

WYROK

z dnia 27 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2022 r. przez **Investic sp. z o.o.** z siedzibą w Golinie, ul. Zakrzewska 21; 63-200 Jarocin, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Jarocin, Al. Niepodległości 10; 63-200 Jarocin**, przy udziale wykonawcy **S. K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **SŁAW-BUD S. K., Bachorzew, ul. Graniczna 23, 63-200 Jarocin** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Investic sp. z o.o. z siedzibą w Golinie, ul. Zakrzewska 21; 63-200 Jarocin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Investic sp. z o.o. z siedzibą w Golinie, ul. Zakrzewska 21; 63-200 Jarocin**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Investic sp. z o.o. z siedzibą w Golinie, ul. Zakrzewska 21; 63-200 Jarocin** na rzecz zamawiającego **Gmina Jarocin, Al. Niepodległości 10; 63-200 Jarocin**, kwotę **3 717 zł 30 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset siedemnaście złotych, trzydzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jarocin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Przystosowanie Ratusza na Biuro Obsługi Miasta”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 14 stycznia 2022 r., pod nr 2022/BZP 00019350/01.

Dnia 31 maja 2022 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 6 czerwca 2022 roku, Investic sp. z o.o. z siedzibą w Golinie (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SŁAW-BUD S. K. oraz zaniechania odrzucenia oferty SŁAW-BUD z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SŁAW-BUD z uwagi na fakt, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II pkt 7.1.4.a. SWZ Część I, polegającego na wykazaniu wykonania w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert min. jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie przebudowie, remoncie budynków mieszkalnych lub budynków użyteczności publicznej, obejmujących wykonanie inwestycji z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, o wartości min. 6.000.000,00 zł brutto, ponieważ inwestycje wskazane przez wykonawcę SŁAW-BUD w wykazie robót z dnia 13 maja 2022 r. nie zakończyły się uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, o którym mowa w przepisach Prawa budowlanego, a ponadto nie mógł on się wykazać robotą wykonywaną na własną rzecz. Zamawiający w warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie przesądził, że wykonawcy mogą wykazać się wyłącznie doświadczeniem uzyskanym w wyniku realizacji „zamówienia”, co oznacza, iż zlecenie wykonania robót budowlanych musiało nastąpić przez podmiot trzeci. Nadto SŁAW-BUD w wykazie przedstawił inwestycję, która została zrealizowana jedynie częściowo, a nie w całości, co powoduje, że jest to również niezgodne z warunkiem udziału w postępowaniu określonym przez zamawiającego,
2. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp - polegające na niedochowaniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez wybór oferty SŁAW-BUD jako najkorzystniejszej podczas gdy oferta złożona przez SŁAW-BUD powinna zostać odrzucona,

ewentualnie, działając z najwyższej ostrożności, zarzucamy zamawiającemu naruszenie:

3. art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, polegającego na zaniechaniu zwrócenia się do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełnienia przez SŁAW-BUD warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ Część I Rozdział II pkt 7.1.4.a w zakresie uzyskania pozwolenia na użytkowanie.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy SŁAW-BUD, jako że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ Część I Rozdział II pkt 7.1.4.a;
- 3) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej na podstawie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp,

odwołujący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, ewentualnie:

- 4) nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej,
- 5) nakazanie zwrócenia się do podmiotów, które są w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w zakresie dla oceny spełnienia przez SŁAW-BUD warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ Część I Rozdział II pkt 7.1.4.a w zakresie uzyskania pozwolenia na użytkowanie na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy Pzp,
- 6) powtórzenie badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia. W ten sposób odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia. Interes w uzyskaniu zamówienia wyraża się w tym, że dokonanie czynności związanych z usunięciem naruszeń ujawnionych w trakcie postępowania warunkują nie tylko prawidłowość w zakresie stosowania przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego, ale przede wszystkim dają odwołującemu realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

1. Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią SWZ wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni wykazać się wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) minimum jednego zamówienia na roboty budowlane, polegające na budowie, przebudowie, remoncie budynków mieszkalnych lub budynków użyteczności publicznej z wyłączeniem inwestycji przemysłowych,

obejmujących wykonanie inwestycji z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, o wartości min. 6.000.000,00 zł brutto.

Wykonawca SŁAW-BUD na wezwanie zamawiającego z dnia 10 maja 2022 r. przedstawił wykaz robót, w którym wskazał, że wykonał zamówienie polegające na przebudowie pałacu Radolińskich w Jarocinie w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rewitalizacja, konserwacja, renowacja i adaptacja zabytkowego założenia pałacowo-parkowego w Jarocinie” o wartości 6.747.881,00 zł dla Muzeum Regionalnego w Jarocinie oraz Budowę pięciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych – Budynek nr 1, 2 i 3 o wartości 8.899.600,00 zł, którą realizował samodzielnie jako deweloper.

Pierwsza z ww. inwestycji nie mogła zostać uznana przez zamawiającego jako spełniająca warunki udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi w dniu 24 maja 2022 r. przez SŁAW-BUD dla tej inwestycji nie uzyskano pozwolenia na użytkowanie zgodnie z przepisami Prawa budowlanego. Jest to okoliczność bezsporna, która jednak prowadzi do wniosku, że nie może zostać uznana za inwestycję tożsamą z opisaną przez zamawiającego w warunku udziału w postępowaniu. Tym samym przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu mogła być brana pod uwagę wyłącznie druga z przedstawionych inwestycji, tj.: polegająca na budowie pięciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych – Budynek nr 1, 2 i 3. W ocenie odwołującego, przedstawiona w wykazie robót inwestycja również nie spełnia wymagań zamawiającego określonych szczegółowo w Rozdziale II pkt 7.1.4.a SWZ Część I.

W celu dokonania interpretacji niniejszego warunku, biorąc pod uwagę, że zamówienie realizowane jest w ramach procedury opartej na ustawie Pzp należy odnieść się do ustawowej definicji zamówienia. Zgodnie z art. 7 pkt 32 poprzez zamówienie należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Oznacza to, że w tym przypadku muszą występować dwie strony stosunku zobowiązanego, jedna, która dokonuje zamówienia i druga, która te roboty realizuje. Wykładnia literalna postanowień SWZ prowadzi więc do wniosku, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli w wykazie robót posługiwać się jedynie doświadczeniem, które nabyli w związku z realizacją robót budowlanych na podstawie umowy. Odmierna interpretacja warunku udziału w postępowaniu nie tylko stanowiła by tzw. wykładnię „*contra legem*”, ale przede wszystkim nie spełniałaby oczekiwań zamawiającego w zakresie oceny doświadczenia wykonawcy

w kontekście realizacji przez niego przyszłych obowiązków wynikających z zawartej umowy o zamówienie publiczne. Realizacja bowiem określonych robót budowlanych na podstawie zawartej z Inwestorem umowy o roboty budowlane jest diametralnie inna, aniżeli

wykonywanie robót na własną rzecz. Wykonawca, w takiej sytuacji zobowiązany jest do przestrzegania wielu różnych obowiązków wynikających z kontraktu, jak m.in. ustalania i przestrzegania harmonogramu rzeczowo-finansowego, sporządzania protokołów odbioru, poddania się obowiązkowemu nadzorowi, przedstawiania do zatwierdzenia kart materiałowych (co wiąże się z umiejętnościami logistyczno-organizacyjnymi ustalenia planu dla całej budowy) itp. Nadto, wykonawca taki realizuje swoje zadania pod presją czasu – zobowiązany jest do dotrzymania uzgodnionego terminu wykonania umowy i oddania obiektu do użytkowania.

