

WYROK

Warszawa, dnia 23 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2024 r. przez wykonawcę **GRIN Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Augustów**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - **Akademia Sportu Stawiki sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu**
orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę GRIN Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę GRIN Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

2.2. zasądza od wykonawcy GRIN Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku na rzecz zamawiającego Gminy Miasta Augustów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem 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 413/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Augustów - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „*Modernizacja wyciągu nart wodnych w Augustowie*”, znak sprawy: ZP.271.27.2023”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 grudnia 2023 r., za numerem 2023/BZP 00574980/01.

W dniu 6 lutego 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca GRIN Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Akademia Sportu Stawiki sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu – dalej Przystępujący oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Akademia Sportu i wybranie jej jako najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca Akademia Sportu nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej tj. nie wykazał posiadania doświadczenia zgodnie z treścią warunku udziału określonego w pkt 6.1.4. ppkt 1 SWZ – że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego nie wcześniej niż w okresie ostatnich 20 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną robotę polegającą na: budowie/rozbudowie/przebudowie/remontcie wyciągu nart wodnych o wartości min. 1 000 000,00 zł brutto,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Akademia Sportu z postępowania, a w konsekwencji wybranie jej jako najkorzystniejszej pomimo, że wobec Wykonawcy Akademia Sportu zachodziła podstawa wykluczenia z postępowania, ponieważ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd dotyczące spełnienia warunku udziału w postaci doświadczenia, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

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

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) odrzucenia oferty wykonawcy Akademia Sportu z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w

postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, a także zaistnienie podstawy do wykluczenia z postępowania.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w postanowieniach SWZ (pkt 6.1.4 ppkt 1 SWZ) Zamawiający określił, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego nie wcześniej niż w okresie ostatnich 20 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną robotę polegającą na: budowie/rozbudowie/przebudowie/remontcie wyciągu nart wodnych o wartości min. 1 000 000,00 zł brutto.

Odnosnie do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp:

W ocenie Odwołującego warunek udziału w postępowaniu sformułowany jak wyżej, może być rozumiany tylko w jeden sposób, tj. jako obowiązek wykazania się przez wykonawców wykonaniem co najmniej jednej roboty polegającej na budowie/rozbudowie/przebudowie/remontcie wyciągu nart wodnych, przy czym taka robota budowlana ma mieć wartość na poziomie co najmniej 1 000 000 zł brutto. Wymagano zatem doświadczenia w wykonaniu konkretnych robót budowlanych (użyto w SWZ określenia „robót polegających na”), tj. robót polegających na budowie/rozbudowie/przebudowie/remontcie wyciągu nart wodnych, na konkretną kwotę.

Odwołujący zauważył, że w pkt 8.3.1. lit. a SWZ Zamawiający wskazał, że na wezwanie w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca złoży wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 20 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 6 do SWZ), 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 – w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.4. SWZ. Podkreślił, że podmiotowe środki dowodowe (w tym przypadku wykaz robót budowlanych) są żądane przez Zamawiającego, a następnie składane przez Wykonawcę, w konkretnym celu tj. na potwierdzenie spełnienia konkretnych warunków udziału w postępowaniu, określonych w SWZ. Wskazuje na to chociażby sama definicja podmiotowych środków dowodowych zawarta w art. 7 pkt 17 ustawy pzp, nakazując rozumieć je jako środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ponadto charakter i cel składania wykazu robót budowlanych wynika z § 9 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415 ze zm.). Wskazano w nim we wprowadzeniu do wyliczenia, po którym wymieniono wśród podmiotowych środków dowodowych wykaz robót budowlanych, na nierozdzielny związek wykazu z warunkami udziału w postępowaniu. Zamawiający może bowiem żądać wykazu robót budowlanych cyt. „w celu potwierdzenia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (...)”.

W przedmiotowym postępowaniu w wyniku wezwania przez Zamawiającego do złożenia na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy pzp wykazu robót budowlanych Wykonawca wskazał w nim zadanie pn. „Organizacja całorocznego wyciągu sportowego służącego do uprawiania narciarstwa wodnego, wakeboardu, narciarstwa śniegowego i snowboardu z wykorzystaniem systemu do dynamicznej rejestracji ruchów treningowych w środowisku wodnym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży”, które obejmowało według podanych informacji m.in. roboty budowlane. W ocenie Odwołującego podane zamówienie nie pozwala na uznanie, że Wykonawca Akademia Sportu potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w SWZ odnosnie do doświadczenia, a tym samym, aby można było uznać, że jego oferta nie podlega odrzuceniu i można było wybrać jego ofertę jako najkorzystniejszą. Nie można pomijać faktu, że Zamawiający wskazał w SWZ zakres referencyjnych robót budowlanych, wyróżniając pewne elementy konieczne (minimalne). Sprecyzował bowiem, jaki rodzaj robót budowlanych uzna za odpowiadający przedmiotowi zamówienia, a tym samym doświadczenie w ich wykonaniu za wystarczające dla wykonania przedmiotowego zamówienia, wskazując wprost na pewne warunki minimalne określone rodzajem robót.

Odwołujący podkreślił, że ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane w SWZ w sposób jednoznaczny. Zamawiający musi mieć więc świadomość, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być przez niego zmieniane w toku postępowania czy odmiennie oceniane niż zostało to zapisane w SWZ. Ich interpretacja na etapie badania i oceny ofert podlega bowiem ścisłej wykładni, zgodnie z ich literalnym brzmieniem (zob. np. wyrok KIO z dnia 5 października 2021 r., KIO 2427/21). Podobnie w wyroku KIO z dnia 10 lipca 2023 r., KIO 1806/23, podkreślono, że interpretacji postanowień SWZ zawierających opisy warunków udziału w postępowaniu dokonuje się w sposób podobny do przepisów

prawa tj. pierwszeństwo ma wykładnia językowa, a znaczenie literalne to znaczenie potoczne, chyba że to pojęcie należy do terminologii prawnej, specjalistycznej lub sam zamawiający nadał mu swoiste znaczenie w SWZ.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał oceny Wykonawcy Akademia Sportu pod kątem spełniania warunków zdolności technicznej lub zawodowej w sposób znacznie odbiegający od treści (literalnego brzmienia) tych warunków określonej w SWZ. Można pokusić się nawet o stwierdzenie, że nie dokonał w zasadzie oceny, tylko bez dołożenia należytej staranności (bezrefleksyjnie) przyjął, że przekazane na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp Wykonawca Akademia Sportu wyjaśnienia – choć wezwanie Zamawiającego wprost wskazywało, że przedstawione podmiotowe środki dowodowe nie potwierdzają spełniania warunku udziału – że jest to wystarczające do uznania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę brzmienie przedmiotowego warunku zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia) jego celem było zagwarantowanie, aby wykonawca, który podejmie się realizacji zamówienia, posiadał dostateczne doświadczenie w konkretnie wskazanym przez Zamawiającego obszarze tj. robotach polegających na budowie/rozbudowie/przebudowie/remontie wyciągu nart wodnych. Zamawiający wymagał zatem konkretnie wyspecyfikowanego doświadczenia, a kształtując wymagania dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w ten właśnie sposób dał wyraz przekonaniu, że tylko wykonawca legitymujący się doświadczeniem w takim zakresie daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Sam bowiem fakt, że dany wykonawca uczestniczył (choć jak twierdzi w tzw. podwójnej roli inwestora i wykonawcy) w realizacji przedsięwzięcia obejmującego swym zakresem roboty budowlane, to nie przesądza jeszcze, że Wykonawca Akademia Sportu zdobył doświadczenie w zakresie wymaganym w warunku udziału w postępowaniu opisanym w SWZ. Podkreślił, że dysponowanie przez wykonawcę określonym doświadczeniem ma fundamentalne znaczenie z punktu widzenia zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Aby wykonawca dawał rękojmię należytej realizacji powierzonego zadania, musi posiadać wymagane doświadczenie rzeczywiście, a nie tylko formalnie. W odniesieniu do doświadczenia oznacza to, że musi to być doświadczenie faktycznie przez danego wykonawcę nabyte poprzez realizację określonych zadań, w tym przypadku robót budowlanych o określonym charakterze. Przyjęcie stanowiska przeciwnego byłoby tożsame z zezwoleniem na ukształtowanie się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dając możliwość uzyskania zamówień podmiotom, które nie są zdolne do ich właściwej realizacji.

Odwołujący pismem z 16 stycznia 2024 r. (dowód: w aktach postępowania) poinformował Zamawiającego, że Wykonawca Akademia Sportu nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Akademia Sportu w dokumentach złożonych do niniejszego postępowania oświadczyła bowiem, że zrealizowała inwestycję pn. „Organizacja całorocznego wyciągu sportowego służącego do uprawiania narciarstwa wodnego, wakeboardu, narciarstwa śniegowego i snowboardu z wykorzystaniem systemu do dynamicznej rejestracji ruchów treningowych w środowisku wodnym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży”, w skład której wchodzi m.in. „dostawa i montaż wyciągu do nart wodnych”. Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że Akademia na swojej stronie internetowej, pod ogólnodostępnym linkiem <https://wake-zone.pl/dofinansowania/> zamieściła dokumenty, które jednoznacznie wskazują na to, że była ona Inwestorem ww. przedsięwzięcia, nie zaś jego Wykonawcą i zleciła dostawę w trybie zapytania ofertowego wyciągu wraz z jego instalacją firmie Rixen Cableway GmbH (dalej „Rixen”). Po otrzymaniu ww. pisma Odwołującego Zamawiający wezwał 23 stycznia 2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, ponieważ złożony uprzednio po dodatkowej analizie nie pozwalał w jego ocenie uznać, że inwestycja wskazana w złożonym wykazie robót budowlanych potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. Zamawiający wezwał na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp z terminem do 26 stycznia 2024 r. Wykonawcę Akademia Sportu do złożenia wykazu robót budowlanych, który potwierdzi posiadane przez wykonawcę wymaganego doświadczenia i spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu wraz z załączeniem dowodów, o których mowa w pkt 8.3.1. lit. a) SWZ.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych przekazał pismo z 25 stycznia 2024 r., w którym oświadczył, że cyt. „podtrzymuje, że przedłożone przez niego wraz z ofertą Oświadczenie z załącznikami dotyczące wykazania posiadanego doświadczenia spełnia wymogi SWZ i tym samym Oferent spełnia wszelkie wymogi udziału w postępowaniu” (dowód: w aktach postępowania).

Odnosnie do kwestii tego co podnosi w wyjaśnieniach Wykonawca Akademia Sportu, że w przedstawionym (w wykazie robót – przyp. aut.) przedsięwzięciu faktycznie pełnił podwójną rolę zarówno z punktu widzenia formalnego Inwestora, a faktycznie Wykonawcy, gdyby nawet zaakceptować tego rodzaju sytuację, to niezbędne byłoby jednoznaczne wykazanie przez Wykonawcę Akademia Sportu rzeczywiście nabytego doświadczenia, które musiałoby odpowiadać doświadczeniu wymaganemu w SWZ w opisie warunku udziału, a tego - zdaniem Odwołującego - Wykonawca nie zdołał wykazać. Warto mieć w tym aspekcie na uwadze orzecznictwo KIO, gdzie np. w wyroku z dnia 28

maja 2020 r., KIO 448/20 (zachowującym co do istoty aktualność) podkreślono, że cyt. „Dla oceny spełnienia warunku bez znaczenia pozostaje okoliczność czy dany podmiot pełnił na danej inwestycji funkcję inwestora, partnera konsorcjum, generalnego wykonawcy czy podwykonawcy - istotne jest to, jaki był zakres jego faktycznego, realnie nabytego doświadczenia w ramach tej inwestycji.”. Podobnie w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r., KIO 568/18, Izba wskazała, że istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim zakresie dany podmiot rzeczywiście uczestniczył w wykonywaniu tych prac. W sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu odnosi się do konkretnego zakresu doświadczenia, faktyczny i realny udział wykonawcy w realizacji zamówienia należy odnosić właśnie do tego zakresu. W przedmiotowym przypadku warunek udziału w postępowaniu odnosi się do wykazania wykonania robót budowlanych polegających na budowie/rozbudowie/przebudowie/remontcie wyciągu nart wodnych, na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000 zł brutto. Oznacza to, że faktyczny i realny udział wykonawcy w realizacji podanego zamówienia musiałyby odnosić się do tego konkretnego zakresu, a zdaniem Odwoływającego się - do takiego zakresu się nie odnosi.

Odwoływający podkreślił, że Wykonawca Akademia Sportu w ramach powołanego w wykazie robót budowlanych na wykazanie spełniania warunku udziału przedsięwzięcia (objętego dofinansowaniem z Funduszy Europejskich) przeprowadził zapytanie ofertowe (dowód: w aktach postępowania), którego przedmiotem była dostawa nowego środka trwałego oraz nowej wartości niematerialnej i prawnej według specyfikacji w nim zawartej (w pkt 3). Obejmowała: wyciąg do nart wodnych i wakeboardu z pakietem zimowym, elektroniczny system kontroli sprzedaży biletów i kontroli dostępu klasy ERP. Co istotne, stosownie do pkt 4 zapytania ofertowego, wybrany Wykonawca musiał zobowiązać się do dostarczenia nowych i w pełni sprawnych przedmiotów zamówienia zgodnie ze specyfikacją z punktu 3 oraz ich instalacji, uruchomienia i przeprowadzenia szkolenia z zakresu obsługi.

W wykazie robót budowlanych Wykonawca Akademia Sportu podał, że cyt. „Całkowity koszt projektu wyniósł 2.086.812 zł z czego koszty robót budowlanych jak i koszty wyciągu pochłonęły 1.034.013,83 zł. Uwzględniając nawet specyficzny przebieg zamówienia, na który Wykonawca się powołuje w swoich wyjaśnieniach, zauważenia wymaga, że w wykazywanym zamówieniu to Rixen jako wykonawca wybrany w zapytaniu ofertowym, zobowiązany w pkt 4 nie tylko do dostawy, miał wykonać także instalację, montaż. Wynika to ewidentnie z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 20 lutego 2017 r. (dowód: w aktach postępowania). Prowadzi to do wniosku, że roboty budowlane wykonane przez Wykonawcę Akademia Sportu, po uwzględnieniu faktu zakresu prac zleconych Rixen, w tym zwłaszcza w świetle zapisów pkt 4 ww. zapytania ofertowego (wybrany Wykonawca musiał zobowiązać się do dostarczenia nowych i w pełni sprawnych przedmiotów zamówienia zgodnie ze specyfikacją z punktu 3 oraz ich instalacji, uruchomienia i przeprowadzenia szkolenia z zakresu obsługi – przyp. aut.) nie pozwalają na uznanie, że Wykonawca Akademia Sportu nabył doświadczenie w ramach podanego przedsięwzięcia w takim zakresie, jaki jest niezbędny do wykazania spełnienia warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto w skład robót budowlanych – jak Wykonawca podał w wykazie robót - wchodziło cyt. „wykonanie pomostów startowych (palowanie pomostów, deskowanie), montaż wyciągu do nart wodnych i wakeboardu z pakietem zimowym oraz elektronicznym systemem kontroli sprzedaży biletów i kontroli dostępu klasy ERP (czyli te elementy składowe, które na mocy zapytania ofertowego zlecono Rixen – przyp. aut.), wykonanie kotw podporowych (12 szt. szalowanie, zbrojenie wylanie betonu -integralna część wyciągu)”. Także te informacje wskazują, że nie jest możliwe, aby Wykonawca Akademia Sportu faktycznie i realnie nabył doświadczenie w zakresie robót budowlanych związanych z budową wyciągu na wymaganą w opisie warunku udziału wartość. Na uwagę zasługuje ponadto fakt, że nawet sam Wykonawca Akademia Sportu w ww. piśmie wyjaśniającym wskazuje, że cyt. „w znacznym zakresie to sam Oferent realizował wskazane przedsięwzięcie własnymi siłami w tym w szczególności w zakresie części robót budowlanych związanych z budową wyciągu.”. Czyli nawet to stwierdzenie Wykonawcy świadczy o tym, że – abstrahując od ww. kwoty podanej jako wartość robót budowlanych na niewiele większym poziomie niż minimalna wymagana do wykazania spełniania warunku udziału kwota 1 000 000 zł - że Wykonawca Akademia Sportu realizował przedsięwzięcie „w zakresie części robót budowlanych” (podkreśl. aut.). Dalej Wykonawca Akademia Sportu stwierdza w piśmie, że cyt. „koniecznym było wykonanie zbrojenia i wylanie kotw wyciągu, które w całości Oferent wykonał samodzielnie, dla opisanego przedsięwzięcia było to 14 kotw, ok 50 m³ betonu i 5 ton stali (jest to kompatybilna część wyciągu), a w kolejnym etapie wykonywany był pomost startowy, który wykonaliśmy w całości samodzielnie, który jest również kompatybilną częścią wyciągu.”. Wykonawca wyjaśnił, że „Na kolejnym etapie następował montaż wyciągu. Cały proces montażu wyciągu zajmuje ok 25 - 30 dni i wykonywany był przez Oferenta pod nadzorem jednej osoby - koordynatora firmy RIXEN. Wobec czego faktycznie całość prac, robót oraz faktycznie montaż został wykonany przez nas – pod nadzorem przedstawiciela firmy RIXEN.”. W ocenie Odwoływającego w świetle takich informacji można pokusić się o stwierdzenie, że wbrew postanowieniom pkt 4 zapytania ofertowego (tj. wbrew regulom projektu – przyp. aut.) w wyniku, którego wybrano Rixen i to on miał obowiązek instalacji, uruchomienia i przeprowadzenia szkolenia z zakresu obsługi, prace wykonywał – jak twierdzi - Wykonawca Akademia Sportu.

Wykonawca niestety nie podaje (jak można założyć w sposób zamierzony), jaka była rzeczywista wartość wykonanych przez niego robót budowlanych, tym bardziej że w tym samym piśmie oświadcza, że realizował część robót budowlanych. Zestawiając to z przywołanymi wyżej kwotami z wykazu robót oraz innych dokumentów złożonych przez Wykonawcę Akademia Sportu, a także dowodów przekazanych Zamawiającemu przez Odwołującego, nie budzi wątpliwości, że Wykonawca Akademia Sportu nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania robót budowlanych polegających na budowie/rozbudowie/przebudowie/remontie wyciągu nart wodnych, przy czym – co niezmiernie istotne - taka robota budowlana miała mieć wartość na poziomie co najmniej 1 000 000 zł brutto. W ocenie Odwołującego nie jest zatem możliwe, aby w zakresie robót budowlanych o charakterze i wartości jak określone w warunku udziału w postępowaniu Wykonawca Akademia Sportu były wykonane faktycznie i realnie nabył doświadczenie w ramach przedsięwzięcia podanego w wykazie robót budowlanych. W orzecznictwie KIO ugruntowane jest stanowisko, że na etapie postępowania po terminie składania ofert zmiana warunku udziału w postępowaniu, także skutkiem jego interpretacji sprzyjającej określonemu wykonawcy, na gruncie ustawy pzp nie jest co do zasady możliwa, a za taką zmianę należałoby uznać chociażby dokonanie celowościowej wykładni warunku pozostającej w sprzeczności z literalnym brzmieniem postanowienia specyfikacji (zob. np. wyrok KIO z dnia 19 stycznia 2022 r., KIO 3/22). W ocenie Odwołującego z takim zachowaniem Zamawiającego tj. rozszerzającą, a zarazem sprzyjającą określonemu wykonawcy interpretacją, wbrew literalnemu brzmieniu warunku udziału w postępowaniu, mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający bezpodstawnie, pomimo niewykazania przez Wykonawcę Akademia Sportu, że spełnia warunek zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący doświadczenia, dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Natomiast oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, a nie – jak to uczynił Zamawiający – wybrana jako najkorzystniejsza. Przesądza to o naruszeniu przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp, nakazującego odrzucenie oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zauważył, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp ma na celu zobowiązanie zamawiającego do eliminowania z postępowania ofert wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez przedłożenie wymaganych przez zamawiającego i wystarczających dla udowodnienia spełnienia konkretnego warunku, podmiotowych środków dowodowych. Podkreślił, że spełnianie ww. warunków służy potwierdzeniu, że wykonawca posiada zdolność do należytego wykonania zamówienia, zaś a contrario stwierdzić należy, że wykonawca nie spełniający warunków, takiej zdolności nie posiada i zamówienie nie może zostać mu udzielone. Ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy. Tym samym niedopuszczalne jest, aby zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków i nie został pod tym kątem zweryfikowany przez zamawiającego. Zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, co do którego nie zachodzą wątpliwości, że warunki udziału w postępowaniu spełnia. Działania Zamawiającego nie tylko nie znajdują uzasadnienia w literalnym brzmieniu postanowień SWZ, ale pozostają również w opozycji wobec celu formułowania warunków udziału w postępowaniu (badanie zdolności do wykonania zamówienia). Gdyby bowiem przyjąć - tak jak to uczynił Zamawiający przyjmując, że Wykonawca Akademia Sportu spełnia warunek udziału w postępowaniu - oznaczałoby to, że możliwe byłoby ubieganie się o przedmiotowe zamówienie wykonawcom, którzy nie posiadają doświadczenia, stanowiącego odzwierciedlenie charakteru i zakresu niniejszego zamówienia na poziomie wymaganym przez Zamawiającego. Przywołane naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp są w ocenie Odwołującego naruszeniami, które miały wpływ na wynik postępowania, ponieważ uznanie przez Zamawiającego wbrew przepisom ustawy pzp, że Wykonawca Akademia Sportu spełnia warunki udziału w postępowaniu, doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zamiast do odrzucenia oferty, a w konsekwencji oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł z tzw. ostrożności procesowej, że w przedmiotowym przypadku Wykonawca Akademia Sportu nie mógłby zostać ponownie wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie ww. warunku, ponieważ już raz (prawidłowym co do treści wezwaniem – przyp. aut.) został wezwany przez Zamawiającego do złożenia wykazu robót budowlanych, który potwierdzi posiadane przez wykonawcę wymagane doświadczenie i spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu wraz z załączeniem dowodów, o których mowa w pkt 8.3.1. lit. a) SWZ.

Odnosnie do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

Odwołujący zauważył, że opisane wyżej działanie Wykonawcy Akademia Sportu wyczerpuje także przewidzianą przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w SWZ przesłankę wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp, a więc, że wykluczy Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje

wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wprowadzenie w błąd może być wywołane przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych. Nie chodzi przy tym o skuteczne wprowadzenie Zamawiającego w błąd, wystarczająca jest sama hipotetyczna możliwość, że przedstawione informacje mogą wprowadzić Zamawiającego w błąd. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp systemowo pełni bowiem także rolę prewencyjną, jego celem jest nie tylko wykluczenie nierzetelnych wykonawców, ale również zapewnienie, że wykonawcy nie będą zachęceni przez zbyt pobłażliwe normy prawne do usiłowania wprowadzenia w błąd zamawiającego, z ewentualną opcją na "poprawę" czy "pełniejsze wyjaśnienie" swojego działania w przypadku, gdy ich zachowanie zostanie wykryte. Jeżeli wykonawca winny jest wprowadzenia w błąd nieprawdziwym oświadczeniem lub dokumentem, nie można jednocześnie twierdzić, że takie oświadczenie lub dokument zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, a tym samym, że objęte byłoby procedurą wynikającą z art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Decyzją podejmowaną przez zamawiającego jest zwłaszcza decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wykonawca, jak wykazuje się w niniejszym odwołaniu, wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia (o czym powyżej w odwołaniu), co miało wpływ na ten wybór. Wpływ jest istotny, jeżeli mógł spowodować, że zostałaby wybrana inna oferta.

Opisane w niniejszym odwołaniu działanie Wykonawcy Akademia Sportu miało charakter intencjonalny i zostało dokonane z pełną świadomością. Jak zauważyła KIO w wyroku z dnia 6 kwietnia 2023 r., KIO 778/23, przesłanka wprowadzenia w błąd polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim. Istotna w przypadku tej przesłanki jest sama treść przedstawionej zamawiającemu informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy to wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło. Tak jest w opisanym przypadku, ponieważ gdyby nie przyjęcie przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana inna oferta. Wobec Wykonawcy Akademia Sportu zachodziła zatem także ww. podstawa do wykluczenia z postępowania, a to oznacza, że oferta podlegała odrzuceniu ponadto na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy pzp, czego Zamawiający zaniechał czym doprowadził do naruszenia przywołanych przepisów.

W dniu 20 lutego 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Dnia 21 lutego 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

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

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

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Akademia Sportu Stawiki sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Przystępującego.

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

Odwołanie polegało na oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „Rozdział 4 OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA 4.1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych p „Modernizacja wyciągu nart wodnych w Augustowie”

- „Rozdział 6 INFORMACJE O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU 6.1. O udzielenie zamówienia r ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) 6.1.4 zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie: Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: 1) Doświadczenie: Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego nie wcześniej niż w okresie ostatnich 20 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną robotę polegającą na: budowie/rozbudowie/przebudowie/remontie wyciągu nart wodnych o wartości min. 1 000 000,00 zł brutto.”

- „DODATKOWE INFORMACJE DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU: 1) Wykuc powinien w wykazie robót wyraźnie określić zakres robót (w tym rodzaj robót lub wartość robót), aby można było ustalić, czy spełnia warunek udziału w postępowaniu. (...)”

Izba ustaliła, że Zamawiający przewidział w SWZ przesłankę wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz robót, w którym wskazał:

„Organizacja całorocznego wyciągu sportowego służącego do uprawiania narciarstwa wodnego, wakeboardu, narciarstwa śniegowego i snowboardu z wykorzystaniem systemu do dynamicznej rejestracji ruchów treningowych w środowisku wodnym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży” Całkowity koszt projektu wyniósł 2.086.812 zł z czego koszty robót budowlanych jak i koszty wyciągu pochłonęły 1.034.013,83 zł W skład robót budowlanych wchodziło: - wykonanie pomostów startowych (palowanie pomostów, deskowanie) - montaż wyciągu do nart wodnych i wakeboardu z pakietem zimowym oraz elektronicznym systemem kontroli sprzedaży biletów i kontroli dostępu klasy ERP, - wykonanie kotw podporowych (12szt. szalowanie, zbrojenie wylanie betonu integralna część wyciągu); 2.086.812 zł W tym roboty budowlane 1.034.013,83, 23.01.2016 - 02.06.2017, Zamawiający: Akademia Sportu Stawiki Sp. z o.o.”

Do wykazu dołączono referencje: „Akademia Sportu Stawiki SP. Z O.O. z siedzibą w 41-200 Sosnowiec ul Sobieskiego 49, Nip 6443513581 zrealizowała w roku 2017 przedsięwzięcie pt. „Organizacja całorocznego wyciągu sportowego służącego do uprawiania narciarstwa wodnego, wakeboardu, narciarstwa śniegowego i snowboardu z wykorzystaniem systemu do dynamicznej rejestracji ruchów treningowych w środowisku wodnym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży”. Całkowity koszt projektu wyniósł 2.086.812 zł z czego koszty robót budowlanych jak i koszty wyciągu pochłonęły 1.034.013,83 zł. Potwierdzeniem wykonanych prac jest przyjęcie do eksploatacji Wyciągu do nart wodnych Rixen Cableways GmbH w dniu 2017.06.01 zgodnie z ewidencją środków trwałych oraz potwierdzenie udzielenia pozwolenia na użytkowanie dla wyciągu nart wodnych oraz pomostów startowych decyzja nr 115/2017 Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w Sosnowcu, obydwa dokumenty stanowiącą załącznik do przedmiotowego oświadczenia. Roboty budowlane -wykonanie pomostów startowych (palowanie pomostów, deskowanie) -montaż wyciągu do nart wodnych i wakeboardu z pakietem zimowym oraz elektronicznym systemem kontroli sprzedaży biletów i kontroli dostępu klasy ERP, -wykonanie kotw podporowych (12szt. szalowanie, zbrojenie wylanie betonu - integralna część wyciągu) WARTOŚĆ ETAPU WEDŁUG EWIDENCJI ŚRODKÓW TRWAŁYCH 1.034.013,83 zł Dokur. potwierdzający kwotę realizacji: Załącznik 1. Ewidencja środków trwałych stan na dzień 31.12.2023 Dokument potwierdzający datę oraz zakres realizacji: Załącznik 2. Decyzja Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Sosnowcu z dnia 02.06.2017.”

Pismem z dnia 16 stycznia 2024 r. Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty Odwołującego wskazując: „Akademia w dokumentach złożonych do niniejszego postępowania oświadcza, że samodzielnie wykonała inwestycję pn. „Organizacja całorocznego wyciągu sportowego służącego do uprawiania narciarstwa wodnego, wakeboardu, narciarstwa śniegowego i snowboardu z wykorzystaniem systemu do dynamicznej rejestracji ruchów treningowych w środowisku wodnym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży”, w skład której wchodzi m.in. „dostawa i montaż wyciągu do nart wodnych”. Zwracamy jednak uwagę, że na swojej stronie internetowej, pod ogólnodostępnym linkiem <https://wakezone.pl/dofinansowania/> Akademia zamieściła dokumenty, które jednoznacznie wskazują na to, że była ona Inwestorem ww. przedsięwzięcia, nie zaś jego Wykonawcą i zleciła dostawę wyciągu wraz z jego instalacją firmie Rixen Cableway GmbH (dalej „Rixen”) – w załączeniu przedkładamy dokumenty pobrane ze wspomnianego linku, które potwierdzają

powyższe stwierdzenie. To firma Rixen, nie zaś Akademia była odpowiedzialna za wykonanie i montaż wyciągu oraz udzieliła gwarancji na wykonane prace.”

ZAPYTANIE OFERTOWE NR 1/1/2017/ RPO WSL~~W~~ związku z realizacją projektu pt. „Organizacja całorocznego wyciągu sportowego służącego do uprawiania narciarstwa wodnego, wakeboardu, narciarstwa śniegowego i snowboardu z wykorzystaniem systemu do dynamicznej rejestracji ruchów treningowych w środowisku wodnym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży.”, złożonego w ramach konkursu nr RPSL.03.02.00-IP.01-24-005/16 w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 Oś Priorytetowa III, „Konkurencyjność MŚP” Działanie 3.2 „Innowacje w MŚP”, typ projektu „Wdrożenie i komercjalizacja innowacji produktowych oraz procesowych” firma Akademia Sportu Stawki Sp. z o.o. zaprasza do złożenia oferty na dostawę sprzętu szczegółowo wskazanego w niniejszym zapytaniu. (...) 3. OKREŚLENIE PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA Przedmiotem zamówienia jest dostawa nowego środka trwałego oraz nowej wartości niematerialnej i prawnej wg poniższej specyfikacji: 1. Wyciąg do nart wodnych i wakeboardu z pakietem zimowym (...) 2. Elektroniczny system kontroli sprzedaży biletów i kontroli dostępu klasy ERP (...) 4. WARUNKI NIEZBĘDNE DO SPEŁNIENIA PRZEZ WYKONAWCĘ

Wykonawca musi zobowiązać się do dostarczenia nowych i w pełni sprawnych przedmiotów zamówienia zgodnie ze specyfikacją z punktu 3 oraz ich instalacji, uruchomienia i przeprowadzenia szkolenia z zakresu obsługi najpóźniej do dn. 30.04.2017 r.”

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 lutego 2017 r.: „Zamawiający Akademia Sportu Stawki Sp. z o.o. w oparciu o kryteria zawarte w zapytaniu ofertowym nr 1/1/2017/RPO WSL z dnia 16.01.2017 dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dotyczącej dostawy wyciągu do nart wodnych i wakeboardu z pakietem zimowym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży biletów i kontroli dostępu klasy ERP niezbędnej do realizacji przez Zamawiającego projektu pod nazwą „Organizacja całorocznego wyciągu sportowego służącego do uprawiania narciarstwa wodnego, wakeboardu, narciarstwa śniegowego i snowboardu z wykorzystaniem systemu do dynamicznej rejestracji ruchów treningowych w środowisku wodnym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży.”, złożonego w ramach konkursu nr RPSLc03.02a00-tP,01-24-005/16 w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014-2020 Oś Priorytetowa III, „Konkurencyjność MŚP”, Działanie 3,2 „Innowacje w MŚP”, Najwięcej punktów uzyskała firma Rixen Cableways GmbH i jej udzielono zamówienia.”

Pismem z dnia 23 stycznia 2024 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie: „działając na podstawie art. 266 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wzywa Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wskazanym w uzasadnieniu.

UZASADNIENIE

Zgodnie z warunkami udziału przewidzianymi w tym postępowaniu: (...) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył wykaz robót budowlanych oraz wykaz osób. Analiza złożonych dokumentów, jak również dokumentów złożonych przez Wykonawcę w unieważnionym postępowaniu (znak: ZP.271.20.2023), a także dokumentów i informacji przekazanych w trakcie trwania postępowania przez wykonawcę GRIN Budownictwo Sp. z o.o. nie pozwalają uznać, że inwestycja wskazana w złożonym wykazie robót budowlanych potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia.

Tryb podstawowy na zadania inwestycyjnego: „Modernizacja wyciągu nart wodnych w Augustowie” Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu niezbędne jest, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonywaniu określonych robót budowlanych. Tymczasem Wykonawca wskazał inwestycję, którą realizował nie jako wykonawca, ale pełnił funkcję inwestora. Roboty wykazywane przez wykonawcę jako jego doświadczenie własne w zakresie warunku udziału w postępowaniu zostały faktycznie zrealizowane przez firmę Rixen Cableway GmbH, która została przez Wykonawcę wybrana w ramach zapytania ofertowego pn. „Dostawa wyciągu do nart wodnych i wakeboardu z pakietem zimowym oraz elektronicznym systemem kontroli sprzedaży biletów i kontroli sprzedaży biletów i kontroli dostępu klasy ERP” - [https://wake-zone.pl \[dQfinansowania/..](https://wake-zone.pl/dQfinansowania/) Powyższe potwierdzają również dokumenty, złożone przez Wykonawcę w unieważnionym postępowaniu, w którym bezskutecznie powołał się na zasoby Rixen Cableway GmbH wskazując, że jako wykonawca ww. robót posiada odpowiednie w tym zakresie doświadczenie.

Powyższe okoliczności uniemożliwiają uznanie, że Wykonawca jako inwestor nabył wymagane warunkiem doświadczenie, skoro nie był wykonawcą robót budowlanych. W ocenie zamawiającego wykonawca nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że posiada odpowiednie (wymagane przez zamawiającego) doświadczenie.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wykazu robót budowlanych który potwierdzi posiadane przez wykonawcę wymaganego doświadczenia i spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu wraz z załączeniem dowodów, o których mowa w pkt 8.3.1. lit. a) SWZ.”

W dniu 25 stycznia 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia: „W odpowiedzi na wezwanie do złożenia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oferent Akademia Sportu Stawiki Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu (dalej: Oferent) podtrzymuje, że przedłożone przez niego wraz z ofertą Oświadczenie z załącznikami dotyczące wykazania posiadanego doświadczenia spełnia wymogi SWZ i tym samym Oferent spełnia wszelkie wymogi udziału w postępowaniu.

Oferent wyjaśnia, że w ramach wykazanego doświadczenia przedstawił przedsięwzięcie pt.: „Organizacja całorocznego wyciągu sportowego służącego do uprawiania narciarstwa wodnego, wakeboardu, narciarstwa śniegowego i snowboardu z wykorzystaniem systemu do dynamicznej rejestracji ruchów treningowych w środowisku wodnym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży” zrealizowane w roku 2017 r. W ramach realizowanego przedsięwzięcia Oferent wyłącznie w części pełnił rolę, którą można by było określić mianem „Inwestora” jak to wskazał Zamawiający w wezwaniu z dnia 23 stycznia 2024 r. Stanowisko Zamawiającego pomija jednak fakt, że w znacznym zakresie to sam Oferent realizował wskazane przedsięwzięcie własnymi siłami w tym w szczególności w zakresie części robót budowlanych związanych z budową wyciągu. Podkreślić należy, że sam proces realizacji robót i montażu wyciągów wodnych w tym w szczególności wykazanego przez Oferenta przedsięwzięcia na wykazanie posiadania niezbędnego doświadczenia (oraz kontr-oferenta – firmę GRIN Budownictwo Sp. z o.o. w ramach niniejszego postępowania) ze względu na swój przedmiot ma specyficzny przebieg. Wyjaśniamy, że realizacja przedstawionego przez Oferenta przedsięwzięcia z roku 2017, oraz każdego innego w ramach którego montowane są wyciągi produkcji firmy RIXEN Cableway GmbH (Niemcy) (dalej: RIXEN), której to firmie oficjalnym i jedynym przedstawicielem jest Oferent, dzieli się na kilka etapów o następującym przebiegu. Poniżej zakres i przebieg poszczególnych etapów na podstawie wskazanego wyżej przez nas przedsięwzięcia z 2017 r. oraz wskazujemy zakres zrealizowanych przez Oferenta samodzielnie prac.

I. Pierwszym etapem było wykonanie pomiarów geodezyjnych, pomiary te zostały przez Oferenta wykonane w całości we własnym zakresie – na podstawie wytycznych RIXEN.

II. Dalej koniecznym było wykonanie zbrojenia i wylanie kotw wyciągu, które w całości Oferent wykonał samodzielnie, dla opisanego przedsięwzięcia było to 14 kotw, ok 50 m³ betonu i 5 ton stali (jest to kompatybilna część wyciągu).

III. W kolejnym etapie wykonywany był pomost startowy, który wykonaliśmy w całości samodzielnie, który jest również kompatybilną częścią wyciągu

IV. Na kolejnym etapie następował montaż wyciągu. Cały proces montażu wyciągu zajmuje ok 25 - 30 dni i wykonywany był przez Oferenta pod nadzorem jednej osoby - koordynatora firmy RIXEN. Wobec czego faktycznie całość prac, robót oraz faktycznie montaż został wykonany przez nas – pod nadzorem przedstawiciela firmy RIXEN.

Powyższe potwierdza przyjęcie przez Oferenta całości projektu do środków trwałych – który to dokument przedstawiony został wraz z ofertą. Wskazuję również, że prace te były w szczególności realizowane osobiście przez reprezentantów Oferenta, tj. D.K. i B.P. jako członków 3 osobowej grupy realizującej wszystkie prace montażowe, konfigurację i uruchomienie wyciągu. Wskazujemy również, że po wykonanym montażu i przeszkoleniu D.K. oraz B.P. przystąpili do organizowanych przez RIXEN szkoleń i egzaminów organizowanych przez Transportowy Dozór Techniczny w Katowicach na operatora i konserwatora wyciągów marki RIXEN (dokumenty w załączeniu) oraz uzyskali formalne uprawnienia i faktyczne kompetencje do operowania wyciągami RIXEN, konserwacji wyciągów RIXEN oraz dokonywania obiorów wyciągów marki RIXEN na terenie całej Polski.

W tym miejscu nadmieniamy, że odbioru realizacji wyciągu marki RIXEN w Łukowie, tj. przedsięwzięcia przedstawionego jako doświadczenie firmy GRIN budownictwo dokonywał Pan D.K. – jako operator oraz konserwator wyciągów marki Rixen. Należy wskazać, że Akademia Sportu Stawiki Spółka z o.o. w przedstawionym przedsięwzięciu faktycznie pełniła podwójną rolę zarówno z punktu widzenia formalnego Inwestora, a faktycznie Wykonawcy. Fakt, że realizacja robót, montażu wyciągu na własną rzecz nie zmienia faktu, że były one faktycznie wykonywane przez Oferenta. Wobec powyższego należy wskazać, że w istocie Oferent posiada unikalne na skalę kraju zasoby i kadrę oraz doświadczenie niezbędne do realizacji przedmiotu niniejszego zamówienia. Stąd Oferent wyjaśnia, że w żadnym wypadku nie można sprowadzać jego roli w ramach przedstawionego przedsięwzięcia wyłącznie do roli Inwestora i powyższe powinno prowadzić do uznania, że Oferent w sposób prawidłowy wykazał niezbędne doświadczenie i nie zachodzą żadne przesłanki do wykluczenia go z postępowania. Akademia Sportu Stawiki Sp. z o.o. jest jedynym przedstawicielem firmy RIXEN w Polsce, posiada unikalne kompetencje, doświadczenie i kadrę. Wyjaśniamy również, że faktycznie firma RIXEN jest monopolistą na polskim rynku i wszystkie realizacje (w tym w szczególności realizacja przedsięwzięcia wskazanego przez Grin Budownictwo Sp. z o.o. w Łukowie) przebiegają w ten sam sposób jak opisane wyżej, wobec czego należy wskazać, w przypadku uznania przez Zamawiającego, że wymóg posiadania przez Oferenta niezbędnego doświadczenia nie został spełniony, wówczas należy uznać, że żaden podmiot w Polsce takich warunków nie spełnia. Wobec powyższego wnosimy do Zamawiającego o szczegółową weryfikację przedstawionych przez kontr-oferenta spółkę GRIN Budownictwo Sp. z o.o.

z siedzibą w Białymstoku dokumentów potwierdzających posiadane doświadczenie a w szczególności w zakresie faktycznej realizacji przedstawionego przedsięwzięcia jako potwierdzającego posiadanie doświadczenie przez GRIN Budownictwo Sp. z o.o., bowiem z posiadanej bezpośredniej wiedzy Oferenta wynika, że przedsięwzięcie tego oferenta było realizowane w jednakowy sposób jak przedsięwzięcie przedstawione przez Akademię Sportu Stawki Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu.

Załączniki: - Potwierdzenie posiadania kwalifikacji Transportowego Dozoru Technicznego.”

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

Artykuł 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp stanowi: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 10) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.”

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena czy Zamawiający prawidłowo uznał, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczący doświadczenia wykonawcy. Analiza dokumentacji postępowania doprowadziła Izbę do przekonania, że naruszenia wskazane w treści odwołania nie potwierdziły się, w konsekwencji czego Zamawiający zasadnie stwierdził spełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Odwołujący wywodził, że mając na względzie zamieszczone przez Przystępującego na jego stronie internetowej zapytanie ofertowe oraz informację o wyborze firmy Rixen na realizację „dostawy wyciągu do nart wodnych i wakeboardu z pakietem zimowym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży biletów i kontroli dostępu klasy ERP”, w ramach której miała zostać również wykonana instalacja i uruchomienie, to Przystępujący nie zrealizował faktycznie roboty, na którą powołuje się w wykazie robót. Odwołujący zarzucał, że referencyjna realizacja nie została przez Przystępującego wykonana w zakresie prac określonych warunkiem oraz co do wartości robót. Z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Na wstępie wskazania wymaga, że Przystępujący w wykazie robót podał jako referencyjną inwestycję: „Organizacja całorocznego wyciągu sportowego służącego do uprawiania narciarstwa wodnego, wakeboardu, narciarstwa śniegowego i snowboardu z wykorzystaniem systemu do dynamicznej rejestracji ruchów treningowych w środowisku wodnym oraz elektronicznego systemu kontroli sprzedaży”. Przystępujący określił także jaka była wartość robót odpowiadająca treści warunku udziału w postępowaniu: „Całkowity koszt projektu wyniósł 2.086.812 zł z czego koszty robót budowlanych jak i koszty wyciągu pochłonęły 1.034.013,83 zł.” oraz podał dokładny zakres prac. W złożonych wraz z ofertą referencjach wskazano również, że wyciąg nart wodnych zamontowany w ramach realizacji robót pochodził od producenta Rixen: „Potwierdzeniem wykonanych prac jest przyjęcie do eksploatacji Wyciągu do nart wodnych Rixen Cableways GmbH w dniu 2017.06.01 zgodnie z ewidencją środków trwałych oraz potwierdzenie udzielenia pozwolenia na użytkowanie dla wyciągu nart wodnych oraz pomostów startowych decyzja nr 115/2017 Powiatowy Inspektor Nadzoru Budowlanego w Sosnowcu.” Nie ulega więc wątpliwości, że po pierwsze referencyjna realizacja obejmowała szerszy zakres prac i opiewała na wyższą wartość niż podana przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący wykazywał wyłącznie te roboty, które odpowiadają treści warunku z pkt 6.1.4. SWZ. Ponadto, z referencji wprost wynika informacja o zakupie wyciągu nart wodnych od firmy Rixen. Co więcej, na skutek złożonych wyjaśnień Przystępujący opisał jak wyglądał przebieg realizacji części prac (odpowiadającej warunkowi) w ramach całego przedsięwzięcia. Zaznaczenia przy tym wymaga, że niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący w wyjaśnieniach oświadczył, że wykonał tylko część robót, co miałoby potwierdzać, że Przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Skoro przedsięwzięcie obejmowało również wykonanie innych robót, to zasadnym było ograniczenie wykazania tylko tych, które odpowiadają treści warunku udziału w postępowaniu. Dalej Izba zauważa, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, zarówno z wykazu robót, jak i złożonych wyjaśnień wynika, że Przystępujący wykonał zakres robót zgodny z treścią warunku i o właściwej wartości samodzielnie. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący odniósł się do przywołanego również w odwołaniu zapytania ofertowego na skutek, którego wybrano firmę Rixen jako dostawcę urządzenia – wyciągu nart wodnych. Przystępujący wskazał, że montaż wyciągu przebiegał następująco: „Cały proces montażu wyciągu zajmuje ok 25 - 30 dni i wykonywany był przez Oferenta pod

nadzorem jednej osoby - koordynatora firmy RIXEN. Wobec czego faktycznie całość prac, robót oraz faktycznie montaż został wykonany przez nas – pod nadzorem przedstawiciela firmy RIXEN. Zdaniem Izby, Przystępujący wykazał zatem, że faktycznie uczestniczył w realizacji robót wskazanych w wykazie oraz odpowiadających treści warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 ze zm.): „§ 9. 1. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: 1) wykazu 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;” Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego, wykazanie warunków udziału w postępowaniu polega na złożeniu szeregu oświadczeń w wykazie robót, a wykonawca nie jest zobowiązany składać innych dowodów na okoliczność ich spełnienia. Skoro oświadczenia złożone przez Przystępującego zarówno w wykazie robót, jak i wyjaśnieniach potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu to na Odwołującym ciążył ciężar dowodu przedstawienia okoliczności przeciwnych, któremu to obowiązki Odwołujący nie podolał. W szczególności za niewystarczające Izba uznała powołanie się na dokumenty z zapytania ofertowego, z których nie wynika, jak wyglądał przebieg realizacji dostawy i montażu urządzenia – wyciągu nart wodnych. Nie stanowi skutecznego podważenia oświadczeń Przystępującego wywodzenie z powyższych dokumentów, że oświadczenia są niewiarygodne. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczności przez siebie podnoszone, w szczególności na okoliczność, że przebieg realizacji robót wyglądał inaczej niż oświadczył Przystępujący w wyjaśnieniach i że to firma Rixen faktycznie wykonała roboty związane z montażem wyciągu nart wodnych. Zapytanie ofertowe oraz informacja o wyborze potwierdza jedynie, że firma Rixen miała dostarczyć i zamontować urządzenie. Nie wynika z powyższego jednak jak rzeczywiście wyglądała realizacja prac i jaki był zakres umowy. Co do tych okoliczności, Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia i oświadczenia. Izba podziela stanowisko Odwołującego, że w wykazie robót wykonawca wskazuje roboty, w których rzeczywiście uczestniczył i takie Przystępujący podał. Odwołujący nie obalił prawdziwości złożonych przez Przystępującego oświadczeń także co do wartości robót. Izba podziela w tym zakresie argumentację przedstawioną przez Przystępującego w piśmie procesowym, że na koszt robót składa się nie tylko robocizna, ale również koszt materiałów i urządzeń. W referencyjnej realizacji tym kosztem był również koszt zakupu urządzenia – wyciągu nart wodnych. Wykonana przez Przystępującego realizacja polegająca na budowie wyciągu nart wodnych o wartości pow. 1 000 000,00 zł brutto spełniała zatem warunek udziału w postępowaniu, a zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy pzp należało uznać za niezasadny.

Mając na względzie powyższe ustalenia i rozważania, Izba stwierdziła, że chybiony okazał się także zarzut dotyczący naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem: „Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę (...) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” Nie ulega wątpliwości, że dla zastosowania sankcji wykluczenia na podstawie powyższego przepisu należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że wykonawca przekazał w postępowaniu informacje nieprawdziwe. Jak wynika z wcześniejszych ustaleń, Przystępujący złożył w postępowaniu oświadczenia co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, których prawdziwość nie została skutecznie podważona przez Odwołującego. Skoro w postępowaniu Przystępujący nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd to uznać należało, że zarzut odwołania nie potwierdził się.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: