gliwic - miasta na prawach powiatu zadanie o wartości 2 044 647,70 zł brutto w oparciu o „Projekt budowlany i wykonawczy instalacji klimatyzacji i wentylacji wybranych pomieszczeń biurowych parteru, I, II, III, IV i V piętra budynku Urzędu Miasta w

Gliwicach przy ul. Zwycięstwa 21" sporządzony przez firmę Prokliwent w następujących etapach:

1. „Montaż klimatyzacji i wentylacji wybranych pomieszczeń V-go piętra w budynku Urzędu Miejskiego przy ul. Zwycięstwa 21" zrealizowane zgodnie z umową nr OR.2510.1.2019 z dnia 07.05.2019 r.

Termin wykonania przedmiotu umowy: od 07.05.2019 r. do 30.07.2019 r.

Wartość robót objętych przedmiotem umowy: 697 656,00 zł brutto,

2. „Montaż klimatyzacji i wentylacji wybranych pomieszczeń I-go piętra w budynku Urzędu Miejskiego przy ul. Zwycięstwa 21" zrealizowane zgodnie z umową nr OR.2510.8.2019 z dnia 04.09.2019 r.

Termin wykonania przedmiotu umowy: od 04.09.2019 r. do 03.11.2019 r.

Wartość robót objętych przedmiotem umowy: 215 557,50 zł brutto,

3. „Montaż klimatyzacji i wentylacji wybranych pomieszczeń II i III-go piętra w budynku Urzędu Miejskiego przy ul. Zwycięstwa 21" zrealizowane zgodnie z umową nr OR.2510.16.2020 z dnia 07.01.2021 r.

Termin wykonania przedmiotu umowy: od 07.01.2021 r, do 07.05.2021 r.

Wartość robót objętych przedmiotem umowy: 1 131 434,20 zł brutto.

Roboty budowlane zostały zrealizowane terminowo z należytą starannością oraz zgodnie ze sztuką budowlaną.

W dniu 2 sierpnia 2021 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że „Wykonawca złożył wymagane dokumenty, jednak Zamawiający uznał, że nie potwierdzają one spełniania warunku udziału w postępowaniu". Zamawiający stwierdził, że: „referencje potwierdzają wykonanie 3 robót budowlanych o łącznej wartości 2 044 647,70 zł, ale żadna z tych robót nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego, mianowicie ich wartość nie przekraczała 1 500 000,00 zł. Roboty te były wykonane na podstawie trzech różnych umów, a największa z tych robót wynosiła 1 131 434,20 zł brutto".

Stan faktyczny został ustalony na podstawie dokumentacji postepowania o udzielenie zamówienia, w tym, w szczególności: specyfikacji warunków zamówienia, pisma zamawiającego z dnia 9 lipca 2021 roku, pisma odwołującego z dnia 14 lipca 2021 roku wraz z załącznikami (w tym wykazu robót budowlanych oraz referencji z dnia 10 czerwca 2021 roku), pisma zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2021 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest interpretacja warunku udziału w postępowaniu w kontekście robót wskazanych przez odwołującego w wykazie oraz załączonej do niego referencji z dnia 10

czerwca 2021 roku.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że roboty wykonywane przez odwołującego na rzecz Urzędu Miejskiego w Gliwicach zostały zrealizowane na podstawie trzech odrębnych umów poprzedzonych przeprowadzonymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego (okoliczność bezsporna).

Rozstrzygnięcie polega zatem na zajęciu stanowiska, czy wskazane przez odwołującego roboty wykonywane na rzecz Urzędu Miejskiego w Gliwicach można zakwalifikować jako jedną robotę budowlaną spełniającą wymogi wskazane w rozdz. VIII ust. 2 pkt 4 s.w.z.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, iż stanowisko zamawiającego, iż wskazane przez odwołującego roboty nie mogą zostać uznane za jedną robotę budowlaną, jest bezpodstawne ze względu na definicję robót budowlanych zawartą w art. 7 pkt 21 ustawy P.z.p. Wskazał ponadto, że wszystkie 3 roboty były realizowane na podstawie tej samej dokumentacji projektowej.

Zgodnie z art. 7 pkt 21 ustawy P.z.p., przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, w załączniku I do dyrektywy 2014/25/UE oraz objętych działem 45 załącznika I do rozporządzenia (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) (Dz. Urz. WE L 340 z 16.12.2002, str. 1, z późn. zm.), zwanego dalej „Wspólnym Słownikiem Zamówień", lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Polski ustawodawca odszedł zatem od definicji zawartej w poprzedniej ustawie - Prawo zamówień publicznych (ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku, Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zgodnie z którą roboty budowlane oznaczały „wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego".

W aktualnej ustawie P.z.p. wykaz, do którego ustawa odsyła w art. 7 ust. 21, stanowi przeniesienie w niezmienionym brzmieniu polskiego tłumaczenia załącznika do dyrektywy w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, który określa wykaz działalności zaliczanych na podstawie statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej we Wspólnocie Europejskiej (NACE) do sekcji F - Budownictwo.

W ocenie Izby, wskazana wyżej definicja nie daje podstaw do oceny, czy kilka robót budowlanych, wykonywanych w warunkach, w jakich odwołujący realizował takie roboty na rzecz Urzędu Miejskiego w Gliwicach, stanowi jedną robotę budowlaną spełniającą warunki określone w s.w.z. Na jej podstawie można jedynie potwierdzić, że każda ze zrealizowanych robót była robotą budowlaną, co zresztą nie było pomiędzy stronami sporne. Odwołujący, poza ogólnym powołaniem się na art. 7 pkt 21 ustawy P.z.p., nie wyjaśnił, dlaczego - w jego ocenie - wykazane roboty należy uznać za jedną robotę budowlaną.

Izba wskazuje, iż mimo że ustawa P.z.p. w art. 7 pkt 21 nie odwołuje się do polskich przepisów regulujących roboty budowlane, to nadal ich realizacja w Rzeczypospolitej Polskiej odbywa się na zasadach ustalonych w polskich przepisach powszechnie obowiązujących, w tym w szczególności w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (Dz. U. 2020, poz. 1740 ze zm.) oraz ustawie z dnia 7 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (Dz. U. 2020, poz. 1333 ze zm.). W opinii Izby ocena, czy wskazane przez odwołującego roboty stanowią jedną robotę budowlaną, winna uwzględniać wskazane regulacje. Zastosowanie polskich unormowań nie stoi w sprzeczności z regulacjami europejskimi wskazanymi w art. 7 pkt 21 ustawy P.z.p., jako że nie odnoszą się one do tak szczegółowych kwestii, jak proces budowlany, na podstawie którego roboty są realizowane.

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Z kolei Prawo budowlane w art. 3 pkt 13 stanowi, iż protokół odbioru, czyli pisemne świadectwo potwierdzające zakończenie robót budowlanych, stanowi nieodzowną część dokumentacji budowy. Zgłoszenie obiektu do odbioru odpowiednim wpisem w dzienniku budowy oraz uczestniczenie w czynnościach odbioru należy do obowiązków kierownika budowy (art. 22 pkt 9 Prawa budowlanego).

Z powyższego wynika, iż o zakończeniu roboty budowlanej przesądza dokonanie jej odbioru końcowego. Odbiór końcowy nie jest wyłącznie czynnością techniczną, lecz wiążą się z nim również doniosłe skutki prawne. Jednym z nich jest kwestia rozliczeń między stronami - z chwilą dokonania odbioru wykonawca ma prawo żądać od inwestora wypłaty należnego wynagrodzenia. Konsekwencją spisania dokumentu odbioru jest również upłynięcie terminu do naliczania kar umownych za opóźnienia w realizacji projektu, a także przejęcie przez zamawiającego odpowiedzialności za szkody na terenie budowy. Czynność odbioru polega na oficjalnym przekazaniu przez wykonawcę zrealizowanego obiektu inwestorowi i potwierdzona jest protokołem wymieniającym ewentualne wady czy usterki oraz sposób i termin ich usunięcia. Od jej daty rozpoczyna się bieg rękojmi za wady i gwarancji na roboty budowlane.

Jeżeli wskazane powyżej czynności związane z dokonaniem odbioru końcowego miały miejsce każdorazowo w przypadku trzech wykazanych przez odwołującego robót wykonywanych na rzecz Urzędu Miejskiego w Gliwicach, to należy założyć, że każda z nich była odrębną robotą budowlaną. Jak wynika z listu referencyjnego z dnia 10 czerwca 2021 roku wykazane roboty były realizowane w następujących terminach: 7 maja - 30 lipca 2019 r., 4 września - 3 listopada 2019 r., 7 stycznia - 7 maja 2021 r. Oznacza to, że ich realizacja nie przebiegała w żadnym momencie równolegle i pomiędzy poszczególnymi okresami realizacji były kilku i kilkumiesięczne przerwy. Odwołujący potwierdził na rozprawie w dniu 13 września 2021 roku, że roboty te były wykonywane na podstawie trzech odrębnych umów, a zatem - zgodnie z definicją umowy na roboty budowlane zawartą w art. 647 K.c. - przyjąć należy, że każda z nich została odebrana i rozliczona. Jeżeli pomiędzy wykonawcą (odwołującym) a inwestorem (UM w Gliwicach) były jakiekolwiek ustalenia pozwalające na przyjęcie, że wszystkie 3 roboty należy traktować jako jedną (np. jeden odbiór końcowy, jedna zapłata za wszystkie 3 etapy), to odwołujący winien był wykazać ich istnienie. Zgodnie bowiem z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., to na odwołującym, jako stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne, ciążył obowiązek wskazania dowodów na istnienie tego faktu. Brak jakichkolwiek dowodów na tę okoliczność nie pozwala na przyjęcie, iż roboty te były w istocie jedną robotą budowlaną. Bez znaczenia dla oceny sprawy jest okoliczność, iż zamawiający nie wskazał w s.w.z., że robota budowlana musi być wykonana na podstawie jednej umowy. Zastrzeżenie takie byłoby nieuprawnione, jako że mogą zaistnieć sytuacje, w których - w istocie - jedna robota budowlana mogłaby być wykonana na podstawie kilku umów, niemniej jednak okoliczność taka każdorazowo winna być osobno zbadana. Postawiony przez zamawiającego odgórny zakaz wykazywania takich robót nie mógłby się ostać.

O tym, że wskazane przez odwołującego roboty są jedną robotą budowlaną nie przesądza również fakt, że zostały one wykonane na podstawie jednej dokumentacji projektowej, skoro charakter wykonywanych robót pozwalał zamawiającemu UM Gliwice na ich udzielanie w częściach, pomiędzy którymi nie zachodziła tożsamość czasowa, a każda z tych części stanowiła odrębną zamkniętą całość.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że w rozpoznawanym przypadku odwołujący nie miał możliwości wykazania się realizacją kilku robót budowlanych, które wspólnie spełniają wymogi dotyczącej jednej roboty budowlanej, w sytuacji, gdy zamawiający postawił wymóg wykazania jednej takiej roboty. Zsumowanie doświadczeń nabytych podczas wykonania robót budowlanych o niewielkiej wartości nie powoduje, że wykonawca nabył doświadczenie analogiczne do doświadczenia nabytego w związku z wykonywaniem robót o dużej wartości na jednym obiekcie. Przeczy temu charakter robót budowlanych, które na

dużym obiekcie cechują się znacznie szerszym zakresem i stopniem skomplikowania.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, a to z uwagi na treść § 8 ust. 2 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. poz. 2437), zgodnie z którym, w przypadku oddalenia odwołania Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego (pkt 1), natomiast uczestnikowi postępowania odwoławczego koszty przysługują wyłącznie w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego odwołania i wniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego (pkt 2 i 3), co w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie miało miejsca.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....