

WYROK

Warszawa, dnia 17 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LK Inwest spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Wojszyckiej 46 (53-006 Wrocław) oraz KB Inwest spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Wojszyckiej 46 (53-006 Wrocław) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Pruszków z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Kraszewskiego 14/16 (05-800 Pruszków)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy TORAKOL spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radziejowie przy ul. Słonecznej 24A (88-200 Radziejów)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LK Inwest spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz KB Inwest spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

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:.....

Sygn. akt: KIO 1108/24

Uzasadnienie

Gmina Miasto Pruszków zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym bez negocjacji, pn.: *Budowa hali sportowej o konstrukcji łukowej z obudową pneumatyczną wraz z zapleczem i zagospodarowaniem terenu na terenie Szkoły Podstawowej nr 1 przy ul. Topolowej 10 w Pruszkowie* o numerze: WSR.271.1.2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu ... lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00091858.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: LK Inwest Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz KB Inwest Sp. z o.o.

z siedzibą we Wrocławiu (zwani dalej: „odwołujący”) wnieśli odwołanie od czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty: TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą

w Radziejowie pomimo, iż przedstawione przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i konieczne było wezwanie do ich uzupełnienia/poprawienia, ewentualnie złożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie, polegające na braku wezwania wykonawcy: TORAKOL Sp. z o.o. do uzupełnienia/poprawienia błędów w treści podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie przedstawienia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych, pomimo, iż

z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów w postaci wykazu robót oraz referencji wystawionych na rzecz GRIMAR s.c. (podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca) nie wynika, aby wykonawca (podmiot, na którego doświadczenie powołuje się wykonawca) spełniał postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej polegający na konieczności wykazania wykonania co najmniej 1 roboty budowlanej

odpowiadającej swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia polegającej na budowie hali sportowej o konstrukcji łukowej o łącznej powierzchni użytkowej co najmniej 1 000 m², ponieważ inwestycja, którą obejmowały referencje dotyczyła budowy dwóch boisk niezadaszonych oraz dwóch boisk zadaszonych, każde o wymiarach długość boiska 23,77 metra, szerokość boiska 8,23 metra, a ponadto z dokumentacji fotograficznej znajdującej się na stronie <https://www.royaltennislub.pl/tenis/korty-kryte-i-otwarte> oraz <https://www.royaltennislub.pl/> wynika, iż każdy kort został wybudowany jako osobna hala, niespełniająca wymogów zamawiającego postawionych w toku postępowania, przez co wykonawca nie wykazał, aby spełniał postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez TORAKOL Sp. z o.o.;
- nakazanie zamawiającemu wezwania TORAKOL Sp. z o.o. do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie przedłożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z przedstawionymi powyżej zarzutami;
- nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie złożony na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. W ocenie odwołującego gdyby zamawiający:

- dokonał prawidłowej oceny oferty złożonej przez TORAKOL Sp. z o.o. uznałby, że przedłożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają aby spełniał on warunki udziału w postępowaniu,
- wezwał wykonawcę do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych, ewentualnie przedłożenia prawidłowych podmiotowych środków dowodowych,
- w efekcie powyższego mogłoby dojść do ustalenia, że TORAKOL Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,

co w konsekwencji doprowadziłoby do odrzucenia oferty złożonej przez TORAKOL Sp.

z o.o., a to mogłoby prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, który złożył ofertę, która została oceniona w ramach postępowania jako druga.

W uzasadnieniu odwołujący w stwierdził, że zgodnie z postanowieniami zawartymi w SWZ zamawiający postawił wykonawcom ubiegającym się o udział w postępowaniu warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej polegający na konieczności wykazania wykonania co najmniej 1 roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia polegającej na: budowie hali sportowej o konstrukcji łukowej o łącznej powierzchni użytkowej co najmniej 1 000 m². Na potwierdzenie przedmiotowego warunku wykonawca TORAKOL sp. z o.o. przedstawił referencje wystawione na rzecz Grimar s.c. (podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca), które dotyczyły budowy dwóch kortów tenisowych zadaszonych halą łukową oraz budowy dwóch kortów otwartych. Zdaniem odwołującego z przedmiotowych referencji nie wynika, aby hala łukowa spełniała warunki postawione przez zamawiającego w ramach postępowania (brak wskazania powierzchni hali). Ponadto referencje dotyczą dwóch umów

i nie wiadomo jakie prace były realizowane w ramach jednej, konkretnej umowy. Wykonawca przedstawił wykaz robót, z których wynika, że podmiot, na którego zasoby się powołuje miał rzekomo zrealizować robotę budowlaną polegającą na budowie hali sportowej o konstrukcji łukowej o łącznej powierzchni użytkowej co najmniej 1 000 m² o wartości robót 562 594,62 zł brutto (457 394,00 zł netto). Robota miała zostać wykonana dla ośrodka Royal Tennis Club w Kozach i posiadać łączną powierzchnię użytkową 1332 m². Jak wyjaśnił odwołujący

z powszechnie dostępnych na stronach internetowych - <https://www.royaltennislub.pl/> oraz <https://www.royaltennislub.pl/tenis/korty-kryte-i-otwarte> informacji oraz dokumentacji zdjęciowej wynika jednak, że podmiot, na doświadczenie którego powołuje się wykonawca nie wykonał jednej hali, pod którą znajdują się dwa korty tenisowe, lecz dwie hale zadaszające dwa oddzielne boiska, o powierzchni około 666 m² każda – wyraźnie bowiem widać, że oba kryte boiska stanowią odrębne hale o charakterze łukowym. Zamawiający w treści SWZ wskazał, że robota budowlana, na którą powołuje się wykonawca winna być robotą odpowiadającą swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia – natomiast przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie, zgodnie

z dokumentacją projektową dotyczy budowy jednej hali o powierzchni użytkowej wynoszącej ponad 1000 m² – powierzchnia użytkowa hali pod konstrukcją łukową zgodnie z projektem ma łączną powierzchnię użytkową wynoszącą

1149,09 m² (a wraz z zapleczem 1328,82 m²), natomiast powierzchnia całkowita wynosi 1191,63 m² (a wraz z zapleczem 1412,81 m²). Wymiary hali to 47,10 x 25,3 m². Zamawiający zatem bezsprzecznie wymaga, aby wykonawca charakteryzował się budową jednej hali o określonej powierzchni oraz konstrukcji monolitycznej, nie zaś kompleksem dwóch lub więcej hal, z których każda posiada powierzchnię użytkową mniejszą niż wymagana przez zamawiającego. W związku

z tym przedstawione przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają, aby spełniał on warunek udziału w postępowaniu postawiony przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że zamawiający powinien wezwać wykonawcę do poprawienia/uzupełnienia opisanych powyżej podmiotowych środków dowodowych, a nie czyniąc tego naruszył art. 128 ust. 1 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie.

W dniu 15 kwietnia 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której zawarł stanowisko dla wniosku o oddalenie odwołania.

W dniu 15 marca 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę TORAKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Radziejowie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2024 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami (zwaną dalej jako: „SWZ”);
- ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
- wykaz robót budowlanych złożony przez przystępującego wraz z referencjami;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 27 marca 2024 r.;

2) załączniki do odwołania:

- zrzut ekranu strony internetowej ;
- wydruk strony internetowej ;
- zdjęcie obrazujące wykonaną halę (1);
- zdjęcia obrazujące wykonaną halę (2);
- zdjęcie obrazujące wykonaną halę (3);
- strony od 5-6 załączonego do niniejszego postępowania projektu architektoniczno-budowlanego;
- strony od 37-39 załączonego do niniejszego postępowania projektu architektoniczno-budowlanego;

3) załączniki do pisma procesowego przystępującego:

- projekt budowlany z dnia 14 października 2018 r. (fragment);
- projekt zagospodarowania działki nr 2177/557, 2177/411;
- decyzję nr 419/18 z dnia 7 marca 2018 r. o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę wraz ze zmianami;

- rzut ław fundamentowych;
- zdjęcia oznaczone nr 1 i 2.

Izba ustaliła co następuje

W pkt 7.1 ppkt 4.1 SWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca miał spełnić ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, że *wykonał roboty budowlane 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, w tym:

- *co najmniej 1 robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia tj.: polegającej na: budowie hali sportowej o konstrukcji łukowej o łącznej powierzchni użytkowej co najmniej 1 000 m².*

Zamawiający pismem z dnia 28 lutego 2024 r. wezwał przystępującego, na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp, do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący złożył m. in. wykaz robót budowlanych. W wykazie tym została przedstawiona tabelka, która zawierała m. in. następujące informacje:

- w kolumnie 2 dotyczącej rodzaju i zakresu robót wykonanych przez wykonawcę przystępujący wskazał – *Robota budowlana polegającej na: budowie hali sportowej*

o konstrukcji łukowej o łącznej powierzchni użytkowej co najmniej 1 000 m². Wartość robót 562 594,62 zł brutto (457 394,00 zł netto) Robota wykonana dla ośrodka Royal Tennis Club w Kozach ul. Podgórska 7. Robota budowlana wykonana przez Grimar s.c. - podmiot na którego zasoby powołuje się Wykonawca;

- w kolumnie 3 dotyczącej łącznej powierzchni użytkowej przystępujący wskazał – 1332 m².

Jednocześnie przystępujący wraz z ww. wykazem złożył także referencje. Z treści tych referencji wynikało m. in., że *W dniu 29-05-2020 firma Grimar s.c. zakończyła prace przy budowie dwóch kortów tenisowych zadaszonych halą łukową oraz budowę dwóch kortów otwartych. Realizacja wykonano należycie i zgodnie z umową i projektem.*

W dniu 27 marca 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 128 ust. 1 Pzp – *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miała treść warunku udziału w postępowaniu kwestionowanego przez odwołującego, która odnosiła się do należytego wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia tj.: polegającej na: budowie hali sportowej o konstrukcji łukowej o łącznej powierzchni użytkowej co najmniej 1 000 m². W celu spełnienia przedmiotowego warunku przystępujący złożył wykaz robót oraz referencje. Informacje zawarte w wykazie robót oraz referencjach pozwalały uznać, że przystępujący spełnił kwestionowany przez odwołującego warunek. W wykazie robót złożonym zamawiającemu, przystępujący jednoznacznie wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku przedstawia halę sportową wybudowaną przez Grimar s.c. o powierzchni użytkowej 1332 m². W referencjach została podana informacja wskazująca, że firma Grimar s.c. zakończyła prace przy budowie m. in. dwóch kortów tenisowych zadaszonych halą łukową oraz budowę dwóch kortów otwartych, a realizację w tym zakresie wykonano należycie i zgodnie z umową i projektem.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego należało wskazać, że odwołujący w uzasadnieniu odwołania w pierwszej kolejności argumentował, że ze złożonych referencji nie wynikało, aby hala

łukowa spełniała warunki postawione przez zamawiającego w ramach postępowania (brak wskazania powierzchni hali). W tym kontekście należało wyjaśnić, że wzór wykazu robót budowlanych stanowiący załącznik nr 5 do SWZ został tak skonstruowany, że nakładał obowiązek podania łącznej powierzchni użytkowej (w kolumnie 3 wykazu). Przystępujący w złożonym wykazie przedstawił informacje w zakresie łącznej powierzchni użytkowej. Zamawiający dysponował zatem informacją podaną przez przystępującego i nie było podstaw do jej kwestionowania. Jak słusznie zauważył przystępujący referencje nie muszą zawierać wszystkich szczegółów danego zamówienia, oczekiwanych przez zamawiającego w innym postępowaniu. Referencje mają za zadanie potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Jak wskazano w wyroku z 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 609/23, *treść referencji nie musi w całości potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie taka jest rola tego dokumentu. Należy podkreślić, że referencje mają za zadanie potwierdzać należyte wykonanie konkretnego zamówienia,*

a wykonawcy nie mają wpływu na ich treść, gdyż te wystawiane są przez podmiot od nich niezależny. Wiedzę na temat wykonanych usług może posiadać jedynie sam wykonawca oraz podmiot zlecający prace. Tym samym referencje złożone przez przystępującego nie mogły być kwestionowane tylko z tego powodu, że nie zawierały powierzchni hali. Dokumenty złożone przez przystępującego w celu spełnienia warunku należało analizować łącznie i z ich treści jasno wynikała informacja w zakresie łącznej powierzchni użytkowej. Powierzchnia podana w wykazie robót przekraczała wartość podaną w treści warunku, zatem nie mogło być żadnych wątpliwości w zakresie spełnienia warunku przez przystępującego w przedmiotowym zakresie.

W uzasadnieniu odwołania podane zostało również twierdzenie wskazujące, że referencje dotyczyły dwóch umów i nie wiadomo jakie prace były realizowane w ramach jednej, konkretnej umowy. W tym kontekście skład orzekający zauważył, że przystępujący

w wykazie robót skonkretyzował umowę w oparciu, o którą wykonana została hala. Przystępujący wskazał bowiem wartość robót – 562 594,62 zł brutto (457 394,00 zł netto), co należało uznać jako wartość odnoszącą do wymienionej w referencjach umowy nr U/53/2018 z dnia 16 kwietnia 2018 r., która opiewała na tożsamą kwotę netto, podaną w referencjach.

Z wykazu wynikało zatem, że roboty dotyczące hali były realizowane w ramach tej konkretnej umowy.

Zasadnicza część argumentacji odwołującego dotyczyła sugerowanej niezgodności rodzaju hali zadaszającej korty tenisowe wykonanej przez Grimar s.c. z wymaganiami zawartymi w opisie warunku. Odwołujący powołał się na zdjęcia ze stron internetowych i inne zdjęcia załączone do odwołania oraz stanął na stanowisku, że podmiot na doświadczenie, którego powołał się przystępujący nie wykonał jednej hali, pod którą znajdują się dwa korty tenisowe, lecz dwie hale zadaszające dwa oddzielne boiska, o powierzchni około 666 m² każda.

Odnosząc się do powyższej argumentacji Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że

w wykazie robót oraz w referencjach złożonych przez przystępującego użyte zostały sformułowania wskazujące na wybudowanie hali sportowej (określenie w liczbie pojedynczej). Przystępujący oświadczył o tym w opisie zawartym w wykazie robót,

a w referencjach ich wystawca również stwierdził, że Grimar s.c. wykonała prace przy budowie dwóch kortów tenisowych zadaszonych halą łukową — nie zaś dwoma halami łukowymi. Tym samym z dokumentów złożonych przez przystępującego nie wynikało domniemanie, że wykonawca wykonał dwie hale sportowe, a nie jedną.

Ponadto charakter tej hali jako jednej budowli potwierdziły także dowody złożone przez przystępującego w trakcie postępowania odwoławczego, w tym przede wszystkim dokumentacja projektowa oraz wydane pozwolenie na budowę. W oparciu o te dowody przystępujący zasadnie argumentował, że hala do której odnosił się wykaz robót i referencje została wybudowana w oparciu o projekt budowlany z dnia 14 października 2018 r. Obiekt budowlany został oznaczony jako *Budynek usługowy z wewnętrznymi instalacjami wod-kan, c.o., gazową oraz elektryczną, mury oporowe, zbiornik szczelny p.poż, dwa korty tenisowe wraz z oświetleniem i ogrodzeniem*. Hala ujęta w projekcie została scalona z budynkiem usługowym i łącznie zaprojektowana. W części *Opis techniczny do projektu budowlanego dla budynku usługowego* wskazano w pkt 1: *Budynek usługowy będący tematem niniejszego opracowania jest to obiekt dwukondygnacyjny. W obiekcie na poziomie parteru znajdują się dwie łazienki, dwa w-c, dwie szatnie, dwa pomieszczenia magazynowe, pomieszczenie gospodarcze, kotłownia, sala do squasha, sala treningowa, hala (dwa korty tenisowe) oraz komunikacja.*

W ocenie składu orzekającego złożone przez przystępującego dowody potwierdziły, że zamierzenie budowlane obejmowało jedną halę sportową obejmującą wspólnie obydwie korty tenisowe. Podana łącznie powierzchnia wskazywała, że hala nie była traktowana rozłącznie, lecz stanowiła jedną budowlę połączoną konstrukcyjnie. Na potwierdzenie jednolitego traktowania hali przystępujący przedstawił *Projekt zagospodarowania terenu*, w którym budynek usługowy wraz z halą zostały zaznaczone w pozycji 1 (na mapie obrysowane ciągłą, czarną linią).

Dodatkowo przystępujący zasadnie argumentował, że w oparciu o powyżej wskazany projekt budowlany wraz z całą dokumentacją projektową inwestor – J.J. uzyskał decyzję nr 419/18 z dnia 7 marca 2018 r. o zatwierdzeniu projektu

budowlanego

i pozwoleniu na budowę (decyzja ta została następnie zmieniana decyzją nr 124/19 z dnia 18 stycznia 2019 r., nr 1993/19 z dnia 1 października 2019 r., nr 239/20 z dnia 13 lutego 2020 r. w zakresie nie wpływającym w żaden sposób na halę). Decyzja ta dotyczyła budowy budynku usługowego – korty tenisowe, squash z wewnętrznymi instalacjami wod-kan, c.o., gazu i elektrycznymi. Decyzja dotyczyła łącznie całej hali, która była budowana w ramach jednolitego procesu budowlanego. W oparciu o powyższy projekt przeprowadzone zostały roboty budowlane, w ramach których – w jednym czasie – hala została wykonana i oddana do użytkowania.

Odwolujący natomiast, na potwierdzenie swojej argumentacji złożył dowody w postaci zdjęć, które w ocenie składu orzekającego okazały się niewystarczające do uznania zasadności odwołania. Po analizie tych zdjęć można było stwierdzić co najwyżej, że przestrzeń pomiędzy nawami hali jest otwarta, nieprzedzielona stałą ścianą. Ponadto wybudowana hala pokrywa jednolitą przestrzeń, na której znajdują się obok siebie dwa korty tenisowe. Przestrzeń pod dachem hali jest otwarta i nie ma ściany dzielącej oba łuki dachu hali, jak również tym bardziej nie ma przestrzeni dzielącej oba łuki dachu hali. Tym samym twierdzenie, że w na podstawie tych zdjęć można było jednoznacznie stwierdzić, że na referencyjnej inwestycji zostały wybudowane dwie hale, było zbyt daleko idące.

Zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu to odwołujący, jako podmiot wywodzący skutki prawne ze złożonego środka ochrony prawnej, powinien wykazać zasadność swojej argumentacji, która powinna być poparta adekwatnymi dowodami. Izba stwierdziła, że

w okolicznościach przedmiotowej sprawy odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu, szczególnie zestawiając złożone przez niego dowody z dowodami złożonymi przez przystępującego. Skład orzekający stanął na stanowisku, że doniosłość i moc dowodowa dokumentów przedstawionych przez przystępującego była silniejsza od dowodów odwołującego.

Odwolujący na rozprawie próbował popierać swoją argumentację odnosząc się do dowodów złożonych przez przystępującego. W tym kontekście odwołujący wskazał, że ze str. 6 dowodu złożonego przez przystępującego tj. projektu budowlanego wynikało, że określenie „hale” zostało użyte w liczbie mnogiej, co miało wskazywać na to, że były to dwie hale. Ponadto odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z tym projektem druga hala została dobudowana do pierwszej hali. Przystępujący w odpowiedzi na stwierdzenia odwołującego podniósł, że w pkt 1 opisu technicznego w akapicie czwartym złożonego przez niego projektu budowlanego pojawiło się określenie „hale” w liczbie mnogiej, jednak jego zdaniem była to omyłka pisarska, ponieważ fragment ten należało skonfrontować z informacją podaną

w akapicie drugim tego samego punktu, gdzie wprost wskazano „hala” w liczbie pojedynczej, a ponadto zwrot ten został dookreślony przez użyte w nawiasie sformułowanie odnoszące się do dwóch kortów tenisowych. Przystępujący wyjaśnił także, że ze zdjęć załączonych do jego pisma wynikało, że konstrukcja była wykonywana jednocześnie dla obu kortów. Dodatkowo przystępujący zwrócił uwagę na określenia wskazane na stronie trzeciej projektu przy opisie technicznym w pkt 5, gdzie w tiret drugim pojawił się zwrot *rozbudowa budynku usługowego o drugi kryty kort tenisowy*. Tym samym w przypadku krytego kortu tenisowego miała miejsce rozbudowa hali, a nie budowa drugiej hali. Izba konfrontując oba powyżej zreferowane stanowiska przyznała rację stanowisku przystępującego. Ponadto skład orzekający na marginesie wyjaśnił, że oceniając obie argumentacje pod kątem zasady rozkładu ciężaru dowodu można było stwierdzić, że odwołujący przez swoją argumentację mógł doprowadzić do powstania co najwyżej pewnych wątpliwości co do przydatności dowodu w postaci projektu budowlanego. W ocenie składu orzekającego ewentualne wątpliwości zostały rozwiane innymi dowodami złożonymi przez przystępującego tj. projektem zagospodarowania działki oraz decyzją nr 419/18 z dnia 7 marca 2018 r.

o zatwierdzeniu projektu budowlanego i pozwoleniu na budowę wraz ze zmianami. Odwołujący ze swojej strony nie złożył odpowiednich dowodów na potwierdzenie swojego stanowiska, zatem Izba nie znalazła powodów do uwzględnienia odwołania.

Ponadto strony i uczestnik w swoich stanowiskach zaprezentowanych szczególnie na rozprawie, zwracali uwagę na liczbę naw hali oraz konstrukcję ław fundamentowych. Zamawiający i przystępujący argumentowali, że referencyjna inwestycja miała charakter dwunawowy lub wielonawowy czemu stanowczo zaprzeczał odwołujący wskazując, że inwestycja obejmowała dwie hale, z których żadna nie spełniała wymogu w zakresie łącznej powierzchni użytkowej. W ocenie Izby argumentacja odnosząca się do liczby naw na referencyjnej inwestycji czy też ław fundamentowych nie miała znaczenia na potrzeby rozstrzygnięcia. Warunek udziału w postępowaniu nie odnosił się w żaden sposób do liczby naw lub posadowienia konstrukcji, zatem Izba nie była zobowiązana do rozstrzygania tych kwestii. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu oraz złożone dowody Izba doszła do przekonania, że po dokonaniu interpretacji tego warunku, inwestycję podaną przez przystępującego należało potraktować jako jedną halę sportową. Powyższe twierdzenie skutkowało uznaniem, że przystępujący spełnił kwestionowany przez odwołującego warunek udziału w postępowaniu.

W końcowej części uzasadnienia odwołania, odwołujący stwierdził, że robota wskazana przez przystępującego w

wykazie nie spełniała warunku ze względu na to, że nie odpowiadała swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia. Odnośnie powyższego stwierdzenia po raz kolejny należało odnieść się do treści warunku. Jak słusznie zwrócili uwagę zarówno przystępujący jaki zamawiający, warunek został skonkretyzowany w końcowej części opisu i wskazywał, jaki rodzaj hali spełniał oczekiwania zamawiającego. Zamawiający ograniczył się do wskazania konstrukcji hali sportowej, tj. konstrukcji łukowej i łącznej powierzchni użytkowej, bez dalszych wymagań. Wymaganie, aby hala referencyjna odpowiadała swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia nie oznaczało, że wykonawca musiał przedstawić wykonanie hali identycznej czy też tożsamej. Odwołujący nie wykazał, że przedstawiona przez przystępującego hala nie była takiego samego rodzaju, co hala planowana przez zamawiającego. Hala wskazana przez przystępującego w dokumentach podmiotowych była halą sportową o konstrukcji łukowej o powierzchni użytkowej przekraczającej 1000 m², zatem spełniała wszystkie wymagania określone w opisie warunku.

Izba stwierdziła, że wszystkie powyżej przedstawione okoliczności wskazywały, że roboty budowlane podane przez przystępującego w wykazie wykonanych robót potwierdziły spełnienie warunku zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w odwołaniu. Reasumując Izba oddaliła zarzut podniesiony przez odwołującego, dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....