

WYROK

z dnia 8 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 6 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 24 stycznia 2023 r. przez TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Gubin o statusie miejskim

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 116 ust. 1 w zw. z art. 112 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w sposób nieproporcjonalny, w części dotyczącej wymagania wykazania się doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie/remontcie obiektu lekkoatletycznego wyposażonego w bieżnię lekkoatletyczną okrężną o długości 400 mb i liczbie torów okrężnych minimum czterech i minimum sześciu torach na prostej sprinterskiej, z nawierzchnią syntetyczną typu SANDWICH i nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany tej części warunku poprzez usunięcie fragmentu „z nawierzchnią syntetyczną typu SANDWICH”.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 1/2 odwołującego TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie oraz w 1/2 zamawiającego Gminę Gubin o statusie miejskim i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

4. Zasądza od zamawiającego Gminy Gubin o statusie miejskim na rzecz odwołującego TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kwoty wpisu od odwołania uiszczonego przez odwołującego.
5. W pozostałym zakresie znosi koszty między stronami.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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

Gmina Gubin o statusie miejskim, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Budowa wojewódzkiego centrum szkoleniowego lekkoatletyczno-piłkarskiego w Gubinie - I etap”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż progi unijne, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 stycznia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00043970/01.

W dniu 24 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności Zamawiającego polegających na opisanu warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy (zdolność techniczna lub zawodowa) w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP, tj. w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza elementy niezbędne do zapewnienia rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę.

Opisanym wyżej czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 116 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 112 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 ustawy PZP poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy (zdolność techniczna lub zawodowa) w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykraczający poza elementy niezbędne do zapewnienia rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę, podczas gdy obowiązkiem Zamawiającego jest określenie takiego warunku udziału w postępowaniu, który będzie odzwierciedlał realne potrzeby Zamawiającego w zakresie oceny zdolności wykonawcy do należytej realizacji przedmiotu zamówienia.

W związku z postawionym zarzutem Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści kwestionowanego warunku zgodnie z żądaniem odwołania.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawiony zarzut Odwołujący zwrócił w pierwszej kolejności na treść postawionego warunku w postępowaniu, opisanego w rozdziale XXII SWZ ust. 3 pkt 4 tj.:

„Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej: dwie roboty budowlane polegające na budowie/przebudowie/remontcie obiektu lekkoatletycznego wyposażonego w bieżnię lekkoatletyczną okrężną o długości 400 mb i liczbie torów okrężnych minimum czterech i minimum sześciu torach na prostej sprinterskiej, z nawierzchnią syntetyczną typu SANDWICH. Wymaga się, by jedna z wyżej wymienionych robót obejmowała również swym zakresem uzyskanie dla bieżni certyfikatu WA (dawniej IAAF) lub świadectwa Polskiego Związku Lekkiej Atletyki. W zakres prac winno wchodzić również wykonanie boiska piłkarskiego wewnątrz bieżni z trawy sianej wraz z automatycznym systemem zraszania murawy oraz wykonanie infrastruktury towarzyszącej. Wartość roboty budowlanej min. 5 000 000 zł brutto. Wymaga się, by druga z robót obejmowała również swym zakresem budowę zadaszonej trybuny dla kibiców. Zadaszenie winno obejmować minimum 500 siedzisk. Wartość roboty budowlanej min. 1 000 000 zł brutto.”

Zdaniem Odwołującego tak postawiony warunek udziału w postępowaniu narusza jednak przepisy ustawy PZP.

Odwołujący zwrócił uwagę na dwa elementy kwestionowanego warunku, tj.

1. „z nawierzchnią syntetyczną typu SANDWICH”: jak wskazywał Odwołujący, z punktu widzenia prawidłowości realizacji zamówienia polegającego na budowie stadionu lekkoatletyczno-piłkarskiego, nie ma znaczenia, czy wykonawca posiada dokładnie doświadczenie związane z nawierzchnią syntetyczną typu sandwich. Wskazać bowiem należy, że istnieje wiele różnych nawierzchni, których uprzednie ułożenie daje wykonawcy odpowiednie doświadczenie w prawidłowej realizacji budowy bieżni lekkoatletycznej. Nie sposób przy tym uznać, aby doświadczenie związane z nawierzchnią syntetyczną typu sandwich było na tyle wyjątkowe (szczególne), aby należało je podkreślić w warunku udziału w postępowaniu. Sam fakt, że nawierzchnia typu sandwich stanowi przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien się legitymować dokładnie takim doświadczeniem,
2. „boiska piłkarskiego wewnątrz bieżni z trawy sianej” – z punktu widzenia prawidłowości realizacji zamówienia polegającego na budowie stadionu lekkoatletyczno-piłkarskiego, nie ma znaczenia, czy wykonawca posiada dokładnie doświadczenie związane z wykonaniem boiska z trawy sianej czy trawy z rolki. Istotne jest wykonanie samego boiska z trawy. Dodatkowo też, dla przykładu trawa z

rolki wymaga większego zaangażowania pracowników układających ten rodzaj trawy i jakikolwiek błąd może skutkować koniecznością ponownego ułożenia całego trawnika. Stąd też, nie sposób uznać, aby doświadczenie w realizacji boiska piłkarskiego z trawy sianej było na tyle istotne, aby wynosić je do rangi warunku udziału w postępowaniu. Sam fakt, że boisko piłkarskie z trawy sianej stanowić ma przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien się legitymować dokładnie takim doświadczeniem.

Jak kontynuował Odwołujący, połączenie tych wymogów z pozostałymi elementami warunku udziału w postępowaniu, w szczególności budowy zadaszonych trybun, należy odczytywać jako warunek nieproporcjonalny i ograniczający możliwość złożenia oferty przez wykonawców zdolnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał na przykłady inwestycji, które wykonał Odwołujący i które są przedmiotowe podobne, a które nie mogłyby zostać wykazane na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Dodał, że warunek udziału w postępowaniu jest „niezwykły” i nie znajduje odzwierciedlenia w rynkowej sytuacji. Odwołujący, jako podmiot posiadający bardzo duże doświadczenie w realizacji co najmniej podobnych prac, z uwagi na taki warunek udziału w postępowaniu, bezzasadnie został pozbawiony możliwości złożenia oferty w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego przez proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś jako wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Nieproporcjonalność warunku udziału w postępowaniu zachodzi zatem w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji. Dodatkowo, proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu nie oznacza, że musi on być identyczny z przedmiotem zamówienia.

Wobec powyższej argumentacji Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanego warunku, który jego zdaniem powinien mieć następujące brzmienie:

„Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej: dwie roboty budowlane polegające na budowie/przebudowie/remontcie obiektu lekkoatletycznego wyposażonego w bieżnię lekkoatletyczną okrężną o długości 400 mb i liczbie torów okrężnych minimum czterech i minimum sześciu torach na prostej sprinterskiej. Wymaga się, by jedna z wyżej wymienionych robót obejmowała również swym zakresem uzyskanie dla bieżni certyfikatu WA (dawniej IAAF) lub świadectwa Polskiego Związku Lekkiej Atletyki. W

zakres prac winno wchodzić również wykonanie boiska piłkarskiego wewnątrz bieżni z trawy naturalnej oraz wykonanie infrastruktury towarzyszącej. Wartość roboty budowlanej min. 5 000 000 zł brutto. Wymaga się, by druga z robót obejmowała również swym zakresem budowę zadanej trybuny dla kibiców. Zadaszenie winno obejmować minimum 500 siedzisk. Wartość roboty budowlanej min. 1 000 000 zł brutto. Pojęcie budowy, remontu oraz przebudowy należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie Prawo Budowlane.”

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 6 lutego 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie zarzutów odwołania w całości.

Zdaniem Zamawiającego warunek jest jak najbardziej proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwia ocenę zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający wskazywał, że ma zatem konkretne oczekiwanie co do typu i technologii nawierzchni sportowej, jaka ma zostać zainstalowana na obiekcie. Aby prawidłowo zrealizować niniejsze zamówienie zdaniem Zamawiającego konieczne jest posiadanie przez Wykonawcę doświadczenia w realizacji obiektów z taką właśnie nawierzchnią. Prawdą jest bowiem, że na rynku istnieje cały szereg różnych nawierzchni syntetycznych. Jednak każda z nich posiada swoje określone właściwości i różni się sposobem jej układania.

I tak nawierzchnia, którą Zamawiający opisał w treści OPZ to nawierzchnia „sandwich”, która jest wykonywana bezpośrednio na placu budowy i składa się z kolejno układanych warstw. Stąd też jej nazwa, bowiem sposób kładzenia tej nawierzchni jest podobny do „kanapki” składającej się z kilku warstw. Istnieje szereg różnych nawierzchni typu sandwich (różnych producentów) – każda z nich jednak charakteryzuje się właśnie określoną techniką jej wykonania opierającą się na układaniu odpowiednich warstw. I tak warstwa elastyczna układana jest na gorąco przy pomocy mechanicznych rozkładarek na określoną grubość. Po jej utwardzeniu zostaje ona pokryta systemową szpachlą uszczelniająco – zamykającą. Warstwę użytkową uzyskuje się przez rozproszczenie na macie elastycznej barwionego poliuretanu zasypanego granulatem EPDM w kolorze korespondującym z żywicą. Po związaniu systemu nadmiar granulatu EPDM jest usuwany z powierzchni warstwy użytkowej.

Jak kontynuował Zamawiający, nawierzchnie na które powołuje się Odwołujący, tj. nawierzchnia kauczukowa czy nawierzchnia poliuretanowa (FULL-PUR) są to nawierzchnie, które kładzie się w zupełnie inny sposób. Systemy typu full pur (tzw. pełny poliuretan) to nawierzchnie, które instaluje się metodą wylewania bezpośrednio na podłoże asfaltobetonowe lub betonowe ciekłego poliuretanu, następnie zasypywanego granulatem gumowym. Nawierzchnia prefabrykowana, tj. kauczukowa jest z kolei wytwarzana fabrycznie

w kontrolowanych warunkach. Wytworzone arkusze montuje się do podłoża za pomocą specjalistycznego, systemowego kleju.

Istnieje zatem różnica czy Wykonawca posiada doświadczenie w kładzeniu nawierzchni w technologii full-pur czy kauczukowej, a w technologii „sandwich”. Prawidłowe wykonanie nawierzchni jest punktem wyjścia do tego, aby obiekt uzyskał świadectwo Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, bowiem nawierzchnia jest potem szczegółowo badana w zakresie prawidłowości jej wykonania i osiąganych parametrów. Zamawiający wymaga od Wykonawców uzyskania świadectwa Polskiego Związku Lekkiej Atletyki dla obiektu kategorii VB (rozdział III pkt 2 tiret trzeci SWZ). Nie ma tu zatem miejsca na poprawki czy pomyłki.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że Polski Związek Lekkiej Atletyki wydał uchwałę nr 72/2022 z dnia 29 grudnia 2022 roku pn. *„Nawierzchnie syntetyczne – wymagania PZLA. Podstawowe wymagania Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, dotyczące nawierzchni syntetycznych stosowanych na obiektach lekkoatletycznych”*, w której wprost wskazał, że Zamawiający, który przeprowadza inwestycję budowy obiektu sportowego powinien żądać od Wykonawców doświadczenia w technologii zgodnej z technologią oferowanej nawierzchni.

W zakresie drugiego ze spornych elementów warunku udziału w postępowaniu, tj. wymagania wykazania się doświadczeniem w realizacji obiektów z trawą sianą, Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza wykonania boiska z trawą z rolki. Z tego też względu w treści warunku Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w wykonaniu boiska z trawą naturalną sianą, bowiem jest to niezbędne do uznania, że Wykonawca daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Analogicznie jak w przypadku nawierzchni, również technologia wykonania trawy na boisku piłkarskim jest różna w przypadku trawy sianej a trawy z rolki. Nie jest tak, że wystarczy posiadać doświadczenie przy wykonaniu boiska z trawą z rolki, aby posiadać umiejętności do wykonania trawy sianej. To właśnie technologia wykonania trawy sianej jest bardziej skomplikowana niż technologia wykonania trawy z rolki, bowiem trawa ta musi wyrosnąć i być odpowiednio pielęgnowana, z czym związana jest gwarancja na tę trawę.

Zamawiającemu nie chodzi o to, aby Wykonawca tylko zasiał trawę, ale aby zasiał ją prawidłowo i aby wyrosła ona w oczekiwany sposób. Nie jest to zatem praca jednoetapowa, jak przy trawie z rolki, tj. że Wykonawca ją układa i koniec, bowiem przy trawie naturalnej sianej należy najpierw w odpowiedni sposób trawę zasiać, a potem pielęgnować ją, aby odpowiednio wyrosła. Trawa z rolki ma również tę zaletę, że można rozkładać ją w dowolnym momencie okresu wegetacyjnego, podczas gdy trawa z siewu jest pod tym względem bardziej wymagająca i musi się odbywać w określonych warunkach

atmosferycznych. Proces układania trawy z rolki to rozwinięcie trawy w miejscu docelowym i połączenie ze sobą, aby nie powstały szczeliny. Taka trawa niemalże zawsze się przyjmuje i nie wymaga więcej pracy w tym zakresie. Trawa naturalna siana to zaś skomplikowany proces, gdzie wiele elementów może pójść nie tak, bowiem należy najpierw odpowiednio przygotować podłoże, zasiać odpowiednie nasiona a potem pielęgnować do wyrośnięcia. Mówimy zatem o zupełnie różnych technologiach, które nawet nie są do siebie podobne.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zarówno boisko lekkoatletyczne, jak i boisko piłkarskie to jedne z najważniejszych elementów tego zamówienia - dlatego to właśnie im Zamawiający nadał szczególną rolę określając takie a nie inne wymagania w treści warunku. To właśnie doświadczenie w wykonaniu określonej technologii nawierzchni czy technologii trawy determinuje bowiem to czy Wykonawca daje gwarancję należytego wykonania tego konkretnego zamówienia. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w jednej realizacji w skład której wchodziło wykonanie boiska z trawą naturalną sianą, a zatem również w tym zakresie widzimy, że Zamawiający nie stawia wygórowanych warunków, bowiem nie wymaga tego przy obu realizacjach, a tylko przy jednej – określając warunki jako minimalne poziomy zdolności.

Jak kontynuował, Zamawiający nie odnosi się do tego, że warunek zawiera także wymaganie, aby druga z robót obejmowała również swoim zakresem budowę zadaszonej trybuny dla kibiców, bowiem Odwołujący nie postawił w tym zakresie żadnego zarzutu, ani nie sformułował wniosku o zmianę tego postanowienia, a co za tym idzie nie jest to element sporny.

Powyższe okoliczności powinny zdaniem Zamawiającego skutkować oddaleniem odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP. Izba ustaliła również istnienie przesłanek materialnoprawnych korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w art. 505 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy.

Ponadto w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody:

1. Dowody Odwołującego:

- a. zestawienie tabelaryczne przedstawiające treść warunków udziału w postępowaniu w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych prowadzonych przez innych zamawiających, przy przedmiocie zamówienia zbliżonym do postępowania obecnie prowadzonego, na okoliczność tego, że warunki udziału w innych postępowaniach nie są formułowane w taki sposób by ograniczać konkurencję.

2. Dowody Zamawiającego:

- a. artykuł pn. „Naturalnie z siewu” zamieszczony w czasopiśmie Sportplus, luty 2013 r.

Na podstawie art. 534 ust. 2 w zw. z art. 538 ust. 1 ustawy PZP, Izba postanowiła z urzędu włączyć w poczet materiału dowodowego także dokument pn. „NAWIERZCHNIE SYNTETYCZNE – WYMAGANIA PZLA. Podstawowe wymagania Polskiego Związku Lekkiej Atletyki, dotyczące nawierzchni syntetycznych stosowanych na obiektach lekkoatletycznych. Zatwierdzone przez Zarząd Polskiego Związku Lekkiej Atletyki Uchwałą nr 72/2022 z dnia 29.12.2022 i obowiązujące od dnia 01.01.2023 r.”, dalej jako: „wymagania PZLA”. Na treść ww. dokumentu powoływał się zarówno Odwołujący, jak i Zamawiający, jednak żadna ze stron nie załączyła całej jego treści do pism procesowych. Z uwagi na to, że dokument ten jest dostępny publicznie w Internecie, Izba uznała za zasadne włączenie jego treści w poczet materiału dowodowego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa wojewódzkiego centrum szkoleniowego lekkoatletyczno-piłkarskiego w Gubinie - I etap”.

W rozdziale XXII SWZ uregulowano kwestie związane z podstawami wykluczenia z postępowania oraz warunkami udziału w postępowaniu.

W punkcie 3.4 ww. rozdziału Zamawiający uregulował warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z jego treścią:

„Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej:

dwie roboty budowlane polegające na budowie/przebudowie/remontcie obiektu lekkoatletycznego wyposażonego w bieżnię lekkoatletyczną okrężną o długości 400 mb i

liczbie torów okrężnych minimum czterech i minimum sześciu torach na prostej sprinterskiej, z nawierzchnią syntetyczną typu SANDWICH.

Wymaga się, by jedna z wyżej wymienionych robót obejmowała również swym zakresem uzyskanie dla bieżni certyfikatu WA (dawniej IAAF) lub świadectwa Polskiego Związku Lekkiej Atletyki. W zakres prac winno wchodzić również wykonanie boiska piłkarskiego wewnątrz bieżni z trawy sianej wraz z automatycznym systemem zraszania murawy oraz wykonanie infrastruktury towarzyszącej. Wartość roboty budowlanej min. 5 000 000 zł brutto.

Wymaga się, by druga z robót obejmowała również swym zakresem budowę zadaszonej trybuny dla kibiców. Zadaszenie winno obejmować minimum 500 siedzisk. Wartość roboty budowlanej min. 1 000 000 zł brutto.

Pojęcie budowy, remontu oraz przebudowy należy rozumieć zgodnie z definicjami zawartymi w ustawie Prawo Budowlane.

Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, należy wykazać robotę budowlaną, w której Wykonawca bezpośrednio uczestniczył.

W przypadku wskazania przez Wykonawcę, w celu wykazania spełniania warunków udziału, waluty innej niż polska (PLN), w celu jej przeliczenia stosowany będzie średni kurs NBP na dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych na portalu internetowym Urzędu Zamówień Publicznych.”

Dalsza część warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych:

„Wykonawca musi wykazać dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. posiadającymi prawo do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie tj. odpowiednie uprawnienia budowlane w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności:

- a) **konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń (Kierownik budowy)**. Wymaga się, aby przedstawiona osoba posiadała doświadczenie jako kierownik budowy w budowie bieżni lekkoatletycznej - min. dwie budowy bieżni lekkoatletycznej kategorii min. VB, które uzyskały świadectwo Polskiego Związku Lekkiej Atletyki dla obiektu kategorii minimum VB,

- b) **instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń (Kierownik robót).** Wymaga się, aby przedstawiona osoba posiadała co najmniej 2-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi jako kierownik robót.
- c) **instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń (Kierownik robót).** Wymaga się, aby przedstawiona osoba posiadała co najmniej 2-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi jako kierownik robot.
- d) **instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii instalacji i urządzeń liniowych bez ograniczeń (Kierownik robót).** Wymaga się, aby przedstawiona osoba posiadała co najmniej 2-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu robotami budowlanymi jako kierownik robót.

lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów umożliwiające wykonywanie wskazanych funkcji kierownika budowy/robót dla budowy będącej przedmiotem zamówienia,

oraz zrzeszoną/yymi we właściwym samorządzie zawodowym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15.12.2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2019 r. poz. 1117),

lub spełniająca/yymi warunki, o których mowa w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351 z późn. zm.), tj. osobą/ami której/ych odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych lub spełniająca/yymi wymogi o których mowa w art. 20a ustawy z dnia 15.12.2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa („świadczanie usług transgranicznych”).

Zamawiający dopuszcza łączenie przez jedną osobę kilku funkcji podczas wykonywania zamówienia, w przypadku posiadania przez tę osobę odpowiednich uprawnień.”

Izba zważyła, co następuje:

Jak stanowi art. 112 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Celem stawiania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców zdolnych do jego należytego wykonania.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest wykonanie robót budowlanych, których skutkiem będzie powstanie centrum szkoleniowego lekkoatletyczno – piłkarskiego, uzyskanie zaświadczenia o pozwoleniu na użytkowanie oraz uzyskanie świadectwa Polskiego Związku Lekkiej Atletyki dla obiektu kategorii VB. Treść warunków udziału w postępowaniu powinna zatem korespondować z ww. przedmiotem zamówienia, tak by Zamawiający był pewny, że zostanie on należycie zrealizowany. Z drugiej jednak strony interes Zamawiającego nie powinien być bezwzględnie stawiany na pierwszym miejscu. Przy opisywaniu warunków udziału w postępowaniu należy dążyć do równowagi pomiędzy zapewnieniem gwarancji należytego wykonania zamówienia, a dopuszczeniem do postępowania wykonawców, którzy będą zdolni do jego wykonania.

Możliwe jest bowiem takie opisanie warunków, by udział w postępowaniu wzięli tylko wykonawcy z doświadczeniem na bardzo wysokim poziomie, dający ponad wszelką wątpliwość rękojmię należytego wykonania zamówienia. Możliwe jest jednak również opisanie warunków w taki sposób, by zapewnić dostęp do zamówienia także innym wykonawcom, być może z innym zakresem doświadczenia, jednak bez uszczerbku dla rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien więc za każdym razem dążyć do takiego opisanie warunków, by udział w postępowaniu mogli wziąć wykonawcy legitymujący się doświadczeniem wystarczającym dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Izba pragnie przy tym podkreślić, zgadzając się z Odwołującym, że sam fakt, iż określone przedsięwzięcie stanowi przedmiot zamówienia nie oznacza, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w realizacji dokładnie takiego samego przedsięwzięcia. Bardzo często doświadczenie zdobyte na innych polach wciąż daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, a mimo to, przez błędny opis warunków

udziału, legitymowanie się takim doświadczeniem uniemożliwia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia wzięcie udziału w postępowaniu.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag do rozpatrywanej sprawy, zdaniem Izby, część zakwestionowanych przez Odwołującego elementów ustanowionych warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawców, nie uwzględniała w swej treści wspomnianej zasady proporcjonalności.

1. „Z nawierzchnią syntetyczną typu SANDWICH.”

Odwołujący w treści odwołania oraz przedstawiając swoje stanowisko na rozprawie podnosił m. in., że wykonawcy legitymujący się doświadczeniem w realizacji obiektów, na których montowana była bieżnia w innych technologiach, np. w technologii typu FULL-PUR (pełny poliuretan) są zdolni także do wykonania bieżni w technologii SANDWICH, gdyż jest to nawierzchnia gorszego rodzaju, uprawniająca do otrzymania certyfikatu niższego stopnia. Nie sposób zatem stwierdzić, że posiadając doświadczenie w realizacji nawierzchni w technologii uprawniającej do otrzymania certyfikatu wyższego stopnia, wykonawca nie będzie w stanie zrealizować nawierzchni w technologii uprawniającej do otrzymania certyfikatu niższego stopnia.

Izba zgodziła się z tym stanowiskiem.

W pierwszej kolejności należy ponownie podkreślić, że warunki udziału w postępowaniu nie muszą być tożsame i identyczne z przedmiotem zamówienia. Warunki mają jedynie pozostawać w odpowiedniej proporcji do OPZ. Istotny jest także cel formułowania warunków, służą one jedynie weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym (tak też: KIO w wyroku z dnia 25 maja 2020 r., KIO 457/20).

Nieuprawnionym jest zatem stanowisko Zamawiającego, że skoro zgodnie z OPZ wymaga on wykonania bieżni z nawierzchnią w technologii SANDWICH, to wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni legitymować się dokładnie takim samym doświadczeniem. Zdaniem Izby w nieuzasadniony sposób takie wymaganie ogranicza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcom, którzy zdolni są do jego wykonania.

Stanowiska powyższego nie zmienia zalecenie znajdujące się w wytycznych PZLA, na które powoływał się Zamawiający, że zamawiający powinien wymagać dokumentów przedstawiających doświadczenie z ostatnich pięciu lat poprzedzających złożenie oferty, w

zakresie wykonania obiektów lekkoatletycznych w technologii zgodnej z technologią oferowanej nawierzchni, w zakresie porównywalnym z przedmiotem zamówienia.

Wskazać należy, że zgodnie z ww. wymaganiami PZLA, dopuszcza się następujące systemy nawierzchni:

- prefabrykowane nawierzchnie kauczukowe (prefabricated), nawierzchnie poliuretanowe z pełnego poliuretanu (full PUR) z wypełnieniem EPDM1 w przypadku ubiegania się o kategorię I, II, III, IVA, VA, VIA i VIIA

- nawierzchnie poliuretanowe z pełnego poliuretanu z wypełnieniem innym niż EPDM w przypadku ubiegania się o kategorię IVA, VA, VIA i VIIA

- poliuretanowe typu „sandwich” – w przypadku ubiegania się o kategorię IVB, VB, VIB

i VIIB

- nawierzchnie poliuretanowe typu natryskowego - w przypadku ubiegania się o kategorię VB, VIB i VIIB

- nawierzchnie po odnowieniu metodą „retoping” dla wszystkich kategorii.

Z treści powyższego dokumentu jasno wynika, że każdy z dopuszczonych rodzajów nawierzchni uprawnia obiekt do ubiegania się o określony poziom jego certyfikacji. Nawierzchnia poliuretanowa typu „sandwich” czyli taka, jakiej realizację przewiduje Zamawiający, uprawnia do otrzymania certyfikacji na poziomie IVB, VB, VIB i VIIB. Nawierzchnie poliuretanowe z pełnego poliuretanu (full PUR) czy też nawierzchnie kauczukowe, do których w treści odwołania referował odwołujący, umożliwiają ubieganie się o otrzymanie certyfikacji wyższego stopnia, tj. kategorii I, II, III, IVA, VA, VIA i VIIA.

Zdaniem Izby fakt, że technologie wykonania nawierzchni różnią się sposobem ich realizacji, na co wskazywał Zamawiający, nie oznacza, że wykonawca, który legitymuje się doświadczeniem w realizacji nawierzchni w technologii uprawniającej do otrzymania certyfikatu wyższego stopnia, nie będzie w stanie zrealizować bieżni w technologii, która uprawnia do otrzymania certyfikatu niższego stopnia. Zdaniem Izby wymaganie by jedna z wykazywanych robót obejmowała również swym zakresem uzyskanie dla bieżni certyfikatu WA (dawniej IAAF) lub świadectwa Polskiego Związku Lekkiej Atletyki jest wystarczające dla zapewnienia rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Argumentem, który przemawia za stanowiskiem Odwołującego jest również treść pozostałych warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami z odpowiednim doświadczeniem. Zamawiający wymaga m. in. dysponowania osobą w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń (Kierownik budowy). Wymaga się, aby przedstawiona osoba posiadała doświadczenie jako kierownik budowy w budowie bieżni lekkoatletycznej - min. dwie budowy bieżni lekkoatletycznej kategorii min. VB, które uzyskały świadectwo Polskiego Związku Lekkiej Atletyki dla obiektu kategorii minimum VB.

Z powyższego wynika, że Zamawiający dopuszcza również wskazanie osoby, która legitymuje się doświadczeniem w realizacji bieżni, która uzyskała świadectwo na wyższym poziomie niż VB. Może być więc tak, że do realizacji zamówienia skierowana zostanie osoba posiadająca doświadczenie w wykonaniu bieżni w technologii FULL PUR, która następnie uzyskała świadectwo PZLA dla obiektu kategorii I – a więc osoby, która nie ma doświadczenia w realizacji bieżni z nawierzchnią w technologii „sandwich”. W takiej jednak sytuacji Zamawiający uznaje doświadczenie takiej osoby za wystarczające.

Nie sposób zatem uznać, że uzasadnionym jest by w przetargu nie brali udział wykonawcy inni niż posiadający doświadczenie w realizacji bieżni z nawierzchnią typu „sandwich”, podczas gdy jednocześnie do realizacji zamówienia skierowane będą mogły zostać osoby, które takiego doświadczenia nie będą posiadać. Takie zróżnicowanie jest kompletnie niezrozumiałe.

Wobec powyższego Izba w pełni podzieliła argumentację Odwołującego i nakazała zmianę treści kwestionowanego warunku, poprzez wykreślenie fragmentu: „z nawierzchnią syntetyczną typu SANDWICH”.

2. „Boiska piłkarskiego wewnątrz bieżni z trawy sianej”.

Podtrzymując wszystkie wyżej wymienione uwagi natury ogólnej, Izba uznała, że ww. wymaganie jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Jedyny dowód w sprawie tak naprawdę został przedłożony przez zamawiającego i to właśnie do argumentacji Zamawiającego przychyliła się Izba uznając, że faktycznie doświadczenie w wykonaniu boiska piłkarskiego z trawy sianej różni się na tyle od doświadczenia w wykonaniu takiego boiska z trawy rolowanej (czy też po prostu z trawy naturalnej), że jego brak może skutkować ryzykiem dopuszczenia do postępowania wykonawcy, który nie daje rękojmi należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby doświadczenie w wykonaniu boiska z trawy sianej jest na tyle unikatowe i specyficzne, że wykonanie boiska po prostu z trawy naturalnej (np. z rolki) może nie dać wystarczającej rękojmi prawidłowego wykonania takiego boiska. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego i przedłożonego przez niego dowodami, które potwierdziły to stanowisko, dla prawidłowego wykonania boiska z trawy sianej należy wziąć pod uwagę wiele czynników, których nie trzeba brać pod uwagę przy układaniu trawy z rolki. Uwzględnienie wielu okoliczności, takich jak np. dobór odpowiedniego gatunku trawy, momentu jej zasiania i pielęgnacji, gleby na jakiej zostanie zasiana, warunkuje to czy boisko wykonane tą metodą będzie spełniało swoją funkcję w sposób prawidłowy. Wiedzy i doświadczenia w tym zakresie mogą nie mieć wykonawcy, którzy jedynie rozkładali w odpowiedni sposób trawę z rolki, a w każdym razie, Odwołujący powyższego nie wykazał.

Izba przychyliła się zatem do argumentacji Zamawiającego, uznając za zasadne utrzymanie ww. wymogu i oddalając odwołanie w tym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Odwołujący postawionym zarzutem kwestionował tak naprawdę dwa fragmenty treści warunku udziału w postępowaniu. Odwołanie w zakresie jednego z tych fragmentów Izba uznała za zasadne, a zatem kosztami postępowania odwoławczego należało obciążyć po połowie Zamawiającego, jak i Odwołującego.

Przewodniczący:

