

WYROK
z dnia 19 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 18 listopada 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2021 r. przez **wykonawcę Eco5tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 65/45** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Gminę Olsztyn z siedzibą w Olsztynie, plac Jana Pawła II 1**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Eco5tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Eco5tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 65/45**
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Gminę Olsztyn z siedzibą w Olsztynie, plac Jana Pawła II 1** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Eco5tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 65/45** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **zamawiającego – Gminy Olsztyn z siedzibą w Olsztynie, plac Jana Pawła II 1** na rzecz **wykonawcy Eco5tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 65/45** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wydatków pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na Świadczenie usług nadzoru inwestorskiego nad realizacją umów na roboty budowlane i dostawy wyposażenia obiektu, realizowanego w ramach zadania pn. "Przebudowa i rozbudowa hali widowiskowo-sportowej Urania w Olsztynie" zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.05.2021 r. nr 2021/S 098-256405.

W dniu 25 października 2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Eco5tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 65/45 i o unieważnieniu postępowania.

W dniu 4 listopada 2021 r. wykonawcę Eco5tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Filtrowa 65/45 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 listopada 2021 r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu uprawnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty Eco5tech S.A. i przyjęcie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, pomimo, że Eco5tech S.A. wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

i w konsekwencji:

2. art. 255 pkt 3 ustawy przez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania w oparciu o wyżej wymieniony przepis, chociaż oferta odwołującego jest niższa od kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zamówienia tj. 3.800.000,00 zł brutto, gdyż wynosi 3.552.101,24 zł brutto, zaś oferta Eco5tech S.A. nie podlega odrzuceniu.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego;
4. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego proporcjonalnie do podniesionych zarzutów i idących za nimi żądań.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego tego odwołania odwołujący wniósł o wykonanie czynności zgodnie z żądaniami zawartymi we wniesionym środku ochrony prawnej. Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta jest ważna i skuteczna, nie podlega odrzuceniu. Po odrzuceniu przez zamawiającego oferty BBC BEST BUILDING CONSULTANTS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k., Al. Jeruzolimskie 155, 02-326 Warszawa oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Na skutek niezgodnych z prawem czynności dokonanych przez zamawiającego odwołujący, który złożył prawidłową ofertę został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności tego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający w dniu 25.10.2021 r. unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, odrzucając ofertę odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy, mimo że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający uznał, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia tj. 3.800.000,00 zł i jednocześnie dokonał unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy.

Zamawiający ujął uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty odwołującego, wskazując że:

Dla wykazania spełnienia wymaganego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie Inspektora nadzoru branży budowlanej, który zgodnie z zapisem Rozdz. V pkt 2)b) SWZ zobowiązany jest posiadać doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu przez okres, co najmniej 5 następujących po sobie miesięcy funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze, co najmniej 30 000 m³, Wykonawca złożył „Wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”, gdzie wskazał Pana A. F., który w trakcie inwestycji - „Przebudowa - zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie - w tym montaż i podniesienie konstrukcji zadaszenia oraz wykonanie monitoringu konstrukcji, kompleksowe wykonanie areny piłkarskiej i lekkoatletycznej wraz z wyposażeniem, wykonanie i montaż siedzisk, zagospodarowanie terenu, obiekt w technologii żelbetowo stalowej o kubaturze 410 m³”, pełnił funkcję Inspektora nadzoru - Koordynatora zespołu inspektorów. Z uwagi na fakt, że w uwagach do Rozdz. VI SWZ, została określona definicja kubaturowego obiektu sportowego poprzez wskazanie

zamkniętej liście obiektów takich jak: hale widowiskowo-sportowe, hale sportowe, kryte baseny pływackie, kryte lodowiska, kryte tory łyżwiarskie, kryte tory rowerowe oraz kryte korty tenisowe, zamawiający uznał, że opisana w „Wykazie osób” przebudowa Stadionu Śląskiego w Chorzowie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego dla Inspektora nadzoru branży budowlanej z uwagi na nie spełnienie definicji kubaturowego obiektu sportowego. W związku z powyższym, wykonawca został wezwany w trybie art. 128 ust. 1 wymienionej ustawy do poprawienia „Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” – w zakresie osoby która będzie pełnić funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej. Wezwany wykonawca przedłożył nowy wykaz, w którym, jako osobę pełniącą funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej wskazał Pana M. C., który w trakcie inwestycji „Budowa kubaturowego obiektu sportowego - kompleksu sportowego w ramach zadania „Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce” w okresie od 7.09.2009 r. do 10.09.2011 r. pełnił funkcję Kierownika robót. Ze złożonego Wykazu wynika, iż zadanie obejmowało budowę krytego aquaparku z basenem sportowym z sześcioma torami pływackimi, basenem rekreacyjnym oraz zjeżdżalnią, SPA oraz strefę saun, a obiekt sportowy o kubaturze 33 749 m³ został wykonany w technologii żelbetowo-murowej”, W toku badania złożonych dokumentów, zamawiający ustalił, na podstawie ogłoszenia Gminy Wielka Nieszawka o przetargu nieograniczonym na Wykonanie obiektów Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce, który został przekazany Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13.05.2009r. oraz zamieszczony na stronie Biuletynu Informacji Publicznej pod adresem: <http://www.bip.wielkanieszawka.lo.pl/index.php?app=przetargi&nid=1503&y=2009&status=3> że przedmiotem zamówienia była budowa wraz z rozruchem:

- 1) pływalni krytej z nieckami ze stali nierdzewnej, z funkcjami towarzyszącymi, dostawa i montaż wyposażenia,
- 2) hotelu z 60 miejscami noclegowymi, z: lokalami usługowymi (kawiarnią, baremami), restauracją, salami konferencyjnymi, dostawa i montaż wyposażenia,
- 3) infrastruktury towarzyszącej: drogi wewnętrzne, parkingi, chodniki, przyłącza wodkan. kablowe linie NN i oświetlenie terenu, stacja transformatorowa.

Dane techniczne obiektu, zostały podane następująco:

HOTEL

Pow. zabudowy: 1861.11 m²

Pow. netto: 3597.2 m²

Pow. Całkowita 5583.3 m²

Kubatura: 11.031 m³

BASEN:

Pow. zabudowy: 2088.9 m²

Pow. netto: 3699.7 m²

Pow. Całkowita 5076.5 m²

Kubatura: 22718.2 m³

RAZEM Pow. zabudowy: 3950.0 m²

Pow. netto: 7296.9 m²

Pow. Całkowita 10659.8 m²

Kubatura: 33749.2 m³

Z powyższego zestawienia wynika, że podana przez wykonawcę ECO5TECH S.A. w Warszawie, w złożonym w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego „Wykazie osób”, kubatura kompleksu sportowego w ramach zadania „Wykonanie obiektów Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce” obejmuje również obiekt hotelu. Wykonany w ramach inwestycji basen, będący zgodnie z definicją zamawiającego, wymaganym kubaturowym obiektem sportowym, posiada kubaturę - 22718,2 m³, co prowadzi do wniosku, że wskazana przez wykonawcę robota budowlana - „Budowa kubaturowego obiektu sportowego - kompleksu sportowego w ramach zadania Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce”, w trakcie której Pan M. C. pełnił funkcję Kierownika robót, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego dla Inspektora nadzoru branży budowlanej w zakresie kubatury wskazanego obiektu sportowego. Zamawiający nie może bowiem przy ocenie spełnienia określonego w SWZ warunku, uwzględnić łącznej kubatury wszystkich obiektów realizowanych w ramach inwestycji, bez względu na ich charakter.

Na powyższą czynność odwołujący wniósł niniejsze odwołanie.

W ocenie wnoszącego odwołanie zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji nie miał żadnych podstaw do unieważnienia postępowania. Czynność unieważnienia postępowania, mając na uwadze sekwencję zdarzeń i uzasadnienie faktyczne była czynnością wynikową i jej prawna skuteczność jest uzależniona od skuteczności czynności ją poprzedzających. W przypadku uwzględnienia zarzutu z art. 266 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy podzieli ona los właśnie tego zarzutu.

Wbrew stanowisku zamawiającego oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, a wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 7 września 2021 r. odwołujący w zakresie dysponowania osobą pełniącą funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej posiadającą doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu przez okres co najmniej 5 następujących po sobie miesięcy funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze co najmniej 30 000 m³ wskazał Pana A. F.. Robota budowlana przy której

Pan A. F. zdobył wymagane przez zamawiającego doświadczenie to przebudowa – „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie – w tym montaż i podniesienie konstrukcji zadaszenia oraz wykonanie monitoringu w konstrukcji, prace w branżach architektoniczno-budowlanej, konstrukcyjnej, instalacji sanitarnych, elektrycznych, niskoprądowych, kompleksowe wykonanie areny piłkarskiej i lekkoatletycznej wraz z wyposażeniem, wykonanie i montaż siedzisk, zagospodarowanie terenu (drogi i tereny zielone). Obiekt sportowy w technologii żelbetowo-stalowej. Kubatura: 201.410,00 m³ (w tym kubatura budynków: 109.000,00 m³).

Pismem z dnia 29 września 2021 r.

Zamawiający wezwał Eco5tech do złożenia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, ponieważ uznał, że Pan A. F. w jego ocenie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu ponieważ przebudowa Stadionu Śląskiego w Chorzowie nie mieści się w definicji kubaturowego obiektu sportowego, przez które to obiekty, jak wskazał zamawiający w „Uwagach” pkt 2 do Rozdziału VI SWZ, rozumie obiekty takie jak: hale widowiskowo-sportowe, hale sportowe, kryte baseny pływackie, kryte lodowiska, kryte tory łyżwiarskie, kryte tory rowerowe oraz kryte korty tenisowe. Określenie „takie jak” wskazywałoby raczej na użycie go zamiennie „w szczególności”, które to określenie nie wskazuje na katalog zamknięty, a stanowi jedynie przykładowe wyliczenia. Określenie, którego użył zamawiający rozumiane jest w języku potocznym jako przykładowe wyliczenie, a nie katalog zamknięty. Gdyby wyliczenie zamawiającego stanowiło katalog zamknięty nie użyłby on sformułowania „takie jak”, tylko po prostu wskazał które obiekty w jego ocenie są kubaturowymi obiektami sportowymi. Taka wykładnia tego postanowienia SWZ wynika z charakteru warunku uwzględniającego jego funkcję w procesie oceny zdolności wykonawców realizacji przedmiotu zamówienia. Badanie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie jest tylko porównaniem pod względem formalnym jego treści z treścią dokumentów składanych na jego potwierdzenie, lecz powinno mieć charakter realny, tj. potwierdzać posiadanie adekwatnego doświadczenia i wiedzy umożliwiających należyłą realizację przedmiotu zamówienia. W tym wypadku istotne jest aby inspektor nadzoru branży budowlanej posiadał doświadczenie przy realizacji obiektu funkcjonalnie, technicznie, konstrukcyjnie i architektonicznie odpowiadającym obiektowi, który będzie realizowany w ramach usługi nadzoru inwestorskiego. Tego rodzaju podejście jest wymagane w kontekście ogólnej zasady proporcjonalności wyrażonej w treści art. 16 pkt 3 ustawy skonkretyzowanej w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu w art. 112 ust. 1 ustawy, który stanowi, że: 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.

Zgodnie z definicją zawartą w Małej Encyklopedii Sportu (Autor: Wydawnictwo Sportu i Turystyki, Miejsce publikacji: WSiT, Warszawa) obiekt sportowy to „samodzielny zwarty zespół urządzeń terenowych oraz budynków przeznaczonych do celów sportowych”. Wskazał, że ani ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333 z późn. zm.), ani ustawa z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2021 r. poz. 741 z późn. zm.) nie zawierają definicji obiektu kubaturowego. Jak wskazał Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 14 lutego 2014 r. (II SA/Kr 1527/13) należy przyjąć, że pojęcie to (obiektu kubaturowego) odnosi się do wszelkiego rodzaju obiektów budowlanych, których można obliczyć objętość. Kubatura budynku zgodnie ze słownikiem Języka Polskiego PWN jest rozumiana jako objętość wszystkich kondygnacji nadziemnych i podziemnych oraz kondygnacji przyziemnej budynku. A zatem obiekt kubaturowy to nic innego jak budynki i inne obiekty budowlane, którym można przypisać parametr objętości. Zasadniczy charakter obiektu budowlanego (budynku) zasadza się na wyodrębnieniu pewnej przestrzeni za pomocą pionowych (ścian) i poziomych (podłóg, płyt fundamentowych, stropów i dachu) przegród budowlanych. Definicja budynku została ujęta w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (na podstawie: tekst jednolity Dz. U. z 2019 r. poz. 1170, z 2021 r. poz. 401, 1558). Zgodnie z treścią art. 1a ust. 1 pkt 1 ww. ustawy budynek to obiekt budowlany w rozumieniu przepisów prawa budowlanego, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Wszystkie te elementy posiada Stadion Śląski w Chorzowie. Powierzchnia dachu tego obiektu wynosi 43.000 m², powierzchnia murawy 7.500 m². Dach tego obiektu posiada konstrukcję pierścieniowo – liniową.

DOWÓD: wizualizacja obiektu Stadionu Śląskiego w Chorzowie wraz z danymi technicznymi obiektu: <https://stadionslaski.pl/o-nas> <http://stadion.parkslaski.pl/obiekt/dane-techniczne.html>
W świetle powyższego według odwołującego należy przyjąć, że przebudowa Stadionu Śląskiego w Chorzowie mieści się w definicji kubaturowego obiektu sportowego, ponieważ podczas realizacji przebudowy przebudowano obiekt sportowy, któremu można przypisać parametr objętości spełniający minimalne wymagania tj. 30.000 m³ określonych w SWZ. To, że roboty, które podlegały nadzorowi inwestorskiemu w części nie dotyczyły całego obiektu kubaturowego nie ma żadnego znaczenia, ponieważ część dotycząca obiektów kubaturowych spełnia wymagania określone przez zamawiającego w SWZ. Z uwagi na fakt, że z treści warunku udziału w postępowaniu wynika, że wskazane wyliczenie ma charakter przykładowy odwołujący stwierdził, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu zostało wykazane przez odwołującego już w pierwotnym wykazie osób. Jak wynika zaś z treści pisma z dnia 05.10.2021 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, zamiennie przedstawiony w uzupełnionym wykazie p. M. C. posiada takie same lub wyższe kwalifikacje zawodowe jak p. A. F.. Tym samym obie te oso-

by potwierdzają spełnienie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Jak wyżej zostało wskazane zamawiający jest zobowiązany określać warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający w dokumentacji postępowania może wymagać od wykonawców spełnienia określonych warunków udziału, powinny być one precyzyjne i należyście opisane, aby wykonawcy mogli odpowiednio wykazać ich spełnienie. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 3 lipca 2020 r. (sygn. akt. KIO 1001/20) stwierdziła, że w przypadku, gdy zamawiający nie zdefiniował precyzyjnie warunku udziału w postępowaniu, wtedy należy zastosować ten sposób interpretacji warunku, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Izba stoi na stanowisku, że przy braku zdefiniowania, dookreślenia przez zamawiającego spornych zapisów SIWZ, należy im nadać znaczenie ogólne przyjęte, z uwzględnieniem specyfiki branży do której pojęcie to odnosi się. Podobnie na temat braku precyzyjnych postanowień SWZ wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 stycznia 2021 r. – sygn. akt KIO 3467/20.

Skoro zatem zamawiający użył określenia „takie jak”, które w języku potocznym stanowi przykładowe wyliczenie, nie może na etapie oceny ofert twierdzić, że dokonane przez niego wyliczenie miało charakter katalogu zamkniętego.

Powyższe wskazuje, że Eco5tech S.A. wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu z postępowania.

Pomimo wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zamawiający pismem z dnia 29 września 2021 r. wezwał odwołującego do złożenia poprawionego wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w zakresie osoby pełniącej funkcję inspektora nadzoru branży budowlanej. Odwołujący, czyniąc zadość wezwaniu zamawiającego dnia 5 października 2021 r. w piśmie przewodnim do uzupełnianych środków podmiotowych wskazał „W dniu 20.09.2021 r. wykonawca złożył zamawiającemu dokumenty potwierdzające spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Jednym z w/w dokumentów był wykaz osób, w którym jako osobę do pełnienia funkcji inspektora nadzoru branży budowlanej wykonawca wskazał Pana A. F.. W związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 29 września 2021 r. Eco5tech S.A. przesyła poprawiony wykaz osób, w którym zastępuje Pana A. F., Panem M. C., posiadającym co najmniej takie same bądź wyższe kwalifikacje zawodowe.” Zatem odwołujący podkreślił, że już na etapie uzupełniania dokumentów Eco5tech S.A. wskazywał, że Pan A. F. spełnia wymagania określone przez zamawiającego w SWZ. Wskazana przez odwołującego kolejna osoba wskazana do pełnienia przedmiotowej funkcji – Pan M. C. również spełnia wymagania określone przez zamawiającego w SWZ dotyczące inspektora branży budowlanej. Jako doświadczenie wskazano wykonywanie funkcji Kierownika Robót nad budową kubaturowego obiektu spor-

towego – kompleksu sportowego w ramach zadania „Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce”. Zadanie obejmowało budowę krytego aquaparku z basenem sportowym z sześcioma torami pływackimi, basenem rekreacyjnym oraz zjeżdżalnią o długości 80m, SPA oraz strefę saun. Na terenie obiektu wybudowano kręgielnię z klubem oraz strzelnicę sportowo-ćwiczebną z pięcioma stanowiskami strzelniczymi. Obiekt ogrzewany jest w znacznym stopniu dzięki wykorzystaniu energii odnawialnej – ciepła ziemi oraz energii słonecznej. Obiekt sportowy w technologii żelbetowo-murowanej. Kubatura 33.749 m³.

Zamawiający wskazał w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego że wskazana przez wykonawcę kubatura 33.749 m³ obejmuje również hotel, a zamawiający nie może bowiem przy ocenie spełniania określonego w SWZ warunku uwzględnić łącznej kubatury wszystkich obiektów realizowanych w ramach inwestycji ze względu na jej charakter.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego. Zgodnie z art. 7 pkt 14 ustawy przez obiekt budowlany należy rozumieć wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej i wodnej, który może samodzielnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Jak czytamy w komentarzu wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza „Prawo zamówień publicznych”, Warszawa 2021 r.: Definicja obiektu budowlanego z Pzp różni się od definicji obiektu budowlanego z Prawa budowlanego. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 1 Prawa budowlanego przez obiekt budowlany należy rozumieć: budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych. Elementy konstrukcyjno-techniczne składające się na definicję z Prawa budowlanego z perspektywy definicji obiektu budowlanego w Pzp nie są elementami przedmiotowo istotnymi. Dla celów Pzp istotne jest funkcjonalne rozumienie pojęcia obiektu budowlanego, które ma służyć określeniu tego, co jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i ustaleniu wartości tego zamówienia. W tym kontekście, podczas gdy na podstawie Prawa budowlanego jako obiekt budowlany zdefiniowany zostanie pojedynczy budynek, budowla lub obiekt małej architektury, obiektem budowlanym z Pzp może być kompleks różnych budynków budowli i obiektów małej architektury, jeżeli łącznie spełniają one określoną funkcję gospodarczą lub techniczną. Dla celów definicji z Pzp ocena, czy w konkretnym przypadku na obiekt budowlany składa się jeden budynek, czy też szereg budowli w rozumieniu Prawa budowlanego, a co za tym idzie – czy na wartość takiego zamówienia jako obiektu budowlanego będą składały się wartości różnych budynków, budowli czy obiektów małej architektury, powinna być dokonana w świetle gospodarczych i technicznych funkcji, które obiekt ten jako całość będzie spełniał.

Wprowadzone do porządku prawa krajowego pojęcie robót budowlanych i pojęcie obiektu budowlanego w rozumieniu dyrektyw unijnych z zakresu zamówień publicznych są pojęciami

autonomicznymi dla zamówień publicznych – mają zastosowanie wyłącznie na gruncie stosowania przepisów ustawy.

W sprawie zakończonej wyrokiem z 18.01.2007 r., C-220/05, Jean Auroux i inni v. Commune de Roanne, ECR 2007/1A, s. I-00385, Trybunał Sprawiedliwości rozpatrywał stan faktyczny, w którym gmina udzielała zamówienia na realizację parku rozrywki w kilku częściach, w tym budowę kompleksu kinowego i obiektu handlowego z przeznaczeniem do sprzedaży, obiektów budowlanych, które miały zostać oddane instytucji zamawiającej, a w kolejnych częściach budowę innych obiektów handlowych lub usługowych i hotelu. Rzecznik Generalny w opinii przedstawionej 15.06.2006 r. wskazał, iż „park rozrywki taki jak omawiany w niniejszym przypadku stanowi również wynik całości robót budowlanych, który uwzględniając cel, jakim jest poprawa infrastruktury miejskiej, spełnia funkcję gospodarczą; w rezultacie mamy do czynienia z obiektem budowlanym w rozumieniu art. 1 lit. a) w związku z lit. c) dyrektywy 93/37/EWG”. W wyroku zaś wskazano, że taka umowa podlega reżimowi zamówień publicznych jako zamówienie na roboty budowlane, a wartość takiego zamówienia należy liczyć łącznie dla całego parku rozrywki (obektu).

