

Sygn. akt: KIO 455/23

## WYROK

z dnia 7 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2023 r. przez wykonawcę Trawnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Turowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Miasto Tychy

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Trawnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Turowie na rzecz Gminy Miasto Tychy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 455/23

## Uzasadnienie

Gmina Miasto Tychy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: Budowa boiska przy ul. Edukacji w Tychach, numer referencyjny: Z23/36726. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 13 lutego 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2023/BZP 00092234/01. W tej samej dacie Zamawiający zamieścił na stronie

internetowej dokumenty zamówienia.

Wykonawca Trawnik sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia dotyczących:

- 1) treści warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, opisanego w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret trzecie SWZ w brzmieniu:

Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

- sytuacji ekonomicznej lub finansowej – zamawiający uzna niniejszy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi:

- a) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej

potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Wymagane jest posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej o wartości minimum 5 000 000,00 zł

k który narusza zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, jak również nie umożliwia oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia oraz nie określa warunków jako minimalnych poziomów zdolności, sztucznie wyłączając możliwość wzięcia udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy są zdolni wykonać zamówienie należycie.

- 2) treści warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy, opisanego w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret czwarte SWZ w

brzmieniu:

Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

• zdolności technicznej lub zawodowej – zamawiający uzna niniejszy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi:

a) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, 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.

Wymagane jest:

- wykonanie minimum 1 roboty budowlanej (roboty winna być przedmiotem jednej umowy) obejmującej swym zakresem budowę / przebudowę / remont nawierzchni z trawy hybrydowej o powierzchni minimum 5 000 m<sup>2</sup>,
- wykonanie minimum 1 roboty budowlanej (roboty winna być przedmiotem jednej umowy) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto obejmującej swym zakresem budowę / przebudowę / remont instalacji podgrzewania murawy.

Zamawiający dopuszcza możliwość wykonania obu ww. robót w ramach jednej umowy z zachowaniem wymaganych wartości

który narusza zasady proporcjonalności, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, jak również nie umożliwia oceny zdolności wykonawców do należytego wykonania zamówienia oraz określa warunki poniżej minimalnych poziomów zdolności, dopuszczając do postępowania wykonawców, którzy mogą nie być zdolni wykonać należycie zamówienia.

Wskazaniem powyżej postanowieniom ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia oraz postanowieniom specyfikacji warunków zamówienia (w treści: „SWZ”), Odwołujący zarzucił naruszenie art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie lub błędne zastosowanie, a w konsekwencji postawienie warunków udziału w postępowaniu (pierwszego opisanego w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret trzecie SWZ oraz drugiego opisanego w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret czwarte SWZ), które są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, nie pozwalają na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nie wyrażają się jako „minimalny poziom zdolności” (pierwszy postawiony jest nad wyrost i jest rażąco przeszacowany, drugi postawiony jest poniżej minimalnego poziomu zdolności), a przez to są sprzeczne z zasadą proporcjonalności i naruszają zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ponieważ zmierzają z jednej strony do sztucznego zawężenia

konkurencji (pierwszy) oraz do sztucznego i niezrozumiałego dopuszczenia do postępowania wykonawców niedających rękąmi należytego wykonania zamówienia (drugi), czym Zamawiający zmierza do naruszenia zasady gospodarności, wyrażonej w art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy PZP, a to do udzielenia zamówienia w sposób niezapewniający najlepszej jakości dostaw w ramach środków, które Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz niezapewniający uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

Mając na względzie podniesione zarzuty, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmianę warunku udziału w postępowaniu (opisanego w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret trzecie SWZ) poprzez zmianę wartości 5 000 000,00 złotych na wartość nie wyższą niż 1 000 000,00 złotych (lub wartość odpowiadającą jednej dziewiątej wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego)
- 3) nakazanie Zamawiającemu zmianę warunku udziału w postępowaniu (opisanego w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret czwarte SWZ) poprzez:
  - a) zmianę wymogu 5 000 m<sup>2</sup> na co najmniej 8 000 m<sup>2</sup>
  - b) wprowadzenie wymogu, aby powierzchnia opisana powyżej odnosiła się do wielkości budowanej / przebudowywanej / remontowanej
  - c) wprowadzenie obowiązku wykazania co najmniej dwóch robót budowlanych odnoszących się do budowy/przebudowy/remontu nawierzchni z trawy hybrydowej
  - d) wprowadzenie obowiązku wykazania co najmniej dwóch robót budowlanych odnoszących się do budowy / przebudowy / remontu instalacji podgrzewania murawy

e) połączenie wymogu określonego w myślniku 1 z wymogiem określonym w myślniku 2 - to jest określenie jednego łącznego wymogu realizacji roboty polegającej na wykonaniu instalacji podgrzewania murawy dla nawierzchni z trawy hybrydowej ewentualnie dodanie w myślniku 2, że konieczne jest wykazanie zrealizowania (budowy / przebudowy / remontu instalacji podgrzewania murawy z trawy hybrydowej)

4) przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a w szczególności wskazanych w treści niniejszego odwołania;

5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania; z ostrożności procesowej – na wypadek, gdyby przed wydaniem wyroku Izby w niniejszej sprawie doszło do otwarcia ofert w postępowaniu;

6) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności otwarcia ofert oraz unieważnienia postępowania lub unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że z przepisów art. 112 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 3 Pzp wynika, że istnieją wymogi: proporcjonalności w określaniu warunków udziału w postępowaniu (w stosunku do przedmiotu zamówienia); ustalenia warunków udziału w postępowaniu w sposób, który umożliwia ocenę zdolności oferenta do należytego wykonania zamówienia (a nie jakiegokolwiek wykonania zamówienia, czy też niewykonania go wcale); wyrażenia warunków udziału w postępowaniu jako minimalnych poziomów zdolności (a nie poniżej, czy powyżej tych poziomów zdolności, czy też jako wypadkowej - jednych warunków jako zaniżonych, innych jako „przestrzelonych”); równego traktowania wykonawców, którzy znajdują się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej (a jednocześnie zróżnicowane traktowanie tych wykonawców, których sytuacja faktyczna, czy sytuacja prawna jest odmienna) – a przez to również odróżnianie wykonawców posiadających kwalifikacje do wykonania zamówienia od wykonawców, których tych kwalifikacji nie posiadają, zaś w gronie wykonawców wykwalifikowanych – traktowanie ich tak samo; zachowania uczciwej konkurencji (wyrażającej się m.in. w tym, aby z jednej strony nie zawężać tej konkurencji sztucznie, a z drugiej strony sztucznie nie rozszerzać kręgu potencjalnych oferentów, czy też dokonywać takich zabiegów, które łączą powyższe – z jednej strony niezrozumiale ograniczając liczbę oferentów, a z drugiej strony ją rozszerzając).

Zdaniem Odwołującego powyższe nie zostało zrealizowane przez Zamawiającego, który postawił w postępowaniu warunki udziału, które są nieproporcjonalne, uniemożliwiają ocenę zdolności oferentów do należytego wykonania zamówienia, nie zostały postawione jako minimalne poziomy zdolności, prowadzą do nierównego traktowania wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej i prawnej oraz do zrównania sytuacji wykonawców znajdujących się w odmiennych sytuacjach faktycznych lub prawnych, wreszcie sztucznie naruszają uczciwą konkurencję. Odwołujący sprecyzował, że w zaskarżonych warunkach udziału w postępowaniu znajdują się nieprawidłowości w:

1) zbyt wysokiej kwocie wymaganej dla wykazania zdolności finansowej (wymóg – 5 milionów złotych), podczas gdy środki takie w żaden sposób nie są niezbędne ani nawet przydatne dla realizacji niniejszego zamówienia;

2) nieprzystającej (zbyt małej) powierzchni nawierzchni hybrydowej w stosunku do przedmiotu zamówienia (wymóg - 5 000 m<sup>2</sup>);

3) nie odniesieniu powierzchni nawierzchni hybrydowej do powierzchni wybudowanej / przebudowanej / remontowanej (a zatem dopuszczeniu, aby wykonawca wykazał, że na boisku o powierzchni nawierzchni 5 000 m<sup>2</sup> dokonał remontu fragmentu o powierzchni 1 m<sup>2</sup> lub przebudował 1 m<sup>2</sup> powierzchni, czy też rozbudował takie boisko o 1 m<sup>2</sup> powierzchni)

4) niewymaganiu wykazania doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch robót budowlanych, a przez to dopuszczenie do postępowania podmiotów, które nie wykazują się umiejętnością powtórzenia tego typu realizacji

5) rozdzieleniu wymogu odnoszącego się do typu nawierzchni (hybrydowej) oraz wymogu odnoszącego się do instalacji podgrzewania murawy, podczas gdy instalacja podgrzewania murawy jest całkowicie różna przy murawach sztucznych, naturalnych oraz hybrydowych, a zatem oba wymogi powinny być opisane jako jeden warunek (łącznie)

6) ewentualnie niewymaganiu, aby doświadczenie w realizacji instalacji podgrzewania murawy (budowy / przebudowy / remontu) odnosiło się do instalacji podgrzewania murawy z trawy hybrydowej

W ocenie Odwołującego wskazana w warunku kwota 5 000 000,00 złotych jest całkowicie nieadekwatna do przedmiotu zamówienia. Zamówienie realizowane jest przez okres 18 miesięcy, a płatności uzyskiwane są miesięcznie (termin płatności wynosi 21 dni). Z tego wynika, że pierwsza faktura zostanie złożona po pierwszym miesiącu realizacji zamówienia i zostanie zapłacona po 21 dniach (czyli przed zakończeniem drugiego miesiąca realizacji robót). Z tego wynika, że wykonawca zmuszony jest „kredytować” zamówienie przez okres nie dłuższy niż 2 miesiące, ponieważ po tym terminie „odzyskuje” środki, które włożył. Z tego powodu, upraszczając, stawiając warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien wyszacowaną przez siebie wartość zamówienia podzielić przez 18 miesięcy i pomnożyć razy 2 (czyli dwa miesiące). Daje to jedną dziewiątą wartości zamówienia i takie środki finansowe powinien posiadać wykonawca, żeby poradzić sobie z kredytowaniem inwestycji przez dwa miesiące. Wyższe kwoty są nieadekwatne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, sztucznie zawężają krąg podmiotów mogących złożyć ofertę w postępowaniu, naruszają uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Przyjmując z kolei, że 5 milionów złotych stanowi ową jedną dziewiątą wartości zamówienia, całkowita wartość zamówienia musiałaby być wyszacowana na poziomie 45 milionów złotych, co powodowałoby, że zamówienie toczyłoby się w zupełnie innym trybie (jako zamówienie powyżej progów unijnych) - a zatem hipoteza taka jest niemożliwa do obrony. Z tego powodu warunek

udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny i nie znajduje żadnego racjonalnego uargumentowania poza sztucznym zawężeniem konkurencji do podmiotów „bogaty”, które jednak w żaden sposób nie dają rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Następnie Odwołujący wskazał, że wskazana w warunku powierzchnia nawierzchni z trawy hybrydowej 5 000 m<sup>2</sup> jest nieadekwatna i nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia. Projektowane boisko ma wymiar pola gry wynoszący 105 m x 68 m (7 140 m<sup>2</sup>), które wraz z strefą bezpieczną ma wielkość 115 m x 74 m co daje nam powierzchnię równą 8 510 m<sup>2</sup>. Regulowane przepisami FIFA/UEFA pełnowymiarowe i profesjonalne boisko do piłki nożnej ma właśnie wymiar pola gry wynoszący 7 140 m<sup>2</sup> (najmniejsza powierzchnia minimalna profesjonalnego boiska do piłki nożnej), a wraz ze strefą bezpieczną ma wymiar 8 510 m<sup>2</sup>. Wymagana przez Zamawiającego powierzchnia 5 000 m<sup>2</sup> „nawierzchni z trawy hybrydowej” nie odpowiada więc żadnemu profesjonalnemu boisku do piłki nożnej, a zatem nie jest wiadome do czego nawierzchnia ta miałaby się odnosić. Czym innym jest montaż nawierzchni na profesjonalnym boisku do piłki nożnej, które jest poddawane wieloczynnikowym kontrolom, wymaganiom oraz do którego odnosi się wiele norm, certyfikatów i atestów (w szczególności międzynarodowych – FIFA i UEFA), a czym innym jest montaż nawierzchni na jakiegokolwiek innej powierzchni (boisku szkolnym, osiedlowym, itp.). Jakkolwiek więc, pomiędzy przedmiotem zamówienia (8 510 m<sup>2</sup> nawierzchni), a wymogiem zawartym w warunku udziału w postępowaniu (5 000 m<sup>2</sup>) jest różnica „zaledwie” 3 510 m<sup>2</sup>, to rzeczywista różnica wyraża się w typie realizacji oraz jej skomplikowaniu, ponieważ przy wymiarze 8 510 m<sup>2</sup> całości (czy też 7 140 m<sup>2</sup> samego boiska) następuje przeskok w skomplikowaniu ze „zwykłego” boiska do pełnowymiarowego boiska poddanego różnego rodzaju reżimom FIFA / UEFA, którego realizacja jest dużo bardziej skomplikowana niż realizacja dowolnego innego boiska. Z tego powodu Odwołujący uważa, że warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny i nie znajduje żadnego racjonalnego uargumentowania poza sztucznym rozszerzeniem kręgu podmiotów dopuszczonych do postępowania, które nie dają rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia, mogły nigdy nie realizować pełnowymiarowych boisk FIFA/UEFA, warunek jest poniżej minimalnych zdolności, nie daje żadnej możliwości weryfikacji, czy oferenci posiadają doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, a tym samym dopuszcza się do złożenia ofert podmioty, które nie mają pojęcia o uwarunkowaniach realizacji takich boisk i niebędące w stanie prawidłowo wycenić ofert (rzetelnie), co w dalszej konsekwencji może doprowadzić do niezrealizowania zamówienia, zejścia wykonawcy z budowy, itp.

Nadto w ocenie Odwołującego wskazana w warunku powierzchnia nawierzchni z trawy hybrydowej – 5 000 m<sup>2</sup> w sposób w jaki została opisana w warunku, nie daje żadnej gwarancji, że wykonawca rzeczywiście wykonał / przebudował / wyremontował 5 000 m<sup>2</sup> nawierzchni, ale że roboty budowlane toczyły się przy nawierzchni o takiej powierzchni

(warunek udziału w postępowaniu nie wymusza, aby roboty dotyczyły właśnie takiej powierzchni). Mając na uwadze, że pojęcie budowy (zgodnie z art. 3 pkt 6 Prawa budowlanego) obejmuje również „rozbudowę”, przebudowa polega na zmianie parametrów (zob. art. 3 pkt 7a Prawa budowlanego), a remont to odtworzenie stanu pierwotnego (zob. art. 3 pkt 8 Prawa budowlanego), warunek udziału w postępowaniu w brzmieniu: wykonanie minimum 1 roboty budowlanej (roboty winna być przedmiotem jednej umowy) obejmującej swym zakresem budowę / przebudowę / remont nawierzchni z trawy hybrydowej o powierzchni minimum 5 000 m<sup>2</sup> można odczytać w taki sposób, że dopuszczalne jest wykazanie rozbudowy nawierzchni z trawy hybrydowej, która przed rozbudową miała 5 000 m<sup>2</sup> o dodatkowy 1 m<sup>2</sup>. Tak samo – dopuszczalne byłoby wykazanie, że na nawierzchni o powierzchni 5 000 m<sup>2</sup> wykonano przebudowę (zmieniono parametry) wyłącznie 1 m<sup>2</sup> nawierzchni lub że na boisku o powierzchni 5 000 m<sup>2</sup> dokonano remontu uszkodzonego 1 m<sup>2</sup> nawierzchni. W każdym z tych przypadków są wykonane roboty budowlane (czy to budowa[rozbudowa], czy przebudowa, czy remont) i dotyczą one nawierzchni z trawy hybrydowej o powierzchni 5 000 m<sup>2</sup>. Z tego wynika, że wykonawca, który nie wykonał 5 000 m<sup>2</sup> nawierzchni i tak jest w stanie wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Z tego powodu Odwołujący uważa, że warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny i nie znajduje żadnego racjonalnego uargumentowania poza sztucznym rozszerzeniem kręgu podmiotów dopuszczonych do postępowania, które nie dają rękojmi prawidłowego wykonania zamówienia, mogły nie tylko nigdy nie realizować pełnowymiarowych boisk FIFA/UEFA, ale nawet nie zrealizować 5 000 m<sup>2</sup> nawierzchni, tylko np. 1 m<sup>2</sup> nawierzchni. Warunek opisany jest poniżej minimalnych zdolności, nie daje żadnej możliwości weryfikacji, czy oferenci posiadają czy nie posiadają doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia, a tym samym dopuszcza się do złożenia ofert podmioty, które nie mają należytego doświadczenia i nie są w stanie prawidłowo wycenić ofert (rzetelnie), co w dalszej konsekwencji może doprowadzić do niezrealizowania zamówienia, zejścia wykonawcy z budowy, itp.

Odwołujący stwierdził, że postawienie przez Zamawiającego wymogu, zgodnie z którym wystarczającym dla wykazania warunków udziału w postępowaniu miałyby być jednorazowe wykonanie wskazanych robót budowlanych nie daje żadnej pewności, że wykonawca wykazujący taką realizację jest w stanie ją powtórzyć. Prawidłowym postępowaniem jest określanie przez Zamawiających warunków udziału w postępowaniu wymagających wykazanie powtarzalności wykonanych dostaw / usług / robót budowlanych w ilości co najmniej dwóch usług. W taki sposób swoje specyfikacje warunków zamówienia (w tym w szczególności warunki udziału w postępowaniu), w odniesieniu do dużo prostszej murawy z trawy naturalnej konstruuje przykładowo Stadion Narodowy w Warszawie

wymagając dwukrotności (zob. ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2021/S 123-325426 z dnia 29 czerwca 2021 roku) lub trzykrotności (zob. ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2023/S 012-030525 z dnia 17 stycznia 2023 roku) wykonania zamówień referencyjnych, na które powołuje się oferent w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Mając na uwadze trudniejszą w realizacji nawierzchnię z trawy hybrydowej, jak również skomplikowaną instalację do podgrzewania murawy, wymóg dwukrotności wykonania robót budowlanych odnoszących się do tych zakresów uznać należy za konieczny, dla wykazania rzetelności wykonawcy i dający rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia przez wybranego wykonawcę. Warunek udziału w postępowaniu, w jego obecnym brzmieniu, jest nieproporcjonalny i nie znajduje żadnego racjonalnego uargumentowania poza sztucznym rozszerzeniem kręgu podmiotów dopuszczonych do postępowania, które nie dają rękojmi prawidłowego

wykonania zamówienia, a realizacja jednych robót budowlanych nie daje żadnej pewności, czy oferent będzie w stanie powtórzyć wykonanie takich robót, wykonując je przy okazji należycie. Stąd warunek opisany jest poniżej minimalnych zdolności, a tym samym dopuszcza się do złożenia ofert podmioty, które nie mają należytego doświadczenia i mogą nie być w stanie należycie wyznaczyć ceny ofertowej oraz należycie wykonać zamówienia.

Odwolujący podniósł, że Zamawiający postawił dwa odrębne wymogi (które fakultatywnie można spełniać łącznie, przy czym łączne spełnienie nie jest wymagane): wykonanie minimum 1 roboty budowlanej (robotą winna być przedmiotem jednej umowy) obejmującej swym zakresem budowę / przebudowę / remont nawierzchni z trawy hybrydowej o powierzchni minimum 5 000 m<sup>2</sup> oraz wykonanie minimum 1 roboty budowlanej (robotą winna być przedmiotem jednej umowy) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto obejmującej swym zakresem budowę / przebudowę / remont instalacji podgrzewania murawy. Zamawiający dopuścił możliwość wykonania obu ww. robót w ramach jednej umowy z zachowaniem wymaganych wartości. Wykonanie instalacji podgrzewania murawy, przy budowie boiska z trawy hybrydowej jest specyficzne i odmienne od wykonania podgrzewania innego typu muraw. Jedną z głównych różnic jest fakt, że system ogrzewania nawierzchni hybrydowej układa się na warstwie żwiru, a nie na piasku, jak w przypadku innych muraw. Ponadto, układanie kolejnych warstw grzewczych nawierzchni wymaga specjalistycznego sprzętu i doświadczenia, który nie spowoduje zgrzeszenia i utraty parametrów funkcjonalnych docelowej nawierzchni trawiastej. Wszystko to wymaga nie tylko wiedzy, ale także doświadczenia i specjalistycznych umiejętności, aby zapewnić właściwe i bezpieczne funkcjonowanie boiska. W związku z tym prawidłowym byłoby połączenie obu wymogów w jeden lub rozszerzenie drugiego wymogu poprzez dopisanie, że instalacja podgrzewania murawy powinna dotyczyć boiska z nawierzchnią z trawy hybrydowej.

Warunek udziału w postępowaniu, w jego obecnym brzmieniu, jest nieproporcjonalny i nie daje możliwości sprawdzenia, czy oferent składający ofertę daje rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Warunek opisany jest poniżej minimalnych zdolności, a tym samym dopuszcza się do złożenia ofert podmioty, które nie mają należytego doświadczenia i mogą nie być w stanie należycie wyznaczyć ceny ofertowej oraz należycie wykonać zamówienia.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie. Wskazał jednocześnie, że wprowadził zmiany w zakresie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, opisanego w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret trzecie SWZ, które otrzymały brzmienie:

„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

- sytuacji ekonomicznej lub finansowej – zamawiający uzna niniejszy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi:

a) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Wymagane jest posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej o wartości minimum 4 000 000,00 zł.”

Z kolei treść warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy, opisanego w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret czwarte SWZ przyjęła brzmienie:

„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

- zdolności technicznej lub zawodowej – zamawiający uzna niniejszy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi:

a) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, 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.

Wymagane jest:

- wykonanie minimum jednej roboty budowlanej (robotą winna być przedmiotem jednej umowy) polegającej na budowie/przebudowie/remoncie obejmującej/obejmującym co najmniej 5000 m<sup>2</sup> nawierzchni z trawy hybrydowej,
- wykonanie minimum 1 roboty budowlanej (robotą winna być przedmiotem jednej umowy) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto obejmującej swym zakresem budowę / przebudowę / remont instalacji podgrzewania murawy.

Zamawiający dopuszcza możliwość wykonania obu ww. robót w ramach jednej umowy z zachowaniem wymaganych wartości.”

Zamawiający stwierdził, że nie podziela zastrzeżeń jakie Odwołujący sformułował wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia. Tym niemniej po ponownym przeanalizowaniu dokumentacji inwestycji obniżył wysokość oczekiwanych od Wykonawcy środków finansowych lub zdolności kredytowej do kwoty 4 000 000,00 zł oraz doprecyzował wymóg dotyczący doświadczenia poprzez jasne wskazanie, iż oczekuje, aby określona przez niego

powierzchnia (bez dokonywania zmiany jej wartości) odnosiła się do wielkości zarówno budowanej jak przebudowywanej/remontowanej - tak by uniknąć wątpliwości, iż w istocie taka była od początku jego intencja w tym zakresie.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów, tj. zarzutu niewspółmiernie wysokich, zdaniem Odwołującego, oczekiwań Zamawiającego, co do posiadanych przez Wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej, Zamawiający stwierdził, iż argumentację, która przywiodła Odwołującego do sformułowania rzeczzonego zarzutu i jego oczekiwania co do „należytych” wartości, jakich Zamawiający winien domagać się od Wykonawców trudno określić jako profesjonalne. Czynione przez Odwołującego założenia, że w kontekście miesięcznego fakturowania i 21 dniowego terminu płatności, jedynymi „własnymi” środkami jaki będzie musiał zaangażować w realizację inwestycji, będą kwoty niezbędne do sfinansowania pierwszych dwóch miesięcy, zaś pozostały zakres realizowany będzie z bieżąco otrzymywanego od Zamawiającego wynagrodzenia wzbudzają poważne wątpliwości, co do poziomu świadomości Odwołującego w zakresie przebiegu procesu inwestycyjnego. Odwołującemu zdaje się umykać okoliczność, iż po pierwsze będzie zobligowany do realizacji prac zgodnie z zaakceptowanym przez Zamawiającego harmonogramem, po drugie, że harmonogram ten będzie musiał uwzględniać określone przez Zamawiającego „kamienie milowe”, a co za tym idzie miesięczne przeroby nie będą wynikiem prostego podziału całkowitej kwoty wynagrodzenia przez 18 (zakładana ilość miesięcy realizacji inwestycji), po trzecie zaś, że będzie zmuszony nabywać materiały i płacić swoim podwykonawcom zanim otrzyma kolejną transzę wynagrodzenia (§ 6 ust. 8

Załącznika nr 3 do ZWZ – „projektowane postanowienia umowy”).

Zamawiający stwierdził, że na potrzeby zorganizowania postępowania i oszacowania środków, jakie potencjalny Wykonawca będzie musiał posiadać, aby zrealizować zadanie oraz w związku z faktem, iż ubiega się o dofinansowanie inwestycji ze środków Ministerstwa Sportu i Turystyki w ramach Programu Rozwoju Infrastruktury Piłkarskiej - edycja 2022, stworzył w oparciu o zapisy kosztorysu inwestorskiego - harmonogram realizacji zadania. Z treści tego harmonogramu wynika, że realizacja inwestycji zgodnie ze sztuką budowlaną, utrzymaniem terminów „kamieni milowych” oraz zakładanego terminu jej zakończenia, będzie musiała przebiegać w sposób zasadniczo odbiegający od „założeń” Odwołującego. Analiza harmonogramu realizacji zadania pozwoliła Zamawiającemu oszacować, jakimi środkami własnymi, na poszczególnych etapach inwestycji będzie musiał dysponować Wykonawca, aby terminowo zrealizować inwestycję. I to właśnie te analizy były podstawą dla określenia przez Zamawiającego warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, opisanego w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret trzecie SWZ. I tak, Zamawiający określając minimalne wymogi w zakresie korzystania ze środków własnych, tj. między innymi przyjmując, iż w toku realizacji inwestycji, cały zysk osiągany przez Wykonawcę przeznaczany będzie na finansowanie kolejnych etapów inwestycji, ustalił:

- 1) Przed rozpoczęciem inwestycji, Wykonawca będzie musiał dysponować środkami własnymi w wysokości 1 300 000 zł (980 000 zł + 320 000 zł) – na sfinansowanie prac w miesiącach III i IV
- 2) W miesiąc V Wykonawca wejdzie otrzymując wynagrodzenie za miesiąc III (+980 000 zł) ale musząc sfinansować prace z miesiąca V (-520 000 zł)
- 3) W miesiąc VI Wykonawca wejdzie z kwotą +460 000 zł (980 000 zł – 520 000 zł) otrzymując wynagrodzenie za miesiąc IV (+320 000 zł) ale musząc sfinansować prace z miesiąca VI (-250 000 zł)
- 4) W miesiąc VII Wykonawca wejdzie z kwotą +530 000 zł (460 000 zł + 320 000 zł – 250 000 zł) otrzymując wynagrodzenie za miesiąc V (+520 000 zł) ale musząc sfinansować prace z miesiąca VII (-1 970 000 zł)
- 5) W miesiąc VIII Wykonawca wejdzie z kwotą -920 000 zł (530 000 zł + 520 000 zł – 1 970 000 zł) otrzymując wynagrodzenie za miesiąc VI (+250 000 zł) ale musząc sfinansować prace z miesiąca VIII (-800 000 zł)
- 6) W miesiąc X Wykonawca wejdzie z kwotą – 1 470 000 zł (-920 000 zł + 250 000 zł – 800 000 zł) otrzymując wynagrodzenie za miesiąc VII (+1 970 000 zł) ale musząc

sfinansować prace z miesiąca X (-4 492 350 zł)

To oznacza, że zaistnieje w toku niniejszej inwestycji moment, w którym Wykonawca będzie musiał dysponować środkami własnymi lub zdolnością kredytową na kwotę co najmniej 3 992 350 zł (- 1 470 000 zł + 1 970 000 zł – 4 492 350 zł).

Z powyższej analizy zdaniem Zamawiającego wynika, że ustalony przez niego warunek odnoszący się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy po pierwsze, nie został sformułowany bezrefleksyjnie, tudzież w oparciu o tyleż prosty, co kompletnie nieprzystający do realiów, rachunek matematyczny. Po drugie zaś, uzyskana przez Zamawiającego wartość znacznie odbiega od wartości jakiej w odwołaniu oczekuje Odwołujący (wartość nie wyższa niż 1 000 000,00 złotych lub wartość odpowiadająca jednej dziewiątej wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego). Jak podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 2018-02-09, KIO 156/18, KIO 157/18, KIO 158/18, KIO 159/18, KIO 160/18, KIO 161/18: "Potencjał ekonomiczno - finansowy ma za zadanie umożliwić wykonawcy prawidłową i terminową realizację przedmiotu zamówienia do chwili uzyskania od zamawiającego płatności lub płatności częściowej. W praktyce chodzi zatem o to, aby wykonawca realizujący zamówienie publiczne dysponował środkami finansowymi lub zdolnością kredytową umożliwiającą zakup materiałów, wynajem sprzętu czy opłacenie ludzi zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia." W/w. wyrok zawiera nadto wskazówki, jakie okoliczności zamawiający powinien brać pod uwagę, ustalając treść warunku dotyczącego sytuacji finansowej, tak by był on zgodny przepisami Pzp, tzn. proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do

należytego wykonania zamówienia, i tak zgodnie z nimi - Zamawiający musi przeanalizować zakres zamówienia, który będzie musiał samodzielnie sfinansować wykonawca, biorąc pod uwagę przewidziany sposób rozliczenia kontraktu (np. zaliczkowanie, płatności częściowe itp.) i ustalić wymagana kwotę tak, by odpowiadała ona tej wartości. Biorąc pod uwagę powyższe nie sposób uznać, iż zarzut Odwołującego w zakresie warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy w jakikolwiek sposób narusza przepis art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz pkt 3 ustawy PZP bądź przepis art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, w szczególności zaś, że sformułowany został nieproporcjonalnie, w sposób uniemożliwiający ocenę zdolności oferentów do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający stoi na stanowisku, iż określając swoje oczekiwania w zakresie potencjału ekonomicznofinansowego wykonawców, uczynił zadość wymogom formułowanym przez przepisy, a precyzowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Co więcej, w aktualnej sytuacji rynkowej jednym z zasadniczych problemów jest brak zdolności wykonawców do udźwignięcia ciężaru finansowego zamówień, które realizują. Nie powinno zatem budzić sprzeciwu, również u samych wykonawców to, że zamawiający sprawdzają ich finanse i oczekują, by były one na takim poziomie, jaki według

najlepszej wiedzy zamawiającego pozwoli wykonawcy zrealizować inwestycję - nawet jeśli sam wykonawca nie ma do końca świadomości koniecznego zaangażowania. Negatywne skutki niezdolności do zrealizowania zamówienia dotyczą nie tylko wykonawcę, ale także zamawiającego. Z drugiej strony Zamawiający stara się w/w ryzyko utraty płynności finansowej wykonawców minimalizować nie tylko poprzez określenie realnych wymogów finansowych, ale także przewidując płatności częściowe (i to miesięczne) oraz wprowadzając do umowy zapisy waloryzacyjne. Wszystko po to, żeby zminimalizować ryzyko niekorzystnego dla każdej ze stron zerwania kontraktu.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów, tj. zarzutu odnoszącego się do oczekiwanych przez Zamawiającego zdolności technicznych i zawodowych wykonawcy, opisanych w sekcji V pkt 5.4 Ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale 6 pkt 6.2 tiret czwarte SWZ, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący ma on na celu jedynie ograniczenie konkurencyjności postępowania. Formułowania zarzutu oraz idących za nim oczekiwań, co do treści warunku, zmierzających do tyleż drastycznego, co zupełnie nieuzasadnionego ograniczenia kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, by uprzywilejować Odwołującego nie sposób spójnie pogodzić z wymogami Pzp. Jak powszechnie podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, określenie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Wykonawca zatem, wbrew prezentowanemu przez Odwołującego stanowisku, nie może w drodze środków ochrony prawnej domagać się „zaostżenia” warunków, które określił Zamawiający. Zarówno nieokreślenie warunków jak i określenie ich na niższym poziomie, niż jest to dopuszczalne z uwagi na przedmiot zamówienia, nie stanowi naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP (wyrok KIO 2293/21 z dnia 3 września 2021 r.). Niniejsze potwierdza publikacja Urzędu Zamówień Publicznych z 2021 r., gdzie wskazano, iż: Swoboda określenia przez zamawiających warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz). Zamawiający, o ile w ogóle określa warunki udziału w postępowaniu (zgodnie bowiem z art. 57 pkt 2 ustawy PZP, zamawiający może, ale nie musi określać warunków udziału w postępowaniu), zobowiązany jest uwzględnić przy określaniu warunków swoje potrzeby i wybrać wykonawcę w ten sposób, aby zagwarantowane było należyte wykonanie zadania.

W zakresie wywodów Odwołującego na temat wymiarów i powierzchni boisk piłkarskich, Zamawiający w pierwszej kolejności oświadczył, iż planując przedmiotową inwestycję i dysponując jej dokumentacją projektową ma wiedzę na temat regulaminowych wymiarów boisk do piłki nożnej, stoi jednak na stanowisku, że wykraczającym poza zasadę proporcjonalności byłoby oczekiwanie od wykonawców doświadczenia w zakresie realizacji

wymiarowego boiska do piłki nożnej w sytuacji, gdy o zdolności potencjalnego wykonawcy do prawidłowego wykonania zadania świadczyć będzie realizacja inwestycji o mniejszej powierzchni, która nie będzie się istotnie w zakresie technologii różniła od inwestycji objętej przedmiotem zamówienia. Zamawiający planując swą inwestycję poczynił ustalenia, że oczekiwany przez niego rodzaj nawierzchni (trawa hybrydowa) w profesjonalnym sporcie wykorzystywany jest chociażby przy realizacji kortów tenisowych. Regulaminowa powierzchnia kortu tenisowego to 260,76 m<sup>2</sup>. Biorąc pod uwagę powyższe, oczekiwana przez Zamawiającego powierzchnia 5000 m<sup>2</sup> pozwala na pokrycie trawą 19 regulaminowych kortów tenisowych. W opinii Zamawiającego, wykazanie się przez Wykonawcę doświadczeniem w zakresie budowy/przebudowy/remontu obejmującej/obejmującym co najmniej 5000 m<sup>2</sup> nawierzchni z trawy hybrydowej, jest warunkiem w zupełności wystarczającym, a jednocześnie nie powodującym nieuzasadnionego ograniczenia konkurencyjności postępowania, poprzez bezpodstawną eliminację z niego podmiotów, które dysponują dużym doświadczeniem w zakresie realizacji inwestycji o zbliżonym charakterze, które nie były pełnowymiarowymi boiskami do gry w piłkę nożną. Na marginesie Zamawiający zauważył, że oczekiwania Odwołującego eliminowałyby z udziału w postępowaniu również wykonawców boisk do rugby, których realizacja (przy ich maksymalnym wymiarze 100m x 70m), także w opinii Odwołującego nie dawałaby gwarancji zdolności do wykonania tak „skomplikowanego” tworu jakim jest boisko do piłki nożnej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego dopuszczenia do udziału w postępowaniu także podmiotów, które jedynie dokonywały przebudowy lub remontu nawierzchni o powierzchni 5000 m<sup>2</sup>, bez wskazania jaką powierzchnię sama przebudowa lub remont miałyby obejmować, Zamawiający podniósł, iż doprecyzował pierwotnie sformułowany warunek, jednak doprecyzowanie to stanowi jedynie odzwierciedlenie jego pierwotnych oczekiwań, co do doświadczenia wykonawców, natomiast nawet gdyby przyjąć interpretację pierwotnego brzmienia warunku forsowaną przez Odwołującego, to i tak Zamawiający uważa, że nie można byłoby stawiać mu zarzutu z powodu sformułowania „nazbyt szerokiego” warunku. Zamawiający uważa, iż opis stawianych wykonawcom warunków powinien być precyzyjny i nie chcąc, aby ta tym tle dochodziło do jakichkolwiek wątpliwości, zdecydował się na uściślenie przedmiotowego zapisu.

W kwestii wymogu jednokrotności wykonania robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie/remontie nawierzchni z trawy hybrydowej oraz wymogu jednokrotności wykonania robót budowlanych polegających na

budowie/przebudowie/remontcie instalacji podgrzewania murawy, Zamawiający stwierdził, że nie sposób nie zauważyć, iż nie są one poparte jakkolwiek argumentacją prawną. Wykonawca oświadczył, że chciałby, aby wymóg ten został w taki sposób sformułowany, ale

władnym do formułowania warunków udziału w postępowaniach są zamawiający, a nie wykonawcy, zaś istotą odwołania jest wskazanie, dlaczego warunek określony przez Zamawiającego jest sprzeczny z prawem. W opinii Zamawiającego, Odwołujący poprzestał na sformułowaniu tezy na temat bezprawności i oczekiwań, co do preferowanego przez siebie brzmienia rzeczzonego warunku, kapitulując w zakresie argumentacji.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że idąc tropem rozumowania Odwołującego niemożliwym byłoby prawidłowe zorganizowanie postępowania na realizację jakichkolwiek prekursorskich inwestycji. Pominąwszy już tezę Odwołującego, że wykonawca może zapewnić o swej zdolności do realizacji zamówienia dopiero jeśli wykonuje je po raz trzeci (!), to zdaniem Odwołującego musi się wykazać doświadczeniem w realizacji dokładnie takiego samego zakresu prac, co w sytuacji zamówień obejmujących rozwiązania nowatorskie jest z samej definicji niewykonalne.

Z kolei do zarzutu braku połączenia wymogu wykonania nawierzchni z trawy hybrydowej z wykonaniem instalacji podgrzewania murawy ewentualnie braku wymogu, aby instalacja podgrzewania murawy odnosiła się do murawy z trawy syntetycznej, Zamawiający stwierdził, że trudno jest się rzeczowo odnieść. Zarzut opiera się na głośnym twierdzeniu, że wykonanie instalacji podgrzewania murawy, przy budowie boiska z trawy hybrydowej jest specyficzne i odmienne od wykonania podgrzewania innego typu muraw. Odwołujący poza sformułowaniem wyżej przytoczonej tezy, nie zaproponował żadnych dowodów na wykazanie owej wyjątkowej specyficzności takiej instalacji. Zamawiający uważa natomiast, że jest przeciwnie, że wykonanie instalacji podgrzewania murawy, przy budowie boiska z trawy hybrydowej, nie jest ani technologicznie, ani montażowo diametralnie odbiegające od wykonania podgrzewania jakiegokolwiek innego typu muraw. Co za tym idzie, Zamawiający uważa, że podmiot mający doświadczenie w zakresie wykonania dostatecznie dużej instalacji podgrzewania murawy gwarantuje odpowiednią zdolność techniczną bez względu na rodzaj murawy, która za pomocą tejże instalacji miała być podgrzewana.

Do pisma zostały załączone: zmiana treści SWZ wraz z dowodem zamieszczenia na stronie prowadzonego postępowania, Harmonogram realizacji zadania pn.: „Budowa boiska piłkarskiego przy ul. Edukacji”.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na posiedzeniu przez Odwołującego w postaci informacji z innego postępowania na podobny przedmiot zamówienia, opinii prywatnej p. Marcina Puzio wydanej do ww. postępowania wraz z załącznikiem (sprawozdanie z badań nr GO/464/17) oraz opinii prof. dr hab. inż. Karola Wolskiego Vredo Polska sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane przez Strony, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 Pzp.

W uzasadnieniu swojego interesu w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej Odwołujący stwierdził w szczególności, że jest podmiotem, który oferuje na rynku dostawę produktów i realizację usług / robót budowlanych wchodzących w przedmiot niniejszego zamówienia i ma zamiar złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu i ubiegać się o zamówienie. Jakkolwiek mogłoby się wydawać, że nieproporcjonalny opis warunków udziału w postępowaniu (poprzez ich określenie poniżej poziomu minimalnego), który na dodatek nie daje możliwości rzeczywistej weryfikacji zdolności wykonawców do rzetelnego wykonania zamówienia, nie powinien stanowić przeszkody dla Odwołującego, jak również nie grozi mu szkoda, to w rzeczywistości jest odmiennie. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu podmiotów nieposiadających wystarczających kwalifikacji do realizacji zamówienia skutkuje po pierwsze sztucznym rozszerzeniem kręgu podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu oraz pozyskać zamówienie (co utrudnia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i ogranicza możliwość jego uzyskania) po drugie zaniżeniem cen w postępowaniu, co wiąże się z brakiem faktycznej wiedzy i doświadczenia potencjalnych oferentów, dla których może się wydawać, że realizacja przedmiotowego boiska jest typową realizacją (analogiczną do boisk z trawy naturalnej), podczas gdy realizacja ta jest wysoce bardziej wyspecjalizowana i wymaga dużo większej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący jest zwolennikiem obniżania cen i kosztów, które musi ponosić Zamawiający, ale w sytuacji, gdy wynika to z uczciwej gry rynkowej i przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, a nie w przypadku nierozpoznania bądź wadliwego rozpoznania przedmiotu zamówienia przez podmioty nieposiadające kwalifikacji do jego realizacji. Z drugiej strony, sztuczne zawyżanie i rażące wygórowanie warunku udziału odnoszącego się do sytuacji finansowej wykonawców (który nie przystaje do przedmiotu zamówienia – a zatem również jest nieproporcjonalny, przy czym „w drugą stronę”) – również ogranicza Odwołującemu możliwość wzięcia udziału w postępowaniu i złożenia oferty, bowiem wymagane środki finansowe są w wysokości zbyt wysokiej dla Odwołującego, a przy okazji w wysokości nieproporcjonalnej do przedmiotu zamówienia, naruszając tym samym uczciwą konkurencję i zawiązując ją w sposób Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ całkowicie narusza uczciwą konkurencję w postępowaniu, z jednej strony sztucznie rozszerzając krąg podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu i pozyskać zamówienie, a zatem ograniczając możliwość złożenia

prawidłowo wycenionych ofert podmiotom wykwalifikowanym, z drugiej zaś strony sztucznie zawiązując konkurencję, ograniczając możliwość złożenia oferty podmiotom mającym zdolność do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 Pzp.

Następnie Izbą ustalila, co następuje:

Stosownie do pkt 3.1 SWZ Przedmiotem zamówienia jest budowa boiska przy ul. Edukacji w Tychach, zgodnie z dokumentacją projektową oraz STWiOR, autorstwa AMIBUD C. I.

Zakres prac obejmuje m.in.: roboty ziemne, rozbiórkowe, wywozy, utylizacje, profilowanie terenu i skarp, wymianę gruntu, podbudowę, odwodnienie boiska, kanalizację deszczową, instalację wodociągową, instalację zraszania płyty boiska, instalację podgrzewania płyty boiska wraz z węzłem, zbiorniki retencyjne, nawierzchnię boiska z trawy naturalnej hybrydowej wraz z warstwą wegetacyjną, oświetlenie, nagłośnienie, monitoring, instalacje elektryczne, instalacje teleinformatyczne, ciągi komunikacyjne, stanowiska postojowe wraz z robotami towarzyszącymi, podbudowami, trybuny, wiaty stadionowe, elementy małej architektury, budynek techniczno - socjalny wraz z instalacjami i wyposażeniem, piłkochwyty, ogrodzenie, wyposażenie obiektu, tereny zielone, pielęgnację murawy, szkolenie przyszłego administratora obiektu, uzyskanie pozwolenia na użytkowanie obiektu. Po stronie wykonawcy będzie przygotowanie dokumentacji powykonawczej, wraz z geodezją powykonawczą, a także zabezpieczenie placu budowy, ochrona zieleni, obsługa geodezyjna, badania, sprawdzenia. Wszystkie roboty zanikowe i ulegające zakryciu będą odbierane przez zamawiającego, o czym wykonawca będzie zobowiązany powiadomić z dwudniowym wyprzedzeniem. Dla wszystkich zabudowywanych materiałów wykonawca przedstawi dokument dopuszczający do stosowania w budownictwie. Wymaga się, aby w trakcie realizacji zadania wykonawca przez okres 6 miesięcy wykonywał pielęgnację murawy, w trakcie której dokona szkolenia przyszłego administratora obiektu, tj. pracowników MOSIR Tychy w zakresie prawidłowej pielęgnacji i utrzymania obiektu.

Po zmianach V pkt 5.4 Ogłoszenia oraz pkt 6.2 tiret trzecie i czwarte SWZ dokonanych przez Zamawiającego przez rozprawą, kwestionowane w odwołaniu postanowienia odpowiednio zostały wprowadzone w brzmieniu:

- „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

- sytuacji ekonomicznej lub finansowej - zamawiający uzna niniejszy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi:

a) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem. Wymagane jest posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej o wartości minimum 4 000 000,00 zł.”

- „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

- zdolności technicznej lub zawodowej – zamawiający uzna niniejszy warunek za

spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi:

a) wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, 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.

Wymagane jest:

- wykonanie minimum jednej roboty budowlanej (robotą winna być przedmiotem jednej umowy) polegającej na budowie/przebudowie/remontcie obejmującej/obejmującym co najmniej 5000 m2 nawierzchni z trawy hybrydowej,
- wykonanie minimum 1 roboty budowlanej (robotą winna być przedmiotem jednej umowy) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto obejmującej swym zakresem budowę / przebudowę / remont instalacji podgrzewania murawy.

Zamawiający dopuszcza możliwość wykonania obu ww. robót w ramach jednej umowy z zachowaniem wymaganych wartości.”

Stosownie do pkt 4.1 SWZ Wykonawca zobowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia w terminie do 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z zachowaniem terminów wykonania poszczególnych „kamieni milowych” określonych w zatwierdzonym przez zamawiającego harmonogramie.

Zgodnie z § 1 ust. 4 i 5 Projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 3 do SWZ:

4. W terminie 10 dni od dnia zawarcia umowy, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do zatwierdzenia harmonogram prac umożliwiający ciągle, sprawne i następujące po sobie wykonywanie robót budowlanych w terminie określonym w S 4. W harmonogramie będą

wyszczególnione poszczególne t' kamienie milowe" czyli terminy rozpoczęcia i zakończenia robót związanych z poszczególnymi etapami prac. W harmonogramie określone zostaną następujące "kamienie milowe":

- a) budowa budynku zaplecza techniczno socjalnego,
- b) budowa boiska piłkarskiego z nawierzchnią,
- c) wykonanie elementów zagospodarowania terenu (ogrodzenia, ciągi komunikacyjne, trybuny, piłkochwyty,
- d) dostawa wyposażenia boiska i sprzętu do konserwacji.

5. W terminie 5 dni roboczych od otrzymania harmonogramu, Zamawiający zatwierdza go, albo odmawia zatwierdzenia. Odmowa nastąpi w przypadku, kiedy harmonogram nie spełnia wymagań określonych w ust. 4, lub nie daje pewności, że uwzględniając warunki organizacyjno - techniczne realizacja poszczególnych „kamieni milowych” zostanie wykonana w podanych w harmonogramie terminach a wykonanie całości umowy nastąpi w terminie określonym w S 4. W przypadku odmowy zatwierdzenia, Wykonawca przedłoży Zamawiającemu w terminie 5 dni nowy harmonogram. Dwukrotna odmowa zatwierdzenia harmonogramu uprawnia Zamawiającego do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

Zgodnie z sekcją IV pkt 4.2.2 Ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziałem 4 SWZ, termin realizacji zamówienia to 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Stosownie do § 6 wzoru

1. Rozliczenie przedmiotu umowy nastąpi na podstawie protokołu odbioru, który stanowi podstawę do wystawienia przez Wykonawcę faktury.
2. Płatność za wykonanie przedmiotu umowy nastąpi w terminie do 21 dni od dnia doręczenia faktury Zamawiającemu. Za dzień zapłaty uważa się dzień obciążenia rachunku Zamawiającego.

(...)

6. Zamawiający przewiduje płatności częściowe jednak nie częściej niż raz w miesiącu Zamawiający dopuszcza wystawianie przez Wykonawcę faktur za częściowe wykonanie przedmiotu umowy, do łącznej kwoty nie przekraczającej 90% wynagrodzenia uzgodnionego w S 3 ust. 1 (faktury przejściowe). Płatności częściowe przekraczające 90% wartości wynagrodzenia wskazanego w S 3 ust. 1 wymagają zgody Zamawiającego.

7. Wartość faktur przejściowych ustalona będzie w oparciu o potwierdzone przez Zamawiającego zaawansowanie robót oraz zbiorcze zestawienia kosztów. Wypłat z tytułu faktur przejściowych nie uważa się za częściowy odbiór.

8. W przypadku wykonywania zamówienia przy pomocy Podwykonawców lub dalszych podwykonawców, Wykonawca zobowiązany jest do udokumentowania Zamawiającemu faktu wywiązania się przez niego z obowiązku zapłaty Podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom wynagrodzenia za wykonane przez nich roboty, najpóźniej do 10 dni przed upływem terminu zapłaty przez Zamawiającego faktury na rzecz Wykonawcy. Udokumentowanie zapłaty nastąpi przez przedstawienie Zamawiającemu pisemnych oświadczeń Podwykonawców lub dalszych podwykonawców w tym przedmiocie, pod rygorem wstrzymania płatności faktury.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 112 ust. 1 Pzp: Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (...) 3) proporcjonalny.

Celem określenia warunków udziału w postępowaniu jest umożliwienie zamawiającemu dokonanie oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powinny one zostać określone na minimalnym poziomie, co oznacza, że nie mogą one ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania. Muszą one być określone w powiązaniu z rodzajem zamówienia, jego przedmiotem oraz wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, w szczególności winny być odpowiednie do stopnia złożoności, zakresu oraz przeznaczenia przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że nie mogą one być określone na zbyt wysokim poziomie, który nie jest uzasadniony potrzebami zamawiającego.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał, że określenie zakwestionowanych przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu wynika z analizy uwarunkowań związanych z przedmiotem zamówienia i nie narusza ww. zasad.

Ad zarzut dotyczący warunku odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej

Jak wyżej ustalono, przedmiotem zamówienia jest budowa boiska zgodnie z dokumentacją projektową oraz STWiOR. Termin wykonania zamówienia został określony na 18 miesięcy od daty podpisania umowy, przy czym Zamawiający

zastrzegł konieczność zachowania terminów wykonania poszczególnych „kamieni milowych”, określonych w zatwierdzonym przez niego harmonogramie.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego, na potrzeby zorganizowania postępowania i m.in. oszacowania środków, jakie potencjalny wykonawca będzie musiał posiadać, aby zrealizować zadanie, stworzył w oparciu o kosztorys inwestorski, mając przy tym na uwadze wymogi technologiczne wykonania przedmiotu zamówienia, harmonogram realizacji zadania, który załączył do odpowiedzi na odwołanie.

Na rozprawie Odwołujący nie zakwestionował wskazanych w harmonogramie elementów zamówienia oraz kolejności ich wykonania. Zgłoszone przez niego zastrzeżenia dotyczyły jedynie etapów wskazanych w poz. 9 i 10 harmonogramu tj. odpowiednio: Nawierzchni boiska z trawy naturalnej hybrydowej wraz z warstwą wegetacyjną (poz. 9) i Oświetlenie, nagłośnienie, monitoring, instalacje elektryczne, instalacje teleinformatyczne (poz.10), dla których jako planowany termin wykonania Zamawiający wskazał październik 2023 r., zaś następny element przewidział na marzec 2024 r.

Zdaniem Odwołującego wyliczenia przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie są błędne, ponieważ oparte zostały na niewłaściwych założeniach, bowiem przy odpowiedniej pogodzie zimą, tj. przy temperaturze dodatniej, można wykonywać te prace także zimą, w związku tym mogłyby być one podzielona na dwa etapy, co pozwoliłoby na uniknięcie kumulacji wydatków i kwota 2 000 000,00 zł zamiast 4 000 000,00 zł byłaby wystarczająca. Wykonawca w opracowanym przez siebie harmonogramie mógłby założyć wykonywanie tych prac także w zimie. Nadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie bierze pod uwagę, że w każdym miesiącu pobieranego wynagrodzenia wykonawca będzie uzyskiwał zysk, który, jeśli przyjąć, że wynosi 15%, już po 5 miesiącach oznaczałby kwotę 270 000 zł, która mogłaby zostać przeznaczona na realizację zamówienia.

Jak natomiast stwierdził Zamawiający, z uwagi na związane z tym ryzyko, nie zaakceptuje on harmonogramu, w którym wykonawca przewidziałby wykonanie ww. prac w miesiącach zimowych. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej zaangażowania w finansowanie zamówienia założonego przez niego zysku, Zamawiający stwierdził, że określając poziom zaangażowania przyjął założenie, że całość wynagrodzenia będzie zaangażowana przez wykonawcę w jego realizację, a nie tylko zysk. Z harmonogramu wynika, że nastąpi taki moment, w którym będzie konieczne zabezpieczenie

środków na poziomie około 4 mln zł. Te wymogi nie są wynikiem prostej kalkulacji matematycznej, lecz są przemyślane i uwzględniają konieczne zaangażowanie przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia, co chroni także wykonawcę, a ww. kwota została przez niego określona w sposób uwzględniający zakres zamówienia, który będzie musiał samodzielnie sfinansować wykonawca, biorąc pod uwagę także przewidziany sposób rozliczenia kontraktu.

W ocenie Izby przedstawione przez Zamawiającego wyliczenia kwot potrzebnych wykonawcy do wykonania zamówienia na poszczególnych etapach jego realizacji, z których wynika, że w pewnym momencie wykonawca będzie musiał dysponować środkami własnymi lub zdolnością kredytową na kwotę ok. 4 000 000 ,00 zł, nie zostały zakwestionowane w sposób przekonujący przez Odwołującego.

Podniesione przez Odwołującego powyżej przedstawione argumenty dotyczące ewentualnego wykonywania robót w okresie zimy, trudno uznać za przemawiające za brakiem zasadności wyliczeń Zamawiającego. Po pierwsze, Odwołujący nie podważył przedstawionej przez Zamawiającego kolejności prac, a jego twierdzenia opierają się na założeniu, że zimą temperatura będzie dodatnia i prace z poz. 9 i 10 harmonogramu będą mogły być wówczas wykonywane. Tymczasem takie założenie jest obarczone bardzo dużym ryzykiem i w związku z tym, należy zgodzić się z Zamawiającym, że w świetle powyżej przedstawionych postanowień umowy, będzie on mógł odmówić zaakceptowania sporządzonego przez wykonawcę harmonogramu, gdyby ten określał wykonanie tych robót zimą. Po drugie, jakkolwiek Zamawiający przewidział płatności częściowe, to jednak powiązał je z faktycznie zrealizowanym zakresem robót. Wbrew sugestiom Odwołującego, zawartym w odwołaniu, płatności częściowe nie odpowiadają matematycznemu wyliczeniu polegającemu na podziale całkowitej kwoty należnego wykonawcy wynagrodzenia przez liczbę miesięcy realizacji zamówienia, lecz będą następowały na podstawie faktur wystawianych na podstawie protokołu odbioru wykonanych prac. Nadto, jak wynika z ww. § 6 ust. 8 wzoru umowy, w przypadku wykonywania zamówienia przy pomocy podwykonawców lub dalszych podwykonawców, wykonawca zobowiązany jest do udokumentowania Zamawiającemu faktu wywiązania się przez niego z obowiązku zapłaty podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom wynagrodzenia za wykonane przez nich roboty, najpóźniej do 10 dni przed upływem terminu zapłaty przez Zamawiającego faktury na rzecz wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca przed otrzymaniem zapłaty faktury będzie musiał uregulować swoje zobowiązania wobec podwykonawców.

Nie można zatem uznać, aby Odwołujący, wykazał, że kwota 1 000 000,00 złotych lub wartość odpowiadająca jednej dziewiętej wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego określona przez Odwołującego w odwołaniu (na rozprawie zwiększona do 2

000 000,00 złotych), przy uwzględnieniu opisu przedmiotu zamówienia oraz w świetle postanowień dokumentacji postępowania, w tym wzoru umowy, byłaby kwotą pozwalającą na stwierdzenie, iż dysponowanie nią będzie wystarczające dla zapewnienia należytego i terminowego wykonania przedmiotu zamówienia do momentu otrzymania zapłaty (także częściowej), że na całym etapie realizacji inwestycji będzie to kwota, która będzie pokrywała koszty osobowe oraz rzeczowe, w tym np. zakupu materiałów. W konsekwencji, nie można podzielić stanowiska Odwołującego,

Powyższe wskazuje, że w sprawie nie zostało wykazane, aby postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczący zdolności ekonomicznej lub finansowej zmierzał nie do wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego i

terminowego wykonania zamówienia, lecz do sztucznego ograniczenia konkurencji. Skoro z zakresu koniecznych do wykonania prac, ich technologii oraz związanego z tym czasu realizacji, wynika, że dla ich wykonania wykonawca na pewnym etapie, będzie musiał dysponować kwotą ok. 4 mln. zł, to określenie warunku udziału w postępowaniu na tym poziomie, przy braku ze strony Odwołującego przekonujących kontrargumentów, należy uznać za uzasadnione potrzebą zapewnienia udziału w postępowaniu tych wykonawców, którzy będą w stanie udźwignąć ciężar finansowania jego realizacji do czasu otrzymania zapłaty.

Ad zarzut dotyczący warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej

Na wstępie zauważenia wymaga, że w związku doprecyzowaniem przez Zamawiającego opisu tego warunku, Odwołujący odstąpił od żądania wprowadzenia wymogu, aby powierzchnia boiska odnosiła się do wielkości budowlanej/przebudowywanej/ remontowanej.

Następnie wskazania wymaga, że nie jest sporne, że przedmiot zamówienia nie dotyczy boiska do rozgrywek ekstraklasy, jak też to, że w SWZ nie zostały postawione wymogi, aby wybudowane boisko spełniało wymogi UEFA, FIFA, na które wskazywał w odwołaniu Odwołujący. Jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, dysponuje on innym boiskiem, które pozwala na rozgrywanie meczy ekstraklasy, a objęte przedmiotem zamówienia boisko ma służyć innym celom.

W związku z tym w ocenie Izby za nietrafioną należy uznać argumentację Odwołującego dotyczącą wymogów stawianych przez UEFA, FIFA co do powierzchni profesjonalnego boiska i wywodzenie z niej, że warunek w zakresie doświadczenia powinien dotyczyć właśnie takiej wielkości boiska. Sama okoliczność, iż przedmiot zamówienia dotyczy nawierzchni z trawy hybrydowej nie jest wystarczający do stwierdzenia, że doświadczenie zdobyte w wykonaniu budowy / przebudowy / remontu

obejmującej/obejmującego co najmniej 5 000 m<sup>2</sup> nawierzchni z trawy hybrydowej, nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Zasada proporcjonalności wymaga, aby działania zamawiającego nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonego celu, tj. w tym przypadku dla oceny czy wykonawca jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Nie zostało wykazane, aby jednokrotne wykonanie określonych w warunku robót nie pozwalało na ocenę, iż wykonawca, który legitymuje się ich należytych wykonaniem, nie był w stanie prawidłowo i terminowo wykonać zamówienia stanowiącego przedmiot analizowanego postępowania. Tym bardziej, że Odwołujący nie podniósł np., że dokumentacja, na podstawie której ma być realizowany przedmiot zamówienia jest w określonym zakresie niekompletna, czy, że wykonawca, który wykonał określone roboty w odniesieniu do mniejszej powierzchni, niż wskazywana przez Odwołującego za właściwą, tj. co najmniej 8 000 m<sup>2</sup>, jaka została podana w odwołaniu, zaś na rozprawie stwierdzając, że może to być powierzchnia 7 000 m<sup>2</sup>, nie będzie w stanie prawidłowo wykonać zamówienia. Nadto zauważenia wymaga, z twierdzeń Odwołującego na rozprawie wynika, że ma on wiedzę co do tego, iż minimalna powierzchnia boiska do piłki nożnej wynosi 5 100 m<sup>2</sup>.

Trudno także uznać za wykazany zarzut dotyczący jednokrotności wykonania robót. Złożone w tym zakresie przez Odwołującego dowody dotyczące innych postępowań należy uznać za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy. To, że w innym postępowaniu, w którym zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w jednokrotnym wykonaniu robót, doszło - według twierdzeń Odwołującego - do nieprawidłowego wykonania robót, nie oznacza automatycznie, że nawet w sytuacji, gdyby powyższa ocena Odwołującego była potwierdzona, przyczyną takiego stanu rzeczy był postawiony w postępowaniu wymóg w zakresie doświadczenia, a nie inne okoliczności. Tym bardziej, że Odwołujący przyznaje, że boisko zostało dopuszczone do użytkowania.

W tym zakresie nie może zostać zaakceptowana dodatkowa argumentacja przedstawiona na rozprawie. W odwołaniu Odwołujący stwierdził, że konieczny jest wymóg dwukrotności wykonania takich robót, nie odnosząc go do rejonu Polski i warunków gruntowych, w jakich były one wykonywane. Na rozprawie natomiast stwierdził, że jedynie 23-krotne wykonanie określonych robót z uwzględnieniem indywidualnych uwarunkowań pozwala na to, aby dany wykonawca legitymował się wymaganym doświadczeniem. Wskazuje to zatem nie tyle na rozszerzenie uzasadnienia zarzutu, ile na próbę dodatkowego obostrzenia warunku, co wykracza poza treść zarzutu odwołania.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, że oczekiwania Odwołującego dotyczące zaostrenia warunku udziału w postępowaniu skutkowałyby nieuzasadnionym ograniczeniem

konkurencji, bowiem podmioty, które dysponują jednokrotnym doświadczeniem w zakresie realizacji inwestycji o zbliżonym charakterze, które nie były jednak pełnowymiarowymi boiskami do gry w piłkę nożną, zostałyby w sposób nieuzasadniony wyeliminowane z udziału w postępowaniu.

Podobnie należy ocenić stanowisko Odwołującego dotyczące warunku w części dotyczącej podgrzewania murawy. Nie zostało wykazane, aby wykonawca, który wykonał podgrzewanie nawierzchni boiska w odniesieniu do innej murawy niż hybrydowa, nie był w stanie należycie wykonać w tym zakresie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania. Jak stwierdził Zamawiający wykonanie instalacji podgrzewania murawy, przy budowie boiska z trawy hybrydowej, nie jest ani technologicznie, ani montażowo diametralnie odbiegające od wykonania podgrzewania jakiegokolwiek innego typu murawy. Nie zostało wykazane, aby podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż ułożenie systemu podgrzewania w jednym przypadku następuje na piasku, a w innym, tj. w przypadku murawy hybrydowej, na żwirze, była wystraszająca do stwierdzenia na tyle istotnych różnic w specyfice wykonania takich robót, aby uznać, iż podmiot, który ma doświadczenie w wykonaniu podgrzewania innej murawy niż hybrydowa, nie jest w stanie wykonać należycie zamówienia w tym zakresie. Także ogólnikowo przedstawiona przez Odwołującego argumentacja dotycząca specjalistycznego sprzętu nie może być uznana za wystarczającą. Nie wynika z niej bowiem,

dlatego profesjonalny wykonawca, nawet jeśli nie wykonywał podgrzewania murawy hybrydowej a jedynie ma doświadczenie w wykonaniu podgrzewania innej nawierzchni boiska, nie jest zdolny do doboru odpowiedniego sprzętu celem zapewnienia odpowiednich parametrów funkcjonalnych docelowej nawierzchni trawiastej.

W ocenie Izby Odwoławczy nie wykazał, że przedmiot zamówienia w tym zakresie jest w stanie należycie wykonać tylko podmiot, który już wykonywał podgrzewanie murawy hybrydowej. Przedłożony przez Odwoławczego dowód w postaci opinii prywatnej, która jest traktowana jako stanowisko strony, zawiera wprawdzie ogólne stwierdzenia, z których wynika, że układanie systemu ogrzewania nawierzchni hybrydowej jest trudniejsze niż na piasku, bowiem istnieje ryzyko uszkodzenia rurek grzewczych, to jednak nie zawiera pogłębionej argumentacji wskazującej na to, że wykonawca, który ma doświadczenie w wykonywaniu podgrzewania innej nawierzchni, nie daje rękojmi należytego wykonania takiego podgrzewania murawy hybrydowej.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia

przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwoławczy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2b lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....