

Sygn. akt KIO 80/20

WYROK
z dnia 30 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**
Danuta Dziubińska
Emilia Garbala

Protokolant: **Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2020 r. przez wykonawcę TAMEX S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Poznań działającego przez Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. w Poznaniu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Constructo Sp. z o.o. Sp. k. w Rogówku i M. Development Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Miastu Poznań działającemu przez Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. w Poznaniu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie tej czynności z uwzględnieniem wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Constructo Sp. z o.o. Sp. k. w Rogówku i M. Development Sp. z o.o. w Poznaniu do złożenia wykazu robót potwierdzającego wykonanie co najmniej jednej pełnowymiarowej bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni syntetycznej, która uzyskała certyfikat IAAF lub PZLA oraz nie przyznania dodatkowych 1,5 pkt w ramach kryterium „doświadczenie Kierowników robót nawierzchniowych” uzyskanych za doświadczenie Pana T. M.;
2. kosztami postępowania obciąża Miasto Poznań działające przez Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TAMEX S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Miasta Poznań działającego przez Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. w Poznaniu na rzecz TAMEX S.A. w Warszawie kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 – Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. w Poznaniu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane polegające na wielobranżowej modernizacji obiektów kompleksu Gołęczin, w tym budowie boiska piłkarskiego wraz z bieżnią lekkoatletyczną. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 31 października 2019 r. pod numerem 617452-N-2019. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawca TAMEX S.A. w Warszawie wniósł odwołanie 15 stycznia 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 186 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Constructo Sp. z o.o. Sp. k. w Rogówku i M. Development Sp. z o.o. w Poznaniu, dalej jako: „Konsorcjum Constructo”, oraz wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Konsorcjum Constructo do złożenia wykazu robót budowlanych i załączenia dowodów określających, że roboty budowlane zostały wykonane należycie lub innych dokumentów, z których będzie wynikało, że Konsorcjum Constructo wykonało pełnowymiarową bieżnię lekkoatletyczną o nawierzchni syntetycznej, która uzyskała certyfikat International Association of Athletics Federations - (Międzynarodowego Stowarzyszenia Federacji Lekkoatletycznych, dalej jako: „IAAF”) lub Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, dalej jako „PZLA”;
2. obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy Izby oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, o ile taki pełnomocnik zostanie ustanowiony w postępowaniu odwoławczym.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia w budowie (wykonaniu) całej pełnowymiarowej bieżni lekkoatletycznej, a nie jej poszczególnych tylko elementów, przykładowo tylko nawierzchni syntetycznej, zatem

zdolność do należytego wykonania zamówienia mają tylko wykonawcy, którzy wykonali całą bieżnię lekkoatletyczną, a nie tylko jej jeden lub kilka elementów.

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum Constructo nie może powołać się na doświadczenie uzyskane przez M. Development przy wykonaniu wspólnie z T. M. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą „Budmel korty, boiska sportowe” T. M. roboty budowlanej na rzecz gminy miejskiej Kościan. Wykonawcy ci bowiem nigdy nie wykonali na rzecz tej gminy pełnowymiarowej bieżni lekkoatletycznej o nawierzchni syntetycznej, która uzyskała certyfikat IAAF lub PZLA, a jedynie dokończyli, przerwane przez poprzedniego wykonawcę - EVERSPORT Sp. z o.o. w Warszawie - nawierzchnię syntetyczną bieżni lekkoatletycznej. Odwołujący wyjaśnił, że budowa (wykonanie) bieżni lekkoatletycznej, dla której miałby być wydany certyfikat PZLA obejmuje wiele zakresów robót budowlanych, w tym korytowanie, wykonanie podbudowy z kruszyw lub betonu odpowiednio wyrównanej i wyprofilowanej, wykonanie odwodnienia liniowego, wykonanie nawierzchni sportowej oraz namalowanie torów. Sama natomiast częściowo wykonana nawierzchnia syntetyczna bieżni lekkoatletycznej jest jednym z wielu i ostatnim etapem budowy (wykonania) całej bieżni lekkoatletycznej.

Po drugie odwołujący podniósł, że roboty budowlane związane z nawierzchnią syntetyczną bieżni lekkoatletycznej, a nie wymaganą w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia budową bieżni lekkoatletycznej, wykonał T. M., który w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest wykonawcą. Wskazał, że żaden z uczestników Konsorcjum Constructo nie wykonywał robót budowlanych związanych z nawierzchnią bieżni lekkoatletycznej w Gminie Miejskiej Kościan.

Po trzecie odwołujący zarzucił, że T. M. nie ma doświadczenia w kierowaniu pracami polegającymi na wykonaniu pełnowymiarowych bieżni lekkoatletycznych o nawierzchni syntetycznej, które uzyskały certyfikat IAAF lub PZLA, gdyż kierował robotami budowlanymi polegającymi tylko i wyłącznie na przeprowadzeniu oceny technicznej wykonanej warstwy nawierzchni poliuretanowej, uzupełnieniu warstwy kleju, ułożeniu warstwy nawierzchni z granulatu EPDM na powierzchni 3200 m² i malowaniu linii zgodnie z wytycznymi PZLA, tj. dokończeniu przerwanej przez poprzedniego wykonawcę budowy nawierzchni syntetycznej bieżni lekkoatletycznej w Gminie Miejskiej Kościan. Wywiódł, że zamawiający nie powinien przyznawać Konsorcjum Constructo dodatkowych 1,5 pkt w ramach kryterium „doświadczenie Kierowników robót nawierzchniowych (DP)”, czego skutkiem byłoby przyznanie im łącznie 97,00 pkt i sklasyfikowanie ich oferty na drugim, po odwołującym, miejscu (odwołującemu zamawiający przyznał łącznie 97,61 pkt).

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający pismem z 19 grudnia 2019 r. uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 16 grudnia 2019 r., jednak wbrew

obowiązkowi wynikającemu z art. 186 ust. 3 ustawy nie wykonał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem odwołania z 16 grudnia 2019 r., tj. nie wezwał Konsorcjum Constructo na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, do złożenia wykazu robót budowlanych, a jedynie wezwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Wykonawca Konsorcjum Constructo przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III pkt III. 1.3. lit. b. i w pkt 9.2.3. lit. b. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako s.i.w.z. ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonali należycie co najmniej jedną pełnowymiarową bieżnię lekkoatletyczną o nawierzchni syntetycznej, która uzyskała certyfikat IAAF lub PZLA. W celu potwierdzenia tego wymagania zamawiający żądał w pkt 10.3 lit. d) s.i.w.z. złożenia przez wybranego wykonawcę wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. Wskazał, że dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

W pkt 18.1. lit. d s.i.w.z. zamawiający ustalił, że jednym z kryteriów oceny ofert będzie doświadczenie kierowników robót nawierzchniowych (nawierzchnia boiska i nawierzchnia lekkoatletyczna) i nadał mu wagę 6 % .

W odniesieniu do stanowiska kierownik robót nawierzchniowych 2 – nawierzchnia lekkoatletyczna zamawiający ustalił, że w przypadku, gdy wykonawca wykaże, że osoba wskazana, jako Kierownik robót nawierzchniowych 2 – nawierzchnia lekkoatletyczna posiada dodatkowe (ponad wymagane w warunku udziału w postępowaniu) doświadczenie w

kierowaniu pracami polegającymi na wykonaniu pełnowymiarowych bieżni lekkoatletycznych o nawierzchni syntetycznej, które uzyskały certyfikat IAAF lub PZLA – zamawiający przyzna 1,5 pkt za każdą wykazaną realizację (nie więcej niż 3 pkt).

W odpowiedzi Konsorcjum Constructo złożyło wykaz robót, w którym dla potwierdzenia spełniania opisanego warunku wskazało robotę budowlaną polegającą na dokończeniu przebudowy istniejącej bieżni Stadionu Miejskiego im. Henryka Tomkiewicza zlokalizowanego w Kościanie przy ul. Maya 26 w ramach zamówienia pod nazwą „Modernizacja kompleksu lekkoatletycznego na stadionie miejskim w Kościanie, wariant 400 m – certyfikowany”. W opisie tej roboty budowlanej wskazano, że była to „przebudowa istniejącej nawierzchni Stadionu Miejskiego, wykonanie bieżni lekkoatletyczną o nawierzchni syntetycznej, która uzyskała certyfikat PZLA” wykonana na rzecz Gminy Miejskiej Kościan przez konsorcjum M. Development Sp. z o.o. i T. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Budmel. Korty, boiska sportowe” T. M. . Ta sama umowa została wskazana dla potwierdzenia wymaganego doświadczenia przez Pana T. M. wskazanego przez przystępującego na stanowisko kierownika robót nawierzchniowych – nawierzchnia lekkoatletyczna. Dodatkowo wskazał jeszcze jedną realizację.

Zamawiający uznał ofertę Konsorcjum Constructo za najkorzystniejszą. Odwołujący wniósł odwołanie, w którym kwestionował ten wybór z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia żądając wezwania Konsorcjum Constructo do złożenia nowego wykazu robót budowlanych. Zamawiający uwzględnił odwołanie ze wskazaniem, że wezwie Konsorcjum Constructo do złożenia wyjaśnień. Po umorzeniu postępowania odwoławczego postanowieniem KIO 2564/19 zamawiający wezwał Konsorcjum Constructo do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień. Po ich ocenie ponownie wybrał ofertę Konsorcjum Constructo jako najkorzystniejszą, przy czym oferta ta za doświadczenie kierownika robót nawierzchniowych – nawierzchnia lekkoatletyczna otrzymała 1,5 punkta. W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Izba ustaliła, że umowa, na którą powołuje się Konsorcjum Constructo w celu wykazania wymaganego doświadczenia oraz potwierdzająca niezbędne doświadczenie kierownika robót nawierzchniowych – nawierzchnia lekkoatletyczna została wykonana przez konsorcjum M. Development Sp. z o.o. i T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Budmel korty, boiska sportowe T. M., dalej jako: „konsorcjum M.-Budmel” wybranych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 23 czerwca 2017 r. nr 537740-N-2017. Zamawiający w tym postępowaniu – Gmina Miejska Kościan - opisał zamówienie jako dokończenie przebudowy istniejącej bieżni Stadionu Miejskiego im. Henryka Tomkiewicza

zlokalizowanego w Kościanie przy ul. Maya 26, celem uzyskania certyfikacji stadionu w kategorii V w ramach realizacji zadania „Modernizacja kompleksu lekkoatletycznego na stadionie miejskim w Kościanie, wariant 400 m - certyfikowany. W krótkim opisie przedmiotu zamówienia zamieszczony zostały następujące informacje dotyczące stanu istniejącego bieżni:

„1) W związku z niewywiązaniem się przez Wykonawcę z jego wyłącznej winy z warunków umowy dotyczącej terminu zakończenia całości robót i odbioru końcowego Gmina Miejska Kościan odstąpiła od umowy z dniem 27 października 2016 r. W dniu 7 listopada dokonano inwentaryzacji robót w toku, tym samym dokonując odbioru wykonanych robót. Do zakończenia pozostały roboty uszczegółowione w przedmiarze robót, który wskazuje zakres niezbędnych prac do wykonania w celu uzyskania certyfikatu PZLA. W celu zapoznania się ze stanem istniejącym zaleca się przeprowadzenie wizji lokalnej na Stadionie Miejskim w Kościanie w obecności przedstawiciela Zamawiającego przed złożeniem oferty.

2) Należy zwrócić uwagę na ilości powierzchni m² bieżni oraz poszczególnych urządzeń lekkoatletycznych w rysunkach szczegółowych w projekcie budowlanym i wykonawczym.

3) Dopuszcza się możliwość zmiany rodzaju nawierzchni poliuretanowej, po uzyskaniu przez Wykonawcę pozytywnej opinii Zamawiającego, autora projektu oraz PZLA.

2. Zakres zamówienia w szczególności obejmuje wykonanie:

1) przeprowadzenie oceny technicznej wykonanej warstwy nawierzchni poliuretanowej przez kierownika budowy przy udziale przedstawiciela Zamawiającego;

2) wykonanie sfrezowania warstwy kleju oraz części warstwy dolnej nawierzchni poliuretanowej, uzupełnienie dolnej warstwy nawierzchni poliuretanowej - część ta podlegać może robotom zaniechanym, zdecyduje o tym ocena techniczna oraz protokół zakresu prac;

3) uzupełnienie warstwy kleju - szpachla na powierzchni ok. 60% z posypką, ewentualne wykonanie szpachli na całej powierzchni;

4) ułożenie warstwy nawierzchni z granulatu EPDM;

5) malowanie linii zgodnie z wytycznymi PZLA;

6) dostawa i montaż sprzętu i urządzeń wyposażenia lekkoatletycznego, uruchomienie sprzętu elektronicznego;

7) przeprowadzenie badań obiektu, uzyskanie certyfikacji PZLA stadionu w kategorii V”.

Powołane informacje dotyczące nazwy zamówienia oraz zakresu prac przewidzianych do wykonania w ramach tego zamówienia znajdują potwierdzenie w innych dokumentach złożonych przez odwołującego:

1. ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia konsorcjum M.-Budmel z 22 sierpnia 2017 r. nr 500016409-N-2017;
2. umowy o roboty budowlane zawartej z konsorcjum M.-Budmel 10 sierpnia 2017 r.;

- referencji (poświadczenia) wystawionych przez Gminę Miejską Kościan;
3. protokołu odbioru robót budowlanych wykonanych na rzecz Gminy Miejskiej Kościan,
 4. informacji publicznej udostępnionej odwołującemu w dniu 12 stycznia 2020 r.;
 5. raportu z badań nr NB-04/08/2017 Instytutu Sportu - Państwowego Instytutu Badawczego z dnia 25 sierpnia 2017 r.;
 6. artykułu z dnia 24 listopada 2016 r.

Jak wynika z protokołu inwentaryzacji robót w toku przeprowadzonej 7 listopada 2016 r. poprzedni wykonawca - EVERSPORT sp. z o.o. w Warszawie - do 27 października 2016 r., w którym Gmina Miejska Kościan odstąpiła od umowy o roboty budowane, wykonał dolną warstwę z SBR zgodnie z obmiarem geodezyjnym, warstwę szpachli na rozbiegach, skok w dal/trójskok, skok wzwyż, rzut oszczepem oraz na bieżni - w ilości 60%. W zgodzie z tym kosztorys inwentaryzacyjny wykonanych robót budowlanych z 8 listopada 2016 r. potwierdza, że EVERSPORT sp. z o.o. do dnia odstąpienia od umowy o roboty budowane wykonał m.in: rozbiórkę, korytowanie, podbudowę z kruszywa łamanego, posadzkę betonową, nawierzchnię poliuretanową sportową.

Do przeciwnych wniosków nie skłaniają dowody złożone przez przystępujące Konsorcjum Constructo. Zasadniczo potwierdzają one zakres prac wykonanych na rzecz Gminy Miejskiej Kościan przez konsorcjum M.-Budmel.

Izba nie dopuściła dowodu z zeznań świadka K. C. Zastępczyni Burmistrza Miasta Kościan. Okoliczności, które miałyby zostać potwierdzone tym dowodem, czyli zakres prac wykonanych przez konsorcjum M.-Budmel, został stwierdzony innymi dowodami, zatem powołanie świadka skutkowałoby przewlekłością postępowania odwoławczego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zwrot odwołania z powodu wskazania jako zamawiającego Poznańskich Inwestycji Miejskich Sp. z o.o. Należy uwzględnić, że w dokumentach postępowania jako zamawiający występuje raz Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. w Poznaniu - przykładowo w ogłoszeniu o zamówieniu, korespondencji kierowanej do wykonawców, raz Miasto Poznań – przykładowo w nagłówku s.i.w.z. Zgodnie z protokołem postępowania znajdującym się w aktach sprawy oraz wyjaśnieniem zawartym w s.i.w.z. zamawiającym jest Miasto Poznań, w imieniu i na rzecz którego jako inwestor zastępczy działają Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. Zamawiający wskazał w s.i.w.z., że dla potrzeb postępowania odwołania do „zamawiającego”, dotyczą każdorazowo inwestora zastępczego.

Art. 187 ust. 3 Pzp stanowi *in initio*, że jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o

których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego do pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania. Z powołanego przepisu wynikają dwie konstatacje. Pierwsza, że zwrot odwołania musi być poprzedzony wezwaniem do poprawienia lub uzupełnienia odwołania. Wezwania tego dokonuje Prezes Izby albo na podstawie art. 187 ust. 7 Pzp skład orzekający. Druga, że wezwania dokonuje się wyłącznie wtedy, gdy odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu skutkiem niezachowania przez wykonawcę warunków formalnych, których katalog jest otwarty.

W okolicznościach sporu dokonanie wezwania odwołującego do poprawienia odwołania jest zbędne. Wskazanie inwestora zastępczego prowadzącego postępowanie w imieniu i na rzecz zamawiającego zamiast zamawiającego nie jest przeszkodą uniemożliwiającą skierowanie odwołania do rozpoznania, zwłaszcza, że sam zamawiający dopuścił taką możliwość. Ewentualne niekonsekwencje zamawiającego nie mogą przemawiać przeciw odwołującemu.

Nie podzielono również poglądu zamawiającego, że zarzuty odwołania nie zostały prawidłowo sformułowane przez odwołującego.

Przepisy ustawy, ani aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie nie definiują zarzutu odwołania. Z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów okręgowych wynika jednak, że zarzut identyfikują okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Izba nie miała wątpliwości, że zarzuty odwołania zostały jasno wyrażone w badanym odwołaniu. Odwołujący kwestionuje czynność wyboru najkorzystniejszej oferty uznając, że zakres przedmiotowy umowy, na podstawie której Konsorcjum Constructo wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu nie odpowiada treści warunku oraz że przystępujący nie może się na nie powołać z powodu wykonania tej umowy przez dwóch wykonawców wspólnie. Ponadto z powodu niedostatecznego zakresu umowy zarzuca zamawiającemu nieprawidłową ocenę ofert w kryterium doświadczenie kierownika robót nawierzchniowych. Prawidłowość przedstawionego katalogu zarzutów odwołania znajduje potwierdzenie w tym, że zamawiający w ten właśnie sposób zidentyfikował zarzuty odwołania i odniósł się do nich w pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Dostrzec też należy, że ewentualny brak prawidłowej subsumpcji powołanych przez odwołującego okoliczności faktycznych i prawnych do właściwych przepisów ustawy nie stanowi o wadliwości zarzutu. Prawidłowa kwalifikacja prawna naruszeń wskazywanych przez odwołującego należy bowiem w każdym przypadku do Izby.

Dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania co do istoty nie ma też znaczenia, że zamawiający po uwzględnieniu odwołania, w którym odwołujący domagał się uzupełnienia

wykazu wykonanych robót budowlanych, nie dokonał wezwania, lecz jedynie wyjaśniał tę kwestię. Art. 26 ust. 3 Pzp w obecnym brzmieniu daje zamawiającemu zarówno możliwość wezwania do uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń i dokumentów, jak i udzielania wyjaśnień we wskazanym terminie. Zamawiający był uprawniony do tego, aby żądać wyjaśnień, a po ich ocenie podjąć decyzję, co do żądania wykazu robót wskazującego inną robotę budowlaną. Zamawiający uznał wyjaśnienia za wystarczające i ponownie wybrał ofertę przystępującego. Na tę czynność przysługuje odwołanie, gdyż jest to nowa czynność w postępowaniu, dokonana po udzieleniu wyjaśnień przez przystępującego, a zatem w zmienionych okolicznościach faktycznych.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że oferta odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą, co grozi odwołującemu poniesieniem szkody.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne – prace wykonane przez Konsorcjum Constructo na rzecz Gminy Miejskiej Kościan - nie są sporne. Strony różnią się natomiast w ich ocenie w kontekście wykazania warunku udziału w postępowaniu i uzyskaniu punktów w kryterium pozacenowym.

Rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wymaga w pierwszej kolejności ustalenia treści wymagań zamawiającego zapisanych w s.i.w.z.

W tej mierze Izba zważyła, że związanie zamawiającego i wykonawców treścią s.i.w.z. oznacza, że oceny dokonywane w toku postępowania przez zamawiającego muszą każdorazowo mieć swoje oparcie w dokumentacji postępowania. Oznacza to brak możliwości zarówno rozszerzania wymagań zamawiającego o treści w s.i.w.z. niewyrażone, jak i brak możliwości pomijania przy ocenie treści w s.i.w.z. zapisanych. Zasada niezmienności s.i.w.z. wywodzona przez orzecznictwo z art. 38 ust. 4 Pzp (*arg. a contrario*) oraz z zasad prowadzenia postępowania wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp nakazuje, aby przy interpretacji treści s.i.w.z. opierać się wykładni literalnej.

Izba zważyła, że choć zamawiający nie zdefiniował pojęcia „wykonania pełnowymiarowej bieźni”, to jednak treść wymagania jest łatwa do ustalenia. Pojęcie wykonanie robót budowlanych używane jest zarówno w Pzp, jak i w przepisach ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019 r. poz. 1186). Art. 2 pkt 8 Pzp stanowi, że roboty budowlane to wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego. Pojęcie wykonywanie obiektu budowlanego albo wykonywanie robót

budowlanych zawarte jest również w definicjach w art. 3 Prawa budowlanego, a dotyczących pojęć: budowa (art. 3 pkt 6), przebudowa (art. 3 pkt 7a) oraz remont (art. 3 pkt 8).

Należy zatem zgodzić się z zamawiającym, że samo pojęcie wykonanie bieżni nie może ograniczająco oznaczać jedynie budowy w wąskim rozumieniu, czyli wybudowania od podstaw nowej bieżni. Uszło jednak uwadze zamawiającego, że s.i.w.z. wymaga wyraźnie wykonania bieżni z nawierzchnią syntetyczną. Literalna wykładnia wymagań zamawiającego jasno zatem wskazuje, że wykonanie jedynie nawierzchni bieżni jest niewystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i uzyskania punktów za doświadczenie kierownika robót powierzchniowych. S.i.w.z nie tyle bowiem wskazuje na rodzaj bieżni, ile - adekwatnie do przedmiotu zamówienia - wyłącza możliwość powołania się na doświadczenie ograniczające się do położenia samej nawierzchni.

Bez znaczenia dla spełnienia wymagania zamawiającego jest wykonanie czynności takich jak uruchomienie sprzętu elektrycznego, przeprowadzenie badań obiektu, wykonanie geodezyjnego raportu pomiarowego. Jak niespornie wynika z pisma PZLA z 13 stycznia 2020 r. na konstrukcję bieżni składają się: warstwy podbudowy, warstwy podłoża oraz nawierzchnia syntetyczna. Zatem samo wykonanie oceny technicznej wykonanej warstwy nawierzchni poliuretanowej, uzupełnienie warstwy kleju, ułożenie warstwy nawierzchni z granulatu EPDM, malowanie linii, dostawa i montaż sprzętu i urządzeń wyposażenia lekkoatletycznego, uruchomienie sprzętu elektrycznego, przeprowadzenie badań obiektu, wykonanie geodezyjnego raportu pomiarowego i uzyskanie certyfikacji nie może być uznane za wykonanie bieżni. Jest bowiem wyłącznie dokończeniem nawierzchni syntetycznej bieżni.

Wbrew twierdzeniom zamawiającego z postanowień umowy zawartej przez konsorcjum M. – Budmel z Gminą Kościan nie wynika, aby odpowiedzialność wykonawcy z tytułu gwarancji obejmowała prace wykonane przez poprzedniego wykonawcę EVERSPORT Sp. z o.o.

W szczególności powołane przez zamawiającego postanowienia dotyczące gwarancji w § 14 ust. 1 i 2 odsyłają do przedmiotu umowy. Przedmiot umowy opisał zamawiający § 1. W zakresie prac zrealizowanych przez poprzedniego wykonawcę obowiązkiem przystępującego była wyłącznie ocena nawierzchni poliuretanowej wykonanej przez poprzedniego wykonawcę. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw, by rozszerzyć zakres odpowiedzialności przystępującego na zakres prac dotyczących bieżni wykonanych przez EVERSPORT Sp. z o.o.

Rację ma również odwołujący, gdy twierdzi, że sam fakt zgłoszenia wykonanej bieżni do PZLA w celu uzyskania certyfikacji nie ma znaczenia dla doświadczenia przystępującego. Doświadczenie to – w okolicznościach sporu - nie może dotyczyć wykonania całej bieżni,

skoro przystępujący zrealizował jedynie wąski zakres prac polegający zasadniczo na dokończeniu nawierzchni.

Konsekwencją tej konstatacji jest stwierdzenie, że zamawiający wadliwie ocenił ofertę przystępującego w kryterium doświadczenie kierownika robót nawierzchniowych 2 – nawierzchnia lekkoatletyczna. Skoro zakres umowy zawartej z Gminą Miejską Kościan nie odpowiadał wymaganiom zamawiającego, to osoba wskazana przez przystępującego na to stanowisko nie mogła się na nią powołać. W konsekwencji nie dysponowała dodatkowym doświadczeniem umożliwiającym uzyskanie punktów w ramach oceny ofert.

Ponieważ Izba uznała, że prace wykonane przez przystępującego na rzecz Gminy Miejskiej Kościan nie odpowiadają zakresem opisanemu warunkowi udziału w postępowaniu, fakt wykonania tego zamówienia w ramach konsorcjum nie ma znaczenia dla oceny czynności zamawiającego. Jednak dla porządku wskazać należy, że Izba nie zgadza się z odwołującym, który z orzeczenia C-387/14 Esaprojekt wywodzi, że w przypadku wykonania umowy przez konsorcjum, każdy z jego uczestników może powołać się wyłącznie na prace, które sam wykonał. Należy zwrócić uwagę, że w pkt 64 orzeczenia C-387/14 Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że wykonawca nie może polegać na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. TSUE sprzeciwił się tym samym możliwości powołania się członków konsorcjum na umowę, w której udział danego wykonawcy miał charakter jedynie formalny, stwierdzając, że nie można uznać uzyskania doświadczenia przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców. Ze stanowiska TS nie wynika jednak, jak chciałby odwołujący, możliwość powołania doświadczenia wyłącznie w zakresie prac osobiście wykonanych przez członka konsorcjum. Wymagany jest natomiast osobisty i bezpośredni udział w wykonaniu co najmniej części zamówienia (*vide* pkt 62 i 63 orzeczenia C- 387/14). Oznacza to, że możliwość powołania się przez wykonawcę na doświadczenie uzyskane w ramach konsorcjum należy oceniać *ad casum*, mając na względzie indywidualne okoliczności danego przypadku.

Mając na uwadze przedstawione stanowisko Izba uznała, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż oferta została złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający źle ocenił również doświadczenie kierownika robót nawierzchniowych. Takie postępowanie zamawiającego preferowało przystępującego, zatem zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

Prawidłowym działaniem zamawiającego powinno być wezwanie przystępującego do złożenia nowego wykazu wykonanych robót budowlanych oraz nie przyznawanie ofercie przystępującego punktów w kryterium doświadczenia kierownika robót nawierzchniowych 2 –

nawierzchnia lekkoatletyczna. Izba nie jest bowiem związana żądaniami, a jedynie zarzutami odwołania (*arg. a contrario* z art. 192 ust. 7 Pzp).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....

.....