Odwołujący podkreślił, że Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce to jeden obiekt, połączony ze sobą ściśle funkcjonalnie, który obejmuje:

- a) Nowoczesny hotel trzygwiazdkowy, dysponujący trzydziestoma pokojami;
- b) Ogólnodostępny aquapark, mogący pomieścić jednocześnie do dwustu osób;
- c) Sale konferencyjne o łącznej powierzchni 254 m², wyposażone w profesjonalny sprzęt audiowizualny;
- d) Sześć gabinetów w strefie SPA & Wellness, które oferują liczne zabiegi na ciało i twarz oraz procedury kosmetyczne,
- e) Zaplecze gastronomiczne w tym: restauracja, kawiarnia, drink-bar przy kręgielni,
- f) Wewnętrzna strefa sportu obejmująca siłownię, salę fitness, kręgielnię i strzelnicę sportowo-bojową
- g) Kilkupoziomowa bawialnia dla dzieci w stylu morskim – Olender Kids Club, brodzik dla maluchów w Aquaparku.

W świetle definicji obiektu budowlanego określonej w art. 7 pkt 14 ustawy powyższa realizacja stanowi jeden obiekt budowlany. Trudno odmówić doświadczenia osobie, która nadzorowała przedmiotową inwestycję tylko dlatego, że realizowany obiekt oprócz funkcji sportowej spełnia również funkcję rekreacyjną. Jak wskazano już wcześniej, zgodnie z definicją zawartą w Małej Encyklopedii Sportu (Autor: Wydawnictwo Sportu i Turystyki, Miejsce publikacji: WSiT, Warszawa) obiekt sportowy to „samodzielny zwarty zespół urządzeń terenowych oraz budynków przeznaczonych do celów sportowych”. W świetle powyższego oczywistym jest, że Pan M. C. posiada doświadczenie jako Kierownik Robót przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze co

najmniej 30.000 m³. Z racji tego, że obiekt spełnia również funkcję rekreacyjną nie przestaje być on obiektem sportowym. Wszystkie powyższe funkcje realizowane są w jednym budynku stanowiącym jeden obiekt budowlany, nie jest zatem prawdą, że odwołujący połączył kubaturę różnych obiektów realizowanych w ramach inwestycji. Na dowód powyższego Eco5tech S.A.

wskazuje zdjęcia zrealizowanej inwestycji, znajdujące się na stronie: <https://www.olender.info/olender/galeria#lg=1&slide=1>

Dodatkowym argumentem przeczącym tezie zamawiającego ujętej w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego jest okoliczność, że dla obiektu Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce została wydana jedna decyzja administracyjna – pozwolenie na budowę z dnia 19.03.2007 r. Nr AB.7351-8-13/07.

DOWÓD: pozwolenie na budowę z dnia 19.03.2007 r. Nr AB.7351-8-13/07 dla obiektu Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce.

Oznacza to, że jest to jednorodny architektonicznie obiekt budowlany o przeznaczeniu sportowo – rekreacyjnym posiadający szereg funkcji towarzyszących realizowanych przez szereg jego elementów, w tym parkingi, pomieszczenia hotelowe, ciepłownię, pomieszczenia techniczne, socjalne, magazynowe, komunikacyjne. Wyodrębnienie tych pomieszczeń przez zamawiającego (w tym pomieszczeń hotelowych) stanowi sztuczny zabieg oderwany od charakteru tego obiektu.

Stąd odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający w sposób niezasadny odrzucił jego ofertę i tym samym w konsekwencji niezasadnie unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na mocy art. 255 pkt 3 ustawy.

W dniu 17 listopada 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania wg rachunków, które przedłoży na rozprawie

Zamawiający podniósł, że wskazany warunek udziału w postępowaniu ujęty był w sekcji zdolności technicznej lub zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia i odnosił się do doświadczenia osoby pełniącej funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej. Zamawiający ustalił warunek ten w sposób następujący:

b) jedną osobą pełniącą funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej która musi posiadać doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu przez okres co najmniej 5 następujących po sobie miesięcy funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polega-

jącej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze co najmniej 30 000 m³.

Dowód: SWZ rozdz. VI pkt 2b

Jednocześnie, w końcowej części rozdziału VI SWZ, zamawiający dookreślił przedmiotowy warunek:

2) Przez kubaturowe obiekty sportowe należy rozumieć takie obiekty jak: hale widowiskowo-sportowe, hale sportowe, kryte baseny pływackie, kryte lodowiska, kryte tory łyżwiarskie, kryte tory rowerowe oraz kryte korty tenisowe.

3) Budowę lub przebudowę należy rozumieć zgodnie z definicjami określonymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 poz. 1333.),

Stan faktyczny w zakresie istotnym dla zarzutów

Odwołujący, w pierwszym wykazie osób do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru branży budowlanej, składanym na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 PZP, przewidział Pana A. F., powołując się na doświadczenie nabyte przez Inspektora przy przebudowie zadaszania widowni oraz niezbędnej infrastruktury Stadionu Śląskiego w Chorzowie.

Pan A. F. pełniący funkcję Inspektora Nadzoru branży budowlanej (K1) posiada dodatkowe doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji zakończonych robót budowlanych polegających na budowie obiektu sportowego w technologii żelbetowej lub murowanej albo żelbetowo-murowanej o kubaturze co najmniej 30 000 m³, tj. :

Inspektor Nadzoru Koordynator zespołu inspektorów- Przebudowa – „Zadaszenie widowni Inspektor oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie – w tym montaż i zespołu podniesienie konstrukcji zadaszania inspektorów oraz wykonanie monitoringu konstrukcji, prace w branżach architektoniczno–budowlanej, konstrukcyjnej, instalacji sanitarnych, elektrycznych i niskoprądowych, kompleksowe wykonanie areny piłkarskiej i lekkoatletycznej wraz z wyposażeniem, wykonanie i montaż siedzisk, zagospodarowanie terenu (drogi i tereny zielone). Obiekt sportowy w technologii żelbetowo – stalowej.

Kubatura: 201 410,00 m³ (w tym kubatura budynków: 109 000,00 m³) dla Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego Ligonja 46, 40-037 Katowice okres realizowanego zadania i okres pełnienia funkcji od 28.11.2017 do 07.10.2014

Dowód: zał. 2 Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego z dnia 20 września 2021 roku – w aktach postępowania oraz załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie

Z uwagi na to, że wymieniona inwestycja nie mieściła się we wskazanym przez zamawiającego katalogu kubaturowych obiektów sportowych oraz w zasadniczej części nie dotyczyła w ogóle obiektu kubaturowego (zadaszenie widowni nie dotyczy obiektu kubaturowego –

otwartej widowni nie można przypisać parametru objętości jako niezbędnego elementu pojęcia kubatury), a zatem nie spełniała wymaganego warunku, wykonawca został wezwany do złożenia poprawionego „Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego”.

Dowód: zał. 3 wezwanie z dnia 29 września 2021 roku do złożenia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 128 ust. 1 pzp – załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie

W odpowiedzi z dnia 5 października 2021 roku odwołujący przedstawił poprawiony Wykaz osób i Informację dotyczącą pozacenowych kryteriów oceny ofert. Pana A. F. zastąpiono osobą Pana M. C. posiadającego doświadczenie nabyte przy budowie kompleksu sportowego w ramach zadania „Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce”.

Pan M. C. pełniący funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej posiada doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu przez okres co najmniej 5 następujących po sobie miesięcy funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze co najmniej 30 000 m³., tj.:

Budowa kubaturowego obiektu sportowego - kompleksu sportowego w ramach zadania „Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce”. Zadanie obejmowało budowę krytego aquaparku z basenem sportowym z sześcioma torami pływackimi, basenem rekreacyjnym oraz zjeżdżalnią o długości 80m, SPA oraz strefa saun. Na terenie obiektu wybudowano kręgielnię z klubem oraz strzelnicę sportowo – ćwiczebną z pięcioma stanowiskami strzelniczymi. Obiekt ogrzewany jest w znacznym stopniu dzięki wykorzystaniu energii odnawialnej – ciepła ziemi oraz energii słonecznej. Obiekt sportowy w technologii żelbetowo – murowej. Kubatura: 33 749 m³. Gmina Wielka Nieszawka, ul. Toruńska 12; 87-165 Cierpice Kierownik Robót, okres realizacji zadania i okres pełnienia funkcji od 07.09.2009 do 10.09.2011

Dowód: zał. 4 wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, załączony do odpowiedzi z dnia 5 października 2021 roku – załącznik nr 4 do odpowiedzi na odwołanie

Istota sprawy i stanowisko zamawiającego

Istota sprawy dotyczy wykładni (rozumienia) warunku udziału w postępowaniu, zacytowanego w akapicie 7 odpowiedzi na odwołanie.

Warunek udziału w postępowaniu ma służyć weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Powinien być adekwatny do przedmiotu zamówienia, związany z nim i proporcjonalny. Ma to istotne znaczenie dla dokonywania wykładni warunku, choć jak dalej wykaże zamawiający, wbrew stanowisku wykonawcy, rozumienie warunku jest oczywiste i wykładni nie wymaga, zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie (kompleksowo) usługi Inżyniera Kontraktu przy przebudowie i rozbudowie hali Urania w Olsztynie. Obiekt istnieje, ale zakres przebudowy

jest na tyle znaczący, że w zasadzie mamy do czynienia z budową nowego obiektu. Ze starej hali zostały jedynie fundamenty i część konstrukcji żelbetowej, bez konstrukcji dachu. Nowa hala będzie wielofunkcyjnym obiektem sportowym, kubaturowym, tj. o konstrukcji zamkniętej szczelnym dachem o konstrukcji żelbetowej.

Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę, że przedmiot zamówienia nie stanowią:

1. budowa stadionu otwartego czy budowa zadaszenia nad trybunami stadionu otwartego,
2. budowa hotelu czy jakiegokolwiek innego obiektu o podobnym charakterze.

Istota warunku, ściśle powiązana z przedmiotem zamówienia, w tym przypadku dotyczącego członka personelu, jest doświadczenie przy obiekcie (1) sportowym (2) kubaturowym, o określonej wielkości. Jako że w odniesieniu do obiektu kubaturowego, takim parametrem jest kubatura, czyli objętość, to zamawiający ustanowił ten parametr na poziomie 30 000 m³, mając na względzie, że kubatura nowej hali Urania będzie wynosiła 191.204 m³ (sto dziewięćdziesiąt jeden tysięcy dwieście cztery metry sześcienne). Warunek został ustanowiony na poziomie ponad sześciokrotnie niższym, jak parametry nowego obiektu, również po to, aby umożliwić dostęp do zamówienia szerszemu gronu wykonawców.

Przedmiot nadzorowanych robót został dokładnie opisany przy pomocy dokumentacji technicznej udostępnionej wykonawcom – por. rozdział III ust. 2 pkt 5 SWZ:

5. Przedmiot robót budowlanych polegających na przebudowie i rozbudowie hali-widowiskowo sportowej Urania w Olsztynie opisany w dokumentacji technicznej znajdującej się na stronie internetowej pod adresem <http://bip.olsztyn.eu/bip/zampub/Dokumentacja%20Nowa%20Urania.zip>

Wykonawcy wiedzieli zatem, co będzie przedmiotem nadzoru oraz znali dokładnie charakter zarówno starej, jak i nowej hali.

Odwołujący próbuje wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w odniesieniu do pierwszej inwestycji referencyjnej, tj. Przebudowy zadaszenia widowni oraz niezbędnej infrastruktury technicznej Stadionu Śląskiego w Chorzowie, „manewrując” pomiędzy względnymi dla przyjętej tezy definicjami z różnych ustaw. Przeprowadzony wywód zdaje się prowadzić do wniosku, że stadion jest budynkiem, które to twierdzenie nie polega na prawdzie. Stadion, stosownie do regulacji prawa budowlanego należy do kategorii budowli sportowych, a nie budynków. Stanowisko to potwierdza orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego .

Niemniej, niezależnie od terminologicznego sklasyfikowania „stadionu”, przebudowie zadaszenia trybun stadionu nie można przypisać parametru objętości, a zatem powołane roboty budowlane nie spełniają wymogu kubaturowości. Co znamienite, wniosek taki jednoznacznie wypływa z treści samego odwołania:

„oraz posiada fundamenty i dach. Wszystkie te elementy posiada Stadion Śląski w Chorzowie. Powierzchnia dachu tego obiektu wynosi 43 000m², powierzchnia murawy 7 500 m². Dach tego obiektu posiada konstrukcję pierścieniowo-liniową.”

Odwołujący, forsując tezę o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu już na tamtym etapie, wskazuje na powierzchnię dachu i murawy, wyrażoną w metrach kwadratowych, co jest jak najbardziej logiczne, gdyż jest to jednostka właściwa dla powierzchni dla obiektu otwartego, jakim jest Stadion Śląski.

Zamawiający zwrócił uwagę, że jako przedmiot robót, przy którym Pan A. F. nabył wymagane doświadczenie, była przebudowa zadaszania trybun. Niezależnie od kwestii, czy doprecyzowanie brzmienia warunku w SWZ ma charakter zamknięty (tą kwestię poruszy dalej), zadaszanie trybun na otwartym stadionie w żaden sposób nie spełnia wymogu kubaturowości. W żaden sposób nie można uznać, aby takie doświadczenie było adekwatne do przedmiotu zamówienia i odpowiadało brzmieniu warunku. Oczywiście, że Stadion Śląski ma również część kubaturową, podobnie, jak budowa autostrady z punktami obsługi ruchu również takowe posiada. Logiczne, że posiada szatnie, pomieszczenia techniczne, korytarze, toalety, sale rozgrzewkowe itp.

Doświadczenie Pana F. zostało uzyskane, zgodnie z opisem wskazanym w wykazie, przy przebudowie otwartego zadaszania stadionu.

Dalej, zgodnie z treścią SWZ, zamawiający doprecyzował pojęcie kubaturowego obiektu sportowego:

2) Przez kubaturowe obiekty sportowe należy rozumieć takie obiekty jak: hale widowiskowo-sportowe, hale sportowe, kryte baseny pływackie, kryte lodowiska, kryte tory łyżwiarskie, kryte tory rowerowe oraz kryte korty tenisowe.

3) Budowę lub przebudowę należy rozumieć zgodnie z definicjami określonymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 poz. 1333.),

Wbrew stanowisku odwołującego, katalog ten ma charakter zamknięty. „Tak jak” odpowiada to pojęciu „ten sam”, „równa się” (brak przecinka pomiędzy „taki” i „jak”). Pierwszy członem zdania („kubaturowe obiekty sportowe”) porównuje rzeczy o tych samych (jednakowych) cechach. Innymi słowy, zgodnie z regułami języka polskiego, pomiędzy częścią pierwszą, a drugą zdania stawiamy znak równości. W żaden sposób określenie to nie odpowiada określeniu „w szczególności”, czy „n.p.”. Gdyby zamawiający chciał użyć takich określeń, toby z pewnością ich użył.

Zamawiający w definicji wymienił wszystkie możliwe obiekty, których wspólną cechą jest kubaturowość (stąd użyte pojęcia „kryte”) oraz funkcja sportowa.

Nawet gdyby hipotetycznie uznać, że wyliczenie nie jest zamknięte, to z pewnością stanowi zamknięty katalogu cech, jakie odpowiadają pojęciu „kubaturowego obiektu sportowego” – w rozumieniu warunku. Żaden z obiektów wskazanych przez zamawiającego nie jest obiektem

otwartym (jak Stadion Śląski), jak również nie jest obiektem hotelowym. Zgodnie z brzmieniem warunku, kubatura co najmniej 30 000m³ musi odnosić się do kubaturowego obiektu sportowego, a nie obiektu o innym charakterze.

Odwołujący wykonując wezwanie zamawiającego, przedłożył nowy wykaz, w którym nie znalazł się Pan A. F., a znalazł się Pan M. C.. Zacytował treść z pisma przewodniego odwołującego z dnia 5 października 2021 roku, przesyłającego nowy wykaz:

„inspektora nadzoru branży budowlanej Wykonawca wskazał Pana A. F.. W związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 29.09.2021 r. Eco5tech S.A. przesyła poprawiony wykaz osób, w którym zastępuje Pana A. F., Panem M. C. posiadających co najmniej takie same bądź wyższe kwalifikacje zawodowe.”

Odwołujący zastąpił zatem osobę Pana A. F. osobą Pana M. C.. Przecież nic nie stało na przeszkodzie, gdyby odwołujący uznawał, że Pan F. spełnia wymagania SWZ, zaproponowanie dwóch osób w wykazie (pozostawienie Pana F. i dodatkowo wskazanie Pana C.). Skoro odwołujący zastąpił osobę, to uznał, że ta pierwsza nie spełnia wymagań.

Powoływanie się zatem obecnie na to, że Pan F. spełnia warunek udziału w postępowaniu jest bezprzedmiotowe, bo Pan F. nie widnieje w aktualnie obowiązującym wykazie jako osoba wskazana na do pełnienia funkcji. Rozpoznanie zatem odwołania w części odnoszącej się do Pana F. i Stadionu Śląskiego jest bezprzedmiotowe, tym niemniej zamawiający kierując się względami staranności i z daleko posuniętej ostrożności procesowej, ustosunkował się merytorycznie również do tej osoby.

Przechodząc do zmienionego wykazu (osoba Pana M. C.), zamawiający zbadał przedłożone przez wykonawcę wraz z odpowiedzią na wezwanie do poprawienia wykazu osób dokumenty. Ustalono, że przedmiotem zamówienia, na które powołuje się wdwołujący dla wykazania doświadczenia Pana C. było:

„1. Przedmiotem zamówienia jest budowa wraz z rozruchem:

- 1) pływalni krytej z nieckami ze stali nierdzewnej, z funkcjami towarzyszącymi, dostawa i montaż wyposażenia,
- 2) hotelu z 60 miejscami noclegowymi, z: lokalami usługowymi (kawiarnią, barami), restauracją, salami konferencyjnymi, dostawa i montaż wyposażenia,
- 3) infrastruktury towarzyszącej: drogi wewnętrzne, parkingi, chodniki, przyłącza wod-kan. kablowe linie NN i oświetlenie terenu, stacja transformatorowa.

Dane techniczne obiektu

HOTEL

Pow. zabudowy: 1861.11 m²

Pow. netto: 3597.2 m²

Pow. Całkowita 5583.3 m²

Kubatura: 11.031 m³

BASEN:

Pow. zabudowy: 2088.9 m²

Pow. netto: 3699.7 m²

Pow. Całkowita 5076.5 m²

Kubatura: 22718.2 m³

RAZEM

Pow. zabudowy: 3950.0 m²

Pow. netto: 7296.9 m²

Pow. Całkowita 10659.8 m²

Kubatura: 33749.2 m³”

Dowód: zał. 5-6 SIWZ „Wykonanie obiektów Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce” oraz wydruk BIP Gminy Wielka Nieszawka

Znamienne jest według zamawiającego to, że w wykazie doświadczenia odwołujący, po pierwsze, ukrył fakt, że przedmiotem zamówienia była jeszcze budowa hotelu – po prostu ją pominął, przy wyszczególnieniu zakresu robót nawet nie użył choćby skrótu „m.in.”, pisząc wyłącznie o krytym basenie, to jest obiekcie bez wątpienia spełniającym literalnie przedmiotowo warunek, a po drugie podał sumę kubatury basenu i hotelu.

W świetle zasad doświadczenia życiowego oczywiste jest, że odwołujący usiłował coś ukryć przed zamawiającym, wyłączając z opisu istotną część robót i jednocześnie podając kubaturę uwzględniającą tą pominiętą część. Gdyby odwołujący był pewien, że ujęcie hotelu spełnia warunek, to przecież ten zakres robót by wymienił.

Po sprawdzeniu przez zamawiającego na stronie BIP inwestora okazało się, że w postępowaniu referencyjnym wyraźnie wyodrębniono robotę budowlaną polegającą na wybudowaniu hotelu. Informacja ta została, jak wskazano, pominięta przez odwołującego w złożonym wykazie. Jedynym obiektem sportowym, który mógł podlegać ocenie przez zamawiającego był basen, który odpowiada definicji kubaturowego obiektu sportowego, zawartej w SWZ. Jednakże obiekt ten nie posiada wymaganej warunkami zamówienia kubatury, a zatem wykonawca nie spełnił przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Budynek hotelu w żaden sposób nie odpowiada pojęciu kubaturowego obiektu sportowego. Zamawiający rozumie, że hotel jest połączony z obiektem pływalni, że intencją inwestora było wykonanie inwestycji kompleksowej. Jednak zamawiający nie może nie zwracać uwagi na oczywistą niezgodność z brzmieniem warunku, na fakt, że przeznaczeniem obiektu hotelowego jest czasowe zakwaterowanie gości - turystów - liczone w dobach, z noclegiem. Jest to przeznaczenie krańcowo odmienne od kubaturowego obiektu sportowego, którego przeznaczeniem jest uprawianie sportu. Nie odpowiada również w żaden sposób zakresowi obiektu realizowanego przez zamawiającego, który nie posiada części hotelowej. Naturalnie goście hotelowi mogą korzystać z krytego basenu ze strefą spa, ale aby móc legitymować

się tym obiektem jako referencją w postępowaniu, kryty basen musiałby mieć kubaturę co najmniej 30 000 m³.

Ponownie zamawiający zwrócił uwagę, że istotą i rolą warunku jest weryfikacja, czy wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Tym samym nie można, celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, powoływać się na doświadczenie Kierownika robót nabyte podczas budowy hotelu, nawet w ramach jednego kompleksu budynków. Nie jest okolicznością sporną, że hotel pełni funkcję turystyczną, związaną z pobytem osób, a zatem bynajmniej nie jest obiektem sportowym. Przedmiotem niniejszego zamówienia jest nadzór nad realizacją robót w hali widowiskowo – sportowej, która nawet pobocznie nie spełnia funkcji turystycznej. Zatem inspektor nadzoru branży budowlanej musi legitymować się doświadczeniem adekwatnym do przedmiotu zamówienia, tj. nabytym podczas robót budowlanych przy obiekcie sportowym. Zadaniem inspektora nadzoru branży budowlanej jest kontrola prawidłowości wykonywanych robót budowlanych i stosowanych rozwiązań, właściwych dla hali widowiskowo – sportowej, a nie hotelu.

Powoływane przez odwołującego orzeczenia i komentarze, jakkolwiek aktualne, tak też poczynione zostały w nieco odmiennym kontekście, a mianowicie rozważania na temat definicji obiektu budowlanego w doktrynie czy judykaturze, w znakomitej części poświęcone jest problematyce wartości robót w ramach jednego kompleksu obiektów, podzielonego na kilka zamówień. W konsekwencji, w świetle powyższego, nie można wprost odnosić ich do realiów omawianej sprawy, także patrząc przez pryzmat tego, że irrelevantnym dla przedmiotowego warunku jest wartość robót budowlanych.

Nawet podążając za argumentacją odwołującego w części odnoszącej się do definicji obiektu budowlanego w ustawie PZP, to zgodnie z art. 7 pkt 14 pzp, wskazać należy na końcową część definicji, tj. (...) który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną.

Nie ulega wątpliwości, że każdy z obiektów „Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce” spełnia samoistną funkcję gospodarczą. Hotel może funkcjonować bez basenu, przyjmując gości, organizując konferencje, wesela, wydarzenia towarzyskie, a basen może naturalnie funkcjonować bez hotelu, przyjmując klientów chcących popływać i zrelaksować się w SPA.

Odwołanie powinno według zamawiającego podlegać oddaleniu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, oferty odwołującego, wezwania w trybie art. 126 ust. 1 ustawy i udzielonej odpowiedzi, wezwania w trybie art. 128 ust. 1 i udzielonej odpowiedzi, pisma zamawiającego do Gminy Wielka Nieszawka, ogłoszenia o zamówieniu publicznym Gminy Wielka Nieszawka, informacji o wyniku postępowania, informacji unieważnieniu postępowania, pozwolenia na budowę dołączonego do odwołania. Do-

wody zamawiającego dołączone do odpowiedzi na odwołanie, Izba uwzględniła jako element dokumentacji postępowania nadesłanej przez zamawiającego.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Rozdział VI Informacja o warunkach udziału w postępowaniu

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie przesłanek wskazanych w Rozdz. V oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

2) Zdolności technicznej lub zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia, tj.: Wykonawca musi wykazać, że w celu realizacji przedmiotowego zamówienia będzie dysponował Zespołem Kluczowych Specjalistów odpowiedzialnych za świadczenie usług, posiadających odpowiednie kwalifikacje, uprawnienia i doświadczenie zawodowe niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, którzy zostaną skierowani przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia, w tym:

b) jedną osobą pełniącą funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej która musi posiadać doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu przez okres co najmniej 5 następujących po sobie miesięcy funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze co najmniej 30 000 m³.

UWAGA:

1) Zamawiający wymaga, aby Zespół Kluczowych Specjalistów posługiwał się językiem polskim. Zamawiający nie dopuszcza działania Kluczowych Specjalistów poprzez inne osoby na podstawie udzielonego im pełnomocnictwa.

2) Przez kubaturowe obiekty sportowe należy rozumieć takie obiekty jak: hale widowiskowo-sportowe, hale sportowe, kryte baseny pływackie, kryte lodowiska, kryte tory łyżwiarskie, kryte tory rowerowe oraz kryte korty tenisowe.

3) Budowę lub przebudowę należy rozumieć zgodnie z definicjami określonymi w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2020 poz. 1333.),

4) Wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia, nie może wykazać tych samych usług, które wskaże w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów”

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał:

2. Charakterystyka robót budowlanych nad którymi sprawowany będzie nadzór.

W ramach robót budowlanych realizowana będzie przebudowa i rozbudowa hali widowiskowo – sportowej:

Dane podstawowe obiektu:

Powierzchnia zabudowy nowego obiektu – 11354,00 m²

Kubatura nowego obiektu – 191 204,35 m³

Powierzchnia zabudowy lodowiska – 1331.65 m²

Kubatura lodowiska – 9462.40 m³

Powierzchnia użytkowa

Piwnica - 7 983,01m² Parter:

pow. użytkowa – 10 354,12m² pow. lodowiska – 991,00m²

I Piętro:

pow. użytkowa – 5 507,47m² pow. tarasu – 577,33m²

Poziom +10,48 -760,80 m²

Suma powierzchni użytkowych 26 173,73 m²

Powierzchnia całkowita budynku – 37 293,95 m² Pow. Biologicznie czynna 4560,45 m² Trybuny:

Ilość miejsc na widowni hali głównej: mobilne – 1463 szt., stałe – 2576 szt., (w tym VIP – 336 szt.) Ilość miejsc na hali treningowo–rozgrzewkowej:

mobilne – 256 szt., stałe – 244 szt., razem 500 szt.

W ramach dostaw wyposażenia będą realizowane następujące dostawy:

- dostawa sprzętu sportowego i medycznego
- sprzęt komputerowy, elektroniczny i AGD
- meble dla całego obiektu
- wyposażenie warsztatów oraz gospodarcze.

W ofercie w formularzu Informacja dotycząca pozacenowych kryteriów oceny oferty odwołujący wskazał:

Pan A. F. pełniący funkcję Inspektora Nadzoru branży budowlanej (K1) posiada dodatkowe doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji zakończonych robót budowlanych polegających na budowie obiektu sportowego w technologii żelbetowej lub murowanej albo żelbetowo-murowanej o kubaturze co najmniej 30 000 m³, tj. :

Doświadczenie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu

Inspektor Nadzoru Koordynator - Przebudowa – „Zadaszenie widowni Inspektor oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie – w tym montaż i zespołu podniesienie konstrukcji zadaszenia inspektorów oraz wykonanie monitoringu konstrukcji, prace w branżach architektoniczno–budowlanej, konstrukcyjnej, instalacji sanitarnych, elektrycznych i niskoprądowych, kompleksowe wykonanie areny piłkarskiej i lekkoatletycznej

wraz z wyposażeniem, wykonanie i montaż siedzisk, zagospodarowanie terenu (drogi i tereny zielone). Obiekt sportowy w technologii żelbetowo – stalowej.

Kubatura: 201 410,00 m³ (w tym kubatura budynków: 109 000,00 m³). Doświadczenie wskazane w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów” podkryterium K1 Od 28.11.2017 do 07.10.2014

Inspektor Nadzoru Modernizacja elewacji oraz przebudowa holu wejściowego, pawilonu sportowo – hotelowego na przedpolu wschodnim Stadionu Śląskiego w Chorzowie.

Obiekt sportowy w technologii żelbetowo – murowana. Kubatura: 34 000,00 m³.

Od 30.12.2017 do 05.09.2017

Na wezwanie zamawiającego z dnia 7 września 2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy do złożenia dokumentów podmiotowych odwołujący złożył wykaz osób, który objął tajemnicą przedsiębiorstwa - w dniu 23 września 2021 r. zamawiający uznał, że tajemnica nie została skutecznie zastrzeżona. W wykazie usług w spornym zakresie wskazano:

2. A. F. Inspektor nadzoru branży budowlanej - dysponowanie samodzielnie- umowa cywilno-prawna

Pan A. F. pełniący funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej posiada doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu przez okres co najmniej 5 następujących po sobie miesięcy funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze co najmniej 30 000 m³., tj.:

Przebudowa – „Zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie – w tym montaż i podniesienie konstrukcji zadaszenia oraz wykonanie monitoringu konstrukcji, prace w branżach architektoniczno–budowlanej, konstrukcyjnej, instalacji sanitarnych, elektrycznych i niskoprądowych, kompleksowe wykonanie areny piłkarskiej i lekkoatletycznej wraz z wyposażeniem, wykonanie i montaż siedzisk, zagospodarowanie terenu (drogi i tereny zielone) – zamawiający Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego Ligonía 46, 40-037 Katowice – funkcja Inspektor Nadzoru Koordynator zespołu inspektorów od 07.10.2014 do 27.11.2017

Obiekt sportowy w technologii żelbetowo – stalowej. Kubatura: 201 410,00 m³ (w tym kubatura budynków: 109 000,00 m³).

W dniu 29 września 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia poprawionego wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego.

Zgodnie z treścią Rozdz. VI pkt 2b) Specyfikacji Warunków Zamówienia, wykonawca musi wykazać, że w celu realizacji przedmiotowego zamówienia będzie dysponował Zespołem Kluczowych Specjalistów, w tym między innymi jedną osobą pełniącą funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej, która musi posiadać doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu przez okres co najmniej 5 następujących po sobie miesięcy funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji jednej zakończony roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze, co najmniej 30 000 m³.

Jednocześnie w pkt 2) „Uwag” do Rozdziału VI SWZ, zamawiający zapisał, że „przez kubaturowe obiekty sportowe należy rozumieć takie obiekty jak: hale widowiskowo-sportowe, hale sportowe, kryte baseny pływackie, kryte lodowiska, kryte tory łyżwiarskie, kryte tory rowerowe oraz kryte korty tenisowe.”

Wykonawca Eco5Tech S.A. w Warszawie w złożonym na wezwanie zamawiającego „Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” wskazał, że funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej będzie pełnił Pan A. F., który spełnia wymagany warunek udziału w postępowaniu, ponieważ pełnił funkcję Inspektora Nadzoru / Kierownika zespołu inspektorów podczas realizowanej, na zlecenie Urzędu Marszałkowskiego Województwa Śląskiego, „przebudowy - zadaszenie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie, w tym montaż i podniesienie konstrukcji zadaszenia oraz wykonanie monitoringu konstrukcji, (...) kompleksowe wykonanie areny piłkarskiej i lekkoatletycznej wraz z wyposażeniem, wykonanie i montaż siedzisk, zagospodarowanie terenu (drogi i tereny zielone).” Biorąc pod uwagę, że zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia, określił definicję kubaturowego obiektu sportowego, wskazując zamknięty katalog obiektów, które definicję wypełniają należy stwierdzić, że wymieniona inwestycja nie spełnia warunku określonego w SWZ, ponieważ stadion nie znajduje się w wymienionym katalogu. Należy również zaznaczyć, że opisane w Wykazie roboty, które podlegały nadzorowi inwestorskiemu, w swojej zasadniczej części nie dotyczyły obiektu kubaturowego. W związku z powyższym, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia poprawionego „Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”, z którego będzie wynikało, że osoba, która będzie pełniła funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej, spełnia warunek udziału w postępowaniu określony przez zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W dniu 5 października 2021 r. odwołujący poinformował zamawiającego co następuje.

W dniu 20.09.2021r. wykonawca złożył zamawiającemu dokumenty potwierdzające spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Jednym z ww. dokumentów był wykaz osób, w którym jako osobę do pełnienia funkcji inspektora

nadzoru branży budowlanej Wykonawca wskazał Pana A. F.. W związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 29.09.2021 r. Eco5tech S. A. przesyła poprawiony wykaz osób, w którym zastępuje Pana A. F., Panem M. C. posiadającym co najmniej takie same bądź wyższe kwalifikacje zawodowe.

Jednocześnie, gdyby zamawiający miał inne wątpliwości bądź pytania w tej kwestii oczekuje na dalsze, precyzyjne wezwania do wyjaśnień/ uzupełnień.

Jednocześnie załączył wykaz osób obejmujący

2. M. C. - Inspektor nadzoru branży budowlanej dysponowanie samodzielne- umowa cywilno-prawna

Pan M. C. pełniący funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej posiada doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu przez okres co najmniej 5 następujących po sobie miesięcy funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze co najmniej 30 000 m³, tj.:

Budowa kubaturowego obiektu sportowego - kompleksu sportowego w ramach zadania „Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce”. Zadanie obejmowało budowę krytego aquaparku z basenem sportowym z sześcioma torami pływackimi, basenem rekreacyjnym oraz zjeżdżalnią o długości 80m, SPA oraz strefa saun. Na terenie obiektu wybudowano kręgielnię z klubem oraz strzelnicę sportowo – ćwiczebną z pięcioma stanowiskami strzelniczymi. Obiekt ogrzewany jest w znacznym stopniu dzięki wykorzystaniu energii odnawialnej – ciepła ziemi oraz energii słonecznej. Obiekt sportowy w technologii żelbetowo – murowej. Kubatura: 33 749 m³. Gmina Wielka Nieszawka, ul. Toruńska 12; 87-165 Cierpice Kierownik Robót Od 07.09.2009 do 10.09.2011

Złożył także nowy formularz Informacja dotycząca pozacenowych kryteriów oceny ofert:

1) Pan M. C. pełniący funkcję Inspektora Nadzoru branży budowlanej (K1) posiada dodatkowe doświadczenie zawodowe, zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji zakończonych robót budowlanych polegających na budowie obiektu sportowego w technologii żelbetowej lub murowanej albo żelbetowo-murowanej o kubaturze co najmniej 30 000 m³, tj. :

Budowa kubaturowego obiektu sportowego - kompleksu sportowego w ramach zadania „Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce”. Zadanie obejmowało budowę krytego aquaparku z basenem sportowym z sześcioma torami pływackimi, basenem rekreacyjnym oraz zjeżdżalnią o długości 80m, SPA oraz strefa saun. Na terenie obiektu wybudowano kręgielnię z klubem oraz strzelnicę sportowo – ćwiczebną z pięcioma stanowiskami strzelniczy-

mi. Obiekt ogrzewany jest w znacznym stopniu dzięki wykorzystaniu energii odnawialnej – ciepła ziemi oraz energii słonecznej. Obiekt sportowy w technologii żelbetowo – murowej.
Kubatura: 33 749 m³. Kierownik Robót Od 07.09.2009 do 10.09.2011

Doświadczenie wskazane w celu uzyskania punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie Zespołu Kluczowych Specjalistów” podkryterium K1

Budowa kubaturowego obiektu sportowego - kompleksu sportowego „Termy Maltańskie w Poznaniu”. Obiekt jest jednym z największych wodnych kompleksów sportowych w Polsce o łącznej powierzchni lustra wody bliskiej 5 000 m² oraz widownią na 3 800 widzów. Projekt obejmował budowę krytego zespołu olimpijskich basenów sportowych i rekreacyjnych o europejskim standardzie, przystosowanych do organizacji imprez pływackich rangi międzynarodowej oraz różnorodnych Kierownik Kontraktu Od 01.06.2009 do 16.10.2011

W dniu 1 października 2021 r. zamawiający wystąpił do Gminy Wielka Nieszawka w celu prawidłowej oceny dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przekazanych przez wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, zwrócił się z prośbą o udzielenie następujących informacji dotyczących zrealizowanej przez Gminę Wielka Nieszawka inwestycji pod nazwą „Wykonanie obiektów Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce”, tj.:

1) czy Pan M. C. w okresie od 7.09.2009 r. do 10.09.2011 r. pełnił funkcje Kierowania robót w trakcie realizowanej inwestycji,

2) czy poniższe dane techniczne obiektu, podane przez Gminę Wielka Nieszawka w przekazanym Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13.05.2009 r. ogłoszeniu o zamówieniu, nie uległy zmianie w trakcie realizacji inwestycji:

HOTEL

Pow. zabudowy: 1861.11 m²

Pow. netto: 3597.2 m²

Pow. Całkowita 5583.3 m²

Kubatura:

BASEN: 11.031 m³

Pow. zabudowy: 2088.9 m²

Pow. netto: 3699.7 m²

Pow. Całkowita 5076.5 m²

Kubatura: 22718.2 m³

RAZEM

Pow. zabudowy: 3950.0 m²

Pow. netto: 7296.9 m²

Pow. Całkowita 10659.8 m²

Kubatura: 33749.2 m³

Jeśli doszło do zmiany powyższych danych zamawiający prosił o ich przedstawienie.

Z ogłoszenia o przetargu nieograniczonym Gminy Wielka Nieszawka wynika, że

4. Przedmiot zamówienia obejmował

Wykonanie obiektów Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce

Przedmiotem zamówienia jest budowa wraz z rozruchem:

1) pływalni krytej z nieckami ze stali nierdzewnej, z funkcjami towarzyszącymi, dostawa i montaż wyposażenia,

2) hotelu z 60 miejscami noclegowymi, z: lokalami usługowymi (kawiarnią, baremami), restauracją, salami konferencyjnymi, dostawa i montaż wyposażenia,

3) infrastruktury towarzyszącej: drogi wewnętrzne, parkingi, chodniki, przyłącza wod-kan. kablowe linie NN i oświetlenie terenu, stacja transformatorowa.

Dane techniczne obiektu

HOTEL

Pow. zabudowy: 1861.11 m²

Pow. netto: 3597.2 m²

Pow. Całkowita 5583.3 m²

Kubatura: 11.031 m³

BASEN:

Pow. zabudowy: 2088.9 m²

Pow. netto: 3699.7 m²

Pow. Całkowita 5076.5 m²

Kubatura: 22718.2 m³

RAZEM

Pow. zabudowy: 3950.0 m²

Pow. netto: 7296.9 m²

Pow. Całkowita 10659.8 m²

Kubatura: 33749.2 m³

Zamawiający nie dopuszczał składania ofert częściowych.

Zamawiający w dniu 25 października 2021 r. poinformował wykonawców o wyniku postępowania oraz o jego unieważnieniu wskazując, że oferta wykonawcy ECO5TECH S.A. w Warszawie, która w następnej kolejności wstępnie została oceniona najwyżej, w wyniku badania wykonawcy w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Prawo za-

mówień publicznych, ponieważ została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W związku z odrzuceniem oferty wykonawcy BBC Best Building Consultants sp. z o.o. sp.k. w Warszawie, zamawiający, na podstawie art. 139 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonał ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców wskazując ofertę ECO5TECH S.A., jako najwyższej ocenioną. W celu zbadania, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Dla wykazania spełnienia wymaganego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie Inspektora nadzoru branży budowlanej, który zgodnie z zapisem Rozdz. V pkt 2)b) SWZ zobowiązany jest posiadać doświadczenie zdobyte w okresie ostatnich 10 lat przed terminem składania ofert, polegające na pełnieniu przez okres, co najmniej 5 następujących po sobie miesięcy funkcji Inspektora Nadzoru lub Kierownika Robót lub Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego lub tożsamej funkcji, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze, co najmniej 30 000 m³, wykonawca złożył „Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”, gdzie wskazał Pana A. F., który w trakcie inwestycji - „Przebudowa - zadanie widowni oraz niezbędna infrastruktura techniczna Stadionu Śląskiego w Chorzowie - w tym montaż i podniesienie konstrukcji zadania oraz wykonanie monitoringu konstrukcji, kompleksowe wykonanie areny piłkarskiej i lekkoatletycznej wraz z wyposażeniem, wykonanie i montaż siedzisk, zagospodarowanie terenu, obiekt w technologii żelbetowo stalowej o kubaturze 410 m³”, pełnił funkcję Inspektora nadzoru - Koordynatora zespołu inspektorów.

Z uwagi na fakt, że w uwagach do Rozdz. VI SWZ, została określona definicja kubaturowego obiektu sportowego poprzez wskazanie zamkniętej listy obiektów takich jak: hale widowiskowo-sportowe, hale sportowe, kryte baseny pływackie, kryte lodowiska, kryte tory łyżwiarskie, kryte tory rowerowe oraz kryte korty tenisowe, zamawiający uznał, że opisana w „Wykazie osób” przebudowa Stadionu Śląskiego w Chorzowie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego dla Inspektora nadzoru branży budowlanej z uwagi na nie spełnienie definicji kubaturowego obiektu sportowego.

W związku z powyższym, wykonawca został wezwany w trybie art. 128 ust. 1 wymienionej ustawy do poprawienia „Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” – w zakresie osoby która będzie pełnić funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej. Wezwany wykonawca przedłożył nowy Wykaz, w którym, jako osobę pełniącą funkcję Inspektora nadzoru branży budowlanej wskazał Pana M. C., który w trakcie

inwestycji „Budowa kubaturowego obiektu sportowego - kompleksu sportowego w ramach zadania „Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce” w okresie od 7.09.2009 r. do 10.09.2011 r. pełnił funkcję Kierownika robót. Ze złożonego Wykazu wynika, iż zadanie obejmowało budowę krytego aquaparku z basenem sportowym z sześcioma torami pływakimi, basenem rekreacyjnym oraz zjeżdżalnią, SPA oraz strefę saun, a obiekt sportowy o kubaturze 33 749 m³ został wykonany w technologii żelbetowo-murowej”,

W toku badania złożonych dokumentów, zamawiający ustalił, na podstawie ogłoszenia Gminy Wielka Nieszawka o przetargu nieograniczonym na Wykonanie obiektów Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce, który został przekazany Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13.05.2009r. oraz zamieszczony na stronie Biuletynu Informacji Publicznej pod adresem: <http://www.bip.wielkanieszawka.lo.pl/index.php?app=przetargi&nid=1503&y=2009&status=3>, że przedmiotem zamówienia była budowa wraz z rozruchem:

- 1) pływalni krytej z nieckami ze stali nierdzewnej, z funkcjami towarzyszącymi, dostawa i montaż wyposażenia,
- 2) hotelu z 60 miejscami noclegowymi, z: lokalami usługowymi (kawiarnią, barem), restauracją, salami konferencyjnymi, dostawa i montaż wyposażenia,
- 3) infrastruktury towarzyszącej: drogi wewnętrzne, parkingi, chodniki, przyłącza wod-kan. kablowe linie NN i oświetlenie terenu, stacja transformatorowa.

Dane techniczne obiektu, zostały podane następująco:

HOTEL

Pow. zabudowy: 1861.11 m²

Pow. netto: 3597.2 m²

Pow. Całkowita 5583.3 m² Kubatura: 11.031 m³

BASEN:

Pow. zabudowy: 2088.9 m²

Pow. netto: 3699.7 m²

Pow. Całkowita 5076.5 m²

Kubatura: 22718.2 m³

RAZEM

Pow. zabudowy: 3950.0 m²

Pow. netto: 7296.9 m²

Pow. Całkowita 10659.8 m²

Kubatura: 33749.2 m³

Z powyższego zestawienia wynika, że podana przez wykonawcę ECO5TECH S.A.

w Warszawie, w złożonym w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego „Wykazie osób”, kubatura kompleksu sportowego w ramach zadania „Wykonanie obiektów Centrum Sportu i

Rekreacji w Wielkiej Nieszawce” obejmuje również obiekt hotelu. Wykonany w ramach inwestycji basen, będący zgodnie z definicją zamawiającego, wymaganym kubaturowym obiektem sportowym, posiada kubaturę - 22718,2 m³, co prowadzi do wniosku, że wskazana przez wykonawcę robota budowlana - „Budowa kubaturowego obiektu sportowego - kompleksu sportowego w ramach zadania Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce”, w trakcie której Pan M. C. pełnił funkcję Kierownika robót, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego dla Inspektora nadzoru branży budowlanej w zakresie kubatury wskazanego obiektu sportowego. Zamawiający nie może bowiem przy ocenie spełnienia określonego w SWZ warunku, uwzględnić łącznej kubatury wszystkich obiektów realizowanych w ramach inwestycji, bez względu na ich charakter.

Zaznaczył ponadto, że za niedozwolone uznaje się wielokrotne wzywianie wykonawcy, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy, do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia tych samych dokumentów lub oświadczeń. Wykonawca otrzymując od zamawiającego wezwanie w powyższym zakresie powinien dołożyć wszelkich starań, aby złożone w odpowiedzi na wezwanie dokumenty lub oświadczenia były wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie budziły wątpliwości zamawiającego.

Z uwagi na fakt, że wykonawca został już raz wezwany do poprawienia „Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego” i w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy, dokonał zmiany tego wykazu w zakresie osoby Inspektora nadzoru branży budowlanej, konsekwencją powyższego jest stwierdzenie, że Wykonawca po raz kolejny nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej osób skierowanych do realizacji zamówienia w zakresie Inspektora nadzoru branży budowlanej.

W związku z powyższym w ocenie zamawiającego oferta wykonawcy ECO5TECH w Warszawie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy, ponieważ wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu.

Z dowodu odwołującego wynika:

Decyzja nr AB.7351-8-13/07 Starostwo Powiatowe W Toruniu z dnia 17 kwietnia 2007 r. zatwierdziła projekt budowlany i udzieliła pozwolenia na budowę Gminie Wielka Nieszawka reprezentowanej przez Wójta Gminy Wielka Nieszawka ul. Toruńska, 87-165 Cierpice budynku Centrum Sportu i Rekreacji (pow. zabudowy 3950,0 m², pow. netto 7296,9 m², kubatura 33749,2 m³) wraz z infrastrukturą towarzyszącą objętą projektem zagospodarowania, przewidzianych do realizacji na działkach o numerach geodezyjnych 1 16, 1 17, 1 18, 119/1, 119/2 i 36, w miejscowości Wielka Nieszawka, gmina Wielka Nieszawka, kategoria obiektu : XIV i XV z zachowaniem następujących warunków, zgodnie z art. 36 ust. 1 oraz art. 42 ust. 1 i 2 ustawy — Prawo budowlane

- 1) inwestor winien zapewnić objęcie funkcji kierownika budowy oraz funkcji kierowników robót przez osoby posiadające uprawnienia budowlane w odpowiedniej specjalności,
- 2) kierownik budowy jest zobowiązany do prowadzenia dziennika budowy,
- 3) z uwagi na wysoki stopień skomplikowania przewidzianych do wykonania robót budowlanych nakłada się na inwestora obowiązek zapewnienia nadzoru autorskiego,
- 4) nakłada się na inwestora obowiązek ustanowienia inspektorów nadzoru inwestorskiego : posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (S 2 ust. 2 i S 3 pkt. 2a rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 19 listopada 2001 r. w sprawie rodzajów obiektów budowlanych, przy których realizacji jest wymagane ustanowienie inspektora nadzoru inwestorskiego — Dz. U. nr 138 z 2001 r. nr 138, poz. 1554), posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej, w zakresie instalacji i sieci sanitarnych (S 2 ust. 2 rozporządzenia opisanego powyżej), posiadającego uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej, w zakresie instalacji i sieci elektrycznych (S 2 ust. 1 pkt. 3d rozporządzenia opisanego powyżej),
- 5) warunki zabezpieczenia terenu budowy i prowadzenia robót budowlanych — zgodnie z art. 5 ustawy Prawo budowlane,
- 6) w czasie realizacji inwestycji inwestor winien spełnić warunki nałożone decyzją Wójta Gminy w Wielkiej Nieszawce znak OSS 7624-30/06 z dnia 18 grudnia 2006 r. o środowiskowych uwarunkowaniach zgody oraz warunki nałożone przez rzeczoznawców opiniujących projekt budowlany i instytucje uzgadniające a w szczególności Kujawsko-Pomorskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków zawarte w piśmie znak L.dz. WUOZ/T/AR-837/2007 z dnia 26 lutego 2007 r. oraz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy zawarte w piśmie znak ZDW.T1e.5360-8/1/07 z dnia 12.01.2007 r.,
- 7) projekt prac geologicznych wykonywanych w celu wykorzystania ciepła Ziemi podlega zgłoszeniu właściwemu organowi administracji geologicznej,
- 8) odrębnych opracowań projektowych wymagają: przebudowa odcinka drogi wojewódzkiej nr 273 relacji (Droga nr 10) Cierpice — Mała Nieszawka — Droga nr 257 wraz z jej odwodnieniem w zakresie obsługi projektowanego Centrum Sportu i Rekreacji, przebudowa skrzyżowania ul. Toruńskiej i Jaśminowej, odcinek przyłącza energetycznego, wodociągowego, gazowego i kanalizacji sanitarnej w pasie drogi wojewódzkiej,
- 9) przebudowa drogi wojewódzkiej w pasie drogi wojewódzkiej wymaga uzyskania pozwolenia na budowę Wojewody Kujawsko-Pomorskiego,
- 10) przebudowa skrzyżowania ul. Toruńskiej i Jaśminowej wymaga uzyskania pozwolenia na budowę w Starostwie Powiatowym w Toruniu,

11) do realizacji przyłącza energetycznego, przyłącza wodociągowego, gazowego i kanalizacji sanitarnej inwestor może przystąpić postępując zgodnie z warunkami zawartymi w art. 29, 29a i 30 ustawy Prawo budowlane (zgłoszenie zamiaru wykonania robót budowlanych przebiegających w pasie drogi wojewódzkiej podlega wojewodzie, który zgodnie z art. 82 ust. 3 pkt. 3 ustawy — Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2006 r. Nr 156 poz. 1118) jest właściwy w sprawach robót budowlanych dróg krajowych i wojewódzkich wraz z obiektami i urządzeniami służącymi do utrzymania tych dróg i transportu drogowego oraz sytuowanymi w granicach pasa drogowego sieciami uzbrojenia terenu)

12) w czasie realizacji inwestycji inwestor winien uwzględnić i zabezpieczyć uzasadniony interes osób trzecich,

13) nakłada się na inwestora obowiązek uzyskania pozwolenia na użytkowanie zrealizowanej inwestycji.

Z planu sytuacyjno-wysokościowego branży drogowej nie wynika, żeby obiekt Centrum Sportowo-Rekreacyjnego w Wielkiej Nieszawce składał się z więcej niż jednego budynku. Oddzielenie części hotelowej od części basenowej zostało oznaczone linią przerywaną, z czego nie da się wyprowadzić wniosku, że są to dwa osobne obiekty, czy budynki.

Z projektu branży architektonicznej Budynki Centrum Sportu i Rekreacji zlokalizowanego w Wielkiej Nieszawce wynika, że obiekt Centrum Sportu i Rekreacji składa się z : pływalni krytej z funkcjami towarzyszącymi, hotelu dla 60 osób, lokali usługowych (kręgielnia, kawiarnia, bary), restauracja, sale konferencyjne. Z pkt. 1.7. wynika, że przedmiotem inwestycji jest budowa Centrum Sportu i Rekreacji wraz z infrastrukturą. W skład centrum wchodzi kryta pływalnia oraz hotel z funkcjami towarzyszącymi. Kompleks pływalni składa się z : hali basenowej (basen sportowy, basen rekreacyjny, basen dla niepełnoważących, atrakcje wodne typu jacuzzi, zjeżdżalnia, itp.)

- zespołu saun (sauny parowe, sauny suche, basen zimny, basen ciepły)
- zespołu fitness (solaria, hydroterapia, masaże ręczne, siłownia, sala fitness),
- baru
- zapleczy socjalnych i technicznych

Kompleks hotelu składa się z :

- 30 pokoi dwuosobowych z łazienkami,
- restauracji dla ok. 70 osób
- zespołu konferencyjnego (dwie sale dla ok. 65 os i ok. 30 os.)
- kawiarni,
- kręgielni 4-ro torowej,
- strzelnicy na broń ostrą – 5 stanowisk strzelniczych

- zapleczy socjalnych i technicznych.

Z danych technicznych Stadionu Śląskiego w Chorzowie wynika, że stadion ten ma dach w konstrukcji pierścieniowo – liniowej, posiada także hotel na 35 pokoi z łączną liczbą miejsc 72.

Ocena zgromadzonego materiału dowodowego dokonana przez Izbę oraz ustalenia wynikające z tej oceny:

Izba ustaliła, że zamawiający wymagał doświadczenia zawodowego personelu wykonawcy w pełnieniu określonej funkcji technicznej na wskazanym w warunku stanowisku, przy realizacji jednej zakończonej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie kubaturowego obiektu sportowego o kubaturze co najmniej 30 000m³. Zamawiający zdefiniował pojęcie kubaturowego obiektu sportowego przez wskazanie, że należy przez to rozumieć „takie obiekty jak”. Synonimem pojęcia „takie jak” jest „przykład”, „na przykład”, zatem wbrew stanowisku zamawiającego katalog ten ma charakter otwarty. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający dla pojęć hala widowiskowo- sportowa i hala sportowa nie użył pojęcia „kryta” pojęcie to odnosi się do pozostałych wymienionych w definicji obiektów. Izba wzięła także pod uwagę, że obiektem kubaturowym jest obiekt, w którym można ustalić jego objętość, według stanowiska wyrażonego w sprawie sygn. akt VII SA/Wa 2179/16 - Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie jest to budynek. Tym samym nawet jeśli zamawiający do hali widowiskowo-sportowa, czy hali sportowa nie użył pojęcia kryta, to istotne jest, aby dla takiego obiektu dało się policzyć jego objętość. W dalszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający wymagał doświadczenia przy jednej zakończonej robocie budowlanej, tym samym chodziło mu o jedną umowę na roboty budowlane. Izba wzięła także pod uwagę, że zamawiający nie przewidział w warunku sytuacji, w której kubaturowy obiekt sportowy będzie obejmował pomieszczenia o różnym, w tym niesportowym przeznaczeniu. Zamawiający nie określił w tym zakresie, że na potrzeby oceny spełniania warunku będzie brana pod uwagę wyłącznie ta kubatura budynku, w której znajdują się pomieszczenia realizujące sportowe przeznaczenie gospodarcze. Tym samym w ocenie Izby wynika, że warunek określał obowiązek wykazania się nadzorem nad budowanym lub przebudowywanym w ramach jednej umowy obiektem sportowym takim samym jak wskazany w definicji lub pełniącym podobną funkcję, któremu da się przypisać objętość i który tę objętość posiada na minimalnym poziomie 30 tys. m³.

Izba ustaliła, że nie było sporne pomiędzy stronami, że Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce było objęte jednym zamówieniem publicznym na wykonanie obiektów Centrum Sportu i Rekreacji w Nieszawce Wielkiej. W ocenie Izby odwołujący wykazał, że Centrum Sportu i Rekreacji było jednym budynkiem, świadczy o tym decyzja nr AB.7351-8-

13/07 z dnia 19 marca 2007 r., w której wydano pozwolenie na budowę budynku Centrum Sportu i Rekreacji i dla tak określonego budynku podano w decyzji m. in. kubaturę 33 749 m³. Nawet przy określeniu kategorii wydający decyzję posłużył się pojęciem „obiektu” w liczbie pojedynczej, choć wskazał dla niego dwie kategorie. Izba uznała, że nie została wykazana teza przeciwna, że Centrum Sportu i Rekreacji składało się z więcej niż jednego obiektu, czy więcej niż jednego budynku. Niewątpliwie obiekt ten mieści się w zakresie definicji użytej przez zamawiającego w pkt. 2 rozdziału VI i jest krytym basenem, a jednocześnie w tym samym obiekcie mieszczą się pomieszczenia realizujące inne funkcje, w tym funkcję hotelową. Izba wzięła pod uwagę jednak, że fakt istnienia hotelu w ramach obiektu sportowego występuje na rynku. Świadczą o tym choćby złożone przez odwołującego dane techniczne Stadionu Śląskiego w Chorzowie, gdzie również zrealizowało hotel na 36 pokoi. Tym samym w ocenie Izby sam fakt istnienia w ramach jednego obiektu także innych funkcji, w tym hotelowych nie oznacza, że cały obiekt zmienił swoje przeznaczenie gospodarcze. Izba wzięła pod uwagę, że na to przeznaczenie wskazuje sama nazwa obiektu – Centrum Sportu i Rekreacji, gdyby głównym przeznaczeniem gospodarczym tego obiektu była funkcja wyłącznie tymczasowego zakwaterowania, to wówczas znalazłaby ona odzwierciedlenie w nazwie obiektu. O tym, że funkcja sportowa miała przeważające walor w tym obiekcie świadczy także porównanie danych technicznych z ogłoszenia o zamówieniu na wykonanie obiektów Centrum Sportu i Rekreacji w Wielkiej Nieszawce. Wynika, z nich, że zarówno powierzchnia, jak i kubatura basenu jest dwukrotnie większa od kubatury i powierzchni hotelu. Izba ponownie zwraca uwagę, że zamawiający nie wskazał w SWZ wprost, że jeśli kubaturowy obiekt sportowy posiada pomieszczenia o przeznaczeniu sportowym i niesportowym, to dla spełnienia warunku będzie uwzględniona wyłącznie powierzchnia o przeznaczeniu sportowym. W ocenie Izby naturalną cechą obiektów sportowych jest to, że mieszczą się w nich pomieszczenia biurowe, czy gastronomiczne, lub hotelarskie, co nie zmienia przeznaczenia gospodarczego całego obiektu. Tym samym Izba uznała, że doświadczenie p. M. C. spełnia warunek opisany przez zamawiającego. Izba nie badała doświadczenia p. A. F., gdyż Izba podziela stanowisko zamawiającego w tym zakresie. Odwołujący wprost w piśmie przewodnim stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego wskazał, że zastępuje A. F., M. C., co więcej odwołujący tą decyzję poparł złożonym przez siebie uzupełnionym wykazem osób, w którym nie figurował A. F.. Tym samym jedynym wiążącym zamawiającego wykazem osób, był wykaz uzupełniony. A to oznacza, że ustalanie, czy doświadczenie p. A. F. nabyte w ramach inwestycji na Stadionie Śląskim w Chorzowie nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy przez bezpodstawne odrzucenie oferty Eco5tech S.A. i przyjęcie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, pomimo, że Eco5tech S.A. wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

Zarzut potwierdził się. W ocenie Izby z ustalonego stanu faktycznego wynika, że zamawiający zbyt ściśle wyłożył opisany przez siebie warunek udziału w postępowaniu, nadając mu treść, której w tym warunku nie było. Treść ta to odniesienie kubatury 30 000m³ wyłącznie do tych pomieszczeń kubaturowego obiektu sportowego, które stanowią kryty basen. Podczas gdy w treści warunku, czy też definicji zamawiający nie wskazał, że warunek uzna za spełniony wyłącznie wówczas gdy kubatura kubaturowego obiektu sportowego odnosi się do pomieszczeń przeznaczonych na realizację zajęć sportowych, ani też nie wskazał w warunku, że pomieszczeń o konkretnym przeznaczeniu nie uwzględni przy ocenie spełniania tego warunku. Izba wzięła pod uwagę, że z charakterystyki robót budowlanych, nad którymi będzie w tym postępowaniu sprawowany nadzór wynika, że kubatura lodowiska to 9 462,40 m³, a kubatura całego nowego obiektu, to 191 204, 35 m³, a zatem sam zamawiający przewiduje w ramach nadzorowanych robót wykonanie pomieszczeń o innym przeznaczeniu niż kryte lodowisko. Nie jest zatem wykluczone, że część tej kubatury także służyć będzie przeznaczeniu innemu niż wyłącznie sportowe, choćby gastronomicznemu, czy biurowemu. Według ustaleń Izby zatem odwołujący wykazał doświadczenie w nadzorze nad jedną robotą budowlaną dotyczącą jednego budynku, w której realizowana jest funkcja basenu krytego i obiekt ten w całości ma wymaganą powierzchnię 30 000 m³. Mając powyższe na uwadze Izba oceniła, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy nadinterpretował warunek udziału i wykluczając wykonawcę oraz odrzucając jego ofertę naruszył przepisy ustawy. Tym samym stało się konieczne nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 255 pkt 3 ustawy przez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania w oparciu o wyżej wymieniony przepis, chociaż oferta odwołującego jest niższa od kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację

zamówienia tj. 3.800.000,00 zł brutto, gdyż wynosi 3.552.101,24 zł brutto, zaś oferta Eco5tech S.A. nie podlega odrzuceniu

Zarzut potwierdził się. Zamawiający unieważnił postępowanie uznając, że nie zostały złożone w postępowaniu oferty spełniające jego możliwości finansowe. Oferta odwołującego, w ocenie izby została wadliwie odrzucona z postępowania i spełnia możliwości finansowe zamawiającego. Tym samym zamawiający wadliwie zastosował normę art. 255 ust. 3 ustawy i konieczne stało się nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania obejmujących wydatki pełnomocnika w maksymalnej dopuszczalnej wysokości tj. 3 600zł., zgodnie ze złożonym rachunkiem. Izba oceniła, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy dotyczył dwóch stanów faktycznych pierwszego związanego z oceną wykazu osób pierwotnego i doświadczeniem p. A. F. i drugiego związanego z oceną wykazu osób uzupełnionego i doświadczeniem p. M. C.. Wprawdzie Izba uznała za zasadny zarzut jedynie w odniesieniu do drugiego ze stanów faktycznych, to jednak z uwagi na to, że uwzględnienie któregośkolwiek z tych zarzutów skutkowało zmianą wyniku postępowaniu, Izba uznała za niezasadne dokonywanie stosunkowego rozdzielenia kosztów. Uwzględnienie bowiem jednego z tych zarzutów prowadziło do pełnego zaspokojenia interesu odwołującego jakim było przywrócenie toku postępowania i przywrócenie oferty odwołującego do tego postępowania, a w konsekwencji umożliwienie mu uznania jego oferty za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Przewodniczący: