

Sygn. akt: KIO 2332/22

WYROK

z dnia 20 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Wiktoria Ceyrowska**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 19 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2022 r. przez wykonawcę **Demiurg sp. z o.o., ul. Górnicza 2 lok. 143A, 60-107 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Legnica reprezentowana przez Prezydenta Miasta Legnica, pl. Słowiański 8, 59-220 Legnica**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "USBUD" L. C., ul. Rzemieśnicza 7-9, 59-220 Legnica** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2322/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. A. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy pzp przez czynność odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę **Demiurg sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę.
B. Umarza, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp, postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego odmowy zaproszenia do negocjacji wykonawcy **Moris-Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**.
C. Oddala pozostałe zarzuty odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Gminę Legnica** oraz **Demiurg sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Demiurg sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.1. Zasądza od zamawiającego **Gmina Legnica** na rzecz wykonawcy **Demiurg sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** **BICO GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w**

Warszawie kwotę **4 533 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści trzy złote zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym 3333 zł z tytułu zwrotu części wpisu oraz 1 200 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2022 poz. 17010 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**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Legnica Plac Słowiański 8, 59-220 Legnica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wybór Wykonawcy zadania inwestycyjnego pn. "Przebudowa basenu krytego „Bąbelek” ul. Mazowiecka 3 w Legnicy" Numer ogłoszenia o zamówienia w BZP: 2022/BZP 00233297/01 z dnia 2022-06-30

Odwołujący: DEMIURG sp. z o.o. w Poznaniu wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, bowiem spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w Postępowaniu. W wypadku uwzględnienia odwołania, a następnie uchylecia czynności odrzucenia oferty DEMIURG, Wykonawca winien zostać zaproszony do dalszych negocjacji. Co więcej, oferta USBUD winna zostać przez Zamawiającego odrzucona, bowiem wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Zaskarżonej czynności Odwołujący zarzuca naruszenie:

- 1) art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy PZP przez odrzucenie oferty DEMIURG pomimo tego, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej,
- 2) art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy USBUD, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia jw. Pkt 1),
- 3) art. 289 ust. 1 w zw. z art. 288 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez odmowę zaproszenia do negocjacji DEMIURG oraz MORIS POLSKA sp. z o.o. pomimo tego, że Zamawiający w SWZ nie wskazał okoliczności uprawniających go do ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji i zaproszenia do negocjacji wyłącznie jednego oferenta.

Jednocześnie wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności odrzucenia oferty DEMIURG,
- 2) Odrzucenia oferty USBUD,
- 3) Zaproszenie DEMIURG do negocjacji oferty,

1. Zamawiający otrzymał 3 oferty.

W toku badania ofert w dniu 17 sierpnia 2022 roku wezwał DEMIURG do złożenia wyjaśnień oraz podmiotowych środków dowodowych mających na celu wykazanie spełniania warunku udziału w Postępowaniu. W odpowiedzi Wykonawca 25 sierpnia 2022 r. poinformował, że podmiot udostępniający zasoby - ENERGOPOL TRADE OPOLE SP Z O.O. wykonała jako generalny wykonawca inwestycję pn. „Budowa krytej pływalni na terenie kampusu Politechniki Opolskiej przy ul Prószkowskiej w Opolu”. Okoliczność tę bezspornie potwierdzały referencje wystawione przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Opolu, załączone do wyjaśnień z dnia 25 sierpnia 2022 roku. W tym stanie faktycznym Zamawiający, jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty DEMIURG z 1 września 2022 r., „sprawdził i zweryfikował”, że wskazany przez Wykonawcę podmiot udostępniający zasoby nie posiada doświadczenia określonego w SWZ pkt „2.1.1.

W ocenie Zamawiającego basenową nieckę stalową w ramach ww. zamówienia zrealizowała jako podwykonawca firma AKVAHELP SPOL. S.R.O. z/s w Pradze, a nie samodzielnie ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. Wobec poczynionych ustaleń Zamawiający uznał, że podmiot na którego zasoby powołuje się DEMIURG, nie nabył przedmiotowego doświadczenia i nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie wykonał stalowej niecki basenowej o pow. lustra wody min. 300 m².

2. Zarzut naruszenia art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2b PZP przez odrzucenie oferty DEMIURG pomimo tego, że wykonawca spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 116 PZP postawił warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w pkt 2.1. IDW

Warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca lub członek konsorcjum lub podmiot na którego zasoby powołuje się Wykonawca spełni je samodzielnie. Jeżeli podmiot, który wykazuje doświadczenie zawodowe w ramach Konsorcjum przy wykazanym jako doświadczenie zawodowe zadaniu - musi wykazać bezpośredni udział i wykonanie zakresu robót tożsamy, z wykazywanymi jako doświadczenie zawodowe w przedmiotowym postępowaniu.”

Wobec tak postawionego warunku udziału w postępowaniu Wykonawca przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego - ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. do udostępnienia zasobów oraz zobowiązanie do realizacji przedmiotu tego zamówienia. Podmiot ten zgodnie z przekazanymi i znajdującymi się w aktach Postępowania referencjami wykonał jako generalny wykonawca inwestycję pn. „Budowa krytej pływalni na terenie kampusu Politechniki Opolskiej przy ul Prószkowskiej w Opolu”. Okoliczność tę bezspornie potwierdzają referencje wystawione przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Opolu.

Z treści referencji wynika zakres robót.

Zaś zainstalowana w ramach realizacji umowy stalowa niecka basenowa miała lustro wody o powierzchni 1700 m².

Dodatkowo w ramach tego zamówienia realizowane były roboty instalacyjne i technologiczne w zakresie wymienionym.

Przedstawione przez Wykonawcę referencje podmiotu trzeciego, wraz z zobowiązaniem jednoznacznie potwierdzają, że ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. jako generalny wykonawca ww. inwestycji nabył samodzielnie doświadczenie w zakresie budowy basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.

Fakt wykonania przez ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. montażu stalowej niecki basenowej siłami własnymi czy za pomocą zatrudnionego podwykonawcy nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla nabycia przez ten podmiot przedmiotowego doświadczenia. Doświadczenie nabywane przez generalnego wykonawcę jak i przez jego podwykonawców należy traktować dwójako – zarówno jako doświadczenie własne podwykonawcy, jak i doświadczenie generalnego wykonawcy.

Rodzaj więzi łączącej te dwa podmioty pozwala przyjąć, że nawet w przypadku, gdy generalny wykonawca powierza podwykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia w całości, to nadal zdobywa w ten sposób doświadczenie, którym może posługiwać się w ramach przyszłych postępowań. Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby do powstania sytuacji, w której wykonawcy zostaliby zmuszeni do realizacji wszelkich prac siłami własnymi w obawie przed utratą możliwości powoływania się na doświadczenie przy danym zamówieniu. Tak abstrakcyjne podejście, w szczególności w specyfice realizacji robót budowlanych, skutkowałoby, że żaden generalny wykonawca nie nabyłby w całości doświadczenia pozwalającego mu na realizację innych, podobnych inwestycji w przyszłości.

Wykonawca podkreśla, że linia orzecznicza KIO w przedmiotowym zakresie jest jednolita, a wyroki Izby wskazują, że fakt powierzenia części prac podwykonawcy nie wpływa na brak możliwości posługiwania się doświadczeniem w tym zakresie przez wykonawcę zlecającego te prace. Tym samym, należy stwierdzić, że ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. nabył samodzielnie doświadczenie związane całym zakresem budowy pn. „Budowa krytej pływalni na terenie kampusu Politechniki Opolskiej przy ul Prószkowskiej w Opolu”, w tym również związanych z montażem stalowej niecki basenowej. Niezależnie od tego czy zrealizował prace siłami własnymi czy też za pomocą podwykonawcy.

Zamawiający wypełniając dyspozycję z art. 116 ust. 1 PZP i stawiając warunek udziału w postępowaniu musi określić w jaki sposób wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienia mogą go spełnić; czy można łączyć potencjały kilku wykonawców ustanawiając warunek

łączny; czy też jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musi spełniać wskazany warunek. Zamawiający w SWZ wskazał, że ww. warunek udziału w postępowaniu „zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca lub członek konsorcjum lub podmiot na którego zasoby powołuje się Wykonawca spełni je samodzielnie.” Zatem w ocenie Wykonawcy Zamawiający wprost określił, że nie dopuszcza możliwości sumowania potencjałów ze zrealizowanych przez wykonawców robót budowlanych. Zatem należy bezsprzecznie uznać, że potencjalny wykonawca nie jest uprawniony do łączenia doświadczenia z różnych inwestycji w celu spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu, a jest zobowiązany do okazania się zrealizowaniem wszystkich tych prac w ramach jednej inwestycji.

Ze skonstruowanego przez Zamawiającego postanowienia SWZ nie sposób zinterpretować, jak to próbuje wykazać Zamawiający, że warunek udziału w Postępowaniu zostanie spełniony jeśli wykonawca wykaże, że zrealizował roboty samodzielnie tj. bez udziału podwykonawców. Wykładania ta jest sprzeczna z wykładnią logiczną, celowościową i językową tego postanowienia.

Analiza treści SWZ jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający nie postawił warunku udziału w Postępowaniu, z którego wynikałby obowiązek osobistego wykonania prac związanych z montażem stalowej niecki basenowej czy całości prac konstrukcyjnych, instalacyjnych i technologii basenu. Co więcej, prace instalacyjne i technologii basenu w ramach inwestycji realizowanej przez ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. również były wykonywane za pomocą specjalistycznych firm podwykonawczych, a pomimo tego Zamawiający na tej podstawie nie odrzucił oferty Wykonawcy.

3. Zarzut naruszenia art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy USBUD, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polegającego na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.

Postawiony warunek udziału jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający wymaga, aby potencjalny wykonawca w ciągu ostatnich 10 lat zrealizował w formule generalnego wykonawstwa budowę lub przebudowę budynku basenu krytego, w którym znajduje się wykonana niecka stalowa o powierzchni lustra wody minimum 300 m². Budynek ten winien być wyposażony w instalacje elektryczne, sanitarne oraz technologię basenową.

Zamawiający ponadto zastrzegł, że warunek ten zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca lub członek konsorcjum lub podmiot, na którego zasoby powołuje się Wykonawca, spełni je samodzielnie. Zatem należy bezsprzecznie uznać, że potencjalny

wykonawca nie jest uprawniony do łączenia doświadczenia z różnych inwestycji w celu spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu, a jest zobowiązany do okazania się zrealizowaniem wszystkich tych prac w ramach jednej inwestycji.

Oferta wraz z załącznikami złożona przez USBUD nie spełnia tego warunku. Już z samej treści Oświadczenia wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – art. 108, 112, 116 i 125 UST. 1 - uPZP oraz ART. 7 UST. 1 ustawy „o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspierania agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego” tego wykonawcy jak i podmiotu, na którego zasoby wykonawca ten się powołuje - MEDIA TECHNIK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. z siedzibą w Kołobrzegu jednoznacznie wynika, że żaden z tych podmiotów nie zrealizował samodzielnie inwestycji budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.

Z treści oświadczenia USBUD można stwierdzić, że podmiot ten posiada doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych, robót instalacji sanitarnych, robót instalacji elektrycznych i niskoprądowych. Jednakże brak jest informacji czy roboty te były wykonywane w związku z realizacją budynku o charakterze basenowym. Na okoliczność wykazania przedmiotowego doświadczenia USBUD nie przedstawił jakiegokolwiek referencji, w szczególności takiej, która poświadcza wykonanie tych robót w ramach inwestycji basenowej.

Natomiast z oświadczenia MEDIA TECHNIK spółka z o. o. sp.k. z/s w Kołobrzegu wynika jedynie doświadczenie w zakresie dostawy i montażu niecek basenowych oraz wykonania technologii wody basenowej. Z przekazanych w ramach Postępowania referencji dodatkowo można wywnioskować, że wykonawca ten był podmiotem realizującym prace w ramach inwestycji „BUDOWA TERM WARMIŃSKICH W LIDZBARKU WARMIŃSKIM”. Jednakże, zakres faktycznie wykonanych prac obejmował jedynie technologię uzdatniania wody basenowej, niecek basenowych ze stali nierdzewnej, zjeżdżalni oraz stawu naturalnego. Co więcej, z przekazanych Zamawiającemu referencji nie wynika, aby dostarczona i zamontowana w ramach przedmiotowej inwestycji wewnętrzna stalowa niecka basenowa posiadała powierzchnię min. 300 m² lustra wody, ani też, że podmiot ten wykonywał jakiegokolwiek roboty budowlane w budynku basenu krytego poza instalacją basenu, zjeżdżalni oraz urządzeń towarzyszących.

Tym samym należy uznać, że podmiot udostępniający zasoby USBUD nie posiada doświadczenia w zakresie generalnego wykonawstwa inwestycji budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych

stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.

Z publicznie dostępnych w Internecie materiałów wynika, że inwestycja - BUDOWA TERM WARMIŃSKICH W LIDZBARKU WARMIŃSKIM, na której zrealizowanie powołuje się USBUD w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu była inwestycją realizowaną przez konsorcjum Kornas Development sp. z komandytowo-akcyjną (lider) i Kornas II sp. z o. o. (partner) z Kołobrzegu. Podmiot ten wypowiedział w pewnym momencie umowę inwestorowi i nie dokończył inwestycji.

Po zejściu z budowy przez pierwotnego generalnego wykonawcę inwestor postanowił nie rozpisywać kolejnego przetargu na nowego generalnego wykonawcę obiektu, a podzielił zadanie na kilka pakietów i postanowił samodzielnie koordynować dokończenie inwestycji.

https://www.przetargi.egospodarka.pl/410286_DOKONCZENIE-BUDOWY-TERM-WARMINSKICH_2014_2.html

Z ogłoszenia tego wprost wynika, że zadanie podzielono na 6 części

Z treści ogłoszenia wprost wynika, że instalacje elektryczne oraz sanitarne to część 4, 5 oraz 6 ww. postępowania przetargowego. Publicznie dostępne materiały sugerują, że wykonawcą między innymi części 1 była firma TECHNOMEL K. K., zaś części 2 - Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe DOMEX Jan Frydrych.

Wyżej wskazane okoliczności jednoznacznie potwierdzają, że podmiot udostępniający zasoby USBUD nie zrealizował w formule generalnego wykonawstwa inwestycji BUDOWY TERM WARMIŃSKICH w LIDZBARKU WARMIŃSKIM, ani też nie był podmiotem, który kompleksowo dokończył przedmiotową inwestycję po zejściu z budowy pierwotnego generalnego wykonawcy.

Mając powyższe na względzie należy z całą stanowczością stwierdzić, że przedstawione przez USBUD referencje podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołuje w toku Postępowania nie pozwalają na wykazanie spełnienia tego warunku udziału w Postępowaniu. Co więcej, przedstawione przez USBUD oświadczenia o spełnianiu warunku udziału w Postępowaniu świadczą o zamierzonym działaniu w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

4. Zarzut naruszenia art. 289 ust. 1 w zw. z art. 288 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez odmowę zaproszenia do negocjacji DEMIURG oraz MORIS POLSKA sp. z o.o. pomimo tego, że Zamawiający w SWZ nie wskazał okoliczności uprawniających go do ograniczenia liczby wykonawców zaproszonych do negocjacji i zaproszenia do negocjacji wyłącznie jednego oferenta.

Zamawiający, przeprowadzający postępowanie w trybie podstawowym, z możliwością negocjacji kryteriów oceny ofert, zgodnie z art. 275 pkt 2 PZP ma możliwość wybrać, czy ograniczy liczbę wykonawców, z którymi będzie negocjował, czy też nie. Z treści art. 288 ust. 2 PZP, a także z treści art. 281 ust. 3 PZP wynika jednoznacznie, że narzędziem w celu ograniczenia liczby wykonawców, których zamawiający zaprosi do negocjacji są kryteria oceny ofert. W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający wskazał w rozdziale XX. Pkt 1 Instrukcji dla wykonawców, że „Zamawiający nie przewiduje możliwość ograniczenia liczby wykonawców których zaprosi do negocjacji stosując kryteria oceny ofert – 90% cena oferty, okres gwarancji jakości i rękojmi 5% i termin realizacji 5%.” Jeżeli liczba wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, jest mniejsza niż trzy, zamawiający powinien obligatoryjnie je kontynuować. W przypadku kontynuacji postępowania zaproszenie do negocjacji winno być skierowane do tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

Pomimo obowiązków Zamawiającego wynikających wprost z przepisów PZP, Zamawiający do dalszych negocjacji złożonych ofert zaprosił wyłącznie jeden, lokalny podmiot – USBUD.

Tym samym, w ocenie DEMIURG Zamawiający w istotny sposób naruszył art. 289 ust. 1 w zw. z art. 288 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaproszenie do negocjacji oferty wyłącznie jeden podmiot i to w dodatku ten, który jako jedyny nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

5. Podsumowanie.

W ocenie Wykonawcy działania Zamawiającego podjęte w toku Postępowania, stoją wprost w sprzeczności z treścią dyspozycji wynikających z przepisów PZP. W pierwszej kolejności za zupełnie bezzasadną należy uznać odmowę uznania doświadczenia ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. przy realizacji inwestycji „Budowy krytej pływalni na terenie kampusu Politechniki Opolskiej przy ul Próżkowskiej w Opolu” tylko z tego powodu, że produkcja i montaż stalowej niecki basenowej był realizowany przez jednego z 4 funkcjonujących w Polsce producentów stalowych niecek basenowych. Co więcej, Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego fakt „sprawdzenia i zweryfikowania” doświadczenia ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. wykazującego brak doświadczenia tego podmiotu czy nieprawdziwość przedstawionych referencji.

Dociekliwość i skrupulatność Zamawiającego nie jest przedmiotem zarzutu Wykonawcy, jednak sprzeczne z art. 16 PZP jest szczegółowe weryfikowanie dokumentów i doświadczenia wyłącznie jednego z oferentów. Zamawiający pomimo przedstawienia przez Wykonawcę szczegółowych dokumentów i informacji o braku posiadanego przez USBUD doświadczenia, pozwalającego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaniechał weryfikacji okoliczności powoływanych przez DEMIURG i sprawdzenia czy USBUD posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Ostatecznie Wykonawca wskazuje, że zaproszenie wyłącznie jednego oferenta do dalszych negocjacji oferty stanowi naruszenie art. 288 i 289 PZP, a także art. 16 PZP poprzez brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co więcej, działania podejmowane przez Zamawiającego w celu zweryfikowania deklarowanych przez oferentów doświadczeń wskazują na brak zachowania proporcjonalności w prowadzeniu przedmiotowego Postępowania.

Przedstawiono materiały prasowe dostępne w Internecie w zakresie doświadczenia USBUD.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia nie jest wyłącznie budowa niecki basenowej. Złożone przez niego referencje dotyczą znacznie szerszego zakresu realizacji niż przedmiotowe zamówienie. Przypomina, że złożył także zobowiązanie podmiotu trzeciego co do udostępnienia zasobów, a podmiot ten legitymuje się wymaganym doświadczeniem. Złożył wydruk ze stron netu *Przetargi...* wskazując na wygrane przetargi Energopolu, gdzie wskazał także zlecenia na roboty dodatkowe związane z pływalnią krytą w Opolu, którą zrealizował jako generalny wykonawca. Podkreśla, że wykazał poprawnie wymagane doświadczenie opisane w specyfikacji, jako wymóg samodzielnej realizacji.

Wskazał na treść uzasadnienia decyzji Zamawiającego, w której zacytowano wymogi dot. doświadczenia ze świadomym pominięciem istotnych fragmentów w tym dot. np. oferty konsorcjalnej. Podtrzymał zarzuty wobec Przystępującego, złożył na tę okoliczność referencje dla podwykonawcy firmy Media Technik, na której zasoby powołuje się Przystępujący. Złożył również referencje dla tego podmiotu wystawione bezpośrednio przez inwestora - powiat lidzbarski oraz protokół końcowy z 10.02.2015 r. przedstawiający, że wykonawca Media Technik realizował prace przy zaangażowaniu podwykonawcy. Przypomniał zarzut o nierównym traktowaniu przez Zamawiającego wykonawców przedstawiających analogiczne stany faktyczne w odniesieniu do doświadczenia.

Stwierdził, że miał pełną podstawę rozumieć sporny wymóg jako budowę lub przebudowę basenu z określonymi parametrami i technologiami. Przedstawiona obecnie przez Zamawiającego wykładnia dot. niecki basenowej jest niezgodna z treścią zapisu i niemożliwa do uwzględnienia przy zastosowaniu jakiegokolwiek metody wykładni. Przypomniał, że Przystępujący nie przedstawił referencji dot. budowy lub przebudowy basenu. Stwierdził, że złożył wyjaśnienia wraz z referencjami z 24 sierpnia, których treść była wystarczająca do uznania, że wymóg został potwierdzony. Oświadczył, że kopie referencji złożone przez niego na rozprawie uzyskał bezpośrednio od wykonawcy PEK-Mont.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że niesporny jest przedmiot zamówienia i nazewnictwo związane z przedmiotem zamówienia. Podtrzymał stanowisko co do odrzucenia oferty Odwołującego.

Wskazał na warunek udziału, w którym istotnym wymogiem było wykazanie doświadczenia wykonania niecki basenowej w technologii stalowej o wskazanej powierzchni lustra wody. Taką realizację przedstawił Przystępujący powołujący się na doświadczenie podmiotu trzeciego. Wskazał na treść referencji (folder uzupełnienia, pozycja 18) z 07.04.2016 r. Ponadto otrzymał bezpośrednio od inwestora potwierdzenie wskazanych realizacji (folder kontrola referencji) potwierdzenie powierzchni i technologii.

Odnosnie stanowiska Odwołującego stwierdził, że bezprzedmiotowe są dokumenty dot. Energopolu złożone na rozprawie, jako niedotyczące przedmiotu zamówienia

Przypomniał, że Odwołujący składał Zamawiającemu wyjaśnienia i nie przedstawił nowych dowodów. Decyzja o odrzuceniu oferty została objęta po uzyskaniu dodatkowych informacji bezpośrednio od inwestora, z których wynikało, że nie wykonał samodzielnie basenowych technologii stalowych. Zauważył, że w specyfikacji konkretne parametry ustalił jedynie dla niecki basenowej, natomiast nie określał takowych dla budowy lub przebudowy basenu. Podtrzymał stanowisko dotychczasowe.

Przystępujący stwierdził, że Odwołujący odmiennie ocenia przedstawione przez siebie doświadczenia w stosunku do doświadczenia Przystępującego, pomimo analogicznego stanu faktycznego.

Zakwestionował walor złożonych przez Odwołującego dokumentów, w tym wydruku ze strony internetowej, jak i kserokopie dokumentów dot. podmiotów trzecich. Stwierdził, że zarzut nieodrżucenia jego oferty jest przedwczesny, jako że pomija procedurę uzupełniania i wyjaśniania dowodów i dokumentów.

Zauważył, że skoro Odwołujący stwierdza, iż Zamawiający nieprawidłowo interpretuje treść SWZ, to powinien w ramach pytań i odpowiedzi uzyskać stosowne wyjaśnienia ewentualnie zaskarżyć treści specyfikacji budzące zastrzeżenia i wątpliwości.

Stwierdził, że dostawa i montaż niecki basenowej w technologii stalowej wymaga robót konstrukcyjnych, instalacji sanitarnych i elektrycznych, co oznacza, że wykazał spełnienie warunku.

Ocenił, że odwołanie powinno być oddalone.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione w odwołaniu oraz podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego czynności odrzucenia oferty złożonej przez

odwołującego.

Zarzut wynikający z faktu zaniechania zaproszenia do negocjacji wykonawcy nie uczestniczącego w postępowaniu odwoławczym, jako bezprzedmiotowy wobec podjęcia przez zamawiającego czynności zaniechanej, a przy braku uwzględnienia zarzutu, podlega umorzeniu, jako bezprzedmiotowy, na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp.

Uznając za podstawowy zarzut dotyczący statusu wykonawcy odwołującego się, którego oferta została odrzucona, należy stwierdzić, że jest on oparty na tej samej podstawie prawnej i w istocie, analogicznej faktycznej, co zarzut podniesiony w stosunku do wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego.

Niesporne jest, że przedmiotem sporu, zarzutów i rozpatrzenia jest ocena spełniania przez dwóch wykonawców warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia o instrukcji dla wykonawców, gdzie w pkt 2.1 stwierdzono:

„2. Spełniają warunki udziału w postępowaniu tj:

2.1. posiadają zdolności techniczne lub zawodowe:

2.1.1. Wykonawca, w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał co najmniej: 1 zadanie polegające na budowie lub przebudowie basenu krytego obejmującego roboty: w branży konstrukcyjnobudowlanej z zastosowaniem technologii wykonania niecek basenowych stalowych o powierzchni lustra wody min. 300 m², elektrycznej, sanitarnej i technologii basenowej.

- wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Warunek zostanie uznany za spełniony jeżeli Wykonawca lub członek konsorcjum lub podmiot

na którego zasoby powołuje się Wykonawca spełni je samodzielnie.

Jeżeli podmiot, który wykazuje doświadczenie zawodowe w ramach Konsorcjum przy wykazanym jako doświadczenie zawodowe zadaniu - musi wykazać bezpośredni udział i wykonanie zakresu robót tożsamy, z wykazywanymi jako doświadczenie zawodowe w przedmiotowym postępowaniu.

Ocena spełnienia w/w warunku dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia/nie spełnia”.

Zamawiający wskazał na rozprawie, że w przedstawionym warunku istotnym dla niego elementem jest doświadczenie dotyczące niecki basenowej o wskazanych parametrach i technologii stalowej. Kwestię budowy lub przebudowy basenu krytego oceniał jako element związany i nie kluczowy przy ocenie doświadczenia.

Skład orzekający nie podziela w pełni takiego stanowiska uznając, że treść cytowanego zapisu specyfikacji nie rozróżnia elementów wymaganego doświadczenia na znaczące i pozostałe mniej istotne. W rzeczywistości wszystkie one są sformułowane na równych miernikach niezależnie od tego czy są na początku zdania (budowa lub przebudowa) czy w części dalszej, gdzie określono dokładniej parametry i technologię niecki tj. wskazanie powierzchni lustra wody i technologii stalowej.

Analiza dokumentacji prowadzi do niespornego wniosku, że wykonawca na wezwanie zamawiającego 25 sierpnia 2022 r. poinformował, że podmiot udostępniający zasoby - ENERGOPOL TRADE OPOLE SP z o.o. wykonała jako generalny wykonawca inwestycję pn. „Budowa krytej pływalni na terenie kampusu Politechniki Opolskiej przy ul Prószkowskiej w Opolu”. Okoliczność tę potwierdzały referencje wystawione przez Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Opolu, załączone do wyjaśnień.

Zamawiający, jak wynika z informacji o odrzuceniu oferty DEMIURG ustalił, że basenową nieckę stalową w ramach ww. zamówienia zrealizowała jako podwykonawca firma AKVAHELP SPOL. S.R.O. z/s w Pradze, a nie samodzielnie ENERGOPOL TRADE OPOLE sp. z o.o. i uznał, że podmiot na którego zasoby powołuje się DEMIURG, nie nabył przedmiotowego doświadczenia i nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie wykonał stalowej niecki basenowej o pow. lustra wody min. 300 m².

W ocenie składu orzekającego wykonawca, który pełnił w przedmiotowej inwestycji funkcję generalnego wykonawcy, ma pełne prawo legitymować się doświadczeniem realizacji tej inwestycji i spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Z treści referencji wynika szczegółowy i szeroki zakres prac niewątpliwie składających się na budowę basenu z parametrami i w technologii wymaganej przez inwestora.

Izba uznaje za poprawne wnioskowanie, że doświadczenie nabywane przez generalnego wykonawcę jak i przez jego podwykonawców należy traktować zarówno jako doświadczenie własne podwykonawcy, jak i doświadczenie generalnego wykonawcy. Rodzaj więzi łączącej te dwa podmioty pozwala przyjąć, że nawet w przypadku, gdy generalny wykonawca powierza podwykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia w całości, to nadal zdobywa w ten sposób doświadczenie, którym może posługiwać się w ramach przyszłych postępowań. Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby do powstania sytuacji, w której wykonawcy zostaliby zmuszeni do realizacji wszelkich prac siłami własnymi w obawie przed utratą możliwości powoływania się na doświadczenie przy danym zamówieniu. Co więcej,

generalny wykonawca nie mógłby powoływać się na zdobyte doświadczenie pomimo odpowiedzialności za końcowy rezultat.

W konsekwencji skład orzekający uznaje na podstawie ustalonych faktów z użyciem przedstawionych dowodów, jakkolwiek z pominięciem wykazu robót Energopolu nie mających związku z przedmiotem sporu przed Izba, że odwołujący miał uzasadnione podstawy do stwierdzenia, iż podmiot trzeci, na którego zasoby się powołuje, spełnia cytowany warunek udziału w postępowaniu, zatem ofert odwołującego nie powinna być odrzuconą.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 116 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy USBUD, skład orzekający stoi na stanowisku, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. W ramach omawianych i cytowanych powyżej warunkach udziału w postępowaniu wykonawca (obecny przystępujący), również powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego, przedstawił prace potwierdzające wymagane doświadczenie. Analogicznie do casusu odwołującego także w przypadku przystępującego w dokumentacji odnajduje się podmiot trzeci, który nie jest podmiotem udostępniającym zasoby wykonawcy, lecz podwykonawcą tego podmiotu.

Izba dostrzega znaczące podobieństwo obydwu stanów faktycznych i uznaje za konieczne ocenianie ich na równych zasadach, w szczególności mając na względzie zasadę równości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odnoszoną do wykonawców postępowania.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji uznając zarzut dotyczący spełnienia warunku udziału w zakresie wymaganego doświadczenia przez odwołującego za uzasadniony. Nie stwierdzono także uchybień w czynności oceny przez zamawiającego wymaganego doświadczenia przedstawionego przez przystępującego do postępowania odwoławczego. Można przy tym zauważyć, że zamawiający prowadził postępowanie ze szczególną starannością przy ocenie złożonych ofert przez posłużenie się dodatkowo opiniami pozyskiwanymi bezpośrednio od inwestorów prac referencyjnych, co dotyczyło obydwu wykonawców.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm.) i § 7 ust. 2 i 3 oraz § 9 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) dokonując stosunkowego rozdziału kosztów i ich zniesienia w jednej trzeciej części.

Przewodniczący: