Sygn. akt: KIO 700/25

WYROK

Warszawa, dnia 17 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2025 r. przez wykonawcę CZĘSTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Bogatynia

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. z siedzibą w Miłkowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę CZĘSTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
2.2. zasądza od wykonawcy CZĘSTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie na rzeczzamawiającego Gminy Bogatynia kwotę 3600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 700/25

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Bogatynia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą Pzp", na realizację zadania pn.: „*Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 3 im. K. Makuszyńskiego w Bogatyni - II RAZ*", numer referencyjny: IZ.271.33.2024.MA. Zadanie jest dofinansowane ze środków Programu Rządowego Polski Ład — Fundusz Inwestycji Strategicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.07.2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 416372-2024, numer wydania Dz.U. S: 134/2024. Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 26 lutego 2025 roku wykonawca - CZĘSTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na dokonaniu wadliwej czynności wezwania wykonawcy CZĘSTOBUD Sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnia dokumentów w zakresie JEDZ oraz wykazu robot budowlanych, pomimo tego, że złożone na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe w zakresie potwierdzenia spełniania warunków dot. zdolności zawodowej (część 12 pkt. 4 ppkt. 4.1. tiret 1 SWZ), zdaniem odwołującego, potwierdzają spełnienie warunku

określonego w treści SWZ.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów), tj.:
1. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez niezasadne wezwanie odwołującego do uzupełnienia JEDZ i wykazu robót budowlanych w zakresie wskazanym w treści warunku określonego w części 12 pkt. 4 ppkt. 4.1. tiret 1 SWZ, tj. wykazaniem się doświadczeniem w realizacji jednej roboty budowlanej (zakończonej) obejmującej swoim zakresem termomodernizację/poprawę efektywności energetycznej budynku lub zespołu budynków o kubaturze min. 30.000,00 m3 , w zakresie której były realizowane roboty dotyczące docieplenia ścian, montażu stolarki zewnętrznej i wykonanie instalacji c.o. o wartości robót nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł, podczas gdy odwołujący w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego wykazał spełnienie powyższego warunku w ramach realizacji A2 i A3 wykazu.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:
1. uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków, z uwagi na to, że realizacje wskazane w poz. A2 i A3 wykazu potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
2. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, że odwołujący złożył wykaz zgodnie z wezwaniem zamawiającego w dniu 22 stycznia 2025 roku. Zdaniem odwołującego wskazane w wykazie roboty budowlane, w tym również ujęte w poz. A2 i pozycji A3 w pełni potwierdzają spełnienie warunku określonego w treści części 12 pkt. 4 ppkt 4.1. tiret. 1 SWZ. Jednak pismem z dnia 18 lutego 2025 roku, zamawiający skierował do odwołującego wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z którego treści wynika, że zamawiający nie uznał realizacji z poz. A2 i A3 jako spełniających warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego wskazując, że argumentacja zamawiającego przedstawiona w wezwaniu jest niezgodna z literalną treścią warunku postawionego w treści SWZ.

Po pierwsze, zamawiający uznał, że z treści warunku rzekomo wynika, że przedmiotem referencyjnych realizacji nie może być BUDOWA – co- według odwołującego - nie jest prawdą. W treści SWZ w żadnym miejscu nie posłużono się pojęciem budowa. W treści SWZ w zakresie ww. warunku wykonawcy mieli legitymować się wykonaniem jednej ROBOTY BUDOWLANEJ (zakończonej).

Odwołujący zauważył, że niewątpliwie „budowa budynku mieszkalnego" mieści się w zakresie postawionego warunku stanowiącego o konieczności wykonania roboty budowlanej. Skoro zamawiający żądał wykazania się robotą budowalną, to każdy rodzaj aktywności zdefiniowany w prawie budowlanym, a więc również budowa stanowi potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, zamawiający wskazywał, że przedstawiona realizacja nie spełnia wymogów postawionych przez zamawiającego, gdyż *„termomodernizacja/poprawa efektywności energetycznej budynku użyteczności publicznej" zakłada realizację robót budowlanych w ISTNIEJĄCYM obiekcie, nie zaś w ramach budowy NOWEGO budynku*.".

Odwołujący stwierdził, że w treści SWZ opisującej warunek nie znajduje się żądanie wykazania realizacji dotyczącej „budynku użyteczności publicznej". Podobnie jak w treści warunku nie wskazano, że referencyjna realizacja ma odnosić się do istniejącego obiektu, oraz, że nie dopuszcza się wykazania się doświadczeniem przy realizacji „w ramach budowy NOWEGO obiektu". Według odwołującego wszystkie argumenty jakie zostały wskazane w treści wezwania z dnia 18 lutego 2025 roku nie odnoszą się do treści SWZ ustalonej przez zamawiającego. Nadto wszystkie zarzuty mające wskazywać na to, że wykonawca nie spełnia warunków są sprzeczne z literalną treścią warunku, a więc co do zasady nie mogą stanowić podstawy do nieuznania wskazanych realizacji.

Odwołujący podkreślił, że przedstawione realizacje potwierdzają wszystkie elementy warunku wskazanego w treści SWZ, gdyż są to:
- roboty budowlane zakończone,
- obejmujące swoim zakresem termomodernizację/poprawę efektywności energetycznej budynku w zakresie której realizowane były roboty dotyczące docieplenia ścian, montażu stolarki zewnętrznej, wykonano instalację c.o.,
- referencyjne roboty spełniają również wymaganie wartości i kubatury wskazanej w SWZ.

Zdaniem odwołującego, zamawiający podając dodatkowe uzasadnienie, które odnosi się do nieuznania przedstawionych realizacji tłumaczy się swoimi intencjami, których jednak nie zapisał w treści dokumentów zamówienia. Zamawiający

bowiem wskazywał, że istotne dla niego było to, aby były wykonywane roboty rozbiórkowe i, aby roboty były wykonywane na funkcjonującym obiekcie. Te argumenty – w ocenie odwołującego - nie mogą stanowić podstawy do nieuznania wskazanych w treści wykazu realizacji, bowiem w treści warunku części 12 pkt. 4 ppkt. 4.1 tiret 1 SWZ nie było ani wymogu legitymowania się doświadczeniem przy wykonywaniu robót rozbiórkowych, jak również z treści warunku nie wynika, że nabyte doświadczenie musiało być robotą budowlaną na czynnym, funkcjonującym obiekcie. Odwołujący stwierdził, że w związku z tym, w całości argumentacja zamawiającego co do tego, z jakich przyczyn nie uznał wskazanych realizacji jest nieuprawniona.

Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę, że w odniesieniu do postanowień i treści SWZ pierwszeństwo ma wykładnia językowa – wykładnia literalna, która wiąże zarówno wykonawców, jak i samego zamawiającego. Zdaniem odwołującego, sposób dokonania oceny jego oferty, wskazuje na naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z uwagi na fakt, że dokonano oceny spełniania warunków w oparciu o intencje, a nie postanowienia SWZ.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że pojęcie poprawa efektywności energetycznej budynków wiąże się z każdym rodzajem obiektów o ile wykonywano roboty z zakresu tych, które wiążą się z poprawieniem współczynnika przenikania ciepła budynku - takie roboty wykonuje się zarówno na budynkach nowych, nowo budowanych, jak i istniejących. Efektywność energetyczna to stopień przygotowania budynku do zapewnienia komfortu jego użytkowania zgodnie z przeznaczeniem przy możliwie najniższym zużyciu energii. Ocena efektywności energetycznej jest zbiorem właściwości budynku wpływających na zużycie energii niezbędnej do jego użytkowania. Obejmuje m.in. ocenę izolacyjności cieplnej przegród budynku oraz sprawności zastosowanych w nim instalacji i urządzeń. Odwołujący wyjaśnił, że w pojęciu branżowym efektywność energetyczna to stosunek ilości energii zaoszczędzonej w porównaniu do ilości energii zużywanej (lub prognozowanego zużycia). Pojęcie efektywności energetycznej wiąże się zatem z doborem rozwiązań i materiałów, które mają wpływ na zużycie przez budynek energii w tym m.in. roboty związane z izolacyjnością cieplną przegród budynku oraz zastosowanych w nim instalacji i urządzeń.

Odwołujący podnosił także, że w każdym budynku stosuje się rozwiązania i wykonuje się roboty budowlane mające na celu poprawę efektywności energetycznej budynku. Każdy zakres robót związany z docieplenieniem ścian budynków, zainstalowaniem okien o odpowiednio niskim stopniu przenikania/utraty ciepła zastosowaniem rozwiązań prowadzących do niższego zużycia energii eklektycznej jak np. fotowoltaiki, czy zastosowanie energooszczędnych opraw oświetleniowych to roboty zdefiniowane w pojęciu efektywność energetyczna. Bez znaczenia jest – w opinii odwołującego - czy wykonuje się je na obiekcie nowym czy istniejącym, gdyż roboty te wykonuje się z użyciem takich samych rozwiązań, materiałów i tą samą techniką bowiem sposób wykonania robót budowlanych definiują m.in. knr-y, które są identyczne dla wszystkich robót budowlanych.

Reasumując odwołujący stwierdził, że w budynkach wskazanych jako referencyjne wykonano także roboty, wpływające na poprawę efektywności energetycznej tych budynków, co spełnia postawiony warunek. W referencyjnych robotach została zabudowana instalacja fotowoltaiczna o mocy 6,4 kWp na każdym budynku. Instalacja ta ma na celu zmniejszenie zużycia energii elektrycznej w częściach wspólnych budynku (garaże podziemne, korytarze, oraz w pomieszczeniach administracyjnych). Ponadto wykonano docieplenie ścian zewnętrznych płytami styropianowymi gr. 20 cm uzyskując wymagany dopiero od 31.12.2020 r. współczynnik przenikalności cieplnej U=0,2 W/m2xK, wykonany został tzw. ciepły montaż stolarki okiennej zgodnie z dokumentacją projektową, zostały zastosowane energooszczędne oprawy oświetleniowe LED, które również przyczyniają się do zmniejszenia zużycia energii elektrycznej.

Wobec powyższego – zdaniem odwołującego - brak uznania realizacji wskazanych w wykazie z dnia 22 stycznia 2025 roku w poz. A2 i A3 jest nieuprawniony, a tym samym wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest działaniem sprzecznym z prawem.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej nr 3 im. Kornela Makuszyńskiego w Bogatyni". Opis przedmiotu zamówienia opisuje projekt budowlany opracowany przez „Solarsystem s.c. Biuro Projektowe", ul. Słowackiego 42, 32-400 Myślenice (pkt 5.2 SWZ).

W pkt 12.4.1) SWZ (pierwotne brzmienie) zamawiający wskazał, iż:
„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie przesłanek określonych w pkt 19 SWZ oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie:
(…)
4) zdolności technicznej i zawodowej:

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Wykonawcy muszą wykazać, że
4.1.) W okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonali należycie co najmniej :
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem termomodernizację/poprawę efektywności energetycznej budynku lub zespołu budynków o kubaturze min. 30.000,00 m^3, w zakresie której były realizowane roboty dotyczące docieplenia ścian, wymiany stolarki zewnętrznej i wykonanie instalacji c.o. o wartości robót nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto,
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem wykonanie instalacji wentylacji mechanicznej,
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem przebudowę lub budowę oświetlenia,
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem wykonanie docieplenia dachu poprzez wdmuch w przestrzeń międzystropową granulatu wełny mineralnej,
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem wykonanie pokrycia dachowego papą termozgrzewalną.
Zamawiający uzna doświadczenie również w sytuacji łączenia ww. zakresów robót w ramach jednej umowy.".

Pismem z dnia 16 lipca 2024 roku jeden z wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie czy:
„Czy Zamawiający uzna za wystarczające doświadczenie Wykonawcy, który wykaże spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazując:
*- jedną robotę budowlaną (zakończoną) w okresie ostatnich 5 lat, obejmująca swoim zakresem docieplenie nowego wybudowanego budynku o kubaturze ponad 30000 m3, o wartości robót ponad 15 000 000,00 zł brutto, w zakresie których były realizowane roboty dotyczące docieplenia ścian, **montażu** stolarki zewnętrznej i wykonanie instalacji c.o. oraz pozostałe cztery roboty budowlane wymagane przez Zamawiającego.".*

W odpowiedzi na powyższe pytanie zamawiający udzielił odpowiedzi i treści:
„Zamawiający wprowadzi stosowną modyfikację do treści SWZ" i nadał pkt 12.4.1. SWZ następującą treść:
„4.1.) W okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonali należycie co najmniej :
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem termomodernizację/poprawę efektywności energetycznej budynku lub zespołu budynków o kubaturze min. 30.000,00 m3, w zakresie której były realizowane roboty dotyczące docieplenia ścian, montażu stolarki zewnętrznej i wykonanie instalacji c.o. o wartości robót nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł brutto,
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem wykonanie instalacji wentylacji mechanicznej,
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem przebudowę lub budowę oświetlenia,
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem wykonanie docieplenia dachu poprzez wdmuch w przestrzeń międzystropową granulatu wełny mineralnej,
- jedną robotę budowlaną (zakończoną) obejmującą swoim zakresem wykonanie pokrycia dachowego papą termozgrzewalną.".

W pkt 14 *Informacja o podmiotowych środkach dowodowych* ppkt 2) lit. c) SWZ zamawiający wskazał, że:
„Zamawiający wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środkach dowodowych tj.: (…)
c) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty (załącznik nr 5)".

Odwołujący pismem z dnia 16 stycznia 2025 roku – na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp - został wezwany do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. wykazu robót budowlanych.

W odpowiedzi na ww. pismo odwołujący – w dniu 22 stycznia 2025 roku - złożył wykaz robót budowlanych, obejmujący pozycje: A2 i A3, tj.:

Lp.	Nazwa i lokalizacja zadania	Rodzaj i zakres wykonanych robót budowlanych	Termin rozpoczęcia i zakończenia realizacji robót budowlanych	Wartość brutto zrealizowanych robót budowalnych	Zamawiający (nazwa, adres, telefon)

A.2	„Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Poleskiej 25 w Częstochowie- Budynek A”; kubatura: 32 872,98 m3	Wykonanie robót budowlanych obejmujących swoim zakresem poprawę efektywności energetycznej budynku o kubaturze min. 30 000,00 m3, w zakresie których były realizowane roboty dotyczące docieplenia ścian, montażu stolarki zewnętrznej i wykonanie instalacji c. o. o wartości robót nie mniejszej niż 15 000 000,00 zł brutto	od 15.01.2021 r. do 28.04.2023 r.	36 964 798,00 zł brutto	Inwestycja deweloperska własna CZĘSTOBUD Sp. z o. o., al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42- 200 Częstochowa
A.3	„Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Poleskiej 21 w Częstochowie- Budynek A1”; kubatura: 32 872,98 m3	Wykonanie robót budowlanych obejmujących swoim zakresem poprawę efektywności energetycznej budynku o kubaturze min. 30 000,00 m3, w zakresie których były realizowane roboty dotyczące docieplenia ścian, montażu stolarki zewnętrznej i wykonanie instalacji c. o. o wartości robót nie mniejszej niż 15 000 000,00 zł brutto	od 19.10.2021 r. do 27.02.2024 r.	40 116 524,00 zł brutto	Inwestycja deweloperska własna CZĘSTOBUD Sp. z o. o., al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42- 200 Częstochowa

Pismem z dnia 18 lutego 2025 roku zamawiający wezwał odwołującego – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – *„do złożenia/uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia: dokumentu JEDZ oraz podmiotowych środków dowodowych wymienionych w pkt 14 ppkt 2 SWZ tj. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie.”.*

W ww. wezwaniu zamawiający wskazywał, iż:
„Wykonawca w złożonym wraz z ofertą dokumencie JEDZ wykazał w tym zakresie jedną robotę budowlaną polegającą na BUDOWIE budynku mieszkalnego, co nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego, gdyż „termomodernizacja/poprawa efektywności energetycznej budynku użyteczności publicznej” zakładają realizację robót budowlanych w ISTNIEJĄCYM obiekcie, nie zaś w ramach budowy NOWEGO obiektu. Taka też była intencja Zamawiającego przy konstruowaniu warunku udziału w postępowanie z racji tego, iż przedmiot zamówienia obejmuje właśnie realizację prac w istniejącym, funkcjonującym obiekcie szkoły. Specyfika miejsca wymaga innego doświadczenia aniżeli to zdobyte przy budowie nowego obiektu, gdzie poza brakiem prac rozbiórkowych, inna jest też cała „logistyka” realizacji robót (realizacja prac w funkcjonującym obiekcie szkoły wymaga zupełnie odmiennej organizacji prac, aniżeli przy budowie nowego obiektu).”.

Czynność wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych środków dowodowych wymienionych w pkt 14 ppkt 2 SWZ, tj. wykazu wykonanych robót budowlanych, jak i dokumentu JEDZ, zakwestionował odwołujący odwołaniem wniesionym w dniu 26 lutego 2025 roku.

W dniu 28 lutego 2025 roku wykonawca PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. z siedzibą w Miłkowie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymagania określone w przepisach art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 11 marca 2025 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 13 marca 2025 roku odwołujący złożył pismo procesowe, zawierające dodatkowe jego stanowisko w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie należało oddalić z następujących względów.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp: jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , 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.

Istotą sporu było ustalenie czy realizacje wskazane w poz. A2 i A3 wykazu robót budowlanych (załącznik nr 5), złożonego przez odwołującego, (a także wskazane w oświadczeniu JEDZ), potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, czy też nie. A zatem czy ten podmiotowy środek dowodowy należy uznać w tym zakresie za obarczony błędami / brakami. Zamawiający kwestionował bowiem wskazane przez odwołującego w wykazie robót budowalnych inwestycje: „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Poleskiej 25 w Częstochowie – Budynek A" oraz Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Poleskiej 25 w Częstochowie – Budynek A1". Zamawiający uzasadniając wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podnosił, że odwołujący wykazał: „*robotę budowlaną polegającą na BUDOWIE budynku mieszkalnego, co nie spełnia wymogów postawionych przez Zamawiającego, gdyż „termomodernizacja/poprawa efektywności energetycznej budynku użyteczności publicznej" zakładają realizację robót budowlanych w ISTNIEJĄCYM obiekcie, nie zaś w ramach budowy NOWEGO obiektu (…)".*

Nie było sporne pomiędzy stronami, że wykazywane przez odwołującego pod pozycjami A.2. i A.3. roboty budowlane dotyczyły budowy nowego budynku mieszkalnego. Kwestią sporną było natomiast to, czy roboty budowlane, którymi miał się wykazać wykonawca, zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu, tj. obejmujące swoim zakresem termomodernizację /poprawę efektywności energetycznej budynku lub zespołu budynków można wykonać tylko na istniejących już obiektach, czy również w ramach budowy nowego budynku.

Na wstępie Izba zaznacza, że część argumentacji zamawiającego, wyrażona również w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, iż: „*Taka też była intencja Zamawiającego przy konstruowaniu warunku udziału w postępowanie z racji tego, iż przedmiot zamówienia obejmuje właśnie realizację prac w istniejącym, funkcjonującym obiekcie szkoły. Specyfika miejsca wymaga innego doświadczenia aniżeli to zdobyte przy budowie nowego obiektu, gdzie poza brakiem prac rozbiórkowych, inna jest też cała „logistyka" realizacji robót (realizacja prac w funkcjonującym obiekcie szkoły wymaga zupełnie odmiennej organizacji prac, aniżeli przy budowie nowego obiektu).",* była bezprzedmiotowa w kontekście oceny czy kwestionowane przez zamawiającego roboty budowlane z poz. A2 i A3 potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez odwołującego. Ta bezprzedmiotowość wynika z faktu, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonywana przez zamawiającego powinna być obiektywna i powinna odwoływać się do treści warunku udziału w postępowaniu interpretowanego przy pomocy wykładni literalnej, a nie przez pryzmat „intencji zamawiającego", które nie wynikają z treści warunku. Także odwołanie się do przedmiotu zamówienia, który obejmuje realizację robót w istniejącym i funkcjonującym obiekcie szkoły nie jest zasadne. Oczywiście zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zachowanie zasady proporcjonalności oznacza, że warunki opisane przez zamawiającego muszą być uzasadnione w odniesieniu do konkretnych uwarunkowań danego zamówienia, w szczególności - wartości zamówienia, charakterystyki i specyfiki przedmiotu zamówienia, zakresu zamówienia, stopnia jego złożoności oraz warunków realizacji. Nie oznacza to jednak, że będą obejmować taki sam przedmiot. Innymi słowy, niezasadne jest wywodzenie przez zamawiającego, że skoro przedmiot zamówienia w tym postępowaniu obejmuje wykonanie robót budowlanych w istniejącym i funkcjonującym obiekcie, to także roboty budowalne wykazywane w ramach warunku udziału w postępowaniu winny być z tego tytułu również wykonane na takim obiekcie.

Niezależnie od powyższej argumentacji, Izba uznała, że wykładnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 12.4.1.) tiret pierwsze SWZ, prowadzi do wniosku, że wykonawca w celu potwierdzenia spełniania tego warunku winien wykazać się doświadczeniem w zakresie robót budowlanych wykonanych na istniejącym obiekcie.

Zdaniem Izby, zamawiający dokonał w sposób prawidłowy oceny dokumentów złożonych przez odwołującego w toku postępowania, w tym oświadczenia JEDZ i wykazu robót budowlanych – załącznika nr 5 i zasadnie stwierdził, że roboty budowlane polegające na budowie nowego budynku mieszkalnego nie potwierdzają warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Warunek udziału w postępowaniu, określony w pkt 12.4.1.) tiret pierwsze SWZ, bezsprzecznie wymagał

wykazania się co najmniej jedną (zakończoną) robotą budowlaną, obejmującą swoim zakresem termomodernizację / poprawę efektywności energetycznej budynku. Tego rodzaju roboty budowlane są wykonywane na obiektach już wybudowanych. Odwołujący powoływał się na literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu i, jak już powyżej zostało szerzej wskazane, Izba zgadza się z tym, że prymat ma zawsze literalna wykładnia warunku udziału w postepowaniu, chyba, że prowadziłaby do absurdalnych wniosków. Wówczas należałoby się posiłkować innymi rodzajami wykładni.

W niniejszym przypadku literalna wykładnia warunku udziału w postępowaniu wskazuje na konieczność wykazania się robotą budowalną z zakresu termomodernizacji czy poprawy efektywności energetycznej. Celem takich robót, już jak sama nazwa wskazuje, jest polepszenie warunków energetycznych (cieplnych) dla danego obiektu. Tym samym musi on już istnieć. Zatem, nie jest tak, że zamawiający kieruje się „intencjami" nie wyrażonymi w treści warunku, ale w tym przypadku „intencja zamawiającego", odzwierciedlona w treści wezwania skierowanego do odwołującego, wynika także bezpośrednio z brzmienia warunku udziału w postępowaniu.

Dodać należy, że odwołujący nie wykazał, że termomodernizacja/ polepszenie efektywności energetycznej mogą być wykonane na nowo budowanych budynkach. Oczywiście też należy mieć na uwadze, że zakres robót, które są wykonywane na nowo budowanych budynkach, może być nawet tożsamy z tymi co są wykonywane w ramach termomodernizacji/ polepszenia efektywności cieplnej w istniejących budynkach, czyli w jednym, jak i w drugim przypadku będą to np. roboty polegające na docieplenIu budynku. Jednakże w ramach nowo powstających budynków będą to roboty, które po prostu już na etapie projektowania przewidują wyższe standardy energetyczne. Innymi słowy nie ma tu modernizacji cieplnej czy poprawy efektywności energetycznej tylko zakładany jest wyższy stopień efektywności cieplnej już od początku realizacji obiektu. Natomiast w ramach robót, do których referuje warunek i w wyniku ich przeprowadzenia, uzyskuje się dopiero ulepszenie /poprawę warunków energetycznych i cieplnych danego budynku.

Zauważyć należy, że zgodnie z ustawową definicją termomodernizacji określoną w art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 roku o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków (Dz. U. z 2024 poz. 1446, ze zm.) przez przedsięwzięcia termomodernizacyjne należy rozumieć przedsięwzięcia, których przedmiotem jest:
a) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię dostarczaną na potrzeby ogrzewania i podgrzewania wody użytkowej oraz ogrzewania do budynków mieszkalnych, budynków zbiorowego zamieszkania oraz budynków stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego służących do wykonywania przez nie zadań publicznych,
b) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie strat energii pierwotnej w lokalnych sieciach ciepłowniczych oraz zasilających je lokalnych źródłach ciepła, jeżeli budynki wymienione w lit. a, do których dostarczana jest z tych sieci energia, spełniają wymagania w zakresie oszczędności energii, określone w przepisach prawa budowlanego, lub zostały podjęte działania mające na celu zmniejszenie zużycia energii dostarczanej do tych budynków,
c) wykonanie przyłącza technicznego do scentralizowanego źródła ciepła, w związku z likwidacją lokalnego źródła ciepła, w wyniku czego następuje zmniejszenie kosztów pozyskania ciepła dostarczanego do budynków wymienionych w lit. a,
d) całkowita lub częściowa zamiana źródeł energii na źródła odnawialne lub zastosowanie wysokosprawnej kogeneracji.

Ponadto, zwrócić należy uwagę na ustawową definicję przedsięwzięcia służącego poprawie efektywności energetycznej – jako działania polegającego na wprowadzeniu zmian lub usprawnień w obiekcie, w urządzeniu technicznym lub w instalacji, w wyniku których uzyskuje się oszczędność energii, określoną w art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 20 maja 2016 r. o efektywności energetycznej (Dz. U. z 2024 poz. 1047, ze zm.).

Legalne definicje, jak i sama wykładnia językowa, wskazują jednoznacznie, że termomodernizacja/poprawa efektywności energetycznej zakłada pewne ulepszenie/ wprowadzenie zmian w obiekcie. W następstwie wprowadzonych zaś ulepszeń (zmian/modernizacji) uzyskuje się oszczędność energii.

Rację należy przyznać odwołującemu, że na efektywność energetyczną ma wpływ dobór określonych materiałów i rozwiązań. Natomiast w przypadku nowobudowanych budynków chodzi o efektywność energetyczną określoną już na etapie projektowania. Zaś termomodernizacja /poprawa efektywności energetycznej odnosi się do obiektów wybudowanych, już istniejących, gdzie w ramach prowadzonych robót budowlanych wprowadzane są stosowne ulepszenia.

Ponadto, dodać należy, że odwołujący nie przedstawił wiarygodnych przesłanek na podstawie, których można by przyjąć odmienną interpretację robót budowlanych opisanych w ramach warunku. Odwołujący powołał się wyłącznie na jedno zdanie zawarte na stronach rządowych, iż: „*Poprawa efektywności energetycznej powinna stać się priorytetem w kwestii projektowania nowych budynków oraz modernizacji budynków już istniejących, a oszczędzanie energii powinno*

odbywać się na zasadach racjonalnego jej gromadzenia i zużycia"(https://www.gov.pl/web/edukacja-ekologiczna/efektywnosc-energetyczna-budynku--czym-jest-i-jak-ja-zwiekszac).

W ocenie Izby, jedno takie zdanie wyrwane z kontekstu, nie przesądza o słuszności stanowiska odwołującego. Tym bardziej, że w powołanej publikacji brak dalszego odniesienia się do poprawy efektywności energetycznej w ramach nowo budowanych budynków, a raczej zawiera ona wskazanie na działania, które mogą doprowadzić do takiej poprawy na istniejących obiektach. Przykładowo jest tam mowa o audycie energetycznym: „*Zanim jednak podejmiemy się zadania wprowadzenia często kosztownych zmian budowlanych dotyczących poprawy efektywności energetycznej budynku, warto najpierw wraz z ekspertem przeanalizować wszystkie niezbędne działania i przeprowadzić tzw. audyt energetyczny. Audyt energetyczny sporządzany jest w celu określenia stopnia energooszczędności budynku, ale także przedstawienia zakresu i parametrów technicznych prac, które należy wykonać w ramach termomodernizacji. Audyt określa, w których przestrzeniach budynku ubytki energii są największe i wskazuje tym samym, jakie obszary wymagają najpilniejszych działań, by otrzymać oszczędności energii".*

Dodatkowo stwierdzić należy, że zarzutu odwołującego nie uzasadnia także zmiana SWZ dokonana przez zamawiającego, a dotycząca treści ustalonego warunku. Izba przyjęła za wiarygodną argumentację zamawiającego przedstawioną na rozprawie w kwestii zmiany wyrażenia „wymiana stolarki" na „montaż stolarki", że w ten sposób dopuścił możliwość legitymowania się doświadczeniem w zakresie robót, gdy dany wykonawca dokonał samego montażu stolarki, w sytuacji, gdy demontaż był już dokonany uprzednio przez innego wykonawcę. Zważyć zaś należy, że warunek udziału w postępowaniu nie uległ zmianie co do tego, aby referencyjne roboty budowlane obejmowały swoim zakresem termomodernizację/poprawę efektywności energetycznej budynku.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Stosownie do § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł poniesioną przez odwołującego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika, a także kwotę 3600 zł poniesioną przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..