

WYROK

Warszawa, dnia 31 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2024 r. przez odwołującego PAGMA PROJEKT Sp. z o.o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego „EC1 Łódź – Miasto Kultury” w Łodzi przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego Hoben D. Borysławski Sp. k. w Olszowej

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego PAGMA PROJEKT Sp. z o.o. w Łodzi żalicza na poczet kosztów kwotę 13 600,00 zł (trzyście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – „EC1 Łódź - Miasto Kultury” w Łodzi ul. Targowa 1/3, 90-022 Łódź, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa wybranych przestrzeni obiektu EC1 Wschód na potrzeby Narodowego Centrum Kultury Filmowej w Łodzi – kolejne etapy realizacji inwestycji – Biblioteka Filmowa” nr postępowania: 0153/WEI/TP/2024, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00243784, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na roboty budowlane, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 24 maja 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca PAGMA PROJEKT Sp. z o.o. ul. Wólczańska 128/134, 90-527 Łódź dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b. i c. p.z.p. poprzez: dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez HOBEN D.

Borysławski Sp. k. (Olszowa 2A, 97-225 Ujazd) i zaniechania jej odrzucenia, pomimo że oferta ta nie odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie określonego w rozdziale VI, ust. 1, pkt 4 warunku dotyczącego niezbędnego doświadczenia poprzez wykazanie, że Wykonawca w okresie ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie, co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, z których każda polegała na przebudowie - dla której wymagane było uzyskanie pozwolenia na budowę, czynnego budynku użyteczności publicznej (tj. prowadzącego działalność statutową w sposób ciągły) o wartości wykonanych robót budowlanych nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (jeden milion dwieście tysięcy złotych) brutto, podczas gdy: wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku bowiem przedstawił na potwierdzenie spełnienia warunku roboty realizowane:

– na rzecz: Gmina - Miasto Tomaszów Mazowiecki - których wykonanie potwierdził poświadczeniem z dnia 12 grudnia 2019 roku, zgodnie z którym wykonywał przebudowę trybun oraz budowę zadaszenia trybun wraz demontażem istniejącego zadaszenia w ramach zadania pod nazwą „Modernizacja obiektu sportowego przy ul. Nowomiejskiej wraz z zapleczem szatniowym”, zaś trybuny oraz ich zadaszenie nie stanowią budynku w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku Prawo budowlane,

– na rzecz: Adgar BCVIII Sp. z o.o. – których wykonanie potwierdził świadectwem ukończenia projektu z dnia 18 kwietnia 2023 roku oraz oświadczeniem o omyłce pisarskiej popełnionej w świadectwie ukończenia projektu, a które to roboty wykonane miały być w okresie od 20.09.2023 do 12.02.2024 jednakże zgodnie ze złożonym przez Wykonawcę świadectwem ukończenia do sporządzenia bezusterkowego protokołu końcowego odbioru doszło w

dniu 18 kwietnia 2024 roku (a nie w dniu 12 lutego 2024 roku), a co za tym idzie dopiero w dniu 18 kwietnia 2024 roku Wykonawca mógłby potwierdzić spełnienie warunku należytego wykonania wskazanych przez niego robót (a więc pod dacie składania ofert w postępowaniu),

2.art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty złożonej przez HOBEN D. Borysławski Sp. k. (Olszowa 2A, 97-225 Ujazd) i przyznanie jej największej ilości punktów, a w konsekwencji dokonanie wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej, podczas gdy: prawidłowo dokonana ocena złożonej oferty winna prowadzić do oceny, że oferta złożona przez HOBEN D. Borysławski Sp. k. (Olszowa 2A, 97-225 Ujazd) nie odpowiada treści Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie określonego w rozdziale VI, ust. 1, pkt 4 warunku dotyczącego niezbędnego doświadczenia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny, badania i odrzucenia oferty złożonej przez Hoben D. Borysławski Sp. k. Olszowa 21, 97-225 Ujazd (dalej także jako „wykonawca HOBEN”). Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący niezbędnego doświadczenia w sposób następujący: SWZ Rozdział VI ust. 1 pkt 4 „Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że w okresie ostatnich 5 (pięciu lat) przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie, co najmniej 2 (dwie) roboty budowlane, z których każda polegała na przebudowie - dla której wymagane było uzyskanie pozwolenia na budowę, czynnego budynku użyteczności publicznej (tj. prowadzącego działalność statutową w sposób ciągły) o wartości wykonanych robót budowlanych nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł (jeden milion dwieście tysięcy złotych) brutto.

Przy czym, w sposób następujący zdefiniował pojęcia „przebudowa” oraz „budynek użyteczności publicznej” wskazując, że:

- przez przebudowę należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, takich jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji;
- 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 (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (tj.: Dz.U. 2022 poz. 1225 ze zm.).

Odwołujący przywołał treść dokumentów podmiotowych wykonawcy HOBEN, złożonych na wezwanie zamawiającego, a następnie ich brzmienie po wezwaniu tego wykonawcy do poprawienia/uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (z dnia 26 kwietnia 2024 r.), gdzie wykonawca HOBEN w dniu 29 kwietnia 2024 r.) przedstawił wykaz robót budowlanych – załącznik nr 8 do SWZ, w celu wykazania spełnienia określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 4 SWZ dotyczącego posiadania niezbędnego doświadczenia, przedstawiając następujące roboty:

- 1)na rzecz: Gmina - Miasto Tomaszów Mazowiecki; rodzaj wykonanych robót budowlanych: Modernizacja obiektu sportowego: roboty rozbiórkowe, fundamentowe, dostawa i montaż konstrukcji, elewacja z płyt HPL, zadaszenie trybun, zakup dostawa i montaż siedzisk stadionowych, roboty drogowe; Pozwolenie na budowę: decyzja Nr 245/2019 z dnia 29.03.2019 r. Oświadczam, że prace wykonywane były na czynnym obiekcie; wartość brutto 1.556.852,36 zł; data wykonania robót: 10.07.2019 - 10.12.2019;
- 2)na rzecz: Adgar BCVIII Sp. z o.o.; rodzaj wykonanych robót budowlanych: Modernizacja kompleksu biurowo-usługowego: - Wykonanie otworów w stropach żelbetowych z technologią wzmacniania za pomocą belek stalowych oraz wykonywania wzmocnień włóknami węglowymi. - Wykonanie zaślepienia otworu w stropie żelbetowym. - Wykonanie i montaż konstrukcji stalowej pod centrale zlokalizowane na dachu budynku - Wykonanie i montaż konstrukcji stalowej „Poczekalni” zlokalizowana na parterze budynku - Wykonanie demontażu istniejących szachtów murowanych w patio z wykonaniem wieńców żelbetowych w poziomie I kondygnacji. - Wykonanie i montaż podkonstrukcji stalowej szachtów zlokalizowanych w patio budynku z wykończeniem z siatek cięto ciągnionych. - Wykonanie schodów w osi 8/G (parter) w technologii murowanej; Pozwolenie na budowę: decyzja Nr 92/N/2013 z dnia 19.10.2019 r. Oświadczam, że prace wykonywane były na

czynnym obiekcie; wartość robót 1.250.000,00 zł, data wykonania robót: 20.03.2023 - 12.02.2024;

3)na rzecz: IKEA Property Poland Sp. z o.o.; rodzaj wykonanych robót budowlanych: Przebudowa budynku handlowego: - wykonanie wzmocnień konstrukcji oraz platform pod projektowane centrale wentylacyjne i instalacje z nimi powiązane wraz z projektem, - przerobienie istniejącej konstrukcji wsporczych, - wymiana klap dymowych, - usunięcie wszelkich kolizji elementów istniejących na dachu; Pozwolenie na budowę: decyzja Nr 1095 z dnia 11.06.2019 r. Oświadczam, że prace wykonywane były na czynnym obiekcie; wartość brutto 2.948.866,82 zł; data wykonania robót: 28.08.2019 - 31.01.2020;

Do wykazu robót wykonawca HOBEN załączył: poświadczenie wykonania robót budowlanych na rzecz Gminy - Miasta Tomaszów Mazowiecki z dnia 12 grudnia 2019 r., oświadczenie o omyłce pisarskiej popełnionej w świadectwie ukończenia projektu ADGAR BCVIII Sp. z o.o., świadectwo ukończenia wystawione na podstawie umowy zawartej z Adgar BCVIII Sp. z o.o. sp.k. z dnia 18 kwietnia 2023 roku oraz protokół odbioru końcowego robót na rzecz IKEA Property Poland Sp. z o.o.

W ocenie odwołującego wykonawca HOBEN nie spełnił warunku udziału w postępowaniu opisanego w treści SWZ rozdział VI ust. 1 pkt 4 poprzez brak wykazania wykonania zamówienia polegającego na przebudowie dla której wymagane było uzyskanie pozwolenia na budowę, czynnego budynku użyteczności publicznej. Przedstawione przez wykonawcę HOBEN doświadczenie wyspecyfikowane pod pozycją 1 wykazu robót budowlanych (załącznik nr 8 do SWZ) dotyczy przebudowy trybun oraz budowy zadaszenia trybuny wraz z demontażem istniejącego zadaszenia. Tym samym przedstawione przez wykonawcę doświadczenie potwierdza, że realizował on roboty polegające na przebudowie trybun, które to jednak nie stanowią budynku w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 r., poz. 682), dalej jako „p.b.”, zgodnie z którym budynkiem jest taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Powołane zaś przez wykonawcę HOBEN trybuny mogą zostać zakwalifikowane jako budowla, która nie jest tożsama z pojęciem budynku. Zgodnie z treścią art. 3 pkt 3 p.b. budowla to każdy obiekt budowlany niebędący budynkiem lub obiektem małej architektury, jak: obiekty liniowe, lotniska, mosty, wiadukty, estakady, tunele, przepusty, sieci techniczne, wolno stojące maszty antenowe, wolno stojące trwale związane z gruntem tablice reklamowe i urządzenia reklamowe, budowle ziemne, obronne (fortyfikacje), ochronne, hydrotechniczne, zbiorniki, wolno stojące instalacje przemysłowe lub urządzenia techniczne, oczyszczalnie ścieków, składowiska odpadów, stacje uzdatniania wody, konstrukcje oporowe, nadziemne i podziemne przejścia dla pieszych, sieci uzbrojenia terenu, budowle sportowe, cmentarze, pomniki, a także części budowlane urządzeń technicznych (kotłów, pieców przemysłowych, elektrowni jądrowych, elektrowni wiatrowych, morskich turbin wiatrowych i innych urządzeń) oraz fundamenty pod maszyny i urządzenia, jako odrębne pod względem technicznym części przedmiotów składających się na całość użytkową;

Obiekt budowlany to z kolei budynek, budowle bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych (art. 3 pkt 1 p.b.). Wnioski te potwierdza również fakt, że ich wymienienia wprost w załączniku do prawa budowlanego (wykaz kategorii obiektów budowlanych), gdzie stadiony są budowlą – kategorii V – obiekty sportu i rekreacji takie; jak: stadiony, amfiteatry, skocznie i wyciągi narciarskie, kolejki liniowe, odkryte baseny, zjeżdźalnie.

Odwołujący dalej wskazał, że w przedmiocie charakteru trybun stadionowych wypowiedział się również Naczelny Sąd Administracyjny, w wyroku z 7 marca 2017 r., sygn. II FSK 295/15. Zgodnie z tezą tego orzeczenia „Stadion piłkarski (zadaszone trybuny i płyta boiska) jest budowlą (art. 1a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2014 r. poz. 849).” W przedmiotowej sprawie było podnoszone, że stadion w części zadaszonej może pełnić zarówno funkcje pomocnicze dla widowiska sportowego, jak również funkcje w pełni samodzielne. Wskazano przy tym, że płyta boiska to budowla, zaś trybuny i budynek główny to budynki. NSA stwierdził jednak, że w danej sprawie należy mówić o budowli. Podzielił on przy tym stanowisko WSA we Wrocławiu, że budowlą są wprost wymienione w załączniku do Prawa budowlanego stadiony. Równocześnie zwrócono uwagę, że nie jest prawidłowym dzielenie stadionu na dwa odrębne obiekty budowlane jak płyta boiska i trybuny. „Skoro więc ustawa Prawo budowlane wśród budowli wymienia "budowle sportowe", to trudno twierdzić, że stadion nie stanowi budowli, lecz budynek. Uzasadnienie skargi kasacyjnej opiera się na próbie zdefiniowania budynku głównego stadionu i zadaszonych trybun jako jednolitego obiektu budowlanego będącego budynkiem. Trybuna stadionu, niezależnie od tego, czy jest wolnostojąca, czy jest zadaszona, czy jest związana z gruntem, czy też nie jest związana z gruntem jest budowlą w rozumieniu ustawy - Prawo budowlane.” (por. wyrok NSA z dnia 7 marca 2017 r. sygn. akt: II FSK 295/15.)

W odniesieniu do drugiej części zarzutu, dotyczącego robót budowlanych wykonanych na rzecz Adgar BCVIII Sp. z o.o. sp.k., których realizację wykonawca HOBEN potwierdził świadectwem ukończenia projektu z dnia 18 kwietnia 2024 r. oraz oświadczeniem o omyłce pisarskiej popełnionej w świadectwie ukończenia projektu, odwołujący wskazał, że roboty te wykonane miały być w okresie od 20.09.2023 do 12.02.2024 r. Zgodnie jednak ze złożonym przez wykonawcę świadectwem ukończenia do sporządzenia bezusterkowego protokołu końcowego, do odbioru doszło dopiero w dniu

18 kwietnia 2024 r. (a nie w dniu 12 lutego 2024 r.), a co za tym idzie dopiero w dniu 18 kwietnia 2024 r. wykonawca HOBEN mógłby potwierdzić spełnienie warunku należytego wykonania tych robót, czyli już pod dacie składania ofert w postępowaniu, która przypadała na 8 kwietnia 2024 r.

Odwolujący zwrócił także uwagę na orzeczenie Izby z 12.01.2023 r., sygn. akt: KIO 3468/22, KIO 3498/22) i argumentował dalej, że niewątpliwie zamawiający na etapie formułowania treści SWZ opisał warunek udziału w postępowaniu tak, aby pozostawały w jak najściślejszym związku z przedmiotem zamówienia oraz były do niego proporcjonalny. Odnosząc treść warunku do przedmiotu postępowania jednoznacznie należy wskazać, że przedmiotem postępowania nie jest przebudowa budowli, lecz czynnego budynku użyteczności publicznej. Tym samym zamawiający miał prawo oczekiwać spełnienia przez wykonawców warunku doświadczenia w postaci wykonanej przebudowy czynnego budynku użyteczności publicznej. (por. wyroki KIO sygn. akt: KIO 1824/20, KIO 64/19, KIO 886/23).

W związku z powyższym, według odwołującego, wykonawca HOBEN nie uczynił zadość wymaganiom zamawiającego w kwestii wskazania dwóch poprzednio należyście wykonanych robót budowlanych polegających na przebudowie, dla której wymagane było uzyskanie pozwolenia na budowę, czynnego budynku użyteczności publicznej o wartości wykonanych robót budowlanych nie mniejszej niż 1 200 000,00 zł brutto. Zamawiający naruszył również art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p., bowiem w świetle opisanych wyżej uchybień dokonał wadliwej czynności oceny oferty wykonawcy HOBEN, przyznał jej największą ilość punktów i dokonał jej wyboru, podczas gdy prawidłowo dokonana ocena oferty winna prowadzić wniosku, że nie odpowiada ona treści SWZ w zakresie określonego w rozdziale VI ust. 1 pkt 4 warunku dotyczącego niezbędnego doświadczenia, zaś zamawiający w zaistniałej sytuacji zobligowany był, w świetle dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c p.z.p., do odrzucenia oferty wykonawcy HOBEN, a nie jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł przedstawiciel strony wskazując, iż zamawiający oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie dowodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 maja 2024 r.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Hoben D. Boryslawski Sp. k. Olszowa 21, 97-225 Ujazd(dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił 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 zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych 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., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 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.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny, strony różniły się oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych – osią sporu była weryfikacja prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na ocenie złożonych przez przystępujących podmiotowych środków dowodowych, kiedy w ocenie odwołującego oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, ponieważ nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu z rozdziału VI ust. 1 pkt 4 SWZ (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c p.z.p.), a w konsekwencji zamawiający dokonał nieprawidłowego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej (art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p.).

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 zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie zostały wykazane oraz zostały oparte na subiektywnej ocenie odwołującego dotyczącego doświadczenia przystępującego, która jest nieprawidłowa, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie składu orzekającego czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej została dokonana w sposób właściwy. Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił doświadczenie zawodowe przystępującego uznając go za wykonawcę spełniającego warunek udziału w postępowaniu, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej, więc odwołanie zostało oddalone.

Warto także zaznaczyć, że zamawiający wymagał dwóch robót budowlanych o charakterystyce wskazanej w pkt 4 ust. 1 rozdziału VI SWZ, zaś odwołujący zaskarżył tylko dwie z trzech robót podanych przez przystępującego dla wykazania spełnienia warunku posiadania określonej zdolności technicznej i zawodowej, zatem dla oddalenia odwołania wystarczające było, żeby jedna z zaskarżonych robót spełniała warunek, skoro nie objęto zakresem zaskarżenia poz. 3 wykazu robót budowlanych przystępującego (przebudowa budynku handlowego na rzecz IKEA Property Poland Sp. z o.o. w Jankach, tj. przebudowy budynku przeznaczonego na potrzeby handlu, zgodnie z § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2022 r., poz. 1225), o pozwoleniu na budowę Decyzja nr 1095 z dnia 11.06.2019 r., przy pracach wykonywanych na czynnym obiekcie, o wymaganej wartości ponad 1.200.000, zł (2.948.866,82 zł), zakończonej we właściwym terminie (28.08.2019 r. - 31.01.2020 r.), co potwierdzono dokumentem pochodzącym od inwestora, tj. protokołem odbioru końcowego robót. Prawidłowe potwierdzenie jeszcze jednej roboty, czy to wskazanej w poz. 1 wykazu – roboty budowlane na rzecz Gminy - Miasta Tomaszów Mazowiecki, czy w poz. 2 wykazu – roboty na rzecz Adgar BCVIII Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, skutkuje oddaleniem odwołania, ponieważ zamawiający wymagał jedynie dwóch robót, a przystępujący w ramach składanych podmiotowych środków dowodowych wskazał trzy.

W zakresie doświadczenia w realizacji robót budowlanych z poz. 2 wykazu robót przystępującego dotyczącej modernizacji kompleksu biurowo - usługowego na rzecz Adgar BCVIII Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie (tak str. 2 wykazu robót budowlanych przystępującego z dnia 29.04.2024 r.) Izba stwierdziła, że nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, aby przystępujący nie udowodnił ich zakończenia w dniu 12 lutego 2024 r., co podnosił odwołujący, w opinii którego należało przyjąć dzień 18 kwietnia 2024 r. (data sporządzenia bezusterkowego protokołu odbioru końcowego).

W pierwszej kolejności skład orzekający wskazuje, że podziela w całości trafne stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że mając na uwadze § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415 ze zm.), który określa jakich dokumentów może wymagać zamawiający (tu wykaz robót o wskazanych tam elementach, m.in. z datą i miejscem wykonania robót, wraz z załączaniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie (referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane)), podmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego są spójnie, wzajemnie się uzupełniają i jednoznacznie razem określają dzień 12 lutego 2024 r., jako datę zakończenia robót budowlanych tam wskazanych, tj. przed upływem terminu na składanie ofert wyznaczonym na dzień 8 kwietnia 2024 r.

Fakt, że dokument pn. Świadectwo ukończenia, który został sporządzony przez inwestora robót poz. 2 wykazu robót przystępującego, zawiera datę wystawienia 18 kwietnia 2024 r. (oświadczenie przystępującego z dnia 30.04.2024 r. ws. omyłki na str. 2 świadectwa ukończenia „powinno być Warszawa, dnia 18.04.2024 r.”) nie oznacza, że możemy pominąć treść tego dokumentu i bez uwzględnienia jego merytorycznej zawartości sugerować się datą jego sporządzenia, czy też datą „bezusterkowego odbioru robót”. Zamawiający ma rację, że w części III lit. a) tego dokumentu komisja jednoznacznie stwierdziła wykonanie całego przedmiotu umowy w dniu 12 lutego 2024 r. – *vide* str. 2 świadectwa ukończenia, co jest tożsame z datą wskazaną przez przystępującego w wykazie robót budowlanych, a także zostało wykazane dodatkowymi dowodami z dokumentów. Z omawianego przedmiotowego środka dowodowego wynika także, że w dniu 18 kwietnia 2024 r. strony sporządziły bezusterkowy protokół końcowego odbioru, co jednak nie oznacza, że dopiero w dniu 18 kwietnia 2024 r. można stwierdzić należyte wykonanie robót budowlanych przez przystępującego. Innymi słowy, nie oznacza to, że właściwe zrealizowanie robót może potwierdzać dopiero bezusterkowy odbiór, skoro w tym dokumencie komisja stwierdziła wykonanie całego przedmiotu umowy dnia 12 lutego 2024 r., co jest spójne ze stanowiskiem przystępującego, że już po tej dacie otrzymał od inwestora wynagrodzenie, a także z referencjami (z dnia 8 maja 2024 r.), gdzie wskazano termin zakończenia robót zgodny z ww. datą, a nie z datą bezusterkowego odbioru w dniu 18 kwietnia 2024 r.

Obarczony ciężarem dowodowym odwołujący również nie uwodnił swoich tez – w procesie przed Izbą, który jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, 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, który w tym wypadku oznacza oddalenie odwołania.

Ciężar obalenia rzetelności dokumentów przystępującego rozłożony jest według reguł ogólnych – spoczywa na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe, a więc na odwołującym, który nie podjął nawet próby wykazania podnoszonych okoliczności. Odwołujący, który chciał podważyć datę prawidłowego zakończenia robót wskazaną przez

przystępującego, musiałby udowodnić, że na kanwie zawartej przez strony umowy inwestor określił, że należyte jej zrealizowanie potwierdza dopiero „bezusterkowy odbiór”. Co jest wysoce nieprawdopodobne, gdyż po pierwsze – orzecznictwo dawno już przesądziło, że inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek, traktując takie postanowienia umowy za sprzeczne z naturą przedmiotowego zobowiązania i wskutek tego nieważne (art. 353¹ k.c. w zw. z art. 647 k.c.), co przykładowo wskazał Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 01.04.2019 r., sygn. akt: I AGa 183/18, por. także Sąd Najwyższy np. w wyrokach z dnia 22.06.2007 r., sygn. akt: V CSK 99/07, „Strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek”, z dnia 05.03.1997 r. sygn. akt: II CKN 28/97 „Jeżeli wykonawca zgłosił zakończenie robót budowlanych, inwestor obowiązany jest dokonać ich odbioru”, z dnia 07.03.2013 r. sygn. akt: II CSK 476/12, z dnia 18.10.2019 r. sygn. akt: II CSK 477/18 i wskazane tam orzecznictwo). Odwołujący nie udowodnił, że inwestor miał uprawnienie do odmowy odbioru robót i zapłaty wynagrodzenia, gdyby wady przedmiotu umowy były wadami nieistotnymi, jak również w ocenie składu orzekającego inwestor i przystępujący są profesjonalnymi uczestnikami obrotu gospodarczego, co powoduje, że nie znajduje usprawiedliwienia hipoteza, że mieliby zawrzeć w umowie nieważne postanowienia dotyczące rozliczania robót budowlanych, kiedy przystępujący oświadczył, że to po zakończeniu robót (12 lutego 2024 r.) otrzymał wynagrodzenie, a nie dopiero po bezusterkowym odbiorze.

Po drugie, czas od zakończenia robót do sporządzenia protokołu bezusterkowego odbioru, to zgodnie z dowodami złożonymi przez przystępującego czas na usuwanie wad nieistotnych i czynności administracyjno-techniczne, w szczególności, że roboty dotyczące całej inwestycji wykonywało oprócz przystępującego jeszcze kilku innych wykonawców (tak Dziennik Budowy nr 101/2023), a zgłoszenie zakończenia zakresu robót wykonywanych przez przystępującego (wskazanych przez niego w doświadczeniu referencyjnym) w dniu 12 lutego 2024 r. udowodniono zgłoszeniem ich zakończenia w tej dacie przez kierownika robót, panią A.S. Potwierdza to także Protokół końcowego odbioru robót z dnia 16 lutego 2024 r., gdzie w pkt 1.2. wskazano zgłoszenie zakończenia robót w dniu 12 lutego 2024 r., a w pkt 4.1 wskazano, że występujące usterki nie są istotne, komisja uznaje roboty za zakończone (str. 3 ww. protokołu) oraz referencje z dnia 8 maja 2024 r. gdzie inwestor potwierdził należyte zrealizowanie robót w terminie realizacji tożsamym z wykazem robót (20.09.2023 r. - 12.02.2024 r.). Zatem odwołujący nie tylko nie udowodnił swoich hipotez, a przystępujący złożył dowody wykazujące, że są one całkowicie nie do przyjęcia.

Rekapitulując, w ocenie składu orzekającego zamawiający prawidłowo odczytał treść podmiotowych środków dowodowych przystępującego, słusznie nie posługując się datą bezusterkowego odbioru robót, a terminem zakończenia robót w dniu 12 lutego 2024 r. Natomiast obciążony ciężarem dowodu odwołujący pozostał jedynie przy formułowaniu swoich subiektywnych wątpliwości, w miejsce obowiązku udowodnienia wadliwości oceny zamawiającego, które nawet nie byłyby wystarczające do wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, nie mówiąc już o uznaniu go za wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo przystępujący przedstawił dowody z dokumentów, które jednoznacznie obaliły gołosłowne spekulacje odwołującego, zatem zarzut dotyczący poz. 2 wykazu robót budowlanych, zrealizowanych przez przystępującego na rzecz Adgar BCVIII Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, został oddalony.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła w całości zarzut nr 1 z *petitum* odwołania, dotyczący zaniechania odrzucenia przez zamawiającego oferty przystępującego, który zdaniem odwołującego nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu – posiadania doświadczenia w realizacji dwóch robót budowlanych o charakterystyce określonej w pkt 4 ust. 1 rozdziału VI SWZ. Odwołujący nie objął zakresem zaskarżenia poz. 3 wykazu robót budowlanych przystępującego i nie potwierdziło się, aby roboty z poz. 2 nie spełniały wymagań zamawiającego, więc zamawiający prawidłowo uznał, że warunek został przez przystępującego spełniony.

Ocena poz. 1 wykazu robót budowlanych przystępującego dotycząca modernizacji obiektu sportowego na rzecz Gminy - Miasto Tomaszów Mazowiecki (tak str. 1 wykazu robót budowlanych przystępującego z dnia 29.04.2024 r.) pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie postępowania, tj. niezależnie czy ta robota spełnia, czy nie spełnia warunku, przystępujący legitymuje się wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem zrealizowania, w okresie ostatnich pięciu lat, dwóch robót budowlanych polegających na przebudowie - dla której wymagane było uzyskanie pozwolenia na budowę, czynnego budynku użyteczności publicznej (tj. prowadzącego działalność statutową w sposób ciągły), o wartości wykonanych robót budowlanych nie mniejszej niż 1.200.000,00 zł – z wyżej omówionej poz. 2 wykazu robót przystępującego z dnia 29.04.2024 r. i z niezaskarżonej przez odwołującego poz. 3 przedmiotowego wykazu.

Uwzględnieniu podlegają natomiast wyłącznie zarzuty mające wpływ na wynik postępowania, czyli na wybór oferty najkorzystniejszej. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. warunkuje możliwość uwzględnienia środka zaskarżenia przez Izbę i stanowi dodatkową przesłankę merytoryczną do uwzględnienia odwołania, zgodnie z tą normą uwzględnienie odwołania wymaga stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy tym „Trafnie podniósł skarżący, że ukształtowane jest już w orzecznictwie pogląd, iż przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 04.03.2013 r. sygn. akt: V Ca 3270/12), oraz „Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w ZamPublU, a więc jako akt wyboru oferty tego wykonawcy, z którym zamawiający zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego (...)” (*vide* postanowienie Sądu Najwyższego z 12 lutego 2014 r. sygn. akt IV CSK 291/13). Zatem nawet hipotetyczne stwierdzenie, że prace z poz. 1 wykazu robót przystępującego z dnia 29.04.2024 r. nie spełniają warunku z pkt 4 ust. 1 rozdziału VI SWZ, to nie miałyby to żadnego wpływu na wybór oferty przystępującego, który wymagane przez zamawiającego doświadczenie dotyczące dwóch robót wykazał w poz. 2 i poz. 3 wykazu.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że zgodziła się z zamawiającym, który odnosząc się do brzmienia podmiotowych środków dowodowych, czyli do poszczególnych elementów i cech techniczno-budowlanych zrealizowanych robót przystępującego, określonych w poświadczeniu inwestora (str. 6 akapit 5 odpowiedzi na odwołanie z dnia 24.05.2024 r., treść pkt 2 poświadczenia pn. roboty ogólnobudowlane i właściwe tirety) wykazał, że roboty wykonano zgodnie z postawionym warunkiem, dzieląc te stanowisko i przyjmując za własne. Natomiast odniesienie się przez odwołującego do wskazanego w odwołaniu orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego (z dnia 07.03.2017 r., sygn. akt: II FSK 295/15) dotyczy określonego tam stadionu, a nie robót z poz. 1 wykazu przystępującego. Kiedy, jak trafnie wskazano w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego „W każdym przypadku kwalifikacja konkretnego obiektu uzależniona jest od poszczególnych elementów charakteryzujących jego cechy techniczno-budowlane oraz przeznaczenie. Dlatego powołane w skardze kasacyjnej wybrane orzeczenia sądów administracyjnych nie są adekwatne do stanu faktycznego rozpatrywanej sprawy.” (tak NSA w wyroku z dnia 20.10.2022 r. sygn. akt: II OSK 1569/21). Innymi słowy, odwołujący zamiast wskazać na elementy, które w jego ocenie wykazują, że omawiane roboty budowlane były realizowane w ramach budowli a nie budynku wskazał na inny obiekt sportowy, a nie na inwestycję, którą podano na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu (tą, którą oceniał zamawiający).

W szczególności, że wskazana przez odwołującego sprawa dotyczy indywidualnej interpretacji podatkowej, gdzie organ podatkowy rozpatruje wniosek wyłącznie w ramach zagadnienia prawnego zawartego w pytaniu podatnika, stanu faktycznego przedstawionego przez niego i wyrażonej przez podatnika oceny prawnej (stanowisko podatnika). Organ podatkowy nie przeprowadza w tego rodzaju sprawach postępowania dowodowego. Dokonuje natomiast analizy okoliczności podanych we wniosku i tylko w stosunku do tych okoliczności wyraża następnie swoje stanowisko. Skutkiem tego, ani organ wydający interpretację, ani sąd administracyjny ją kontrolujący, nie mogą przyjmować własnych ustaleń faktycznych, odmiennych od okoliczności przedstawionych przez wnioskodawcę. Sądy administracyjne kontrolując prawidłowość indywidualnych interpretacji prawa podatkowego nie mogą wykroczyć poza granice danej sprawy, które wyznaczają: (a) stan faktyczny przedstawiony we wniosku o indywidualną interpretację prawa podatkowego, (b) stan prawny (przepisy prawa) wskazany przez wnioskodawcę oraz (c) zagadnienie prawne, które ma być przedmiotem interpretacji, a które wskazuje pytanie wnioskodawcy (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 16 września 2011 r., sygn. akt II FSK 497/10). – tak wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22.02.2013 r. sygn. akt: I SA/Wr 1497/12.

„Podnieść także należy, wbrew twierdzeniom strony, że regulacje prawne nie uzależniają opodatkowania obiektów budowlanych od funkcji, celu jaki pełni dany obiekt lub zespół obiektów. Jedynym kryterium decydującym o tym w jaki sposób należy opodatkować dany obiekt budowlany, są cechy konstrukcyjne obiektu. Takie stanowisko wyrażone zostało w wyroku TK z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt SK 48/15. Nawet jeżeli funkcją stadionu jest funkcja sportowa, to nie powoduje to, że jego poszczególne elementy tracą cechy odrębnych obiektów. A zatem o prawidłowej kwalifikacji stadionu piłkarskiego, który może być budynkiem, budowlą i częściowo i budynkiem i budowlą decydują przede wszystkim czynniki architektoniczno-budowlane.” (wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 14.06.2018 r. sygn. akt I SA/Wr 252/18.).

W ustalonym stanie rzeczy odwołujący nawet nie odwołał się do treści poświadczenia przystępującego, ani do cech architektoniczno-budowlanych wykonanych robót, pozostawiając odwołanie merytorycznie pustym, w sytuacji, gdy ciężar dowodu, że roboty z poz. 1 wykazu robót przystępującego realizowano w ramach budowli (art. 3 pkt 3 p.b.), a nie budynku (art. 3 pkt 2 p.b.), spoczywał na odwołującym. W takiej sytuacji odwołujący przedstawiają dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tutaj inwestorem był podmiot publiczny) lub informacje uzyskane w trybie dostępu do informacji publicznej, bądź dokumentację fotograficzną, przedstawiając dowody potwierdzające ich tezy. Odwołujący w rozpoznawanej sprawie nie złożył żadnych dowodów, jedynie przywołał definicje legalne i szeroko odniósł się do orzeczenia dotyczącego innego obiektu sportowego, które także dotyczy indywidualnej decyzji podatkowej, więc wydane zostało w szczególnym trybie, właściwym dla spraw podatkowych.

W konsekwencji powyższego Izba oddaliła również zarzut nr 2 z *petitum* odwołania dotyczący naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p., skoro bowiem nie udowodniono, że przystępujący nie wykazał, że posiada wymagane zdolności techniczne i zawodowe (poz. 2-3 wykazu robót budowlanych przystępującego z dnia 29.04.2024

r.), to także zarzut wadliwego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej (art. 239 ust. 1-2 p.z.p.) się nie potwierdził i jako zarzut bezpodstawny został przez Izbę oddalony.

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 pkt w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania i koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika, zgodnie z limitem wynikającym z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia (3600,00 zł).

Skład orzekający nie zasądził na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego od odwołującego, ponieważ strona ograniczyła się do wskazania w odpowiedzi na odwołanie takiego wniosku, bez przedłożenia rachunku lub spisu kosztów do akt sprawy (§ 5 ust. 2 lit. b ww. rozporządzenia). W tym zakresie Izba orzeka w oparciu o szczególne regulacje, wprowadzone do systemu prawa na potrzeby postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, które wymagają nie tylko złożenia formalnego wniosku, a warunkują uwzględnienie kosztów strony od przedłożenia do akt sprawy rachunku bądź spisu kosztów – dowodu poniesienia tych wydatków. W przypadku więc braku (lub braku możliwości przedłożenia takiego dowodu) skład orzekający nie ma podstaw do ich zasądzenia.

Przewodniczący:

.....