

WYROK

z dnia 10 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Kot

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o. o. sp.k. oraz ALSTAL Investment sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Park Śląski S.A. z siedzibą w Chorzowie, przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Arco System sp. z o.o. oraz Intravi sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Oświęcimiu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe TRANSCOM sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo MAXIMUS ZBH MUC sp. k. z siedzibą w Gliwicach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o. o. sp.k. oraz ALSTAL Investment sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od odwołującego tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o. o. sp.k. oraz ALSTAL Investment sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz zamawiającego Parku Śląskiego S.A. z siedzibą w Chorzowie kwotę 3 617,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu: wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) oraz kosztów za inne uzasadnione wydatki tj. kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł (słownie: siedemnaście złotych 00/100).

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Park Śląski S.A. z siedzibą w Chorzowie (dalej: „Zamawiający” oraz „Park Śląski”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Kąpieliska Fala” (Numer referencyjny: 9/PN/RB/2022/MG, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 067-176010.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

23 grudnia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o. o. sp.k. oraz ALSTAL Investment sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący” oraz „ALSTAL”) wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Park Śląski jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

- a) czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe TRANSCOM sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo MAXIMUS ZBH MUC sp. k. z siedzibą w Gliwicach (dalej: „MOSTOSTAL”),
- b) zaniechania czynności odrzucenia oferty MOSTOSTAL na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MOSTOSTAL, w sytuacji gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”), a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości;

- 2) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233, dalej: „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MOSTOSTAL, w sytuacji gdy została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na nieprawdziwe informacje przedstawione w wykazie osób, w odniesieniu do projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji, i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. wskazujące, że osoba wyznaczona na to stanowisko zaprojektowała branżową dokumentację projektową wraz z infrastrukturą towarzyszącą 3 basenów w Katowicach, podczas gdy w ramach wyżej wymienionych inwestycji osoba nie zaprojektowała branżowej dokumentacji projektowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, a jedynie technologię basenową;
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy MOSTOSTAL, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez MOSTOSTAL jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty MOSTOSTAL na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 petitum odwołania wykonawca ALSTAL podniósł, że Pan T. S. wskazany w uzupełnionym wykazie osób z dnia 22 listopada 2022 r. nie posiada doświadczenia koniecznego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla projektanta w specjalności architektonicznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, o którym mowa w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ. Odwołujący stwierdził, że Pan T. S., nie zaprojektował branżowej dokumentacji projektowej basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą na powołanych przez MOSTOSTAL, w rzeczonym wykazie osób, inwestycjach: Budowa trzech basenów w dzielnicach – w Katowicach przy ul. Wczasowej, Budowa trzech basenów w dzielnicach – w Katowicach przy ul. Kościuszki, Budowa trzech basenów w dzielnicach – w Katowicach przy ul. Hallera/ul. Konnej, gdyż jak wynika z projektów budowlanych wyżej wymienionych inwestycji instalacje branżowe tj. w zakresie sieci, instalacji i urządzeń

cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych nie zostały zaprojektowane przez Pana T. S., lecz przez Pana P. P. . ALSTAL wskazał, że to Pan P. P. zaprojektował niżej wskazane instalacje:

- Instalacje sanitarne wewnętrzne - instalacja wentylacji i klimatyzacji;
- Instalacja sanitarna zewnętrzna;
- Instalacja zewnętrzna - wodociągowa i kanalizacja sanitarna;
- Instalacja zewnętrzna - kanalizacja deszczowa;
- Instalacja centralnego ogrzewania i ciepła technologicznego;
- Instalacja solarna;
- Instalacja wodno-kanalizacyjna;
- Instalacja wody zimnej, ciepłej i cyrkulacyjnej;
- Instalacja wody hydrantowej;
- Instalacja kanalizacji sanitarnej.

Odwołujący wskazał, że Pan T. S. opracował na przedmiotowych inwestycjach jedynie technologię basenową (to projekt uzdatniania wody basenowej, filtracji, dezynfekcji i normowania parametrów fizykochemicznych wody oraz projekt orurowania i ozaworowania niecek basenowych). W ocenie ALSTAL jest to doświadczenie niewystarczające dla projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, jakie było wymagane w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ.

Odwołujący podniósł, że wspomniany warunek udziału w Postępowaniu należy czytać w sposób kompleksowy, a zatem wymagane doświadczenie musi być ściśle powiązane z funkcją jaką dany projektant ma pełnić na przedmiotowym zadaniu. Oznacza to, że projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych musi mieć doświadczenie w projektowaniu dokumentacji branżowej rozumianej jako „dokumentacja w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych”, bo do realizacji takich zadań zostanie wyznaczony. Podsumowując – zdaniem ALSTAL – „dokumentacja branżowa” dla projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (rozdział VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ) to dokumentacja obejmująca wszystkie z niżej wskazanych sieci i instalacji:

- sieci i instalacje cieplne,
- sieci i instalacje wentylacyjne,
- sieci i instalacje wodociągowe oraz kanalizacyjne.

Odwołujący podkreślił, że doświadczenie w zakresie projektowania instalacji uzdatniania wody, jakie posiada Pan T. S. na inwestycjach w Katowicach, nie wymagają specjalistycznych uprawnień, są jednym z ewentualnych elementów projektów instalacyjnych – projektem technologicznym, stąd nie można uznać za wystarczające i wyczerpujące wykazanie się wyłącznie takim doświadczeniem jako spełniające postawiony w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ warunek. Jednocześnie wykonawca ALSTAL zaznaczył, że zgodnie z obowiązującym prawem projekty technologiczne nie są elementem dokumentacji projektowej podlegającej weryfikacji administracji budowlanej, tym samym bardzo często są wykonywane przez osoby bez uprawnień do projektowania w rozumieniu przepisów prawa budowlanego.

Nadto ALSTAL podniósł, że Zamawiający rozszerzył postawiony w warunku udziału w postępowaniu wymóg o infrastrukturę towarzyszącą. Zdaniem Odwołującego okoliczność, że Park Śląski wymagał nie tylko zaprojektowania dokumentacji branżowej, ale miała to być dokumentacja branżowa wraz z infrastrukturą towarzyszącą, świadczy o tym, iż warunek należało czytać jako zaprojektowanie kompletnej dokumentacji branżowej, obejmującej wszystkie zakresy z branży oraz całą, właściwą dla tych zakresów infrastrukturę towarzyszącą.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 petitum odwołania ALSTAL wskazał, że wykonawca MOSTOSTAL oświadczył nieprawdę w wykazie osób wskazując jakoby Pan T. S., w ramach realizacji inwestycji polegających na budowie 3 basenów w Katowicach „jako Projektant zaprojektował branżową dokumentację projektową basenów wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 657,30 m² z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym uzyskano pozwolenie na użytkowanie”.

Odwołujący podkreślił, że brak wskazania przez Park Śląski w dokumentach zamówienia fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd opisanych odpowiednio w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo decydują o tym, czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu czy też nie. W ocenie ALSTAL nie można uznać, że jeżeli Park Śląski nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacje w celu uzyskania zamówienia. Odwołujący przywołał przesłankę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i podniósł, że wykonawca MOSTOSTAL przekazując Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, doprowadził do wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, pomimo, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2

ppkt 4.2 lit. f) SWZ, co nie może zyskiwać aprobaty, a oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie natomiast zarzutu nr 3 petitum odwołania ALSTAL podniósł, że uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert a następnie odrzucenia oferty MOSTOSTAL. Odwołujący zaznaczył, że zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę zasadności wszystkich pozostałych zarzutów odwołania.

4 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienia zgłosili: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Arco System sp. z o.o. oraz Intravi sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Oświęcimiu – po stronie Odwołującego (dalej: „Przystępujący 1”), a także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe TRANSCOM sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo MAXIMUS ZBH MUC sp. k. z siedzibą w Gliwicach – po stronie Zamawiającego (dalej: „Przystępujący 2”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

(...);

f) jedną osobą (Projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych), która posiada uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, wydane zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów i która w ostatnich 7 (siedmiu) latach przed upływem terminu składania ofert zaprojektowała co najmniej trzy branżowe dokumentacje projektowe basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody niemniejszej 650m² każda z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym co najmniej jedną usługę na którą uzyskano pozwolenie na użytkowanie oraz zrzeszoną we właściwym samorządzie zawodowym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1117) lub jedną osobą (pełniącą funkcję jw.) posiadającą uprawnienia budowlane jw., spełniającą warunki, o których mowa w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm.), tj. osobą, której odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych lub spełniającą wymogi, o których mowa w art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa („świadczenie usług transgranicznych”).

Na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 października 2020 r. o sygn. akt KIO 2689/22, Park Śląski w dniu 16 listopada 2022 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 29 września 2022 r., a następnie w dniu 17 listopada 2022 r. wezwał MOSTOSTAL na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w

rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ tj. wykazu osób w zakresie pkt 6 – projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, w dniu 22 listopada 2022 r. MOSTOSTAL przedłożył poprawiony wykaz osób. Pismem z dnia 23 listopada 2022 r. Przystępujący 2 poinformował Park Śląski, że jedna z pozycji dotycząca doświadczenia Pana T. S. została wpisana omyłkowo. Jednocześnie MOSTOSTAL oświadczył, że pozostałe wskazane w wyżej wymienionym wykazie osób cztery usługi dotyczące zadań tj.:

1. Kryty Park Wodny z żywymi palmami, z zjeżdżalnią i kompleksem SPA zlokalizowanym we Wręczy Gmina Mszczonów Powiat Żyrardowski. Obiekt znany pod nazwą: „Park of Poland” – „Suntago Wodny Świat”

2. Budowa trzech basenów w dzielnicach - w Katowicach przy ul. Wczasowej

3. Budowa trzech basenów w dzielnicach - w Katowicach przy ul. Kościuszki

4. Budowa trzech basenów w dzielnicach – w Katowicach przy ul. Hallera/ul. Konnej

stanowią potwierdzenie spełnienia przez wskazaną tam osobę warunku doświadczenia, o którym mowa w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ.

Ostatecznie inwestycje jakie zostały powołane przez MOSTOSTAL w uzupełnionym wykazie osób na wykazanie doświadczenia Pana T. S. to:

1) Nazwa inwestycji: Kryty Park Wodny z żywymi palmami, z zjeżdżalnią i kompleksem SPA zlokalizowanym we Wręczy Gmina Mszczonów Powiat Żyrardowski. Obiekt znany pod nazwą: „Park of Poland” – „Suntago Wodny Świat”

- W ramach realizacji tego zadania, jako projektant zaprojektował branżową dokumentację projektową basenu wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 4225 m² z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym uzyskano pozwolenie na użytkowanie;
- Powierzchnia lustra wody 4225 m²;
- Daty realizacji: 07.08.2018 r. – 01.05.2020 r.;

2) Nazwa inwestycji: Budowa trzech basenów w dzielnicach – w Katowicach przy ul. Wczasowej

- W ramach realizacji tego zadania, jako projektant zaprojektował branżową dokumentację projektową basenów wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 657,30 m² z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym uzyskano pozwolenie na użytkowanie;
- Powierzchnia lustra wody 657,30 m²;
- Daty realizacji: 14.03.2016 r. – 14.11.2016 r.;

3) Nazwa inwestycji: Budowa trzech basenów w dzielnicach – w Katowicach przy ul. Kościuszki

- W ramach realizacji tego zadania, zaprojektował branżową dokumentację projektową basenów wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 657,30 m² z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym uzyskano pozwolenie na użytkowanie;
 - Powierzchnia lustra wody 657,30 m²;
 - Daty realizacji: 14.03.2016 r. – 14.11.2016 r.;
- 4) Nazwa inwestycji: Budowa trzech basenów w dzielnicach – w Katowicach przy ul. Hallera/ul. Konnej
- W ramach realizacji tego zadania, jako projektant zaprojektował branżową dokumentację projektową basenu wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 657,30 m² z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym uzyskano pozwolenie na użytkowanie;
 - Powierzchnia lustra wody 657,30 m²;
 - Daty realizacji: 14.03.2016 r. – 14.11.2016 r.

13 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez MOSTOSTAL. Park Śląski wskazał, że oferta Przystępującego 2 spełnia wszystkie wymagania określone w ustawie Pzp oraz SWZ.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Z kolei w myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 7 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 2) została złożona przez wykonawcę: (...) b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu lub (...); 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; (...)”.

Stosownie do art. 239 ustawy Pzp „1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

Ponadto przepis art. 3 ust. 1 u.z.n.k. stanowi, że „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

Z kolei zgodnie z art. 14 ust. 1 u.z.n.k. „Czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody”.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania i tym samym należy uznać, iż Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu bez naruszenia przytoczonych przepisów.

W pierwszej kolejności koniecznym jest odniesienie się do kwestii interpretacji treści warunku udziału w postępowaniu w ramach zdolności technicznej lub zawodowej, która stanowi podstawę zarzutów odwołania. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego i Przystępującego 2, zgodnie z którym postanowienie zawarte w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ należy podzielić na przynajmniej trzy poszczególne przesłanki. Po pierwsze, Park Śląski wymagał, aby projektant posiadał uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń wydane zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Dodatkowo Zamawiający żądał wykazania dla powyższego projektanta, co do posiadanego przez niego doświadczenia, zaprojektowania co najmniej trzech branżowych dokumentacji projektowych basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody nie mniejszej 650m² każda z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym co najmniej jedną usługę na którą uzyskano pozwolenie na użytkowanie. Trzecią przesłanką jest natomiast zrzeczenie we właściwym samorządzie zawodowym.

Odnosząc się do drugiej przesłanki należy podkreślić, że Park Śląski nie dookreślił w jakich branżach konkretnie miała być opracowana przedmiotowa dokumentacja. Izba zauważa, że gdyby Zamawiający chciał, aby wykonawcy na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, wykazali się zaprojektowaniem dokumentacji branżowych w zakresie wszystkich instalacji objętych uprawnieniami, to taki zapis powinien zostać wprost wskazany w treści rozdziału VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ. Jak trafnie podniósł Park Śląski w odpowiedzi na odwołanie wymóg dotyczący dokumentacji branżowej dotyczył wykazania przez wykonawców inwestycji, na których osoba przez nich wskazana wykonała projekt chociażby jednej z instalacji, na które posiada uprawnienia, a nie kompleksowego ich wykonania. Zamawiający podkreślił, że zdaje sobie sprawę, iż projekty sporządzane dla konkretnej

inwestycji budowlanej wykonywane są z reguły przez różne osoby, wobec tego wymaganie od wykonawców wykazania wyłącznie dokumentacji branżowej, która zawierałaby projekty wszystkich instalacji objętych uprawnieniami projektanta, ograniczone do jednej inwestycji, byłoby zbyt wygórowanym wymogiem i ograniczającym możliwość przystąpienia większej liczby wykonawców do udziału w postępowaniu. W konsekwencji powyższe doprowadziłoby do zaistnienia warunków SWZ sprzecznych z zasadą uczciwej konkurencji, gdyż liczba osób spełniających tak rygorystyczne wymagania byłaby niewielka i mogłoby dojść do sytuacji, w której większe firmy eliminowałyby konkurencję przez zatrudnianie takich osób, co w znaczący sposób ograniczyłoby konkurencję, ze względu na brak możliwości spełnienia wymogów osobowych SWZ.

Nadto zasadnym jest wskazanie, że wobec faktu, iż nie ma legalnej definicji dokumentacji branżowej, a także brak jest takiej definicji w dokumentach zamówienia sporządzonych na potrzeby przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w celu prawidłowej interpretacji treści postawionego warunku udziału w postępowaniu, należy oprzeć się na słownikowym znaczeniu słowa „branża”, które zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN oznacza „gałąź produkcji lub handlu obejmująca towary lub usługi jednego rodzaju”. Słusznie bowiem podniósł Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, iż zważywszy na przytoczone znaczenie słowa „branża” uznać należy, że dokumentacja branżowa dotyczy wszystkich rodzajów projektów sporządzanych w zakresie posiadanych przez projektanta specjalności objętych uprawnieniami, dla których uprawnienia te są wymagane. Innymi słowy każdy z elementów zaprojektowany przez projektanta w ramach specjalności instalacyjnej określonej przez Park Śląski w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ jest branżową dokumentacją projektową wykonaną przez projektanta posiadającego uprawnienia w pełnym zakresie i bez ograniczeń. Odwołujący zatem błędnie przyjmuje, że z treści postawionego warunku udziału w postępowaniu wynika, że „dokumentacja branżowa” dla projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych to dokumentacja obejmująca: sieci i instalacje cieplne, sieci i instalacje wentylacyjne oraz sieci i instalacje wodociągowe oraz kanalizacyjne.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności czytanie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ, w sposób kompleksowy – zaprezentowany przez ALSTAL w odwołaniu – stanowi zawężenie rzeczzonego warunku i w konsekwencji ogranicza konkurencję w Postępowaniu.

Należy zauważyć, że Zamawiający konkretnie wskazał w treści postawionego warunku udziału w postępowaniu, iż dokumentacja branżowa ma dotyczyć – projektu basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody niemniejszej niż 650m² każda z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym

co najmniej jedną usługę na którą uzyskano pozwolenie na użytkowanie, nie określając przy tym obowiązku przedstawienia wykonania pełnych projektów sanitarnych, uwzględniających wszystkie instalacje wszystkich branży objętych uprawnieniami. Park Śląski w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że w ramach prowadzonego badania oferty Przystępującego 2 zostało potwierdzone, iż MOSTOSTAL przedstawił w treści swojego oświadczenia potwierdzenie wykonania dokumentacji projektowej technologii basenowej, którą sporządził Pan T. S. dla trzech basenów na terenie Katowic tj. ul. Wczasowej, Hallera/ul. Konnej i Kościuszki, w zakres opracowania której wchodzi instalacje określone w wymogach SWZ. W szczególności Zamawiający powołał się na pismo Katowickich Inwestycji S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Katowickie Inwestycje S.A.”) z dnia 6 grudnia 2022 r. oraz opinię inspektora nadzoru do spraw instalacji i sieci sanitarnej – Pana Grzegorza Niewiadomskiego w zakresie stwierdzenia czy projekt technologii basenowej sporządzony przez Pana T. S. dla inwestycji pn. „Budowa trzech basenów w dzielnicach Katowic ul. Wczasowej, ul. Kościuszki oraz ul. Hallera/ul. Konnej” należy uznać za dokumentację branżową spełniającą wymogi SWZ. Podkreślenia wymaga, że w powołanym powyżej piśmie Katowickie Inwestycje S.A. poinformowała Park Śląski, że (...) *Pan T. S. w ramach „Budowa trzech basenów w dzielnicach Katowic ul. Wczasowej, ul. Kościuszki oraz ul. Hallera/ul. Konnej” sporządził dokumentację projektową w branży sanitarnej w zakresie Technologii basenowej. Dla wszystkich ww. obiektów uzyskano prawomocne pozwolenie na budowę oraz pozwolenie na użytkowanie. W każdym z budynków powierzchnia lustra wody wynosi 657,30 m². Z kolei inspektor nadzoru do spraw instalacji i sieci sanitarnej – Pan G. N. w przedstawionej opinii wskazał, że (...) *Projektant dokumentuje doświadczenie w najbardziej istotnym i specyficznym obszarze projektowania obiektów tego typu. Należy je uznać za spełniające wymagania (...)*. Niewątpliwie bowiem biorąc pod uwagę branżę sanitarną, dla przedmiotu zamówienia, technologia wody basenowej stanowi jej kluczową część. Technologia basenowa stanowi specyficzny zakres dokumentacji branżowej i odróżnia zakres projektowanego obiektu od każdego innego budynku, obiektu użyteczności publicznej, mieszkalnego czy przemysłowego. Zdaniem Izby przy tak skonstruowanym warunku udziału w postępowaniu uprawnione może być twierdzenie, że celem Zamawiającego jest zweryfikowanie doświadczenia związanego *stricto* z wykonaniem basenów, uznając za drugoplanowe zakresy typowych prac budowlanych z jakimi wykonawcy spotykają się na wszelkiego rodzaju inwestycjach budowlanych, niezależnie od ich przeznaczenia.*

Nadto Park Śląski zwrócił uwagę, że po dokonaniu analizy dokumentacji projektowej sporządzonej przez Pana T. S. dla omawianych trzech basenów w Katowicach (projekty budowlane, projekty wykonawcze oraz szczegółowe specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych) stwierdzić należy, iż projekt technologii basenowej nie ogranicza się wyłącznie do samego uzdatniania wody, który niewątpliwie jest jednym z najważniejszych

elementów dla funkcjonowania basenu, pływalni czy kąpieliska, ale zawiera również elementy instalacji ciepłowniczych, wodno-kanalizacyjnych czy wentylacyjnych. Na powyższe wskazuje również zestawienie zakresu branżowych prac projektowych w zakresie technologii basenowej dla inwestycji „Budowy trzech basenów w dzielnicach Katowic ul. Wczasowa, ul. Hallera/Konnej i ul. Kościuszki” stanowiący załącznik nr 15 do pisma procesowego MOSTOSTAL. Odwołujący konsekwentnie pominął rzeczony dokumenty przedłożone przez Zamawiającego oraz Przystępującego 2, w ogóle nie odniósł się do ich treści, a także w sposób bezpodstawny zbagatelizował znaczenie dokumentacji projektowej w zakresie technologii basenowej uznając, iż projektowanie instalacji uzdatniania wody nie wymaga specjalistycznych uprawnień oraz, że nie stanowi ona elementu dokumentacji projektowej podlegającej weryfikacji administracji budowlanej. W tym zakresie Przystępujący 2 w piśmie procesowym przedstawił szczegółową argumentację, która całkowicie przeczy przytoczonym twierdzeniom ALSTAL. MOSTOSTAL powołał się przede wszystkim na oświadczenia składane przez projektanta Pana T. S. do projektu budowlanego zgodnie z art. 20 ust. 4 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane w ramach realizacji inwestycji budowy krytej pływalni w Katowicach przy ul. Wczasowej, ul. Hallera/Konnej i ul. Kościuszki (załączniki nr 4, 6 i 8 do pisma procesowego Przystępującego 2), a także na projekt budowlany „Budowy Kąpieliska „Fala” – branża sanitarna: Technologia uzdatniania wody basenowej przedłożony na okoliczność potwierdzenia, że ta część branży sanitarnej jako element specyficzny obiektu stanowi część projektu budowlanego składanego do organu administracji budowlanej (stanowiący załącznik nr 3 do SWZ).

Odnosząc się z kolei do twierdzeń Odwołującego dotyczących rozszerzenia wymogu postanowionego w warunku udziału w postępowaniu o infrastrukturę towarzyszącą Izba zauważa, że w treści odwołania na próżno szukać definicji pojęcia „infrastruktura towarzysząca”, na które powołuje się ALSTAL, a tym samym brak jest możliwości ustalenia w jakim konkretnie zakresie – w ocenie Odwołującego – wykazana przez Przystępującego dokumentacja branżowa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ. W uzasadnieniu zarzutów odwołania ALSTAL w sposób ogólnikowy podniósł, że (...) *warunek należało czytać jako zaprojektowanie kompletnej dokumentacji branżowej, obejmującej wszystkie zakresy z branży oraz całą, właściwą dla tych zakresów infrastrukturę towarzyszącą*. To jak zdaniem Odwołującego można rozumieć „infrastrukturę towarzyszącą” ALSTAL wskazał dopiero podczas rozprawy powołując się przepis art. 146 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 931) odnoszący się do infrastruktury towarzyszącej budownictwa mieszkaniowego, a także przedkładając oświadczenie Pana P. P. m.in. na okoliczność wykazania jak rozumiana jest definicja „infrastruktury towarzyszącej” przez projektantów (dowód nr 1). W tym miejscu koniecznym jest wskazanie, że na zarzut składają

się nie tylko przywołanie podstawy prawnej, ale również wszystkich okoliczności faktycznych, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne, dlatego też powoływanie na późniejszym etapie postępowania odwoławczego nowych okoliczności faktycznych nie może być przez Izbę brane pod uwagę przy rozpatrywaniu zarzutów odwołania. Innymi słowy, Izba jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. Jeśli więc Odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to mogą one zostać uznane za spóźnione i to również w sytuacji, gdy Odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie opisanymi w uzasadnieniu odwołania okolicznościami faktycznymi (por. wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2022 r. o sygn. akt KIO 1027/22). To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która zgodnie z dyspozycją przepisu art. 555 ustawy Pzp może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (por. wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2020 r. o sygn. akt KIO 401/20, KIO 403/20).

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby uzupełniająca argumentacja zaprezentowana przez ALSTAL podczas rozprawy w zakresie rozumienia definicji infrastruktury towarzyszącej i braku wykazania przez Przystępującego 2 jej zaprojektowania wykracza poza zarzuty odwołania wraz z załączonym dowodem i dlatego nie została wzięta przez skład orzekający pod uwagę.

Niezależnie od powyższego koniecznym jest wskazanie, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy nawet gdyby przyjąć, iż treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej nie jest jednoznaczna, to na obecnym etapie należy go rozumieć na korzyść wykonawcy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r. o sygn. akt III Ca 70/15 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 10 maja 2017 r. o sygn. akt VIII Ga 43/17). Zamawiający nie może zatem dokonywać zawężającej interpretacji treści postawionego warunku, w sposób jaki oczekuje Odwołujący. Ponadto Izba wskazuje, że zakres dokumentacji projektowych sporządzonych przez projektanta w ramach wykazanego doświadczenia nie musi być tożsamy z zakresem czynności, do których skierowany on będzie w ramach realizacji zamówienia. Ustawodawca nie narzucił bowiem na zamawiającego aby warunek udziału w pełni odzwierciedlał przedmiot zamówienia. Warunek powinien korespondować z przedmiotem zamówienia i pozwalać na stwierdzenie, iż wykonawca posiadający np. określone doświadczenie podoła realizacji zamówienia, jednakże posiadane doświadczenie nie musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, gdyż wówczas mogłoby ograniczać dostęp do pozyskania zamówienia podmiotom zdolnym do

realizacji zamówienia. W kontekście powyższego Izba wzięła również pod uwagę zapewnienia Zamawiającego wyrażone podczas rozprawy, iż zważywszy na uprawnienia do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń wydane zgodnie z Prawem budowlanym, które bez wątplenia posiada Pan T. S., możliwe jest projektowanie przez wyżej wymienioną osobę instalacji wymaganych przez Park Śląski w Postępowaniu.

Wobec powyższego uwzględniając zgromadzoną dokumentację, przeprowadzone przez Zamawiającego badanie oferty Przystępującego 2, a także treść postawionego warunku udziału w postępowaniu, zasadnym jest przyjęcie, że Park Śląski w sposób prawidłowy uznał, że wykonawca MOSTOSTAL wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. f) SWZ.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 petitum odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty MOSTOSTAL z uwagi na to, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji należy go uznać za chybiony. Uzasadnienie wskazanego zarzutu opiera się na okoliczności rzekomego przedstawienia przez Przystępującego 2 w wykazie osób informacji nieprawdziwych w odniesieniu do projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych. Należy podkreślić, że informacje podane przez MOSTOSTAL w wykazie osób w zakresie zaprojektowanych inwestycji, których wiarygodność jest kwestionowana przez Odwołującego, zostały zweryfikowane przez Park Śląski i żadne z nich nie okazały się nieprawdziwe. Mając na uwadze dokumenty zgromadzone przez Zamawiającego na etapie badania oferty wykonawcy MOSTOSTAL, o których była już mowa powyżej należy stwierdzić, że Pan T. S. w ramach budowy trzech basenów w dzielnicach Katowic sporządził dokumentację projektową w branży sanitarnej w zakresie technologii basenowej, czym wypełnił wymóg postawiony przez Zamawiającego w SWZ.

Wobec tego, że nie potwierdziły się zarzuty nr 1 i nr 2 petitum odwołania Izba uznała, że w konsekwencji nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut nr 3 petitum odwołania, który ma charakter wynikowy.

Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) i d) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 roku poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: