

WYROK

Warszawa, dnia 24.10.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2024 r. przez Odwołującego: **KD Inżynieria Sp. z o.o. z/s w Szczecinie** (ul. 26 Kwietnia 81A/20, 71126 Szczecin) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gmina Dobra** (ul. Szczecińska 16a, 72003 Dobra),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **KD Inżynieria Sp. z o.o. z/s w Szczecinie** (ul. 26 Kwietnia 81A/20, 71126 Szczecin) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Sygn. akt: KIO 3728/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2024 r. przez wykonawcę: **KD Inżynieria Sp. z o.o. z/s w Szczecinie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: **Gmina Dobra**. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Budowa obiektu sportowego z basenem w Bezzreczu pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego”. Numer referencyjny: WKI.ZP.271.14.2024.AA. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 maja 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00324990.

Wykonawca podał:

(...)

4. Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to:

- 1) czynność unieważnienia postępowania;
- 2) czynność odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) ewentualnie – zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu usług oraz uzupełnienia dowodów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

5. Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- 1) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp (a w dalszej konsekwencji naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego (a w dalszej kolejności również unieważnienie postępowania), podczas gdy Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, wobec czego jego oferta nie podlega odrzuceniu (a w dalszej kolejności również postępowanie nie podlega unieważnieniu);
- 2) zarzut ewentualny – naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu usług oraz uzupełnienia dowodów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, podczas gdy nawet jeżeliby Odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, to Zamawiający był zobowiązany wystosować wezwanie do poprawienia wykazu usług oraz uzupełnienia dowodów.

6. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym:
 - a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
 - b) ewentualnie – wezwanie Odwołującego do poprawienia wykazu usług oraz uzupełnienia dowodów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie;
- 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty

7 500 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W uzasadnieniu stanowiska podał:

I. Okoliczności faktyczne

I.1. Przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

(...)

8. Zamawiający w rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 SWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą się doświadczeniem w realizacji co najmniej 2 (dwóch) usług podobnych do usługi objętej przedmiotem zamówienia wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Przez usługi podobne uważa się:

a. Nadzór inwestorski nad 1 (jedną) robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu kubaturowego, obejmującą swym zakresem wykonanie robót konstrukcyjnych, elewacyjnych, instalacyjnych i wykończeniowych, o kubaturze min. 18.000 m³,

b. Nadzór inwestorski nad 1 (jedną) robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie krytego basenu lub krytego aquaparku (akwaparku), lub krytego parku wodnego lub innego obiektu pełniącego funkcję krytej pływalni, w ramach której wykonano prace związane z niecką basenową o wymiarach minimum 16x8m i systemem uzdatniania wody”.

[Przedmiotem sporu jest wymóg oznaczony literą „b”].

9. Ponadto, Zamawiający wskazał w rozdziale IX ust. 4 SWZ podmiotowe środki dowodowe, które wykonawcy mieli złożyć na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykazaniu braku podstaw wykluczenia. Wśród nich Zamawiający wymienił między innymi wykaz usług oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie/wykonywanie:

„Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie; załącznik nr 5 do SWZ”.

10. W dniu 18 czerwca 2024 r. Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej. Była to oferta wykonawcy D.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Daro” D.C.”.

11. Na powyższą czynność w dniu 21 czerwca 2024 r. Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Sprawa toczyła się pod sygnaturą akt KIO 2198/24. W dniu 10 lipca 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała w tej sprawie wyrok, w którym uwzględniła w całości złożone odwołanie oraz nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy D.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Daro” D.C. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

12. W następnej kolejności, w dniu 8 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

13. Odwołujący przesłał Zamawiającemu w dniu 13 sierpnia 2024 r. wszystkie wymagane podmiotowe środki dowodowe. W tym między innymi Odwołujący przedstawił wykaz usług, w którym w zakresie spornej usługi powołał się na realizację następującego przedsięwzięcia:

Kompleksowy nadzór inwestorski podczas budowy budynku hotelu z mieszkaniem właściciela, podziemnym garażem dla samochodów osobowych, basenem oraz niezbędną infrastrukturą techniczną. Basen kryty z systemem uzdatniania wody zlokalizowany na działce numer 89, obręb 0001 przy ulicy H.S. w Świnoujściu. Jako podmioty zlecające usługę zostali wskazani inwestor: Chevat Ventures Limited oraz inwestor zastępczy: Biuro Projektowo-C Consultingowe „STRUKTURA” Sp. z o.o. ul. Grodzka 20, 70-560 Szczecin.

Odwołujący przedstawił również referencje poświadczające należyte wykonanie powyższej usługi.

14. W dniu 14 sierpnia Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia załącznika nr 5 do SWZ stanowiącego Wykaz usług podobnych. Zamawiający wskazał że we wskazanych usługach nie wskazano, że nadzór inwestorski był sprawowany nad budową basenu o wymiarach minimum 16x8m.

15. W dniu 19 sierpnia 2024 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu poprawiony wykaz usług, w którym wprost dopisano: „o wymiarach niecki basenowej 17 x 9 metra”.

Ponadto Odwołujący przesłał kolejne referencje, w których również wskazano: „niecka basenowa w technologii żelbetowej o wymiarach ponad 17 na 9 metrów”.

16. Mimo powyższego, w dniu 4 września 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, że ani z wykazu ani referencji nie wynika jednoznacznie, czy nadzór był realizowany na budowie, w ramach której wykonano prace związane z niecką basenową o wymiarach 16x8m i systemem uzdatniania wody (powyższe stanowisko wzbudziło wątpliwości Odwołującego, gdyż ta informacja wprost została wskazana zarówno w wykazie usług, jak i w referencjach).

Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, czy wskazana usługa dotyczyła nadzoru nad robotą budowlaną w ramach której wykonano nieckę basenową o wymiarach minimum 16x8m i systemem uzdatniania wody. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że powziął wiadomość o tym, że w wykonywanej inwestycji nie wykonano niecki basenowej o wymiarach minimum 16x8m i systemu uzdatniania wody.

17. Odwołujący udzielił wyjaśnień w dniu 6 września 2024 r., podnosząc, że okoliczność, co do której wątpliwości ma Zamawiający, wprost wynika z treści wykazu usług oraz referencji.

18. Odpowiedź Odwołującego spotkała się z przeciągającym się milczeniem ze strony Zamawiającego. W związku z tym, w dniu 24 września 2024 r. Odwołujący skierował pismo do Zamawiającego, w którym wezwał go do dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, między innymi wskazując, że początkowo Zamawiający potrzebował zaledwie 35 dni, żeby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, teraz z kolei znacząco przeciąga wszystkie czynności.

19. W dniu 4 października 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający wskazał:

„II. Informacja o odrzuceniu oferty

Oferta nr 2: KD Inżynieria Sp. z o.o., ul. 26 Kwietnia 81a/20, 71-126 Szczecin

Uzasadnienie prawne:

Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) ustawy Pzp odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie faktyczne:

08.08.2024 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z wezwaniem o złożenie dokumentów dot. potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca odpowiedział na wezwanie 13.08.2024 r., ale przedłożone dokumenty złożonych przez Wykonawcę Zamawiający powziął wątpliwość, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu i w dniu 14.08.2024 r. zwrócił się o uzupełnienie dokumentów w zakresie potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dotyczącym pracy podobnej. W załączonych w Wykazie usług/budów nie wskazano, że nadzór inwestorski był sprawowany nad budową basenu o wymiarach minimum 16x8m z systemem uzdatniania wody. Odpowiedzią na wezwanie złożony został Wykaz usług z uzupełnionymi informacjami z potwierdzeniem nadzoru nad budową basenu o wymiarach 17x9m z systemem uzdatniania wody. 30.08.2024 r. wpłynął wniosek od Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego DARO D.C. o odrzucenie oferty złożonej przez KD Inżynieria Sp. z o.o. w związku z niespełnieniem warunków w zakresie spełniania nadzoru na budowie krytego basenu w okresie ostatnich 3 lat. Jako uzupełnienie do owego wniosku 2.09.2024 r. ww. Wykonawca dołączył informację, że KD Inżynieria Sp. z o.o. wprowadza Zamawiającego w błąd, ponieważ praca wskazana w wykazie usług podobnych jest nieukończona, brak jest pozwolenia na użytkowanie, oraz brak jest niecki i instalacji uzdatniania wody. Zamawiający 04.09.2024r. ponownie zwrócił się do Wykonawcy KD Inżynieria Sp. z o.o. o wyjaśnienie złożonych podmiotowych środków dowodowych tj. pracy podobnej poz. 2 z załącznikami nr 5 do SWZ stanowiącego Wykaz prac podobnych. Odpowiedź na to wezwanie wpłynęła 9.09.2024 r.

Mając na uwadze powyższe w dniu 13.09.2024 r. została przeprowadzona przez pracowników Urzędu Gminy Dobra wizja w teren mająca na celu potwierdzenie wykonania usług dotyczących budowy budynku hotelu z mieszkaniem właściciela, podziemnym garażem dla samochodów osobowych, basenem oraz niezbędną infrastrukturą techniczną w Świnoujściu. Budynek zlokalizowany na rogu ulicy Sienkiewicza oraz Małachowskiego działka nr ewid. 89 obręb Świnoujście 1, obiekt został okazany przez właściciela nieruchomości. Na miejscu ustalono:

1. Budynek jest w stanie zamkniętym, deweloperskim, w trakcie budowy. Z oświadczenia właściciela brak jest decyzji na użytkowanie.

2. W obiekcie zaprojektowana jest strefa SPA, w której przewidziany jest basen o wymiarach 6,02m x 12,39m – powierzchnia lustra wody 74,59m².

3. Zostały wybudowane jedynie ścianki niecki basenowej (brak wykończenia) bez systemu uzdatniania wody. Właściciel obiektu wskazał jednocześnie, że brak jest systemu uzdatniania wody oraz że basen może zostać zastąpiony miejscami postojowymi.

Zamawiający mając na uwadze powyższe fakty stwierdza, iż firma KD Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. 26 Kwietnia 81A/20 nie spełnia warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, a mianowicie w przedstawionym wykazie prac podobnych oraz referencjach została poświadczona

nieprawda w kwestii pełnienia nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji budowy budynku hotelu z mieszkaniem właściciela, podziemnym garażem dla samochodów osobowych, basenem oraz niezbędną infrastrukturą techniczną. Budynek wyposażony w basen kryty (pływalnia) z systemem uzdatniania wody zlokalizowany na działce nr 89, obręb 0001 przy ulicy H.S. w Świnoujściu o wymiarach niecki basenowej 17x9m.

III. INFORMACJA O UNIEWAŻNIENIU POSTĘPOWANIA

Na podstawie art. 260 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Pzp zawiadamiam o unieważnieniu przez Zamawiającego postępowania w trybie podstawowym bez negocjacji na zadanie pn.: „Budowa obiektu sportowego z basenem w Bezzreczu – pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego”.

Uzasadnienie prawne:

Przepis art. 255 pkt 3) stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia chyba, że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

Uzasadnienie faktyczne:

Do przedmiotowego postępowania w terminie do dnia 23.05.2024 r. do godziny 9:00 wpłynęło 6 ofert. Po odrzuceniu najkorzystniejszej oferty oraz oferty drugiej w kolejności, kolejna – trzecia oferta przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zabezpieczone na realizację przedmiotowego zamówienia w budżecie Gminy środki nie są wystarczające na zawarcie umowy z kolejnym Wykonawcą. Wobec powyższego postanawiam jak na wstępie”.

I.2. Okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego

I.2.1. Uwagi ogólne

20.Odwołujący omówi szczegółowo wszystkie okoliczności faktyczne wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. W pierwszej kolejności jednak Odwołujący przekazuje kilka podstawowych informacji natury ogólnej.

1)W ramach przedsięwzięcia, które nadzorował Odwołujący, inwestorem był Chevat Ventures Limited, natomiast inwestorem zastępczym Biuro Projektowo - C Consultingowe „STRUKTURA” Sp. z o.o. ul. Grodzka 20, 70-561 Szczecin.

2)Przedsięwzięcie polegało na budowie budynku hotelu z mieszkaniem właściciela, podziemnym garażem dla samochodów osobowych, basenem oraz niezbędną infrastrukturą techniczną. Basen kryty z systemem uzdatniania wody zlokalizowany na działce numer 89, obręb 0001 przy ulicy H.S. w Świnoujściu.

3)Budowa budynku hotelu faktycznie nie została w pełni zakończona. Wg wiedzy Odwołującego przyczyną tego stanu rzeczy były problemy finansowe inwestora.

4)Natomiast zakończona została budowa basenu. Basen jest – jak to zresztą wskazał sam Zamawiający – w stanie zamkniętym, deweloperskim.

21.W dalszej kolejności Odwołujący ustosunkuje się szczegółowo do wszystkich okoliczności wskazywanych przez Zamawiającego.

I.2.2. Odnosnie budynku w trakcie budowy (wybudowane jedynie ścianki niecki basenowej)

22.Odwołujący potwierdza za Zamawiającym, że budynek jest w stanie zamkniętym, deweloperskim. Natomiast kategorycznie nie można zgodzić się z Zamawiającym jakoby budynek byłby w trakcie budowy, czy też że wybudowano jedynie ścianki niecki basenowej.

23.Należy bowiem wyraźnie odróżnić budowę budynku od drobnych kwestii wykończeniowych. Basen został wykonany (a Odwołujący sprawował nad budową nadzór inwestorski), natomiast pozostały do wykonania tylko i wyłącznie drobne prace wykończeniowe, których nie można uznać za budowę.

24.Jak podaje się w literaturze fachowej (<https://www.archon.pl/stan-deweloperski-art-10303>): „Co to jest stan deweloperski? Nie ma jednej definicji tego terminu, ale ogólnie przyjmuje się, że jest to określenie stanu wykończenia domu, które odbiera nabywca od firmy deweloperskiej. Poszczególne elementy wykończenia zależą głównie od zapisów umowy sprzedaży, którą klient podpisze z deweloperem. Standardowo zakładamy, że w stanie deweloperskim dom powinien mieć zakończone prace związane z ociepleniem budynku, przyłączone media (instalacje: wodnokanalizacyjna, grzewcza i elektryczna), wykonane tynki oraz wylewki podłogowe (posadzki), wstawione drzwi zewnętrzne, zamontowane grzejniki oraz przeprowadzony montaż parapetów. Stan domu powinien umożliwiać natychmiastowe rozpoczęcie prac wykończeniowych. W wykończeniu zewnętrznym budynku, w zakres stanu deweloperskiego, zazwyczaj wchodzi również: podbitka dachowa wraz z ociepleniem dachu, ocieplenie elewacji, osadzenie rur spustowych, wykonanie schodów z balustradami, przygotowanie drogijazdowej oraz miejsc parkingowych”.

25.Mając powyższe na uwadze Odwołujący jeszcze raz chciałby zacytować postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu: „Nadzór inwestorski nad 1 (jedną) robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie krytego basenu lub krytego (akwaparku), lub krytego parku wodnego lub innego obiektu pełniącego funkcję krytej pływalni, w ramach której wykonano prace związane z niecką basenową o wymiarach minimum 16x8m i systemem

uzdatniania wody”.

26.W basenie zostały wykonane (a nadzorowane przez Odwołującego) wszystkie elementy wprost wskazane w warunku:

1)Basen posiada dokończony zadaszanie (jest kryty).

2)Wykonano prace związane z niecką basenową.

3)Niecka basenowa ma wymiary minimum 16x8m (o czym szerzej w odrębnym podrozdziale). 4) Wykonano system uzdatniania wody (o czym szerzej w odrębnym podrozdziale).

A niezależnie od tego wykonane zostały (a nadzorowane przez Odwołującego) wszystkie elementy świadczące o zakończeniu właściwej budowy:

5)Doprowadzone i wykonane są wszystkie instalacje (w tym min. wodna, kanalizacyjna, wentylacyjna i elektryczna) potrzebne aby funkcjonował basen.

6)Zamontowany został zbiornik podnoszenia ciśnienia.

7)Wykonano przyłącze wodne do ww. budynku z sieci miejskiej (woda w sieci miejskiej jest uzdatniona oraz zdatna jeśli chodzi o wszystkie parametry do napełnienia nią basenu), wszystkie instalacje wewnętrzne rozprowadzające po całym budynku w tym również do basenu wraz ze zbiornikiem podnoszenia ciśnienia.

27.W tych okolicznościach należy jednoznacznie stwierdzić, że Odwołujący sprawował nadzór inwestorski nad robotą budowlaną polegającą na budowie basenu spełniającego wszystkie elementy określone w postawionym warunku.

28.Sytuację można porównać do przypadku, w którym Zamawiający postawiłby warunek udziału w postępowaniu dotyczący budowy (nadzorowania budowy) domu. A wykonawca wykonałby (nadzorowałby) budowę domu do stanu zamkniętego, deweloperskiego (to znaczy np. w zakresie podłóg zostały wykonane wylewki, ale nie zostały jeszcze położone panele/parkiet/płytki). W takim przypadku nikt nie miałby wątpliwości, że budowa (nadzór nad budową) został wykonany.

29.Jeżeli natomiast Zamawiający chciałby, żeby warunek udziału w postępowaniu dotyczył nadzoru nie tylko nad właściwą budową basenu, ale również nad drobnymi pracami wykończeniowymi, to powinien to jednoznacznie określić w warunku udziału w postępowaniu (tak jak np. określił, że musi być wykonany system uzdatniania wody). Po terminie składania ofert Zamawiający nie może modyfikować postawionego warunku.

1.2.3. Odnosnie braku decyzji dotyczącej pozwolenia na użytkowanie

30.Według wiedzy Odwołującego budynek faktycznie nie posiada decyzji dotyczącej pozwolenia na użytkowanie. Jednakże, Zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu nie przewidział, że taka decyzja musi zostać wydana. Nie może to więc stanowić podstawy do braku akceptacji usługi, na którą powołuje się Odwołujący.

Co więcej, decyzja dotycząca pozwolenia na użytkowanie – jeżeli zostałaby wydana – dotyczyłaby całego budynku, nie zaś samego basenu (nie wydaje się pozwolenia na użytkowanie tylko dla basenu). Tymczasem sporny warunek udziału w postępowaniu dotyczył wyłącznie budowy basenu, a nie całego budynku.

31.Odwołujący wskazuje również, że według jego wiedzy cały budynek jest na takim etapie, że spełnia wszystkie wymagania niezbędne do uzyskania pozwolenia na użytkowanie i gdyby inwestor złożył odpowiedni wniosek, to uzyskałby decyzję w tym zakresie. Według wiedzy Odwołującego, inwestor nie złożył wniosku z przyczyn podatkowych oraz związanych z problemami finansowymi (uzyskanie pozwolenia na użytkowanie prowadziłoby do obowiązku zapłaty podatku od nieruchomości).

1.2.4. Odnosnie wymiarów niecki basenowej

32.Omawiając zagadnienie niecki basenowej Odwołujący chciałby w pierwszej kolejności odróżnić dwa pojęcia – „niecka basenowa” oraz „lustro wody”.

33.W warunku udziału w postępowaniu Zamawiający odnosił się do pojęcia „niecki basenowej”:

„Nadzór inwestorski nad 1 (jedną) robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie krytego basenu lub krytego aquaparku (akwaparku), lub krytego parku wodnego lub innego obiektu pełniącego funkcję krytej pływalni, w ramach której wykonano prace związane z niecką basenową o wymiarach minimum 16x8m i systemem uzdatniania wody”.

Natomiast w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający nie odnosi się już do pojęcia „niecki basenowej”, lecz używa pojęcia „lustro wody”:

„W obiekcie zaprojektowana jest strefa SPA, w której przewidziany jest basen o wymiarach 6,02m x 12,39m – powierzchnia lustra wody 74,59m²”.

34.Niecka basenu to nie jest tylko lustro wody, lecz cała konstrukcja. Nie jest więc uprawnione działanie Zamawiającego polegające na utożsamianiu tych pojęć.

Zamawiający zmierzył wyłącznie „lustro wody” (i to niecałe). Obrazuje to poniższy schemat (stanowiący również załącznik numer 1 do niniejszego odwołania).

35.Na schemacie jest wyraźnie widoczne, że Zamawiający policzył wymiary wyłącznie lustra wody (i to nie całego), a nie powierzchnię niecki (czyli całej konstrukcji).

36. Natomiast schemat obrazujący policzoną powierzchnię niecki (czyli całej konstrukcji) wygląda następująco (stanowi również załącznik numer 2 do niniejszego odwołania):

37. Na tym schemacie jest wyraźnie widoczne, że niecka basenowa (czyli cała konstrukcja) ma wymiary 1764,78 cm (17,6 m) na 901,25 cm (9 m), czyli dokładnie tyle, ile wskazywał Odwołujący zarówno w wykazie usług, jak i przedstawionej referencji.

38. Błąd Zamawiającego wynika natomiast z faktu, że Zamawiający policzył powierzchnię lustra wody (i to jeszcze nie wliczając schodów prowadzących w głąb basenu, których powierzchnia również zalicza się do lustra wody).

I.2.5. *Odnoszenie systemu uzdatniania wody*

39. Odwołujący wskazuje, że w treści warunku udziału w postępowaniu pojawił się fragment:

„w ramach której wykonano prace związane z (...) systemem uzdatniania wody”,

40. Pojęcie „system uzdatniania wody” jest pojęciem języka potocznego. Pojęcie to nie występuje ani w języku prawnym (żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa nie posiłkuje się tym pojęciem), ani w języku technicznym.

Zgodnie z definicją zawartą w portalu wikipedia:

„Uzdatnianie wody – proces polegający na doprowadzeniu zanieczyszczonej wody do stanu czystości wymaganego dla danego zastosowania.

Skład elementarnych procesów uzdatniania wody dobiera się zgodnie z zastosowaniem produktu finalnego. Procesy te przeprowadza się najczęściej w stacjach uzdatniania wody ("SUW"). Głównymi metodami pozyskiwania wody uzdatnionej są:

sedymentacja - oddzielanie cząstek stałych (lub cięższych) poprzez ich opadanie podczas powolnego ruchu wody (stawy, odstojniki), niekiedy w połączeniu z wcześniejszą koagulacją oddzielanie zmiękczenie, np. zmiękczenie jonitowe demineralizacja, np. poprzez destylację filtracja – mineralna, węglowa, mechaniczna dezynfekcja – chemiczna (ozonowanie, chlorowanie, fluorowanie), promieniowaniem UV odwrócona osmoza (RO) aeracja

Wodę uzdatnia się dla potrzeb komunalnych (woda wodociągowa, woda pitna), przemysłu (woda przemysłowa, w szczególności spożywczej), medycyny i farmacji”.

41. Zamawiający określił, że w ramach basenu należało sprawować nadzór inwestorski nad pracami związanymi z system uzdatniania wody. Nie sprecyzował jednak, jakie dokładnie elementy mają wchodzić w system uzdatniania wody. Wobec powyższe należy przyjąć, że w skład systemu uzdatniania wody mogły wchodzić elementy zwyczajowo wchodzące w skład takiego systemu w basenie.

Zwyczajowo w skład systemu uzdatniania wody w basie wchodzi następujące elementy:

1) Infrastruktura doprowadzająca uzdatnioną wodę do basenu.

2) Infrastruktura odprowadzająca wodę z basenu.

3) Pomieszczenie uzdatniania wody.

4) Zbiornik podnoszenia ciśnienia.

42. Wszystkie elementy tego systemu zostały wykonane (a nadzorowane przez Odwołującego).

Obrazuje to poniższy schemat (stanowiący również załącznik numer 3 do niniejszego odwołania):

Woda uzdatniona została doprowadzona instalacjami wraz ze zbiornikiem podnoszenia ciśnienia do części basenowej.

I.2.6. Podsumowanie

43. Podsumowując należy stwierdzić, że stanowisko Zamawiającego zawarte z uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego nie jest zgodne z rzeczywistością:

1) Nie można zgodzić się z Zamawiającym jakoby budynek byłby w trakcie budowy, czy też że wybudowano jedynie ścianki niecki basenowej. Basen został wykonany (a Odwołujący sprawował nad budową nadzór inwestorski) w takim zakresie, jak to zostało określone w warunku udziału w postępowaniu, natomiast pozostały do wykonania tylko i wyłącznie drobne prace wykończeniowe, które nie były objęte postawionym warunkiem.

2) Budynek faktycznie nie posiada decyzji w sprawie pozwolenia na użytkowanie, ale Zamawiający nie wymagał, żeby budynek, w którym znajduje się basen, posiadał pozwolenie na użytkowanie.

3) Niecka basenowa posiada wymiary 1764,78 cm (17,6 m) na 901,25 cm (9 m), czyli spełnia minimum określone przez Zamawiającego (16x8m). Niezgodność, na którą zwraca uwagę Zamawiający, wynika z faktu, że Zamawiający wskazywał wymiary lustra wody (a i tak nie całe), a nie wymiary niecki basenowej.

4) Odwołujący sprawował nadzór nad pracami w zakresie systemu uzdatniania wody.

44. W konsekwencji kategorycznie nie można zgodzić się z Zamawiającym, który wskazuje, że: „w przedstawionym wykazie prac podobnych oraz referencjach została poświadczona nieprawda w kwestii pełnienia usługi nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji”.

Wykaz usług przedstawia informacje zgodne z rzeczywistością.

Tożsama sytuacja dotyczy referencji, które zostały wystawione przez inwestora zastępczego, który jest podmiotem neutralnym, niezależnym i tym samym nie miałby żadnego interesu w przekazywaniu nieprawdziwych informacji. Co

więcej, podmiot wystawiający referencje, czyli inwestor zastępczy, jest podmiotem fachowym, posiadającym wiedzę techniczną (jest to biuro projektowe prowadzone przez osoby posiadające odpowiednie uprawnienia budowlane).

W referencjach jednoznacznie wskazano, że:

1)Odwołujący pełnił usługę nadzoru inwestorskiego przy budowie basenu i prace te zostały wykonane należycie.

2)W zakres nadzorowanych prac wchodził system uzdatniania wody oraz niecka basenowa.

3)Niecka basenowa miała wymiary ponad 17 na 9 metrów.

45.Zamawiający podważa to oświadczenie, bazując jednak niesłusznie na:

1)Nieprawidłowym oparciu się o wymiarach lustra wody (i to niepełnych), zamiast na wymiarach niecki wody.

2)Stanowisku „właściciela obiektu” (czyli jak Odwołujący rozumie, prawdopodobnie chodzi o przedstawiciela inwestora - Chevat Ventures Limited), który jednak może nie posiadać technicznej wiedzy i nie widzieć, czy system uzdatniania wody został wykonany, ani co składa się na ten system. Z tego powodu inwestor powołał fachowego inwestora zastępczego.

3)Braku pozwolenia na użytkowanie (co jednak nie było przedmiotem warunku udziału w postępowaniu).

II. Okoliczności prawne

II.1. Zarzut numer 1 (zarzut stanowczy)

46.Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona przez wykonawcę: (...) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu”.

47.Oceniając spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu należy oprzeć się na brzmieniu warunku, który został wprowadzony przez Zamawiającego w dokumentacji zamówienia. To na Zamawiającym spoczywał obowiązek precyzyjnego i dokładnego postawienia warunku udziału w postępowaniu.

48.Z okoliczności faktycznych niniejszej sprawy wynika, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu – w takim zakresie, w jakim został postawiony przez Zamawiającego.

„Nadzór inwestorski nad 1 (jedną) robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie krytego basenu lub krytego aquaparku (akwaparku), lub krytego parku wodnego lub innego obiektu pełniącego funkcję krytej pływalni, w ramach której wykonano prace związane z niecką basenową o wymiarach minimum 16x8m i systemem uzdatniania wody”.

Tym samym:

1)Odwołujący pełnił nadzór inwestorski.

2)Nadzór inwestorski był pełniony nad robotą budowlaną polegającą na budowie basenu.

3)Basen ten jest kryty (posiada dach).

4)W ramach nadzorowanej roboty budowlanej wykonano prace związane z niecką basenową i systemem uzdatniania wody (żadne inne prace nie zostały wymienione, w tym nie zostały wymienione szczegółowo prace wykończeniowe).

5)Niecka basenowa ma wymiary minimum 16x8m.

49.Co więcej, nawet jeżeli powstałyby jakiegokolwiek wątpliwości co do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to wskazać należy, że zgodnie z utrwaloną w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz w piśmiennictwie zasadą, w przypadku wątpliwości należy rozstrzygać je na korzyść wykonawcy.

Odwołujący chciałby w tym zakresie przytoczyć wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 157/19:

„W przypadku uznania, że warunek udziału w postępowaniu został sformułowany na tyle nieprecyzyjnie (lub wieloznacznie), że możliwa jest (z uwzględnieniem celu, jakiemu ten warunek ma służyć) jego różna interpretacja - to powstała wątpliwość powinna zostać rozstrzygnięta na korzyść wykonawcy. Wówczas uznaje się warunek za spełniony nawet wtedy, gdy taka interpretacja może prowadzić w danym postępowaniu do obniżenia wymagań”.

50.Odwołujący stoi na stanowisku, że w świetle okoliczności faktycznych bezwzględnie spełnia warunek udziału w postępowaniu – w brzmieniu nadanym przez Zamawiającego.

Jeżeli jednak powstałyby wątpliwości wynikające z tego, że intencją Zamawiającego było na przykład żeby:

1)Basen nie tylko był zbudowany, ale również, żeby wykonane (i nadzorowane) były wszystkie, nawet najmniejsze prace wykończeniowe.

2)Basen znajdował się w budynku, który posiada pozwolenie na użytkowanie.

3)Wymiary 16x8m dotyczyły lustra wody (bez schodów), a nie niecki basenowej.

4)System uzdatniania wody powinien posiadać jeszcze jakieś inne elementy.

- to w świetle jednolicie przyjmowane zasady rozstrzygania wszystkich wątpliwości na korzyść wykonawcy i tak należy uznać, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu.

II.2. Zarzut numer 2 (zarzut ewentualny)

51.Zarzut ten ma charakter ewentualny w stosunku do zarzutu stanowczego numer 1, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust.

1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp (a w dalszej konsekwencji naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp) poprzez odrzucenie oferty Odwołującego (a w dalszej kolejności również unieważnienie postępowania), podczas gdy Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, wobec czego jego oferta nie podlega odrzuceniu (a w dalszej kolejności również

postępowanie nie podlega unieważnieniu).

Wola Odwołującego jest, żeby zarzut ewentualny numer 2 został rozpatrzony wyłącznie w sytuacji, gdy nie potwierdzi się zarzut stanowczy numer 1, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzutu stanowczego numer 1, zarzut ewentualny numer 2 nie ma znaczenia dla przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

52. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp:

„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, 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”.

53. Mając powyższe na uwadze, nawet gdyby z daleko idącej ostrożności procesowej przyjąć, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (z czym jednak zgodzić się nie można), to przed odrzuceniem oferty Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego do poprawienia wykazu usług oraz uzupełnienia dowodów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

54. Uprzedzając ewentualną polemikę Zamawiającego, Odwołujący wskazuje od razu, iż ma świadomość, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz piśmiennictwie ukształtowała się zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia. Zasada ta dotyczy jednak jednokrotnego uzupełnienia dokumentu z tej samej przyczyny. Natomiast do tej pory Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wyłącznie w zakresie okoliczności (przyczyny) związanej z wymiarami niecki basenowej (początkowo wymiary nie były wskazane w wykazie usług i Odwołujący uzupełnił tę okoliczność).

Inne okoliczności (przyczyny) będące podstawą zaskarżonego odrzucenia oferty Odwołującego nie były do tej pory przedmiotem wezwania.

55. Jeżeli więc Krajowa Izba Odwoławcza uznałaby, że nie potwierdziła się podnoszona przez Zamawiającego okoliczność związana z wymiarami niecki basenowej, natomiast potwierdziła się któraś z pozostałych okoliczności (wybudowane jedynie ścianki niecki basenowej, brak pozwolenia na użytkowanie, system uzdatniania wody), to w związku z tym oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu, lecz Odwołujący powinien otrzymać wezwanie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia wykazu usług oraz uzupełnienia dowodów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

III. Kwestie formalne

56. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Gdyby Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, to oferta Odwołującego, uwzględniając kryteria oceny ofert, byłaby ofertą najwyżej ocenioną, a przy tym jedyną ofertą nieprzekraczającą kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W konsekwencji postępowanie nie podlegałoby unieważnieniu, a Odwołujący miałby dużą szansę na ostateczne uzyskanie zamówienia [zarzut stanowczy]. Gdyby natomiast Zamawiający nie zaniechał czynności wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu usług oraz uzupełnienia dowodów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, to Odwołujący miałby możliwość powołać się na realizację innej usługi i w ten sposób wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji postępowanie nie podlegałoby unieważnieniu, a Odwołujący miałby dużą szansę na ostateczne uzyskanie zamówienia [zarzut ewentualny]. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę.

(...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 22/10/24) wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu stanowiska podał w szczególności:

(...)

W odwołaniu zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, a w konsekwencji naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty odwołującego, a w dalszej kolejności również unieważnienia postępowania, podczas gdy odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, wobec czego, jego oferta nie podlega odrzuceniu, a w dalszej kolejności również postępowanie nie ulega unieważnieniu.

W odwołaniu znalazł się również zarzut ewentualny — naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia wykazu usług oraz uzupełnienia dowodów potwierdzających, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, podczas gdy nawet jeżeli odwołujący nie spełniał warunku udziału w postępowaniu to zamawiający był zobowiązany wystosować wezwanie do poprawienia wykazu usług oraz do

uzupełnienia dowodów.

Zamawiający nie podziela powyższego zarzutu.

W dniu 4 października 2024 r. została przekazana informacja o odrzuceniu oferty odwołującego. Podstawę prawną odrzucenia oferty stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) ustawy PZP, z którego wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Decyzja o odrzuceniu oferty zapadła w następującym stanie faktycznym:

W dniu 08.08.2024 r. Zamawiający zwrócił się na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do Wykonawcy KD Inżynieria Sp. z o.o., ul. 26 Kwietnia 81a/20, 71-126 Szczecin z wezwaniem do złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca w odpowiedzi na wezwania przedłożył wykaz prac podobnych wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie wykazanych prac podobnych.

W wyniku analizy dokumentów przedłożonych przez wykonawcę na wezwanie, o którym mowa wyżej, Zamawiający powziął wątpliwość w zakresie spełnienia warunku określonego w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 4 ppkt 4.1b) SWZ, w związku z tym zwrócił się do odwołującego w dniu 14.08.2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy PZP o uzupełnienie dokumentów w zakresie potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dotyczącym doświadczenia w realizacji prac podobnych. Wątpliwość dotyczyła tego, że w wykazie usług podobnych, nie wskazano, że nadzór inwestorski był sprawowany nad robotami obejmującymi budowę basenu o wymiarach minimum 16x8m z systemem uzdatniania wody.

W odpowiedzi na ponowne wezwanie zamawiającego z dnia 19.08.2024 r. odwołujący załączył uzupełniony wykaz usług podobnych wraz z uzupełnionymi referencjami z potwierdzeniem nadzoru inwestorskiego przy wykonaniu basenu o wymiarach 17mx9m z systemem uzdatniania wody. Jednakże w dniu 30.08.2024 r. do Zamawiającego wpłynął wniosek od Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego DARO D.C. o odrzucenie oferty złożonej przez KD Inżynieria Sp. z o.o. w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie pełnienia nadzoru nad budową krytego basenu w ostatnich 3 latach. Jako uzupełnienie do owego wniosku dnia 2.09.2024 r. ww. Wykonawca dołączył informację, z której wynika, że KD Inżynieria Sp. z o.o. wprowadza Zamawiającego w błąd, ponieważ praca wskazana w wykazie usług podobnych jest nieukończona, brak jest pozwolenia na użytkowanie oraz brak jest niecki i instalacji uzdatniania wody. W związku z tym zawiadomieniem zamawiający podjął czynności zmierzające do wyjaśnienia sprawy polegające na ponownym zwróceniu się do Wykonawcy KD Inżynieria Sp. z o.o. o tym razem o wyjaśnienie w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych tj. w zakresie wskazanej pracy podobnej poz. 2 z załącznika nr 5 do SWZ stanowiącego Wykaz prac podobnych. Odpowiedź na to wezwanie wpłynęła dnia 9.09.2024 r. i wskazano w niej, że zgodnie z uzupełnionymi referencjami nadzór prac obejmował: „budowę budynku hotel wraz z infrastrukturą towarzyszącą, instalacjami, basenem oraz strefą SPA, budynek w technologii tradycyjnej murowo-żelbetowej, wyposażony w instalację wentylacyjną mechaniczną, elektryczną, systemem uzdatniania wody, niecka basenowa w technologii żelbetowej o wymiarach ponad 17 na 9 metrów. Budynek z miejscami postojowymi funkcja hotelowa.”

Wyjaśnienia te nie przekonały jednak Zamawiającego, w związku z tym mając na uwadze powyższe, w dniu 13.09.2024 r. została przeprowadzona przez pracowników Urzędu Gminy Dobra wizja w terenie mająca na celu potwierdzenie wykonania usługi dotyczącej budowy budynku hotelu z mieszkaniem właściciela, podziemnym garażem dla samochodów osobowych, basenem oraz niezbędną infrastrukturą techniczną w Świnoujściu. Budynek zlokalizowany na rogu ulicy Sienkiewicza oraz Małachowskiego działka nr ewid. 89 obręb Świnoujście 1, obiekt został okazany przez właściciela nieruchomości. Na miejscu ustalono:

1. Budynek jest w stanie zamkniętym, deweloperskim, w trakcie budowy. Z oświadczenia właściciela brak jest decyzji na użytkowanie.

2. W obiekcie zaprojektowana jest strefa SPA w której przewidziany jest basen o wymiarach 6,02m x 12,39m — powierzchnia lustra wody 74,59m².

3. Zostały wybudowane jedynie ścianki niecki basenowej (brak wykończenia) bez systemu uzdatniania wody. Właściciel obiektu wskazał jednoznacznie, że brak jest systemu uzdatniania wody oraz, że basen może zostać zastąpiony miejscami postojowymi, Zamawiający dysponuje dokumentacją fotograficzną oraz dokumentacją, z której wynika, że rozmiary niecki basenowej są mniejsze od wymaganych tj. wynoszą 6,02 x 12,39 m.

Wobec tych rozbieżności, w dniu 19.09.24 r. zamawiający wystąpił do podmiotu wystawiającego referencje o wyjaśnienie treści referencji, które potwierdzały inny stan faktyczny, jednak nie otrzymał w tym zakresie odpowiedzi.

Argumenty przemawiające za tym, że odwołujący nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu Warunek był następujący

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą się doświadczeniem w realizacji co najmniej 2 (dwóch) usług podobnych do usługi objętej przedmiotem zamówienia wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie. Przez usługi

podobne uważa się nadzór inwestorski nad 1 (jedną) robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie krytego basenu lub krytego aquaparku (akwaparku), lub krytego parku wodnego lub innego obiektu pełniącego funkcję krytej pływalni, w ramach której wykonano prace związane z niecką basenową o wymiarach minimum 16x8m i systemem uzdatniania wody."

Tymczasem, odwołujący podnosi w odwołaniu, że warunkiem udziału w postępowaniu było aby cyt.: „w ramach basenu należało sprawować nadzór inwestorski nad pracami związanymi z system uzdatniania wody” i że podłączenie kilku kratek kanalizacyjnych jest elementem takiego systemu. Takie rozumowanie jest w naszej ocenie nieprawidłowe, ponieważ idąc tym tropem wystarczyłoby zrobić kontakt do prądu, bo przecież pompy będą musiały być podłączone do prądu. Zamawiający formułując warunek oczekiwał, że w ramach nadzorowanej roboty polegającej na budowie basenu system uzdatniania wody będzie już kompletny i skończony, ponieważ warunek brzmiał cyt.: „w ramach której wykonano prace (...)” a nie w ramach której wykonywano prace czy planowano do wykonania prace ... Załączona przez odwołującego inwentaryzacja powykonawcza pokazuje podłączenie kanalizacji (kolor niebieski — infrastruktura odprowadzająca wodę) z plaży (tak nazywa się obszar wokół niecki basenowej) oraz z dna niecki głównej i z rynny przelewowej wanny jacuzzi. Nie wykonano zatem odwodnienia samej wanny jacuzzi i nie będzie się dało spuścić z niej wody, bo rynna przelewowa jest o góry, a na dnie nie ma kanalizacji). Nie ma też odprowadzenia wody z rynny przelewowej niecki basenowej. Przede wszystkim jednak, nie ma w ogóle możliwości nalewania wody (kolor czerwony — infrastruktura odprowadzająca wodę — nie jest doprowadzony ani do niecki basenowej, ani do wanny jacuzzi). Podobnie nie pokazano gdzie woda będzie podgrzewana, filtrowana, chlorowana itp. Na tej podstawie warunek udziału w przetargu nie jest spełniony, ponieważ w ramach nadzorowanej roboty budowlanej prace związane z systemem uzdatniania wody nie zostały wykonane, a tym samym warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony a ofertę należało odrzucić.

W związku z odrzuceniem oferty odwołującego działając na podstawie przepisu art. 255 pkt 3) stanowi, że Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, ponieważ cena lub koszt najkorzystniejszej oferty, która pozostała po odrzuceniu oferty odwołującego lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zabezpieczone na realizację przedmiotowego zamówienia w budżecie Gminy środki nie były wystarczające na zawarcie umowy z kolejnym Wykonawcą.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty podnoszone w odwołaniu nie podlegają uwzględnieniu.

Zamawiający w piśmie z dnia 4/10/2024 informując o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) ustawy Pzp, a w uzasadnieniu faktycznym stanowiska podał: (...) 08.08.2024 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy z wezwaniem o złożenie dokumentów dot. potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca odpowiedział na wezwanie 13.08.2024, po analizie dokumentów złożonych przez Wykonawcę Zamawiający powziął wątpliwość czy Wykonawca spełnia warunek określony w przedmiotowym postępowaniu i w dniu 14.08.2024 r. zwrócił się o uzupełnienie dokumentów w zakresie potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dotyczącym pracy podobnej. We wskazanych w załączniku nr 5 Wykazie usług podobnych nie wskazano, że nadzór inwestorski był sprawowany nad budową basenu o wymiarach minimum 16x8m z systemem uzdatniania wody. Wykonawca dnia 19.08.2024 r. odpowiedział na wezwanie załączając uzupełniony wykaz usług podobnych wraz z uzupełnionymi referencjami z potwierdzeniem wykonania basenu o wymiarach 17x9m z systemem uzdatniania wody. 30.08.2024 r. wpłynął wniosek od Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego DARO D.C. o odrzucenie oferty złożonej przez KD Inżynieria Sp. z o.o. w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie pełnienia nadzoru nad budową krytego basenu w ostatnich 3 latach. Jako uzupełnienie do owego wniosku 2.09.2024 r. ww. Wykonawca dołączył informację, że KD Inżynieria Sp. z o.o. wprowadza Zamawiającego w błąd, ponieważ praca wskazana w wykazie usług podobnych jest nieukończona, brak jest pozwolenia na użytkowanie, oraz brak jest niecki i instalacji uzdatniania wody. Zamawiający 04.09.2024r. ponownie zwrócił się do Wykonawcy KD Inżynieria Sp. z o.o. o wyjaśnienie złożonych środków podmiotowych, tj. pracy podobnej poz. 2 z załącznika nr 5 do SWZ stanowiącego Wykaz prac podobnych. Odpowiedź na to wezwanie wpłynęła 9.09.2024 r. Mając na uwadze powyższe w dniu 13.09.2024 r. została przeprowadzona przez pracowników Urzędu Gminy Dobra wizja w terenie mająca na celu potwierdzenie wykonania usługi dotyczącej budowy budynku hotelu z mieszkaniem właściciela, podziemnym garażem dla samochodów osobowych, basenem oraz niezbędną infrastrukturą techniczną w Świnoujściu. Budynek zlokalizowany na rogu ulicy Sienkiewicza oraz Małachowskiego działka nr ewid. 89 obręb Świnoujście 1, obiekt został okazany przez właściciela nieruchomości. Na miejscu ustalono:

1. Budynek jest w stanie zamkniętym, deweloperskim, w trakcie budowy. Z oświadczenia właściciela brak jest decyzji na użytkowanie.
2. W obiekcie zaprojektowana jest strefa SPA w której przewidziany jest basen o wymiarach 6,02m x 12,39m — powierzchnia lustra wody 74,59m².
3. Zostały wybudowane jedynie ścianki niecki basenowej (brak wykończenia) bez systemu uzdatniania wody. Właściciel

objektu wskazał jednoznacznie, że brak jest systemu uzdatniania wody oraz że basen może zostać zastąpiony miejscami postojowymi.

Zamawiający mając na uwadze powyższe fakty stwierdza, iż firma KD Inżynieria Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. 26 Kwietnia 81A/20 nie spełniła warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, a mianowicie w przedstawionym wykazie prac podobnych oraz referencjach została poświadczona nieprawda w kwestii pełnienia usługi nadzoru inwestorskiego przy realizacji inwestycji budowy budynku hotelu z mieszkaniem właściciela, podziemnym garażem dla samochodów osobowych, basenem oraz niezbędną infrastrukturą techniczną. Budynek wyposażony w basen kryty (pływalnia) z systemem uzdatniania wody zlokalizowany na działce numer 89, obręb 0001 przy ulicy H.S. w Świnoujściu o wymiarach niecki basenowej 17x9m. (...)

Wskazany art. 226 ust.1 pkt 2 lit b) stanowi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) została złożona przez wykonawcę: (...) b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (...)”

Zgodnie z rozdziałem VIII ust. 1 pkt 4 SWZ, w tym jego lit. b) z którą związany jest zarzut odwołania Zamawiający podał:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykazą się doświadczeniem w realizacji co najmniej 2 (dwóch) usług podobnych do usługi objętej przedmiotem zamówienia wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Przez usługi podobne uważa się:

a.Nadzór inwestorski nad 1 (jedną) robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie obiektu kubaturowego, obejmującą swym zakresem wykonanie robót konstrukcyjnych, elewacyjnych, instalacyjnych i wykończeniowych, o kubaturze min.18.000 m³,

b.Nadzór inwestorski nad 1 (jedną) robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie krytego basenu lub krytego aquaparku (akwaparku), lub krytego parku wodnego lub innego obiektu pełniącego funkcję krytej pływalni, w ramach której wykonano prace związane z niecką basenową o wymiarach minimum 16x8m i systemem uzdatniania wody”.

Referencyjna usługa nadzoru, której dotyczy spór związana jest z pozycją 2 Wykazu usług (zał. 5 SWZ): „Kompleksowy nadzór inwestorski podczas budowy budynku hotelu z mieszkaniem właściciela, podziemnym garażem dla samochodów osobowych, basenem oraz niezbędną infrastrukturą techniczną. Basen kryty z systemem uzdatniania wody zlokalizowany na działce numer 89, obręb 0001 przy ulicy H.S. w Świnoujściu”.

Bezsporne jest w tej sprawie, że ta inwestycja ani co do budynku hotelu ani basenu nie uzyskała pozwolenia na użytkowanie. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 55 ust.1 pkt 1 lit. a) w przypadku obiektu budowlanego zaliczonego – jak w tym przypadku basenu - do kategorii XV przed przystąpieniem do jego użytkowania konieczne jest uzyskanie stosownej decyzji. Sporny basen bowiem – zgodnie z przepisami prawa budowlanego (Załącznik do ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Kategorii obiektów budowlanych) - w myśl wskazanej kategorii jest budynkiem sportu i rekreacji do których zalicza się kryte baseny, stąd na jego użytkowanie wymagane jest stosowne pozwolenie. Wystąpienie o taką decyzję jest możliwe o ile zostały zakończone roboty budowlane. W odniesieniu do tej inwestycji był wykonywany nadzór inwestorski, a zatem pełnienie tej usługi obejmuje cały okres trwania procesu budowlanego.

Zgodnie z rozdziałem IV SWZ:

(...) 1.Przedmiotem zamówienia jest usługa prowadzenia kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad budową obiektu sportowego z basenem w Bezzreczu, przy ulicy Górnej i Miodowej, wraz z zagospodarowaniem terenu obejmującym: niwelację terenu, utworzenie układu komunikacji zewnętrznej w postaci utwardzonych dojazdów i dojazdu technicznego do budynku, budowę niezbędnej infrastruktury technicznej tj. instalacji zewnętrznych oraz przyłączy wodno-kanalizacyjnych i elektroenergetycznych. Inwestycja planowana jest na działce o numerze ewidencyjnym 66/144 położonej w obrębie ewidencyjnym 321101_2.0001 Bezzrecze. Inwestycja realizowana w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Budowa obiektu sportowego z basenem w Bezzreczu”.

2.Projektowany budynek jest obiektem sportowym, którego podstawową grupę pomieszczeń stanowi hala basenowa, z basenem sportowym, oraz nieckami rekreacyjnymi, wraz z pomieszczeniami pomocniczymi, niezbędnymi do jej prawidłowego funkcjonowania. Jako pomieszczenia zaplecza strefy basenowej rozumie się zespoły szatniowe, w tym strefy dla pracowników, pomieszczenia magazynowe, technologiczne itp. (...)

Zgodnie ze wskazanym warunkiem SWZ przez usługę podobną Zamawiający uznał Nadzór inwestorski nad 1 (jedną) robotą budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie krytego basenu (...), w ramach której wykonano prace związane z niecką basenową o wymiarach minimum 16x8m i systemem uzdatniania wody”.

Izba mając na uwadze przedmiot zamówienia właściwy dla tego postępowania jak i opis warunku wg rozdziału VIII pkt 1.4 w lit. b) oraz podstawy odrzucenia oferty Odwołującego zgodziła się z Zamawiającym, że formułując sporny warunek miał prawo oczekiwać, że zamówienie referencyjne w ramach nadzorowanej roboty polegającej na budowie basenu system uzdatniania wody jak i na wykonaniu „niecki basenowej” będzie kompletne i skończone. Z treści warunku

bowiem wynika, że referencyjna usługa nadzoru inwestorskiego dotyczy wykonanych, a zatem ukończonych prac związanych z basenem, w tym z niecką basenową oraz z systemem uzdatniania wody związanym nie tylko z tą niecką ale również z budowanym w ramach tego zadania inwestycyjnego basenem.

Przedłożona opinia techniczna z dnia 17.10.2024 – jak wskazano na jej str 1 – wydana została na podstawie projektu wykonawczego oraz dokumentacji zdjęciowej. Takich dokumentów, w tym dokumentacji zdjęciowej – nie przekazano do KIO wraz z tą opinią. Zdaniem KIO w tej opinii autor co do basenu wskazał na jego zadaszenie a co do niecki basenowej na wykonanie prac związanych z tą niecką nie powołując się na żaden dowód, który pozwalałby uznać, że nastąpiło zakończenie tych prac, chociażby, w przypadku niecki poprzez wykonanie prób jej szczelności, co następuje przed położeniem ceramicznej okładziny niecki. Niewątpliwie taka ceramiczna okładzina nie została położona, co przyznaje sam wnoszący odwołanie wykonawca.

Odwolujący, marginalizując zakres niewykonanych prac, jednocześnie przyznaje że prace z basenem nie są zakończone. W tym przypadku nie powołuje się na jakiegokolwiek wpisy w dzienniku budowy czy protokoły odbioru, co do prac związanych z doprowadzeniem i wykonaniem wszystkich instalacji potrzebnych do funkcjonowania basenu. Izba również zwraca uwagę, że w piśmie procesowym z dnia 23/10/2024 wykonawca nie podważa stanowiska Zamawiającego, co do jego ustaleń, że: *„Załączona przez Odwołującego inwentaryzacja powykonawcza nie dowodzi, że basen z systemem pokazuje podłączenie kanalizacji (kolor niebieski — infrastruktura odprowadzająca wodę) z plaży (tak nazywa się obszar wokół niecki basenowej) oraz z dna niecki głównej i z rynny przelewowej wanny jacuzzi. Nie wykonano zatem odwodnienia samej wanny jacuzzi i nie będzie się dało spuścić z niej wody, bo rynna przelewowa jest u góry, a na dnie nie ma kanalizacji). Nie ma też odprowadzenia wody z rynny przelewowej niecki basenowej. Przede wszystkim jednak, nie ma w ogóle możliwości nalewania wody (kolor czerwony — infrastruktura odprowadzająca wodę — nie jest doprowadzony ani do niecki basenowej, ani do wanny jacuzzi). Podobnie nie pokazano gdzie woda będzie podgrzewana, filtrowana, chlorowana itp.”.*

Izba też zwraca uwagę, że przedłożona opinia techniczna nie rozstrzyga kwestii sposobu pomiaru „niecki basenowej”. W tym przypadku autor powołuje się na literaturę techniczną i jej autora, nie konkretyzując tej literatury. Jednocześnie z artykułów wskazanego autora dostępnych w internecie nie wynikają sposoby pomiaru niecki basenowej. Izba jednocześnie zauważa, że ta kwestia mogła być w dobrze pojętym interesie wykonawcy rozstrzygnięta w trybie pytań do SWZ skierowanych do Zamawiającego przed złożeniem oferty.

W przedmiotowej sprawie do wykonawcy skierowano trzy wezwania związane z przedmiotowym środkiem dowodowym, którego dotyczy spór. Mianowicie, w dniu: (a) 08.08.2024 r. na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału (...); (b) 14.08.2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp o uzupełnienie dokumentów w zakresie potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dotyczącym doświadczenia w realizacji prac podobnych (c) 4.09.2024 w trybie art. 128 ust.4 w zw. z art. 266 Pzp o wyjaśnienie w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych tj. w zakresie wskazanej pracy podobnej poz. 2 z załącznika nr 5 do SWZ stanowiącego Wykaz prac podobnych. Ponadto wobec dalszych wątpliwości w dniu 13.09.2024 r. została przeprowadzona przez pracowników Urzędu Gminy wizja lokalna z udziałem właściciela nieruchomości.

W konkluzji Izba stwierdza, że brak jest podstaw, co do kwestionowania decyzji Zamawiającego o odrzuceniu tej oferty z powodu nie wykazania spełnienia powyższego warunku, albowiem przedstawione przez Odwołującego argumenty i powoływana jako dowód opinia techniczna nie potwierdziły spełnienia tego warunku. Natomiast powoływane przez Zamawiającego, okoliczności świadczą o niewykonaniu usługi w zakresie wymaganym warunkiem.

Tym samym, wobec powyższych ustaleń, nie podlegają uwzględnieniu podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp jak również zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust.1 tej ustawy. W konsekwencji także za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz przepisów 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).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

.....