W sytuacji, natomiast realizacji inwestycji na własną rzecz wszystkie ww. elementy nie mają żadnego zastosowania. Co istotne brak jest również możliwości ustalenia czy inwestycja ta została wykonana w terminie, jak również zgodnie ze sztuką budowlaną.

Biorąc pod uwagę powyższe wykonawca biorący udział w postępowaniu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązany był przedstawić zamawiającemu robotę budowlaną, która była realizowana na rzecz innego podmiotu. SŁAW-BUD chcąc wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie mógł posłużyć się robotą budowlaną wykonywaną na własną rzecz. Takie postępowanie SŁAW-BUD jest w istocie sprzeczne z warunkiem zdolności technicznej określonym przez zamawiającego, która nie dotyczy wyłącznie zbadaniu wykonania określonych robót, ale ma zdecydowanie większy wymiar związany z licznymi obowiązkami generalnego wykonawcy.

Nie można pominąć tak znaczącej kwestii jak konieczność uzyskania pozwolenia na użytkowanie dla inwestycji, która ma potwierdzać spełnienie warunku zdolności technicznej lub zawodowej określonego w Rozdziale II pkt 7.1.4.a. SWZ Część I. Zamawiający konstruując ten warunek udziału w postępowaniu bezpośrednio wskazał, że inwestycja wskazana na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu musiała zakończyć się uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Zgodnie z art. 31^{zy}1 ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020 r.

o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2021 r. poz. 2095 z późn. zm.) w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 przepisów art. 55 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane nie stosuje się. Jednocześnie brak było przeciwskażeń do uzyskania takiego pozwolenia na podstawie art. 55 ust. 2 ustawy Prawo budowlane. Przenosząc to na grunt niniejszego postępowania należy wskazać, że zgodnie

z załączonym wykazem robót przez SŁAW-BUD inwestycja polegająca na Budowie pięciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych – Budynek nr 1, 2 i 3 zakończyła się w dniu 25 października 2021 r., a więc w czasie obowiązywania stanu epidemii ogłoszonego z powodu

COVID-19. Niemożliwe było więc przez SŁAW-BUD uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego. Podkreślenia wymaga także fakt, że wykonawca ten w odpowiedzi z dnia 24 maja 2022 r. na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie wykazu robót złożonego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu z dnia 19 maja 2022 r. jednoznacznie stwierdził, że *„inwestycja (przyp. Dotycząca budowy 5 budynków mieszkalnych wielorodzinnych) obejmowała uzyskanie pozwolenia na użytkowanie i pozwolenie takie zostało uzyskane”*. Uzyskanie pozwolenia na użytkowanie na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 Prawa budowlanego było niemożliwe przez SŁAW-BUD, skoro zastosowanie tych przepisów jest od 18 kwietnia 2020 r. zawieszona. Stanowisko zaprezentowane w odwołaniu potwierdza bez żadnych wątpliwości fakt, że SŁAW-BUD w zakresie tejże inwestycji również nie wykazał spełnienia warunków udziału postawionego przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ inwestycja ta nie została zakończona uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, a co było wymogiem zamawiającego. Nadto, wykonawca ten oświadczył nieprawdę i to w celu wymuszenia korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Potwierdzenie to wynika także z pisma PINB, które stanowi załącznik do odwołania. Odwołujący skierował do nadzoru budowlanego pismo, w którym zwrócił się o informację w zakresie *”czy dla inwestycji realizowanej na działkach nr 824/1, 824/2, 824/3 i 824/4 w Jarocinie przy ul. Siedlemińskiej na podstawie wniosku R-BS.6740.1.743.2018.ŁA zostało wydane pozwolenie na użytkowanie budynków mieszkalnych znajdujących się na ww. działkach zgodnie z przepisami prawa budowlanego albo czy zostało wydane pozwolenie na częściowe użytkowanie budynków, a jeżeli zostało to dla jakich działek”*. W odpowiedzi na to pismo nadzór budowlany potwierdził jedynie, że *„do dnia dzisiejszego tut. Organ wydał inwestorowi zaświadczenia o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu do użytkowania pięciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych na działkach nr 824/1, 824/2 i 824/3 położonych w Jarocinie przy ul. Siedlemińskiej:*

- a) *w zakresie obejmującym etap I, tj. budynek mieszkalny wielorodzinny oznaczony na zatwierdzonym projekcie budowlanym nr 1 – typ II;*
- b) *w zakresie obejmującym etap II, tj. budynek mieszkalny wielorodzinny oznaczony na zatwierdzonym projekcie budowlanym nr 2 – typ I;*
- c) *w zakresie obejmującym etap III, tj. budynek mieszkalny wielorodzinny oznaczony na zatwierdzonym projekcie budowlanym nr 3 – typ I”*.

Z powyższego zaświadczenia wynika, że przed organem do dnia dzisiejszego toczyło się jedynie postępowanie administracyjne na podstawie art. 54 ustawy Prawo budowlane. Zgodnie z treścią ust. 1 ww. przepisu do użytkowania obiektu budowlanego, na budowę którego wymagana jest decyzja o pozwoleniu na budowę albo zgłoszenie budowy, o której mowa

w art. 29 ust. 1 pkt 1-2 ustawy Prawo budowlane, można przystąpić, z zastrzeżeniem art. 55 i art. 57 Prawa budowlanego, po zawiadomieniu organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy, jeżeli organ ten, w terminie 14 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, nie zgłosi sprzeciwu w drodze decyzji. Natomiast z ust. 2 ww. przepisu wynika, że organ nadzoru budowlanego może z urzędu przed upływem terminu, o którym mowa w ust. 1, wydać zaświadczenie o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu. Wydanie zaświadczenia wyłącza możliwość wniesienia sprzeciwu, o którym mowa w ust. 1, oraz uprawnia inwestora do rozpoczęcia użytkowania obiektu, o którym mowa w ust. 1. Dokument wydany przez PINB jednoznacznie potwierdza, że dla przedmiotowej inwestycji nie zostało uzyskane pozwolenie na użytkowanie, o którym mowa w art. 55 ust. 1 pkt 1 lit. a Prawa budowlanego (dowód: pismo PINB w Jarocinie z dnia 02 czerwca 2022 r.).

Nie można też pominąć faktu, że SŁAW-BUD w żaden wiarygodny sposób nie potwierdził, że realizowana przez niego inwestycja na swoją rzecz obejmowała wartość wskazaną w załączniku stanowiącym wykaz wykonanych robót budowlanych. Ponadto zamawiający wraz ze złożonym wykazem wymagał przedstawienia dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście. Wykonawca SŁAW-BUD w celu potwierdzenia prawidłowego wykonania inwestycji przedstawił oświadczenie własne, z którego wynika, że roboty zostały wykonane w sposób należyty. Jednocześnie należy podkreślić, że samo oświadczenie własne nie może stanowić dowodu wykonania robót w sposób należyty. Wykonywanie robót na własną rzecz bez wymogu zawarcia odrębnej umowy nie pozwala na jednoznaczną ocenę czy w rzeczywistości roboty te zostały wykonane należyście. To zawarcie stosunku zobowiązaniowego określa istotne zobowiązania stron w zakresie m.in. terminu wykonania robót, sposobu wykonywania robót. Bez zawartej umowy ciężko bowiem ocenić czy roboty te zostały wykonane należyście we wszystkich aspektach, które mają dla zamawiającego decydujące znaczenie. Ponadto SŁAW-BUD wykazie wykonanych robót budowlanych wskazał inwestycję, która została zrealizowana jedynie w części w zakresie trzech budynków. Zamawiający w treści sformułowanego warunku wymagał zrealizowana całości inwestycji wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Zgodnie z decyzją o pozwoleniu na budowę nr 823/18 z dnia 22 października 2018 r. inwestycja obejmowała *„Budowę pięciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych na działkach nr 824/1, 824/2 i 824/3 położonych w Jarocinie przy ulicy Siedleńskiej (arkusz mapy 1, obręb Ciświca) – kat. Obiektu XIII”*.

Niedozwolona jest więc interpretacja, że wykonawca biorący udział w postępowaniu mógł wykazywać się inwestycją zrealizowaną jedynie częściowo. Z treści pozwolenia na budowę wynika jednoznacznie, że inwestycja realizowana przez SŁAW-BUD obejmuje budowę pięciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych, a nie budowę trzech budynków wielorodzinnych. Zamawiający nie dopuszczał więc uzyskania częściowego pozwolenia na użytkowanie dla

inwestycji. Wobec tego należy również uznać, że przedstawiona w wykazie robót inwestycja dot. budowy pięciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych nie spełnia wymagań zamawiającego (dowód: pozwolenie na budowę pięciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych nr 823/18 z dnia 22 października 2018 r.).

Powyższe jednoznacznie potwierdza, że SŁAW-BUD nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, który został określony w SWZ Część I Rozdział II pkt 7.1.4.a.

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający dokonując wyboru wykonawcy SŁAW-BUD naruszył przepisy prawa zamówień publicznych, tj. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SŁAW-BUD, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 2 dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wobec zarzutu sformułowanego w części 1 i zawartego tam uzasadnienia niezasadne było dokonanie wyboru oferty SŁAW-BUD jako najkorzystniejszej, gdyż oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SWZ. Zdaniem odwołującego powyższe przesądza o naruszeniu przez zamawiającego ww. przepisów. Zgodnie z treścią art. 17 ust. 2 ustawy Pzp: *„Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”*. Słuszność sformułowanego zarzutu potwierdza dotychczasowe orzecznictwo KIO, gdyż wybór najkorzystniejszej oferty dotyczy wyboru wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2673/19).

Zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp.

Jak wynika z toku prowadzonego postępowania zamawiający powziął wątpliwości, co do treści wykazu robót złożonego przez SŁAW-BUD wysyłając do ww. wykonawcy wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 19 maja 2022 r. Wykonawca SŁAW-BUD w odpowiedzi na wezwanie w piśmie z dnia 24 maja 2022 r. wskazał, że inwestycja dot. budowy 5 budynków mieszkalnych wielorodzinnych dla SŁAW-BUD uzyskała pozwolenie na użytkowanie. Jednakże jak podkreśla KIO w orzeczeniu z dnia 22 maja 2020 r., sygn. akt KIO 426/20 *„Zamawiający prowadzący postępowanie ma obowiązek rzetelnej i szczegółowej oceny przedstawianych informacji, a także ich weryfikacji, zwłaszcza w sytuacji, gdy wiarygodność informacji jest podważana przez konkurującego wykonawcę. Bezkrytyczne przyjmowanie otrzymanych wyjaśnień w sytuacjach wątpliwych nie może być podstawą decyzji w postępowaniu”*.

Tym samym zamawiający otrzymując informację od wykonawcy w piśmie z dnia 3 czerwca 2022 r. o braku spełnienia warunków przez wykonawcę SŁAW-BUD powinien w sposób rzetelny zbadać jeszcze raz jego ofertę celem wyeliminowania wszelkich wątpliwości

w zakresie spełnienia warunku określonego w SWZ Część I Rozdział II pkt 7.1.4.a (dowód: pismo odwołujące do zamawiającego z dnia 3 czerwca 2022 r.).

Biorąc pod uwagę powyższą treść odwołania zarzut należy wobec przedstawionego stanu faktycznego i prawnego uznać za zasadny. Wobec zaktualizowania się przesłanki do odrzucenia oferty SŁAW-BUD, zamawiający powinien dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i spełniającej wszystkie wymagania określone w treści SWZ.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzut nr 1. W ocenie zamawiającego, stanowisko Odwołującego w tym zakresie nie jest prawidłowe, na dowód czego można przytoczyć fragmenty następujących wyroków Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 10 stycznia 2018 r. (sygn. KIO 2686/17): *„Należy podkreślić, że Zamawiający powinien oceniać spełnianie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z brzmieniem, które mu nadał. Zgodnie zaś z Rozdziałem 9 pkt 3 lit.b) SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej, obejmującej budowę lub przebudowę poszczególnych elementów. Wykonawca był więc zobowiązany do wykazania się zrealizowaniem konkretnych prac dotyczących danego przedmiotu, będących robotami budowlanymi. Warto podkreślić, że roboty budowlane, w przeciwieństwie do usługi, której naturą jest istnienie innego podmiotu jako odbiorcy, można wykonywać na własną rzecz. W takiej sytuacji z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie, wystawionego przez podmiot trzeci. Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dalej: "rozporządzenie", w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać m.in. wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny*

o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Zatem, ustawodawca wymaga przedłożenia wraz z wykazem dowodów określających czy roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. W konkretnych przypadkach za takie dowody mogą zostać uznane referencje, inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Nie ograniczono więc kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia. W orzecznictwie podkreśla się też, że nie istnieją ściśle określone w przepisach sformułowania czy wyrażenia, które powinny zostać zawarte w treści takiego dowodu. Powinno się w nich znaleźć jedynie potwierdzenie prawidłowego wykonania zobowiązania, którego dokument dotyczy. W ocenie Izby uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenie własne spółki C. o wybudowaniu nowych biur wraz ze stwierdzeniem,

że zadanie to zostało wykonane należycie, tj. zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, jakkolwiek złożone w ramach dwóch osobnych dokumentów, tj. pisma przewodniego z dnia 21 listopada 2017 r. (str. 3) oraz załączonego oświadczenia pana F. B. z dnia 16 listopada 2017 r., zawiera informacje wymagane przez Zamawiającego w Rozdziale 9 pkt 2 ppkt 3 lit. b SIWZ, zgodnie z którym Zaleca się, aby przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez Wykonawców roboty zostały wykonane należycie, zawierały co najmniej:

- a. wskazanie, że Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował roboty, których dokumenty dotyczą,*
- b. wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty,*
- c. opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt b stwierdzającą, że roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.*

W konsekwencji, ww. oświadczenie własne stanowi poświadczenie należytego wykonania zamówienia. Izba nie ma podstaw do przyjęcia, że roboty wykonane przez Odwołującego w ramach powyższego zadania zostały wykonane nienależycie lub nie odpowiadają zakresowi robót potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, skoro sam Zamawiający nie kwestionował tych okoliczności. Należy podkreślić, że brak jest podstaw do utożsamiania pojęcia "dowodu określającego czy roboty budowlane zostały wykonane należycie"

z "referencją wystawioną przez podmiot trzeci". Gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie możliwości powoływania się na dowody jedynie do referencji wystawionych przez podmiot trzeci, ustawodawca dałby temu wyraz poprzez użycie takiego właśnie

stwierdzenia w rozporządzeniu, wskazując w sposób jednoznaczny, że jest to jedyny możliwy dokument na potwierdzenie należytego wykonania wykazywanego zamówienia”.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2020 r. (sygn. KIO 448/20): „Dla oceny spełnienia warunku bez znaczenia pozostaje okoliczność czy dany podmiot pełnił na danej inwestycji funkcję inwestora, partnera konsorcjum, generalnego wykonawcy czy podwykonawcy - istotne jest to, jaki był zakres jego faktycznego, realnie nabytego doświadczenia w ramach tej inwestycji. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 568/18 istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim zakresie dany podmiot rzeczywiście uczestniczył w wykonywaniu tych prac. W sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu odnosi się do konkretnego zakresu doświadczenia, faktyczny i realny udział wykonawcy w realizacji zamówienia należy odnosić właśnie do tego zakresu. (...). Ponadto Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby Przystępujący nie mógł powołać się na zdolności S. S.A. w realizacji inwestycji własnej. ZamPublU nie zawiera ograniczeń co do możliwości posłużenia się na potrzeby wykazania zdolności technicznej lub zawodowej doświadczeniem w realizacji zadania na własną rzecz, dając jedynie możliwość zamawiającym ustalenia minimalnych warunków dotyczących zdolności wykonawcy, tak aby gwarantował on należyłą realizację zamówienia. Zgodnie z art. 22d ZamPublU oceniając zdolność techniczną lub zawodową wykonawcy, zamawiający może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W przedmiotowym przypadku, w treści warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 2, 3 i 4 SIWZ, Zamawiający nie wprowadził żadnych dodatkowych wymogów co do tego na czyją rzecz miałyby zostać wykonane roboty budowlane obejmujące swym zakresem budowę serwerowni, w tym nie wprowadził także rozróżnienia na inwestycje publiczne czy prywatne. Przystępujący był zobowiązany do wykazania się realizacją robót budowlanych, w ramach, których wykonane zostały konkretne prace (budowa serwerowni o ściśle określonych parametrach) i brak jest podstaw do kwestionowania, że roboty budowlane wykonane na własną rzecz w tym zakresie się nie mieszczą. Ponadto stanowisko Odwołującego, jakoby powołanie się na własną robotę budowlaną miało być dyskwalifikowane już przez sam fakt braku elementów oceny i odbioru przez niezależny podmiot, nie znajduje oparcia na gruncie obowiązujących przepisów. Przepisy ZamPublU ani rozporządzenia wykonawczego (rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r., Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) nie ustanawiają nakazu potwierdzenia należytego wykonania przez niezależny podmiot trzeci. Zgodnie z § 2 ust. 4

pkt 1 ww. rozporządzenia w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego

i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Z okoliczności, że co do zasady w większości postępowań o udzielenie zamówienia poświadczaniem należytego wykonania zamówienia są referencje wystawiane przez niezależny podmiot trzeci będący odbiorcą robót budowlanych, nie można wywodzić wniosku, że tylko w sytuacji odbioru robót budowlanych przez zewnętrzny podmiot wykonawca może powołać się na doświadczenie w wykonaniu tych robót. W przepisie tym w sposób jednoznaczny wskazano także na możliwość posłużenia się innymi niż referencje dokumentami wystawionymi przez podmiot na rzecz, którego zrealizowano usługi (np. protokołami odbioru), ale i w uzasadnionych przypadkach o obiektywnym charakterze, kiedy dokumentów wystawionych przez podmiot trzeci nie da się pozyskać, ustawodawca zagwarantował wykonawcom możliwość posłużenia się również innymi dokumentami,

w ramach, których mieści się m. in. oświadczenie własne wykonawcy. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 10 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2686/17, iż w przypadku robót budowlanych wykonywanych na własną rzecz wykonawca z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie, wystawionego przez podmiot trzeci w klasycznym rozumieniu. W ww. orzeczeniu Izba podkreśliła (z czym skład orzekający w niniejszej sprawie się zgadza), iż „brak jest podstaw do utożsamiania pojęcia „ dowodu określającego czy roboty budowlane zostały wykonane należycie” z „ referencją wystawioną przez podmiot trzeci”. Gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie możliwości powoływania się na dowody jedynie do referencji wystawionych przez podmiot trzeci, ustawodawca dałby temu wyraz poprzez użycie takiego właśnie stwierdzenia w rozporządzeniu, wskazując w sposób jednoznaczny, że jest to jedyny możliwy dokument na potwierdzenie należytego wykonania

wykazywanego zamówienia. Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że oświadczenia przedkładane przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia nie są składane w oderwaniu od odpowiedzialności karnej". Zamawiający w Rozdziale VII ust. 1 pkt 1 i 2 SIWZ wskazał jakich dokumentów wymaga od wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale V ust. 2 lit. c pkt 2, 3 i 4 SIWZ, a wymóg ten odpowiadał warunkom wynikającym z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych zawierający wymagane informacje oraz załączył oświadczenie podmiotu S. S.A., który był zarówno wykonawcą, jak i odbiorcą robót budowlanych, potwierdzające należyte wykonanie tych robót, a dodatkowo wskazujące na fakt, że inwestycja jest użytkowana przez ww. wykonawcę na potrzeby prowadzenia działalności gospodarczej. Oświadczenie to spełnia zatem wymogi poświadczenia należytego wykonania robót budowlanych określone w przepisach, jak i ustanowione przez Zamawiającego".

Z cytowanych wyżej wyroków wynika, iż fakt wykonania danych robót na własną rzecz nie jest równoznaczny z brakiem możliwości posługiwania się tymi robotami w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, postawionego przez zamawiającego. Istotą posiadania doświadczenia jest bowiem wykazanie się wykonywaniem określonych czynności, a nie ich wykonywanie dla określonego odbiorcy lub w określonym miejscu. W świetle cytowanych wyżej orzeczeń KIO, zamawiający miał podstawy do uznania, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, a złożone przez niego oświadczenie własne może stanowić dowód wykonania robót w sposób należyty. Podnoszony przez odwołującego zarzut w tym zakresie należy uznać za nieuzasadniony. Odwołujący w odwołaniu podnosi również, iż przystępujący nie spełnia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, ponieważ inwestycja, która ma potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie zakończyła się uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, o którym mowa w przepisach Prawa budowlanego.

Odnosząc się do tego zarzutu należy podkreślić, iż w toku postępowania zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania składanych przez przystępującego oświadczeń i wyjaśnień, iż inwestycja wykazywana na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu obejmowała również uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, które to pozwolenie przystępujący uzyskał. Rację ma odwołujący podnosząc, iż zgodnie z art. 31 zy¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji

kryzysowych (dalej jako ustawa covidowa) w okresie stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 przepisów art. 55 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane nie stosuje się, nie oznacza to jednak, iż uzyskanie pozwolenia na użytkowanie jest niemożliwe.

Art. 31 *zy*¹ ustawy covidowej wyłączył stosowanie przepisów art. 55 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo budowlane. Istotą wprowadzenia tego przepisu było ograniczenie obowiązku uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego. Z powyższego wynika, że przepisy ustawy covidowej ograniczyły jedynie obowiązek uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Inwestor może jednak w dalszym ciągu taką decyzję uzyskać. Ze stosowania nie został wyłączony bowiem przepis art. 55 ust. 2 Prawa budowlanego, który stanowi: Inwestor zamiast dokonania zawiadomienia o zakończeniu budowy może wystąpić z wnioskiem o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Z powyższego jednoznacznie wynika, iż w toku postępowania zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania oświadczenia przystępującego o uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie, a co za tym idzie, zamawiający nie miał podstaw do stosowania art. 128 ust. 5 ustawy Pzp. Z daleko posuniętej ostrożności zamawiający wskazuje, iż w jego ocenie, w świetle regulacji ustawy covidowej, zaświadczenie o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu jest dokumentem równoznacznym z pozwoleniem na użytkowanie obiektu. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia chociażby wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie (z dnia 22 kwietnia 2021 r., sygn. VII SA/Wa 2307/20), w którym sąd wskazał: „*wnioski o pozwolenie na użytkowanie złożone po wejściu w życie przepisu art. 31 *zy*¹ ustawy z dnia 2 marca 2020 r. - w przypadkach, o których stanowi art. 55 ust. 1 pkt 1 i 3 Prawa budowlanego traktuje się tak, jak złożenie zawiadomienia o zakończeniu budowy*”. Wykonawca nie może zatem ponosić negatywnych konsekwencji z powodu potraktowania wniosku o pozwolenie na użytkowanie jako zawiadomienia o zakończeniu budowy.

Odwołujący w odwołaniu podnosi również, iż przystępujący w złożonym przez siebie wykazie robót przedstawił inwestycję, która została zrealizowana jedynie częściowo, a nie w całości, co jest niezgodne z warunkiem udziału w postępowaniu postawionym przez zamawiającego. Z takim twierdzeniem odwołującego nie sposób się zgodzić. Zamawiający wymagał, by potencjalny wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie, remoncie budynków mieszkalnych lub budynków użyteczności publicznej o określonej przez zamawiającego wartości. Zamawiający w postawionym przez siebie warunku udziału w postępowaniu nie doprecyzował, iż w przypadku pozwolenia na budowę obejmującego kilka budynków, do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu niezbędne jest ukończenie wszystkich

budynków objętych pozwoleniem. Zamawiający nie doprecyzował również, by pozwolenie na użytkowanie miało dotyczyć wyłącznie wszystkich budynków objętych pozwoleniem na budowę. Przedstawiana przez odwołującego interpretacja warunku udziału w postępowaniu jest w tym zakresie interpretacją zawężającą, a jako taka, niedopuszczalną. Z daleko posuniętej ostrożności zamawiający wskazuje, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem KIO (wyrok z dnia 30 grudnia 2021 r., sygn. KIO 3659/21), niejednoznaczny warunek udziału w postępowaniu, nawet przyjmując, że warunek ten mógłby być bardziej precyzyjnie sformułowany, nie może być interpretowany na niekorzyść wykonawców. Zamawiający nie twierdzi przy tym, iż opisany przez niego warunek udziału w postępowaniu nie jest dostatecznie precyzyjny, natomiast nawet gdyby hipotetycznie przyjąć taką tezę, zgodnie ze wskazanym wyżej kierunkiem orzecznictwem, warunek ten należało interpretować na korzyść przystępującego.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż zamawiający nie miał podstaw do uznania, że przystępujący nie spełnia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, a co za tym idzie, zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

Zarzut nr 2. Odnosząc się do zarzutu stawianego przez odwołującego, znajduje tutaj zastosowanie argumentacja zamawiającego zaprezentowana powyżej. Celem uzupełnienia, odnosząc się do zarzutu naruszenia podstawowych zasad zamówień publicznych, zamawiający za przedstawicielami doktryny wskazuje się, że: *„Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza, że jest on zobowiązany do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych*

z prawem lub etyką. Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje wyraz w przepisach dotyczących poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. W szczególności warto zwrócić uwagę na regulacje odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Na etapie ich określania przez zamawiającego może dojść do próby ograniczenia konkurencji przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji. W zakresie przedmiotu zamówienia takie ograniczenie, nieuzasadnione celem udzielania zamówienia, może polegać na wskazaniu wąskiej grupy produktów lub usług. Zachowaniu uczciwej konkurencji służy też wiele rozwiązań mających na celu dotarcie z informacją o wszczynanym postępowaniu do kręgu wykonawców mogących je wykonać, takich jak publikacja ogłoszeń o zamówieniu

w określonych publikatorach, a w przypadku dopuszczalnego ograniczenia konkurencji przez zastosowanie trybów nie przetargowych - określenie minimalnej liczby wykonawców, których zamawiający powinien zaprosić do postępowania. Ustawa wyraźnie wskazuje, że ograniczenie konkurencji jest wyjątkiem od generalnej reguły i może mieć miejsce tylko w przypadkach określonych przez Prawo zamówień publicznych - np. podaje zamkniętą listę okoliczności,

w których zamawiający może zastosować niekonkurencyjny tryb zamówienia z wolnej ręki. Zasada uczciwej konkurencji oznacza również, że zamawiający jest obowiązany eliminować z postępowania wykonawców dopuszczających się względem siebie czynów nieuczciwej konkurencji przez odrzucanie złożonych przez nich ofert, jak też wykluczenie z postępowania. Zasada równego traktowania to przede wszystkim wdrożenie traktatowej zasady niedyskryminacji. Oznacza ona zakaz różnicowania pozycji wykonawców w postępowaniu

z jakiegokolwiek powodu ze względu na kraj pochodzenia, miejsce prowadzenia działalności gospodarczej czy formę organizacyjną prowadzonej działalności. Bez tej zasady byłoby niemożliwe respektowanie swobód UE: swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Stosowanie zasady równego traktowania oznacza stosowanie jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji w każdej czynności zamawiającego. Obowiązek równego traktowania dotyczy wykonawców i świadczeń z UE oraz krajów, które podpisały umowy z Unią o równym traktowaniu. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (D. Koba, Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik, Warszawa 2004, s. 17). Dyskryminacja będzie miała miejsce, gdy zamawiający ograniczy lub utrudni dostęp do zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego wykonania, ze względu na jakąś jego cechę, w sposób nieuzasadniony przepisami prawa. Ustawa wskazuje na zapewnienie równego dostępu do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, zawiera nakaz dokonywania oceny kwalifikacji podmiotowych oraz oceny ofert według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów na podstawie dokumentów przedłożonych przez wykonawcę, nie zaś innej wiedzy zamawiającego” (M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16).

Przepis art. 16 ustawy Pzp, wyrażający jedną z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych jaką jest zasada zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców stanowi *de facto* podstawę każdej czynności dokonywanej przez zamawiającego. W odwołaniu nie zostało wyjaśnione jakim działaniem zamawiający w ocenie odwołującego naruszył tę zasadę prowadząc postępowanie, zatem trudno odnieść się w sposób konkretny do tego zarzutu. Podkreślić jednak należy z całą mocą, że zamawiający prowadził postępowanie traktując wykonawców w sposób równy, nie dyskryminując z jakiegokolwiek powodu któregośkolwiek z nich oraz z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający nie dopuścił się któregośkolwiek z naruszeń wskazywanych w cytowanym wyżej komentarzu. Niezasadny jest również zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zarzut nr 3. Wskazywany przez odwołującego art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, ma zastosowanie, gdy złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego. Jak wskazuje odwołujący, zamawiający w trakcie trwania postępowania wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, a otrzymane od przystępującego wyjaśnienia nie powodowały dalszych wątpliwości. W tym miejscu powtórzyć należy, iż ustawa covidowa nie wyłączyła w sposób całkowity możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie, zatem zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania wyjaśnień przystępującego. Stanowiska zamawiającego nie zmieniło otrzymane od odwołującego pismo z dnia 3 czerwca 2022 r. Zamawiający oczywiście przeprowadził analizę przedstawionych w piśmie zarzutów, jednak nie uznał ich za uzasadnione.

Przystępujący wykonawca SŁAW-BUD, na posiedzeniu złożył dodatkowe pismo procesowe, w którym podniósł, co następuje. Zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie z następujących powodów:

Zarzut nr 1 i 2. Niezależnie od braku podstaw faktycznych i prawnych zarzutów odwołania, zarzuty te powinny podlegać oddaleniu jako przedwczesne. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Jednocześnie odwołujący nie zaskarżył zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów i nie sformułował w tym zakresie żadnego zarzutu (choćby alternatywnego). W przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający wezwał przystępującego jako wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę, do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. Było to zatem pierwsze wezwanie do złożenia wymaganych dokumentów. W przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe nie są wystarczające do wykazania braku podstaw do wykluczenia lub spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zobligowany jest do wezwania wykonawcy do

uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp). Nawet jeśli przystępujący rzeczywiście nie wykazałby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp dotyczący zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego, uznać należy za przedwczesny, co winno skutkować jego oddaleniem.

W myśl art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba nie może zatem orzekać ponad zarzuty odwołania, jak również dokonywać rozszerzającej interpretacji zarzutów, wchodząc niejako w rolę odwołującego. Nie ulega wątpliwości, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Jak wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, nie jest możliwe sformułowanie zarzutu bez ujęcia w nim zaskarżanej czynności lub zaniechania zamawiającego. Nakazując wskazanie zaskarżonej czynności lub zaniechania, ustawodawca ustalił, że chodzi o takie działanie zamawiającego, któremu zarzuca się naruszenie prawa, czyniąc w ten sposób ze wskazania tej czynności składnik zarzutu. Zarzut obejmuje także wskazanie, jaki przepis ustawy zamawiający w ocenie odwołującego naruszył, dokonując lub rezygnując z takiej czynności (W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2021, art. 555).

W wyroku z 11.04.2013 r., KIO 589/13, LEX nr 1312617, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że *„zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzut musi być postawiony wyraźnie, to znaczy wskazywać konkretną czynność zamawiającego mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa i określić sposób jego naruszenia”*. Z kolei w wyroku z 13.03.2020 r., KIO 431/20, LEX nr 2948108, Izba orzekła, że poza treścią samego odwołania brak jest możliwości doprecyzowywania zarzutów. *„Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte*

w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 PZP, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu” (tak W. Dzierżanowski [w:] Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 555).

Wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan faktyczny na moment zamknięcia rozprawy. Zważywszy zatem, że zamawiający nie wzywał przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, zaś odwołanie nie zawiera zarzutu (choćby ewentualnego) w zakresie zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów, a tym samym naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zarzuty odwołania uznać należy za przedwczesne, co implikuje ich oddalenie.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie (wyrok z dnia 2021-02-19, KIO 243/21, wyrok z dnia 2021-03-01, KIO 416/21, wyrok z dnia 2021-08-03, KIO 1879/21, wyrok z dnia 2021-02-17, KIO 279/21, wyrok z dnia 2014-07-10, KIO 1223/14).

Zarzuty odwołania zmierzające do zakwestionowania możliwości powołania się przez przystępującego na doświadczenie nabyte w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn. „*Rewitalizacja, konserwacja, renowacja i adaptacja zabytkowego założenia pałacowo-parkowego w Jarocinie*” z powodu nieuzyskania pozwolenia na użytkowanie uznać należy za oczywiście bezzasadny. Odwołujący dokonuje w istocie nadinterpretacji treści SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający *expressis verbis* dopuścił posłużenie się doświadczeniem w zakresie m.in. przebudowy lub remontu budynków mieszkalnych lub budynków użyteczności publicznej. Zgodnie z przepisami ustawy Prawo budowlane, przepisy art. 54 i 55 pkt 1 i 3 Prawa budowlanego mają zastosowanie wyłącznie w przypadkach, w których inwestycja dotyczy budowy w rozumieniu art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego (tj. wykonywania obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowy, rozbudowy i nadbudowy obiektu budowlanego), a nie innych robót budowlanych (art. 3 pkt 7 Pb), takich jak prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego. W takich przypadkach nie ma podstaw do wydania pozwolenia na użytkowanie. Logika odwołującego, jakoby doświadczenie zdobyte przez przystępującego w ramach przebudowy Pałacu Radolińskich nie mieściła się w granicach warunku udziału w postępowaniu implikuje dalej idący, a zarazem niedorzeczny wniosek, jakoby wykonawca w ogóle nie mógł posłużyć się doświadczeniem w zakresie przebudowy lub remontu budynków, skoro tego rodzaju inwestycja z mocy prawa nie wymaga uzyskania pozwolenia na użytkowanie. W tej sytuacji, wobec (pozornej) wewnętrznej sprzeczności występującej w treści warunku udziału w postępowaniu, należy dokonać wykładni przedmiotowych postanowień SWZ na gruncie art. 65 kc. Zważyć bowiem należy, że SWZ należy rozpatrywać w kategoriach oświadczenia woli zamawiającego, zaś na mocy przepisów ustawy Pzp, w zakresie nieuregulowanym w przepisach ustawy Pzp zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego. Biorąc pod uwagę rzeczywisty zamiar zamawiającego oraz cel analizowanych postanowień SWZ, niewątpliwie prymat należy nadać wykładni, zgodnie z którą zamawiający dopuszcza wykazanie się przez wykonawców doświadczeniem w zakresie m.in. przebudowy i remontu budynków, zaś sformułowanie „z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie” należy rozumieć w sposób funkcjonalny, tj. jako oddanie budynków do użytku, niezależnie od niuansów prawnych w zakresie właściwego trybu administracyjnego. W przeciwnym wypadku mielibyśmy do czynienia z nieuprawnionym zawężeniem warunku udziału w postępowaniu

po upływie terminu składania ofert, wbrew jego językowej wykładni dopuszczającej *explicite* inwestycje związane z przebudową lub remontem budynków.

Za powyższą interpretacją przemawia w szczególności fakt, że zamówienie objęte niniejszym postępowaniem również obejmuje przebudowę budynku (Ratusza). Faktyczne wyłączenie spod warunku doświadczenia w zakresie przebudowy i remontu budynków stałoby nie tylko w jawnej sprzeczności z wyrażoną wprost wolą zamawiającego, ale również godziłoby wprost w zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 ustawy Pzp. Co więcej, interpretacja proponowana przez odwołującego stoi w jawnej sprzeczności z ugruntowaną

w doktrynie i orzecznictwie zasadą tłumaczenia wszelkich niejasności SWZ na korzyść wykonawcy. Nie sposób nie zauważyć również, że wymóg uzyskania pozwolenia na użytkowanie był objęty zakresem umowy między przystępującym a inwestorem w ramach inwestycji dotyczącej przebudowy Pałacu Radolińskich. Przystępujący w pełni wywiązał się z wszelkich obowiązków, przygotowując wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz dopełniając w tym zakresie wszelkich formalności. Należy wziąć pod uwagę, że przystępujący nie był stroną postępowania administracyjnego, w związku z czym rozstrzygnięcia organu co do sposobu rozpatrzenia wniosku leżały poza zakresem wpływu i kompetencji wykonawcy. Nie zmienia to jednak faktu, że zamawiający uznał zamówienie za wykonane w całości i w zgodzie z postanowieniami umowy, zaś Pałac Radolińskich został oddany po przebudowie do użytku.

Twierdzenia odwołującego w zakresie rzekomego braku możliwości posłużenia się przez wykonawcę doświadczeniem nabytym w ramach własnej inwestycji nie znajdują żadnego umocowania w przepisach ustawy Pzp. Kwestia ta nie jest bynajmniej sporna w doktrynie i orzecznictwie i nigdy nie budziła wątpliwości. Odwołanie się przez odwołującego w tym zakresie do definicji pojęcia „zamówienie” jest bezprzedmiotowe, gdyż jest to definicja ustawowa, mająca zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do treści przepisów ustawy Pzp. Rozciągnięcie ww. definicji na treść SWZ, jest nie tylko nieuprawnione, ale prowadziłoby wprost do wniosków sprzecznych z rzeczywistą wolą zamawiającego i sensem postanowień SWZ (potwierdzoną notabene w odpowiedzi na odwołanie), jak również z przepisami ustawy Pzp i rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych. Przepisy tego ostatniego aktu prawnego *explicite* wskazują na możliwość żądania wykazu robót budowlanych (a nie zamówień). Zgodnie z ugruntowaną praktyką (znajującą potwierdzenie w orzecznictwie) wykonawcy mogą powoływać się na zdobyte doświadczenie niezależnie od okoliczności prawnych oraz od formy danych stosunków gospodarczych. Mogą to być roboty wykonane jako główny wykonawca, jako podwykonawca, jako członek konsorcjum, etc. Ponadto zgodnie z jednolitym stanowiskiem wyrażonym wielokrotnie w doktrynie i orzecznictwie, nie ma znaczenia kto jest inwestorem lub na czyją rzecz dane roboty zostały wykonane. Mogą to

być zarówno podmioty publiczne, jak i prywatne, główny wykonawca (w przypadku podwykonawców), partner konsorcjum, spółka powiązana w rozumieniu ksh, itd. Brak jest również jakichkolwiek podstaw prawnych do kwestionowania doświadczenia zdobytego w ramach własnej inwestycji wykonawcy. Przepisy ustawy Pzp (podobnie jak judykatura) kładą nacisk na fakt rzeczywistego wykonania danych prac i faktycznego nabycia doświadczenia. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował faktu wykonania przez przystępującego robót budowlanych i nabycia doświadczenia w ramach budowy budynków mieszkalnych. Wszelkie zaś konstatacje odwołującego dotyczące praktycznych (tudzież technicznych) aspektów związanych z weryfikowalnością referencji własnych wykonawcy, pozostają bez znaczenia wobec naczelnych zasad prawa zamówień publicznych, skupiających się na niedyskryminacji, rozszerzeniu dostępu do zamówień dla mikro, małych i średnich przedsiębiorców, proporcjonalności, oraz zmniejszenia stopnia sformalizowania procedur zamówieniowych. Postulat odwołującego, jakoby wykonawcy nie mogli powoływać się na faktycznie posiadane doświadczenie z powodu rzekomych problemów z weryfikacją referencji stoi zatem w jawnej opozycji wobec ww. kluczowych zasad prawa zamówień publicznych i celów przyświecających ustawodawcy. Zważyć przy tym należy, że dokładnie te same wątpliwości można byłoby podnosić m.in. w stosunku do posługiwania się referencjami wystawionymi przez podmioty powiązane osobowo lub kapitałowo, przy czym byłoby to w sposób oczywisty bezzasadne. Stanowisko przystępującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r. KIO/UZP 1526/10, podobnie wyrok KIO z 26 marca 2009 r., KIO/UZP 315/09, wyrok WSA w Warszawie z dnia 26 czerwca 2014 r. V SA/Wa 308/14, wyrok KIO z 10.01.2018 r., sygn. akt KIO 2686/17).

Podmiotem uprawnionym do ich wystawienia (referencji) jest ten, kto te zamówienia zlecił i odebrał. Przepisy rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych nie ograniczają katalogu podmiotów uprawnionych do wystawienia referencji. Również przepisy ustawy Pzp w żaden sposób nie ograniczają wykonawcom możliwości w zakresie sposobu wykazywania się doświadczeniem nabytym. Nie ma więc podstaw do nadinterpretacji przepisów prawa w tym zakresie co stanowi rażące naruszenie prawa przez naruszenie konstytucyjnej zasady praworządności. Wobec powyższego twierdzenia odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

W konsekwencji na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut naruszenia art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, dotyczący zaniechania zwrócenia się przez zamawiającego do podmiotów trzecich w zakresie wyjaśnienia kwestii pozwolenia na użytkowanie. Jak wskazano powyżej, kwestia pozwolenia na użytkowanie nie może budzić wątpliwości, zaś stan faktyczny w tym zakresie nie stanowi co do zasady przedmiotu sporu. Zważyć należy, że zwrócenie się do podmiotów trzecich stanowi prawo, a nie obowiązek zamawiającego, przy czym - wobec braku wątpliwości przez zamawiającego w zakresie kwestii pozwolenia na użytkowanie -

skorzystanie z tego przepisu uznać należy za zbędne. Co istotne, w ramach postępowania odwoławczego ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Jeżeli odwołujący kwestionuje prawdziwość twierdzeń przystępującego, w tym referencji, powinien przedstawić dowody na tę okoliczność. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 5 ustawy Pzp stanowi w istocie próbę przerwania tego ciężaru na zamawiającego. Wskazać przy tym należy, że odwołujący nie stawia w odwołaniu zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd, w związku z czym nie jest jasne, w jakim celu zamawiający miałby się zwracać do podmiotów trzecich o dodatkowe wyjaśnienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego.

W celu ustalenia prawidłowego stanu faktycznego sprawy koniecznym jest dokonanie prawidłowej wykładni warunku opisanego przez zamawiającego w kontekście wykazu robót referencyjnych przedstawionych przez przystępującego.

Zamawiający wymagał, aby uznać doświadczenie wykonawcy za wystarczające, legitymowania się przez wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert minimum jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie przebudowie, remoncie budynków mieszkalnych lub budynków użyteczności

publicznej, obejmujących wykonanie inwestycji z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, o wartości minimum 6.000.000,00 zł brutto.

Dokonując rekonstrukcji brzmienia tego warunku należy przyjąć, iż wykonawca zobowiązany był wykazać się doświadczeniem w wykonaniu minimum jednego zamówienia, zamówienie to było robotą budowlaną, która polegała na budowie, przebudowie, remoncie, dotyczyła budynków mieszkalnych lub użyteczności publicznej, obejmowała wykonanie inwestycji (budowie, przebudowie, remoncie) z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, a wartość tej inwestycji (budowy, przebudowy, remontu) musiała być na minimalnym poziomie 6 mln zł.

Przystępujący podał dwie roboty referencyjne, z których każda, w ocenie Izby, potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Pierwsza z robót to przebudowa Pałacu Radolińskich w Jarocinie. Robota odpowiada minimalnej wartości zamówienia. Odwołujący wskazał, że dla inwestycji tej (w oparciu o wyjaśnienia złożone przez przystępującego) nie uzyskano pozwolenia na użytkowanie. Wskazać jednak należy, iż przystępujący na rozprawie złożył dowód w postaci decyzji PINB w Jarocinie o nr PINB.433.61.2021.DM z dnia 1.12.2021 r., w treści której organ odnosząc się do wniosku inwestora Muzeum Regionalnego w Jarocinie o wydanie pozwolenia na użytkowanie przebudowy pałacu Radolińskich umorzył postępowanie, w związku z okolicznością, iż w przypadku innej roboty niż budowa (przebudowa, montaż, remont (art. 3 pkt 7 ustawy Prawo budowlane) obowiązek taki nie powstaje. Przystępujący złożył również dowód nr 2 – protokół końcowy odbioru robót dotyczącego roboty w Muzeum potwierdzający prawidłowe jego wykonanie. Skoro zatem organ właściwy do wydawania stosownych decyzji wskazał, iż w zakresie omawianej inwestycji nie znajdują zastosowania przepisy dotyczące możliwości uzyskania pozwolenia na użytkowanie, to nie sposób przyjąć, że wymóg taki jest konieczny.

Powyższe ma niebagatelne znaczenie w prawidłowym rozumieniu warunku udziału w postępowaniu. Skoro bowiem zamawiający wymagał od wykonawców legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu minimum jednej roboty budowlanej polegającej na budowie przebudowie, remoncie, to wykonawca zgłaszający robotę budowlaną polegającą na przebudowie Pałacu Radolińskich w Jarocinie nie może ponosić negatywnych skutków prawnych opisanego warunku w sytuacji, gdy warunek ten z mocy prawa nie jest właściwie skonstruowany. Nie jest bowiem możliwe uzyskanie decyzji – pozwolenia na użytkowanie w sytuacji, gdy przedmiotem inwestycji (robót budowlanych) jest przebudowa, czemu wyraz dał Organ w ww. Decyzji.

Powyższe prowadzi do wniosku, iż warunek należy czytać w taki sposób, że w zakresie robót budowlanych w ramach, których możliwe jest uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, wykonawca zgłasza taką robotę, natomiast w przypadku robót budowlanych w odniesieniu

do których decyzji takiej się nie wystawia, wykonawca również może zgłosić taką robotę, oczywiście w obu przypadkach należy mieć na względzie pozostałe elementy warunku, które również muszą być spełnione.

Skoro zatem referencyjna inwestycja spełnia warunek w każdym z jego elementów, a ze względu na obiektywne czynniki, na które wykonawca nie ma wpływu, nie jest możliwe, ze względu na charakter roboty budowlanej, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie (mimo złożonego do organu wniosku), to robotę taką należy zakwalifikować pozytywnie.

Odnosząc się do drugiej roboty referencyjnej, Izba wskazuje, co następuje. Odwołujący koncentrował swoją argumentację na kilku elementach, jednak żaden z nich nie potwierdził zasadności stawianych zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza orzekając jedynie w zakresie zarzutów, które były zawarte w odwołaniu (*a contrario* art. 555 ustawy Pzp) stwierdziła, że odwołujący w swoim odwołaniu postawił zarzut najdalej idący – odrzucenie oferty przystępującego, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wskazać jednak należy, iż czynność zamawiającego dotycząca odrzucenia oferty (przy niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu) musi być poprzedzona (jeżeli zajdą takie okoliczności) procedurą wyjaśniania lub uzupełniania dokumentów i/lub oświadczeń (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp). Tym samym nie jest możliwe nakazanie zamawiającemu przez Izbę odrzucenia oferty wykonawcy bez wcześniejszego wyczerpania procedury z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro zatem w odwołaniu brak zarzutów dotyczących zaniechania zamawiającego (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp), to nawet w przypadku uznania przez Izbę, że wskazanymi przez wykonawcę robotami referencyjnymi nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu – odwołanie będzie podlegało oddaleniu – ze względu na treść zarzutu odwołującego.

Zdaniem Izby odwołujący nie wykazał, nie udowodnił zasadność podnoszonych zarzutów. Odwołujący kwestionując tę robotę wskazywał, że nie była ona zamówieniem, nie uzyskano dla niej pozwolenia na użytkowanie, nie dotyczyła całości inwestycji (tylko 3 z 5 budynków), wyraził również wątpliwość co do wartości przedstawionej przez przystępującego roboty. Nie może być dowodem w sprawie wydruk zdjęcia mapy Google, którą złożył odwołujący, albowiem nie wynika z niej, kiedy to zdjęcie było wykonane, potwierdza jedynie okoliczność umieszczenie tego zdjęcia w 2022 roku. Dowód bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Przystępujący na rozprawie złożył dowody (wnioski o udzielenie pozwolenia na użytkowanie oraz Zaświadczenia z PINB w Jarocinie), z których jednoznacznie wynika, iż 3 budynki mieszkalne wielorodzinne uprawniają inwestora do rozpoczęcia użytkowania obiektu, gdyż PINB w Jarocinie nie wniósł sprzeciwu do użytkowania tych obiektów. Wobec powyższego oświadczenie to traktować należy jednoznacznie jako pozwolenie na użytkowanie.

Zgodnie z brzmieniem warunku udziału w postępowaniu, wykonawcy mieli obowiązek wykazania się doświadczeniem w wykonaniu jednego zamówienia na roboty budowlane polegającego na budowie przebudowie, remoncie budynków mieszkalnych lub budynków użyteczności publicznej. Okoliczność, iż w ramach jednej inwestycji wykonywanych jest kilka jej etapów nie wyklucza możliwości posługiwaniu się doświadczeniem w wykonaniu 3 etapów, skoro odpowiadają one pozostałym elementom warunku. Istotą bowiem oceny spełniania warunku doświadczenia jest ocena potencjału wykonawcy, a nie czy dana inwestycja lub robota budowlana była realizowana w charakterystyczny dla siebie sposób.

Izba zwraca również uwagę, iż w utrwalonym już orzecznictwie Izby, w przypadku, w którym wykonawca zadania jest równocześnie inwestorem możliwe i dopuszczalne jest potwierdzenie prawidłowości wykonania robót (referencje/poświadczenia) samemu sobie (vide: wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedzibą w Warszawie z dnia 26 czerwca 2014 r., sygn. Akt V SA/Wa 308/14, „*podmiotem uprawnionym do ich wystawienia jest ten, kto te zamówienia zlecił i odebrał, gdyż tylko on jest władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy. W związku z tym istnieje możliwość, aby wykonawca sam sobie wystawił referencje, jeżeli jest jednocześnie zlecającym i wykonującym dane zamówienie*”).

Za niezasadny Izba uznała zarzut ewentualny dotyczący zaniechania zwrócenia się do podmiotów (...), gdyż brak było podstaw do nakazywania takiego wezwania, albowiem przystępujący wykazał spełnienie warunku doświadczenia w każdym jego elemencie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: