

WYROK

z dnia 6 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2021 r. przez odwołującego Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane „BUDECON” S.A. w Sosnowcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Ruda Śląska przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego REMAR Budownictwo Sp. z o.o. w Gołkowicach Górnych i R.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą R.G. RE MAR w Gołkowicach Górnych przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane „BUDECON” S.A. w Sosnowcu i zalicza na poczet kosztów kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie

14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 6 października 2021 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2472/21

Zamawiający - Miasto Ruda Śląska Pl. Jana Pawła II nr 6, 41-709 Ruda Śląska, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Budowa nowego budynku Szkoły Podstawowej nr 17 przy ul. Szkolnej w Bielszowicach", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu

23 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/S 079-199211, dalej zwanej „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym.

W dniu 20 sierpnia 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane „BUDECON” S.A. ul. Braci Mieroszewskich 126B, 41-219 Sosnowiec (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Firm i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie wymaganej przez Rozdział XIX ust. 3.4.1. zdolności technicznej lub zawodowej poprzez niewykazanie należytego wykonania co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie obiektu składającego się z budynku lub budynków, o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN brutto każda;
2. 109 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Firm z niniejszego postępowania, pomimo że wprowadził on w błąd Zamawiającego, co do prawidłowości, terminowości, wartości oraz zakresu inwestycji w Krakowie przy ul. Stradomskiej 12-14 wykazywanej na dowód posiadania wymaganych przez SWZ zdolności technicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum REMAR Budownictwo Sp. z o.o. w Gołkowicach Górnych i R.G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą R.G. RE MAR w Gołkowicach Górnych (dalej jako „konsorcjum Remar”) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Ponadto wniesiono o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów przywołanych w treści odwołania na okoliczności w nim opisane, a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego i kosztów dojazdu na rozprawę.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący opisał okoliczności, które doprowadziły do wydania przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego z dnia 4 sierpnia 2021 r. o sygn. akt: KIO 2137/21, a następnie wskazał na wezwanie konsorcjum Remar do wyjaśnień - czy opisane w wykazie i w referencji roboty budowlane zostały wykonane w ramach jednej umowy o roboty budowlane, czy w ramach dwóch odrębnych umów o roboty budowlane. W odpowiedzi na rzeczzone wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r., konsorcjum Remar wyjaśniło, że przedmiotowe roboty wykonało na podstawie jednej generalnej/ramowej umowy o roboty budowlane. Jednocześnie wyjaśniło, że fakt ten nie ma znaczenia, ponieważ zarówno konsorcjum, jak i inwestor robót traktują je jako osobne prace (na dowód czego załączono oświadczenie z dnia 28.07.2021 r.). W efekcie, w dniu 10 sierpnia 2021 r., zamawiający zawiadomił, iż ponownie najwyższej oceniona (oceniona jako najkorzystniejsza) została oferta konsorcjum Remar, wskazując, że wykonawca wykazał brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie zaś z rankingiem pozostałych, niepodlegających odrzuceniu ofert, oferta złożona przez odwołującego została ponownie sklasyfikowana na drugim miejscu.

Odwołujący wskazał, iż podtrzymuje w całości wszelkie zarzuty i argumenty podniesione we wcześniejszym odwołaniu z dnia 16 lipca 2021 r., uzupełniając je o nowe okoliczności wynikające ze stanowiska zamawiającego oraz konsorcjum Remar. Po pierwsze, zdaniem odwołującego w wykazie wykonanych robót budowlanych konsorcjum oraz referencjach z dnia 7 czerwca 2021 r. prace stanowią w istocie jedno zamierzenie inwestycyjne, gdy zamawiający zgodnie z rozdziałem XIX ust. 3.4.1. SWZ wymagał wykazania należytego wykonania co najmniej 2 robót budowlanych. Dokonując oceny przedstawionych przez konsorcjum Remar robót budowlanych odwołać należy się do przepisów Prawa budowlanego, które regulują prawne, administracyjne oraz techniczne aspekty wszystkich budowlanych zamierzeń inwestycyjnych. Zgodnie bowiem z art. 28 ust. 1 Prawa budowlanego roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie decyzji o pozwoleniu na budowę. Oznacza to, że to właśnie ten dokument wyznacza zakres danej inwestycji budowlanej oraz stanowi punkt odniesienia dla późniejszej weryfikacji prawidłowości i kompletności zrealizowanych prac. Natomiast na podstawie art. 17 Prawa budowlanego każdy proces budowlany (w tym budowa) posiada swych uczestników, którymi są: inwestor, inspektor nadzoru inwestorskiego, projektant oraz kierownik budowy lub kierownik robót. Powyższe przepisy odczytywane łącznie wyznaczają więc w sposób jasny i precyzyjny przedmiotowy oraz podmiotowy zakres danego procesu budowlanego. Jednocześnie ustanawiają one zasadę, iż jedno pozwolenie na budowę stanowi jedno zamierzenie inwestycyjne i to niezależnie od ilości budynków czy budowli nim objętych.

Wykazane przez konsorcjum Remar roboty: 1) wykonywane były na podstawie jednego pozwolenia na budowę (następnie zmienianego trzykrotnie), 2) prowadzone były w jednym czasie, 3) posiadały jednego inwestora, 4) posiadały jednego projektanta, 5) posiadały jednego kierownika budowy (w danym czasie), 6) posiadały jeden teren budowy, 7) dotyczą obiektów zlokalizowanych na jednej nieruchomości, należącej do tego samego właściciela, 8) dotyczą obiektów funkcjonalnie oraz technicznie powiązanych. W ocenie odwołującego powyższe okoliczności dowodzą, że w istocie w przypadku obu robót mamy do czynienia z tożsamością podmiotową (art. 17 Prawa budowlanego) oraz przedmiotową (art. 28 ust. 1 Prawa budowlanego). Dodatkowo zachodzi również tożsamość miejscowa i czasowa - prace wykonywane były równolegle, w ramach tego samego terenu i zaplecza budowy. Co więcej, jak wynika ze złożonych w dniu 9 sierpnia 2021 r. wyjaśnień były one również prowadzone na podstawie jednej umowy o roboty budowlane. Jakkolwiek odwołujący zgadza się ze stanowiskiem konsorcjum, iż aspekt ten nie jest kluczowy (w praktyce w istocie zdarza się bowiem, iż jedna robota budowlana podzielona jest na szereg umów), to jednak odczytywać go należy w powiązaniu ze wszystkimi wyżej wymienionymi okolicznościami. (dowody: pismo Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 12.07.2021 r., decyzja Prezydenta Miasta Krakowa nr 480/6740.2/2017 z dnia 17.05.2017 r., decyzja Prezydenta Miasta Krakowa nr 2177/6740.1/2017 z dnia 16.11.2017 r., decyzja Prezydenta Miasta Krakowa nr 465/6740.2/2020 z dnia 25.06.2020 r., decyzja Prezydenta Miasta Krakowa nr 369/6740.1/2021 z dnia 26.03.2021 r., zestawienie powierzchni poszczególnych części zagospodarowania terenu, projekt zagospodarowania terenu).

Szczególnego podkreślenia wymaga daleko idąca niekonsekwencja ze strony zamawiającego, który zarówno w swojej odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 lipca 2021 r., jak i w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 4 sierpnia 2021 r., stał na stanowisku, iż konsorcjum Remar dla wykazania swego doświadczenia winno wykazać, że sporne roboty wykonywało w oparciu o dwie odrębne umowy. Jednocześnie jednak, po otrzymaniu wyjaśnień z dnia 9 sierpnia 2021 r., zamawiający odstąpił od wcześniej prezentowanego stanowiska i zaakceptował fakt, że roboty te prowadzone były w oparciu o jedynie jedną umowę. Odnosząc się z kolei do stanowiska konsorcjum Remar, jakoby dla uznania, czy mamy do czynienia z jedną czy też dwoma robotami budowlanymi decydujące znaczenie miało opinia inwestora czy też samego wykonawcy, uznać należy za całkowicie bezzasadne. To nie bowiem wola stron (czy też przyjęte przez nie nazewnictwo) przesądza o tym, z jakiego rodzaju czynnością mamy do czynienia; przesądza o tym treść i zakres tejże czynności. Nie sposób opierać się na subiektywnym przekonaniu stron umowy o jej zakresie i charakterze, a nadać mu należy obiektywne znaczenie i - co niemniej istotne - ocenić je w kontekście SWZ. To z kolei prowadzić musi do postawienia kolejnego zarzutu, a więc tego, iż wykazywane przez konsorcjum Remar prace obejmowały jedynie część robót niezbędnych do realizacji budowy, co oznacza, że występował on w ramach tejże realizacji jedynie jako podwykonawca części prac. Co więcej, jedynie część tych prac mieściła się w ramach pojęcia „budowy”.

Zamawiający w ramach rozdziału XIX ust. 3.4.1. wymagał bowiem należytego wykonania robót budowlanych polegających na budowie obiektu składającego się z budynku lub budynków, o wartości nie mniejszej niż 15 000 000, 00 PLN brutto każda. Zgodnie zaś

z art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego (do którego SWZ wprost w tym zakresie odsyła) poprzez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także

odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Obiekt budowlany - w myśl art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego - to z kolei budynek, budowla bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Zgodnie natomiast z art.

3 pkt 2 Prawa budowlanego przez budynek należy rozumieć obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.

W opinii odwołującego, uwzględniając powyższe definicje, do wykonania obiektu budowlanego (budynku) dochodzi w momencie doprowadzenia go do stanu, w którym może on funkcjonować zgodnie ze swoim przeznaczeniem. Stanowisko to znajduje również

potwierdzenie w art. 55 ust. 1 pkt 3 oraz ust. 1b Prawa Budowlanego. Zgodnie z ww.

przepisami inwestor może uzyskać pozwolenie na użytkowanie obiektu budowlanego przed wykonaniem wszystkich robót budowlanych, jednakże dopiero z chwilą, z którą taki obiekt lub jego część „mogą samodzielnie funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem.” Natomiast wykazywane przez konsorcjum Remar roboty budowlane jedynie w części stanowiły budowę; jedynie w części wiązały się ze wzniesieniem obiektu, a finalnie także nie doprowadziły do

wykonania obiektu budowlanego (w dacie składania oferty). Zgodnie bowiem z przywoływaną decyzją Prezydenta Miasta Krakowa nr 480/6740.2/2017 z dnia 17 maja 2017 r., w ramach której prowadzone były obie wykazywane przez Konsorcjum Firm roboty budowlane obejmował: „Budowa zespołu budynków: mieszkalnego wielorodzinnego z usługami i hotelowego, z garażem podziemnym na działkach nr 95/3, 95/6, 96/2, 96/3 obr. 3 Śródmieście, rozbudowa, przebudowa i nadbudowa istniejącego budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami wraz ze zmianą jego sposobu użytkowania na funkcję usługową - hotel na działkach nr 95/2, 95/3 i 95/6 obr. 3 Śródmieście, przebudowa i rozbudowa budynku istniejącego wraz ze zmianą sposobu jego użytkowania na funkcję usługową na działce nr 95/6 obr. 3 Śródmieście, rozbiora budynku istniejącej stacji transformatorowej oraz budowa wewnętrznego układu komunikacyjnego z infrastrukturą techniczną na działkach nr 95/2, 95/3, 95/5, 95/6, 96/2 obr. 3 Śródmieście, przy ul. Stradomskiej 12-14 i 12a w Krakowie, w tym: przeniesienie stacji transformatorowej, przebudowa i rozbudowa sieci elektroenergetycznych NN, SN wraz z likwidacją sieci NN, budowa instalacji wewnętrznych wod.kan., elektrycznej i teletechnicznej poza budynkiem, likwidacja istniejących instalacji na terenie inwestycji (wod.-kan., elektryczne, gazowe).”

Uwzględniając powyższe zdaniem odwołującego przedmiotowa inwestycja budowlana zawierała tylko jedne roboty, które formalnie można uznać za „budowę obiektu składającego się z budynku lub budynków, tj. budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego z usługami i hotelowego, z garażem podziemnym nr 95/3, 95/6, 96/2, 96/3. Pozostałe prace składające się na ww. zamierzenie inwestycyjne ww. warunku stawianego przez SWZ nie spełniały. Budynek zlokalizowany na działkach nr 95/2, 95/3 i 95/6 istniał w momencie rozpoczęcia prac budowlanych. Prace polegające na rozbudowie oraz nadbudowie co prawda mieszczą się w kategorii budowy, to w sposób oczywisty i bezdyskusyjny prowadzą jedynie do wybudowania części budynku lub budynków, gdy tymczasem SWZ wymaga realizacji całego obiektu budowlanego, co znajduje pełne potwierdzenie w poglądach orzecznictwa - wyroki Izby: z 20 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1069/08 i z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 461/10.

Odnosząc się w natomiast do rozważań konsorcjum Remar przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 9 sierpnia 2021 r. odwołujący wskazał, iż w istocie prawo i sama praktyka pozwalają na prowadzenie inwestycji budowlanej na szereg różnych sposobów: metodą gospodarczą (to jest siłami własnymi inwestora); w systemie generalnej realizacji; w systemie generalnego wykonawstwa, czy też w drodze powierzenia poszczególnym podwykonawcom jedynie wycinków prac, których suma składa się na wykonanie danego budynku. Jakkolwiek każda z tych metod finalnie doprowadzi do powstania oczekiwanego obiektu budowlanego to jednak z punktu widzenia PZP oraz przedmiotowego SWZ okoliczność, w jakim systemie konsorcjum realizowało wykazywane przez siebie prace ma zasadnicze znaczenie. Zamawiający w treści rozdziału XIX ust. 3.4.1. SWZ wyraźnie bowiem wskazał, iż oczekuje od oferentów doświadczenia w budowie obiektu składającego się z budynku lub budynków - nie zaś jego części i nie jego przebudowie. Tak ukształtowane postanowienie SWZ w ocenie odwołującego przesądza o tym, że odpowiednim doświadczeniem dysponuje jedynie taki oferent, które wykazywane przez siebie prace wykonywał jako generalny realizator (a więc na etapie od projektu do oddania budynku „pod klucz”) lub generalny wykonawca w rozumieniu art. 647 i nast. Kodeksu cywilnego. Zgodnie z ww. przepisem w ramach umowy o roboty budowlane koniecznym jest zobowiązanie się generalnego wykonawcy do „oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej”. W ocenie odwołującego na takie właśnie rozumienie wprost wskazuje SWZ, wymagając od wykonawców wykazania „budowy budynku lub budynków”. Takie sformułowanie, w świetle definicji obiektu budowlanego, wymagało więc przedstawienia dowodu na przeprowadzenie kompleksowych prac, w ramach których doszło do wzniesienia całego budynku, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem. Twierdzenie to wydaje się być tym bardziej zasadne, że podmiot zwycięski w postępowaniu będzie realizował powierzone prace właśnie jako generalny wykonawca. Wymóg SWZ, by dany oferent posiadał więc doświadczenie w wykonywaniu prac w ramach tego właśnie systemu jest więc całkowicie racjonalny, niewygórowany i oczywisty. Budowa obiektu składającego się z budynku lub budynków jest bowiem czynnością wymagającą kompleksowych działań, obejmujących nie tylko obowiązki typowo budowlano - wykonawcze ale również formalne, wiążące się z zapewnieniem prawidłowego obiektu dokumentów, ustanowienia odpowiednich relacji z kontrahentami, weryfikacji materiałów budowlanych itp. Powierzenie przez inwestora tego rodzaju kompleksowych działań ma miejsce wyłącznie w przypadku umów o generalną realizację (tj. umowy nienazwanej) lub generalne wykonawstwo (tj. umowy o roboty budowlane w rozumieniu KC). W ocenie odwołującego już tylko z treści przedłożonych przez konsorcjum Remar wyjaśnień wynika, iż takowym doświadczeniem się ono nie legitymuje - nie wykonywało ono całości prac związanych z „budową budynku lub budynków”. Z żadnego dokumentu nie wynika też, że konsorcjum wykonało wykazywane prace w sposób całościowy jako generalny wykonawca, a więc zrealizowało: prace ziemne; konstrukcyjne, związane z instalacjami i sieciami, elewacyjne i wykończeniowe. Co więcej, wywieść można wniosek przeciwny, a mianowicie taki, iż prace

budowlane na wykazywanych robotach budowlanych były „pakietowane”, tj. podzielone przez Inwestora na szereg odrębnych zakresów i rozdzielone do wykonania różnym wykonawcom. Powyższe okoliczności stanowią więc dalsze, samoistne przesłanki do uznania braku koniecznego doświadczenia po stronie konsorcjum Remar.

Odwołujący wskazał dalej, iż załączone referencje nie potwierdzają w sposób należyty, że wartość wykonywanych przez konsorcjum robót dotyczy wyłącznie „budowy obiektu składającego się z budynku lub budynków”. Jak bowiem wyżej wskazano całe wykazywane zamierzenie inwestycyjne miało charakter znacznie szerszy, niż tylko budowa budynku lub budynków. Obejmowało bowiem również: 1) prace polegające na przebudowie i rozbiórkach, które zgodnie z art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego mieszczą się w odrębnej kategorii - robót budowlanych; 2) prace polegające na budowie wewnętrznego układu komunikacyjnego oraz rozbiórce, przebudowie i rozbudowie sieci i instalacji poza budynkiem - a więc realizacji urządzeń budowlanych, w myśl definicji zawartej w art. 3 pkt 9 Prawa budowlanego. Zatem złożone przez konsorcjum Remar referencje nie tylko nie wyodrębniają tychże prac, co wprost odnoszą się do prac niestanowiących budowy budynku (a więc pomijalnych w kontekście SWZ). W ramach pierwszej wykazywanej roboty budowlanej ujęto bowiem również roboty rozbiórkowe oraz roboty zabezpieczające, związane z przebudową budynków objętych ochroną konserwatora zabytków, które to prace mieszczą się w kategorii wskazanej w art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego.

W tym też kontekście nie sposób według odwołującego ustalić, czy zakres obu wykazanych prac w istocie przekroczył oczekiwany przez zamawiającego próg 15 000 000,00 PLN brutto dla każdej z robót. Z referencji (ani z żadnego innego dokumentu) nie wynika bowiem, jaka była wartość prac polegających na „budowie budynku lub budynków”, a jaka była wartość prac pozostałych, nieistotnych w kontekście spełnienia wymogu wiedzy i doświadczenia. Odwołujący dodał, że to na wykonawcy - zgodnie z art. 126 ust. 1 PZP - spoczywał obowiązek przedstawienia takich dokumentów, z których jasno wynikałoby posiadanie wymaganego doświadczenia. Jak słusznie i wielokrotnie wskazywano pod rządami tzw. dawnej PZP: „Odwołujący obowiązany był na wezwanie zamawiającego złożyć i uzupełnić informacje, które umożliwiały zamawiającemu ocenę spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Informacje podane przez odwołującego powinny umożliwić zamawiającemu zakwalifikowanie prac wykonywanych przez odwołującego, zgodnie z nomenklaturą stosowaną przez prawo budowlane. To na odwołującym ciąży ciężar wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Brak informacji precyzyjnych w szczególności, gdy Odwołujący był wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia informacji w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku, obciąża odwołującego.” (wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1229/11). Konsorcjum Remar nie wykazało zaś precyzyjnie wartości prac polegających na „budowie budynku lub budynków” to nie sposób uznać, że złożyło ofertę zgodną z SWZ. Zarzut w tym zakresie nie spotkał się z jakimkolwiek odniesieniem - ani przez zamawiającego, ani też przez wykonawcę. W ocenie odwołującego powyższa okoliczność pozwala przypuszczać, że w istocie wartość wykazywanych robót polegających na budowie budynku była niższa, niż oczekiwał tego zamawiający.

Finalnie, według odwołującego oznacza to, że prawdopodobnie wykazywane przez wykonawcę roboty budowlane nie zostały zakończone. Świadczą o tym zarówno same referencje, jak również aktualny stan budowy. Odwołujący w dniu 12 lipca 2021 r. wykonał szereg fotografii wykazywanego przez konsorcjum Remar obiektu, z których jasno wynika, że nie został on w całości zrealizowany. Niewątpliwie niezrealizowane pozostały prace elewacyjne, wykończeniowe a także związane z instalacjami wewnątrz budynku (dowody: fotografie obiektu wykazywanego przez konsorcjum Remar w ramach wykazu wykonanych robót punkt 1 (10 sztuk)). Rzecznym dowodom przypisać można podwójne znaczenie. Z jednej bowiem strony zaprzeczają one twierdzeniu, iż wykazywane przez wykonawcę prace zostały należycie wykonane - nie można bowiem twierdzić, że prace zostały zrealizowane przed ich faktycznym zakończeniem. Z drugiej zaś strony wskazać należy, że skoro konsorcjum Remar tych wciąż niezakończonych prac nie realizuje (a tak należałoby rozumieć treść referencji), to wykonywało ono jedynie część robót budowlanych w ramach przedmiotowej inwestycji. W obu przypadkach uznać należy, iż nie wykazano spełnienia wymogu doświadczenia przewidzianego w SWZ. W ocenie odwołującego, w zaistniałych okolicznościach, konsorcjum Remar zobowiązane było do przedstawienia dodatkowych dowodów na wykazanie spełnienia warunku wskazanego w rozdziale XIX ust. 3.4.1 SWZ.

W orzecznictwie KIO zgodnie przyjmuje się, iż dokument referencji, co do zasady stanowi wystarczający dowód na wykazanie należytego wykonania skonkretyzowanych robót budowlanych, chyba że istnieją okoliczności lub dowody pozwalające na uznanie, że dokument ten nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu (wyrok KIO z dnia 26 marca 2018 r., sygn. akt: KIO 396/18) i taka sytuacja zachodzi właśnie w niniejszym przypadku. Z załączonych fotografii wynika bowiem jednoznacznie, że wykazywana przez konsorcjum Remar inwestycja nie została zakończona i niewątpliwie nie mogła uzyskać pozwolenia na użytkowanie - obiekt jest bowiem w stanie surowym, częściowo otwartym, bez

wymaganych instalacji. To właśnie decyzja o pozwoleniu na użytkowanie stanowi zamknięcie procesu inwestycyjnego i potwierdzenie, że wznoszony obiekt wykonany został w sposób prawidłowy, tj. zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym oraz przepisami prawa. Stąd też, zgodnie z art. 59 ust. 1 Prawa budowlanego, wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie poprzedzone jest przeprowadzeniem przez właściwy miejscowo organ nadzoru budowlanego obowiązkowej kontroli, obejmującej swym zakresem sprawdzenie okoliczności szczegółowo opisanych w treści art. 59a Prawa budowlanego. W tej sytuacji według odwołującego koniecznym było przedłożenie przez konsorcjum Remar innych, niż tylko wykaz robót i referencji, dowodów na potwierdzenie spełnienia wymogu doświadczenia i wiedzy, w szczególności zaś fragmentu umowy na roboty budowlane wraz z zakresem prac powierzonych, odbiór końcowy tychże prac, ewentualnie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub przyjętego bez sprzeciwu zawiadomienia o zakończeniu robót budowlanych

w przypadku zastosowania trybu przewidzianego w art. 54 ust. 1 i ust. 2 Prawa budowlanego (o ile takowe zostały wydane).

Powyższe zarzuty mają jednak poboczne znaczenie w kontekście pisma

informacyjnego z dnia 28 lipca 2021 r. sporządzonego przez Construction Angel Sp. z o.o. sp. k., z którego wprost wynika, iż konsorcjum Remar nie zakończyło powierzonych mu prac. Inwestor w ww. piśmie najpierw posługuje się zwrotem, iż Spółka „zleciła Remar Budownictwo Sp. z o.o. wykonanie (...)”, następnie wskazuje, iż „obiekty budowlane posiadają niezależne kosztorysy” a finalnie podnosi, iż „będą oddawane do użytkowania w dwóch niezależnych terminach”. Z powyższego dla odwołującego wynika jednoznacznie fakt, że wykazywane prace są w toku, co jednoznacznie i definitywnie wyklucza możliwość powołania się na nie przez konsorcjum w postępowaniu. Zauważyć przy tym trzeba, że stanowisko Angel Construction Sp. z o.o. sp. k. koreluje z treścią decyzji Prezydenta Miasta

Krakowa nr 369/6740.1/2021 z dnia 26.03.2021 r., zatwierdzającej projekt zamienny wynika, że wciąż niezrealizowany jest szereg prac, również w zakresie zespołu budynków hotelowych (H1, H2, H3), rzekomo zrealizowanych przez konsorcjum Remar w terminie do

dnia 31 grudnia 2020 r. W ocenie odwołującego na aktualnym etapie sprawy uprawnione jest więc twierdzenie, że przedmiotowe referencje jak również oświadczenie samego wykonawcy wprowadzało zamawiającego w błąd w kluczowej dla rozstrzygnięcia postępowania kwestii, tj. w zakresie posiadania wymaganych zdolności technicznych, co stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 p.z.p., skład orzekający dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym konsorcjum REMAR Budownictwo Sp. z o.o. Gołkowice Górne 56, 33-388 Gołkowice Górne i R.G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą R.G. RE MAR Gołkowice Górne 56, 33-388 Gołkowice Górne (dale zwanych „przystępującym”), zgłaszające przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu,

odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym

w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 p.z.p.

Przystępujący podnosił konieczność odrzucenia odwołania z powodu zajęcia

przeszkody formalnej z art. 528 pkt 4 i 5 p.z.p. argumentując, iż zakres zaskarżenia, zarzuty i wnioski rozpoznawanego odwołania są tożsame z wcześniejszym odwołaniem wniesionym przez odwołującego w dniu 16 lipca 2021 r. Zdaniem przystępującego zasadniczą część kluczowej argumentacji i istota zarzutów rozpoznawanego odwołania jest tożsama z poprzednim środkiem zaskarżenia. Mamy więc do czynienia z drugim odwołaniem wniesionym przez tego samego wykonawcę, opartym na tych samych okolicznościach, które zostały rozstrzygnięte przez Izbę. Co prawda postępowanie odwoławcze zakończyło się w sposób formalny (umorzeniem), ale odwołujący temu w żaden sposób nie zaprotestował, szczególnie wobec treści odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 27 lipca 2021 r. Przystępujący podkreślał, że zamawiający uznał za niezasadne zarzuty, stanowisko i argumentację przedstawioną przez odwołującego we wcześniejszym odwołaniu, a tożsama argumentacja i zarzuty znajdują się w obecnym odwołaniu, co powinno skutkować jego odrzuceniem.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska przystępującego o zajściu negatywnych przesłanek procesowych. Izba w ramach notoriów urzędowych ustaliła, że jest to drugie odwołanie wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wcześniejsze - zgodnie z treścią postanowienia z dnia 4 sierpnia 2021 r. sygn. akt: KIO 2137/21, zostało umorzone na podstawie art. 522 ust. 2 p.z.p. z powodu stwierdzenia przez skład rozpoznający spór uwzględnienia odwołania w całości i braku sprzeciwu przystępującego. Orzeczenie nie zostało zaskarżone, jest prawomocne.

Izba stwierdziła, iż nie ma podstaw, aby uznać, że w sprawie doszło do wypełnienia hipotezy art. 528 pkt 5 p.z.p., ponieważ zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym we wcześniejszym odwołaniu, gdzie co relewantne żądano odrzucenia oferty obecnego przystępującego, zaś zamawiający zdecydował się jedynie na wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień i ponownie wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą. Zatem stanowisko przystępującego nie mogło zostać przez Izbę podzielone z powodu braku zaistnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności wykonanych zgodnie z żądaniem pierwszego odwołania, czego wymaga omawiana norma.

Skład orzekający stwierdził również, że nie ma podstaw, aby odrzucić odwołanie na kanwie art. 528 pkt 4 p.z.p. - gdy środek zaskarżenia oparto wyłącznie na tych samych okolicznościach, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę. Rozpoznawane odwołanie dotyczy czynności, które zaistniały w przetargu po unieważnieniu pierwszego rozstrzygnięcia i obejmuje okoliczności, do których doszło w wyniku wydania postanowienia o umorzeniu, więc w sprawie nie mamy do czynienia ze środkiem zaskarżenia opartym jedynie (wyłącznie) na tych samych okolicznościach co pierwsze odwołanie, czego wymaga stwierdzenie przeszkody procesowej w postaci wystąpienia stanu powagi rzeczy osądzonej (art. 528 pkt 4 p.z.p.).

W oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia:

I. W rozdziale XIX SWZ - podstawy (przesłanki) wykluczenia z postępowania, warunki

udziału w postępowaniu, wykaz podmiotowych środków dowodowych - w ppkt

3.4.1 zdolność techniczna lub zawodowa wskazano: „Wykonawca musi wykazać, iż

w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie (2) roboty budowlane polegające na budowie obiektu składającego się z budynku lub budynków, o wartości nie mniejszej niż 15 000 000,00 PLN brutto każda. Pojęcie budowy należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. 2020 r. poz. 1333)”.

II. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku przystępujący, na wezwanie w trybie art.

126 ust. 1 p.z.p., w dniu 2 lipca 2021 r. złożył wykaz wykonanych robót budowlanych zawierający dwie pozycje: 1) budowa zespołu budynków hotelowych (H1, H2, H3) wraz z częścią gastronomiczną, Kraków ul. Stradomska 12-14, o wartości 23 370 000,00 zł, na rzecz Angel Construction Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie, wykonanie 06.05.2019 r. - 31.12.2020 r., 2) budowa budynku apartamentowego z częściami usługowymi, Kraków ul. Stradomska 12-14, o wartości 18 144 000,00 zł, na rzecz Angel Construction Sp. z o.o. Sp. k. w Krakowie, wykonanie 06.07.2019 r. - 31.05.2021 r. Z wykazem przedłożono referencje z dnia 7 lipca 2021 r.

III. W dniu 4 sierpnia 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie doświadczenia referencyjnego. Pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. złożono stosowne wyjaśnienia, do których dołączono dokument z dnia

28 lipca 2021 r. pt. pismo informacyjne.

IV. W dniu 10 sierpnia 2021 r. zamawiający ponownie wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą w postępowaniu.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez zamawiającego, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej została wykonana w sposób prawidłowy, zamawiający w sposób właściwy ocenił doświadczenie zawodowe przystępującego uznając go za spełniającego warunek udziału w postępowaniu, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej, więc odwołanie zostało oddalone.

Na wstępie należy zaznaczyć, że badanie wymaganej w postępowaniu zdolności podmiotowej dokonuje się na kanwie brzmienia warunków udziału w przetargu, które określił zamawiający. Weryfikacja cech podmiotowych, wymaganych do prawidłowego wykonania zamówienia, następuje poprzez zestawienie określonych w dokumentacji postępowania wymagań z przedłożonymi przez wykonawcę oświadczeniami i dokumentami. Zatem punktem wyjścia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w przetargu, która powinna być wykładana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania. Tak, aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego (czy weryfikacji ofert konkurencji), a także, żeby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Jakkolwiek wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga, by wykonawca legitymował się odpowiednią zdolnością do jego realizacji, to warunki udziału w przetargu bada się wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego postawionych w dokumentacji postępowania i jeżeli odwołujący uważa, że zamawiający powinien bardziej wnikliwie weryfikować potencjał wykonawców, to właściwym momentem na zgłaszanie takich zastrzeżeń był termin na zaskarżenie treści SWZ. Obecnie, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, do czego absolutną barierą jest upływ terminu na składanie ofert, treść dokumentacji przetargu wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, a badanie i ocena ofert następuje wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego określonych w SWZ. Nie można więc z powodu niewyartykułowanych w dokumentacji warunków - które zdaje się zdaniem odwołującego powinny znaleźć się w SWZ i na podstawie których chciałby on weryfikować ofertę konkurencji - czynić zarzutu niewykazania posiadania odpowiednich zdolności zawodowych, skoro takich wymagań zamawiający wykonawcom nie postawił.

Izba w całości podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, że sposób rozumienia przez odwołującego spornego warunku udziału w przetargu (vide pkt I okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) jest w zasadzie prowadzony poza treścią SWZ. Odwołujący pominął brzmienie wymogu i na potrzeby postępowania odwoławczego sformułował stanowisko, które nie ma oparcia w pkt 3.4.1. rozdziału XIX SWZ. Jeżeli zaś odwołujący chciałby bardziej szczegółowo weryfikować potencjał przystępującego, to w pierwszej kolejności należało zadbać o treść SWZ to umożliwiającą (np. składając odwołanie w przedmiocie treści warunku udziału w postępowaniu lub zadając pytanie w trybie art. 135 p.z.p.). Hipotezy odwołującego pomijają wiążącą treść dokumentacji

postępowania i dla ich uwzględnienia konieczna byłaby zmiana brzmienia warunku udziału w przetargu, co na obecnym etapie jest nieuprawnione.

Zamawiający nie postawił wymagania wykonania robót referencyjnych na podstawie jednej umowy o roboty budowlane. W SWZ nie ma żadnej treści, z której można byłoby wywieść, że obowiązkiem wykonawcy było wykazanie się doświadczeniem wykonania robót przyjętych do wykonania na podstawie co najmniej dwóch odrębnych umów. Podobnie, nie wymagano wykonania prac jako generalny wykonawca, jest to irrelewantne dla wykazania wymaganej zdolności zawodowej.

Zamawiający nie uszczegółowił również określenia „roboty budowlane” i „obiekt budowlany”, co na gruncie ustawy p.z.p. zostało przez ustawodawcę uregulowane w sposób autonomiczny. W szczególności nie określono w SWZ, by użyte w warunku wyrażenie „budowa obiektu składającego się z budynku lub budynków” rozumieć jako budowa obiektu budowlanego wskazanego w art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 poz. 1333), dalej jako „p.b.”. Warunek odsyła do ustawy p.b., jednak wyłącznie w zakresie pojęcia budowy (pojęcie budowy należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 6 p.b., czyli jako wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego). Zatem aby podzielić stanowisko odwołującego, że prace budowlane wskazane w wykazie przystępującego stanowią jedną robotę (zespół budynków rozumianych jako jeden obiekt budowlany, a nie dwie oddzielne budowy), to treść warunku musiałaby być inna.

Zamawiający nie odesłał w SWZ do art. 3 pkt 1 p.b. więc całkowicie uprawnioną jest interpretacja przystępującego, że obiektem budowlanym jest wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną (art. 7 pkt 14 p.z.p.) i za taki samodzielny obiekt uznać każdy z budynków z wykazu, a nie tylko zespół budynków. Izba podzieliła w tym zakresie argumentację przystępującego, zawartą w jego stanowisku procesowym na str. 15 i 16, uznając, że ustawa p.z.p. posiada definicję obiektu budowlanego obowiązującą dla procesów regulowanych normami p.z.p., zatem nie ma podstaw, by poszukiwać znaczenia warunku na gruncie p.b. - szczególnie, że treść SWZ na takie działanie nie zezwala. A także, iż kluczowy jest tutaj rezultat wykonania robót budowlanych polegający na budowie obiektu budowlanego jako autonomicznego budynku (niezwiązanego z innymi obiektami) samodzielnie spełniającego funkcje gospodarcze, techniczne czy użytkowe, tj. obiekt, o którym mowa w wymaganiu zdolności zawodowej powinien charakteryzować się samoistością gospodarczą lub techniczną.

Nawet hipotetycznie przyjmując, że roboty budowlane wskazane w wykazie przystępującego spełniają definicję jednego obiektu budowlanego z p.b., to dokumentacja postępowania nie dokonuje zawężenia do rozumienia tego pojęcia zgodnie z art. 3 pkt 1 p.b.

i zastosowanie znajdzie wykładnia warunku prezentowana przez przystępującego. Niemiej jednak skład orzekający podziela stanowisko zamawiającego, że powoływanie się na okoliczności wskazujące, że obydwie roboty budowlane były wykonywane w jednym czasie, na podstawie jednego pozwolenia na budowę, dla tego samego inwestora, gdzie występował jeden projektant i jeden kierownik budowy, są zlokalizowane na jednej nieruchomości, należącej do tego samego właściciela, nie przesądza o ilości wykonanych robót budowlanych. W ramach jednego pozwolenia na budowę można etapować inwestycję i zlecić wykonanie kilku różnych robót budowlanych, co nie oznacza, że obiekty są funkcjonalnie oraz technicznie ze sobą powiązane, ponieważ o tym decyduje dokumentacja techniczna - tutaj zespół obiektów zaprojektowano z uwzględnieniem podziału na budynek mieszkalny, odrębne lokale usługowe i budynek hotelowy. Skoro obiekty objęte jednym pozwoleniem na budowę mogą funkcjonować zgodnie z przeznaczeniem niezależnie od siebie (samodzielnie), to mamy do czynienia z dwoma odrębnymi obiektami budowlanymi, czyli z dwiema robotami budowlanymi, co spełnia warunek udziału w postępowaniu, a odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnych.

Umknęło także uwadze odwołującego, że SWZ nie wymaga realizacji obiektu budowlanego rozumianego jako budowę całego budynku, ponieważ w wymaganiu zamawiający wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli w ramach prac zostanie wykonana rozbudowa lub nadbudowa obiektu budowlanego - zgodnie z definicją pojęcia budowy, więc argumentację dotyczącą konieczności wybudowania obiektu (przeprowadzenia kompleksowych prac, gdzie wzniesiono cały budynek wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania budynku zgodnie z przeznaczeniem) należy uznać za chybioną. Stawianie takich wymogów, wykraczających poza dokumentację postępowania, jest na obecnym etapie nieskuteczne, aby bowiem podzielić stanowisko odwołującego treść dokumentacji postępowania musiałaby być inna.

Konkludując, skoro zamawiający nie postawił wymagań, które ferowano w odwołaniu, to nie mogą być one podstawą do badania zdolności podmiotowej wykonawcy i eliminacji go z postępowania. Ponadto, próba nakładania na przystępującego dodatkowych wymagań, których nie ma w dokumentacji przetargu, stanowiłaby naruszenie naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 p.z.p., z których należy wyprowadzić także zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców, w szczególności w zakresie nakładania na nich obowiązków, które nie wynikają z warunków postępowania.

Nie znalazła także odzwierciedlenia w materiale procesowym argumentacja odwołującego o braku możliwości ustalenia wartości referencyjnych prac - kwoty wskazano w wykazie wykonanych robót przystępującego, którego treść bezpośrednio koreluje z postawionym wymaganiem i referencją. Jeżeli zaś strona stwierdziła, że wartość ta była

inna, to nie wystarczy samo negowanie albo gołosłowne stanowisko wykonawcy, że nie jest w stanie ustalić wartości przedmiotowych prac. O ile odwołujący ma rację, iż ustawodawca ustanowił ciężar wykazania posiadania określonych cech na podmiocie, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego - wykonawca zobowiązany jest wykazać, że nie podlega wykluczeniu z postępowania - to nie można tracić z pola widzenia, że przystępujący już się wywiązał ze swojego obowiązku, kiedy złożył wykaz robót z referencją oraz dodatkowe wyjaśnienia, które zostały uznane przez zamawiającego za prawidłowe. Natomiast ciężar obalenia rzetelności dokumentów przystępującego rozłożony jest według reguł ogólnych, zatem spoczywa na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe, a więc na odwołującym, który nie podjął nawet próby wykazania podnoszonych okoliczności i ograniczył się do lapidarnego wskazywania, że przedłożone dokumenty budzą jego subiektywne wątpliwości.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. Zgodnie z art. 534 ust. 1 p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Oznacza to obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mógłby on przekonać się o tym, że przytoczone okoliczności są prawdziwe, zaś z drugiej strony określa, kto ponosi negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, z których wywodzone są skutki prawne. Natomiast odwołujący usiłował wywodzić stawiane hipotezy z całokształtu własnych założeń lub własnej oceny sytuacji, bez wskazania, a następnie udowodnienia faktów, które mogłyby podważyć ocenę zamawiającego i doprowadzić do odrzucenia oferty przystępującego.

Na podstawie materiału procesowego nie jest również możliwe uznanie, że do wykazania posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej konieczne jest uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, lub że brak uzyskania takiego pozwolenia implikuje, że nie można uznać, że roboty zostały zakończone i prawidłowo wykonane. Zgodnie z art. 7 pkt 21 p.z.p. wykonanie robót budowlanych następuje poprzez realizację obiektu budowlanego zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (tutaj podmiotu, na rzecz którego wykonano prace z wykazu robót przystępującego), skoro zatem potwierdzono realizację spornych robót referencjami (ponownie potwierdzonymi pismem z dnia 28 lipca 2021 r.), gdzie jednoznacznie wskazano w jakim terminie roboty zostały wykonane, a także, iż zostały rozliczone, czyli nie ma wątpliwości, że prace zostały odebrane, to nie wystarczy powołanie się na okoliczność braku wydania pozwolenia na użytkowanie - które jest też znacznie szersze, niż prace wskazane w warunku udziału w postępowaniu, czy w ocenianym doświadczeniu przystępującego.

Odwołujący podnosił także, że zgodnie z treścią decyzji Prezydenta Miasta Krakowa nr 369/6740.1/2021 z dnia 26 marca 2021 r. zatwierdzającej projekt zamienny wynika, że wciąż niezrealizowany jest szereg prac, również w zakresie zespołu budynków hotelowych, tylko nie powiązano tych prac z robotami wskazanymi w wykazie robót przystępującego. Innymi słowy, nawet jeżeli jakieś prace na całej inwestycji nie zostały zakończone, co wynika ze zmiany pozwolenia na budowę, to najpierw konieczne byłoby udowodnienie, że wchodzi one w zakres robót referencyjnych, zaś następnie, że brak wykonania tych prac powoduje uznanie, iż prace referencyjne nie zostały zakończone. Podobnie, nie podważają wykazu i referencji przystępującego złożone zdjęcia. Z fotografii tych wynika jedynie, że jakieś prace na froncie budynku są prowadzone, ale żeby podważyć oświadczenie z referencji odwołujący musiałby wykazać, że niewykonane prace (konkretnie jakie prace) po pierwsze wchodzi w zakres robót budowlanych podanych na wykazanie doświadczenia, czego nie zrobiono, a w dalszej kolejności, że są one istotne dla ich prawidłowej realizacji i zakończenia, czyli np. brak ich wykonania powoduje, że roboty z wykazu nie mogłyby zostać odebrane i rozliczone. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał podnoszonego zarzutu, zatem nie było podstaw do uznania doświadczenia przystępującego za nieprawidłowe i wezwania go do uzupełnienia zdolności zawodowej (co na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. jest czynnością obligatoryjną przez eliminacją wykonawcy z postępowania).

Skład orzekający wskazuje dalej, że w rozdziale XIX SWZ w pkt 2.2. zamawiający wskazał, iż nie przewiduje fakultatywnych podstaw wykluczenia zawartych w art. 109 ust. 1 p.z.p., zatem zarzut nr 2 z petitum odwołania - naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. - a priori nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Przesłanki wykluczenia z postępowania o charakterze fakultatywnym, które zostały uregulowane w art. 109 ust. 1 p.z.p., znajdują zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy zamawiający przewidzi taką podstawę do eliminacji z postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (art. 109 ust. 2 p.z.p.). Jeżeli jednostka zamawiająca tego nie robi, fakultatywne podstawy wykluczenia nie będą w danym przetargu stosowane, a tym samym nie może dojść do naruszenia przez zamawiającego art.

109 ust. 1 p.z.p. Innymi słowy, zamawiający ma możliwość zbadania braku podstaw wykluczenia wykonawcy w zakresie przesłanek fakultatywnych jedynie, kiedy przewidzi taką możliwość w dokumentacji postępowania i wtedy będzie miał obowiązek wykluczenia wykonawcy - jeżeli dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 109 ust. 1 p.z.p. Natomiast w przypadku braku uregulowania w dokumentacji postępowania podstaw wykluczenia z art. 109 ust. 1 p.z.p. norma ta nie znajdzie zastosowania w postępowaniu, więc nie może dojść do jej naruszenia przez zamawiającego.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. - zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia 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). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania.

Przewodniczący: