

Sygn. akt: KIO 750/22

WYROK

z dnia 06 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 16 marca 2022 r. przez Odwołującego **C. sp. z o.o. (ul. Małopanewska 22/18, 54-212 Wrocław)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Babiak (pl. Wolności 5, 62-620 Babiak)** przy udziale Wykonawcy **Mardo Sport Sp. z o.o. (ul. Wydmowa 10, 62-041 Puszczykowo)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o.,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gmina Babiak (pl. Wolności 5, 62-620 Babiak)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **C. sp. z o.o. (ul. Małopanewska 22/18, 54-212 Wrocław)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

2.2. zasądza od Zamawiającego **Gmina Babiak (pl. Wolności 5, 62-620 Babiak)** na rzecz Odwołującego **C. sp. z o.o. (ul. Małopanewska 22/18, 54-212 Wrocław)** kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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

Zamawiający Gmina Babiak prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Rozbudowa szkolnej infrastruktury sportowej w Brdowie”, którego przedmiotem jest budowa wielofunkcyjnego boiska sportowego tj. boisko do piłki nożnej, koszykówki, siatkówki, kort tenisowy, bieżnia lekkoatletyczna, pchnięcie kulą, skok wzwyż, skok w dal.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 30 listopada 2021 roku w Biuletynie Zamówień publicznych pod numerem 2021/BZP 00292575/01.

Odwołujący C. Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 266 PZP w zw. z art. 116 PZP w zw. z podpunktem 4 pkt 2 sekcji V SWZ poprzez niewłaściwą ocenę spełnienia przez Wykonawcę Mardo Sport sp. z o.o. przesłanki zdolności technicznej lub zawodowej oraz zaniechanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o. pomimo, że podmiot ten nie spełniał warunków udziału w postępowaniu (tj. warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej),

2) art. 107 ust. 2 w zw. z art. 266 PZP poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez Wykonawcę Mardo Sport sp. z o.o. o wartości poszczególnych boisk,

3) art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 275 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 266 PZP w zw. z pkt 6 sekcji XVI SWZ, polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów PZP i SWZ, tj. oferty podlegającej odrzuceniu, zamiast oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty tego Wykonawcy, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z ofert spełniających wymogi SWZ tj. wyboru oferty Odwołującego, obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

3 lutego 2022 r. Zamawiający zamieścił w informację o wyborze oferty - wybrano ofertę Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o. Odwołujący złożył odwołanie od tej decyzji Zamawiającego. Wskutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 334/22), Zamawiający 8 marca 2022 r. unieważnił czynność wyboru oferty dokonaną 3 lutego br. Zamawiający wezwał Wykonawcę Mardo Sport sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych (tj. zastąpienia podmiotu, na którego zasoby Wykonawca Mardo Sport sp. z o.o. powoływał się w postępowaniu innym podmiotem, który samodzielnie spełnia warunek

zdolności technicznej lub zawodowej do udziału w postępowaniu lub wykazania, iż samodzielnie spełnia ten warunek).

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył Zamawiającemu nowy wykaz robót wraz z listem referencyjnym wystawionym przez Powiat Kępno.

11 marca 2022 r. Zamawiający zamieścił informację o ponownym wyborze oferty Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o.

Zamawiający w sekcji V pkt 2 ppkt 4 SWZ (po zmianach) wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej uczestnik powinien złożyć wykaz zamówień wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w którym wykaże, że wykonał w sposób należyty co najmniej jedno zamówienie obejmujące:

a) budowę boiska sportowego o nawierzchni trawiastej do piłki nożnej

b) budowę boiska wielofunkcyjnego o nawierzchni poliuretanowej

na kwotę co najmniej 100.000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) każde.

W ocenie Odwołującego powyższy warunek jest spełniony wyłącznie w sytuacji, gdy w ramach jednego zamówienia dany podmiot wykonał prace spełniające wskazane powyżej warunki (tj. zarówno boisko trawiaste jak i o nawierzchni poliuretanowej o wartości co najmniej 100.000 zł brutto każde). Tak też wynikało z wyroku o sygn. akt KIO 334/22.

W złożonym wykazie robót Wykonawca Mardo Sport sp. z o.o. wykazał tylko jedną robotę, tj. budowę kompleksu sportowego w Kępnie. Odwołujący podkreślił, że z listu referencyjnego Powiatu Kępno wynika, że Wykonawca nie wykonał boiska trawiastego (co oznacza, że nie został spełniony warunek wskazany w punkcie „a” powyżej). Ponadto z listu tego ani informacji udostępnionych Odwołującemu nie wynika, jaka była wartość boiska poliuretanowego wykonanego w Powiecie Kępno. Nie wykazano nawet wartości boiska ze sztucznej trawy.

Odwołujący zauważył, że nie można stwierdzić spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej w części wskazanej w w/w punkcie „a” i „b” w zakresie wymogu SWZ nie tylko co do rodzaju robót, ale i co do wartości wymaganych robót na potwierdzenie zdolności technicznych i zawodowych. Takie informacje powinien wykazać wykonawca w uzupełnionych dokumentach.

Odwołujący wskazał, że list referencyjny z powiatu Kępno potwierdzał wykonanie przez Wykonawcę Mardo Sport sp. z o.o. boiska poliuretanowego oraz boiska ze sztucznej trawy, które nie stanowi boiska trawiastego będącego przedmiotem postępowania. Zrealizowanie takich prac nie potwierdza posiadania doświadczenia w budowie boiska trawiastego, które należy wykazać by spełnić warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał na konsekwentne posługiwanie się przez Zamawiającego jednakowym nazewnictwem we wszystkich dokumentach załączonych do SWZ oraz w samym SWZ. Zamawiający i Projektant konsekwentnie posługują się pojęciem nawierzchni trawiastej lub boiska trawiastego. Nie stosują w żadnym dokumencie synonimów lub innych określeń typu trawa naturalna, trawa z korzeniami itp. Zatem boisko trawiaste czy też nawierzchnia trawiasta nie może być inaczej rozumiana niż to opisano w SWZ i niż to wynika m.in. z:

- znaczenia słowa „trawiasty” - według słownika języka polskiego PWN oznacza: „porośnięty trawą”, natomiast trawa to: „1. nazwa niektórych gatunków roślin należących do rodziny o tej samej nazwie, charakteryzujących się długimi, wąskimi liśćmi, pustą wewnątrz łodygą, drobnymi kwiatami; liście tych roślin; 2. zbiorowo: rośliny rosnące na łące, w ogrodzie” co oznacza, że przymiotnik „trawiasty” określa nawierzchnie z żywymi roślinami o cechach botanicznych roślin jednoliściennych a nie nawierzchnie z tworzyw sztucznych imitujących trawę jakim jest sztuczna trawa,

- przedmiaru robót, w którym wskazano prace związane z technologią wykonania boisk trawiastych, w tym m.in. pozycja 300 (w sekcji 3 Boisko do piłki nożnej - nawierzchnia trawiasta) dotycząca wysiewu mieszanki trawy B1, jednoznacznie przesądzający, że nawierzchnia trawiasta to nawierzchnia z trawy tj. roślin żywych mających cechy botaniczne traw, a nie z plastikowych imitacji układanych w technologii zbliżonej do budowy chodnika a nie budowy trawnika.

- dokumentacji technicznej zawierającej podobne zapisy co przedmiar (np. na s. 9 pkt 6.3 Nawierzchnia z trawy na podłożu gruntowym naturalnym, w którym również dokładnie opisano skład mieszanki traw do wysiewu lub na s. 19, na której w opisie rysunku wskazano, iż ma to być trawa),

- dokumentów dotyczących postępowania, które w sposób jednolity posługują się pojęciem „nawierzchnia trawiasta” - w tym wzór umowy (§ 1 ust. 2 pkt 3), przedmiar robót (nazwa sekcji 3), dokumentacja techniczna (np. pkt 6.3. lit. c). Z dokumentacji przetargowej jasno i precyzyjnie wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje boisko trawiaste, tj. boisko o nawierzchni z trawy, a więc roślin żywych botanicznie związanych z cechami traw.

Zdaniem Odwołującego, powyższe jednoznacznie przesądza, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu należało wykazać referencje potwierdzające wykonanie boiska trawiastego, tj. boiska o nawierzchni z trawy tj. roślin żywych.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że również z toku postępowania wynika, że Wykonawca Mardo Sport sp. z o.o. nie miał wątpliwości, iż w postępowaniu należy złożyć referencje na boisko trawiaste (z żywych roślin botanicznie związanych z cechami traw), bowiem pierwotnie załączył do oferty referencje na boisko z trawy tj. roślin żywych botanicznie

związanych z cechami traw. Zatem w opinii Odwołującego Wykonawca Mardo Sport sp. z o.o. nie może podnosić, że nie wiedział jakich referencji wymaga Zamawiający, gdyż już w pierwszym wyborze oferty pokazał jednoznacznie, że pod pojęciem boisko trawiastego rozumie boisko z roślin żywych o cechach botanicznych traw.

Odwołujący wskazywał także na przebieg postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 334/22, który miał potwierdzać świadomość Zamawiającego i Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o. co do konieczności potwierdzenia wykonania zadania, którego przedmiotem było boisko z trawy naturalnej.

Tym samym w opinii Odwołującego, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o., z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważył także, że z listu referencyjnego z powiatu Kępno ani informacji udostępnionych Odwołującemu (w tym zestawienia robót) nie wynika jaka była wartość boisk, w tym boiska poliuretanowego w powiecie Kępno. Nie można zatem stwierdzić spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wartości wykonanych robót.

W opinii Odwołującego Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę Mardo Sport sp. z o.o. do uzupełnienia wskazanych kwot przed rozstrzygnięciem postępowania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Wykonawca Mardo Sport sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w sekcji V pkt 2 ppkt 4 SWZ (po zmianach) wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej, uczestnik powinien złożyć wykaz zamówień wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, potwierdzający, że wykonał w sposób należyty co najmniej jedno zamówienie obejmujące:

- a) budowę boiska sportowego o nawierzchni trawiastej do piłki nożnej
- b) budowę boiska wielofunkcyjnego o nawierzchni poliuretanowej

na kwotę co najmniej 100.000,00 zł brutto (sto tysięcy złotych) każde.

Wykonawca Mardo Sport sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz, w którym przedstawił wykonanie jednej pracy polegającej na budowie kompleksu sportowego w Kępnie. Z listu referencyjnego wystawionego przez Powiat Kępno wynika, że Wykonawca nie wykonał boiska trawiastego. Oznacza to, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zacytowanego powyżej).

Podkreślenia wymaga, że treść warunku referuje do przedmiotu zamówienia. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu, aby ocenić zdolność wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Zatem skoro przedmiotem zamówienia było wykonanie boiska z trawy naturalnej, to również przedmiotem warunku udziału w postępowaniu była realizacja boiska z trawy naturalnej.

Powyższe potwierdza okoliczność, że zarówno Zamawiający, jak i projektant w dokumentacji postępowania, posługują się pojęciem „nawierzchnia trawiasta” (wzór umowy (§ 1 ust. 2 pkt 3), przedmiar robót (nazwa sekcji 3), dokumentacja techniczna (np. pkt 6.3. lit. c)).

Przedmiar robót, w którym wskazano prace związane z technologią wykonania boisk trawiastych, w tym m.in. pozycja 300 (w sekcji 3 Boisko do piłki nożnej - nawierzchnia trawiasta) dotycząca wysiewu mieszanki trawy B1, jednoznacznie przesądza, że nawierzchnia trawiasta to nawierzchnia z trawy, tj. roślin żywych, mających cechy botaniczne traw, a nie z plastikowych imitacji układanych w technologii zbliżonej do budowy chodnika, a nie budowy trawnika.

Z dokumentacji przetargowej zatem wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje boisko trawiaste, tj. boisko o nawierzchni z trawy, a więc roślin żywych, botanicznie związanych z cechami traw.

Skoro zatem w treści warunku udziału w postępowaniu zostało użyte pojęcie nawierzchnia trawiasta, a z dokumentacji przetargowej wynika, że przedmiotem zamówienia jest budowa boiska o nawierzchni trawiastej, przez którą jest rozumiana nawierzchnia z trawy naturalnej, to oznacza, że w treści warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że zrealizowali budowę boiska o nawierzchni z trawy naturalnej, a nie sztucznej.

Wbrew twierdzeniu Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o. (zgłaszającemu przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego), nie istniały żadne wątpliwości, które należałoby rozstrzygnąć na korzyść tego Wykonawcy.

Skoro zatem Wykonawca Mardo Sport sp. z o.o. nie wykazał, że wykonał boisko z trawy naturalnej, to oznacza, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z artykułem 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający powinien odrzucić ofertę Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o.

W konsekwencji należało uznać za uzasadniony zarzut dotyczący niewłaściwej oceny spełnienia przez Wykonawcę Mardo Sport sp. z o.o. przesłanki zdolności technicznej lub zawodowej oraz zarzut zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty tego Wykonawcy, pomimo że Wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Zamawiający wystąpił do Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o. o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Jak wskazano powyżej, Wykonawca Mardo Sport sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego złożył wykaz, w którym przedstawił wykonanie jednej pracy polegającej na budowie kompleksu sportowego w Kępnie. Ze złożonych informacji, w tym także z listu referencyjnego nie wynika, jaka była wartość boiska poliuretanowego wykonanego w Powiecie Kępno, ani jaka była wartość boiska ze sztucznej trawy. Trafnie zatem zauważył Odwołujący, że Zamawiający nie miał podstawy, aby ocenić, że został spełniony warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w odniesieniu do wartości wykonanych robót. Taka wartość powinna wynikać ze złożonych dokumentów, tym bardziej, że dokumenty zostały złożone na wezwanie Zamawiającego (jest to już drugie złożenie dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu). Zarzut Odwołującego w tym zakresie podlegał zatem uwzględnieniu.

Jednak nawet gdyby uznać, że Zamawiający powinien był wyjaśnić kwestię wartości wykonania każdego z boisk, to Izba nie nakazywała Zamawiającemu dokonania takiego wezwania z uwagi na fakt, że oferta Wykonawcy Mardo Sport sp. z o.o. podlegała odrzuceniu (o czym powyżej).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: