

**Sygn. akt: KIO 1440/23, KIO 1446/23**

**WYROK**

**z dnia 9 czerwca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Wojciechowska**

**Członkowie: Adriana Urbanik**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 czerwca 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 r. przez:

- wykonawcę **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (KIO 1440/23)**,

- wykonawcę **UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim (KIO 1446/23)**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (KIO 1440/23, KIO 1446/23),

przy udziale **wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (KIO 1440/23, KIO 1446/23),

przy udziale **wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (KIO 1440/23, KIO 1446/23),

przy udziale **wykonawcy UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (KIO 1440/23),

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Siedlcach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (KIO 1440/23),

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie oraz Climamedic sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Regułach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (KIO 1440/23) oraz po stronie odwołującego (KIO 1446/23)

przy udziale **wykonawcy Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (KIO 1440/23) oraz po stronie odwołującego (KIO 1446/23),

przy udziale **wykonawcy STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (KIO 1440/23, KIO 1446/23)

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, co do których nie zgłoszono sprzeciwu: w sprawie KIO 1440/23**

w zakresie zarzutów: pkt 1.1., 1.2., 1.3., 1.5 ppkt 1), 1.6. ppkt 1) oraz 1.7. odwołania, natomiast w sprawie KIO 1446/23 w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz w zakresie zarzutów dotyczących nieudostępnienia odwołującemu wnioskowanych dokumentów postępowania.

2. Uwzględni odwołanie KIO 1446/23 w pozostałym zakresie oraz uwzględni w części (co zarzutów pkt 1.6. ppkt 2) i 3)) odwołanie KIO 1440/23 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny wniosków, w tym nakazuje wezwanie wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach oraz wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ.
3. Oddala odwołanie w sprawie KIO 1440/23 w pozostałym zakresie, a więc co do zarzutów pkt 1.4., 1.5. ppkt 2) oraz 1.6. ppkt 4) odwołania.
4. Kosztami postępowania w sprawie KIO 1440/23 obciąża stosownie do wyniku postępowania odwołującego PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach oraz wykonawcę ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie i
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie oraz Climamedic sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Regulach kwotę 5 118 zł 29 gr (słownie: pięć tysięcy sto osiemnaście złotych dwadzieścia dziewięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw co do zarzutu pkt 1.6. ppkt 4) odwołania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kosztów noclegu,
  - 4.3. zasądza od wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz

- wykonawcy UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw co do zarzutu pkt 1.5. ppkt 2) odwołania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4.4. zasądza od wykonawcy MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach wnoszącego sprzeciw co do zarzutu pkt 1.6. ppkt 2) odwołania na rzecz wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 4 720 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące siedemset dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącą 1/5 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 4.5. zasądza od wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie wnoszącego sprzeciw co do zarzutu pkt 1.4. i 1.6. ppkt 3) odwołania na rzecz wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 2 920 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącą proporcjonalną część uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

**5. Kosztami postępowania w sprawie KIO 1446/23 obciąża wykonawcę MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach w części 1/2 oraz wykonawcę ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie w części 1/2 i:**

- 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim tytułem wpisu od odwołania,
- 5.2. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach na rzecz wykonawcy UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim kwotę 11 800 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 5.3. zasądza od wykonawcy wnoszącego sprzeciw ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim kwotę 11 800 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą 1/2 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od

odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt KIO 1440/23, KIO 1446/23**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli, numer referencyjny: ZP.25.47.2022.1”*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2022 r., za numerem 2022/S 229-660207.

#### **KIO 1440/23**

W dniu 22 maja 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz przekazania informacji o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie wykazali: (a) braku podstaw do wykluczenia z postępowania lub (b) spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych związanych z wykazaniem (a) braku podstaw wykluczenia lub (b) spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz poprzez nieprawidłową ocenę, a w konsekwencji uznanie za zgodne z przepisami ustawy pzp zastrzeżenie przez Wykonawcę Warbud S.A. części wniosku i załączników do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

[zarzuty 1.1., 1.2., 1.3. dotyczące nienależytej oceny braku podstaw wykluczenia]

1.1. art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt. 2) ustawy pzp oraz art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp oraz rozdz. X ust. 1 pkt. 6) oraz ust. 2, ust. 3 i ust. 6 SWZ w zw. z rozdz. VIII ust. 1 pkt. 2) w zw. z pkt. 1) SWZ oraz rozdz. X ust. 1 pkt. 7) oraz ust. 2, ust. 3 i ust. 6 SWZ w zw. z rozdz. VIII ust. 1 pkt. 4) SWZ oraz rozdz. XVII ust. 1 SWZ w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez ich niezastosowanie i błędne uznanie, że wskazani niżej wykonawcy wykazali brak podstaw wykluczenia opisanych w ww. przepisach i postanowieniach SWZ, a w konsekwencji zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia w zakresie opisanym w rozdz. X ust. 1 pkt. 6) SWZ oraz rozdz. X pkt. ust. 1 pkt 7) SWZ wykonawców:

1) STRABAG sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Ed. ZÜBLIN AG (partner konsorcjum), dalej – „Konsorcjum Strabag”, w zakresie dotyczącym:

a) Strabag sp. z o.o. (lider konsorcjum): prokurentów p. J.J.B., p. M. A. G. - informacji z Krajowego Rejestru Karnego potwierdzającej brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 2) ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust 1 pkt. 2) w zw. z pkt. 1) SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 6) SWZ [KRK dla wybranych prokurentów];

b) Ed. ZÜBLIN AG (partner konsorcjum) w zakresie:

i) wszystkich członków zarządu, członków rady nadzorczej, prokurentów - informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozdz. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozdz. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 2 w zw. z pkt. 1 ustawy pzp i odpowiednio rozdz. VIII ust. 1 pkt. 2) w zw. z pkt. 1) SWZ oraz rozdz. X ust. 1 pkt. 6) oraz ust. 2 i 3 SWZ [KRK dla członków organu zarządzającego, nadzorczego i prokurentów]

ii) informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozdz. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozdz. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust. 1 pkt. 4) SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 7) oraz ust. 2 i 3 SWZ [KRK dla podmiotu];

c) Müller-BBM Building Solutions GmbH (podmiot udostępniający zasoby) informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozd. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozd. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust. 1 pkt. 4) SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 7) oraz ust. 2, 3 i 6 SWZ [KRK dla podmiotu udostępniającego potencjał];

2) HOCHTIEF Polska S.A. – dalej „HOCHTIEF” w zakresie dotyczącym Müller-BBM Building Solutions GmbH (podmiot udostępniający zasoby) informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozd. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozd. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust. 1 pkt. 4) SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 7) oraz ust. 2, 3 i 6 SWZ [KRK dla podmiotu udostępniającego potencjał];

3) NDI S.A. (lider konsorcjum), NDI SOPOT S.A. (partner konsorcjum), Climamedic sp. z o.o. sp. k. (partner konsorcjum) – dalej „Konsorcjum NDI”, w zakresie dotyczącym Müller-BBM Building Solutions GmbH (podmiot udostępniający zasoby) - informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozd. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozd. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust. 1 pkt. 4) SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 7) oraz ust. 2, 3 i 6 SWZ [KRK dla podmiotu udostępniającego potencjał];

4) Polimex Budownictwo sp. z o.o. sp.k. (lider konsorcjum), Polimex Mostostal S.A. (partner konsorcjum) – dalej „Konsorcjum Polimex”, w zakresie dotyczącym Müller-BBM Building Solutions GmbH (podmiot udostępniający zasoby) informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozd. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozd. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust. 1 pkt. 4)



SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 7) oraz ust. 2, 3 i 6 SWZ [KRK dla podmiotu udostępniającego potencjał];

5) UNIBEP S.A. – dalej „UNIBEP”, w zakresie dotyczącym Müller-BBM Building Solutions GmbH (podmiot udostępniający zasoby) informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozdz. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozdz. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust. 1 pkt. 4) SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 7) oraz ust. 2, 3 i 6 SWZ [KRK dla podmiotu udostępniającego potencjał];

6) Mirbud S.A. – dalej „MIRBUD”, w zakresie dotyczącym:

a) Nagata Acoustics International Inc. (podmiot udostępniający zasoby) w zakresie:

i) wszystkich członków zarządu, członków rady nadzorczej, prokurentów - informacji z odpowiedniego z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozdz. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozdz. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 2 w zw. z pkt. 1 ustawy pzp i odpowiednio rozdz. VIII ust. 1 pkt. 2) w zw. z pkt. 1) SWZ oraz rozdz. X ust. 1 pkt. 6) oraz ust. 2 i 3 SWZ [KRK dla członków organu zarządzającego, nadzorczego i prokurentów podmiotu udostępniającego zasoby];

ii) informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozdz. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozdz. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4) ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust. 1 pkt. 4) SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 7) oraz ust. 2, 3 i 6 SWZ [KRK dla podmiotu udostępniającego zasoby];

b) Müller-BBM Building Solutions GmbH (podmio/t udostępniający zasoby) – informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę (rozdz. X ust. 2 SWZ) lub oświadczenie (rozdz. X ust. 3 SWZ) w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt. 4)

ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust. 1 pkt. 4) SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 7) oraz ust. 2, 3 i 6 SWZ [KRK dla podmiotu udostępniającego zasoby];

1.2. art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 108 ust. 2 ustawy pzp w zw. z rozdz. VIII ust. 2 SWZ oraz rozdz. X ust. 1 pkt. 9) oraz ust. 5 i ust. 6 SWZ oraz rozdz. XVII ust. 1 SWZ oraz w zw. z § 4 ust. 1 pkt. 2) i ust. 3 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez ich niezastosowanie i błędne uznanie, że wykonawca MIRBUD wykazał brak podstaw wykluczenia opisanych w ww. przepisach i postanowieniach SWZ, a w konsekwencji zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia w zakresie opisanym w art. 108 ust. 2 ustawy pzp oraz rozdz. VIII ust. 2 SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 9) SWZ dotyczącym Nagata Acoustics International Inc. (podmiot udostępniający zasoby) tj. informacji z odpowiedniego rejestru dotyczącej beneficjentów rzeczywistych albo, w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, określającego jego beneficjentów rzeczywistych albo oświadczenia, o którym mowa w § 4 ust. 3 ww. Rozporządzenia [informacja o beneficjentach rzeczywistych podmiotu udostępniającego zasoby].

a w konsekwencji:

1.3. art. 147 ustawy pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt. 2 a) ustawy pzp w zw. z rozdz. VIII ust. 1 i 2 SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 6, 7, 9 oraz ust. 2, 3, 6 SWZ oraz rozdz. XVII ust. 1 SWZ w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie oceny podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania w zakresie opisanym w zarzucie nr 1.1 i nr 1.2 powyżej, podczas gdy Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu również dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia wykonawców lub podmiotów udostępniających zasoby, a zgodnie z rozdz. XVII ust. 1 SWZ ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinna obejmować również ocenę braku podstaw wykluczenia.

[zarzut 1.4. dotyczący nienależytej oceny spełniania kryteriów selekcji]

1.4. art. 128 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp w zw. z rozdz. IX ust. 2 SWZ oraz rozdz. XVII ust. 1 SWZ poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania ERBUD S.A. – dalej „ERBUD” do złożenia wyjaśnień i wykazania faktycznego, bezpośredniego

dysponowania przez Wykonawcę, co najmniej 3-osobowym zespołem akustyków, o którym mowa w rozdz. IX ust. 2 SWZ (kryterium selekcji).

[zarzuty 1.5. i 1.6. dotyczące nienależytej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu]

1.5. art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy pzp oraz § 9 ust. 1 pkt. 1 oraz § 9 ust. 3 pkt. 1 ww. Rozporządzenia w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że niżej wymienieni wykonawcy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie wezwania niżej wymienionych wykonawców do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia niżej opisanych warunków udziału w postępowaniu, pomimo że zadania przedstawione w celu wykazania doświadczenia przez niżej wymienionych wykonawców były realizowane w konsorcjum, a z przedstawionych przez niżej wymienionych wykonawców dokumentów (Wykazu robót oraz referencji) nie wynika, czy i w jakim zakresie wykonawcy faktycznie i bezpośrednio uczestniczyli w realizacji referencyjnych zamówień i czy nabyli wymagane i opisane w warunku udziału doświadczenie, tj.:

1) Konsorcjum Polimex w zakresie dotyczącym:

a) spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, podczas gdy inwestycja referencyjna wykonawcy („Budowa Centrum Edukacji Artystycznej – Filharmonia Gorzowska” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) została zrealizowana w ramach konsorcjum w składzie: Polimex Mostostal S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD Przemysłówka sp. z o.o. – dalej „EBUD”, a z Wykazu robót Konsorcjum Polimex nie wynika, jak zakres prac został zrealizowany przez Polimex Mostostal S.A. a jaki przez EBUD i czy Polimex Mostostal S.A. bezpośrednio uczestniczył w realizacji ww. inwestycji i czy może samodzielnie legitymować się doświadczeniem dotyczącym ww. inwestycji;

b) spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. c) SWZ, podczas gdy inwestycja referencyjna wykonawcy („Budowa Muzeum Historii Żydów Polskich wraz z infrastrukturą towarzyszącą oraz zagospodarowaniem terenu w Warszawie przy ul. Anielewicza” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) została zrealizowana w ramach konsorcjum w składzie: Polimex Mostostal S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe Interbud-West sp. z o.o. – dalej „Interbud”, a z Wykazu robót Konsorcjum Polimex nie wynika, jak zakres prac został zrealizowany przez

Polimex Mostostal S.A. a jaki przez Interbud i czy Polimex Mostostal S.A. bezpośrednio uczestniczył w realizacji ww. inwestycji i czy może samodzielnie legitymować się doświadczeniem dotyczącym ww. inwestycji.

2) UNIBEP w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, podczas gdy inwestycja referencyjna wykonawcy („Budowa budynku użyteczności publicznej - Budowa Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach przy ul. Żeromskiego” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) została zrealizowana w ramach konsorcjum w składzie: UNIBEP oraz PB Unimax sp. z o.o. – dalej „UNIMAX”, a z Wykazu robót UNIBEP nie wynika, jak zakres prac został zrealizowany przez UNIBEP, a jaki przez UNIMAX i czy UNIBEP bezpośrednio uczestniczył w realizacji ww. inwestycji i czy może samodzielnie legitymować się doświadczeniem dotyczącym ww. inwestycji.

1.6. art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że niżej wymienieni wykonawcy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie wezwania niżej wymienionych wykonawców do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt, że doświadczenie przedstawione przez niżej wymienionych wykonawców nie potwierdza spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu tj.:

1) Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. – dalej „DORACO” w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, podczas gdy inwestycja referencyjna wykonawcy („Budowa Centrum Wystawienniczo – Targowego w Gdańsku – Letnicy przy ul. Żaglowej 11” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) („AMBER EXPO”) nie spełnia wymagań Zamawiającego dotyczących realizacji inwestycji wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących, doprecyzowanych w odpowiedziach do SWZ - w której odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych);

2) MIRBUD w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, podczas gdy inwestycja referencyjna wykonawcy („Budowa nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej Podium w Gliwicach” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) („ARENA GLIWICE”) nie spełnia wymagań

Zamawiającego dotyczących realizacji inwestycji polegającej na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących, doprecyzowanych w odpowiedziach do SWZ - w której odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych);

3) ERBUD w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, podczas gdy inwestycja referencyjna wykonawcy „Budowa wielofunkcyjnej, ogólnomiejskiej hali widowiskowo sportowej wraz z obiektami towarzyszącymi przy ul. Szafera w Szczecinie na 5200 miejsc siedzących” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) („NETTO ARENA SZCZECIN”) nie spełnia wymagań Zamawiającego dotyczącym realizacji inwestycji wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących, doprecyzowanych w odpowiedziach do SWZ - w której odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych);

4) Konsorcjum NDI w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ, podczas gdy inwestycja referencyjna wykonawcy „Budowa obiektu Domu Zdrojowego wraz z obiektem hotelowym w Sopocie” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) („Dom ZDROJOWY SOPOT”) nie spełnia wymagań Zamawiającego dotyczących realizacji inwestycji polegającej na wykonaniu jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu lub przebudowie budynku użyteczności publicznej lub zespołu budynków o wartości inwestycji, co najmniej 200.000.000,00 PLN netto.

1.7. art. 18 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że informacje zastrzeżone przez WARBUD S.A. – dalej „WARBUD” dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby ww. wykonawcy dot. Zespołu ds. akustyki (w tym nazwa podmiotu oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz JEDZ, dokumenty podmiotowe i pełnomocnictwo) oraz części Wykazu osób składanego wraz z wnioskiem oraz innych informacji dotyczących lub pozwalających na identyfikację Koordynatora Technologii Scenicznych i Teatralnych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, podczas gdy informacje i dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę nie spełniają wymagań określonych w art. 11 ust. 2 UZNK, w tym nie posiadają wartości gospodarczej i dotyczą

informacji wymaganych w celu oceny spełniania kryteriów selekcji, warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert w postępowaniu oraz są powszechnie znane osobom zajmującym się daną kategorią informacji, a dodatkowo wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób nieuzasadniony część uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (pkt. 18 i 19 uzasadnienia) - wyłącznie w celu utrudnienia dokonania przez innych wykonawców weryfikacji oceny spełniania przez Warbud kryteriów selekcji oraz warunków udziału w postępowaniu oraz na etapie złożenia oferty, kryteriów oceny ofert, które będą dotyczyć Zespołu ds. akustyki oraz doświadczenia Koordynatora Technologii Scenicznych i Teatralnych.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności z 10 maja 2023 r. dotyczącej oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym:

- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz załączników do wniosków;

- wezwania wykonawców wskazanych w zarzucie 1.1. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących braku podstaw wykluczenia w zakresie opisanym w art. 108 ust. 1 pkt. 2) oraz pkt 4) ustawy pzp (odpowiednio rozdz. X ust. 1 pkt. 6) i 7) SWZ) [zaświadczenia o niekaralności dla członków organów zarządzających, nadzorczych, prokurentów oraz dla podmiotów udostępniających zasoby] (zarzut 1.1 i 1.3);

- wezwania wykonawcy MIRBUD do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących braku podstaw wykluczenia w zakresie opisanym w art. 108 ust. 2) oraz rozdz. VIII ust. 2 SWZ w zw. z rozdz. X ust. 1 pkt. 9) SWZ w zakresie dotyczącym Nagata Acoustics International Inc. (podmiot udostępniający zasoby) tj. informacji z odpowiedniego rejestru dotyczącej beneficjentów rzeczywistych albo, w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, określającego jego beneficjentów rzeczywistych albo oświadczenia, o którym mowa w § 4 ust. 3 Rozporządzenia ws. PŚD. [informacja o beneficjentach rzeczywistych podmiotu udostępniającego zasoby]; (zarzut 1.2 i 1.3);

- wezwania wykonawcy ERBUD do złożenia wyjaśnień w zakresie faktycznego dysponowania przez Wykonawcę, co najmniej 3-osobowym zespołem ds. akustyki, o którym mowa w rozdz. IX ust. 2 SWZ (kryterium selekcji) (zarzut 1.4);
- wezwania wykonawcy Konsorcjum Polimex do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ oraz w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. c) SWZ (zarzut 1.5 pkt 1 lit. a) i b));
- wezwania wykonawcy UNIBEP do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ (zarzut 1.5 pkt 2);
- wezwania wykonawcy DORACO uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ (zarzut 1.6 pkt 1);
- wezwania wykonawcy MIRBUD do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ (zarzut 1.6 pkt 2);
- wezwania wykonawcy ERBUD do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ (zarzut 1.6 pkt 3);
- wezwania wykonawcy Konsorcjum NDI do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ (zarzut 1.6 pkt 4);
- odtajnienia i udostępnienia wykonawcom bezzasadnie i nieskutecznie zastrzeżonych przez WARBUD informacji dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby ww. wykonawcy (w tym nazwa podmiotu oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz JEDZ, dokumenty podmiotowe i pełnomocnictwo) oraz części Wykazu osób składanego wraz z wnioskiem oraz innych informacji dotyczących lub pozwalających na identyfikację Koordynatora Technologii Scenicznych i Teatralnych oraz odtajnienia i udostępnienia wykonawcom treści wyjaśnień/uzasadnienia (pkt. 18 i 19) (zarzut 1.7).

Uzasadnienie zarzutów odwołania skierowanych do rozpoznania na rozprawie:

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zgodnie z pkt. IV SWZ Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli”. Inwestycja obejmuje:

a) Wykonanie robót budowlanych z dokumentacją projektową (projekt budowlany i wykonawczy oraz STWiOR w poszczególnych branżach), w ramach których zostaną zrealizowane następujące elementy, w szczególności: roboty ziemne i przygotowawcze, konstrukcja, dach pokrycie, elewacja, roboty wykończeniowe, mechanika sceny, oświetlenie sceniczne, system elektroakustyczny, windy, wyposażenie obiektu - rolety, meble i fotele (bez foteli sali koncertowej), instalacje mechaniczne i sanitarne, instalacje elektryczne i teletechniczne, zieleń i zagospodarowanie terenu.

b) Dostosowanie projektu i dostosowanie do wysokich standardów akustycznych Dużej Sali koncertowej MCM (zwana dalej: Duża Sala) na 650 słuchaczy. Generalny Wykonawca doprojektuje i dostosuje Dużą Salę tak, aby uzyskać akustykę na najwyższym światowym poziomie. W tym celu Generalny Wykonawca musi dysponować światowej klasy ekspertem o odpowiednich, potwierdzonych kwalifikacjach do: weryfikacji projektu akustyki Dużej Sali, proponowania dokonania zmian projektowych (jeżeli takie będą konieczne), uzyskania zamiennych pozwoleń na budowę w zakresie powyższych zmian (jeżeli takie będą konieczne), kontroli wszystkich procedur i robót budowlanych w trakcie realizacji na wszystkich jej etapach, aby budowana Duża Sala miała wszystkie wymagane parametry dostosowane do najlepszych parametrów akustycznych: architektury, konstrukcji, ochrony pożarowej oraz innych pozostałych wymagań.

Z uwagi na przedmiot zamówienia Zamawiający sformułował wysokie wymagania dotyczące warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie kryterium selekcji (rozdział IX ust. 2 SWZ) co do dysponowania przez Wykonawcę, co najmniej 3 osobowym zespołem akustyków (zwany dalej zespołem ds. akustyki) posiadających wyższe wykształcenie techniczne w kierunku akustyka (zamawiający dopuszcza zespół składający się co najmniej z jednej osoby posiadającej wykształcenie wyższe w kierunku akustyka i co najmniej dwóch osób z wykształceniem w kierunku elektroakustyka), który wspólnie w ramach tej samej inwestycji w okresie ostatnich 15 lat wykonał co najmniej jedną kompletną dokumentację projektową w zakresie akustyki wewnątrz Sali koncertowej / widowiskowej o ilości co najmniej 600 miejsc, w obiektach Kultury typu Filharmonia, Opera, Teatr, w ramach, której wykonany był model fizyczny Sali w skali 1:10 i przeprowadził na tym modelu badania akustyczne



zakończone raportem z badań i które to badania wraz z raportem stanowiły integralną część dokumentacji projektowej. Zgodnie z rozdziałem XIII SWZ Zamawiający ograniczył liczbę Wykonawców zapraszanych do składania ofert i wskazuje maksymalną liczbę pięciu Wykonawców, których zaprosi do składania ofert. Przy czym, w przypadku, gdy Wykonawcy spełniający warunki udziału w postępowaniu i otrzymają taką samą liczbę punktów w ramach kryterium selekcji to wszyscy zostaną zaproszeni do złożenia ofert. Wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło 10 wykonawców. Zgodnie z informacją z 10 maja 2023 r. Zamawiający uznał, że wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji.

#### ZARZUT NR 1.4. – KRYTERIA SELEKCJI

Odwołujący wskazał, że Zamawiający sformułował następujące kryterium selekcji (rozd. IX ust. 2 SWZ): W celu sporządzenia rankingu Wykonawców, Zamawiający podaje poniższe kryteria selekcji, które zamierza zastosować w celu ograniczenia liczby Wykonawców zaproszonych do składania ofert i wskazuje maksymalną liczbę pięciu Wykonawców, których zaprosi do składania ofert. W celu sporządzenia rankingu Wykonawców punktacja będzie dotyczyła dysponowaniem przez Wykonawcę, co najmniej 3 osobowym zespołem akustyków (zwany dalej zespołem ds. akustyki) posiadających wyższe wykształcenie techniczne w kierunku akustyka (zamawiający dopuszcza zespół składający się co najmniej z jednej osoby posiadającej wykształcenie wyższe w kierunku akustyka i co najmniej dwóch osób z wykształceniem w kierunku elektroakustyka), który wspólnie w ramach tej samej inwestycji w okresie ostatnich 15 lat wykonał co najmniej jedną kompletną dokumentację projektową w zakresie akustyki wewnątrz Sali koncertowej / widowiskowej o ilości co najmniej 600 miejsc, w obiektach Kultury typu Filharmonia, Opera, Teatr, w ramach, której wykonany był model fizyczny Sali w skali 1:10 i przeprowadził na tym modelu badania akustyczne zakończone raportem z badań i które to badania wraz z raportem stanowiły integralną część dokumentacji projektowej. Wykonawca otrzyma punkt za złożenie oświadczenia, iż dysponuje ww. zespołem ds. akustyki. Wykonawca jest zobowiązany do podania składu zespołu i wykazanie posiadania wymaganego wykształcenia oraz doświadczenia członków zespołu w ofercie. Wykazanie przez wykonawców spełniania kryterium selekcji jest kluczowe dla oceny wniosków, chociażby z tego względu, że Zamawiający zakładał ograniczenie liczby oferentów do 5, a jak wynika z informacji o wynikach oceny wniosków uznał, że wszyscy wykonawcy (10 podmiotów) spełniają kryteria selekcji w takim samym stopniu. Wymagania dotyczące dysponowania zespołem ds.

akustyków jest również istotne z punktu widzenia kryteriów oceny ofert: zgodnie z rozdziałem XIX pkt. 1 SWZ, ponieważ Organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie zespołu ds. akustyki stanowi kryterium oceny o wadze aż 25%. Jak wynika z treści wniosków, w celu wykazania spełniania kryterium selekcji i wykazania dysponowania zespołem ds. akustyki prawie wszyscy wykonawcy opierali się na zasobach podmiotów trzecich tj.:

a) Müller-BBM Building Solutions GmbH (Niemcy)

b) Nagata Acoustics International Inc. (Stany Zjednoczone)

Wykonawcą, który nie polega na zasobach podmiotu trzeciego jest ERBUD, który we wniosku (pkt. 7) złożył oświadczenie, że dysponuje zespołem ds. akustyki. Jednocześnie, do wniosku ERBUD załączył oświadczenie [Oświadczenie zespół akustyków] z którego wynika, że: *„(...) w imieniu ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oświadczamy, iż będziemy dysponować 3 osobowym zespołem akustyków (zespołem ds. akustyki) w następującym składzie: Zespół osób: 1. Pan M. K., wyższe wykształcenie techniczne o profilu akustycznym 2. Pan M. Q., wyższe wykształcenie techniczne o profilu akustycznym 3. Pan E. B., wyższe wykształcenie techniczne o profilu akustycznym Powyższe osoby wykonały w okresie ostatnich 15 lat inwestycję: Elbphilharmonie w Hamburgu, w ramach której wykonali kompletną dokumentację projektową w zakresie akustyki wnętrza Sali koncertowej / widowiskowej o ilości co najmniej 600 miejsc, w której to wykonany był model fizyczny Sali w skali 1:10 i osoby te przeprowadziły na tym modelu badania akustyczne zakończone raportem z badań i które to badania wraz z raportem stanowiły integralną część dokumentacji projektowej.”*

Odwolujący zaznaczył, że oświadczenia złożone przez ERBUD we wniosku oraz w dodatkowym dokumencie powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Po pierwsze, osoby wskazane w oświadczeniu ERBUD (Pan M. K. Pan M. Q. Pan E. B.) to pracownicy Nagata Acoustics International Inc. (Stany Zjednoczone), a więc podmiotu, który udostępnił swój potencjał m.in. wykonawcy MIRBUD. Po drugie, z treść wniosku ERBUD (pkt. 7) wynika, że wykonawca dysponuje zespołem akustyków na moment złożenia wniosku, a więc łączy go bezpośrednia relacja (np. umowa o pracę, umowa o współpracy z osobami wskazanymi w treści oświadczenia [Oświadczenie zespół akustyków]). Innymi słowy, z wniosku wynika, że ERBUD bezpośrednio dysponuje na moment złożenia wniosku ww. osobami. Po drugie, z treści oświadczenia [Oświadczenie zespół akustyków] wynika jednak, że ERBUD będzie dysponował ww. osobami, a więc na moment złożenia wniosku nie łączy

go żadna relacja z ww. osobami. Treść niejednorodnych oświadczeń złożonych przez ERBUD powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego. Co więcej, ww. osoby to pracownicy firmy Nagata Acoustics International Inc. (Stany Zjednoczone), przy czym ERBUD nie załączył do wniosku ani zobowiązania ani JEDZ dla tego podmiotu (nie korzysta z zasobów podmiotu udostępniającego potencjał), ale rzekomo dysponuje tymi osobami już na moment złożenia wniosku w sposób bezpośredni. Opisane powyżej okoliczności rodzą istotną wątpliwość, czy ERBUD faktycznie dysponuje bezpośrednio (jak wynika z treści wniosku i załączników) zespołem akustyków. Zważywszy, że dysponowanie zespołem akustyków stanowi kryterium selekcji oraz istotne kryterium oceny ofert oraz biorąc pod uwagę fakt, że pozostali wykonawcy wykazali dysponowanie zespołem akustyków (Nagata Acoustics International Inc.) w sposób pośredni, przedkładając zobowiązanie Nagata Acoustics International Inc. do udostępnienia zasobów, Zamawiający winien wezwać wykonawcę ERBUD do złożenia wyjaśnień i wykazania, że faktycznie ERBUD na moment złożenia wniosku dysponował osobami wskazanymi w oświadczeniu „Oświadczenie zespół akustyków” w sposób bezpośredni, żądając m.in. przedłożenia dowodów potwierdzających takie dysponowanie (umów o pracę, umów o współpracy z poszczególnymi osobami). W ocenie Odwołującego wykonawca ERBUD nie zatrudnia ani nie współpracuje z ww. osobami (co potwierdza oświadczenie ERBUD, iż dopiero „będzie dysponował” takim zespołem), a tym samym na moment złożenia wniosku ERBUD nie wykazał spełnienia kryterium selekcji.

#### ZARZUT NR 1.5. – WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (DOŚWIADCZENIE ZDOBYTE W RAMACH KONSORCJUM)

Odwołujący podniósł, że w celu spełnienia warunków udziału opisanych w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ [doświadczenie polegające na wykonaniu, w okresie 15 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących] wykonawca UNIBEP przedłożył Wykaz robót ze wskazaniem na następujące zadanie: Budowa budynku użyteczności publicznej - Budowa Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach przy ul. Żeromskiego” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych). Jak wynika z dowodu potwierdzającego należyte wykonania zadania [15.2 REFERENCJE \_2] zadanie zostało zrealizowane przez konsorcjum w składzie: UNIBEP oraz PB Unimax sp. z o.o. („UNIMAX”), przy czym obecnie UNIBEP nie korzysta z potencjału UNIMAX.

Wskazał dalej, że jak wynika z przepisów § 9 ust. 1 pkt. 1 oraz § 9 ust. 3 pkt. 1 Rozporządzenia ws. PŚD, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, to wykaz robót może zawierać i dotyczyć tylko takich zadań, w których wykonawca bezpośrednio uczestniczył. Innymi słowy, Zamawiający musi zbadać czy wykonawca (tutaj: UNIBEP), który powołuje się na zadania zrealizowane w konsorcjum z innym wykonawcą lub wykonawcami, faktycznie wykonał prace wymagane dla nabycia danego doświadczenia, a przez to czy faktycznie może legitymować się całym doświadczeniem dotyczącym referencyjnej inwestycji. W tym celu Zamawiający powinien w szczególności wyjaśnić i ustalić na czym polegała dokładnie współpraca i podział prac pomiędzy członkami konsorcjum, jak również jaki dokładnie zakres prac wykonawca (członek konsorcjum), który powołuje się na całe doświadczenie związane z referencyjną inwestycją. Konieczność badania zakresu doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum wynika bezpośrednio z przywołanego powyżej § 9 ust. 3 pkt. 1 Rozporządzenia ws. PŚD, ale również jest wymagane dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a przede wszystkim dla faktycznej oceny czy dany wykonawca bezpośrednio uczestniczył w robotach w zakresie wymaganym w opisie warunku udziału i czy nabył i czy może się faktycznie legitymować doświadczeniem. Powyższe wynika również z orzecznictwa TSUE w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), w którym Trybunał wskazał, że: (...) gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. (...) Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Z Wykazu robót UNIBEP nie wynika w jakim zakresie wykonawca był zaangażowany w inwestycję, którą realizował w ramach konsorcjum, co uzasadnia konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dokumentów dotyczących podziału prac oraz zakresu robót wykonanych przez poszczególnych członków konsorcjum (np. umowy konsorcjum) lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (Wykazu robót), w celu ustalenia czy wykonawcy mogą legitymować się całym doświadczeniem dotyczącym ww. zadań referencyjnych.

ZARZUT NR 1.6. – WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (NIESPEŁNIANIE WYMAGAŃ SWZ)

Odwołujący wskazał, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ Zamawiający wymaga, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem polegającym na wykonaniu, w okresie 15 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących. W ramach wyjaśnień treści SWZ z 14 marca 2023 r. w odpowiedzi na pytanie nr 28 Zamawiający doprecyzował pojęcie „sali wielofunkcyjnej”: Zamawiający poprzez salą wielofunkcyjną rozumie sale, w której odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych). W celu wykazania spełnienia ww. warunku wykonawcy MIRBUD i ERBUD wykazali się następującym doświadczeniem:

- MIRBUD – Budowa nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej Podium w Gliwicach” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) („ARENA GLIWICE”);
- ERBUD - „Budowa wielofunkcyjnej, ogólnomiejskiej hali widowiskowo sportowej wraz z obiektami towarzyszącymi przy ul. Szafera w Szczecinie na 5200 miejsc siedzących” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) („NETTO ARENA SZCZECIN”).

Odwołujący podniósł dalej, że zadanie referencyjne MIRBUD (PODIUM/ ARENA GLIWICE) jak wskazuje jego nazwa obejmowało budowę hali widowiskowo-sportowej. Zgodnie z opisem obiektu zawartym na stronie internetowej jest to: *„Arena Gliwice to obiekt halowy o przeznaczeniu widowiskowo-sportowym. Z informacji zawartych na stronie obiektu wynika, że odbywają się tam przede wszystkim wydarzenia o charakterze sportowym (mecze, gale sztuk walki)”. Odwołujący załączył dokumentację zdjęciową ze strony internetowej: <https://arenagliwice.com/o-arenie/>*

Zadanie referencyjne ERBUD (NETTO ARENA SZCZECIN) jak wskazuje jego nazwa obejmowało budowę hali widowiskowo-sportowej. Z informacji dostępnych na stronie internetowej obiektu wynika, że odbywają się tam głównie wydarzenia sportowe i targowe, na co wskazuje również konstrukcja obiektu. Odwołujący załączył dokumentację zdjęciową ze strony internetowej: <https://netto.arenaszczecin.eu/wydarzenia/>

Podsumowując wskazał, że zarówno zadanie referencyjne MIRBUD (ARENA GLIWICE/ PODIUM) jak i zadanie referencyjne ERBUD (NETTO ARENA SZCZECIN) to obiekty co prawda posiadające sale wielofunkcyjne, ale faktycznie odbywają się tam przede

wszystkim wydarzenia sportowe lub targowe. Podkreślił, że w odpowiedzi nr 28 z 14 marca 2023 r. Zamawiający doprecyzował, że poprzez salę wielofunkcyjną rozumie salę, w której odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych). Tym samym Zamawiający opisał inwestycję również poprzez charakter wydarzeń, które powinny się tam faktycznie (a nie teoretycznie) odbywać – Zamawiający posłużył się bowiem sformułowaniem „odbywają się” a nie „mogą się odbywać” i wskazał, że muszą to być wydarzenia kulturalne spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru. Takie wydarzenia nie odbywają się jednak w obiektach wskazanych powyżej. Z powyższych względów Zamawiający bezzasadnie uznał, że MIRBUD oraz ERBUD wykazały spełnianie warunku udziału opisany w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, pomimo że zadania referencyjne wskazane przez ww. wykonawców nie pozwalają na spełnienie ww. warunku (doprecyzowanego w odpowiedzi na pytanie nr 28 z 14 marca 2023 r.). W konsekwencji Zamawiający był zobowiązany wezwać ww. wykonawców do uzupełnienia Wykazu robót w zakresie ww. warunku lub co najmniej do złożenia wyjaśnień w celu jednoznacznego ustalenia, czy zadania referencyjne wskazane przez MIRBUD i ERBUD pozwalają na spełnienie warunku udziału tj. czy w obiektach faktycznie odbywają się wydarzenia kulturalne tj. spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru.

W zakresie zarzutu dotyczącego wniosku Konsorcjum NDI Odwołujący podniósł, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ Zamawiający wymaga, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem polegającym na wykonaniu, w okresie 15 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu lub przebudowie budynku użyteczności publicznej lub zespołu budynków o wartości inwestycji, co najmniej 200.000.000,00 PLN netto: W celu wykazania spełnienia ww. warunku Konsorcjum NDI wykazało się doświadczeniem pn. „Budowa obiektu Domu Zdrojowego wraz z obiektem hotelowym w Sopotie” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) („DOM ZDROJOWY SOPOT”) o wartości 225 106 980,59 zł netto. Zarówno z Wykazu robót jak i z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie ww. zdania (7. Sopot\_Hotel\_Sheraton\_Dom\_Zdrojowy\_LR) wynika, że doświadczenie referencyjne obejmuje: a) Budowę obiektu Domu Zdrojowego, b) Budowę obiektu hotelowego. Zgodnie z warunkiem udziału doświadczenie musi wykonać roboty budowlanych polegających na wybudowaniu lub przebudowie budynku użyteczności publicznej lub zespołu budynków

o wartości inwestycji, co najmniej 200.000.000,00 PLN netto. Doświadczenie musi zatem dotyczyć budynku użyteczności publicznej lub zespołu budynków, przy czym zespół budynków również powinien obejmować budynki użyteczności publicznej, o wymaganej wartości. Na powyższe wskazuje nie tylko literalne brzmienie opisu warunku, ale również powiązanie treści z warunku z przedmiotem zamówienia (budowa budynku użyteczności publicznej) oraz treść pozostałych warunków wskazanych w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 SWZ, z których każdy dotyczy budowy budynku lub obiektu użyteczności publicznej. Odwołujący zauważył, że o ile Dom Zdrojowy SOPOT może być kwalifikowany jako budynek użyteczności publicznej, to część hotelowa (Hotel Sheraton) nie spełnia takich wymagań, ponieważ jako obiekt hotelowy jest kwalifikowany jako budynek zamieszkania zbiorowego. Zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002 r. (t. j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1225):

a) (§ 3 pkt. 6) budynek użyteczności publicznej to budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny;

b) (§ 3 pkt. 5) budynku zamieszkania zbiorowego to budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny.

Dalej Odwołujący wskazał, że z uwagi na swoją funkcję oraz kwalifikację prawną część Domu Zdrojowego (budynek użyteczności publicznej) oraz część hotelowa obiektu (Hotel Sheraton) (budynek zamieszkania zbiorowego) nie jest spełniony również wymóg dotyczący wartości zadania referencyjnego. Jak wynika z Wykazu robót NDI wartość całego zadania to 225 106 980,59 zł netto, przy czym minimalna wartość zadania wynikająca z

warunku to: 200.000.000,00 zł netto, a więc wartość całego zadania przekracza minimalną wartość określoną przez Zamawiającego o 25 mln zł. Porównanie parametrów powierzchni użytkowej: Dom Zdrojowy - 13 586 m<sup>2</sup>, część hotelowej (Hotel Sheraton) - 8 944,21 m<sup>2</sup>, wskazuje, że wartość robót dotyczącej Domu Zdrojowego, który pozwala na spełnienie warunku udziału, nie może przekraczać wymaganej kwoty 200 000,00 zł netto, skoro wartość całego obiektu, wraz z częścią hotelową to 225 mln zł. Stosując uproszczenie:

1) całkowita powierzchnia użytkowa: 22 530,21 m<sup>2</sup> (13 586 m<sup>2</sup> + 8 944,21 m<sup>2</sup>)

2) całkowita wartość zadania: 225 106 980,59 zł netto

3) wartość m<sup>2</sup> powierzchni użytkowej: 9 991,34 zł netto (225 106 980,59 zł netto/ 22 530,21 m<sup>2</sup>)

4) wartość zadania dla Domu Zdrojowego: 135 742 340,54 zł netto (9 991,34 zł netto\*13 586 m<sup>2</sup>)

Z powyższych względów Zamawiający bezzasadnie uznał, że Konsorcjum NDI spełnia warunek udziału opisany w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ, pomimo że zadanie referencyjne – Dom Zdrojowy Sopot nie pozwala na wykazanie doświadczenia co do przedmiotu robót (budynek użyteczności publicznej) oraz jego wartości (200 000 000,00 zł netto). W konsekwencji Zamawiający był zobowiązany wezwać Konsorcjum NDI do uzupełnienia Wykazu robót w zakresie ww. warunku lub co najmniej do złożenia wyjaśnień w celu jednoznacznego ustalenia czy zadanie referencyjne pozwala na spełnienie warunku udziału.

#### **KIO 1446/23**

W dniu 22 maja 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: nieprawidłowego badania i ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonych przez:

- wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku („DORACO”), - MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach („MIRBUD”),
- ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie („ERBUD”)



i w efekcie przyjęcie, że ww. wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu i zostaną zaproszeni do złożenia oferty zgodnie z art. 149 ustawy pzp, w sytuacji w której w rzeczywistości wykonawcy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu uwzględnionych w Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”), a zatem ich wnioski winny zostać odrzucone;

oraz wobec nieudostępnienia Odwołującemu całej dokumentacji postępowania, w tym w szczególności wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Warbud z siedzibą w Warszawie („WARBUD”) oraz korespondencji prowadzonej przez tego wykonawcę z Zamawiającym, pomimo złożenia przez Odwołującego dwóch wniosków o udostępnienie stosownej dokumentacji dotyczącej wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, przy czym Zamawiający nie poinformował nawet o powodach takiego działania (gdyby okazało się, że powodem braku udostępnienia dokumentacji jest zastrzeżenie przez Warbud tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący wskazuje również na niezasadne uznanie (ocenę) przekazanych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp w zw. z art. 112 ust. 2 ustawy pzp poprzez przyjęcie, że wykonawcy DORACO, MIRBUD oraz ERBUD spełniają warunki udziału w postępowaniu i zostaną zaproszeni do złożenia oferty zgodnie z art. 149 ustawy pzp w sytuacji, w której ww. wykonawcy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu (nie posiadają wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia) w zakresie wybudowania (w ciągu 15 lat przed złożeniem ofert) budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących;

ewentualnie:

2. art. 128 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp w zw. z art. 112 ust. 2 ustawy pzp poprzez brak wezwania wykonawców DORACO, MIRBUD oraz ERBUD do uzupełnienia wykazu robót i wykazania spełniają warunki udziału w postępowaniu w sytuacji, w której ww. wykonawcy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu (nie spełniają warunków udziału w postępowaniu/ nie posiadają wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia) w zakresie wybudowania (w ciągu 15 lat przed złożeniem ofert) budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących

3. art. 74 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całej dokumentacji postępowania, w tym w szczególności wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez wykonawcę WARBUD wraz z całą prowadzoną z tym wykonawcą korespondencją w sytuacji, w której Odwołujący dwukrotnie zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ww. dokumentów niezwłocznie po poinformowaniu przez Zamawiającego o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

ewentualnie:

4. art. 18 ust. 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że Warbud skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji w której dokumentacja (wniosek) ww. wykonawcy zawiera informacje, które nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 2 UZNK, w szczególności informacje te nie mają jakiegokolwiek wartości gospodarczej, a zatem Warbud nie mógł skutecznie wykazać tej okoliczności (Odwołujący kwestionuje również wykazanie pozostałych okoliczności);

a w konsekwencji

5. art. 16 ustawy pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1, unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
3. odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców: DORACO, MIRBUD oraz ERBUD (ewentualnie: wezwania ww. wykonawców do uzupełnienia wykazu robót o doświadczenie, które spełnia warunek udziału w postępowaniu);
4. udostępnienie Odwołującemu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę WARBUD wraz z całą korespondencją prowadzoną pomiędzy

tym wykonawcą a Zamawiającym (ewentualnie: nakazaniem Zamawiającemu odtajnienie złożonego wniosku i udostępnienie Odwołującemu).

Uzasadnienie odwołania w zakresie zarzutów skierowanych do rozpoznania:

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, przedmiotem którego jest budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli. W rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ, Zamawiający przewidział jeden z warunków udziału w postępowaniu, który dotyczy określonego typu doświadczenia przy realizacji budynku zblizzonego w swej strukturze do przedmiotu zamówienia. W ramach złożonych wyjaśnień treści SWZ z dnia 14 marca 2023 r., Zamawiający doprecyzował, co należy rozumieć pod pojęciem „sali wielofunkcyjnej” zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu wskazanymi w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ. W dniu 10 maja 2023 r., Zamawiający opublikował informację o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z której wynika, że zdecydował się dopuścić wszystkich wykonawców, którzy złożyli wniosek w tym przedmiocie. Odwołujący jeszcze przed dniem opublikowania informacji o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożył do Zamawiającego w dniu 9 maja 2023 r. wniosek w trybie art. 74 ust. 2 ustawy pzp o udostępnienie wniosków złożonych przez wszystkich wykonawców w postępowaniu wraz z załącznikami oraz całą korespondencję z Zamawiającym, która powstała do dnia udostępnienia dokumentów. Z uwagi na fakt, że Zamawiający zaniechał udzielenia odpowiedzi na powyższy wniosek, Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego w dniu 12 maja 2023 r. z tożsamą prośbą. Zamawiający nie odpowiedział na ww. wnioski do dnia wniesienia niniejszego odwołania. Zamawiający całkowicie niezasadnie przyjął, że wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu oraz ustalone kryterium selekcji, czego konsekwencją ma być zaproszenie do złożenia oferty, zgodnie z art. 149 ustawy pzp, wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wykonawca DORACO, MIRBUD jak i ERBUD nie spełniają warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymogu posiadania określonego typu doświadczenia, uwzględnionego w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ, co winno skutkować po stronie Zamawiającego stosownymi czynnościami, których jednak zaniechał.

#### UWAGI OGÓLNE - WARUNEK UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,

wskazując, że wykonawcy mają wykazać, że zrealizowali w sposób należyty jedną robotę budowlaną, która polegała na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących. Jednocześnie w wyjaśnieniach do SWZ, które są wiążące dla wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu, Zamawiający doprecyzował, co rozumie przez salę wielofunkcyjną: w której odbywają się wydarzenia kulturalne (z wyłączeniem wydarzeń sportowych), w tym w szczególności spektakle teatralne, widowiska muzyczne czy występy chóru. To przykładowe wyliczenie daje obraz, jakiego charakteru roboty miały zostać w przeszłości zrealizowane przez wykonawców. Literalne wyłączenie pewnego katalogu wydarzeń, które mogą odbywać się na obiekcie spełniającym warunki udziału przez Zamawiającego, wprost zdaje się sugerować, że Zamawiający dążył do wyeliminowania wykonawców, którzy charakteryzują się doświadczeniem przy budowie hal widowiskowo-sportowych, pełniących funkcje kulturalne jedynie pobocznie. Co więcej, Zamawiający w ten sposób odniósł się również do przedmiotu zamówienia, którym jest centrum muzyki chopinowskiej. Jest to budynek o istotnie zaawansowanym stopniu technologicznym, w tym przede wszystkim w zakresie akustyki. Dlatego też Zamawiający dokonał stosownego wyłączenia względem budynków, które nie gwarantują odpowiedniego odwzorowania dźwięku.

Odwołujący wskazał na wynikający z przepisów prawa obowiązek odpowiedniego (proporcjonalnego do przedmiotu zamówienia) formułowania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w toku przygotowania warunków udziału jest bowiem ograniczony, gdyż jego wymagania nie mogą być oderwane od rzeczywistego celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (realizacji jego przedmiotu). Konkluzja, zgodnie z którą dopuszczalne i w pełni zgodne z zasadą proporcjonalności jest postawienie warunków udziału w postępowaniu w kształcie pozwalającym zweryfikować wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, przedmiotem którego jest unikalny i zaawansowany technologicznie obiekt, znajduje swoje odzwierciedlenie m.in. w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Ograniczenie robót budowlanych w kontekście warunków udziału do inwestycji dotyczących stricte obiektów, na których odbywają się wydarzenia kulturalne, zawierające w sobie wyraźny komponent muzyczny, jest działaniem całkowicie zrozumiałym i uzasadnionym. Wszak budowa sali koncertowej o najwyższym stopniu zaawansowania technologicznego, pozwalającego dochować najwyższych wymagań akustycznych, nie powinna być „równoważona” z budową hali widowiskowo-sportowej, gdzie

jakość dźwięku schodzi na zdecydowanie dalszy plan. Warunek udziału w postępowaniu nie musi być całkowicie tożsamy z przedmiotem zamówienia, ale z całą pewnością powinien być z nim odpowiednio i proporcjonalnie powiązany. W ocenie Odwołującego, sam proces budowy obiektu, który może pomieścić kilka tysięcy osób, na którym znajduje się boisko sportowe, istotnie odbiega od wymagań Zamawiającego dot. budowy Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli. Ponad wszelką wątpliwość obiekt przeznaczony docelowo jako miejsce organizacji wszelakiego typu imprez masowych (m.in. targi ślubne, kamieni szlachetnych, wystawy czy turnieje sportowe) w żaden sposób nie jest powiązany z centrum muzyki chopinowskiej o międzynarodowym, kulturalnym znaczeniu. Co więcej, Zamawiający wprost wyartykułował, że dopuszcza obiekty (sale), na których odbywają się wydarzenia kulturalne z wyłączeniem wydarzeń sportowych. Tak skonstruowany warunek należy postrzegać zgodnie z jego literalnym brzmieniem jako dopuszczenie wszelkich obiektów (sal, a nie hal) pełniących funkcje kulturalne, z wyłączeniem tych, na których odbywają się wydarzenia sportowe. W orzecznictwie powszechnie podnosi się, że na etapie oceny wykluczona jest interpretacja rozszerzająca warunków udziału w postępowaniu. Opis wymagań Zamawiającego należy odczytywać literalnie. Powołał się na wyrok KIO z dnia 17 października 2019 r., sygn. akt KIO 1965/18. Podobną argumentację przyjęła Izba w wyroku z dnia 21 października 2020 r., sygn. akt KIO 2346/20. W ocenie Odwołującego, Zamawiający precyzując warunki udziału w ramach odpowiedzi na pytania zadane do SWZ z dnia 14 marca 2023 r., literalnie dookreślił funkcje, jakie ma pełnić ukończona budowla. Całkowicie niezasadnie, finalnie zaakceptował jednak wszystkie inwestycje przedstawione przez wykonawców, nie zważając przy tym na zawężone przez siebie (słusznie oraz proporcjonalnie) warunki udziału w postępowaniu, de facto dokonując dalszej wykładni przygotowanego przez siebie warunku udziału, co było działaniem całkowicie niedopuszczalnym, charakteryzującym się rażącą niekonsekwencją Zamawiającego. Przedmiotowe działanie Zamawiającego doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców, którzy zgodnie z jego wolą, wykazali się obiektami, na których nie są prowadzone żadne wydarzenia sportowe, faworyzując w istocie tych, którzy jako „ostatnią deskę ratunku” w toku utrzymania swojego udziału w postępowaniu, przedstawili referencje dot. obiektów pełniących w dużej mierze funkcje stadionu czy boiska. Działanie Zamawiającego, który pierwotnie zdecydował się na wyjaśnienie, co należy rozumieć pod pojęciem sali wielofunkcyjnej, akceptując później niejako automatycznie wszystkie inwestycje przedstawione przez wykonawców, jawi się przy tym jako niewywiązanie się z roli

„gospodarza postępowania”, która mocno akcentuje się w polskim systemie zamówień publicznych. Jedną z najistotniejszych ról zamawiającego jest przygotowanie oraz przeprowadzenie postępowania w sposób przewidziany art. 16 ustawy pzp (tj. w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny), czego w toku postępowania Zamawiający nie dotrzymał.

#### MIRBUD NIE SPEŁNIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Odwołujący podniósł, że wykonawcą, który ponad wszelaką wątpliwość nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, uwzględnionego w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ, jest wykonawca MIRBUD. Celem spełnienia oczekiwań Zamawiającego co do doświadczenia, powołał się na realizację hali widowiskowo-sportowej: Odwołujący podkreślił, że powyższe oświadczenie MIRBUD nie jest prawdziwe z punktu widzenia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca bowiem powołuje się na doświadczenie w budowie nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej. Powyższe potęguje przy tym fakt, że wydarzenia sportowe w hali widowiskowo-sportowej w Gliwicach odbywają cykliczne, z dużą częstotliwością, a sam obiekt powstał przede wszystkim z myślą o rozgrywaniu meczów siatkówki, futsalu oraz koszykówki czy organizowaniu gal boksu zawodowego. Odwołujący podkreślił, że ma świadomość tego, że budynek zrealizowany przez MIRBUD został zasadniczo podzielony na 2 części, tj. główną halę oraz halę treningową. Celem zobrazowania, że żadna z tych części nie spełnia wymogu przewidzianego przez Zamawiającego w kontekście budowy sali, w której odbywają się wydarzenia kulturalne (z wyłączeniem wydarzeń sportowych) na min. 400 miejsc siedzących, Odwołujący wskazał szereg zaplanowanych wydarzeń sportowych oraz tych, które odbyły się w niedalekiej przeszłości w obydwu częściach hali.

W odniesieniu do hali głównej:

- Turniej prekwalityfikacyjny do Igrzysk Olimpijskich w Paryżu 2024 r., które odbędzie się w dniach 12-20 sierpnia 2023 r.;
- FORMOZA Challenge (bieg z przeszkodami), który odbędzie się w dniach 2 – 3 września 2023 r.;
- Mistrzostwa Świata SuperEnduro, które odbyły się 18 marca 2023 r.;
- Galę boksu zawodowego KSW 77, która odbyła się 17 grudnia 2022 r.;
- Galę boksu FAME MMA 16, która odbyła się 5 listopada 2022 r.;

- FIVB Mistrzostwa Świata w Piłce Siatkowej Kobiet, które odbyły się 11-12 października 2022 r.;
- Galę boksu HIGH League, która odbyła się w dniu 17 września 2022 r.

Odnosząc się do hali treningowej, Odwołujący wskazał, że przynajmniej raz w tygodniu, swoje mecze rozgrywa tam klub koszykarski GTK Gliwice oraz sekcja futsalu klubu sportowego Piast Gliwice. W samym tylko kwietniu 2023 r., miały miejsce następujące wydarzenia sportowe:

- Mecz koszykówki pomiędzy Tauron GTK Gliwice – Legia Warszawa w dniu 8 kwietnia 2023 r.;
- Mecz koszykówki pomiędzy Tauron GTK Gliwice – King Szczecin w dniu 22 kwietnia 2023 r.;
- Mecz futsalu pomiędzy Klubem Piast Gliwice - AZS UW DARKOMP WILANÓW w dniu 23 kwietnia 2023 r.
- Mecz koszykówki pomiędzy Tauron GTK Gliwice - Grupa Sierleccy Czarni Słupsk w dniu 29 kwietnia 2023 r.;

Charakter wybudowanego obiektu oraz jego powszechne zastosowanie wprost dowodzi, że jest to obiekt typowo sportowy (hala, a nie sala), gdyż w przypadku głównej hali, średnio raz w miesiącu odbywa się tam wydarzenie sportowe wysokiej rangi, a w przypadku hali treningowej, swój mecz rozgrywa tam lokalny klub (przynajmniej raz w tygodniu). Dopasowanie obiektu zrealizowanego przez MIRBUD - hali widowiskowo-sportowej - głównie celem organizacji wydarzeń sportowych, tj. przygotowanie boisk, wyświetlaczy wyników, szatni dla zawodników czy stoisk gastronomicznych dla kibiców, w połączeniu z systematycznym, faktycznym odbywaniem się tam zawodów sportowych, w ocenie Odwołującego całkowicie przesądza, że obiekt ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a MIRBUD w rzeczywistości nie zrealizował budowy sali w której odbywają się wydarzenia kulturalne (z wyłączeniem wydarzeń sportowych) na min. 400 miejsc siedzących. Warunki udziału w postępowaniu winny chociażby nawiązywać swoim zakresem do przedmiotu zamówienia w postępowaniu. Wątpliwe bowiem, aby doświadczenie przy budowie de facto typowego obiektu sportowego miało jakiegokolwiek przełożenia przy realizacji unikalnego w skali Europy przedsięwzięcia - Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli, w przypadku którego najistotniejszy element stanowić będzie najwyższa

jakość akustyki w salach koncertowych. Jak powszechnie bowiem wiadomo, jakość akustyki w dużych halach lub na stadionach, nie stanowi elementu kluczowego w toku realizacji takich obiektów i niemalże zawsze jej jakość jest niezwykle niska. Całkowicie przeciwne wymagania zostały postawione przez Zamawiającego, który wielokrotnie podkreśla w dokumentacji postępowania, że jest to zasadniczo najważniejszy element w toku całej inwestycji. Tak przykładowo organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie zespołu ds. akustyki stanowią aż 25% kryterium oceny ofert. Wątpliwe zatem, żeby doświadczenie przy budowie hali pełniące w istotnej części rolę hali stricte sportowej miało jakiegokolwiek przełożenia na realizację inwestycji będącej przedmiotem postępowania. Wskazał, że nawet w przypadku uznania, że w obiekcie zrealizowanym przez MIRBUD odbywają się koncerty z tożsamą częstotliwością co wydarzenia sportowe, nie może uciekać uwadze, że są to koncerty z całkowicie odmiennego gatunku niż muzyka, która będzie prezentowana w Międzynarodowym Centrum Muzyki w Żelazowej Woli. W obiekcie będącym przedmiotem postępowania przewidziano przede wszystkim organizację koncertów chopinowskich, kiedy hala wybudowana przez MIRBUD jest miejscem koncertów wykonawców przede wszystkim wywodzących się z gatunku hip-hopu, co dowodzą m.in. ostatnie koncerty, które odbyły się na dużej hali w ramach wydarzenia „The Legend – Powrót Legendy – „Liroy” w dniu 25 marca 2023 r. czy chociażby wykonawcy o pseudonimie artystycznym „Mata” w dniu 28 stycznia 2023 r. Powszechnie przy tym wiadomo, że wymagania akustyczne są co do zasady wyższe, kiedy mamy do czynienia z muzyką klasyczną, niż w przypadku muzyki wywodzącej się z popkultury. Nie ulga wątpliwościom, że MIRBUD w rzeczywistości nie zrealizował budowy Sali, w której odbywają się wydarzenia kulturalne (z wyłączeniem wydarzeń sportowych) na min. 400 miejsc siedzących. Wręcz przeciwnie – niniejszy wykonawca nie tylko zrealizował halę wielofunkcyjną, na której cyklicznie odbywają się wydarzenia sportowe, ale przy tym halę, która swoją specyfikacją diametralnie różni się od tej będącej przedmiotem postępowania, na której z uwagi na brak dostosowania akustycznego, nie odbywają się koncerty muzyki poważnej. Powyższe ustalenia potwierdzają przy tym, że MIRBUD nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ.

#### ERBUD NIE SPEŁNIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Odwołujący podniósł, że kolejnym z wykonawców niespełniających warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ jest ERBUD, który powołał się realizację inwestycji obejmującej swoim zakresem budowę ogólnomiejskiej hali



widowiskowo sportowej. Podobnie jak w przypadku wykonawcy MIRBUD, wykonawca ERBUD, wbrew złożonemu oświadczeniu, nie zrealizował sali wielofunkcyjnej, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Jak bowiem powszechnie wiadomo, w budynku zrealizowanym przez ERBUD stale odbywają się wydarzenia o charakterze sportowym, co zostanie dodatkowo niniejszym potwierdzone przez Odwołującego. Wskazując w pierwszej kolejności na wydarzenia sportowe o cyklicznym, stale powtarzającym się charakterze, Odwołujący zauważył, że w odróżnieniu od inwestycji zrealizowanej przez wykonawcę MIRBUD, hala widowisko-sportowa, której wykonawcą był ERBUD, nie posiada tzw. boiska treningowego, a jedynie halę główną, na której swoje mecze w charakterze gospodarza rozgrywają dwie lokalne drużyny: Grupa Azoty Chemik – kobiecy klub siatkarski oraz King Wilki Morskie Szczecin – męski klub koszykarski. W przypadku obiektu zrealizowanego przez ERBUD już na pierwszy rzut oka widać, że jego fundamentalną funkcję stanowi działalność sportowa. Na głównym boisku (które ERBUD jak się wydaje usiłuje rozpatrywać w kategorii sali pełniącej funkcje kulturalne z wyłączeniem wydarzeń sportowych), w samym tylko kwietniu, miały miejsce następujące wydarzenia sportowe:

- Mecz siatkówki - Grupa Azoty Chemik Police - Grot Budowlani Łódź w dniu 5 kwietnia 2023 r.;
- Mecz koszykówki – King Szczecin – Polski Cukier Start Lublin w dniu 7 kwietnia 2023 r.;
- Mecz siatkówki – Grupa Azoty Chemik Police – Grot Budowlani Łódź w dniu 15 kwietnia 2023 r.;
- Mecz koszykówki – King Wilki Morskie – Enea Abramczyk Astoria Bydgoszcz w dniu 16 kwietnia 2023 r.;
- Mecz piłki ręcznej – Sandra SPA Pogoń Szczecin – MMTS Kwidzyn w dniu 18 kwietnia 2023 r.;
- Mecz siatkówki – Grupa Azoty Chemik Police – Energa MKS Kalisz.

Oprócz stałych wydarzeń sportowych organizowanych w ramach rozgrywania meczów przez lokalne drużyny, na obiekcie zrealizowanym przez ERBUD odbywają się również często wydarzenia sportowe wyższej rangi, jak na przykład:

- Mistrzostwa Świata w Karate WKA/WKA World Championships w dniu 15 – 18 września 2022 r.;

- AL-KO Superpuchar Polski w piłce siatkowej kobiet w dniu 9 listopada 2022 r.;
- Prime Show MMA 4 w dniu 26 listopada 2022 r.;
- Międzynarodowy turniej koszykówki ENBL w dniach 28 – 30 listopada 2022 r.;
- Gala boksu FEN MMA 43 w dniu 16 grudnia 2022 r.;
- Gala boksu zawodowego KSW 78 w dniu 21 stycznia 2023 r.;
- CEV Champions League Volley 2023: Grupa Azoty Chemik POLICE vs Fenerbahce Opet ISTANBUL w dniu 21 lutego 2023 r.;

Odwołujący podniósł, że sportowy charakter obiektu potwierdza jednocześnie fakt, że zamawiający przeprowadzający postępowanie, którego przedmiot zrealizował w ramach budowy niniejszej hali ERBUD, otrzymał częściowe dofinansowanie na jego realizację z Ministerstwa Sportu i Turystyki. W ocenie Odwołującego, gdyby rozpatrywać ten obiekt jako chociażby częściowo pełniący funkcje kulturalne, odpowiedniejszym organem upoważnionym do udzielenia dofinansowania byłoby Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego lub chociażby Narodowe Centrum Kultury, co jednak nie miało miejsca. Otrzymane dofinansowanie zostało potwierdzone w Wystąpieniu Pokontrolnym Najwyższej Izby Kontroli (nr LSZ- 4101-003-02/2014). Samo założenie i decyzja o budowie hali przez ERBUD była przy tym poprzedzona potrzebą wybudowania obiektu sportowego na potrzeby Gminy, który w następnych latach, niejako pobocznie, zaczęto używać jako obiekt, na których organizowano koncerty muzyczne. Świadczy o tym chociażby niemalże natychmiastowe przekazanie hali zrealizowanej przez ERBUD wraz ze wszelkimi pobocznymi składnikami majątkowymi na rzecz Miejskiego Ośrodka Sportu, Rekreacji i Rehabilitacji w Szczecinie w drodze Uchwały Rady Miasta Szczecin nr LII/1369/10 z dnia 25 października 2010 r. Na marginesie Odwołujący podkreślił, że na obiekcie zrealizowanym przez ERBUD koncerty muzyczne niemalże w ogóle się nie odbywają, a obok wydarzeń sportowych, organizowane są takie wydarzenia jak m.in. giełdy minerałów, festiwale roślin czy targi branżowe. Mając na uwadze powyższe, ERBUD w ocenie Odwołującego, ponad wszelką wątpliwość nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ, gdyż nie wykazał, że zrealizował obiekt (salę), na której odbywają się wydarzenia kulturalne z wyłączeniem wydarzeń sportowych. Z przedłożonych referencji można wysunąć całkowicie odmienne wnioski – ERBUD usiłuje wykazać się realizacją obiektu, który od samego początku miał pełnić funkcje

sportowe i który w dalszym ciągu jest obiektem przede wszystkim eksploatowanym w celach organizacji widowisk sportowych. Na marginesie Odwołujący wskazał jeszcze, że inwestycja uwzględniona przez wykonawcę ERBUD, której przedmiotem była budowa Opery Nowej, powołana celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. a) SWZ, nie może być skutecznie brana pod uwagę przy ocenie spełnienia jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu: Jak ww. wykonawca zaznaczył, powyższa inwestycja została zakończona w styczniu 2008 r., kiedy Zamawiający wymaga, aby w okresie (najpóźniej) 15 lat przed terminem składania ofert, wykonawca zrealizował dane przedsięwzięcie. Odwołujący podkreślił, że termin składania ofert w postępowaniu jeszcze nie nadszedł, a Zamawiający dopiero w dniu 10 maja 2023 r. dokonał oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zakładając zatem, że termin składania ofert w postępowaniu zostanie wyznaczony w czerwcu 2023 r., inwestycje, które wykonawcy mogą powoływać celem spełnienia warunków w postępowaniu, winny zostać zakończone najpóźniej w czerwcu 2008 r., na co wskazuje samo literalne brzmienie przedmiotowego warunku (wskazanego w rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. a) SWZ. Uwzględniając powyższe, wykonawca ERBUD ponad wszelką wątpliwość nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, powołując inwestycję ukończoną w styczniu 2008 r. Wynika to nie tylko z przekazanych przez samego Wykonawcę dokumentów, ale również publicznie dostępnych informacji (o tym, że pozwolenie na użytkowanie, które wydaje się po zakończeniu realizacji inwestycji, zostało wydane w połowie stycznia).

W dniu 31 maja 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniosk oświadczył, że uwzględni oba odwołania w całości.

W dniu 5 czerwca 2023 r. wpłynęło pismo procesowe Wykonawcy MIRBUD, w którym Wykonawca oświadczył, że zgłasza sprzeciw wobec uwzględnienia odwołań w obu sprawach w zakresie zarzutów dotyczących spełnienia przez MIRBUD warunków udziału w postępowaniu. Zaznaczył, że nie zgłasza sprzeciwu co do pozostałych zarzutów względem jego wniosku z odwołania KIO 1440/23.

W dniu 5 czerwca 2023 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie Wykonawcy WARBUD, iż nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w sprawie KIO 1440/23.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego w dniu 5 czerwca 2023 r.: wykonawca ERBUD zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia obu odwołań

w części dotyczącej wniosku ERBUD, wykonawca Konsorcjum NDI zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 1440/23 w zakresie zarzutów dotyczących spełnienia przez Konsorcjum NDI warunków udziału w postępowaniu, wykonawca UNIBEP zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w sprawie KIO 1440/23 w zakresie zarzutów dotyczących spełnienia przez UNIBEP warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, na posiedzeniu wykonawca ERBUD złożył pismo procesowe w obu sprawach, w którym przedstawił stanowisko co do zarzutów dotyczących wniosku ERBUD. Na posiedzeniu nie stawili się Zamawiający oraz Uczestnicy postępowania: Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Siedlcach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie, Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie oraz STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołanią czynią zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołania nie zawierają braków formalnych oraz został uiszczony od nich wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołań.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazali przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie:

1. w sprawie KIO 1440/23:

- Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku
- ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie,
- MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach,

- UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Siedlcach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie oraz Climamedic spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Regułach,
- Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie.

2. w sprawie KIO 1446/23:

- Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku,
- ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie,
- MIRBUD S.A. z siedzibą w Skierniewicach.

Natomiast po stronie Odwołującego:

1. w sprawie KIO 1440/23:

- STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

2. w sprawie KIO 1446/23:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie oraz Climamedic sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Regułach,
- Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie,
- STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami (w tym dokumentację zdjęciową ze strony internetowej: <https://arenagliwice.com/o-arenie/> oraz <https://netto.arenaszczecin.eu/wydarzenia/> wskazaną w odwołaniu w sprawie KIO 1440/23), odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe wykonawcy MIRBUD, pismo procesowe wykonawcy ERBUD oraz dowody złożone na rozprawie przez wykonawcę ERBUD: zestawienie wydarzeń kulturalnych zorganizowanych na Hali od jej powstania,

zestawienie wydarzeń kulturalnych i koncertów na Hali listopad 2022 r. – kwiecień 2023 r., Wytyczne ochrony przed hałasem i akustyka wewnątrz hali widowiskowo – sportowej wraz z reżyserką, kabinami operatorskimi, strefą VIP, salą treningową oraz salami konferencyjnymi (projekt wykonawczy), Opis techniczny do projektu akustyki – faza Nadzór Autorski Ogólnomiejskiej Hali Widowiskowo – sportowej w Szczecinie przy ul. Szafera, przez wykonawcę MIRBUD: Opis techniczny nowo budowanej hali widowiskowo – sportowej Podium w Gliwicach, Arena główna i Hala treningowa Projekt Akustyki i auralizacja, Nagłośnienie areny głównej i hali treningowej DSO i Rozgłaszanie dźwięku w budynku i Systemy Komunikacji dźwiękowej w hali sportowo – widowiskowej PODIUM w Gliwicach, Dokumentacja Warsztatowa – Projekt warsztatowy – Zabudowy akustyczne ścian Hali, Protokół odbioru końcowego wraz z umową podwykonawczą (4 sztuki), Sprawozdanie z badań właściwości akustycznych ustroju dźwiękochłonnego na bazie wełny mineralnej z blachą trapezową pokrytą tynkiem ogniochronnym Termogran, Zestawienie imprez organizowanych w Arenie Gliwice na Arenie Głównej i Arenie Małej, na okoliczność wykazania, że referencyjna realizacja obejmowała aspekty dot. akustyki, uwzględniała funkcję koncertową z elementami muzyki klasycznej, przez wykonawcę Konsorcjum NDI: zrzut ekranu ze strony internetowej na okoliczność, że wykazywana realizacja dotycząca Domu Zdrojowego obejmowała część hotelową i część Domu Zdrojowego stanowiącą integralną całość (1), dokumentację zdjęciową – 9 stron (2), 3 zrzuty kondygnacji pomieszczeń/objektu (3) oraz przez wykonawcę UNIBEP: zrzut ekranu ze strony internetowej Wikipedia dot. realizacji wykazywanej przez ERBUD, kserokopia Umowy szczegółowej do umowy konsorcjum z dnia 18 czerwca 2009 r.

**Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:**

W pierwszej kolejności Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, co do których nie zgłoszono sprzeciwu: w sprawie KIO 1440/23 w zakresie zarzutów: pkt 1.1., 1.2., 1.3., 1.5 ppkt 1), 1.6. ppkt 1) oraz 1.7. odwołania, natomiast w sprawie KIO 1446/23 w zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz w

zakresie zarzutów dotyczących nieudostępnienia odwołującemu wnioskowanych dokumentów postępowania na podstawie art. 522 ust. 1 i 2 ustawy pzp, zgodnie z którym „1. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. 2. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.”

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Zamawiający uwzględnił w całości oba odwołania, natomiast uczestnicy postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie zamawiającego nie zgłosili sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołań w zakresie ww. zarzutów. Dodać należy odnośnie uczestników postępowania, którzy nie stawili się na posiedzenie, że zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy pzp, niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący mieli możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, a niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe. Przystępujący: Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Polimex Budownictwo sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Siedlcach oraz Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie nie zdecydowali się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawili się na posiedzenie Izby wyznaczone na dzień 5 czerwca 2023 r. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołań w obu sprawach. Zauważyć bowiem należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia

odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów (tak KIO w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r., sygn. akt: 2214/16).

W pozostałym zakresie odwołanie KIO 1446/23 zasługiwało na uwzględnienie, natomiast odwołanie w sprawie KIO 1440/23 na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „IX. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu. 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz nie będą podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu dotyczące: (...) 2) zdolności technicznej lub zawodowej, tzn.:

a) wykażą się doświadczeniem polegającym na wykonaniu, w okresie 15 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu lub przebudowie budynku użyteczności publicznej lub zespołu budynków o wartości inwestycji, co najmniej 200.000.000,00 PLN netto i wykażą, że powyższa robota budowlana została wykonana w sposób należyty:

b) wykaże się doświadczeniem polegającym na wykonaniu, w okresie 15 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących i wykażą, że powyższa robota budowlana została wykonana w sposób należyty,

c) wykażą się doświadczeniem polegającym na wykonaniu, w okresie 15 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jednej roboty budowlanej, w której wykonano elementy z betonu architektonicznego w obiekcie użyteczności publicznej o powierzchni min. 500 m<sup>2</sup> i wykaże, że powyższa robota budowlana została wykonana w sposób należyty. (...)

3) Dysponują oraz skierują do realizacji zamówienia osoby legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi, uprawnieniami i doświadczeniem, tj.: (...)



*h) dysponuje osobą Koordynatora Technologii Scenicznych i Teatralnych posiadającego doświadczenie w nadzorowaniu i koordynowaniu prac w zakresie technologii scenicznych (nagłośnienie, oświetlenie technologiczne, mechanika sceniczna górna lub dolna). Wykonawca we wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu Wykonawca oświadczy, że dysponuje taką osobą.*

*2. W celu sporządzenia rankingu Wykonawców, Zamawiający podaje poniższe kryteria selekcji, które zamierza zastosować w celu ograniczenia liczby Wykonawców zaproszonych do składania ofert i wskazuje maksymalną liczbę pięciu Wykonawców, których zaprosi do składania ofert.*

*W celu sporządzenia rankingu Wykonawców punktacja będzie dotyczyła dysponowaniem przez Wykonawcę, co najmniej 3 osobowym zespołem akustyków (zwany dalej zespołem ds. akustyki) posiadających wyższe wykształcenie techniczne lub muzyczne, o profilu akustycznym, z którego co najmniej trzy osoby wspólnie w ramach tej samej inwestycji w okresie ostatnich 15 lat wykonały co najmniej jedną kompletną dokumentację projektową w zakresie akustyki wewnątrz Sali koncertowej / widowiskowej o ilości co najmniej 600 miejsc, w obiektach Kultury typu Filharmonia, Opera, Teatr, w ramach, której wykonany był model fizyczny Sali w skali 1:10 i przeprowadziły na tym modelu badania akustyczne zakończone raportem z badań i które to badania wraz z raportem stanowiły integralną część dokumentacji projektowej.*

*Wykonawca na etapie wniosku składa oświadczenie, iż dysponuje ww. zespołem ds. akustyki. Wykonawca jest zobowiązany do podania składu zespołu i wykazanie posiadania wymaganego wykształcenia oraz doświadczenia członków zespołu w ofercie.*

*[przed zmianą SWZ z dnia 1 marca 2023 r.]: „Wykonawca otrzyma punkt za złożenie oświadczenia, iż dysponuje ww. zespołem ds. akustyki. Wykonawca jest zobowiązany do podania składu zespołu i wykazanie posiadania wymaganego wykształcenia oraz doświadczenia członków zespołu w ofercie.”*

*W odniesieniu do wszystkich warunków i kryteriów przewidzianych w niniejszym postępowaniu, Zamawiający wskazuje, że:*

*1) Za obiekt użyteczności publicznej uważa się obiekt użyteczności publicznej w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r., w sprawie warunków*

technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. 2022 r., poz. 1225).

2) Pojęcie „budowa” „przebudowa” i „budynek” należy rozumieć zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku. Prawo budowlane (Dz. U. z 2022 r., poz. 840 ze zm.) – dalej Prawo budowlane.

3) W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powyższe warunki mogą być spełnione łącznie przez wszystkich Wykonawców lub przez jednego z Wykonawców samodzielnie.

4) Przez ww. uprawnienia budowlane Zamawiający rozumie uprawnienia budowlane, o których mowa w Prawie budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie uprzednio obowiązujących przepisów.”

- „XVII. Ocena wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

1. Zamawiający dokona oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia na podstawie analizy dokumentów i oświadczeń załączonych przez Wykonawcę do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Z treści dokumentów i oświadczeń musi wynikać jednoznacznie, że Wykonawca spełnia warunki oraz nie podlega wykluczeniu.

2. W toku badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dokumentów i oświadczeń Zamawiający może żądać od Wykonawców wyjaśnienia, poprawienia lub uzupełnienia złożonych dokumentów.”

- „XIX. Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (II etap postępowania) 1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami: Lp. Kryterium Waga

A. Cena: 50 %

B. Organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie zespołu ds. akustyki 25%

C. Doświadczenie Koordynatora Technologii Scenicznych i Teatralnych 5%

D. Beton architektoniczny 10%

E. Standardy jakości 10% (...)

B) Organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie zespołu ds. akustyki: 25%

Wykonawca wykaże się iż, dysponuje, co najmniej 3 osobowym zespołem akustyków posiadających wyższe wykształcenie techniczne lub muzyczne, o profilu akustycznym, z którego co najmniej trzy osoby wspólnie w ramach tej samej inwestycji w okresie ostatnich 15 lat wykonały co najmniej jedną kompletną dokumentację projektową w zakresie akustyki wewnątrz Sali koncertowej / widowiskowej o ilości co najmniej 600 miejsc, w obiektach Kultury typu Filharmonia, Opera, Teatr, w ramach, której wykonany był model fizyczny Sali w skali 1:10 i przeprowadziły na tym modelu badania akustyczne zakończone raportem z badań i które to badania wraz z raportem stanowiły integralną część dokumentacji projektowej.

Zamawiający przyzna punkty w tym kryterium w następujący sposób:

1) Za wykonanie przez przynajmniej jedną z osób z ww. zespołu ds. akustyki dokumentacji projektowej w zakresie akustyki wewnątrz i ochrony przed hałasem Sali koncertowej / widowiskowej o ilości co najmniej 600 miejsc siedzących w obiektach Kultury typu Filharmonia, Opera, Teatr, które to obiekty zostały oddane do użytkowania.

Zamawiający przyzna 1 pkt. za każdą wykonaną dokumentację. Maksymalnie 10 pkt.

2) Za wykonanie przez przynajmniej jedną z osób z ww. zespołu ds. akustyki dokumentacji projektowej w zakresie akustyki wewnątrz Sali koncertowej / widowiskowej o ilości co najmniej 600 miejsc siedzących w obiektach kultury typu Filharmonia, Opera, Teatr w ramach której wykonany był model fizyczny Sali w skali 1:10 i przeprowadził na tym modelu badania akustyczne.

Zamawiający przyzna 1 pkt. za każdą wykonaną dokumentację. Maksymalnie 5 pkt.

3) Za wykazanie się przez ww. zespół ds. akustyki zdolnością techniczną do przeprowadzenia niezbędnych badań akustycznych konstrukcji i materiałów akustycznych w akredytowanych placówkach badawczych EN ISO/IEC 17025.

Zamawiający przyzna 2,5 pkt. za stały dostęp do akredytowanej placówki badawczej (przynajmniej w zakresie pomieszczenia pogłosowego spełniającego wymagania ISO EN 354). Maksymalnie 2,5 pkt.

4) Zamawiający przyzna 2,5 pkt. jeżeli w skład ww. zespołu wchodzi co najmniej jeden ekspert w zakresie wykonywania badań akustycznych ze stażem powyżej 5 lat pracy na stanowisku badawczym.

5) Zamawiający przyzna 2 pkt. za zdolność do dotarcia na plac budowy wchodzącego w skład ww. zespołu ds. akustyki jednego eksperta z ponad 5 letnim doświadczeniem w zakresie projektowania akustyki wnętrz i ochrony przeciwdźwiękowej w ciągu 48 godzin od chwili jego wezwania.

6) Zamawiający przyzna 2 pkt. jeżeli w skład ww. zespołu wchodzi lub jeżeli ww. zespół ds. akustyki współpracuje z co najmniej trzema ekspertami / projektantami z ponad 5 letnim doświadczeniem w zakresie projektów ochrony przeciw dźwiękowej i przeciw drganiowej

7) Zamawiający przyzna 1 pkt. jeżeli w skład ww. zespołu wchodzi lub ww. zespół ds. akustyki współpracuje co najmniej trzema ekspertami / projektantami z ponad 5 letnim doświadczeniem w zakresie projektów akustyki wnętrz.

*C. Doświadczenie Koordynatora Technologii Scenicznych i Teatralnych: 5%*

Zamawiający przyzna 1 pkt. za każdą realizację, którą nadzorował Koordynator Technologii Scenicznych i Teatralnych, polegającą na koordynacji prac budowlanych z pracami w zakresie technologii scenicznych. Minimum dwa elementy technologii scenicznych określone w rozdz. IX ust. 1 pkt 3) h) SWZ muszą jednocześnie występować na danej realizacji.

*Maksymalnie oferta Wykonawcy w tym kryterium otrzymać może 5 pkt.*

*Zamawiający dopuszcza spełnienie kryterium oceny ofert pkt B i C przez podmiot udostępniający zasoby.”*

W dniu 14 marca 2023 r. w odpowiedzi na pytanie nr 26: „Wykonawca w celu spełnienia kryteriów selekcji może korzystać z zasobów podmiotu trzeciego (art. 118 Pzp). W związku z tym w sytuacji dysponowania zespołem akustyków na zasadzie udostępnienia przez podmiot trzeci, jakie dokumenty oraz o jakim stopniu szczegółowości, Wykonawca jest zobowiązany załączyć do „Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”? W przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego fakt ten należy ujawnić na pierwszy etapie postępowania (rozdz. X ust. 6 SWZ). Natomiast z uwagi na fakt, że doświadczenie zespołu akustyków, jest kryterium selekcji na dalszym etapie postępowania, czy wystarczające będzie jedynie potwierdzenie w treści oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby faktu posiadania takiego zespołu (bez wskazywania składu zespołu i podstawy udostępnienia)?” Zamawiający wskazał: „Zamawiający potwierdza, iż wystarczające będzie jedynie potwierdzenie w treści oświadczenia podmiotu

*udostępniającego zasoby faktu posiadania takiego zespołu (bez wskazywania składu zespołu i podstawy udostępnienia.”*

Zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 14 marca 2023 r. Zamawiający wskazał, że: *„poprzez salę wielofunkcyjną rozumie salę, w której odbywają się wydarzenia kulturalne, w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych).*

Izba ustaliła, że zgodnie ze zmianą SWZ z dnia 17 marca 2023 r. Zamawiający wyznaczył termin składania wniosków na dzień 21 marca 2023 r.

Wniosek Konsorcjum NDI:

Do wniosku Konsorcjum NDI dołączyło wykaz robót, w którym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 2) lit. a) wskazało: *„Budowa obiektu Domu Zdrojowego wraz z obiektem hotelowym w Sopotie W ramach zadania wykonano budowę budynku użyteczności publicznej, 48 063 837 Euro netto przeliczona według średniego kursu NBP na dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. na dzień 28.11.2022 r. 1 EUR = 4,6835 PLN 225 106 980,59 PLN netto, 06.10.2006 – 28.10.2010.”*

Z dołączonych referencji do ww. realizacji wynika: *„NDI S.A. w Sopotie jako Generalny Wykonawca przy realizacji przedmiotowego budynku w formule „zaprojektuj i wybuduj” wykonała projekt budowlano-wykonawczy oraz roboty budowlane o wartości 48.063.837 Euro - w tym prace o wartości 844.000 Euro polegające na rekonstrukcji i remoncie zabytkowej Rotundy. W części Domu Zdrojowego (5 kondygnacji naziemnych i 1 kondygnacja podziemna) znajdują się:*

- Centrum konferencyjne (jedno z największych w Trójmieście, największa wielofunkcyjna sala pomieści równocześnie max 600 osób),*
- Restauracja, Bar, Winiarnia, SPA,*
- 11 lokali usługowych,*
- Państwowa Galeria Sztuki,*
- Parking podziemny na 100 miejsc.*

*Zakres prac Generalnego Wykonawcy obejmował również kompleksowe wyposażenie Centrum Konferencyjnego, części gastronomicznej i SPA oraz restauracji oraz dostawę wszystkich urządzeń i akcesoriów niezbędnych do funkcjonowania powyższych pomieszczeń. Parametry części Domu Zdrojowego: Powierzchnia użytkowa 13.586 m<sup>2</sup> Powierzchnia całkowita 27.483 m<sup>2</sup> Kubatura 79.131 m<sup>3</sup> Powierzchnia zabudowy 5.500 m<sup>2</sup>*

*Część Hotelu Sheraton (5 kondygnacji naziemnych i 1 kondygnacja podziemna).*

*Zakres prac Generalnego Wykonawcy obejmował również kompleksowe wyposażenie całego hotelu, w tym 190 pokoi hotelowych, części publicznej obejmującej restaurację i lobby, zaplecza hotelu oraz dostawę wszystkich urządzeń i akcesoriów niezbędnych do funkcjonowania hotelu. Parametry części Hotelu Sheraton: Powierzchnia użytkowa 8.944,21 m<sup>2</sup> Powierzchnia całkowita 11.868,40 m<sup>2</sup> Kubatura 56.456,00 Powierzchnia zabudowy 1.962,24 m<sup>2</sup>.”*

Wniosek UNIBEP S.A.:

Do wniosku UNIBEP dołączyło wykaz robót, w którym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 2) lit. b) wskazało:

*„Posiadamy doświadczenie polegające na wykonaniu, w okresie 15 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących. i wykażą, że Potwierdzamy, że powyższa robota budowlana została wykonana w sposób należyty. Budowa budynku użyteczności publicznej - Budowa Międzynarodowego Centrum Kultur w Kielcach przy ul. Żeromskiego - Sala koncertowa główna: 520 miejsc siedzących, brutto: 69 217 179 PLN, 15.10.2009 - 15.11.2011.”*

Do wniosku dołączono referencje, z których wynika, że ww. zamówienie zostało zrealizowane przez Konsorcjum firm: UNIBEP oraz PB Unimax sp. z o.o.

Wniosek MIRBUD:

Do wniosku MIRBUD dołączył wykaz robót, w którym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 2) lit. b) wskazał: *„Budowa*

*nowoczesnej hali widowiskowo-sportowej Podium w Gliwicach. w/w zadanie polegało na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących. 271 273 335,76 zł netto. 04.2013-11.2017.”*

*Z referencji dla ww. inwestycji wynika m.in.: „Inwestycja polegała na budowie hali widowisko — sportowej w Gliwicach (...) Charakterystyczne parametry budynku Hali: (...) poziom podstawowy — płyta areny (...) wysokość budynku - arena główna wraz z widownią — budynek jednokondygnacyjny wysoki  $h = \text{ok. } 35,0\text{m}$ ; wysokość budynku pozostała część obiektu (kondygnacje pod trybunami, hala treningowa i hala fitness) budynek wielokondygnacyjny średniowysoki  $h = 24,60\text{m}$ ; liczba kondygnacji: hala główna - arena główna — 1; hala główna — pozostała część budynku - 4; hala fitness — 3; hala treningowa - 4; (...) Ilość miejsc dla widzów: Hala Główna: 17 178 maksymalna ilość miejsc; 10 178 miejsc siedzących na trybunach stałych; 3 206 miejsc siedzących na trybunach składanych; 7 000 miejsc stojących na płycie głównej areny (pojemność maksymalna - tylko przy złożonych trybunach składanych); Hala Treningowa: 3 360 maksymalna ilość miejsc; 742 miejsc siedzących na trybunach stałych; 350 miejsc siedzących na trybunach składanych; 2 268 miejsc stojących na płycie hali treningowej.”*

Wniosek ERBUD:

*Izba ustaliła, że Wykonawca ERBUD w pkt 7 wniosku oświadczył: „7. Oświadczam, iż dysponuje zespołem ds. akustyki opisanym w rozdz. IX ust. 2 SWZ. Wykonawca jest zobowiązany do podania składu zespołu i wykazanie posiadania wymaganego wykształcenia oraz doświadczenia członków zespołu w ofercie.”*

*Wykonawca dołączył do wniosku oświadczenie: „Zgodnie ze zmianą treści SWZ (XII) dotyczącą postępowania o udzielenie zamówienia pod nazwą: Budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, w imieniu ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oświadczamy, iż będziemy dysponować 3 osobowym zespołem akustyków (zespołem ds. akustyki) w następującym składzie: Zespół osób:*

- 1. Pan M. K., wyższe wykształcenie techniczne o profilu akustycznym*
- 2. Pan M. Q., wyższe wykształcenie techniczne o profilu akustycznym*
- 3. Pan E. B., wyższe wykształcenie techniczne o profilu akustycznym*

*Powyższe osoby wykonały w okresie ostatnich 15 lat inwestycję: Elbphilharmonie w Hamburgu, w ramach której wykonali kompletną dokumentację projektową w zakresie akustyki wnętrz Sali koncertowej / widowiskowej o ilości co najmniej 600 miejsc, w której to wykonany był model fizyczny Sali w skali 1:10 i osoby te przeprowadziły na tym modelu badania akustyczne zakończone raportem z badań i które to badania wraz z raportem stanowiły integralną część dokumentacji projektowej.”*

Do wniosku ERBUD dołączył wykaz robót, w którym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IX ust. 1 pkt 2) lit. b) wskazał:

*„Budowa wielofunkcyjnej, ogólnomiejskiej hali widowiskowo sportowej wraz z obiektami towarzyszącymi przy ul. Szafera w Szczecinie na 5200 miejsc siedzących. 173 227 635 zł brutto, 15.12.2010 – 12.07.2014.”*

oraz

*„Budowa OPERY NOVA w Bydgoszczy, w ramach której wybudowano salę widowiskową na 809 miejsc. 114 900 000 zł brutto, Inwestycja wieloletnia zakończona 01.2008.” – z referencji dla tej realizacji wynika, że termin zakończenia robót to styczeń 2008 r.*

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

Zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp: *„1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, (...) 4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.”*

**KIO 1440/23**

ZARZUT NR 1.4. – KRYTERIA SELEKCJI



Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie przedmiotowego zarzutu Odwołujący podnosił, że Wykonawca ERBUD złożył we wniosku dwa oświadczenia odnośnie dysponowania zespołem ds. akustyki, które stanowiło kryterium selekcji, a niejednoznaczność tych oświadczeń w kontekście wymogu dysponowania zespołem na moment składania wniosku determinuje konieczność skierowania do Wykonawcy wezwania do wyjaśnień. Dodatkowo, Odwołujący podkreślał, że w zakresie kryterium selekcji pozostali Wykonawcy wykazali dysponowanie zespołem akustyków (Nagata Acoustics International Inc.) w sposób pośredni, przedkładając zobowiązanie Nagata Acoustics International Inc. do udostępnienia zasobów, natomiast Wykonawca ERBUD jako jedyny takiego zobowiązania nie przedstawił, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, ponieważ osoby wskazane w oświadczeniu ERBUD to pracownicy Nagata Acoustics International Inc. (Stany Zjednoczone). Odwołujący zaznaczył, że wezwanie powinno obejmować konieczność wykazania, że *„faktycznie ERBUD na moment złożenia wniosku dysponował osobami wskazanymi w oświadczeniu „Oświadczenie zespół akustyków” w sposób bezpośredni, żądając m.in. przedłożenia dowodów potwierdzających takie dysponowanie (umów o pracę, umów o współpracy z poszczególnymi osobami).*

W ocenie Izby z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

W pierwszej kolejności Izba zauważa, jak wynika z dokumentacji postępowania, że na etapie składania wniosku Zamawiający w zakresie wykazania spełnienia kryterium selekcji wymagał wyłącznie złożenia oświadczenia w treści wniosku w pkt 7, zgodnie z przygotowanym wzorem wniosku stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ. Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że podanie składu zespołu oraz wykazanie posiadania wymaganego wykształcenia oraz doświadczenia członków zespołu będzie konieczne dopiero na etapie składania ofert. W konsekwencji uznać należało, że Zamawiający powinien dokonać oceny spełnienia kryterium selekcji wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy z pkt 7 wniosku. Nie ulega również wątpliwości, że Wykonawca ERBUD oświadczenie o dysponowaniu zespołem złożył we wniosku w pkt 7. W ocenie Izby oświadczenie to jest jednoznaczne i powinno skutkować uznaniem, że Wykonawca ERBUD kryterium selekcji spełnia. Nie zmienia tej oceny okoliczność, że Przystępujący ERBUD dołączył do wniosku dodatkowe oświadczenie o dysponowaniu zespołem ds. akustyki. Jak słusznie Przystępujący wskazał, w dniu 1 marca 2023 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SWZ z: *„Wykonawca otrzyma punkt za złożenie*

*oświadczenia, iż dysponuje ww. zespołem ds. akustyki.” na: „Wykonawca na etapie wniosku składa oświadczenie, iż dysponuje ww. zespołem ds. akustyki.”* W konsekwencji Wykonawca ERBUD uznał, że złożenie oświadczenia w pkt 7 wniosku może być niewystarczające i złożył dodatkowe oświadczenie, iż będzie dysponować wymaganym zespołem. Zdaniem Izby złożone oświadczenia należy odczytywać w ten sposób, że Wykonawca dysponuje i będzie dysponować (przy realizacji zamówienia) zespołem ds. akustyki o wymaganym przez Zamawiającego wykształceniu i doświadczeniu. W ocenie Izby złożone przez ERBUD oświadczenia nie są wewnętrznie sprzeczne, a wzajemnie się uzupełniają. Ponadto, dla oceny spełnienia kryterium selekcji decydujące znaczenie ma oświadczenie z pkt 7 wniosku, które Wykonawca ERBUD złożył. Przechodząc natomiast do podnoszonej przez Odwołującego okoliczności, że wskazany przez ERBUD zespół to pracownicy Nagata Acoustics International Inc. to zaznaczyć należy, że nie wyklucza to dysponowania zespołem w sposób bezpośredni. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący sam zauważył, iż jest możliwe zawarcie ze wskazanymi osobami np. umowy o współpracy, co oznacza, że Wykonawca ERBUD nie był zobowiązany, jak pozostali Wykonawcy, polegać w tym zakresie na zasobach Nagata Acoustics International Inc. Złożone przez ERBUD oświadczenia nie budzą wątpliwości, a wyłącznie w takiej sytuacji Zamawiający byłby zobowiązany do skierowania wezwania. Izba zwraca również uwagę, że Zamawiający nie jest uprawniony żądać od wykonawców dodatkowych dokumentów, innych niż wskazane w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415 z późn. zm.). Chybiona okazała się więc argumentacja Odwołującego, że Wykonawca ERBUD na skutek wezwania do wyjaśnień powinien także wykazać, że faktycznie dysponuje bezpośrednio zespołem ds. akustyki poprzez przedłożenie dokumentów (np. umów o współpracy) poświadczających tą okoliczność. W zakresie kryterium selekcji Zamawiający wymagał wyłącznie złożenia oświadczenia i w ocenie Izby złożone przez ERBUD oświadczenie nie budzi wątpliwości. Dlatego też, Izba uznała zarzut za niezasadny.

#### ZARZUT NR 1.5. – WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (DOŚWIADCZENIE ZDOBYTE W RAMACH KONSORCJUM)

Zarzut nie potwierdził się.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Odwołujący podnosił, iż dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ Wykonawca UNIBEP powołał się na realizację wykonywaną w ramach Konsorcjum firm UNIBEP i UNIMAX, co wynika ze złożonych referencji. Odwołujący wskazywał, że w takiej sytuacji *„Zamawiający musi zbadać czy wykonawca, który powołuje się na zadania zrealizowane w konsorcjum z innym wykonawcą lub wykonawcami, faktycznie wykonał prace wymagane dla nabycia danego doświadczenia, a przez to czy faktycznie może legitymować się całym doświadczeniem dotyczącym referencyjnej inwestycji. W tym celu Zamawiający powinien w szczególności wyjaśnić i ustalić na czym polegała dokładnie współpraca i podział prac pomiędzy członkami konsorcjum, jak również jaki dokładnie zakres prac wykonawca (członek konsorcjum), który powołuje się na całe doświadczenie związane z referencyjną inwestycją.”* Odwołujący podnosił, że: *„Z Wykazu robót UNIBEP nie wynika w jakim zakresie wykonawca był zaangażowany w inwestycję, którą realizował w ramach konsorcjum, co uzasadnia konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dokumentów dotyczących podziału prac oraz zakresu robót wykonanych przez poszczególnych członków konsorcjum (np. umowy konsorcjum) lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (Wykazu robót), w celu ustalenia czy wykonawcy mogą legitymować się całym doświadczeniem dotyczącym ww. zadań referencyjnych.”*

W ocenie Izby przedstawiona przez Odwołującego argumentacja jest chybiona.

Na wstępie Izba zauważa, że znany jest Izbie wyrok Trybunału z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt przywołany przez Odwołującego, w którym stwierdzono, iż: *„gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego. Jak bowiem słusznie podniósł rząd polski w uwagach na piśmie, wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. W świetle powyższego odpowiedź na piąte pytanie powinna brzmieć tak, iż art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2*

lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.” Wyrazem powyższego orzeczenia jest par. 9 ust. 3 ww. Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, który stanowi: „3. Jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz: 1) o którym mowa w ust. 1 pkt 1, dotyczy robót budowlanych, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.” Wbrew twierdzeniom Odwołującego, ustawodawca nie nałożył na zamawiającego obligatoryjnego obowiązku badania zakresu zamówienia realizowanego w ramach konsorcjum, w którym wykonawca powołujący się na to doświadczenie bezpośrednio uczestniczył, a wyłącznie nakazuje, aby taki wykonawca wskazał w wykazie robót te roboty, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 565/21, KIO 585/21: „Zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415) prawodawca dał wyraz temu, jakie rozumienie wyroku ESAPROJEKT ma być obowiązujące, wynikiem czego w przepisie § 9 ust. 3 rozporządzenia wskazał, że wykonawca może powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum odnośnie takich robót budowlanych, usług czy dostaw „w których wykonywaniu bezpośrednio uczestniczył”. Prawodawca wyjaśnił, że jego zamiarem jest, aby wykonawcy mogli powoływać się na doświadczenie nabyte w ramach dostaw, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczyli.” Obowiązek weryfikacji tego uczestnictwa poprzez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień zmaterializuje się więc wyłącznie w sytuacji, w której zamawiający miałby uzasadnione wątpliwości co do bezpośredniego uczestnictwa wykonawcy w robotach wskazanych przez niego w wykazie robót, które wykonywał wspólnie

z innym wykonawcą. Jakkolwiek zatem kwestia bezpośredniego, a nie wyłącznie formalnego nabycia doświadczenia przez wykonawcę, który realizował zamówienie w konsorcjum ma istotne znaczenie dla oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę występującego samodzielnie to jednak nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, iż sam fakt wskazania w wykazie robót doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum powoduje konieczność każdorazowego wyjaśnienia udziału wykonawcy w realizacji takiego zamówienia, skoro ustawodawca nie kreuje takiego obowiązku. W konsekwencji, Zamawiający będzie zobowiązany skierować wezwanie do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp wyłącznie w sytuacji, gdy udział ten będzie budził jego wątpliwości. Wobec powyższego to Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu w toku postępowania odwoławczego powinien udowodnić, że oświadczenie Przystępującego w wykazie robót nie znajduje odbicia w rzeczywistości i że Przystępujący UNIBEP bezpośrednio nie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, na które się powołuje, a któremu to obowiązkowi Odwołujący nie podołał. Okoliczność taka nie została nawet uprawdopodobniona. Izba zauważa, że Wykonawca UNIBEP w wykazie robót wskazał realizację, w której wykonaniu bezpośrednio uczestniczył. W wykazie robót podał m.in. opis (rodzaj) robót budowlanych, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego oraz wskazał, że jest to doświadczenie własne. Niezasadne są przy tym twierdzenia Odwołującego, że w wykazie Wykonawca powinien był zaznaczyć, że zamówienie było realizowane w ramach konsorcjum. Wymaganie takie nie wynika ani z treści SWZ (w wykazie należało podać opis robót), ani z ww. Rozporządzenia, które determinuje konieczność wskazania robót, w których wykonawca bezpośrednio uczestniczył. Okoliczność wykonania zamówienia wspólnie z innym Wykonawcą nie została również przez Przystępującego UNIBEP zatajona jak sugerował Odwołujący, gdyż wynika wprost ze złożonych referencji. W treści referencji wskazano m.in., że UNIBEP był liderem konsorcjum. Dodatkowo wyłącznie wskazać można na postanowienia Umowy szczegółowej do umowy konsorcjum z dnia 18 czerwca 2009 r., złożonej jako dowód przez Przystępującego na rozprawie, w której UNIBEP jest wskazany jako Lider Konsorcjum, podział w zysku i stracie został ustalony w proporcji po 50% dla każdego z Partnerów oraz m.in. ustanowiona została Rada Konsorcjum, w skład której wchodzić mieli przedstawiciele zarówno Lidera (Kierownik Kontraktu) jak i Partnera. Zarówno treść powyższej umowy, jak i twierdzenia Odwołującego nie podważają oświadczenia Przystępującego UNIBEP w wykazie robót, co do wskazania roboty budowlanej, w której bezpośrednio uczestniczył, a więc zarzut dotyczący zaniechania wezwania do wyjaśnień czy

też uzupełnienia wykazu robót należało uznać za nieuzasadniony. Chybiona okazała się argumentacja Odwołującego o obowiązku żądania od Przystępującego: „dokumentów dotyczących podziału prac oraz zakresu robót wykonanych przez poszczególnych członków konsorcjum (np. umowy konsorcjum)” również w kontekście przywołanego już Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, z którego nie wynika uprawnienie zamawiającego do żądania tego typu dokumentów. Dlatego też Izba nie uwzględniła zarzutu skierowanego względem wniosku Wykonawcy UNIBEP.

ZARZUT NR 1.6. ppkt 4) – WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (NIESPEŁNIANIE WYMAGAŃ SWZ) zarzut względem wniosku Konsorcjum NDI.

Zarzut nie potwierdził się.

Odnosnie zarzutu dotyczącego spełnienia przez Konsorcjum NDI warunku udziału w postępowaniu z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ Odwołujący podnosił, że Konsorcjum NDI wykazało się doświadczeniem pn. „Budowa obiektu Domu Zdrojowego wraz z obiektem hotelowym w Sopotie” o wartości 225 106 980,59 zł netto. Odwołujący wskazywał, że o ile Dom Zdrojowy SOPOT może być kwalifikowany jako budynek użyteczności publicznej, to część hotelowa (Hotel Sheraton) nie spełnia takich wymagań, ponieważ jako obiekt hotelowy jest kwalifikowany jako budynek zamieszkania zbiorowego. W konsekwencji w ocenie Odwołującego warunek nie został spełniony w zakresie minimalnej wartości zadania wynikającej z warunku: 200.000.000,00 zł netto, gdyż parametry powierzchni Domu Zdrojowego i części hotelowej wynikające z referencji wskazują, że wartość robót dotyczących Domu Zdrojowego nie pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający był zobowiązany w ocenie Odwołującego wezwać Konsorcjum NDI do uzupełnienia wykazu robót w zakresie ww. warunku lub co najmniej do złożenia wyjaśnień w celu jednoznacznego ustalenia czy zadanie referencyjne pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Izby twierdzenia Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Izba podzieliła w zakresie podniesionego zarzutu argumentację Przystępującego Konsorcjum NDI, iż wykazywaną realizację należy traktować jako jeden budynek spełniający definicję budynku użyteczności publicznej.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że zgodnie z warunkiem z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ wykonawcy mieli wykazać się: *„doświadczeniem polegającym na wykonaniu, w okresie 15 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu lub przebudowie budynku użyteczności publicznej lub zespołu budynków o wartości inwestycji, co najmniej 200.000.000,00 PLN netto i wykażą, że powyższa robota budowlana została wykonana w sposób należyty.”*

W odniesieniu do tak postawionego warunku Konsorcjum NDI przedstawiło w wykazie robót realizację: *„Budowa obiektu Domu Zdrojowego wraz z obiektem hotelowym w Sopotcie”*. Z przedłożonych przez Przystępującego referencji wynika zaświadczenie o wykonaniu tego obiektu jako budynku na co wskazuje zwrot: *„przy realizacji przedmiotowego budynku”*. Jednocześnie w referencjach podano rodzaj pomieszczeń w poszczególnych częściach budynku: części Domu Zdrojowego oraz części Hotelu Sheraton. W zakresie części hotelowej poza powierzchnią pokoi podano powierzchnie *„części publicznej obejmującej restaurację i lobby, zaplecza hotelu oraz dostawę wszystkich urządzeń i akcesoriów niezbędnych do funkcjonowania hotelu.”* Izba zauważa, że treść referencji przesądza, że Inwestor traktował wykazywaną realizację jako jeden budynek składający się z dwóch części. Co więcej, z dokumentacji zdjęciowej przedłożonej jako dowód przez Przystępującego wynika, że roboty budowlane były prowadzone równocześnie, a część Domu Zdrojowego i część hotelowa są połączone łącznikiem. Ponadto, na zrzutach poszczególnych kondygnacji budynku widoczne jest, że część hotelowa i zdrojowa wzajemnie się przenikają w zakresie części publicznej, a więc spa, obsługi i Centrum Kongresowego. W ocenie Izby wykazaną inwestycję należy kwalifikować jako jeden budynek w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 2351) – *„Ilekroć w ustawie jest mowa o: 2) budynku – należy przez to rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.”* W tym zakresie warto przywołać wyrok KIO z dnia 27 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2285/22, w którym Izba zważyła: *„Izba podziela stanowisko Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Warszawie w sprawie obowiązku prowadzenia książki obiektu budowlanego dla budynków połączonych łącznikiem, z którego wynika, że przepis art. 64 Prawa budowlanego (ustawy z dnia 7 lipca 1994 roku, Dz. U. z 2019 roku, poz. 1186 ze zm.) dotyczy każdego budynku oraz obiektu budowlanego. Przedmiotowy przepis odnosi się do samodzielnego konstrukcyjnie całego obiektu budowlanego, czyli oddzielonego od*

*innych obiektów budowlanych przerwą dytylacyjną, począwszy od fundamentu do dachu. Natomiast istnienie łącznika między kilkoma segmentami – czyli konstrukcji łączącej co najmniej dwa segmenty, przeznaczonej do przemieszczania się ludzi między tymi segmentami – oznacza, że każdy z tych segmentów nie może być kwalifikowany jako samodzielna konstrukcyjnie całość. Tym samym zespół segmentów (pawilonów) – trwale związanych z gruntem, wydzielonych z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadających fundamenty i dach – należy traktować jako jeden budynek, jeżeli wchodzące w jego skład części są połączone ww. łącznikiem.” Izba zwraca uwagę, że Odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej, że wykazywana przez Konsorcjum NDI realizacja nie stanowi jednego budynku.*

Dalej ustalenia wymagało, czy budynek ten spełnia wymóg warunku budynku użyteczności publicznej. Zamawiający w treści SWZ odwołał się w tym zakresie do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r., w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t. j. Dz.U. 2022 r., poz. 1225). Zgodnie z § 3 ww. Rozporządzenia: „Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o: (...) 5) budynku zamieszkania zbiorowego – należy przez to rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny; 6) budynku użyteczności publicznej – należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.” Mając na względzie powyższe definicje dotyczące przeznaczenia budynku, w ocenie Izby nie jest wykluczone, że określony budynek może zostać zakwalifikowany zarówno jako budynek użyteczności publicznej jak i zamieszkania zbiorowego, np. szkoła z internatem. Przepisy prawa nie regulują sytuacji, aby w przypadku, gdy dany budynek spełnia obie definicje to którąś z funkcji budynku należałoby uznać za dominującą i kwalifikującą ostatecznie budynek



do jednej z nich. Inaczej mówiąc, z powyższych definicji wynika, że w części przypadków budynek użyteczności publicznej będzie spełniał jednocześnie definicję zamieszkania zbiorowego i odwrotnie. Zamawiający nie uregulował również takiej sytuacji w postanowieniach SWZ, dlatego też zdaniem Izby, referencyjny budynek wykazywany przez Konsorcjum NDI należy uznać za spełniający wymóg warunku dotyczący budynku użyteczności publicznej. Jak słusznie podnosił Przystępujący budynek ten stanowi integralną całość, poszczególne funkcje wzajemnie się przenikają, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, iż referencyjna realizacja spełnia warunek w zakresie jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej. Mając na względzie powyższe rozważania, nieuzasadnione i nie znajdujące oparcia w postanowieniach SWZ jest wydzielanie poszczególnych części budynku i wykazywanie wartości tylko tych części, które spełniają przymiot użyteczności publicznej. Zamawiający postawił warunek względem budynku użyteczności publicznej jako całości oraz wymagał, aby to wartość inwestycji wynosiła co najmniej 200.000.000,00 PLN netto. Realizację wskazaną przez Konsorcjum NDI w wykazie robót należy rozpatrywać jako jeden budynek o przeznaczeniu użyteczności publicznej. Nie było sporne, że wykazywana inwestycja jako całość spełniała wymóg w zakresie wartości podanej w warunku, dlatego też należało uznać, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. a) SWZ.

#### **KIO 1440/23 oraz KIO 1446/23**

ZARZUT NR 1.6. ppkt 2) i 3) – WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU (NIESPEŁNIANIE WYMAGAŃ SWZ) zarzuty względem wniosku ERBUD oraz MIRBUD – **KIO 1440/23**

Zarzut II.3. MIRBUD NIE SPEŁNIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, Zarzut II.4. ERBUD NIE SPEŁNIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – **KIO 1446/23**

Zarzuty zasługiwały na uwzględnienie.

Przedmiotowe zarzuty odwołań w obu sprawach dotyczyły niespełnienia przez Wykonawcę MIRBUD oraz ERBUD warunku udziału w postępowaniu z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, dlatego też Izba odniesie się łącznie do postawionych zarzutów.

Wskazania na wstępie wymaga, iż Odwołujący podnosili, że wykazywane przez Przystępującego MIRBUD i Przystępującego ERBUD realizacje obejmujące budowę sali (hal) widowiskowo – sportowych nie spełniają warunku udziału w postępowaniu, mając na

względnie doprecyzowanie rozumienia przez Zamawiającego „sali wielofunkcyjnej”, jako takiej na której odbywają się wydarzenia kulturalne, z wyłączeniem wydarzeń sportowych. Odwołujący podnosili, że zarówno obiekt wybudowany przez MIRBUD jak i realizacja ERBUD to obiekty typowo sportowe, gdzie jakość akustyki nie stanowi elementu kluczowego jak w przedmiotowym postępowaniu. W konsekwencji Odwołujący podnosili, że Zamawiający niezasadnie uznał, iż ww. Wykonawcy spełnili warunek udziału w postępowaniu z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ.

Przystępujący natomiast podnosili, że na referencyjnych obiektach poza wydarzeniami sportowymi odbywają się również wydarzenia kulturalne i w tym zakresie złożyli stosowne dowody. Przystępujący MIRBUD wskazywał, że w jego ocenie Zamawiający poprzez wyjaśnienia SWZ z dnia 14 marca 2023 r. nie wyłączył sali z funkcją sportową. Podkreślał, że w obu salach (arenie głównej i hali treningowej), cyklicznie odbywają się wydarzenia kulturalne, i to wszystkie rodzaje wydarzeń z tych preferowanych przez Zamawiającego – spektakle teatralne, widowiska muzyczne oraz występy chóru. Przystępujący ERBUD podkreślał dodatkowo niejednoznaczność warunku udziału w postępowaniu w kontekście udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień, co do rozumienia pojęcia „sali wielofunkcyjnej”. Zarówno Przystępujący MIRBUD jak i ERBUD także poprzez złożone dowody wykazywali, że przy realizacji referencyjnych obiektów Wykonawcy musieli zastosować się m.in. do wytycznych w zakresie akustyki i poziomu hałasu z uwagi na funkcję widowiskową wskazanych w wykazach robót obiektów.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń Izba w całości podzieliła argumentację zaprezentowaną przez Odwołujących.

W pierwszej kolejności Izba zauważyła, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ wraz z udzielonymi wyjaśnieniami z dnia 14 marca 2023 r. jest jednoznaczny, a przedstawione przez Przystępujących stanowiska co do rozumienia brzmienia warunku stanowią jego nadinterpretację i wypaczają sens warunku. W ocenie Izby, udzielając wyjaśnień z dnia 14 marca 2023 r. Zamawiający w sposób oczywisty i niewątpliwy wykluczył możliwość wykazania się obiektem – salą wielofunkcyjną, na której odbywają się wydarzenia sportowe. Zamawiający wskazał bowiem, że poprzez salą wielofunkcyjną rozumie salę, w której odbywają się wydarzenia kulturalne. Następnie Zamawiający wymienił jakiego typu wydarzenia kulturalne będą w szczególności spełniały wymóg warunku. Dalej Zamawiający wyłączył możliwość wykazania się obiektem, na którym

odbywają się wydarzenia sportowe „(z wyłączeniem wydarzeń sportowych)”. W ocenie Izby, tak postawiony warunek koreluje również z przedmiotem zamówienia, przy realizacji którego jak podnosili zarówno Odwołujący jak i Przystępujący, jakość akustyki obiektu będzie priorytetem dla Zamawiającego. Warunek pozostaje także w spójności z pozostałymi wymaganiami Zamawiającego, w tym dotyczącymi wykształcenia i doświadczenia zespołu ds. akustyki.

Dalej podnieść należy, że w zasadzie bezsporna pomiędzy Odwołującymi i Przystępującymi była okoliczność, że w referencyjnych obiektach odbywają się zarówno wydarzenia sportowe, jak i kulturalne. Sporna była wyłącznie kwestia częstotliwości poszczególnych wydarzeń oraz charakter i rodzaj wydarzeń kulturalnych, które to okoliczności zdaniem Izby pozostają irrelewantne w kontekście oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie mają również znaczenia dla rozstrzygnięcia postawionych zarzutów twierdzenia i dowody dotyczące parametrów technicznych, wymogów i wytycznych dotyczących nagłośnienia, akustyki, badania poziomu hałasu, użytych materiałów do pokrycia ścian, jakie musiały zostać spełnione w trakcie budowy referencyjnych obiektów i ich porównywanie z wymaganiami stawianymi w przedmiotowym postępowaniu. Z tych względów Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia dowody złożone przez Przystępujących na wykazanie powyższych okoliczności. Zamawiający nie stawiał w warunku wymagań dotyczących jakości akustyki w wykazywanych obiektach.

W ocenie Izby, skoro w referencyjnych obiektach podanych w wykazach robót Wykonawcy MIRBUD oraz ERBUD odbywają się wydarzenia sportowe, co Zamawiający jednoznacznie wyłączył z możliwości spełnienia warunku, a co stanowi okoliczność przyznaną przez obu Przystępujących, to uznać należało, że Wykonawcy nie spełnili warunku udziału w postępowaniu z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ.

Odnosząc się do dodatkowych twierdzeń Odwołującego UNIBEP dotyczących realizacji Opera Nova w wykazie robót ERBUD Izba podzieliła argumentację Odwołującego, iż z uwagi na niespełnienie wymogu z warunku z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ dotyczącego wykonania robót budowlanych w okresie ostatnich 15 lat przed upływem składania ofert, referencyjna robota również nie spełnia postawionego warunku. Izba zauważyła, że przyjmując termin zakończenia robót z referencji dołączonej do wniosku przez Wykonawcę ERBUD: styczeń 2008 r. to, aby robota ta mogła zostać uznana jako spełniająca warunek termin składania ofert musiałby zostać wyznaczony na styczeń 2023 r. Nie ulega

wątpliwości, że etap składania ofert nie nastąpił jeszcze w przedmiotowym postępowaniu. Niemniej jednak, przyjmując interpretację korzystną dla Przystępującego, iż wskazanie w warunku „składania ofert” zamiast „wniosków” stanowiło omyłkę Zamawiającego, to i tak Przystępujący warunku co do ostatnich 15 lat przed upływem terminu składania wniosków nie spełnia. Izba ustaliła, że termin składania wniosków upłynął bowiem w dniu 21 marca 2023 r. Irrelevantna jest przy tym okoliczność podnoszona przez Przystępującego ERBUD, że pierwotne brzmienie SWZ zakładało termin składania wniosków na styczeń 2023 r. Niewątpliwie przy ocenie spełnienia warunków znaczenie ma termin ostateczny składania wniosków, a nie zakładany przez Zamawiającego.

Mając na względzie, że Zamawiający nie skierował do Wykonawców wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z art. 128 ust. 1 ustawy pzp celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ przez Wykonawcę MIRBUD oraz Wykonawcę ERBUD Izba nakazała powyższe w sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1440/23 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a, b i d oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego, wykonawcę MIRBUD oraz wykonawcę ERBUD.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 23.600,00 zł). Do rozpoznania Izba skierowała 5 zarzutów, a więc koszty Odwołującego w zakresie 1 zarzutu wynosiły 4.720,00 zł.

Zarzut względem Przystępującego Konsorcjum NDI został oddalony, dlatego też Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Konsorcjum NDI kwotę 5 118,29 zł stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw co do zarzutu pkt 1.6. ppkt 4) odwołania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł), kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę (1.118,29 zł) oraz kosztów noclegu (340,00 zł) na podstawie faktur VAT oraz biletów przedłożonych Izbie na rozprawie.

Zarzut względem Przystępującego UNIBEP został oddalony, dlatego też Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Wykonawcy UNIBEP kwotę 3.600,00 zł stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw co do zarzutu pkt 1.5. ppkt 2) odwołania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie faktury VAT przedłożonej Izbie na rozprawie.

Zarzut z pkt 1.6. ppkt 2) odwołania względem Przystępującego MIRBUD został uwzględniony, dlatego też Izba zasądziła od Wykonawcy MIRBUD na rzecz Odwołującego kwotę 4.720,00 zł stanowiącą 1/5 uzasadnionych kosztów strony poniesionych tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika ( $23.600 \text{ zł} \times 1/5$ ), na podstawie faktury VAT przedłożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Zarzut z pkt 1.4. odwołania względem Wykonawcy ERBUD został oddalony, natomiast zarzut z pkt 1.6. ppkt 3) odwołania został uwzględniony. Odwołujący poniósł koszty w wysokości 9.440,00 zł, co stanowi 2/5 wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika ( $23.600,00 \text{ zł} \times 2/5$ ), natomiast Wykonawca ERBUD w wysokości 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. W zakresie zarzutu uwzględnionego Wykonawca ERBUD odpowiadał za koszty do wysokości 4.720,00 zł ( $23.600,00 \text{ zł} \times 1/5$ ). Natomiast w zakresie zarzutu oddalonego za koszty odpowiadał Odwołujący do wysokości 1.800,00 zł ( $3.600,00 \text{ zł} \times 1/2$ ). Dlatego też, Izba zasądziła od Wykonawcy ERBUD na rzecz Odwołującego kwotę 2.920,00 zł stanowiącą różnicę ww. kwot, na podstawie faktur VAT złożonych przez Odwołującego i Przystępującego ERBUD na rozprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1446/23 orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Przystępującego MIRBUD w części 1/2 oraz Przystępującego ERBUD w części 1/2.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł (łącznie 23.600,00 zł). Do rozpoznania Izba skierowała 2 zarzuty, 1 względem Przystępującego MIRBUD i 1 względem Przystępującego ERBUD. Izba uwzględniła oba zarzuty odwołania, dlatego też na rzecz Odwołującego należało zasądzić koszty w wysokości 23.600,00 zł, po 11.800,00 zł (23.600,00 zł x 1/2) od każdego z Przystępujących, a więc w wysokości w jakiej odpowiadają za koszty stosownie do wyniku postępowania, na podstawie faktury VAT złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....