

Sygn. akt: KIO 2548/20

WYROK

z dnia 26 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05 października 2020 r. przez Odwołującego S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **AS PRODUKT S. P. (ul. Dojazdowa 4, 87-103 Mała Nieszawka)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Miasto Gniezno (ul. Lecha 6, 62-200 Gniezno)**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **AS PRODUKT S. P. (ul. Dojazdowa 4 87-103 Mała Nieszawka)** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **AS PRODUKT S. P. (ul. Dojazdowa 4 87-103 Mała Nieszawka)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **AS PRODUKT S. P. (ul. Dojazdowa 4 87-103 Mała Nieszawka)** na rzecz Zamawiającego **Gmina Miasto Gniezno (ul. Lecha 6, 62-200 Gniezno)** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Gniezno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są: „Baseny letnie wraz z infrastrukturą towarzyszącą”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 07 sierpnia 2020 roku pod numerem 572491-N.

Odwołujący S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą AS PRODUKT S. P. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy p.z.p. oraz art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku nieuzasadnionego i bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania ze względu na przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co jednocześnie świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podczas gdy Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu i wykazał powyższe należycie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jako niepodlegającej wykluczeniu i odrzuceniu, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W rozdziale III SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust 5 ustawy PZP” Zamawiający zastrzegł m.in. następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej:

„Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: a) wykonał, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polecającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie basenów o powierzchni lustra wody co najmniej 400 m²;” (pkt III. 1.3.a) SIWZ).

Przedmiotowy warunek został dookreślony w drodze wyjaśnienia treści SIWZ przez udzielenie przez Zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2020 r. następującej odpowiedzi na pytanie nr 11:

„Pytanie nr 11

Czy zamawiający uzna za spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ, rozdział III, pkt 1.3 wykazanie się przez Wykonawcę 2 robotami budowlanymi polegającymi na budowie i przebudowie basenów o łącznej powierzchni lustra wody 400 m².”

„Odpowiedź nr 11

Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej określony w pkt. 111.1.3.a) siwz za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że: wykonał, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną, polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie basenów o powierzchni lustra wody co najmniej 400 m².”

Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy p.z.p. - do złożenia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym celu Odwołujący miał przedstawić do 3 września 2020 r. wykaz robót budowlanych.

Odwołujący przedstawił Zamawiającemu sporządzony zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ wykaz robót budowlanych. W przedłożonym wykazie wskazał m.in. następującą robotę budowlaną: Budowa wodnego placu zabaw w strefie okolicy w Ciechocinku. Prace polegały na robotach żelbetowych w tym zbrojeniowych, położeniu nawierzchni EPDM, budowie komory technologicznej (w tym pracach sanitarnych i elektrycznych), dostawie i montażu zabawek wodnych, instalacji technologii uzdatniania wody basenowej dla niecki wodnej o powierzchni 289 m² i 418 m².

W załączeniu złożono dowód potwierdzający należyte wykonanie ww. roboty w postaci rekomendacji z dnia 1 września 2020 r. podpisanej przez Zastępcę Burmistrza Gminy Miejskiej Ciechocinek.

Zamawiający we wskazanym piśmie stwierdził, że złożone przez Wykonawcę dokumenty nie potwierdzają w jego ocenie wymaganego doświadczenia oraz wezwał do uzupełnienia: „wykazu robót budowlanych potwierdzającego, że Wykonawca, wykonał; w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną, polegającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie *basenów* o powierzchni lustra wody co najmniej 400 m² wraz z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należyście w terminie do dnia 10 września 2020 r. do godz. 15:30.”

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił nowy wykaz robót budowlanych, w którym pod Lp. 2 zawarto nieco zmieniony opis roboty budowlanej określonej powyżej oraz pod Lp. 3 podano jeszcze jedną robotę budowlaną: Roboty budowlane w kompleksie „Bel Mare” zlokalizowanym w Międzyzdrojach przy ulicy Nowomyśliwskiej na działce o numerze ewidencyjnym 568/2, obręb 0019. Roboty budowlane polegały na dostawie oraz montażu instalacji uzdatniania wody oraz prac wykończeniowych i instalacyjnych dla basenów o łącznej powierzchni lustra wody wynoszącej 419 m². Prace Wykonawcy polegały na:

dostawie oraz montażu armatury basenowej, dostawie i montażu atrakcji basenowych, wykonaniu orurowania niecek basenowych, dostawie i montażu urządzeń kontrolno – pomiarowych sterujących systemem uzdatniania wody, wykonaniu instalacji elektrycznych niecek basenowych, wykonaniu prac wykończeniowych wewnątrz obiektu polegających na reprofiliacji niecek basenowych, hydroizolacji oraz wykończeniu ceramiką.

W załączeniu do pisma Wykonawcy złożono również:

- dodatkową referencję udzieloną przez Gminę Miejską Ciechocinek w dniu 8 września 2020 r. potwierdzającą, iż roboty Wykonawcy dotyczyły niecki basenowej (wcześniej określonej jako „wodna”) o powierzchni 289 m² oraz 418 m²;
- mapy geodezyjne dotyczące ww. niecek basenowych, które obrazują wymiary tych niecek (w tym ich głębokość) oraz ich powierzchnię;
- dowód potwierdzający należyte wykonanie robót opisanych w wykazie robót budowlanych pod Lp. 3 w postaci rekomendacji z dnia 8 września 2020 r., w treści której wskazano, iż roboty Wykonawcy dotyczyły *„basenów o łącznej powierzchni lustra wody wynoszącej 419 m².”*

W piśmie Wykonawcy z dnia 8 września 2020 r. przedstawiono również szerszą argumentację co do spełniania przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, podając jako podstawę art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. i wyjaśniając, że Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy p.z.p., a ofertę Wykonawcy wykluczonego stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy p.z.p. uważana jest za odrzuconą.

Uzasadniając ww. czynność Zamawiający w odniesieniu do roboty budowlanej opisanej w wykazie robót budowlanych pod Lp. 2 wskazał, iż nie uznaje za spełniony przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu z uwagi na to, że *„w wykonanych robotach nie było lustro wody a Zamawiający wymagał, aby wykazać się wykonaniem obiektu z lustrem wody o określonej powierzchni”*.

W odniesieniu do roboty budowlanej opisanej w wykazie robót budowlanych pod Lp. 3 Zamawiający stwierdził, iż *„dokonał osobiście wizji lokalnej tej inwestycji w wyniku, której stwierdzono, że obiekty, na których wykonywane były przez Wykonawcę AS PRODUKT roboty budowlane polegające na dostawie oraz montażu instalacji uzdatniania wody oraz prace wykończeniowe i instalacyjne dla basenów, posiadają łączną powierzchnię lustra wody wynoszącą poniżej 350 m² (dotyczy zewnętrznego wodnego placu zabaw oraz niecki basenowej wewnątrz obiektu). W przypadku wodnego placu zabaw, atrakcje wodne posadowione są na zewnętrznym placu zabaw, gdzie nie ma lustra wody”*.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego.

W odniesieniu do pierwszej z wymienionych prac Odwołujący wskazał, że nie jest prawdą, że w zrealizowanych basenach nie ma lustro wody. Zamawiający wysnuwając powyższe twierdzenie opiera się na piśmie Burmistrza Gminy Miejskiej Ciechocinek. Odwołujący wskazał, że Burmistrz Gminy Miejskiej Ciechocinek nie może mieć żadnych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie ani wiedzy technicznej, aby oceniać w sposób kompetentny i uprawniony przedmiotową kwestię, a jego twierdzenia na ten temat mogą stanowić jedynie, co najwyżej wyłącznie jego subiektywną ocenę, czy w jego odczuciu występuje w tym basenie „lustro wody” - tym bardziej, że takiego terminu Zamawiający nigdzie nie sprecyzował i nie wiadomo jak należy ten termin rozumieć. Zdaniem Odwołującego przesłanka wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty nie może zostać oparta na niejasnych terminach, które jako niejasne mogą być różnie poczytywane przez zapytane o nie osoby czy podmioty.

Odwołujący podkreślił, że w wydanej dla przedmiotowej inwestycji w Ciechocinku decyzji o pozwoleniu na budowę jednoznacznie przesądzono, że pozwolenie wydaje się dla obiektu zakwalifikowanego jako obiekt V. kategorii obiektów budowlanych, a do tych zalicza się obiekty sportu i rekreacji, takie jak właśnie odkryte baseny, niezależnie od ich głębokości.

Odwołujący wyjaśnił, że technologia basenowa jest skomplikowana. „Niecki basenowe są żelbetowe, a na ich dnie wyścielona jest membrana pcv. Niecki basenowe o projektowanej głębokości 20 oraz 35 cm są stale (w trakcie użytkowania basenu) pokryte wodą. Woda, która z nich wypływa kierowana jest do podbasenia. Tam jest uzdatniania i powraca do basenu. Taki sam system przewidziany jest w przypadku zamówienia, które ma zostać udzielone przez Zamawiającego w wyniku przeprowadzenia postępowania. Różnica dotyczy jedynie głębokości basenu, która ostatecznie została zmniejszona, do ok. 1 - 2 cm, co nie ma jednak żadnego znaczenia. Zamawiający nie wymagał bowiem doświadczenia w wykonawstwie obiektu o określonej przez niego głębokości minimalnej.” Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że zrealizowane przez Wykonawcę roboty stanowią baseny, które w trakcie ich użytkowania mają lustro wody, którego powierzchnia - co do zasady - odpowiada powierzchni niecek basenowych. Bez znaczenia przy tym jest głębokość wody znajdującej się w tych nieckach.

W ocenie Odwołującego niezrozumiałe są zastrzeżenia Zamawiającego co do roboty budowlanej opisanej w wykazie robót budowlanych pod Lp. 3 - „Roboty budowlane w kompleksie „Bel Mare”. Nie wiadomo, na jakiej podstawie Zamawiający stwierdził, iż w przypadku tych robót łączna powierzchnia lustro wody wynosi poniżej 350 m². W szczególności nie jest wiadomym, czy Zamawiający celem dokonania pomiaru (wytyczenia) tej powierzchni skorzystał z usług uprawnionego geodety. Niezależnie od powyższego, pomiar taki nie może zastępować danych wynikających z dokumentacji projektowej

przedmiotowej inwestycji i dokumentacji powykonawczej.

Odwołujący zauważył także, że twierdzenia Zamawiającego co do przedmiotowej roboty są wewnętrznie sprzeczne: w jednym zdaniu Zamawiający twierdzi, że łączna powierzchnia lustra wody obejmuje m.in. zewnętrzny wodny plac zabaw, by w następnym zdaniu stwierdzić, że na zewnętrznym wodnym placu zabaw według Zamawiającego nie ma lustra wody.

Ustalenia Zamawiającego w tym zakresie stoją w sprzeczności z treścią rekomendacji z dnia 8 września 2020 r. udzielonych przez podmiot, na którego rzecz wykonano przedmiotowe roboty budowlane, gdzie wprost podano, iż Wykonawca zrealizował baseny „o łącznej powierzchni lustra wody 419m²”.

W ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. jest niezgodna z prawem, ponieważ przesłanką odrzucenia oferty na tej podstawie jest okoliczność, że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Taka sytuacja nie ma jednak w niniejszej sprawie miejsca. Ponadto zdaniem Odwołującego przywołana przez Zamawiającego podstawa prawna (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy p.z.p.) nie znajduje w okolicznościach niniejszej sprawy podstaw faktycznych do zastosowania. Wykonawca wykazał wykonanie dwóch robót, z których każda spełnia ww. warunek.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ definicji terminów, którymi się aktualnie posługuje, tj.: „basenu” ani „lustra wody”. Brak jest także legalnych definicji ww. pojęć w przepisach prawa, w tym w szczególności prawa budowlanego, czy innych.

Odwołujący przytoczył definicję z Encyklopedii PWN – pojęcia basen, która obejmuje: [fr.], sport, sztuczny zbiornik wodny służący do celów sportowych. Jak wskazał, w przypadku przedmiotowego zamówienia równie uprawnione jest, by sztuczny zbiornik służył celom rekreacyjnym.

Odwołujący wskazał, że „niecki basenowe zrealizowane przez Wykonawcę w ramach robót budowlanych opisanych w wykazie robót budowlanych pod pozycjami Lp. 2 i Lp. 3, niezależnie od ich głębokości, zawierają się w ww. pojęciu basenu, gdyż są one wodnymi zbiornikami antropogenicznymi, które wykorzystywane są do celów sportowych względnie rekreacyjnych. Oznacza to, że wykonanie przedmiotowych niecek basenowych jest wykonaniem basenów, co w konsekwencji pozwala na konstatację, że Wykonawca wykonawszy przedmiotowe niecki basenowe nabył doświadczenie, o jakim mowa w pkt III.1.3. a) SIWZ. Przedmiotowe niecki basenowe wykonane zostały w technologii analogicznej do tej, jaka znajdzie zastosowanie przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, co prowadzi do oczywistego wniosku, że w takim stanie rzeczy doświadczenie

nabyte przez Wykonawcę w związku z wykonaniem tych niecek jest doświadczeniem adekwatnym do należytej realizacji tego zamówienia, a więc doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunku określonego w pkt III.1.3. a) SIWZ. Wszystkie wykonane przez Odwołującego niecki basenowe wypełnione są wodą - do tego wszak przede wszystkim służą i w tym celu były budowane. Oznacza to, że mają one lustro wody. Bez znaczenia w ocenie Odwołującego jest głębokość tej wody, a w każdym razie Zamawiający w żaden sposób nie określił minimalnej głębokości basenów w opisie warunków udziału w Postępowaniu. Bez znaczenia również jest, że część z tych niecek basenowych wykorzystywana jest jako „wodne place zabaw” - istotne bowiem jest, że stanowią baseny w wyżej opisanym znaczeniu (tj. sztuczne zbiorniki wodne służące do celów sportowych lub rekreacyjnych) o określonej powierzchni lustra wody, która odpowiada powierzchni niecek basenowych. Powyższe odnieść należy zarówno do zakresu pojęciowego „basenu” jak i „powierzchni lustra wody”.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie z wnioskiem o oddalenie odwołania w całości. W treści odpowiedzi na odwołanie przedstawił poniżej wskazana argumentację.

Zamawiający nie uznał za spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie przedłożonych referencji dotyczących zadania „Budowa wodnego placu zabaw w strefie okołotężniowej w Ciechocinku”, ponieważ w wykonanych robotach nie było lustra wody, a Zamawiający wymagał, aby wykazać się wykonaniem obiektu z lustrem wody o określonej powierzchni. W ocenie Zamawiającego inwestycja prowadzona jako „wodny plac zabaw” nie może być w świetle doświadczenia życiowego jak i wiedzy technicznej zaakceptowana jako obiekt równoważny z „basenem”. Słownikowe znaczenie słowa basen odwołuje się bowiem do kwestii przeznaczenia tego obiektu podkreślając, iż jest to obiekt w którym można (sportowo lub rekreacyjnie) pływać lub uczyć się pływania. Jest to synonim słowa „pływalnia”. Zamawiający przytoczył definicję słownikową słowa: „basen”: - forma skrócona od basen pływacki - sztuczny zbiornik z wodą, służący do celów rekreacyjnych, higienicznych, technicznych lub rytualnych. *Definicja legalna słowa „pływalnia”* - to obiekt kryty lub przeznaczony do pływania lub kąpieli, posiadający co najmniej jedną nieckę basenową, z trwałym brzegiem i dnem, wyposażony w urządzenia sanitarne i natryski.

Zamawiający na skutek postępowania wyjaśniającego, w toku wymiany korespondencji z Burmistrzem Miasta Ciechocinka uzyskał informację, iż na ww. placu zabaw nie ma lustra wody tj. stale utrzymującego się poziomu wody o określonej głębokości, a woda jest jedynie w bieżącym obiegu celem korzystania z poszczególnych urządzeń zabawowych, bez określonego poziomu głębokości. Tym bardziej zaś na terenie wodnego placu zabaw nie

można pływać lub uczyć się pływania.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący w treści odwołania opisując inwestycję w Ciechocinku, która potwierdzać miała spełnienie ww. warunku używa zwrotu „niecka basenowa” wskazując także, że w przypadku inwestycji w Ciechocinku głębokość wykonanej niecki basenowej „została ostatecznie zmniejszona do ok. 1-2 cm”. Tak więc zdaniem Zamawiającego okoliczność ta oznacza, że niecka o takiej głębokości samodzielnie nie może posłużyć do żadnego z celów w jakim buduje się basen (pływanie, nauka, rekreacja). Może jedynie stanowić podłoże dla placu zabaw, na które woda luźno spływa z atrakcji w rodzaju zjeżdżalni. Zupełnie inny był więc cel takiej inwestycji.

Niezależnie od powyższego w ocenie Zamawiającego, warunek wykazania się zrealizowaniem budowy basenu „o powierzchni lustra wody co najmniej 400 m²”, nie może być uznany za spełniony w przypadku obiektu, który dysponuje taką powierzchnią, ale umieszczone są w nim obiekty (zjeżdżalnie, zamki, itp.). Zamawiający przytoczył także definicję słownikową pojęcia „lustro wody” - Lustro wody - obszar zbiornika wodnego otwartego, na którym występuje napięcie powierzchniowe wody (źródło: <https://pl.wikipedia.org>).

Zamawiający wyjaśnił, że wymagając określonej powierzchni lustra wody nie miał na myśli całkowitej powierzchni placu zabaw, albowiem tylko w przypadku basenu otwartego jego powierzchnia może być równa powierzchni lustra wody. W przypadku placu zabaw na powierzchnię ogólną składają się przede wszystkim elementy placu zabaw. Jedynie ew. w części (pomiędzy elementami zabawowymi) ww. powierzchni placu zabawa może być to gładka powierzchnia wody stojącej (lustro wody). Tak więc utożsamianie powierzchni wodnego placu zabaw z powierzchnią lustra wody jest daleko idącym nadużyciem.

Bez znaczenia zdaniem Zamawiającego pozostaje także argument Odwołującego o kwalifikacji obiektu w uzyskanym pozwoleniu na budowę. Nawet wspomniana przez Odwołującego kategoria V jest obszerna i obejmuje: „obiekty sportu i rekreacji, jak: stadiony, amfiteatry, skocznie i wyciągi narciarskie, kolejki linowe, odkryte baseny, zjeżdżalnie”. Przeporządkowanie obiektu przez organ administracji budowlanej w tak pojemniej kategorii pojęciowej (zawierającą m.in. zjeżdżalnie) w żaden sposób nie przesądza, iż wodny plac zabaw jest inwestycją tożsamą z basenem o określonej powierzchni lustra wody.

Zamawiający wobec braku nowych okoliczności podtrzymał stanowisko w zakresie „Budowy wodnego placu zabaw w strefie okolicy w Ciechocinku” jako niepotwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W kwestii robót budowlanych w kompleksie „Bel Mare” w Międzyzdrojach Zamawiający wskazał, że dokonał (w osobach doświadczonych inżynierów z uprawnieniami budowlanymi) wizji lokalnej inwestycji, na których wykonywane były przez Odwołującego roboty budowlane

polegające na dostawie oraz montażu instalacji uzdatniania wody oraz prace wykończeniowe i instalacyjne dla basenów, posiadających łączną powierzchnię lustra wody wynoszącą poniżej 350 m² (dotyczy zewnętrznego wodnego placu zabaw oraz niecki basenowej wewnątrz obiektu). Jak wskazał Zamawiający, w przypadku wodnego placu zabaw, atrakcje wodne posadowione są na zewnętrznym placu zabaw, gdzie nie ma w ogóle lustra wody, co najwyżej zaś woda płynąca. Zatem także i w tym przypadku Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnił warunku określonego w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W ocenie Izby, zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się bezzasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.

W analizowanym stanie faktycznym kwestionowane było zastosowanie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z artykułem 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji, zgodnie z artykułem 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Zgodnie z artykułem 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykonawca nie wykazał, aby spełnił warunek udziału w postępowaniu, a zatem podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji jego oferta podlegała odrzuceniu.

W rozdziale III SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust 5 ustawy PZP”, Zamawiający wymagał, aby w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wykazali, że: wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polecającą na budowie, przebudowie lub rozbudowie basenów o powierzchni lustra wody co najmniej 400 m²” (pkt III. 1.3.a) SIWZ).

Treść warunku jest jasna. W treści warunku brak jest sformułowań, które nie byłyby powszechnie zrozumiałe, stąd bezpodstawne są zarzuty Odwołującego, że Zamawiający nie przedstawił na etapie formułowania treści SIWZ wyjaśnień co do poszczególnych

sformułowań zawartych w treści warunku udziału w postępowaniu.

Spór w niniejszym postępowaniu dotyczył okoliczności, czy przedstawione przez Odwołującego zadania mogą zostać uznane za spełniające powyższy warunek udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby trafne było stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym żadna z przedstawionych inwestycji nie spełniła warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie żadnej z inwestycji Odwołujący nie wykazał, że wykonał robotę budowlaną polegającą na budowie przebudowie lub rozbudowie basenów o powierzchni lustra wody co najmniej 400 m².

Żadna bowiem z tych inwestycji nie zawierała basenów o powierzchni lustra wody co najmniej 400 m².

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w tym celu, aby mieć pewność, że wykonawca, które będzie realizował zadanie, miał możliwość wykazać, że będzie zdolny zadanie to wykonać. Warunki udziału w postępowaniu odpowiadać powinny przedmiotowi zamówienia. W niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia jest budowa basenów letnich wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Tym samym warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej referował do konieczności wykazania budowy basenu. W ocenie Izby nie była konieczna definicja słowa basen, bowiem powszechnie wiadomo, że słowo to oznacza obiekt (sztuczny zbiornik wodny) wypełniony wodą, który służy określonym celom, najczęściej sportowym – np. pływanie. Aby obiekt był wypełniony wodą, musi posiadać ścianki, które tę wodę utrzymują. Dzięki odpowiednio wysokim ściankom, woda utrzymuje się, a zatem każdy basen posiada głębokość. Zatem cechą charakterystyczną basenu jest posiadanie określonej, minimalnej głębokości. Ponieważ w takim obiekcie woda utrzymuje się, „jest stojąca”, posiada on lustro wody. Określenie warunku udziału w postępowaniu odnosiło się także do lustra wody. Pojęcie to także nie wymaga szczególnej definicji. Odnosi się do powierzchni wody, obszaru zbiornika wodnego. Lustro wody dotyczy powierzchni gładkiej wody (stąd zapewne nazwa lustro), a zatem powierzchni stojącej wody, utrzymującej się w określonym zbiorniku, nie zaś do wody płynącej.

Tymczasem zadania, na których realizację powoływał się Odwołujący, zawierają atrakcje wodne, które nie są basenami i nie posiadają lustra wody o wymaganej przez Zamawiającego powierzchni 400 m².

W odniesieniu do zadania Budowa wodnego placu zabaw w strefie okołotężniowej w

Ciechocinku – już z samych zdjęć (co do których Odwołujący nie zaprzeczył, że przedstawiają ww. inwestycję) wynika, że atrakcja posiada instalacje natryskowe, które powodują spływanie wody na określony plac. W instalacji tej nie widać żadnej stojącej, utrzymującej się wody. Nie jest to w żadnym razie basen, a zatem zbiornik o utrzymującej się, określonej głębokości wody. Na pewno nie jest możliwe np. pływanie lub nawet zanurzenie się w wodzie w przypadku tej atrakcji, a zatem nie spełnia ona funkcji basenu.

W treści wyjaśnień z 21 września 2020 roku Burmistrz Miasta Ciechocinek wyjaśnił, że Odwołujący zrealizował w ramach tego zadania „niekę o powierzchni 418 m² z atrakcjami wodnymi, bez lustra wody”. W żadnym z pism Burmistrz Miasta Ciechocinek nie wskazał, aby Odwołujący w ramach przedmiotowego zadania zrealizował basen. Już sam ten fakt wskazuje na brak spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, który wyraźnie referował do realizacji zadania polegającego na budowie basenu. Burmistrz wyraźnie stwierdził, że zrealizowane zadanie dotyczyło atrakcji wodnej, w której brak jest wody stojącej, na co wskazuje stwierdzenie „bez lustra wody”.

Okoliczność, że Burmistrz w treści wyjaśnień stwierdził, że: „W trakcie użytkowania w niecce powstaje delikatne lustro wody na poziomie 1÷2 cm” nie oznacza, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jak wskazano powyżej, zrealizowany obiekt nie jest basenem – nie jest obiektem, w którym utrzymuje się stała powierzchnia wody, nie jest zbiornikiem, w którym można pływać. Zaś okoliczność, że utrzymuje się warstwa 1÷2 cm wody wskazuje na wodę, która spływa z urządzeń natryskowych, nie jest to gładka powierzchnia wody stojącej, a zatem nie jest to lustro wody. Woda w atrakcji pozostaje w obiegu, celem korzystania z urządzeń zabawowych, bez określonego, stałego poziomu głębokości. Wyłączenie napływu wody z urządzeń natryskowych, spowodowałoby spłynięcie warstwy wody. Odwołujący nie zrealizował zatem zadania obejmującego basen - zbiornik o stałe utrzymującym się poziomie wody, w którym utrzymywana jest stała woda o określonej głębokości.

Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że zarówno Burmistrz Ciechocinka, jak i inne podmioty, używały pojęcia „niecka”. Samo to wyrażenie nie jest synonimem pojęcia „basen”. Przedmiotem warunku była budowa basenu o określonej powierzchni lustra wody, nie zaś niecki. Żaden z podmiotów nie przedstawił instalacji jako basen. Wskazywane przez pracownie architektoniczne twierdzenia (przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci pism Pracowni Architektonicznej Archi-Size) jakoby architektoniczna forma czy infrastruktura techniczna zrealizowanego obiektu w Ciechocinku spełniały wymogi jak dla obiektów basenowych nie oznacza, że są to wymagane przez Zamawiającego w treści warunku baseny. Fakt zastosowania określonej techniki nie przesądza o powstaniu basenu.

Izba podziela stanowisko, iż bez znaczenia pozostaje argument Odwołującego o kwalifikacji obiektu w uzyskanym pozwoleniu na budowę. Kategoria V jest obszerna i obejmuje: „obiekty sportu i rekreacji, jak: stadiony, amfiteatry, skocznie i wyciągi narciarskie, kolejki linowe, odkryte baseny, zjeżdżalnie”. Przyporządkowanie obiektu przez organ administracji budowlanej w tak pojemnej kategorii pojęciowej (zawierającą m.in. zjeżdżalnie), nie przesądza, iż wodny plac zabaw jest inwestycją tożsamą z basenem o określonej powierzchni lustra wody.

Podobne rozważania należy odnieść do zadania robót budowlanych w kompleksie „Bel Mare” zlokalizowanym w Międzyzdrojach. Zamawiający przedstawił zdjęcia atrakcji wodnych tego kompleksu (co do których Odwołujący nie zaprzeczył, że przedstawiają ww. inwestycję). Ze zdjęć wynika, że jedna z atrakcji posiada jedynie instalacje natryskowe, które powodują spływanie wody na określony plac. Woda nie utrzymuje się, a jedynie spływa do gardzieli przelewowej. W instalacji tej nie widać żadnej stojącej, utrzymującej się wody, co wynika z okoliczności, że brak jest ścianek utrzymujących wodę. Nie jest to zatem basen, bowiem nie jest to zbiornik o utrzymującej się głębokości wody o określonej głębokości. Na pewno nie jest możliwe w przypadku tej atrakcji np. pływanie lub zanurzenie się w wodzie, co potwierdza, że nie jest to basen.

Bez znaczenia pozostają rozważania Odwołującego, co do sposobu ustalenia przez Zamawiającego powierzchni, skoro co najmniej jedna z atrakcji nie spełnia wymagań Zamawiającego, a łącznie trzy atrakcje nieznacznie przekraczają 400m². Odwołujący nie dowiódł, że zrealizowane przez niego zadania spełniają wymagania Zamawiającego.

Bez znaczenia są także rozważania Odwołującego co do tego, w jaki sposób działają atrakcje wodne, czy są one zbliżone w zakresie sposobu działania do basenu. Treść warunku była jasna, Zamawiający oczekiwał wykazania zrealizowania zamówienia polegającego na budowie basenu o określonej wielkości powierzchni lustra wody. Odwołujący nie przedstawił takich obiektów.

Nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, zgodnie z którym wszelkie niejasności czy wątpliwości powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Przede wszystkim taka zasada nie została wyrażona w ustawie Prawo zamówień publicznych. Ponadto przyjęcie takiej zasady mogłoby prowadzić do nierównego traktowania wykonawców – np. do sytuacji, w której Zamawiający każdorazowo zobowiązany byłby do uznania za spełniające warunek udziału w postępowaniu przedstawione przez wykonawcę zrealizowane zadanie, które niezupełnie spełnia wymagania postawione w SIWZ, jednocześnie uniemożliwiając

uzyskanie zamówienia wykonawcom, którzy całkowicie spełniają wymagania postawione w SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: