

WYROK
z dnia 12 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 października 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A., INSTAL KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury ul. Mogilska 65, 30-901 Kraków,**

przy udziale wykonawcy: **WARBUD S.A., ul. Domaniewska 32, 02-072 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu** unieważnienie czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny wniosków, w tym oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę **WARBUD S.A.,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: WARBUD S.A., ul. Domaniewska 32, 02-072 Warszawa, i**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A., INSTAL**

KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **WARBUD S.A., ul. Domaniewska 32, 02-072 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A., INSTAL KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30-705 Kraków**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na zadanie „Budowa kompleksu szkolenia fizycznego oraz basenu pływackiego w jednostce wojskowej Kraków - Pychowice”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 czerwca 2015 r. pod nr 2015/S119-216419.

W dniu 15 września 2015 r. Zamawiający przekazał wykonawcom „Informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków”, z której wynika, że Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Chemobudowa - Kraków S.A., INSTAL KRAKÓW S.A., z siedzibą lidera w Krakowie otrzymało łącznie 3 punkty i zostało sklasyfikowane na 5 miejscu wraz z firmą EIFFAGE Polska Budownictwo S.A. z siedzibą w Warszawie. Z uwagi na wartość wykonanych robót ww. Konsorcjum, zwane dalej w skrócie Konsorcjum Chemobudowa, nie zostało zaproszone do składania ofert, a zatem zostało wykluczone z udziału w postępowaniu.

Konsorcjum Chemobudowa wniosło odwołanie wobec ww. czynności. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, tj.:

1. art. 51 ust. 2 Pzp, poprzez odmowę zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty z uwagi na niewystarczającą liczbę punktów do zakwalifikowania się do dalszego etapu postępowania oraz poprzez zaproszenie do złożenia oferty wykonawcy WARBUD S.A. na skutek wyłonienia tego wykonawcy w sposób nieobiektywny i dyskryminujący Odwołującego,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WARBUD S.A. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny spełniania przez WARBUD S.A. warunków udziału w postępowaniu, tj. oceny dwóch inwestycji wykazanych w pozycji nr 3 i 4 „Wykazu robót” oraz powtórzenie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający przewidział, że do składania ofert zostanie zaproszonych 5 firm, a łączna wartość robót budowlanych wykazanych przez Odwołującego jest niższa niż w przypadku wykonawcy EIFFAGE Polska Budownictwo S.A. Wobec tego Odwołujący został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, jako wykonawca niezaproszony do złożenia oferty.

Odwołujący wyjaśnił także, że na podstawie:

1. „Wykazu robót budowlanych” (załącznik nr 4) złożonego przez firmę WARBUD S.A. wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie,
 2. wizji lokalnej zrealizowanych inwestycji wskazanych w poz. nr 3 i 4 „Wykazu robót”,
 3. rozmów i korespondencji z Zamawiającym i innymi uczestnikami procesu realizacyjnego dotyczącego inwestycji nr 3 i 4,
 4. ogólnie dostępnych informacji w bazie internetowej,
- ustalił, co następuje:

- Inwestycja nr 3 p.n. „Budowa zespołu budynków mieszkalnych i biurowo-handlowo-usługowego z garażem podziemnym i infrastrukturą usytuowanych przy ul. Topiel 12 w Warszawie” jest zlokalizowana w Warszawie u zbiegu ulic Topiel 12 i Drewniana 9 i składa się z: budynku biurowego zlokalizowanego przy ul. Topiel 12, budynku mieszkalnego (apartamenty) zarejestrowanego przy ul. Drewnianej 9, w którym w podziemiu znajduje się basen relaksacyjny o wym. 12,2 x 3,6 m będący do wyłącznej dyspozycji mieszkańców tego budynku.

- Inwestycja nr 4 p.n. „Budowa Ambasady Królestwa Arabii Saudyjskiej oraz rezydencji Ambasadora Arabii Saudyjskiej przy ul. Wiertniczej w Warszawie” zlokalizowana jest u zbiegu ulic Wiertniczej 30 i Obornickiej i składa się z: budynku administracyjnego na potrzeby Ambasady Królestwa Arabii Saudyjskiej zlokalizowanego przy ul. Wiertniczej 30 oraz z budynku mieszkalnego - rezydencji Ambasadora Arabii Saudyjskiej z wjazdem od ulicy Obornickiej, w którym znajduje się basen relaksacyjny o wym. 10x5 m będący do wyłącznej dyspozycji lokatora tego budynku.

Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zawarł następujące wymagania w zakresie posiadanej „wiedzy i doświadczenia” (Rdz. IV. 1.2 ogłoszenia o zamówieniu) „Ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału: Przewidywana liczba wykonawców: 5 Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: Do składania ofert zostanie zaproszonych 5 Wykonawców, którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożą wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spełniające warunki określone przez Zamawiającego w niniejszym ogłoszeniu. Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu, Zamawiający zaprosi do udziału w postępowaniu Wykonawców, którzy otrzymali najwyższą liczbę punktów, zgodnie z poniższą formułą: Jeden punkt wykonawca otrzyma za spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, tj. jeśli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył jedną robotę budowlaną na kwotę minimum 20 milionów złotych brutto, polegającą na budowie obiektu sportowego

z basenem pływackim krytym lub innego obiektu użyteczności publicznej z basenem pływackim krytym. Każdy dodatkowy jeden punkt zostanie przyznany za każde wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie jednej roboty budowlanej na kwotę minimum 20 000 000 PLN brutto, polegającej na budowie obiektu sportowego z basenem pływackim krytym lub innego obiektu użyteczności publicznej z basenem pływackim krytym. Wykonawca może uzyskać maksymalnie 5 dodatkowych punktów. Do następnego etapu zostaną zaproszeni Wykonawcy, którzy otrzymają największą ilość punktów. W przypadku, gdy dwóch lub więcej wykonawców uzyska równą ilość punktów, decydujące znaczenie dla kwalifikacji będzie miała łączna wartość robót budowlanych - na kwotę minimum 20 000 000 PLN brutto, polegających na budowie obiektu sportowego z basenem pływackim krytym lub innego obiektu użyteczności publicznej z basenem pływackim krytym - za które zostaną przyznane punkty. Zamawiający nie będzie przyznawał dodatkowych punktów za posługiwanie się zasobami innych podmiotów. W przypadku, gdy Wykonawca wykaże spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający nie będzie wzywał do uzupełnienia dokumentów dotyczących pozostałych robót budowlanych uwzględnionych w wykazie, tj. robót budowlanych za które Wykonawca może uzyskać dodatkowe punkty, jeśli dokumenty te nie zostaną dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub będą zawierać błędy”.

Zdaniem Odwołującego, obie wskazane przez WARBUD S.A. inwestycje (nr 3 i 4) nie mogą uzyskać dodatkowych punktów, albowiem nie spełniają warunku odnoszącego się do realizacji jednej roboty budowlanej na kwotę minimum 20 000 000 PLN brutto, polegającej na budowie obiektu sportowego z basenem pływackim krytym lub innego obiektu użyteczności publicznej z basenem pływackim krytym. Zamawiający określił w sposób wyraźny, że kryty basen pływacki winien znajdować się w budynku użyteczności publicznej, podczas gdy wykonawca WARBUD S.A. zrealizował baseny w prywatnych budynkach mieszkalnych.

Odwołujący wskazał na definicję zawartą w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 (§ 3 w pkt 4 i pkt 6), iż przez obiekt użyteczności publicznej rozumie się ogólnodostępny budynek.

Nadto, przedmiotowe baseny, z uwagi na ich niewielkie rozmiary, nie stanowią basenów pływackich, albowiem te, zgodnie z utrwaloną praktyką i przepisami, powinny mieć długość co najmniej 25 m (tzw. małe baseny pływackie).

Wykonawca WARBUD S.A., jak i Zamawiający, w przedmiotowej sprawie dokonali niewłaściwej interpretacji i kwalifikacji ww. obiektów, tj. niezgodnie z zasadami określonymi w PKOB. Odwołujący wskazał na przesłanki dotyczące klasyfikowania obiektów

budowlanych zawarte w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) Dz.U. Nr 112, poz 1316: Cyt. 1 „W przypadku budynków połączonych między sobą (np. domy bliźniacze lub szeregowe), budynek jest budynkiem samodzielnym, jeśli jest oddzielony od innych jednostek ścianą przeciwpożarową od fundamentu po dach. Gdy nie ma ściany przeciwpożarowej, budynki połączone między sobą uważane są za budynki odrębne, jeśli mają własne wejścia, są wyposażone w instalacje i są oddzielnie wykorzystywane”.

Zdaniem Odwołującego, nie ma wątpliwości, że zarówno obiekty przy ul. Topiel 12/Drewniana 9, jak i Wiertniczej 30/Obornicka należy, w myśl wyżej przywołanej zasady, kwalifikować jako samodzielne, odrębne budynki, gdyż spełniają wszystkie wymagane warunki: mają własne wejścia, są wyposażone w instalacje i są oddzielnie wykorzystywane (do różnych celów).

Cyt. 2 „W przypadku kompleksowych obiektów budowlanych, składających się z kilku budynków, każdy powinien być klasyfikowany jako samodzielna jednostka. Jeśli, na przykład szkoła ogólnokształcąca składa się z budynku szkolnego i internatu, budynek szkolny powinien być klasyfikowany w 1263 a internat w poz. 1130.”

Biorąc pod uwagę ww. zasady PKOB, należy dokonać następującego podziału przedmiotowych inwestycji:

Zadanie nr 3:

1/ Budynek biurowy - klasa 1220

2/ Budynek mieszkalny wielorodzinny z basenem w budynku - klasa 1122

Zadanie nr 4:

1/ Budynek administracyjny (Ambasada) - klasa 1220

2/ Rezydencja z basenem w budynku - klasa 1110.

Ponadto, WARBUD S.A otrzymał 1 punkt w kryterium kwalifikacji w zakresie wiedzy i doświadczenia za wykonanie inwestycji wskazanej w pozycji nr 1 wykazu robót tj. Budowa nr 9394 „Kompleksu pływackiego Sutka” zrealizowanego przez SMP CZ s.a. z siedzibą w Pradze, a więc za doświadczenie udostępnione wykonawcy przez „inny podmiot” w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp.

Biorąc pod uwagę postanowienia ogłoszenia o zamówieniu w Sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne oraz zasadę obiektywnego i niedyskryminacyjnego charakteru prowadzonego postępowania, Zamawiający, w sytuacji gdy wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie ma prawa przyznawać punktów za zadanie zrealizowane przez podmiot trzeci.

Odwołujący załączył do odwołania: Opis budynku mieszkalnego przy ul. Drewnianej 9 z basenem w części podziemnej przekazany przez Zamawiającego, tj. Nieruchomości Powiśle Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. Dobra 68/70, 00-312 Warszawa, Ilustrację

zdjęciową Ambasady Arabii Saudyjskiej od ulicy Wiertniczej, pochodzącą ze strony internetowej autora Projektu Inwestycji, Ilustrację zdjęciową Rezydencji Ambasadora od ulicy Obornickiej pochodzącą ze strony internetowej autora Projektu Inwestycji.

Wykonawca Warbud S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący podniósł, że Odwołujący błędnie interpretuje warunek udziału w postępowaniu, odnosząc go do budynku, podczas gdy warunek mówi o obiekcie użyteczności publicznej z basenem pływackim krytym. Ustawa Pzp zawiera definicję obiektu budowlanego, zgodnie z którą, jest to wynik całości robót budowlanych w zakresie budownictwa lub inżynierii lądowej lub wodnej, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Przystępujący wskazał na opinię UZP, potwierdzającą, że „za obiekt budowlany w rozumieniu nowej definicji uznany zostanie także zespół czy kompleks obiektów w rozumieniu prawa budowlanego, mający pełnić określoną funkcję gospodarczą lub techniczną, np. zespół rekreacyjno-wypoczynkowy, w ramach którego funkcjonować będą odrębne budynki pływalni, siłowni, sali gimnastycznej, spa, korty tenisowe, parkingi itp.” W rozumieniu tej definicji każda z dwóch inwestycji (pkt 3 i 4 wykazu) stanowi jeden obiekt budowlany. Każdy z tych obiektów stanowi jeden budynek również w świetle definicji wskazanych przez Odwołującego. Inwestycja wskazana w pkt 3 wykazu robót, tj. inwestycja przy ul. Topiel, jak i inwestycja wskazana w pkt 4, tj. Ambasada Królestwa Arabii Saudyjskiej stanowią budynki o dwóch funkcjach w jednej bryle, posadowionej na wspólnej płycie fundamentowej, posiadają wspólne przyłącza i częściowo instalacje wewnętrzne. W obu przypadkach przeważającą funkcję stanowi część biurowo-usługowa, a zatem obydwa budynki należy klasyfikować jako budynki biurowe, tj. zgodnie z ich głównym użytkowaniem, które są zaliczane do budynków użyteczności publicznej w świetle definicji zawartej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Wybudowane w nich baseny pływackie znajdują się zatem w obiektach użyteczności publicznej.

Przystępujący podniósł następnie, że Zamawiający nie określił wymiarów basenu, nie istnieje również definicja legalna „basenu pływackiego”. Wykonane przez WARBUD S.A. baseny niewątpliwie służą do pływania i taką funkcję pełnią, są to więc baseny pływackie.

Odnosnie przyznania 1 punktu za doświadczenie udostępnione mu przez inny podmiot, Przystępujący wskazał, że Zamawiający postanowił w ogłoszeniu, iż nie będzie przyznawał dodatkowych punktów za doświadczenie udostępnione, co nie oznacza, że nie można było wykazać spełniania warunku udziału za pomocą doświadczenia udostępnionego, za co przysługiwał 1 punkt.

Zamawiający pismem z dnia 2 października 2015 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca WARBUD S.A. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości. W sprzeciwie Przystępujący nie przedstawił dodatkowej argumentacji.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Odwołujący złożył na rozprawie: opinię Polskiego Związku Pływackiego – pismo z dnia 09.10 2015r. na okoliczność, że baseny prywatne o wymiarach 12,2x3,6m oraz 10x5m nie są basenami pływackimi.

Przystępujący złożył na rozprawie:

1. kopię decyzji Nr 450/Wil/07 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 25.06.2007 r. na okoliczność, że budynek Ambasady oraz Rezydencji Ambasadora Królestwa Arabii Saudyjskiej zostały objęte jednym pozwoleniem na budowę, a zatem stanowią jeden budynek posadowiony na jednej płycie fundamentowej. Kopia ww. dokumentu nie została potwierdzona przez pełnomocnika Przystępującego za zgodność z oryginałem.
2. Dokumentację fotograficzną basenów i budynków wraz z planami przy ul. Topiel oraz Ambasady Królestwa Arabii Saudyjskiej,
3. wydruk map ze strony www.google.pl.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że pierwotnie oceniając wykaz wykonanych robót złożony przez Przystępującego, sugerował się pojęciem używanym przez wykonawców, tj. „inwestycja”. Ze szczegółowych jednak informacji zawartych w samym wykazie wynika, że inwestycje wskazane przez przystępującego w poz. 3 i 4 wykazu obejmują w każdej z tych pozycji odrębne budynki – tj. odrębne obiekty o różnym przeznaczeniu. Zamawiający wyjaśnił również, że nie podał w specyfikacji wymiarów basenu pływackiego, którego dotyczył warunek udziału w postępowaniu, ale miał być to niewątpliwie basen pływacki taki, jak w obiekcie sportowym, tj. użyteczności publicznej. Co do przyznania punktu za dodatkowe doświadczenie, w przypadku wykonawcy Pol-Aqua sp. z o.o. Zamawiający przyznał, że popełnił ten sam błąd, co w przypadku Przystępującego, natomiast wykonawca Fewaterm Sp.j. Sp.k. przedstawił we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyłącznie doświadczenie udostępnione przez inne podmioty - wobec tego otrzymał 1 pkt, zgodnie z zasadami oceny i punktacji określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu. W zakresie zarzutu dotyczącego przyznania 1 punktu za doświadczenie wykazane przy udziale innego podmiotu, Zamawiający w całości zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący spełnia przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, wymagane do wniesienia odwołania. Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jako wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu oraz wykazał możliwość poniesienia szkody w wyniku nieuzasadnionego niedopuszczenia Odwołującego do dalszego etapu postępowania, tj. do złożenia oferty.

Izba stwierdziła, że wykonawca WARBUD S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełniając warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W związku ze sprzeciwem Przystępującego wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu w całości, Przystępujący wstąpił w prawa strony w miejsce Zamawiającego i stosownie do art. 186 ust. 4 Pzp, odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 51 ust. 2 Pzp, na skutek zakwalifikowania wykonawcy WARBUD S.A. do dalszego etapu postępowania w sposób nieobiektywny i dyskryminujący innych wykonawców oraz niezgodny z opisem sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp. W konsekwencji powyższego, w ramach powtórnej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w wyniku przyznania stosownej punktacji, wykonawca WARBUD S.A. może podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu, jako wykonawca, który nie zostanie zaproszony do złożenia oferty.

Wobec dokonania przez Zamawiającego oceny wniosku złożonego przez wykonawcę WARBUD S.A. w sposób niezgodny z zasadami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu niewątpliwie nastąpiło naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 51 ust. 2 Pzp, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia. Przez równe i niedyskryminacyjne wyłonienie wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu postępowania należy rozumieć działanie zamawiającego, które jest zgodne między innymi z opisem warunków udziału w postępowaniu sformułowanym w ogłoszeniu o zamówieniu. Aby zapewnić obiektywne i równe traktowanie wykonawców przy ocenie wniosków, wszystkie wnioski podlegające ocenie (punktacji) muszą być zgodne z warunkami określonymi przez Zamawiającego w danym postępowaniu. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców nie może być dokonywana z naruszeniem zasad zawartych w treści ogłoszenia o zamówieniu.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał od wykonawców w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (pkt II.2.3 ogłoszenia) wykazania wykonania „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył jedną robotę budowlaną na kwotę minimum 20 milionów złotych brutto, polegającą na budowie obiektu sportowego z basenem pływackim krytym lub innego obiektu użyteczności publicznej z basenem pływackim krytym”. Za wykazanie spełniania ww. warunku Zamawiający przyznawał 1 punkt.

Zamawiający postanowił także (pkt IV.1.2 ogłoszenia), że „Każdy dodatkowy jeden punkt zostanie przyznany za każde wykonanie” roboty budowlanej spełniającej powyżej określone wymagania. Zamawiający zastrzegł jednocześnie, że „nie będzie przyznawał dodatkowych punktów za posługiwanie się zasobami innych podmiotów. W przypadku, gdy Wykonawca wykaże spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu, Zamawiający nie będzie wzywał do uzupełnienia dokumentów dotyczących pozostałych robót budowlanych uwzględnionych w wykazie, tj. robót budowlanych za które Wykonawca może uzyskać dodatkowe punkty, jeśli dokumenty te nie zostaną dołączone do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub będą zawierać błędy”.

Wykonawca WARBUD S.A. złożył w ofercie wykaz wykonanych robót budowlanych, zgodnie z wymaganiem zawartym w pkt III.2.3 ppkt 1 ogłoszenia, zawierający cztery pozycje.

W pozycji nr 1 przedstawił robotę „Budowa nr 9394 „Kompleks pływacki Sutka”, wykonaną przez inny podmiot udostępniający swojego potencjału wykonawcy WARBUD S.A. w trybie art. 26 ust. 2b, spełniający warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W pozycji nr 2 wykonawca przedstawił robotę „Wprowadzenie zmian w dokumentacji

projektowej i dokończenie budowy kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie” wykonaną przez Przystępującego samodzielnie, spełniającą ww. warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W pozycji nr 3 przedstawiono robotę budowlaną pn. „Generalne wykonawstwo dla zespołu budynków mieszkalnego i biurowo-handlowo-usługowego z garażem podziemnym i infrastrukturą usytuowanych przy ul. Topiel 12 w Warszawie”. Wykonawca opisał ww. robotę jako „budowę budynku wielofunkcyjnego” oraz wskazał, że „budynek” „ze względu na przeważającą funkcję biurowo-handlowo-usługową klasyfikuje się, jako budynek użyteczności publicznej”. Wykonawca podał także, że „w ramach zadania wykonano kryty basen”.

W pozycji nr 4 wykonawca WARBUD S.A. przedstawił robotę budowlaną pn. „Budowa Ambasady Królestwa Arabii Saudyjskiej oraz rezydencji Ambasadora Arabii Saudyjskiej przy ul. Wiertniczej 30 w Warszawie”. Wykonawca opisał tę robotę, jako „budowę budynku wielofunkcyjnego” oraz wskazał, że „budynek” „ze względu na przeważającą funkcję biurowo-usługową klasyfikuje się jako budynek użyteczności publicznej”. Wykonawca podał także, że „w ramach zadania wykonano kryty basen”.

Przepis art. 5 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243, poz. 1623 ze zm.) zawiera ogólną zasadę Prawa budowlanego, określającą, jakie wymagania powinien spełniać obiekt budowlany, jak również jego budowa i użytkowanie. Prawo budowlane nie zawiera niestety definicji obiektu użyteczności publicznej. Wydane na podstawie delegacji ustawowej, rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 ze zm.) w § 3 pkt 6 definiuje, że pod pojęciem budynku użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Biorąc pod uwagę powyższe, interpretując treść warunku w przedmiotowym postępowaniu, należy mieć na uwadze literalne i pełne brzmienie postanowienia zawartego w ogłoszeniu. Z brzmienia tego wynika, że Zamawiający wymagał wykazania się robotą budowlaną obejmującą obiekt użyteczności publicznej z basenem pływackim znajdującym się w tym obiekcie, a zatem basen taki musi pełnić również funkcje użyteczności publicznej.

Skoro nie ma ustawowej definicji obiektu użyteczności publicznej, to posiłkując się definicją budynku użyteczności publicznej należy przyjąć, że obiekt użyteczności publicznej w tym przypadku z basenem pływackim może obejmować jeden budynek lub zespół budynków użyteczności publicznej w rozumieniu ww. rozporządzenia, obejmujących basen pływacki przeznaczony do użytku ogólnego. Z treści warunku wynika jednoznacznie, że kryty basen pływacki winien znajdować się w obiekcie użyteczności publicznej, a tym samym pełnić taką samą funkcję, tj. funkcję użyteczności publicznej. Wymagania tego nie spełniają baseny wybudowane w budynkach prywatnych o funkcji mieszkaniowej, która nie jest funkcją użyteczności publicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz w świetle treści warunku postawionego w ogłoszeniu o zamówieniu, należy stwierdzić, że inwestycje wskazane w pozycjach nr 3 i 4 wykazu przez WARBUD S.A. nie spełniają warunku odnoszącego się do realizacji jednej roboty budowlanej na kwotę minimum 20 000 000 PLN brutto, polegającej na budowie obiektu sportowego z basenem pływackim krytym lub innego obiektu użyteczności publicznej z basenem pływackim krytym.

Izba zważyła, że przedłożone przez Przystępującego na rozprawie „plany” ww. obiektów potwierdzają w opisie obu inwestycji, że każda z nich obejmowała dwa odrębne budynki o różnym przeznaczeniu, w tym jeden budynek użyteczności publicznej, a drugi budynek o funkcji mieszkaniowej. W obu przypadkach baseny będące do wyłącznej dyspozycji mieszkańców tych budynków (poz. nr 3 basen o wym. 12,2 x3,6m, poz. nr 4 basen o wymiarach 10x5m) wykonane zostały w budynku mieszkalnym. Powyższe potwierdza Opis budynku mieszkalnego przy ul. Drewnianej 9 z basenem w części podziemnej przekazany Odwołującemu przez zamawiającego, tj. Nieruchomości Powiśle Sp. z o.o. Sp.k., a także określenie inwestycji zawarte w nazwach nadanych tym inwestycjom, gdzie jednoznacznie i wprost jest mowa o odrębnych budynkach, pełniących różne funkcje użytkowe, wbrew twierdzeniom Przystępującego, że każda z inwestycji obejmowała jeden budynek.

Baseny wykonane w omówionych powyżej budynkach mieszkalnych, wchodzących w skład zadań wykazanych przez WARBUD S.A. w poz. 3 i 4 wykazu robót, nie stanowią basenów pływackich o charakterze obiektów użyteczności publicznej. Są to niewielkie baseny o wymiarach 12,2x3,6m oraz 10x5m, które nie są ogólnie dostępne. Są to baseny o charakterze prywatnym, z których korzystać mogą wyłącznie określone osoby – mieszkańcy/właściciele mieszkań. Izba uznała, że miarodajna w tym zakresie jest opinia Polskiego Związku Pływackiego z dnia 9 października 2015 r., w której powołano się na „Program Stosowanych Basenów w Krytych Pływalniach” przyjęty przez Ministerstwo Edukacji Narodowej i Sportu w 2003 r., który określa rodzaje i wymiary basenów pływackich używanych do celów sportowych i szkoleniowo-rekreacyjnych publicznie dostępnych,

w świetle którego stwierdzono jednoznacznie, że „baseny o wymiarach 12,2x3,6m oraz 10x5m dodatkowo spełniające rolę basenów prywatnych [...] nie mogą być zaliczone do basenów pływackich przeznaczonych do uprawiania sportu i użytku publicznego.” Izba zważyła, że Przystępujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, chociaż kwestionował powyższy pogląd.

W ogłoszeniu o zamówieniu (pkt IV.1.2 ogłoszenia) Zamawiający opisując zasady kwalifikacji wykonawców do etapu składania ofert zastrzegł, że za spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie minimalnym, tj. za spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia wykonawca otrzyma 1 punkt, tj. jeśli wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył jedną robotę budowlaną na kwotę minimum 20 milionów złotych brutto, polegającą na budowie obiektu sportowego z basenem pływackim krytym lub innego obiektu użyteczności publicznej z basenem pływackim krytym. Dodatkowe punkty (nie więcej niż 5) zostaną przyznane po jednym „za każde wykonanie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie jednej roboty budowlanej na kwotę minimum 20 000 000 PLN brutto, polegającej na budowie obiektu sportowego z basenem pływackim krytym lub innego obiektu użyteczności publicznej z basenem pływackim krytym.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że „nie będzie przyznawał dodatkowych punktów za posługiwanie się zasobami innych podmiotów”.

W wykazie robót złożonym przez WARBUD S.A wykonawca przedstawił 4 roboty budowlane, w tym jedną - jako doświadczenie udostępnione przez inny podmiot w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp, tj. inwestycję „Budowa nr 9394 "Kompleksu pływackiego Sutka" zrealizowaną przez SMP CZ s.a. z siedzibą w Pradze. Jest to robota wykazana w pozycji nr 1 wykazu. W kolejnych pozycjach wykazu wykonawca przedstawił roboty wykonane własnymi siłami. Przystępujący przyznał na rozprawie, że minimalny warunek udziału w postępowaniu spełnia przy wykorzystaniu własnych zasobów, więc nie musiał korzystać z zasobów innego podmiotu dla wykazania spełnienia tego warunku.

Zauważyć należy, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp, umożliwia wykonawcom posługiwanie się zasobami innych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy założeniu, że wykonawca sam nie dysponuje własnymi zasobami, spełniającymi warunki określone przez zamawiającego. Celem tego przepisu jest umożliwienie wykonawcom nieposiadającym wymaganego doświadczenia w danej

dziedzinie, udział w postępowaniach, w których wymagania w zakresie warunków udziału w postępowaniu przewyższają na dany moment zasoby danego wykonawcy. Przepis ten nie może być zatem wykorzystywany wyłącznie do uzyskania wyższej punktacji, w ramach kwalifikacji wykonawców do grupy o najwyższym potencjale, który pozwala na zakwalifikowanie się do etapu składania ofert. Jeżeli zatem wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu wykazując własny potencjał, to nie może uzyskać dodatkowych punktów wykazując dodatkowo wyłącznie na potrzeby podwyższenia punktacji potencjał udostępniony przez inny podmiot lub podmioty. Nie ma też powodu, aby uznać, że wykazany potencjał innego podmiotu należy przyjąć jako wykazany w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a własne zasoby – w celu zdobycia dodatkowej punktacji.

Skoro w przedmiotowym postępowaniu wykonawca WARBUD S.A. spełnia samodzielnie warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, co przyznał sam Przystępujący na rozprawie, to wykazana dodatkowo robota budowlana udostępniona temu wykonawcy jako zasobu wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot, nie może być punktowana dodatkowo w ramach kwalifikacji do etapu składania ofert. W przypadku wykonawcy WARBUD S.A., wykonawca ten wskazał potencjał zapożyczony w pozycji pierwszej wykazu, co nie uprawniało Zamawiającego do przyjęcia, że wskazana w tej pozycji robota budowlana potwierdza spełnianie warunku (minimalnego) wykonania 1 obiektu spełniającego wymagania Zamawiającego, a pozostałe 3 roboty w wykazie, wykonane samodzielnie przez wykonawcę, będą podlegały ocenie, jako roboty dodatkowe - punktowane dodatkowo i w ten sposób wykonawca uzyska wyższą punktację. Taki sposób oceny wniosków w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonany w przedmiotowym postępowaniu, jest niezgodny ze sposobem oceny wniosków określonym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz narusza zasadę obiektywnej oceny wniosków i zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie dokonanej czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz powtórzenie oceny z uwzględnieniem wytycznych zawartych w niniejszym uzasadnieniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: