

Sygn. akt KIO 2492/22

WYROK

z dnia 6 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2022 r. przez wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze 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

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie – budowa Recyklingu Tworzyw Sztucznych*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 117-329036.

W dniu 22 września 2022 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia dokumentów i informacji złożonych przez wykonawcę Konsorcjum NDI, a zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa i dotychczas nieodtajnionych przez Zamawiającego, w terminie umożliwiającym wykonawcom skuteczne kwestionowanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5) w zw. z art. 223 ust. 1 i w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez wadliwe przeprowadzenie procedury badania i oceny ofert, a w konsekwencji, zaniechanie zastosowania wskazanych przepisów i nieodrzućenie oferty wykonawcy Konsorcjum NDI, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że jego oferta odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia — PFU, co doprowadziło do jednoczesnego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 57 pkt 2) oraz w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum NDI, pomimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4) a) tiret drugi SWZ, tj. w zakresie wykonania co najmniej 2 (dwóch) zamówień, z których każde obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej — jedno z zamówień, którymi Konsorcjum NDI wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie zostało jeszcze zakończone;
ewentualnie
- 4) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z 59 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia ws. podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów i oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do

uzupełnienia złożonego wraz z ofertą formularza JEDZ o inne (nowe) zamówienie spełniające warunek określony w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4) a) tiret drugi SWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum NDI i powtórzenia czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty Konsorcjum NDI; ewentualnie, w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że wniosek sformułowany powyżej nie zasługuje na uwzględnienie i / lub został sformułowany przedwcześnie, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum NDI i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której przekazana zostanie wykonawcom pełna treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum NDI, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum NDI i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, oraz wezwania do uzupełnienia złożonego wraz z ofertą formularza JEDZ o inne (nowe) zamówienie w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, dalej „Przystępujący” lub „Konsorcjum NDI”.

Pismem z dnia 3 października 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. W tym samym dniu pismo procesowe złożył Przystępujący wnosząc również o oddalenie odwołania w całości.

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 zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 października 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest Centrum Recyklingu Odpadów Komunalnych w Krakowie” – budowa Recyklingu Tworzyw Sztucznych. Zgodnie z treścią Rozdziału IV: Wykonanie prac budowlano-instalacyjnych, punkt 5: „Szczegółowe właściwości funkcjonalno-

użytkowe i wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia” opisu Przedmiotu zamówienia - PFU, część dotycząca elementu „Wykończenia”: Drzwi i okna należy wykonać w konstrukcji aluminiowej jako profile ciepłe.

Zgodnie z pismem z 15 lipca 2022 r. Zamawiający udzielał następujących odpowiedzi:

Pytanie nr 97: Czy Zamawiający dopuszcza wykonanie stolarki okiennej z PCV?

Odpowiedź: Nie. Zgodnie z zapisem PFU (str. 20) Drzwi i okna należy wykonać w konstrukcji aluminiowej jako profile ciepłe.

Pytanie nr 98: Czy w zakresie budynku socjalnego stolarka drzwiowa winna być wyposażona w system kontroli dostępu?

Odpowiedź: Nie.

Pytanie nr 99: Czy w zakresie budynku laboratorium stolarka drzwiowa winna być wyposażona w system kontroli dostępu?

Odpowiedź: Nie.

Pytanie nr 100: Prosimy o informację czy stolarka drzwiowa w zakresie budynku laboratorium powinna być zabezpieczona do jakiejś konkretnej klasy antykorozyjności?

Odpowiedź: Zgodnie z zapisem PFU (str. 20) Drzwi i okna należy wykonać w konstrukcji aluminiowej jako profile ciepłe

Zgodnie z Rozdziałem VIII ust. 1 pkt 4 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 (słownie: pięciu) lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia, z których każde obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej dla których uzyskano pozwolenie na budowę dla budowy obiektu budowlanego (hali jednonawowej lub wielonawowej o konstrukcji mieszanej (żelbetowo stalowej) lub stalowej), z tego co najmniej jedna dokumentacja projektowa dla budowy obiektu budowlanego (hali o konstrukcji mieszanej (żelbetowo stalowej) lub stalowej) jednonawowej lub wielonawowej o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 25 m.

Izba ustaliła, że Przystępujący do złożonej oferty dołączył formularz JEDZ dla podmiotu, na którego zasobach będzie polegał, tj. ALIT oraz zobowiązanie ALIT do oddania zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w zakresie doświadczenia. Dalej, na potwierdzenie ww. warunku przedłożył m.in. referencje, z których wynika, że ALIT w roku

2019 wykonał kompleksową wielobranżową dokumentację projektową dla zadania inwestycyjnego, a dokumentacja była wykonana w terminach umownych.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 sierpnia 2022 r. dotyczącego istotnych części składowych ceny złożył wyjaśnienia 12 sierpnia 2022 r.

Zamawiający w dniu 12 września 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. Odwołujący podnosił, że wykonawca Konsorcjum NDI nie wykazał zasadności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, postępując się w ramach uzasadnienia ogólnikowymi twierdzeniami, niezindywidualizowanymi dla potrzeb tego konkretnego postępowania, a także nie przedłożył dowodów (poza kilkoma uniwersalnymi) potwierdzających zastosowanie odpowiednich środków w celu zachowania w poufności danych informacji, więc potwierdził, iż dokonane zastrzeżenie było automatyczne i oderwane od okoliczności faktycznych tej konkretnej sprawy.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. W myśl art. 18 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), jeżeli wykonawca, wraz z

przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. W świetle powyższego nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa pod warunkiem wykazania przez wykonawcę zasadności ich zastrzeżenia. Aby zatem wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, Przystępujący zobowiązany był, przekazując informacje Zamawiającemu, wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,
- 3) uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Ustawodawca w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarczy więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Należy też wskazać, że badaniu przez Izbę podlega czynność Zamawiającego polegająca na ocenie przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba nie docieka natomiast, czy zastrzeżone informacje obiektywnie stanowią lub mogą stanowić informacje podlegające ochronie. Nie jest też rolą Zamawiającego ocena, czy określone informacje mogą potencjalnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zadaniem Zamawiającego jest natomiast zbadanie, czy wykonawca należycie uzasadnił zastrzeżenie informacji, gdyż to jakość tego uzasadnienia decyduje o tym, czy w jawnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określone informacje mogą pozostać niejawne.

Izba uznała, że w treści pisma z dnia 12 sierpnia 2022 r. (uzasadnienia zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa) wykazano, że informacje, które zastrzeżone zostały w

wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny: stanowią know-how wykonawcy; mają charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjno-handlowy; przedstawiają wymierną wartość gospodarczą; są efektem wiedzy i doświadczenia Konsorcjum NDI wypracowanych w toku wieloletniej działalności; zawierają szczegóły dotyczące relacji z partnerami biznesowymi przedstawione w ofertach podwykonawców i dostawców; pozwoliły Konsorcjum NDI skalkulować ofertę na konkurencyjnym poziomie; ich ujawnienie skutkowało może po stronie Konsorcjum NDI powstaniem szkody.

Ponadto, Przystępujący wykazał, że zastrzegane informacje pozostają niejawne (nie są łatwo dostępne), nigdy nie były ujawniane, ani nie można ich pozyskać z publicznie dostępnych rejestrów czy dokumentów. Dodatkowo, Przystępujący podjął działania mające na celu utrzymanie tych informacji w poufności. Na potwierdzenie tej okoliczności do wyjaśnień załączone zostały wyciągi z: polityki bezpieczeństwa informacji; procedury nr 3 – Zarządzenie zasobami informatycznymi; Regulaminu użytkowania zasobów IT. Ww. dokumenty potwierdzają, że działania Przystępującego mają charakter uniwersalny i nie są opracowywane na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba za niezrozumiały uznała wywód Odwołującego dotyczący naruszenia art. 16 ustawy Pzp. Uszło uwadze Odwołującego, że po pierwsze skierowane do Odwołującego wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny było skonstruowane w ten sam sposób co wezwanie do Przystępującego. Po drugie, zakres informacji, które nie zostały odtajnione przez Zamawiającego pismem z dnia 2 września 2022 r. jest w zasadzie tożsamy z tym, które nie zostały odtajnione przez Zamawiającego w odniesieniu do oferty Konsorcjum NDI, a żaden z wykonawców nie zaskarżył tej decyzji. Co istotne, Odwołujący powoływał się na te same argumenty, co Przystępujący w wyjaśnieniach, wskazując na takie czynniki jak strategia kalkulacji ceny, dobór kontrahentów czy know-how.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego różnicy między podmiotem, który opracował na rzecz Przystępującego koncepcję realizacji inwestycji a podmiotem udostępniającym potencjał na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 4 lit. a) tiret drugi SWZ, Izba ustaliła, że w zakresie warunku udziału w postępowaniu (tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień obejmujących wykonanie dokumentacji projektowej dla obiektu budowlanego o określonych parametrach) Przystępujący skorzystał z potencjału podmiotu „ALIT” Sp. z o.o. Projektowanie i Realizacja Obiektów Przemysłowych z siedzibą w Krakowie. Izba ustaliła, że wyjaśnienia Przystępującego dotyczą jedynie branży konstrukcyjnej (jednego z elementów składających się na usługi projektowe). Zatem, jak słusznie zauważył Przystępujący, nic nie stoi na przeszkodzie, aby ALIT w toku prac projektowych, korzystał ze wsparcia innych podmiotów w wybranych branżach.

Skład orzekający pominął argumentację Odwołującego o jego wątpliwościach czy w treści oferty Konsorcjum NDI: zostało uwzględnione zabezpieczenie przeciwpożarowe konstrukcji stalowej, prawidłowo przyjęto strukturę warstw dachowych hal w zakresie termoizolacji w taki sposób, by izolacyjność akustyczna dachów wynosiła ok 40 dB, uwzględniono wykonanie zasilania złączy kablowych ZK dla budynków hal oraz budynku socjalnego, uwzględniono w zakresie słupów oświetleniowych dla oświetlenia zewnętrznego - liczbę lamp z oprawami na słupach zgodną z załącznikiem nr 8 (Z-02), tj. 20 sztuk. Artykuł 555 ustawy Pzp stanowi, że Izba nie może rozpoznawać zarzutów niepodniesionych w odwołaniu. Choć pojęcie zarzutu nie posiada definicji ustawowej, to nie może być wątpliwości, że stanowią je wskazane przez odwołującego się wykonawcę okoliczności faktyczne i prawne. Zakreślają one granice sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą, które nie mogą zostać przekroczone bez obrazy zasad prowadzenia postępowania przez organ orzekający. Skoro Odwołujący zasygnalizował tylko pewne wątpliwości, nie przedstawiając w tym zakresie żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła ww. kwestie.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego, że Przystępujący wskazał, że oferuje Zamawiającemu wykonanie drzwi i okien w konstrukcji aluminiowej jako profile zimne, a więc w sposób sprzeczny z treścią dokumentacji postępowania. Skład orzekający ustalił, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie projektów oraz realizacja prac trzech budynków: hali produkcyjnej zakładu recyklingu tworzyw sztucznych, hali magazynowej odpadów komunalnych oraz zaplecza socjalnego. W punkcie 5 PFU opisano właściwości poszczególnych budynków. Informacja dotycząca izolacji cieplnej znajduje się na str. 20 PFU, gdzie wskazano, że *Drzwi i okna należy wykonać w konstrukcji aluminiowej jako profile ciepłe. Nie przewiduje się ogrzewania hal, produkcyjnej i magazynowej, z wyjątkiem części wydzielonych*. Izba ustaliła, że Przystępujący na str. 16 wyjaśnień rażąco niskiej ceny przewidział profile ciepłe, które dotyczą części wydzielonych w budynkach hal. Informacje te zostały również zamieszczone w załączniku nr 8 do ww. wyjaśnień

Przystępujący wyjaśnił również, że zastosowanie tzw. profili ciepłych uzasadnione jest w przypadku konstrukcji ogrzewanych. Profile tego rodzaju gwarantują niski poziom przepuszczalności, co pozwala uniknąć utraty ciepła w ogrzewanym pomieszczeniu. Dlatego też stosowanie profili ciepłych w pomieszczeniach nieogrzewanych jest niezasadne. W tego typu pomieszczeniach stosuje się profile zimne, które nie posiadają podwyższonych parametrów termoizolacyjnych. Zatem przywołane powyżej postanowienie PFU dowodzi, że wykonawcy winni uwzględnić w swoich ofertach profile ciepłe, ale nie w odniesieniu do nieogrzewanych hal (z wyjątkiem części wydzielonych).

Ponadto, za nieuzasadnione Izba uznała przywoływanie przez Odwołującego odpowiedzi na pytania nr 97-100, bowiem nie dotyczą one izolacji cieplnej hali, gdyż pytanie nr 97 dotyczy możliwości skorzystania z PCV, zamiast konstrukcji aluminiowej; pytania 98 i 99 dotyczą kontroli dostępu, a pytanie nr 100 dotyczy klasy antykorozyjności stolarki drzwiowej.

Odwołujący podnosił również zarzut braku wykazania się przez Przystępującego wymaganym doświadczeniem w zakresie projektowania w związku ze wskazaniem realizacji pn. Budowa budynku magazynowego koncentratu miedzi w Głogowie.

Stosownie do Rozdziału VIII ust. 1 pkt 4) a) tiret drugi SWZ, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 5 (słownie: pięciu) lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 (dwa) zamówienia, z których każde obejmowało opracowanie dokumentacji projektowej dla których uzyskano pozwolenie na budowę dla budowy obiektu budowlanego (hali jednonawowej lub wielonawowej o konstrukcji mieszanej (żelbetowo stalowej) lub stalowej), z tego co najmniej jedna dokumentacja projektowa dla budowy obiektu budowlanego (hali o konstrukcji mieszanej (żelbetowo stalowej) lub stalowej) jednonawowej lub wielonawowej o rozpiętości co najmniej jednej z naw nie mniejszej niż 25 m.

Izba ustaliła, że Przystępujący do oferty dołączył formularz JEDZ dla podmiotu, na którego zasobach będzie polegał, tj. ALIT, oraz zobowiązanie ALIT do oddania zasobów na potrzeby realizacji zamówienia w zakresie doświadczenia. Z powyższych dokumentów wynika, że ALIT jako podmiot trzeci udostępnia zasoby w zakresie swojego doświadczenia w realizacji dwóch inwestycji, tj. Budowy budynku magazynowego koncentratu miedzi w Głogowie oraz Budowy hali przygotowania wsadu w Głogowie. Przystępujący przedłożył też referencje wystawione 7 września 2022 r., gdzie wskazano, że *ALIT w roku 2021 wykonała na zamówienie inwestora kompleksową wielobranżową dokumentację projektową dla zadania inwestycyjnego (...), Dokumentacja była wykonana w terminach umownych.*

Odwołujący podnosił, że ww. zamówienie obejmujące opracowanie dokumentacji projektowej wykonywane przez ALIT jest w dalszym ciągu realizowane, a ALIT nadal realizuje usługę projektowania dla tego zadania inwestycyjnego. Zatem, podmiot trzeci, na którego zasobach polega Przystępujący, nie ukończył na dzień 20 września 2022 r. zamówienia polegającego na opracowaniu dokumentacji projektowej zgodnie z treścią warunku opisanego w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4) a) tiret drugi SWZ. Do odwołania załączone zostało sprostowanie referencji, w którym przedstawiciele Mostostalu Kraków S.A. stwierdzają, że zadanie jest jednak nadal realizowane.

Izba uznała, że stwierdzenie, iż podmiot nadal realizuje usługę projektowania nie wyklucza spełnienia wymogu stawianego przez Zamawiającego. Zamawiający określił w jaki sposób definiuje „wykonanie” zamówienia mającego za przedmiot opracowanie dokumentacji projektowej. Żądał wykazania się zadaniami, dla których wydano już pozwolenie na budowę, tj. możliwość posłużenia się realizacją prac projektowych uzależnione była od uzyskania pozwolenia na budowę.

Ponadto, Zamawiający nie zdefiniował „zamówienia” jako umowy. Wskazał, że zamówieniem jest opracowanie dokumentacji projektowej, dla której wydano pozwolenie na budowę. Nie jest zatem istotne, jak słusznie zauważył Przystępujący, czy oba referencyjne zamówienia były wykonane w ramach jednej umowy czy może dwóch, bez znaczenia jest też czy np. do umowy zawierane były aneksy. Kluczowe jest czy opracowano dokumentację projektową pozwalającą na wydanie pozwolenia na budowę. Bez znaczenia pozostaje więc czy pozwolenie to posłużyło bezpośrednio do realizacji robót budowlanych, czy też na późniejszych etapach pozwolenie lub dokumentacja projektowa podlegały zmianom.

Rację należy więc przyznać Zamawiającemu, że skoro zostało dookreślone, iż wykonanie dokumentacji projektowej obejmuje również uzyskanie pozwolenia na budowę to przez spełnienie ww. warunku rozumie się wykonanie konkretnych prac projektowych zakończonych decyzją administracyjną. Nie oznacza to natomiast, iż warunek do projektowania będzie spełniony o ile w oparciu o tak opracowaną dokumentację zostaną zrealizowane roboty budowlane.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: