Sygn. akt: KIO 2689/22

WYROK

z dnia 28 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Członkowie: Luiza Łamejko

Rafał Malinowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy, ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy w postępowaniu prowadzonym przez Park Śląski S.A. z siedzibą w Chorzowie,
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach, PPUH Transcom sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, Przedsiębiorstwo

Maximus ZBH MUC sp. k. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Umarza postępowania odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych tj. zarzutu nr 3, 4, 6 petitum odwołania oraz częściowo zarzut nr 2 petitum odwołania w zakresie nie

spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. a) SWZ;

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 w części dotyczącej nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2. lit. f) SWZ i nakazuje zamawiającemu Park Śląski S.A., unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2. lit. f) SWZ;

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego w części 1/4 oraz Odwołującego

w części 3/4 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 0000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych kosztów wpisu, koszty pełnomocników znosi się wzajemnie.

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

Przewodniczący: .....

Członkowie .....

Sygn. akt: KIO 2689/22

Zamawiający Park Śląski S.A. z siedzibą w Chorzowie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp), pn.: „Budowa Kąpieliska FALA", nr 9/PN/RB/2022/MG. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2022 r. pod numerem 2022/S 067-176010.

W dniu 10 października 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy, ALSTAL Investment Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „Odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp tj. od:

a) czynności badania i oceny oferty złożonej przez konsorcjum Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach, PPUH Transcom sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, Przedsiębiorstwo Maximus ZBH MUC sp. k. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej „Mostostal"),

b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez konsorcjum Arco System sp. z o. o. z siedzibą w Oświęcimiu, Intravi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej „Arco System"),

c) zaniechania czynności odrzucenia oferty Mostostal na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie zaniechanie czynności wezwania uzupełnień lub do wyjaśnień,

d) zaniechania czynności odrzucenia oferty Arco System na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz 14 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy oferta ww. wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy,

e) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"), a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości,

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

z daleko posuniętej ostrożności, ewentualnie

3) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Mostostal do uzupełnień lub wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, tj., pozycji 2 w wykazie robót, oraz w odniesieniu do wskazanych w wykazie osób: kierownika budowy, projektanta w specjalności architektonicznej, projektanta w specjalności instalacyjnej zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

4) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mostostal do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za wykonanie dokumentacji projektowej,

5) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Arco Group do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za budowę basenu rekreacyjnego z basenami do skoków (poz. 3.4 w formularzu ofertowym) oraz poz. 6 w tabeli 1.2.1 formularza ofertowego,

6) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy poprzez nieodrzucenie oferty Arco System, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości,

7) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Arco System, pomimo że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, czyli niezabezpieczający oferty przez cały termin związania, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości,

8) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Mostostal, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Mostostal jako oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenie oferty Mostostal na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp;

Ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności, wezwanie Mostostal do uzupełnień/wyjaśnień,

3. odrzucenia oferty Arco System na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz 14 ustawy Pzp,

4. dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał:

„I. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.1 SWZ, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości

1. W Rozdziale VI pkt 2 ppkt 4) 4.1 SWZ Zamawiający szczegółowo i wyczerpująco opisał wymagania dotyczące zdolności zawodowej i technicznej poprzez wskazanie:

„4.1 Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat (liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - wykonał należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

- minimum trzy roboty budowlane polegającą na budowie basenu lub zespołu basenów o powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 500 m2 każda, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej, przy czym sumaryczna powierzchnia lustra wody we wszystkich robotach łącznie, powinna wynosić co najmniej 1950 m2."

2. Mostostal na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu złożył wykaz robót, w którym powołał się na doświadczenie w poniższej inwestycji pn. Budowa wielofunkcyjnego kompleksu rekreacyjnego pry ul. Źródlanej w Żorach.

3. Następnie Mostostal przedłożył referencje jednego ze swoich konsorcjantów tj. Transcom sp. z o. o. wystawione przez Przedsiębiorstwo Budowlane Janbud sp. z o. o. Z referencji wynika, że Transcom sp. z o. o. był podwykonawcą na powyższym zadaniu, nie wykonywał całości zamówienia, a jedynie jego część obejmującą dostawę i montaż niecek oraz technologię uzdatniania wody.

4. Mostostal nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu z następujących przyczyn:

Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się realizacją minimum trzech robót budowlanych polegających na budowie basenu lub zespołu basenów. Zamawiający wskazał jednocześnie, że przez „budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Zamawiający uzna również remont i przebudowę basenu lub zespołu basenów, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 500 m2 każda oraz technologię uzdatniania wody basenowej, przy czym sumaryczna powierzchnia lustra wody we wszystkich robotach łącznie, powinna wynosić co najmniej 1950 m2" (brzmienie po zmianie opublikowanej w dniu 7 czerwca 2022 r.).

Zamawiający nie wymagał zatem doświadczenia jedynie w dostawie i montażu niecki basenowej oraz realizacji technologii uzdatniania wody basenowej, lecz wymagał doświadczenia w realizacji robót budowlanych polegających na budowie basenu lub zespołu basenów, co jest pojęciem szerszym.

W przypadku ww. inwestycji realizowane były roboty budowlane polegające na budowie zespołu basenów. Wykonawcą, który realizował przywołaną przez Mostostal inwestycję był Janbud sp. z o. o. a nie Transcom sp. z o. o. Wykonawca Transcom sp. z o. o., jako podwykonawca, wykonał w ramach tej inwestycji jedynie część wymaganych prac przy budowie zespołu basenów.

Odwołujący wskazuje, że na „budowę basenu lub zespołu basenów" składa się szereg czynności, wśród których jest także dostawa i montaż niecki. Niemniej dostawa i montaż niecki jest tylko fragmentem prac składających się na budowę basenu lub zespołu basenów. Niecka stanowi zatem jedynie element całości. Zatem budowa niecki nie jest budową, rozbudową, nadbudową, remontem czy przebudową basenu, a jedynie fragmentem prac składających się na budowę, rozbudowę, nadbudowę, remont czy przebudowę basenu.

5. Jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia, inwestycja realizowana dla Miasta Żary obejmowała:
„II.1.4) Określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia:

1. Przedmiotem zamówienia jest budowa wielofunkcyjnego kompleksu rekreacyjnego przy ul. Źródlanej w Żarach wraz z montażem finansowym oraz uzyskaniem w imieniu Zamawiającego pozwolenia na użytkowanie wykonanego w ramach niniejszej umowy obiektu.

2. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje w szczególności:
1. Rozbiórkę części elementów istniejących niecek basenowych, elementów zagospodarowania terenu istniejących obiektów budowlanych i elementów małej architektury oraz wycinkę drzew.

2. Budowę dwóch niecek basenowych: rekreacyjno- pływackiej i brodzika dla dzieci. (przyp. budowa niecki nie jest budową, rozbudową, przebudową, remontem basenu, a tylko częścią ww. prac).

3. Budowę dwóch budynków zaplecza (obiekty nr 2 i 3), wiaty (obiekt nr 4) oraz adaptację i przebudowę istniejącego budynku (obiekt nr 1) na cele obsługi inwestycji wg załącznika graficznego (plan zagospodarowania).

(przyp. budowa dwóch budynków zaplecza jest kluczowym elementem wymaganym

przy budowie tego zespołu basenów jako obiektu, a nie jako „dziury w ziemi" - tj. niecki. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je Janbud sp. z o. o.).

3.1. Obiekt nr 1 - budynek istniejący, adaptowany, poddany wewnętrznej przebudowie w celu dostosowania pomieszczeń do zadanej funkcji wraz z dobudową nowych schodów zewnętrznych oraz instalacjami wewnętrznymi,

3.2. Obiekt nr2 - budynek projektowany z przeznaczeniem na kasy i bufet, wraz z instalacjami wewnętrznymi,

(przyp. budynek z przeznaczeniem na kasy i bufet jest elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je

Janbud sp. z o. o.).

3.3. Obiekt nr 3 - budynek projektowany SUW wraz z wewnętrznymi instalacjami,

(przyp. prace te są elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Wykonała prace w zakresie technologii basenowej - budynek SUW - stacja uzdatniania wody. Część budowlaną i elektryczną wykonał Janbud sp. z o. o.).

3.4. Obiekt nr 4 - wiata filtrów wody,

4. Budowę elementów zagospodarowania terenu: małą architekturą, placami, drogami, chodnikami, parkingami oraz niezbędną infrastrukturą towarzyszącą,

(przyp. prace te są elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je Janbud sp. z o. o.).

5. Budowę placów,

5.1. Plac utwardzony zewnętrzny - stanowi strefę wejściową do kompleksu, położony pomiędzy drogą (ul. Źródlana) a budynkiem, Strona 10 z 40

5.2. Plac utwardzony wewnętrzny - wyznaczony dwoma ścianami budynków nr 1 i nr 2. Plac ukształtowany jako dwupoziomowy, poziom wyższy komunikuje budynki nr 1 i 2 wraz z placem zewnętrznym wejściowym i poziom niższy, z którym łączą się dwa główne ciągi piesze, prowadzące do basenów. Poziomy połączone są schodami oraz chodnikami ze spadkami umożliwiającymi poruszanie się osób niepełnosprawnych. Na placu zaprojektowano siedziska wykończone deskami dębowymi. Geometria posadzki zgodna z rysunkami.

(przyp. prace te są elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je Janbud sp. z o. o.).

(przyp. prace te są elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je Janbud sp. z o. o.).

5.3. Plac z wodotryskami - zlokalizowany pomiędzy głównym placem, a niecką dziecięcą i pomiędzy ciągami pieszymi wyposażony w 8 wodotrysków. Plac Zaprojektowano z kamiennych płyt granitowych.

5.4. Plac gospodarczo - techniczny - za budynkiem nr 3 - plac utwardzony, z niezależnym zjazdem z ulicy Źródlanej, z czterema miejscami parkingowymi dla samochodów osobowych.

(przyp. prace te są elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je Janbud sp. z o. o.).

6. Budowę komunikacji wewnętrznej, ciągi piesze,

6.1. Ciągi piesze - na terenie zaprojektowano dwa główne ciągi piesze o szerokości 3m, wychodzące centralnie z placu wewnętrznego. Ciągi komunikują budynki nr 1 i 2 z terenem rekreacji - z placem wodotrysków z nieckami basenowymi,

6.2. Ukształtowanie terenów nieutwardzonych - plac wewnętrzny zaprojektowano jako wielopoziomowy. Dalej wykorzystuje się zagłębienie istniejącej niecki sytuując w niej niecki nowoprojektowane a na obrzeżach projektując stopnie pokonujące różnicę w poziomie terenu. W istniejącej niecce projektuje się także plażę trawiastą uzyskując ją poprzez wypełnienie gruntem (piasek i humus w wierzchniej warstwie) do odpowiedniego poziomu projektowanego terenu. W części teren ten jest ukształtowany jako tarasy z nawierzchnią trawiastą zmurami oporowymi,

(przyp. prace te są elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je Janbud sp. z o. o.).

7. Prac związanych z urządzeniem zieleni i mała architekturą - planuje się zagospodarowanie działki zielenią niską i wysoką oraz elementami małej architektury (min. ławki, przebieralnie). Planuje się wyposażenie terenu w oświetlenie zewnętrzne parkowe,

(przyp. prace te są elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je Janbud sp. z o. o.).

8. Budowę trybuny terenowej - wzdłuż południowego brzegu basenu sportowego,
(przyp. prace te są elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je Janbud sp. z o. o.).

9. Budowę uzbrojenia technicznego terenu w zakresie inwestycji - wykonanie obejmuje następujące elementy uzbrojenia terenu dla przedmiotowej działki:

(przyp. prace te są elementem budowy zespołu basenów jako obiektu. Transcom sp. z o. o. nie wykonywała tych prac, realizowała je Janbud sp. z o. o.).

9.1. Instalacji wodociągowych dla obiektów wraz z przyłączem,

9.2. Instalacji p. poż. - na cele przeciwpożarowe w pobliżu niecki basenowej zaprojektowano punkt poboru wody dla straży pożarnej wyposażone w podwójne głowice do przyłączenia węża pożarniczego. Woda doprowadzana jest z niecki basenowej do punktu poboru wody,

9.3. Instalacji wodociągowej technologicznej wody basenowej - do celów technologicznych przewidziano instalację wyprowadzoną z budynku nr 3 (SUW) i doprowadzoną do niecek basenowych oraz brodzików i placu z wodotryskami,

(przyp. prace realizowane przez Transcom sp. z o. o.).

a. Instalacji kanalizacji sanitarnej - przewidziano odprowadzenie ścieków sanitarnych z budynków do bezodpływowych zbiorników zlokalizowanych na terenie działki,

b. Instalacji kanalizacji deszczowej - przewidziano odprowadzenie wód drenażowych i ścieków deszczowych z dachów i placów utwardzonych z terenu obiektu oraz części ulicy Źródlanej do lokalnego rowu, zlokalizowanego na działce nr 1224/4 obręb ewid. 0006,

c. Instalacji drenażu - system drenażowy na terenie kompleksu
... chroniących budynki
oraz infrastrukturę,

d. Instalacji energetycznej wraz ze stacją transformatorową - wszystkie instalacje elektryczne na terenie kompleksu zostaną zasilone z abonenckiej stacji transformatorowej zlokalizowanej przy budynku nr 3, podłączonej do sieci 20kV. Obiekty na terenie kompleksu zasilane będą liniami kablowymi n.n. poprzez złącza kablowe zlokalizowane zgodnie z planem sieci zewnętrznych,

e. Budowa kablowego przyłącza SN - od słupa rozgałęźnego nr 30 w linii napowietrznej 20 kV zlokalizowanego przy ul. Brata Alberta do stacji transformatorowej j.w. o długości c.a

1035,0 m,

9.6. Instalacji kanalizacji technologicznej - przewidziano odprowadzenie wód odpadowych z technologii basenowej do bezodpływowego zbiornika zlokalizowanego w pobliżu budynku

SUW,

(przyp. prace realizowane przez Transcom sp. z o. o.).

9.10. Instalacji teletechnicznej - do obiektów nr 1, 2, 3, wraz ze studnią telekomunikacyjną. Instalacja nie obejmuje budowy przyłączenia do sieci telekomunikacyjnej wg warunków technicznych przyłączenia wydanych przez Telekomunikację Polską,

9.11. Instalacji c. o. - budynek nr 1 zasilanej z kotłowni zlokalizowanej w obiekcie, na paliwo stałe - Pellet. Budynek nr 3 zasilanej elektrycznie,

9.12. Ogrodzenie kompleksu wraz z systemowymi furtkami i bramami.

Ponadto, wskazać należy, że na budowę basenu lub zespołu basenów składają się także takie elementy jak:

- realizacja całej konstrukcji żelbetowo-murowej,

- roboty budowlano-wykończeniowe - tj. np. stolarka, wykładziny, płytki, elewacje, posadzki,

izolacje, sufity.

6. Jak zatem wynika z powyższego okoliczność, że Transcom sp. z o. o. wykonała niecki oraz technologię uzdatniania wody w referencyjnej inwestycji, nie oznacza, że zdobyła doświadczenie w budowie basenu lub zespołu basenów. Jak wynika z powyższej analizy, ww. wykonawca nie zdobył na przywołanej inwestycji doświadczenia wystarczającego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

7. Odwołujący wskazuje dodatkowo, że spółka Transcom uczestniczyła w realizacji ww. inwestycji jako podwykonawca jedynie w zakresie wykonania niecek wraz z technologią uzdatniania wody basenowej. Należy wskazać, że wartość wykonanych przez spółkę Transcom prac wyniosła 4 530 234,43 zł brutto, natomiast wartość umowy podpisanej z Generalnym Wykonawcą na realizację ww. zadania opiewała na kwotę 17 287 971,70 zł brutto. Powyższa dysproporcja pokazuje jak niewielki zakres prac w stosunku do całości tej budowy wykonała spółka Transcom. Tym samym Konsorcjum nie wykazało się spełnieniem warunku określonego w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.1 SWZ (nie zrealizowało budowy basenu lub zespołu basenów).

8. Z posiadanych przez Odwołującego informacji wynika, że wykonawca Transcom sp. z o. o., nie nabył wymaganego w warunku udziału w postępowaniu doświadczenia w okresie 7 lat przed upływem terminu składania ofert.

II. odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. a), e), f) SWZ, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

9. Osoby wskazane przez Mostostal w wykazie osób nie posiadają wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

1) I. O. - kierownik budowy

Wymagania: „uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń, który w ostatnich 7 (siedmiu) latach przed upływem terminu składania ofert pełnił co najmniej trzykrotnie funkcję kierownika budowy przy budowie basenu lub zespołu basenów o powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 500 m2

każda, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej oraz zrzeszoną we właściwym samorządzie zawodowym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1117) lub jedną osobą (pełniącą funkcję jw.) posiadającą uprawnienia budowlane jw., spełniającą warunki, o których mowa w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm.), tj. osobą, której odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych lub spełniającą wymogi, o których mowa w art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa („świadczenie usług transgranicznych”); (rozdział V pkt 2 ppkt 4) 4.2 a).

Mostostal wskazał na następujące doświadczenie kierownika budowy: Budowa basenów (...) przy ul. Borowskiej 99 we Wrocławiu, o powierzchni lustra wody 513m2.

Jak wynika z powyższego Mostostal oświadczył, że p. I. O. posiada doświadczenie na stanowisku kierownika budowy przy budowie basenu o powierzchni lustra wody wynoszącej 513 m2.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje, iż powierzchnia lustra wody w basenach zewnętrznych położonych przy ul. Polnej 10 we Wrocławiu nie posiada 500 m2. Powyższe ustalono na podstawie informacji telefonicznej uzyskanej od Użytkownika. Potwierdzeniem powyższego są także zdjęcia z Geoporatalu, z których wynika, że powierzchnia lustra wody niecek ze stali

nierdzewnej w ww. inwestycji wynosi 478 m2.

Powyższe oznacza, że p. I. O. nie posiada wymaganego w warunku udziału w postępowaniu doświadczenia.

2) M. O. - projektant w specjalności architektonicznej

Wymagania: „uprawnienia w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, wydane zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów i która zaprojektowała co najmniej trzy branżowe dokumentacje projektowe basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody nie mniejszej 650 m2 każda z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę w tym co najmniej jedną usługę polegającą na opracowaniu dokumentacji projektowej basenu, pływalni lub kąpielisk z nieckami ze stali nierdzewnej spawanej o powierzchni lustra 650 m2, który uzyskał pozwolenie na użytkowanie oraz zrzeszoną we właściwym samorządzie zawodowym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1117) lub jedną osobą (pełniącą funkcję jw.) posiadającą uprawnienia budowlane jw., spełniającą warunki, o których mowa w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm.), tj. osobą, której odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych lub spełniającą wymogi, o których mowa w art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa („świadczenie usług transgranicznych”);

Mostostal wskazał na następujące doświadczenie projektanta w specjalności architektonicznej pn. „Wielobranżowa dokumentacja projektowo - kosztorysowa budowy krytej pływalni, hali sportowej i przychodni rehabilitacyjnej przy ul. Wczasowej w Katowicach”. Jak wynika z wykazu Mostostal oświadczył, że p. M. O. posiada doświadczenie na stanowisku projektanta w specjalności architektonicznej przy projektowaniu basenów o powierzchni niecek ze stali nierdzewnej 657,30 m2. Tymczasem zgodnie z Opisami Projektu Technologii Wody Basenowej - dla basenów przy ul. Wczasowej, Kościuszki oraz Hallera (załączniki do odwołania) wynika, że powierzchnia niecek ze stali nierdzewnej na tych inwestycjach wynosiła 647,6 m2, a więc poniżej wymaganej w warunku udziału w postępowaniu minimalnej wartości 650 m2.

Powyższe oznacza, że p. M. O. nie posiada wymaganego w warunku udziału w postępowaniu doświadczenia.

3) T. S. - projektant w specjalności architektonicznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych

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

Mostostal wskazał na następujące doświadczenie projektanta w specjalności architektonicznej pn. Budowa wielofunkcyjnego pawilonu handlowo - wystawienniczego wraz z wybiegami dla zwierząt zwanego „ORIENTARIUM” na terenie Miejskiego Ogrodu

Zoologicznego w Łodzi sp. z o.o.

Odwołujący wskazuje, że wskazane przez Mostostal doświadczenie p. T. S.nie może być uznane jako spełniające warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem wykazania się doświadczeniem w „projektowaniu co najmniej trzech branżowych dokumentacji projektowych basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody niemniejszej 650 m2 każda z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, który uzyskał pozwolenie na użytkowanie". Tymczasem wskazana

inwestycja - Budowa wielofunkcyjnego pawilonu handlowo-wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „ORIENTARIUM" na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego w Łodzi dotyczy obiektu, który nie jest „basenem, pływalnią ani kąpieliskiem wraz z infrastrukturą towarzyszącą". Wskazana inwestycja nie ma nic wspólnego z przedmiotem zamówienia. Jest ona odmienną kategorią obiektu budowlanego (Kategoria IX - budynki kultury, nauki i oświaty, jak: teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, archiwa, domy kultury, budynki szkolne i przedszkolne, żłobki, kluby dziecięce, internaty, bursy i domy studenckie, laboratoria i placówki badawcze, stacje meteorologiczne i hydrologiczne, obserwatoria, budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych).

Nadto zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów Budowlanych baseny, pływalnie, kąpieliska znajdują się pod pozycją 1265, 2411.

Natomiast ogrody zoologiczne sklasyfikowane są w pozycji 1261.

Następnie Mostostal wskazał w wykazie osób na następujące doświadczenie p. T. S.- projektant w specjalności instalacyjnej (...) na inwestycji pn. Modernizacja i przebudowa basenów Rewszczyzna w Ostrowcu Świętokrzyskim w trybie zaprojektuj i wybuduj.

Tymczasem, jak wynika z Decyzji Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego wydanej w dniu 29.01.2018 r. (znak pisma PINB-NB.5160.1.15.2017.MB - załącznik do odwołania) jednoznacznie wynika, że p. T. S. nie był autorem projektu, a jedynie pełnił rolę sprawdzającego. Wobec tego p. S. nie „zaprojektował" dokumentacji branżowej w tym projekcie, jak to było wymagane w warunku udziału w postępowaniu.

Jak wynika z powyższego Mostostal nie wykazał, aby wskazany przez niego w wykazie osób projektant w specjalności architektonicznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadał wymagane w warunku udziału w postępowaniu doświadczenie, tj. „zaprojektował co najmniej trzy branżowe

dokumentacje projektowe basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody niemniejszej 650 m2 każda z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, który uzyskał pozwolenie na użytkowanie". Jak wynika z powyższego Mostostal nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu także w zakresie obowiązku wykazania się dysponowaniem projektantem w specjalności architektonicznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, który posiadałby wymagane w warunku udziału w postępowaniu doświadczenie.

III. Odnośnie zarzutu ewentualnego naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Mostostal do uzupełnień lub wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, tj., pozycji 2 w wykazie robót, oraz w odniesieniu do wskazanych w wykazie osób: kierownika budowy, projektanta w specjalności architektonicznej, projektanta w specjalności instalacyjnej zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych,

10. 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.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy, jak wskazano w zarzutach odwołania, Mostostal przedłożył Zamawiającemu wykaz osób oraz wykaz robót, z których nie wynika, że ww. wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Część informacji zawar-

tych w ww. załącznikach zawiera nieprawdziwe twierdzenia, które po weryfikacji prowadzą do wniosku, że warunki udziału w postępowaniu nie są spełnione. Zatem jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza, po analizie przedstawionych w odwołaniu zarzutów odwołania uznałaby, że kwestie te podlegają wyjaśnieniu, uzupełnieniu, z ostrożności Odwołujący wskazuje na zarzut ewentualny naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów.

IV. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Mostostal do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za wykonanie dokumentacji projektowej,

11. W przedmiotowym postępowaniu prace związane z przygotowaniem dokumentacji projektowej są kluczowe dla prawidłowej realizacji zamówienia. Zgodnie z „zasadami wyceny prac projektowych SARP" (przyjęte uchwałą Zarządu Głównego Stowarzyszenia Architektów) pływalnie kryte mają niemal najwyższą kategorię złożoności.

Nie ulega zatem wątpliwości, że przygotowanie projektu wykonawczego dla tak złożonej i trudnej architektonicznie inwestycji jak budowa basenu jest działaniem czasochłonnym, złożonym i fundamentalnym dla kolejnych czynności.

12. Zgodnie z „Zasadami wyceny prac projektowych SARP" wartość projektu na poziomie złożoności właściwym budowy basenów wynosi 5,3% w stosunku do całości oferty.

Mostostal wycenił prace projektowe na poziomie 1 774 110,00 zł netto, co stanowi 1,6% wartości oferty. Jest to cena nierealna w kontekście zasad przyjętych w dokumencie „Zasady wyceny prac projektowych SARP" (z których wynika, że prace projektowe na tego typu złożonych, skomplikowanych inwestycjach stanowić powinny 5,3%), ale też w porównaniu do ofert pozostałych Wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, gdzie prace projektowe w ofercie Arco System wycenione zostały na poziomie 3,26% wartości oferty, a w ofercie Odwołującego na poziomie 3,63% wartości oferty.

Wykonanie projektu w sposób należyty, w inwestycji tak złożonej jak budowa basenu jest nierealne i niemożliwe. Prace projektowe stanowią z tym przypadku kluczowy element składowy zamówienia, oszacowane zostały na poziomie rażąco niskim, co powinno skutkować wezwaniem Mostostal do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jednocześnie w okolicznościach stanu faktycznego niniejszej sprawy wskazać należy, że wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny było obowiązkiem a nie uprawnieniem Zamawiającego.

14. Odwołujący wskazuje, jak dalece nierealne i nierynkowe są zaoferowane przez Mostostal ceny za dokumentację projektową, w tym przede wszystkim niżej wskazane pozycje:

Architektura, zagospodarowanie terenu i projekt wnętrz	665 327,00 zł	45% średniej arytmetycznej wszystkich ofert, kolejne oferty 1,37mln oraz 2,39 mln
Projekt niecek basenowych	15 000,00 zł	16,5% średniej arytmetycznej wszystkich ofert, kolejne oferty 85,5 tys, 171,6 tys
Projekt rozbiórek	31 682,00 zł	32,9% średniej arytmetycznej wszystkich ofert, kolejne 85,49tys, 171,63 tys
Branża sanitarna: instalacja centralnego ogrzewania	31 682,00 zł	46,8 % średniej arytmetycznej wszystkich ofert, kolejne 85,49 tys, 171,63 tys
Branża sanitarna: instalacja wentylacji mechanicznej	47 523,00 zł	46,8 % średniej arytmetycznej wszystkich ofert, kolejne 85,49tys, 171,63 tys
Branża sanitarna: wewnętrzna instalacja wod-kan.	15 841,00 zł	15,1% średniej arytmetycznej wszystkich ofert, kolejne oferty 128,24 tys, 171,63 tys

Branża sanitarna: zewnętrzne instalacje wod-kan.	15 841,00 zł	15,1% średniej arytmetycznej wszystkich ofert, kolejne oferty 128,24 tys, 171,63 tys

15. Zgodnie z art. 244 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub

budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zastosowanie ww. procedury jest obowiązkiem Zamawiającego, od którego realizacji w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną niewątpliwie odstąpić nie może. Nie może budzić żadnych wątpliwości, iż wykonania dokumentacji projektowej jest istotną częścią składową tego zamówienia. Obiektywnie stwierdzić należy też, że (jak wynika z wyżej przywołanej argumentacji) zaoferowana przez Mostostal cena za prace projektowe wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem bezsprzecznie, Zamawiający miał obowiązek wezwać ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co wynika wprost z przywołanej wyżej regulacji ustawy Pzp.

V. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Arco Group do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej, w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny za budowę basenu rekreacyjnego z basenami do skoków (poz. 3.4 w formularzu ofertowym) oraz poz. 6 w tabeli 1.2.1 formularza ofertowego.

16. W przedmiotowym postępowaniu, kluczowymi elementami zamówienia jest realizacja basenu rekreacyjnego ze sztuczną falą wraz z obiegami leniwej rzeki i basenu panoramicznego oraz basenu rekreacyjnego z basenem do skoków wraz z technologią wody basenowej. Arco System wycenił koszt realizacji technologii wody basenowej w zakresie basenu rekreacyjnego z basenem do skoków (poz. 3.4) na poziomie 3 331 440,00 zł netto. Powyższa cena jest nierealna i powinna skutkować wezwaniem wykonawcy Arco Group do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

17. Basen rekreacyjny z basenem do skoków jest niewątpliwie istotną częścią składową zamówienia.

18. Oszacowanie technologii wody basenowej w basenie rekreacyjnym z basenem do skoków na poziomie 3 331 440,00 zł netto wskazuje, że jest to poziom nierealny dla tego typu

realizacji. Kluczowe znaczenia dla uznania danej kalkulacji za prawidłową ma w tym przypadku powierzchnia basenu - to ona determinuje koszt realizacji prac polegających na wykonaniu technologii basenowej (im większy basen, tym odpowiednio większy koszt realizacji technologii basenowej uwzględniając oczywiście również objętość wody filtrowanej). Basen rekreacyjny z basenem do skoków ma powierzchnię lustra wody (1374,84+315,47) 1690,31 m2 (jest to największy basen) i wykonanie technologii wody basenowej w basenie do skoków zostało oszacowane przez Arco Group na poziomie 3 331 440,00 zł netto. Jednocześnie basen rekreacyjny ze sztuczną falą wraz z obiegami leniwej rzeki i basenu panoramicznego ma powierzchnię (1098,76+506,3) 1605,06 m2 i wykonanie technologii wody basenowej w tym basenie zostało skalkulowane przez Arco Group na poziomie 5 830 020,00 zł netto.

Pozycja 3.1	1605,06 m2	5 830 020,00 zł netto
Pozycja 3.4	1690,31 m2	3 331 440,00 zł netto

Jak wynika z powyższego, już na pierwszy rzut oka widać, że czynność polegająca na wykonaniu technologii wody basenowej w największym z basenów została w sposób zdecydowany niedoszacowana. Technologia wody basenowej w basenie o powierzchni mniejszej niż 85m^2 (z poz.ycji 3.1) od największego basenu została oszacowana o 2 498 580,00 zł drożej niż technologia wody basenowej w basenie rekreacyjnym z basenem do skoków, co w sposób oczywisty wskazuje na niedoszacowanie ceny określonej w pozycji 3.4. przez Arco System.

19. O nieprawidłowości i oczywistej nierealności wyceny przez Arco System wykonania technologii wody basenowej dla basenu rekreacyjnego z basenem do skoków świadczy także wycena ww. wykonawcy wykonania technologii basenowej w pozycji 3.3 - brodzik i wod-

ny plac zabaw. Arco System wycenił tą pozycję na kwotę 4 997 160,00 zł netto przy powierzchni tego obiektu wynoszącej 394,37m2.

Pozycja 3.3	394,37m2	4 997 160,00 zł netto

Wskazać tu należy, że plac zabaw to jedynie "wodotryski" bez niecki basenowej (nie można ich zatem wliczać powierzchni lustra wody wody a jedynie większą wydajność z uwagi na zwiększone zapotrzebowanie na wodę placu zabaw wynikające z atrakcji).

20. Istotna jest tutaj także i ta okoliczność, że pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia oceniali wykonanie technologii wody basenowej na poziomie proporcjonalnym do powierzchni lustra wody określonych basenów, co podkreśla prawidłowość takiej kalkulacji. Jedynie wykonawca Arco System oszacował wykonanie technologii wody basenowej w basenie rekreacyjnym wraz z basenem do skoków na rażąco niskim poziomie, co nie tylko świadczy o rażąco niskiej cenie, ale też rodzi poważne ryzyko, że robota ta nie zostanie wykonana w sposób należyty.

Pozycja z formula-	Mostostal	Odwołujący	Arco System
rza ofertowego			
3.1	5 384 741,00 zł netto	6 383 884,18 zł netto	5 830 020,00 zł netto
3.4	6 178 175,00 zł netto	7 066 109,73 zł netto	3 331 440,00 zł netto

21. Wątpliwości Zamawiającego powinna również wzbudzić wycena pozycji 6 w tabeli 1.2.1

formularza ofertowego (konstrukcje pod atrakcje basenowe i niecki), albowiem oszacowana

została na poziomie w sposób całkowicie odbiegający od cen rynkowych.

Tabela 1.2.1	Mostostal	Odwołujący	Arco System
6.	7 824 741,00 zł netto	6 301 445,44 zł netto	3 527 087,43 zł netto

Zgodnie z art. 244 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zastosowanie ww. procedury jest obowiązkiem Zamawiającego, od którego realizacji w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną niewątpliwie odstąpić nie może. Nie może budzić żadnych wątpliwości, iż wykonania technologii wody basenowej w największym z basenów oraz konstrukcji pod atrakcje basenowe i niecki stanowią istotną częścią składową tego zamówienia. Obiektywnie stwierdzić należy też, że (jak wynika z wyżej przywołanej argumentacji) zaoferowana przez Arco System cena za ww. prace wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem bezsprzecznie, Zamawiający miał obowiązek,a nie przywilej, wezwać ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, co wynika wprost z przywołanej wyżej regulacji ustawy Pzp.

VI. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy poprzez nieodrzucenie oferty Arco System, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości,
23. Wykonawca Arco System złożył ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny. W formularzu ofertowym wskazał bowiem za pozycję 1.2.5) wykonanie i umieszczenie tablicy informacyjnej:

-cenę netto: 50 000,00 zł,

-podatek VAT- 23%: 12937,50 zł

- cenę brutto: 69 187,50 zł (słownie: sześćdziesiąt dziewięć tysięcy sto osiemdziesiąt siedem złotych 50/100).

Na podstawie wyżej wskazanych wartości podanych w formularzu ofertowym przez Arco System, Zamawiający nie może mieć pewnej wiedzy jaką rzeczywiście kwotę ww. wykonawca zaoferował, tj. czy prawidłowa jest kwota netto w wysokości 50 000,00 zł czy też prawidłowa jest kwota brutto w wysokości 69 187,50 zł.

Oferta, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, jeżeli błędy te nie kwalifikują się do procedury poprawiania oczywistych omyłek zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, co ma miejsce w tej sytuacji. „Oczywistą omyłkę rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób, nie budzący żadnych wątpliwości" (zob. Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej nr BDF1/4900/61/68/RN-19/11/03). W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie można ww. nieprawidłowości poprawić wyłącznie w jeden sposób, niebudzący żadnych wątpliwości, zatem ziściły się przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

VII. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty Arco System, pomimo że wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, czyli niezabezpieczający oferty przez cały termin związania, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości,

25. Zgodnie z postanowieniami rozdz. XV SWZ:

„WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM

1. Wykonawca zobowiązany jest do zabezpieczenia swojej oferty wadium w wysokości 1 500 000,00 zł (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych 00/100).

2. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy Pzp.

3. Wadium może być wniesione według wyboru Wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- pieniądzu,

- gwarancjach bankowych,

- gwarancjach ubezpieczeniowych,

- poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 299).

4. Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacać przelewem na następujący nr konta: ING Bank Śląski S.A. 90 1050 1214 1000 0010 0000 0685 z dopiskiem „Wadium w postępowaniu nr 9/PN/RB/2022/MG".

5. Za termin wniesienia wadium w formie pieniężnej zostanie przyjęty termin uznania rachunku Zamawiającego. Zaleca się, by dowód dokonania przelewu został dołączony do oferty.

6. Wadium wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia - z treści gwarancji lub poręczenia musi jednoznacznie wynikać nieodwoływalne i bezwarunkowe, na każde żądanie zgłoszone przez Zamawiającego, zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela do zapłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Ponadto powinien być wskazany termin obowiązywania gwarancji lub poręczenia, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą. W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia, Wykonawca (wraz z ofertą) przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. (.)

7. Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie w sposób nieprawidłowy lub nie utrzyma wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złoży wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

8. Zasady zwrotu oraz okoliczności zatrzymania wadium określa ustawa Pzp.".

26. Zgodnie z Zawiadomieniem o zmianie terminu składania z dnia 30 maja 2022 r.

Zamawiający ustalił termin związania ofertą 18 września 2022 r.

Wykonawca Arco System wraz z ofertą złożył gwarancję wadialną nr 727500111812 z dnia 20 czerwca 2022 r., wydaną przez Uniqua Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.

29. Odwołujący wskazuje na istotne okoliczności wynikające z ww. gwarancji:

- po pierwsze zgłoszenie żądania zapłaty musi nastąpić w formie pisemnej na adres Gwaranta, nie jest dopuszczona forma elektroniczna,

- po drugie ostatni dzień okresu ważności gwarancji przypadający na dzień 18 września 2022r. wypada w niedzielę, a więc w dniu, w którym siedziba Gwaranta jest zamknięta.

30. Z treści złożonej przez Arco System gwarancji wadialnej wynika, że żądanie zapłaty Zamawiającego zawierające oświadczenie, że zaistniała którakolwiek z przesłanek, określonych w art. 98 ust. 6 Pzp zgłoszone po terminie 18 września 2022 r. będzie bezskuteczne. A zatem Zamawiający pomimo, że wystąpi podstawa do zatrzymania wadium w terminie związania ofertą nie będzie mógł zgłosić skutecznego żądania zapłaty po tym terminie ani też nawet w ostatnim dniu tego terminu, albowiem przypada on na niedzielę. Procedura zgłaszania żądania zapłaty wadium, przewidziana w gwarancji bankowej Arco System ustanawiająca termin na zgłoszenie żądania zapłaty równy terminowi odpowiedzialności gwaranta nadto przypadającemu na niedzielę, powoduje, że oferta tego wykonawcy nie jest zabezpieczona do końca terminu przewidzianego przez Zamawiającego, który został wyznaczony jako dzień 18 września 2022 r. Czynność wyboru oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium w sposób prawidłowy narusza ustawę.

31. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców. Wszyscy wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowych. Wykonawcy odmiennie niż Arco System w przypadku procedury zgłaszania żądania zapłaty w terminie obowiązywania gwarancji, wydłużali okres obowiązywania gwarancji, tak by gwarancja zabezpieczała przypadki zatrzymania wadium, które zaistnieją w terminie 21 czerwca 2022 r. do 18 września 2022 r. (włącznie) - w terminie związania ofertą.

32. Z analizy dokumentów wadialnych złożonych w niniejszym postępowaniu wynika, że wykonawcy, których gwarancje wadialne przewidywały obowiązek zgłoszenia żądania zapłaty wadium w terminie obowiązywania gwarancji wydłużali termin obowiązywania gwarancji, tak aby umożliwić Beneficjentowi gwarancji złożenie oświadczenia o podstawie zatrzymania wadium, która zaistniała w całym w okresie związania ofertą. Dodatkowo gwarancja Odwołującego umożliwiała zgłoszenie żądania zapłaty w ciągu 3 dni od upływu terminu ważności gwarancji.

33. Kwestie dotyczące prawidłowości wniesienia wadium nie są objęte dyspozycją art. 223 ust. 1 Pzp i nie podlegają wyjaśnieniom na podstawie tego przepisu. Z tych samych powodów nie ma również żadnych podstaw do poprawienia w treści dokumentu wadialnego oczywistej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1. Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy. Również, nie jest możliwe uzupełnienie tego dokumentu na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp. Poglądy w tym zakresie są ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (m. in. KIO 2179/16, KIO 2640/15). W związku z tym, wyłącznie oświadczenie woli Gwaranta zawarte w dokumencie gwarancji winno podlegać wykładni dla oceny skuteczności wadium wniesionego w tej formie (wyrok Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 27.12.2016 r. w sprawie KIO 2332/16). Obecnie nie jest prawnie dopuszczalne przedstawienie dowodu wykazującego rzeczywistą wolę gwaranta - Uniqua Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. towarzyszącą udzieleniu gwarancji nr 727500111812 z dnia 20 czerwca 2022 r. Uzyskanie zapewnienia gwaranta na obecnym etapie postępowania, że zakres jego odpowiedzialności dotyczy również sytuacji, gdy żądanie zapłaty wadium wpłynie do gwaranta po terminie ważności gwarancji lub w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji, który wypadał w niedzielę, jest bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy. Nie może być zatem podstawą do przyjęcia, że wadium zostało prawidłowo wniesione. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie KIO 2179/16 Izba uznała, że dodatkowe oświadczenie Gwaranta przedstawione w postępowaniu odwoławczym nie ma znaczenia dla sprawy. Może zostać uznany tylko jako uzupełnienie gwarancji, po terminie składania ofert i po terminie czynności Zamawiającego. Nie może natomiast stanowić literalnej wykładni pierwotnego oświadczenia woli Gwaranta. Podobnie rozstrzygnęła Izba w wyroku z dnia 16.12.2015 w sprawie KIO 2640/15 uzasadniając, że nieprawidłowego wniesienia wadium nie można uzupełnić ani korygować po terminie składania ofert, a więc również zmieniać treść gwarancji wadialnej, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień. Wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne.

34. Odwołujący w tym miejscu, wskazuje, że zmiana Pzp nie zmieniła funkcji jakie spełnia wadium w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, a także nie zmieniła nic odnośnie charakteru prawnego tej instytucji, która pozostaje instytucją prawa cywilnego, tak samo

jak gwarancja bankowa czy ubezpieczeniowa. Odwołujący wskazuje zatem na ugruntowane poglądy doktryny prawa cywilnego oraz orzecznictwa dotyczące instytucji gwarancji wadialnej, które powinny stanowić punkt wyjścia do oceny prawnej gwarancji bankowej Arco System i które jednocześnie przekonują co do tego, że gwarancja wadialna tego wykonawcy została wniesiona w sposób nieprawidłowy. Przyjmuje się, że gwarancja bankowa i ubezpieczeniowa ma charakter abstrakcyjny, tzn. jest oderwana od umowy łączącej zamawiającego z wykonawcą (stosunku podstawowego), co wskazuje na samodzielny charakter odpowiedzialności gwaranta i konieczności wypłaty w momencie zgłoszenia żądania. Ustawa Prawo bankowe, ustawa o działalności ubezpieczeniowej, Kodeks cywilny nie przewidują materialnoprawnych warunków zapłaty. Z kolei, Pzp warunki te reguluje częściowo. Gwarancja Arco System wystawiona na potrzeby przedmiotowego postępowania ma charakter bezwarunkowy i nieodwołalny. Wskazano w niej ponadto, iż wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie zmawiającego po złożeniu pisemnego oświadczenia przez zmawiającego o treści wskazanej w dokumencie gwarancyjnym. Już z literalnej treści gwarancji wynika, że wypłata kwoty wskazanej w gwarancji nie jest uzależniona od podjęcia przez gwaranta czynności sprawdzających, lecz od złożenia oświadczenia przez zamawiającego zgodnego z treścią gwarancji. Niewątpliwie zatem ma ona charakter abstrakcyjny i samoistny. Na abstrakcyjny charakter ukształtowanej w ten sposób gwarancji zwraca się uwagę w orzecznictwie, np. wyrok Sądu Najwyższego z 21 sierpnia 2014 r. IV CSK 683/13. Takie stanowiska są również prezentowane w doktrynie, która podkreśla, iż Gwarancja na pierwsze żądanie sprowadza się do tego, że bank-gwarant powinien dokonać wypłaty sumy gwarancyjnej niezwłocznie po wystąpieniu z takim roszczeniem przez beneficjenta gwarancji, który nabywa uprawnienia do żądania wypłaty dopiero w momencie niezrealizowania zobowiązania w ramach stosunku podstawowego. Uprawnienie beneficjenta gwarancji "na pierwsze żądanie" realizuje się w żądaniu zapłaty sumy gwarancyjnej ze wskazaniem, że okoliczność uprawniająca do takiego żądania wystąpiła, bez konieczności realizacji dodatkowych przesłanek, jak np. przedłożenia określonych dokumentów bądź przeprowadzenia innych dowodów.

35. W judykaturze oraz w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalony jest pogląd zgodnie, z którym ze względu właśnie na abstrakcyjny charakter gwarancji oraz samoistny (nieakcesoryjny) w odniesieniu do stosunku przetargowego, dokument gwarancyjny powinien być sformułowany jasno i nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli okoliczności w których ziści się gwarancja, których zaistnienie będzie uprawniało beneficjenta do żądania zapłaty określonej w gwarancji sumy pieniężnej. Przy czym brak jest konieczności cytowania w treści gwarancji stosownych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odpowiedzialność gwaranta może być określona przez odesłanie do konkretnych przepisów lub opisowo. Niezależnie jednak od przyjętej metodyki składana gwarancja musi jednoznacznie określać zakres odpowiedzialności gwaranta. Takie tezy wypływają m. in.: z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18.09.2017 r. w sprawie KIO 1824/17, z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.11.2016 r. w sprawie KIO 2179/16, z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.04.2019 r. w sprawie KIO 709/19.

Również z orzeczeń sądów powszechnych. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia X Ga 81/09 wywodził, że gwarancja przetargowa jest zobowiązaniem abstrakcyjnym i samoistnym w odniesieniu do stosunku przetargowego (podstawowego), a wobec tego treść zobowiązania do wypłaty określonej kwoty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27.02.2019 w sprawie XII Ga 555/18 przesądził, że gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadkach zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego jaki i podmiotowego zakresu. Z kolei, Sąd Najwyższy rozważał tę kwestię w wyroku z dnia 7.01.1997 r. w sprawie I CKN 37/96, w którym wskazał, że istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającym o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjenta gwarancji.

37. Podsumowując dotychczasowe wywody, znaczenie dla oceny skuteczności wniesienia wadium ma dosłowna treść gwarancji, a ta w niniejszej sprawie jest jasna i konkretna. Przedmiotowa gwarancja wadialna jasno i konkretnie wskazuje zakres przedmiotowy, w tym czasowy odpowiedzialności gwaranta. Po pierwsze określa, że chodzi o podstawy zatrzymania wadium uregulowane w Pzp, po drugie precyzuje, że gwarant odpowiada od dnia 8 listopada 2021 r. do dnia 7 marca 2022 r. oraz, że jego odpowiedzialność wygasa gdy - nie otrzyma do dnia 18 września 2022 r. (niedziela) prawidłowego pisemnego żądania zapłaty (spełniającego wymogi określone w gwarancji) wraz z oświadczeniem o zaistnieniu podstaw zatrzymania wadium uregulowanych w Pzp. Takie jasne i konkretne sfomułowanie gwarancji powinno budzić właśnie uzasadnione wątpliwości czy oferta Arco System jest zabezpieczona i czy Zamawiający będzie mógł skutecznie zgłosić żądanie zapłaty w przypadku, gdy podstawa zatrzymania wadium zaistnieje w terminie związania ofertą 21.06.2022 - 18.09.2022 r. Przesłanką wypłacenia kwoty gwarantowanej nie jest wcale wystąpienie

okoliczności, o których mowa w przepisach ustawy Pzp, ale złożenie przez Zamawiającego oświadczenia, że takie okoliczności wystąpiły (tak w wyroku KIO z 30 września 2014 r., sygn. akt KIO 1897/14) w określonym terminie. A zatem postanowienia gwarancji, które nie zabezpieczają Zamawiającego w ten sposób, że umożliwiają mu złożenie oświadczenia po upływie terminu, w którym okoliczności zatrzymania wadium mogą zaistnieć (ani nawet w ostatnim dniu tego terminu, bowiem przypada on w niedzielę, a żądanie można złożyć wyłącznie w formie pisemnej - co jest zastrzeżone wyłącznie w gwarancji Arco System - gwarancje pozostałych oferentów dopuszczają wniesienie żądania w formie elektronicznej), uznać należy za sprzeczne z wymogami Pzp i kodeksowymi.

38. Zamawiający, pomimo złożenia oświadczenia zgodnego z treścią gwarancji nie uzyska zapłaty wadium, w przypadku gdy zgłosi żądanie po terminie 18.09.2022 r. nadto nie ma realnej możliwości zgłoszenia żądania w ostatnim dniu terminu związania ofert ą, który przypada w niedzielę). Tymczasem, skuteczności wniesienia wadium musi pozostać poza sferą domniemań (tak KIO w wyroku z dnia 6.06.2019 r. w sprawie KIO 830/19). Izba w wyroku z dnia 30 stycznia 2019 r. w sprawie KIO 44/19 wyraziła pogląd, że treść gwarancji wadialnej powinna być na tyle precyzyjna i wyczerpująca, czytelna oraz jasna, by zapewnić, że jej realizacja nie będzie uzależniona od wyniku dokonanej przez gwaranta wykładni, ponieważ konieczność dokonania takiej wykładni nie daje zamawiającemu pewności co do skuteczności wypłaty wadium. Co więcej, wobec jasnej treści gwarancji nie wolno stosować wykładni celowościowej. Wykładnia oświadczeń woli nie może służyć uzupełnieniu dokumentu gwarancji o elementy, których gwarant w niej nie zawarł (KIO 2179/16).

39. Niewątpliwie, warunek przewidziany w gwarancji wadialnej Arco System, że bank ma otrzymać oświadczenie o zaistnieniu podstaw do zatrzymania wadium wraz z żądaniem zapłaty wadium w terminie do dnia 18 września 2022 r., a więc żądanie to musi zostać złożone przed upływem terminu związania ofertą (a nawet jeszcze wcześniej, gdyż ostatnim dniem ważności gwarancji jest niedziela) stwarza realne ryzyko dla Zamawiającego niezaspokojenia z sumy gwarancyjnej. Pewne jest, w związku z jasnymi postanowieniami gwarancji, że żądanie zapłaty zgłoszone po dniu 18 września 2022 r. (a nawet w tym dniu) nawet jeżeli zawierałoby oświadczenie, że podstawa zatrzymania wadium zaistniała do 18 września 2022 r. byłoby bezskuteczne. Gwarant nie będzie w ogóle analizował sprawy pod kątem odpowiedzialności w świetle Pzp, czy warunków przetargu, w tym określonego przez Zamawiającego terminu związania ofertą, ponieważ nie jest upoważniony do badania oświadczenia Beneficjenta pod kątem jego zasadności. O tym, że gwarant nie jest upoważniony do badania ani zasadności ani prawdziwości złożonego przez Zamawiającego oświadczenia wypowiedziała się Izba w przywoływanym już wyroku KIO 2179/16. Natomiast gwarant „na pierwsze żądanie" może podnieść zarzuty wyprowadzone z łączącego go z beneficjentem stosunku prawnego, przy użyciu konstrukcji naruszenia przez beneficjenta gwarancji postanowień gwarancji. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25.01.1995 r. w sprawie III CRN 70/94 orzekł, że bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji „bezwarunkowej na pierwsze żądanie" może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji.

40. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 listopada 2016 r. w sprawie KIO 2179/16 wyraziła wiele ważnych poglądów dotyczących gwarancji wadialnej, a wśród nich tezę, która po części była już przywoływana, że gwarancja ta musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium - tak aby nie występowały żadne wątpliwości, co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wniesieniu wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę. Z poglądem tym koresponduje ten, wyrażony w wyroku Krajowej izby Odwoławczej z dnia 18 września 2017 r. w sprawie KIO 1824/17, który głosi, że wątpliwości co do braku pewności w zakresie zabezpieczenia roszczeń zamawiającego wynikających z prawa zatrzymania wadium, nie dające się usunąć, przesądzają o braku skutecznego zabezpieczenia ofert wadium, a tym samy o nieprawidłowości wniesienia wadium. Wadium nie podlega wyjaśnieniu ani uzupełnieniu.

41. Postanowienia gwarancji wadialnej, które stanowią, że „gwarancja jest ważna od dnia 21.06.2022 r. i obowiązuje do dnia 18.09.2022 r. (a w rzeczywistości do 17.09.2022, z uwagi na fakt braku możliwości złożenia pisemnego żądania w ostatnim dniu przypadającym w niedzielę), po którym to terminie wygasa w całości i automatycznie, jeżeli najpóźniej w wyżej wskazanym terminie Gwarant nie otrzyma prawidłowego żądania zapłaty, tj. spełniającego wymogi określone w niniejszej gwarancji" stwarza ryzyko mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Z uwagi na treść postanowień gwarancji wadialnej określenie przez Wykonawcę Arco System terminu obowiązania gwarancji równego terminowi związania ofertą było nieprawidłowe. Obowiązkiem wykonawcy jako profesjonalisty, jest dochowanie należytej staranności na każdym etapie postępowania, w tym również weryfikacja prawidłowości otrzymanej od gwaranta gwarancji wadialnej.

42. Problemem skuteczności wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w formie gwarancji, która zawiera postanowienia, że żądanie zapłaty należy doręczyć gwarantowi w terminie obowiązywania gwarancji, a termin ten jest jednocześnie terminem związania ofertą złożoną w toku przetargu zajmował się Sąd Okręgowy w Częstochowy. W wyroku z dnia 5 lutego 2021 r. w sprawie V Ga 328/20 sąd ten jak najbardziej słusznie uznał, że wadium takie jest nieprawidłowe. Z zaprezentowanymi w tym wyroku sądu poglądami korespondują te zaprezentowane w wyrokach KIO w sprawach KIO 2486/20 oraz KIO 2452/21. Odwołujący wskazuje, że rozstrzygnięcia te zasługują na aprobatę i wyznacznik dla oceny prawnej również w niniejszej sprawie. Rozstrzygnięcia ta odpowiadają aktualnemu dorobkowi judykatury oraz doktryny prawa cywilnego, która od lat zajmuje się tematyką gwarancji bankowej i ubezpieczeniowej, a który to dorobek został pokrótce przytoczony w treści niniejszego odwołania. Odwołujący podnosi, że rozstrzygnięcia KIO, które prezentują odmienny pogląd od tego zaprezentowanego przez Sąd Okręgowy w Częstochowie należy uznać za poglądy odosobnione na tle bogatego orzecznictwa sądowego i Sądu Najwyższego. Nie ma żadnych podstaw do tego by inaczej oceniać gwarancję bankową czy ubezpieczeniową tylko dlatego, że została złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

IV. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1

ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Mostostal, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

43. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie - art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności" (wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). Zaś zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert a następnie odpowiednio odrzucenia oferty Mostostal lub (z daleko posuniętej ostrożności) wezwanie tego wykonawcy do uzupełnień wyjaśnień oraz odrzucenie oferty Arco System. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę zasadności wszystkich pozostałych zarzutów odwołania.

44. Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Wobec powyższego Zamawiający winien unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i wybrać ofertę w sposób zgodny z regulacjami ustawy Pzp."

Zamawiający w dniu 21 października 2022 r., przed otwarciem rozprawy wniósł odpowiedź na odwołanie w której żądał oddalenia odwołania w całości i przedstawił własną argumentację.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach, PPUH Transcom sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, Przedsiębiorstwo Maximus ZBH MUC sp. k. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich w dniu 25 października 2022 przedstawili własne stanowisko procesowe.

W dniu 26 października 2022 r. Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mostostal Zabrze Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach, PPUH Transcom sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, Przedsiębiorstwo Maximus ZBH MUC sp. k. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej Przystępujący lub Mostostal). Wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie zakresie zarzutów zarzutu nr 3, 4, 6 petitum odwołania oraz częściowo zarzutu nr 2 petitum odwołania w zakresie nie spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale

VI pkt 2 ppkt 4.2 lit. a) SWZ;

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący w piśmie procesowym oraz oświadczeniem na posiedzeniu cofnął odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanego zarzutu.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

W pozostałym zakresie, Izba stosownie do art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, rozpoznała zarzuty odwołań.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, dokumentację postępowania oraz dowody składane przez Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający Park Śląski S.A. w Chorzowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „BUDOWA KĄPIELISKA FALA”.

Zamawiający nadał w SWZ (z uwzględnieniem zmian SWZ dokonywanych w toku postępowania) następujące brzmienie postanowieniom, istotnym z punktu widzenia postępowania odwoławczego:

VI. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i niniejszej SWZ.

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

4.1 Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat (liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — wykonał należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

- minimum trzy roboty budowlane polegającą na budowie basenu lub zespołu basenów o powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 500 m2 każda, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej, przy czym sumaryczna powierzchnia lustra wody we wszystkich robotach łącznie, powinna wynosić co najmniej 1950m2.

UWAGA:

1. Mając na uwadze art. 58 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez dwa lub więcej podmiotów (Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, warunek, o którym wyżej mowa musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składających ofertę) lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca — brak możliwości tzw. sumowania doświadczenia.

2. Jeżeli Wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, wykonywanych wspólnie z innymi Wykonawcami, w wykazie robót budowlanych, Wykonawca jest obowiązany wykazać roboty budowlane, w których wykonaniu Wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.

3. W celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, Zamawiający dopuścił roboty budowlane wykonane w okresie dłuższym niż ostatnie 5 lat.

4. Przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Zamawiający uzna również remont i przebudowę basenu lub zespołu basenów, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 500 m^2 każda oraz technologię uzdatniania wody basenowej, przy czym sumaryczna powierzchnia lustra wody we wszystkich robotach łącznie, powinna wynosić co najmniej 1950 m^2 ”.

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

e) jedną osobą (Projektanta w specjalności architektonicznej), która posiada uprawnienia w specjalności architektonicznej bez ograniczeń, wydane zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, która w ostatnich 7 siedmiu latach przed upływem terminu składania ofert zaprojektowała co najmniej trzy branżowe dokumentacje projektowe basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody nie mniejszej 650m2 każda z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym co najmniej jedną usługę polegającą na opracowaniu dokumentacji projektowej basenu, pływalni lub kąpielisk z nieckami ze stali nierdzewnej spawanej o powierzchni lustra 650m2, który uzyskał pozwolenie na użyt-

kowanie oraz zrzeszoną we właściwym samorządzie zawodowym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1117) lub jedną osobą (pełniącą funkcję jw.) posiadającą uprawnienia budowlane jw., spełniającą warunki, o których mowa w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm.), tj. osobą, której odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych lub spełniającą wymogi, o których mowa w art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa („świadczenie usług transgranicznych");

f) jedną osobą (Projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych), która posiada uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych

bez ograniczeń, wydane zgodnie z Prawem budowlanym lub odpowiadające im ważne uprawnienia, wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów i która w

ostatnich 7 (siedmiu) latach przed upływem terminu składania ofert zaprojektowała co najmniej trzy branżowe dokumentacje projektowe basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody niemniejszej 650m2 każda z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym co najmniej jedną usługę na którą uzyskano pozwolenie na użytkowanie oraz zrzeszoną we właściwym samorządzie zawodowym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1117) lub jedną osobą (pełniącą funkcję jw.) posiadającą uprawnienia budowlane jw., spełniającą warunki, o których mowa w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 z późn. zm.), tj. osobą, której odpowiednie kwalifikacje zawodowe zostały uznane na zasadach określonych w przepisach odrębnych lub spełniającą wymogi, o których mowa w art. 20a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów („świadczenie usług transgranicznych");

VII. WYKAZ PODMIOTOWYCH ŚRODKÓW DOWODOWYCH

5. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w pkt V i VI SWZ:

5) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat (liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne odpowiednie dokumenty;

6) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami;'

XVI. SPOSÓB OBLICZENIA CENY

1. Przez cenę oferty Zamawiający rozumie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zawartymi w SWZ. Cena za realizację zamówienia musi zawierać

wszystkie elementy kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Skutki finansowe błędnego obliczenia ceny oferty, wynikające z nieuwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą wpływać na cenę, obciążają Wykonawcę.

2. W formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ w pkt 1 należy podać łączną cenę zamówienia brutto (cyfrowo i słownie), łączną cenę zamówienia netto oraz łączną wartość podatku VAT, która stanowi sumę pozycji 1.1 i 1.2.

3. Ponadto, w tabelach w pkt 1.1), 1.2.1), 1.2.3) i 1.2.4) formularza ofertowego należy podać dla każdej pozycji cenę netto, wartość VAT oraz cenę brutto.

Uwaga: W przypadku zmiany przez Wykonawcę stawki podatku VAT (wskazanej przez Zamawiającego w tabeli), Zamawiający uzna to za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SWZ, niepowodującej istotnej zmiany w jej treści i dokona jej poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3).

Skutki finansowe błędnego obliczenia ceny oferty, wynikające z nieuwzględnienia wszystkich okoliczności, które mogą wpływać na cenę, obciążają Wykonawcę."

Zamawiający w dniu 6 września 2022 r. wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 15 września 2022 r. Przystępujący złożył pismo wraz z wymaganymi

dokumentami. W wykazie robót wskazał następujące pozycje:

Lp.	Przedmiot zamówienia	Powierzchnia lustra wody (m2)	Zakres obejmuje dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej	Daty wykonania (od.... do.....)	Podmiot, na rzecz którego roboty zostały wykonane (nazwa i adres)
Nazwa i zakres robót budowlanych, o których mowa w pkt VI.2.4.1) SWZ tj. wykonanie należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył: minimum trzy roboty budowlane polegającą na budowie basenu lub zespołu basenów o powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 500 m2 każda, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej, przy czym sumaryczna powierzchnia lustra wody we wszystkich robotach łącznie, powinna wynosić co najmniej 1950m2					
1.	Modernizacja Pływalni w Parku Kasprowicza wraz z otoczeniem i zapleczem Zamówienie obejmowało budowę zespołu basenów o powierzchni lustra wody - basen	Powierzchnia lustra wody: - basen sportowy: pow. 921 m2 - basen hamowny: pow. 91,4 m2	TAK / NIE *	13.10.2017r. - 20.06.2018r.	Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. Plac Wiosny Ludów 2 61-831 Poznań
	sportowy: pow. 921 m2, basen hamowny: pow. 91,4 m2, brodzik dla dzieci: pow. 306 m2, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej	- brodzik dla dzieci: pow. 306 m2			

2.	Budowa wielofunkcyjnego kompleksu rekreacyjnego przy ul. Źródlanej w Żarach Zamówienie obejmowało budowę zespołu basenów o powierzchni lustra wody - basen pływacko - rekreacyjny: pow. 768 m2, brodzik dla dzieci: pow. 59,5 m2, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej	Powierzchnia lustra wody: - basen pływacko - rekreacyjny: pow. 768 m2 - brodzik dla dzieci: pow. 59,5 m2	TAK / NIE *	16.03.2015r. - 31.07.2015r.	Przedsiębiorstwo Budowlane JAN-BUD Sp. z o.o ul. Okrzei 104 68-200 Żary
3.	Budowa basenów zewnętrznych wraz z budynkiem szatniowo - sanitarnym i budynkiem technicznym przy ul. Borowskiej 99 we Wrocławiu wraz z obsługą komunikacyjną, zagospodarowaniem terenu, infrastrukturą techniczną Zamówienie obejmowało budowę zespołu basenów o powierzchni lustra wody - basen rekreacyjny: pow. 425 m2, brodzik dla dzieci: pow. 88 m2, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej	Powierzchnia lustra wody: - basen rekreacyjny: pow. 425 m2 - brodzik dla dzieci: pow. 88 m2	TAK / NIE *	20.08.2019r. - 22.07.2020r.	Wrocławski Park Wodny S.A. ul. Borowska 99 50-558 Wrocław

W wykazie osób, w zakresie w jakim dotyczyły oferty zarzuty, wskazał następujące osoby: Pod poz. 5. ; M. O.;

Projektant w specjalności architektonicznej;

Uprawnienia: Decyzja nr 43/01/WŁ z dnia 22.05.2001 roku wydana przez Łódzki Urząd Wojewódzki w Łodzi; Uprawnienia projektowe bez ograniczeń w specjalności architektonicznej; wykształcenie: wyższe;

Nazwa inwestycji:

1. „Budowa trzech basenów w dzielnicach” wykonanie wielobranżowej dokumentacji

projektowo - kosztorysowej wraz z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień i decyzji, w tym decyzji o pozwolenie na budowę dla budowy Krytej Pływalni z częścią rekreacyjną oraz halą sportową przy ul. Hallera / Konnej w Katowicach; Pełniona funkcja: Projektant w specjalności architektonicznej; Okres pełnienia funkcji Projektanta w specjalności architektonicznej: 14.03.2016r. - 14.11.2016r.;

W ramach realizacji tego zadania jako Projektant w specjalności architektonicznej zaprojektował branżową dokumentację projektową basenu wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 657,30 m2 wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym opracował dokumentację projektową basenu z nieckami ze stali nierdzewnej spawanej o powierzchni lustra 657,30 m2 i uzyskano pozwolenie na użytkowanie; Powierzchnia lustra wody 657,30 m2 ; 14.03.2016r. - 14.11.2016r.

2. „Budowa trzech basenów w dzielnicach” wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowo - kosztorysowej wraz z uzyskaniem niezbędnych uzgodnień i decyzji, w tym decyzji o pozwolenie na budowę dla budowy krytej pływalni z częścią rekreacyjną

oraz hala sportową przy ul. Kościuszki w Katowicach Pełniona funkcja: Projektant w specjalności architektonicznej, Okres pełnienia funkcji Projektanta w specjalności architektonicznej: 14.04.2016r. - 14.11.2016r.

W ramach realizacji tego zadania, jako Projektant w specjalności architektonicznej zaprojektował branżową dokumentację projektową basenu wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 657,30 m2 wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym opracował dokumentację projektową basenu z nieckami ze stali nierdzewnej spawanej o powierzchni lustra 657,30m2 i uzyskano pozwolenie na użytkowanie ; Powierzchnia lustra wody: 657,30m2 ; 14.04.2016r. - 14.11.2016r.

3. Wielobranżowa dokumentacja projektowo - kosztorysowa budowy krytej pływalni, hali sportowej i przychodni rehabilitacyjnej przy ul. Wczasowej w Katowicach

Pełniona funkcja: Projektant w specjalności architektonicznej

Okres pełnienia funkcji Projektanta w specjalności architektonicznej: 14.03.2017r. -

29.09.2019r.

W ramach realizacji tego zadania jako Projektant w specjalności architektonicznej zaprojektował branżową dokumentację projektową basenu wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 657,30 m2 wraz z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym opracował dokumentację projektową basenu z nieckami ze stali nierdzewnej spawanej o powierzchni lustra [657,30 m2 i uzyskano pozwolenie na

użytkowani ; Powierzchnia lustra wody: 657,30 m2; 14.03.2017r. - 29.09.2019r.

Pod poz. 6 T. S.;

Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych;

Decyzja nr 358/01 z dnia 18.06.2001r. wydana przez Wojewodę Śląskiego Uprawnienia projektowe bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; wykształcenie: wyższe ;

1. Nazwa inwestycji: Budowa wielofunkcyjnego pawilonu handlowo - wystawienniczego

wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „ORIENTARIUM" na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego w Łodzi Sp. z o.o.

Pełniona funkcja: Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych
Okres pełnienia funkcji Projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych: 01.2018r. - 08.2021r.

W ramach realizacji tego zadania, jako Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych zaprojektował branżową dokumentację projektową basenów wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 5779,35 m2 z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym uzyskano pozwolenie na użytkowanie; Powierzchnia lustra wody 5779,35 m2 ; 01.2018r. - 08.2021r. ;

2. Nazwa inwestycji: Kryty Park Wodny z żywymi palmami, z zjeżdżalniami i kompleksem SPA zlokalizowanym we Wręczy Gmina Mszczonów Powiat Żyrardowski. Obiekt znany pod nazwą: „Park of Poland" - „Suntago Wodny Świat"

Pełniona funkcja: Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych
Okres pełnienia funkcji Projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych,wodociągowych i kanalizacyjnych: 07.08.2018r. - 01.05.2020r.

W ramach realizacji tego zadania, jako Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych zaprojektował branżową dokumentację projektową basenu wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 4225 m2 z uzyskaniem

prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym uzyskano pozwolenie na użytkowanie ;

Powierzchnia lustra wody 4225 m^2; 07.08.2018r. - 01.05.2020r.

3. Nazwa inwestycji: Modernizacja i przebudowa basenów Rawszczyzna w Ostrowcu

Świętokrzyskim w trybie zaprojektuj i wybuduj

Pełniona funkcja: Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych
Okres pełnienia funkcji Projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych:

25.05.2017r. - 10.05.2019r.

W ramach realizacji tego zadania, jako Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych zaprojektował branżową

dokumentację projektową basenów wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 1386,50 m2 z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym uzyskano pozwolenie na użytkowanie; Powierzchnia lustra wody 1386,50 m^2; 25.05.2017r. -

10.05.2019r.

Wykonawca Arco System w formularzu oferty podał dla pozycji 1.2.5) Wykonanie i umieszczenie tablicy informacyjnej, następujące wyliczenie ceny:

- cenę netto: 50 000,00 zł,

- podatek VAT - 23 %: 12 937,50 zł,

- cenę brutto: 69 187,50 zł (słownie: sześćdziesiąt dziewięć tysięcy sto osiemdziesiąt siedem

złotych 50/100).

W dniu 29 września 2022 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Ustalenia przywołane w dalszym uzasadnieniu, również stanowią element ustaleń stanu faktycznego dokonanego przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Przywołane przez Odwołującego przepisy dotyczące rozpatrywanych zarzutów stanowią:

- art. 16 ustawy Pzp - zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w 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, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

- art. 128 ust. 4 ustawy Pzp - Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

- art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W ramach uwag ogólnych, zważyć należy, iż zgodnie przepisemust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie zKodeksu Cywilnego w zw. zust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu, rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Powyższe reguły dowodowe doprowadziły Izbę do wniosku, że zarzuty odwołania zasługują na uwzględnienie w części tj. iż konieczne jest wezwanie Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2. lit. f) SWZ. Tym samym, w ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Z kolei stosownie do art. 116 ust. 1 ustawy Pzp - W odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. W szczególności zamawiający może wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Wobec oferty Przystępującego rozpoznaniu podlegały zarzuty dot. oceny spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.1. SWZ oraz ppkt 4.2. lit e) i f) SWZ.

Dalej, przystępując do rozpoznania zarzutów, wskazać należy, że niewątpliwie, wobec brzmienia przepisów ustawy Pzp przywołanych powyżej, a regulujących sposób i zakres stawianych warunków udziału w postępowaniu, warunki udziału muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu. Takie bowiem określenie warunków udziału w postępowaniu umożliwia otwarcie rynku dla wykonawców, którzy swoimi doświadczeniem gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia oraz określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tak aby w sposób niezasadny nie ograniczały dostępu wykonawcom do rynku zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze, ze względu na treść zarzutów koniecznymi dla rozstrzygnięcia są dwa elementy: pierwszy dot. prawidłowego rozumienia treści warunku określonego SWZ, a drugi czy w kontekście tak rozumianego warunku Przystępujący wykazał spełnianie tego warunku. Zamawiający w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2 lit f) SWZ postawił warunek dot. dysponowania przez wykonawcę jedną osobą (Projektanta w specjalności instalacyjnej w

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

Przystępujący, na potwierdzenie spełniania tego warunku, przedstawił w wykazie osób p. T. S., wskazując jako jedno z jego referencyjnych doświadczeń „Budowę wielofunkcyjnego pawilonu handlowo - wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „ORIENTARIUM" na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego w Łodzi Sp. z o.o.

Pełniona funkcja: Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (.)". Przystępujący wskazał w wykazie osób, że w ramach realizacji tego zadania, osoba ta jako Projektant w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych zaprojektowała branżową dokumentację projektową basenów wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody 5779,35 m2 z uzyskaniem prawomocnego pozwolenia na budowę, w tym uzyskano pozwolenie na użytkowanie.

Odwołujący zakwestionował posiadane przez p. T. S. doświadczenie w dwóch aspektach, pierwszy poprzez stwierdzenie, że wskazana inwestycja nie jest basenem, pływalnią ani kąpieliskiem wraz z infrastrukturą towarzyszącą, a drugi poprzez stwierdzenie, że p. T. S. nie był autorem projektu, a jedynie pełnił rolę sprawdzającego, wobec czego nie „zaprojektował" dokumentacji branżowej w tym projekcie. Izba przychyliła się do argumentacji Odwołującego w obu tych aspektach. Izba doszła do przekonania, że w odniesieniu do warunku określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.2. lit f) SWZ, Przystępujący nie wykazał, że postawiony warunek spełnia. Zamawiający argumentował, że pojęcie „basen" jako pojęcie niezdefiniowane należy rozumieć szeroko, nie tylko jako miejsce wypoczynkowo-rekreacyjne dla ludzi. Ponadto wskazywał, że jeżeli osoba posiada doświadczenie zawodowe w budowaniu basenów o wyższych wymogach (a tak jest w przypadku basenów dla zwierząt), to tym bardziej posiada kompetencje do realizowania mniej wymagających przedsięwzięć. Izba zważyła, iż odnośnie tej argumentacji Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność stopnia skomplikowania czy też wymogów dla basenów dla zwierząt, natomiast Odwołujący przywołał szereg regulacji prawnych regulujących obszar kąpielisk dla ludzi, co w ocenie Izby potwierdza odrębność infrastruktury przeznaczonej dla ludzi od tej przeznaczonej dla zwierząt. Izba stoi na stanowisku, że warunki udziału w postępowaniu muszą być postrzegane przez pryzmat przedmiotu zamówienia, dlatego też nie podzieliła w powyższym zakresie argumentacji zamawiającego i Przystępującego, który twierdził, że Odwołujący dokonał błędnej wykładni warunku pomijając, że Zamawiający wymagał wykazania się realizacją dokumentacji projektowych „basenu, pływalni lub kąpielisk". I wobec tego, że użył trzech różnych pojęć, to każde z nich ma inne znaczenie. Przystępujący argumentował, w związku z tym, że nie ma wątpliwości, że pojęcia „pływalni" i „kąpieliska" obejmują obiekty budowlane z przeznaczeniem dla ludzi, a jeśli tak to pojęcie „basenu" musi mieć inne znaczenie, stąd poprzez użycie pojęcia „basenu" Zamawiający dał wyraz temu, że dopuszcza również zbiorniki wodne z przeznaczeniem dla zwierząt. W ocenie Izby, takie stanowisko Przystępującego stanowi nadinterpretację postawionych warunków dokonywaną w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, a tym samym nieuprawnioną. W odniesieniu do drugiego aspektu postawionego warunku tj. konieczności „zaprojektowania" przez wskazaną osobę dokumentacji, Izba doszła do przekonania, że doświadczenie tej osoby również w tym aspekcie nie odpowiada wymaganiom SWZ. W ocenie Izby, brzmienie warunku, poprzez użycie słowa „zaprojektował" nakierowane było na konieczność faktycznego wykonywania czynności projektowych rozumianych jako czynności kreujące rozwiązania projektowe w danym obszarze, a nie ograniczało się do bycia członkiem zespołu sprawdzającego. Izba przychyliła się zatem do stanowiska Odwołującego. Zamawiający oraz Przystępujący w tym zakresie argumentowali, że projektant sprawdzający jako członek zespołu projektowego czynnie uczestniczy od samego początku w realizacji projektu i ma realny wpływ na jego ostateczną formę oraz przywołali orzeczenia KIO. Izba,

szanując dorobek orzeczniczy, pragnie zauważyć, iż orzeczenia wydawane są w zakreślonym każdorazowo stanie faktycznym determinującym treść rozstrzygnięcia. Niniejszy skład orzekający, nie kwestionuje tego, że projektant sprawdzający jest członkiem zespołu projektowego oraz ponosi odpowiedzialność za zweryfikowaną przez siebie dokumentację projektową, tym niemniej w ocenie składu orzekającego czynności te są niewystarczające do stwierdzenia, że „osoba ta „zaprojektowała co najmniej trzy branżowe dokumentacje projektowe basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą (...)". Czym innym jest zaprojektowanie, a czym innym sprawdzenie projektu. Osoby wykonujące te czynności należą do różnych zespołów, co potwierdza również np. strona tytułowa Aneksu do projektu budowlanego złożona jako dowód przez Przystępującego. Powyższe konstatacje powodują stwierdzenie, że zarzut Odwołującego odnośnie nie spełnienia przez Przystępującego, warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym rozdziałem VI pkt 2 ppkt 4.2. lit. f) SWZ potwierdził się.

Nie potwierdziły się natomiast, w ocenie Izby, dalsze zarzuty w zakresie niespełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.1 i ppkt 4.2. lit e) SWZ.

W rozdziale VI pkt 2 ppkt 4.1 SWZ Zamawiający określił warunek zdolności zawodowej w postaci wymaganego minimalnego doświadczenia, jakim powinien legitymować się wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 7 lat (liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — wykonał należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył:

- minimum trzy roboty budowlane polegającą na budowie basenu lub zespołu basenów o powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 500 m2 każda, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej, przy czym sumaryczna powierzchnia lustra wody we wszystkich robotach łącznie, powinna wynosić co najmniej 1950m2. Dla oceny spełniania tego warunku przez Przystępującego istotna jest także treść uwagi zamieszczonej w pkt 4 pod ww. warunkiem w brzmieniu: „Przez budowę należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Zamawiający uzna również remont i przebudowę basenu lub zespołu basenów, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra wody nie mniejszej niż 500 m^2 każda oraz technologię uzdatniania wody basenowej, przy czym sumaryczna powierzchnia lustra wody we wszystkich robotach łącznie, powinna wynosić co najmniej 1950 m^2 ". Odwołujący argumentował, że Przystępujący wykazując jako jedną z referencyjnych inwestycji, inwestycję pn. „Budowa wielofunkcyjnego kompleksu rekreacyjnego przy ul. Źródlanej w Żarach", które to zamówienie obejmowało budowę zespołu basenów o powierzchni lustra wody

- basen pływacko - rekreacyjny: pow. 768 m2, brodzik dla dzieci: pow. 59,5 m2, która obejmowała swoim zakresem dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej, nie spełnił przywołanego powyżej warunku udziału w związku z niewykonaniem budowy basenu lub zespołów basenów co jest pojęciem szerszym niż wykonany przez przystępującego jako podwykonawcę zakres prac. Ponadto, Odwołujący wskazywał na szereg prac będących w jego ocenie elementami budowy zespołu basenów jako obiektu, niewykonanych przez Przystępującego. Izba rozpoznając ten zarzut podzieliła argumentację Zamawiającego i Przystępującego podkreślającą, że Zamawiający w treści warunku nie zawarł wymagania co do wykonania innych obiektów budowalnych niż wprost wskazane w treści warunku, w szczególności wykonania budynków lub obiektów kubaturowych. Izba zważyła również, że Zamawiający formułując warunek doświadczenia wskazał minimalny zakres prac jaki powinien być wykonany w zakresie wymaganej budowy tj. swoim zakresem musiała obejmować co najmniej dostawę i montaż niecek ze stali nierdzewnej oraz technologię uzdatniania wody basenowej. Przystępujący, w ocenie Izby, wykazując doświadczenie uzyskane na budowie wielofunkcyjnego kompleksu rekreacyjnego przy ul. Źródlanej w Żarach, nabyte w zakresie zakreślonym warunkiem wykazał spełnianie przedmiotowego warunku.

W odniesieniu do zarzutu kierowanego wobec doświadczenia osoby wskazanej przez Przystępującego do pełnienia funkcji projektanta w specjalności architektonicznej, Odwołujący podnosił, iż osoba ta posiada doświadczenie przy projektowaniu basenów o powierzchni niecek ze stali nierdzewnej 647,6 m2, a nie jak oświadczył Przystępujący 657,30 m2 (dla wszystkich trzech pozycji wskazanych w wykazie, gdyż były to analogiczne inwestycje realizowane przez miasto Katowice w trzech jego dzielnicach). Powyższa niewielka różnica w powierzchni ma znaczenie o tyle, że wielkość 657,30m2 potwierdza spełnianie warunku udziału, a 647,6m2 nie, gdyż Zamawiający wymagał doświadczenia dla tej osoby w zaprojektowaniu co najmniej trzech branżowych dokumentacji projektowych basenu, pływalni lub kąpielisk wraz z infrastrukturą towarzyszącą o powierzchni lustra wody nie mniejszej 650m2 każda". Odwołujący, swe twierdzenia wywodził ze zliczenia powierzchni niecek stalowych

obliczonych wg wielkości podanych w Opisie Projektu Technologii Wody Basenowej. Natomiast Zamawiający i Przystępujący argumentowali, że z projektu wykonawczego dla branży architektonicznej tych inwestycji wynika, że powierzchnia niecek stalowych wynosiła 657,3m2. Powyższe Przystępujący wykazywał również za pomocą schematu z projektu architektonicznego przedłożonego na rozprawie. Ponadto przystępujący wskazywał, że powierzchnia lustra wody może różnić się od powierzchni niecki liczonej po obrysie gdyż uwzględnia ona również skosy wskazywane przez Przystępującego na przekazanych schematach. Izba rozpoznając ten zarzut zważyła, ze zarówno Odwołujący jak i Przystępujący argumentując i udowadniając swe twierdzenia w zakresie tego zarzutu powoływali się na te same dokumentacje projektowe lecz różne ich elementy, w których wskazywano na różne powierzchnie lustra wody niecek ze stali nierdzewnej. Wobec czego Izba uznała, za prawdziwe twierdzenie Przystępującego, że powierzchnie te mogą być liczone w różny sposób w zależności od funkcji i celu wytworzenia danego elementu dokumentacji, a skoro tak to wartość wskazana przez Przystępującego w wykazie jest wartością prawdziwą. Dostrzeżenia również wymagało, że Przystępujący jako dowód w sprawie złożył referencje wystawione przez Miasto Katowice, jako inwestor potwierdziło dane wykazanych obiektów, w tym m.in.

parametr „powierzchnia lustra wody (niecki ze stali nierdzewnej) - 657,30 m2". Referencje te nie zostały podważone przez Odwołującego. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że zarzut podlegał oddaleniu.

Rozpoznając ostatni z podtrzymanych zarzutów dot. błędu w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy Arco System i zaniechaniu odrzucenie oferty tego wykonawcy, Izba

stwierdziła, że również ten zarzut nie potwierdził się. Izba za wyrokiem KIO 34/22 z dn. 24 stycznia 2022 r. wskazuje, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego lub prawnego leżącego u podstaw dokonanych obliczeń. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić.

Odwołujący twierdził, iż w ofercie Arco System mamy do czynienia właśnie z taką sytuacją tzn. niemożliwe jest w racjonalny i logiczny sposób rozstrzygnięcie, która z podanych przez tego wykonawcę wartości (netto czy brutto) dla pozycji 1.2.5) Wykonanie i umieszczenie tablicy informacyjnej jest prawidłowa, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty. Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego uznając, iż w ofercie Arco System nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny (dlatego też zarzut nie podlegał uwzględnianiu), a jedynie z omyłką możliwą do poprawienia na podstawie ustawy Pzp. W ocenie Izby, uwzględniając sposób wyceny oferty, istnieje logiczny sposób na poprawienie zaistniałych rozbieżności. W szczególności zobrazowała to tabela przedstawiona przez Odwołującego. Izba stwierdziła, iż z przedmiotowej tabeli wynika, że poprawnie została wyliczona kwota brutto i kwota podatku VAT, i to te wartości powinny służyć za podstawę wyliczeń, natomiast poprawie podlega kwota netto. Powyższe rozumowanie potwierdza także sumowanie ręczne poszczególnych elementów ceny, dokonane przez Odwołującego, a wobec niekwestionowania go przez pozostałych uczestników postępowania odwoławczego, uznane przez Izbę za bezsporne, z którego wynika, iż wykonawca Arco System do obliczenia ceny przyjął wartość brutto przedmiotowej pozycji. Wobec powyższego w ocenie Izby w ofercie wykonawcy Arco System mamy do czynienia z omyłką, a nie z błędem w obliczeniu ceny.

Zarzut dot. naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, jako zarzut wynikowy, wobec częściowego uwzględnienia odwołania potwierdził się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 7 ust. 3 i 6 oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania w zakresie w którym Zamawiający odpowiada za wynik postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....