Sygn. akt:KIO 1768/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Mateusz Paczkowski

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawcę BUD-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Toruniuw postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miasta Toruń

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy EKOTOR sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BUD-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BUD-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,
   2) zasądza od wykonawcy BUD-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Toruniuna rzecz zamawiającego Gmina Miasta Toruń kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt:KIO 1768/24

UZASADNIENIE

Gmina Miasta Toruń (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Modernizacja basenu w II Liceum Ogólnokształcącym przy ul. Kosynierów Kościuszkowskich 6 w Toruniu” (znak postępowania: 12/2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 lutego 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00216200.

W dniu 20 maja 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca BUD-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec:

- niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty EKOTOR sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej: „EKOTOR”), zamiast Odwołującego,
- zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy Pzp, w postaci odrzucenia oferty EKOTOR.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty złożonej przez EKOTOR, mimo że oferent ten nie spełniał warunków udziału w tym postępowaniu (z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej) oraz pomimo wezwania nie przedłożył dokumentów potwierdzających brak przesłanek do odrzucenia jego oferty, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu,
2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak uznania, że to oferta Odwołującego była najkorzystniejszą z ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez EKOTOR,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty EKOTOR na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp,
- nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert bez uwzględnienia oferty EKOTOR.
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów

wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa według norm prawem przepisanych lub zestawienia załączonego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył drugą najkorzystniejszą ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty EKOTOR, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć. W konsekwencji, może on ponieść szkodę z uwagi na brak możliwości realizacji zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 14 maja 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 20 maja 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

Odnosząc się do wykazanego przez EKOTOR zadania na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.4 SWZ, Odwołujący podniósł, że realizowany na rzecz SP ZOZ Sanatorium Uzdrowiskowe MSWiA „ORION" (zwanego dalej „Sanatorium") obiekt w ramach etapu 3 zamówienia pt. „Przebudowa Zakładu Przyrodoleczniczego i Fizjoterapii wraz z salą gimnastyczną w SP ZOZ Sanatorium Uzdrowiskowe MSWiA „ORION przy ulicy Warzelnianej 1 w Ciechocinku" za łączną kwotę 2 923 119,47 zł brutto, nie ma charakteru obiektu basenowego tylko charakter uzdrowiska/sanatorium. Zdaniem Odwołującego, skoro obiekt sanatorium / uzdrowisko nie jest obiektem basenowym, to referencje dotyczące jego remontu nie mogą być uznane za spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania przez EKOTOR zdolności technicznej lub zawodowej w postaci realizacji budowy / remontu obiektu basenowego. Nie każdy obiekt, który posiada basen może być uznany za obiekt basenowy. Za taki można uznać jedynie obiekt, którego głównym elementem i przeznaczeniem jest basen. W innym, przypadku za spełnienie warunków udziału w postępowaniu można by przyjąć sytuację, gdy potencjalny wykonawca przedstawiłby referencje budowy domu mieszkalnego za kwotę ponad 2.500.000 zł, w którym byłby zlokalizowany basen. W szczególności, że basen w Sanatorium ma 86 m2, co czyni go wyjątkowo niewielkim w stosunku do powierzchni budynku sanatorium. To zaś również implikuje, że Sanatorium nie dysponuje obiektem basenowym, a budynkiem sanatorium/uzdrowiska, w którym znajduje się niewielki basen.

Odwołujący zastrzegł zarazem, że można przyjąć inaczej i uznać, że za remont lub budowę obiektu basenowego można również uznać sytuację, gdy budowana lub remontowana jest część budynku, która obejmuje basen. W takim jednak przypadku, do wartości realizowanych robót można by było wliczyć wyłącznie te, które dotyczą części basenowej. Tymczasem w referencji EKOTOR wskazano wartość całości robót wykonanej dla Sanatorium, również tych, które z pomieszczeniem basenu nie miały żadnego powiązania. W ocenie Odwołującego, całość referencji została skonstruowana tak, jakby przedmiotem umowy EKOTOR z Sanatorium było właśnie wyremontowanie basenu i pomieszczeń towarzyszących za kwotę przekraczającą 2.500.000 zł. Tak jednak w ocenie Odwołującego nie było, co wprost wynika z dokumentacji projektowej stanowiącej załączniki do Umowy nr 01/2021 z dnia 11.05.2021 r. zawartej pomiędzy Sanatorium, a EKOTOR. Odwołujący poinformował też, że odbył wizję lokalną w obiekcie, a analiza dokumentów oraz wizja lokalna potwierdziły stan ujawniony w Załączniku Dokumentacja na mPortal -> 1H Projekty Całość -> Architektura -> Opis, gdzie na stronie nr 8 po pozycją nr 18 wskazano, że pomieszczenie basenu solankowego ma 86 m2 powierzchni i nie jest objęte robotami ogólnobudowlanymi. W pozostałych branżach, pomieszczenie basenu solankowego albo znajduje się poza zakresem opracowania, albo jest objęte relatywnie niewielkimi pracami. Zgodnie z opisem w tym samym dokumencie na stronie 17, wykonywano prace w części szatniowo- basenowej zakresie:

a. Wykonanie nowych podziałów w celu stworzenia nowych szatni, przebieralni, łazienki i wc. Remont pomieszczenia sauny. Wykończenie ścian na pełną wysokość i podłóg w pomieszczeniach z płytek ceramicznych,

b. Wykonanie instalacji wod-kan, co, wentylacji, elektrycznej.

c. Wymiana części stolarki drzwiowej.

d. W pomieszczeniu krioterapii dodatkowo wykonać przelew dolny.

Jak dalej podnosił Odwołujący, największe roboty związane z pomieszczeniem basenu zostały objęte Aneksem z dnia 03.01.2022 r. do Umowy nr 02/2021 z dnia 11.05.2021 r. zawartej pomiędzy EKOTOR, a Sanatorium. W celu jego realizacji została zawarta Umowa nr 01/2021 w dniu 23.09.2021 r. pomiędzy Sanatorium, EKOTOR oraz Invest Home and Rent sp. z o. o. Ostatni z podmiotów miał wykonać prace w części basenowej (§2 ww. umowy) za kwotę 267.650,46 zł (§ 4 ww. umowy). Kwota wynagrodzenia miała być płatna bezpośrednio do Invest Home and Rent sp. z o. o., który to

podmiot zdobył zdolności techniczne w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że mając na uwadze inne elementy robót objętych umową zawartą pomiędzy EKOTOR, a Sanatorium, jako oczywiste jawi się, że roboty choćby minimalnie powiązane z remontem pomieszczenia nr 18 (basenu solankowego) i infrastruktury towarzyszącej nie mogły mieć wartości 2.500.000 zł, skoro wartość robót potencjalnie związanych z tym pomieszczeniem wynosiła maksymalnie 1.063.659,09 zł. Na wartość tę składają się roboty w branżach budowlanej, elektrycznej i sanitarnej. Odwołujący zwrócił też uwagę, że sama pierwotna oferta nie przekraczała kwoty 2.500.000 zł, a dopiero po zawarciu aneksu na roboty dodatkowe i zamienne oraz po uwzględnieniu waloryzacji, osiągnęła kwotę 2 923 119,47 zł brutto, w miejsce pierwotnej 2.458.676,05 zł. Zdaniem Odwołującego basen Sanatorium to niewielki basen, którego wybudowanie nie mogłoby nawet wygenerować kosztów w kwocie 2.500.000 zł brutto. Tym bardziej jakikolwiek jego remont nie mógł kosztować 2.500.000 zł. Nie jest zaś celem wskazanym w SWZ, aby Wykonawca wykonał jakiekolwiek prace przy jakimkolwiek basenie, ale by miał doświadczenie w budowie lub remoncie określonej wielkości basenu, skoro robota objęta zamówieniem ma wartość prawie 8 milionów złotych. Przyjmując założenie odwrotne, Wykonawca realizując roboty budowlane na obiekcie sanatorium i naprawiając poprzez symboliczne przyklejenie/uzupełnienie jednej płytki ściennej w pomieszczeniu, gdzie znajduje się basen, mógłby powołać się na spełnienie wymogów przewidzianych SWZ. Jak też wskazywał Odwołujący, Zamawiający w prowadzonej korespondencji z EKOTOR próbował uzyskać od tej spółki przedstawienia szczegółowych informacji dotyczącej tego, na jakie elementy składała się otrzymana kwota wynagrodzenia w wysokości 2.923.119,47 zł, jednakże EKOTOR takiego szczegółowego kosztorysu z podziałem na poszczególne elementy obiektu nie przedstawiła. EKOTOR nie udzieliła też klarownej informacji przedstawiającej, jakie szczegółowe koszty prac składały się na łączną kwotę 2.923.119,47 zł, a tylko posiadanie takich informacji pozwoliłoby na ocenę, które z nich można by uznać za prace związane z „obiektem basenowym". W szczególności EKOTOR nie przedstawił pierwotnej treści umowy i szczegółowego kosztorysu oraz załączników projektowych, a przedłożyła tylko aneks potwierdzający ostateczną kwotę umowy.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 5 czerwca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Stanowisko EKOTOR:

Pismem z dnia 6 czerwca 2024 r. EKOTOR wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił EKOTOR. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez EKOTOR po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz załączone do odwołania. Izba oddaliła na rozprawie natomiast wniosek dowodowy Odwołującego z opinii biegłego z zakresu budownictwa i kosztorysowania robót budowlanych w oparciu o dokumentację załączoną przez Odwołującego bowiem w ocenie Izby istnieje obiektywna możliwość wydania rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie bez odwoływania się do wiedzy specjalisty. Istota sporu sprowadzała się przede wszystkim do rozumienia treści SWZ. Przeprowadzenie tego dowodu prowadziłoby więc do zbędnej zwłoki w postępowaniu. Izba oddaliła na rozprawie wniosek dowodowy Odwołującego z zeznań świadka Pana Jarosława Lewandowskiego, bowiem na tę samą okoliczność, której służyć miał dowód z zeznań świadka Odwołujący załączył również do odwołania pisemne stanowisko Pana Jarosława Lewandowskiego.Izba oddaliła na rozprawie również wniosek dowodowy Odwołującego z zeznań świadka - Prezesa Zarządu Spółki Odwołującego, gdyż stanowisko osoby pełniącej funkcje decyzyjne u Odwołującego sprowadzałoby się w istocie do powielenia stanowiska Odwołującego, które zostało już przedstawione zarówno w treści odwołania, jak i w trakcie rozprawy. Z tych też względów osoba ta powinna raczej występować w charakterze pełnomocnika Odwołującego, co miało miejsce, a osoba ta miała możliwość wypowiedzenia się w ramach stanowiska Odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności zauważyć trzeba, co nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem, że w pkt 12.4 SWZ

Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej: *„Wykonawca spełni ten warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną robotę budowlana dotyczącą budowy, remontu obiektu basenowego o wartości min. 2 500 000 zł brutto”.*

Nie było też spornym dla stron i uczestnika to, iż w załączniku nr 8 - *Wykaz robót budowlanych wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania*, składanym na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2024 r., EKOTOR wskazał „Przebudowę Zakładu Przyrodoleczniczego i Fizjoterapii wraz z salą gimnastyczną w SP ZOZ Sanatorium MSWiA ,,ORION” przy ul. Warzelnianej 1 w Ciechocinku” na rzecz Sanatorium MSWiA Orion w Ciechocinku o wartości 2 923 119,47 zł brutto. Nie było też kwestionowane to, iż doświadczenie EKOTOR dotyczyło etapu III tego zamówienia, którego zakres obejmował: przebudowę pomieszczeń, budowę szybu wraz z windą, budowę zewnętrznej klatki schodowej do ewakuacji, budowę wentylacji, przebudowę korytarzy, wydzielenie pomieszczeń dla ratownika wodnego.

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

Należy zarazem zaznaczyć, że treść warunków udziału w postępowaniu podlega ścisłej wykładni literalnej. Ocena zdolności wykonawców do wykonania zamówienia w kontekście postawionych warunków przez zamawiającego musi być obiektywna i zgodna z zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Nie jest zatem dopuszczalnym formułowanie przez zamawiającego, na etapie badania i oceny ofert czy też w trakcie postępowania odwoławczego, oczekiwań, które nie zostały literalnie ujęte w treści SWZ. Wszelkie próby interpretacyjne zmierzające do zaostrzenia wymagań względem ustalonego w SWZ brzmienia warunku udziału w postępowaniu prowadziłyby więc do nieuprawnionych zmian SWZ. Zamawiający powinien zatem formułować treść SWZ, w tym treść warunków udziału w postępowaniu, w sposób nierodzący po stronie wykonawców wątpliwości co do oczekiwań zamawiającego. Natomiast ewentualne niepewności interpretacyjne i wieloznaczności powinny być przedmiotem wyjaśnień treści SWZ przed upływem terminu składania ofert. Tym samym wykonawcy powinni mieć gwarancję, że ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego nastąpi w odniesieniu do literalnego brzmienia zapisów, a nie poprzez niedopuszczalne próby interpretacyjne podjęte dopiero na etapie badania i oceny ofert.

Kluczowe znaczenie dla oceny sprawy przez Izbę miała właśnie treść ww. warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze pierwszy aspekt zarzutu nr 1, a więc to, że zdaniem Odwołującego, skoro obiekt sanatorium / uzdrowisko nie jest obiektem basenowym, to referencje dotyczące jego remontu nie mogą być uznane za spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania przez EKOTOR zdolności technicznej lub zawodowej w postaci realizacji budowy / remontu obiektu basenowego, Izba wskazuje, iż nie ma legalnej definicji pojęcia „obiekt basenowy”. Zarazem Zamawiający nie określił kryteriów, którymi będzie kierował się przy kwalifikacji danego obiektu jako obiektu basenowego przy ocenie tego warunku udziału w postępowaniu. Tym samym niezasadnym jest przyjmowanie na etapie postępowania odwoławczego przez Odwołującego zawężających wykładni pojęcia „obiekt basenowy” i wskazywanie, że nie każdy obiekt, który posiada basen może być uznany za obiekt basenowy, a za taki można uznać jedynie obiekt, którego głównym elementem i przeznaczeniem jest basen. Dlatego też, zdaniem Izby, przedmiot wykazanego przez EKOTOR zamówienia na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 12.4 SWZ, odpowiadał wymaganiom Zamawiającego.

Odnosząc się również do drugiej części zarzutu nr 1, tj. tego, że wartość wykazanego zamówienia przez EKOTOR na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu nie przekraczała wymaganej przez Zamawiającego kwoty 2 500 000,00 zł, bowiem jak wskazywał Odwołujący całkowita wartość zadania dla Sanatorium, obejmowała też roboty, które z pomieszczeniem basenu nie miały żadnego powiązania, natomiast do wartości realizowanych robót można było wliczyć wyłącznie te, które dotyczą części basenowej, Izba wskazuje, co następuje. Po pierwsze Izba zauważa, że zasadniczo nie było spornym pomiędzy stronami i uczestnikiem to, iż całkowita wartość wykazanych przez EKOTOR robót na rzecz Sanatorium przekraczała kwotę 2 500 000,00 zł. Co prawda Odwołujący wskazywał, że pierwotnie wartość wykazanego przez EKOTOR zadania nie przekraczała wymaganej kwoty, jednakże Odwołujący nie

kwestionował tego, że po zawartym aneksie, wartość robót osiągnęła kwotę 2 923 119,47 zł brutto. Nie może być zatem wątpliwości, iż wykazana robota przekraczała kwotę 2 500 000,00 zł. Rzecz jasna ten aspekt nie jest jeszcze rozstrzygający dla oceny stawianego zarzutu, bowiem Odwołujący podnosił przede wszystkim, iż całkowita wartość zadania dla Sanatorium (a więc kwota 2 923 119,47 zł brutto), obejmowała też roboty, które z pomieszczeniem basenu nie miały żadnego powiązania, natomiast do wartości realizowanych robót można było wliczyć wyłącznie te, które dotyczą części basenowej. Zdaniem Izby, argumentacja Odwołującego dla poparcia swoich twierdzeń w tym przedmiocie stanowiła próbę zawężającej wykładni treści warunku udziału w postępowaniu, co jest nieakceptowalne. Odwołujący na etapie postępowania odwoławczego, poszczególne prace wykonane przez EKOTOR zaliczał lub też nie, do wymaganej przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu kwoty 2 500 000,00 zł. Odwołujący wskazywał też, że „Nie jest zaś celem wskazanym w SWZ, aby Wykonawca wykonał jakiekolwiek prace przy jakimkolwiek basenie, ale by miał doświadczenie w budowie lub remoncie określonej wielkości basenu (…)". Niemniej jednak Izba zgadza się z Zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie zastrzegł między innymi, iż „określił ogólną kwotę za wykonanie robót budowlanych, a nie kwotę za wykonanie budowy lub remontu samej niecki basenowej" oraz, że „nie określił rodzaju robót, które wykonywane były w obiekcie basenowym". Dla Izby przekonującym było to, iż charakter wykazanych przez EKOTOR prac dotyczył obiektu basenowego, bo tak brzmiał warunek udziału w postępowaniu. Wykazany zakres prac obejmował bowiem: przebudowę pomieszczeń, budowę szybu wraz z windą, budowę zewnętrznej klatki schodowej do ewakuacji, budowę wentylacji, przebudowę korytarzy, wydzielenie pomieszczeń dla ratownika wodnego. Nie jest w ocenie Izby zasadnym zarazem, aby wykazane przez wykonawcę doświadczenie, przy tak określonej treści warunku udziału w postępowaniu, rozkładać na czynniki pierwsze i następnie dokonywać kwalifikacji, które konkretnie prace dotyczą budowy lub remontu obiektu basenowego, a które nie, skoro brak było w treści SWZ jakichkolwiek wytycznych w tym względzie.Z tożsamych powodów niesłusznym będzie, przy tak sporządzonej przez Zamawiającego treści warunku udziału w postępowaniu, uzależnienie pozytywnej weryfikacji posiadanego przez wykonawcę doświadczenia od rozmiaru basenu. Powyższe nie oznacza zarazem, iż Zamawiający zwolniony był z obowiązku rzetelnego zweryfikowania wykazanego przez EKOTOR doświadczenia i nie mógł wezwać EKOTOR do wyjaśnień w razie powziętych wątpliwości, co też Zamawiający uczynił. Jednakże finalna ocena spełnienia przez wykonawcę warunku nie mogła odbywać się wedle nieokreślonych w dokumentacji wymogów. Zarazem nie sposób postawić znaku równości pomiędzy doświadczeniem przedstawionym przez EKOTOR a podanymi przez Odwołującego w odwołaniu przykładami, że symboliczne przyklejenie/uzupełnienie jednej płytki w pomieszczeniu, gdzie znajduje się basen, czy też budowa domu z basenem za kwotę 2 500 000,00 zł wystarczyłoby, aby potwierdzić spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu. Część basenowa to zdaniem Izby nie tylko samo pomieszczenie, w którym znajduje się basen, lecz również towarzyszące i funkcjonalnie połączone inne pomieszczenia. Z takim rozumieniem wydaje się, iż zgadzał się sam Odwołujący. Brak jest jednak uzasadnienia dla rozgraniczenia poszczególnych prac na te, które dotyczą obiektu basenowego wedle nieznanych treści SWZ kryteriów Odwołującego.Z powyższych względów zarzut nr 1 nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 2, tj. brak uznania, że to oferta Odwołującego była najkorzystniejszą z ofert niepodlegających odrzuceniu, należy wskazać, iż zarzut ten jest konsekwencją zarzutu nr 1, a wobec oddalenia tego zarzutu, również zarzut nr 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:……..