

Sygn. akt: KIO 2261/23

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez wykonawcę UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Narodowy Instytut Fryderyka Chopina ul. Tamka 43, 00-355 Warszawa

przy udziale wykonawców:

- A) WARBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2261/23 po stronie zamawiającego, oraz
- B) Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12 10, 80-338 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2261/23 po stronie zamawiającego, oraz
- C) ERBUD Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2261/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących:

- 1) naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w całości;
- 2) naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp w odniesieniu do wykonawcy Warbud z siedzibą w Warszawie oraz ERBUD z siedzibą w Warszawie;
- 3) naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w całości,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego UNIBEP Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku Podlaskim, ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

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

Przewodniczący:.....

.....
.....

Sygn. akt: KIO 2261/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa Pzp”), pn. „Budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowej Woli, numer referencyjny: ZP.25.47.2022.1”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 listopada 2022 r., za numerem 2022/S 229-660207.

W dniu 31 lipca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim zwanego dalej „Odwołującym” od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. nieudostępnieniu Odwołującemu dokumentacji Postępowania, którą Zamawiający zobowiązany jest do przekazania wykonawcom na obecnym etapie postępowania, tj. w szczególności wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawców oraz korespondencją prowadzoną przez wykonawców z Zamawiającym, w tym dokumentów, które zostały uzupełnione przez wykonawców na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału/ kryteriów selekcji, pomimo złożenia przez Odwołującego stosownego wniosku o udostępnienie tej dokumentacji, przy czym Zamawiający nie poinformował nawet o powodach swojego zaniechania (gdyby okazało się, że powodem braku udostępnienia dokumentacji jest zastrzeżenie przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazujemy również na niezasadne uznanie/ ocenę przekazanych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa), a co dotyczy również dokumentów złożonych przez wykonawcę Warbud S. A. z siedzibą w Warszawie („Warbud”), pomimo uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wniesionego przez Unibep pismem z dnia 22 maja 2023 r., w którym to Odwołujący zarzucił Zamawiającemu m.in. naruszenie przepisów Pzp poprzez niezasadne uznanie, że Warbud skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa;

ewentualnie – z ostrożności procesowej:

2. dopuszczeniu do udziału w Postępowaniu wykonawców: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku („DORACO”), Warbud, oraz ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie („ERBUD”), pomimo tego, że ww. wykonawcy nie wykazali spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

(1) art. 74 ust. 1 i 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentacji Postępowania, którą Zamawiający zobowiązany jest do przekazania wykonawcom na obecnym etapie postępowania, tj. w szczególności protokołu Postępowania oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wraz z załącznikami złożonymi przez wykonawców oraz korespondencją prowadzoną przez wykonawców z Zamawiającym, w tym dokumentów, które zostały uzupełnione przez wykonawców na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału/ kryteriów selekcji, pomimo złożenia przez Odwołującego stosownego wniosku o udostępnienie tej dokumentacji, przy czym Zamawiający nie poinformował nawet o powodach swojego zaniechania (gdyby okazało się, że powodem braku udostępnienia dokumentacji jest zastrzeżenie przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazujemy również na niezasadne uznanie/ ocenę przekazanych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa);

ewentualnie – z ostrożności procesowej:

(2) art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawcy DORACO, Warbud oraz ERBUD spełniają warunki udziału w Postępowaniu i zostaną zaproszeni do złożenia oferty zgodnie z art. 149 Pzp w sytuacji, w której ww. wykonawcy nie spełniają warunków udziału w Postępowaniu;

ewentualnie:

(3) art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że wykonawcy, biorący udział w Postępowaniu, skutecznie zastrzegali tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji, w której dokumentacja (wnioski oraz załączniki do wniosków) zawiera informacje, które nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („Uznk”), w szczególności informacje te nie mają jakiegokolwiek wartości gospodarczej, a zatem wykonawcy nie mogli skutecznie wykazać tej okoliczności;

a w konsekwencji

(4) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

(1) udostępnienia Odwołującemu protokołu Postępowania wraz z załącznikami - w tym przede wszystkim wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wraz z załącznikami złożonymi przez wszystkich wykonawców (dotychczas nieudostępnionymi) wraz z całą korespondencją prowadzoną pomiędzy wykonawcami

a Zamawiającym, w szczególności dokumentacji złożonej przez wykonawców na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na potrzeby wykazania warunków udziału/ kryteriów selekcji, do czego Zamawiający był zobowiązany w wyniku poprzednio zapadłego rozstrzygnięcia Izby, a który to obowiązek (wezwanie) wykonał (ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu odtajnienia złożonych wniosków i udostępnienia Odwołującemu)

ewentualnie

- (2) unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu;
- (3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu;
- (4) odrzucenie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonych przez wykonawców: DORACO, Warbud, ERBUD.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym, oraz o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa. Gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w Postępowaniu zgodnie

z przepisami Pzp i prawidłowo ocenił stan faktyczny, udostępniłby Odwołującemu m.in. wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożone przez wykonawców,

co zmaterializowałoby możliwość ich analizy oraz weryfikacji w kontekście spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. W dalszej kolejności Odwołujący mógłby wyczerpująco skorzystać z przysługujących mu środków ochrony prawnej. Z uwagi na podjęte działania/zaniechania Zamawiającego w Postępowaniu, skuteczne zakwestionowanie czynności Zamawiającego przez Odwołującego jest jednak rażąco ograniczone.

Możliwość pełnej kontroli legalności działań Zamawiającego z całą pewnością zwiększyłaby szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego z uwagi

na ewentualne ograniczenie liczby wykonawców zaproszonych do złożenia oferty.

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Przedstawiający stan faktyczny sprawy Odwołujący wskazał, że w dniu 10 maja 2023 r. Zamawiający opublikował informację o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału

w Postępowaniu, z której wynika, że zdecydował się dopuścić wszystkich wykonawców, którzy złożyli wniosek w tym przedmiocie. W dniu 22 maja 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie

do Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”, „Izba”), zarzucając Zamawiającemu m.in. błędną ocenę podmiotową wykonawców: DORACO, ERBUD oraz Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach („Mirbud”) z uwagi m.in. na zaakceptowanie doświadczenia wymaganego do spełnienia warunków udziału, które w rzeczywistości było sprzeczne z wymaganiami ustanowionymi przez Zamawiającego na gruncie Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”). Jednocześnie Odwołujący jeszcze przed dniem opublikowania informacji o ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożył do Zamawiającego w dniu 9 maja 2023 r. wniosek w trybie art. 74 ust. 2 Pzp o udostępnienie wniosków złożonych przez wszystkich wykonawców

w Postępowaniu wraz z załącznikami oraz całą korespondencją z Zamawiającym, która powstała do dnia udostępnienia dokumentów. Z uwagi na fakt, że Zamawiający zaniechał udzielenia odpowiedzi na powyższy wniosek (w odniesieniu do wykonawcy Warbud), część zarzutów odwołania Unibep z dnia 22 maja 2023 r. dotyczyła właśnie tej czynności Zamawiającego. Wyrokiem z dnia 9 czerwca 2023 r. w sprawach połączonych KIO 1440/23

i 1446/23 Izba przychyliła się do stanowiska Unibep, uwzględniając odwołanie w całości

i nakazała wezwanie określonych wykonawców do wykazania spełnienia warunków udziału. Zamawiający przed rozprawą uwzględnił również część zarzutów odwołania dot. zaniechania przekazania dokumentacji dot. Warbud (wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wraz z załącznikami). Warto w tym miejscu wskazać, że Zamawiający do dnia wniesienia niniejszego odwołania ignoruje całkowicie przepisy prawa. Nie przekazał on przedmiotowej dokumentacji Odwołującemu, pomimo uwzględnienia odwołania wniesionego pismem z dnia 22 maja 2023 r. przez Unibep, w którym podniesiono m.in. zarzut naruszenia: „art. 74 ust. 1 i 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1

Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu całej dokumentacji Postępowania, w tym w szczególności wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, złożonego przez wykonawcę WARBUD wraz z całą prowadzoną z tym wykonawcą korespondencją w sytuacji, w której Odwołujący dwukrotnie zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ww. dokumentów niezwłocznie po poinformowaniu przez Zamawiającego o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu” oraz wniesiono m.in. o: „nakazanie Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonego przez wykonawcę WARBUD”. Zamawiający uwzględniając odwołanie wniesione do KIO, winien wykonać zawarte w nim żądania literalnie, z czym nie mamy jednak do czynienia w Postępowaniu. W toku Postępowania, Zamawiający unieważnił czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 10 maja 2023 r. oraz dokonał powtórzenia czynności badania i oceny wniosków złożonych w postępowaniu zgodnie z treścią ww. wyroku KIO z dnia 9 czerwca 2023 r. Informacją z dnia 21 lipca 2023 r. Zamawiający poinformował, że dopuszczeni do udziału w Postępowaniu zostali wszyscy wykonawcy, którzy złożyli w tym przedmiocie wnioski, poza wykonawcą Mirbud, którego wniosek został ostatecznie – m.in. w wyniku poprzedniego odwołania Unibep - odrzucony na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 lit b) Pzp.

Pismem z dnia 24 lipca 2023 r. Unibep zwrócił się do Zamawiającego w oparciu o art. 74 ust. 2 Pzp z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania, według stanu aktualnego na dzień udostępnienia, wraz z załącznikami, w tym przede wszystkim takich dokumentów jak: cała korespondencja pomiędzy Zamawiającym a wszystkimi wykonawcami, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, pisma, informacje i wszelkie inne materiały przedłożone przez wykonawców w toku Postępowania oraz karty indywidualnej oceny wniosków wszystkich wykonawców. W szczególności Unibep uważa, że Zamawiający powinien udostępnić korespondencję z wykonawcami, którzy - w wyniku wyroku Izby – zostali wezwani przez Zamawiającego do wykazania spełnienia warunków udziału (przedłożenia nowego wykazu robót). W sposób oczywisty pojawia się bowiem wątpliwość, czy wykonawcy Ci skutecznie wykazali spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony zaniechał udostępnienia wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wraz z załącznikami złożonych przez wykonawców, do czego na gruncie przepisów Pzp był zobowiązany.

Z ostrożności procesowej, aby uniknąć zarzutu w przyszłości, że odwołanie jest spóźnione, Odwołujący postawił również dalej idące zarzuty (m.in. o brak doświadczenia, do którego uzupełnienia byli wzywani stosowni wykonawcy). Być może Izba, która potencjalnie wejdzie w posiadanie wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, już na ich podstawie stwierdzi, że DORACO, Warbud oraz ERBUD nie spełniają warunków udziału w Postępowaniu i na tej podstawie wnioski o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu podlegać będą odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że proces udzielenia i realizacji zamówienia publicznego charakteryzuje się z szeroko rozumianą jawnością. Zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 18 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie, na co wskazuje art. 18 ust. 2 Pzp. W toku Postępowania, Zamawiający zaniechał udzielenia odpowiedzi na wniosek Unibep z dnia 24 lipca 2023 r. w sprawie udostępnienia wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wraz z załącznikami i uzupełnionymi dokumentami, odnoszący się do wszystkich wykonawców w Postępowaniu (po powtórzeniu czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu). Jednocześnie zachowaniem skrajnie nieodpowiedzialnym, ukazującym lekceważący wręcz stosunek do prawa i orzeczeń Izby, wydaje się zaniechanie przez Zamawiającego udzielenia odpowiedzi na dwa wnioski Odwołującego w sprawie udostępnienia złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu wykonawcy Warbud oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającymi a wykonawcą.

Uwzględniając powyższe, podkreślić należy, że Zamawiający zignorował swój faktyczny obowiązek i jednocześnie naruszył jedną z naczelných zasad zamówień publicznych – zasadę jawności postępowania, które to naruszenie miało wpływ na wynik Postępowania. Uniemożliwiło to bowiem Odwołującemu podniesienie na obecnym etapie możliwie jak najszerszych i kompleksowo merytorycznych zarzutów wobec czynności oceny wniosku

o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu złożonych przez wykonawców w Postępowaniu.

W rozdziale IX pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ, Zamawiający przewidział jeden z warunków udziału w Postępowaniu, który dotyczy określonego typu doświadczenia przy realizacji budynku zbliżonego w swej strukturze do przedmiotu zamówienia:

Na gruncie odwołania wniesionego w Postępowaniu przez UNIBEP, Izba wyrokiem w sprawach połączonych z dnia 9 czerwca 2023 r. Kio 1440/23 oraz 1446/23 uznała, iż powołane przez DORACO, ERBUD (oraz Mirbud) na spełnienie powyższego warunku inwestycje nie spełniają wymagań Zamawiającego.

Z uwagi na wadliwe czynności Zamawiającego podjęte w Postępowaniu, Odwołujący nie ma możliwości zaprezentowania w tym miejscu maksymalnie wyczerpującej argumentacji, tak jak przykładowo uczynił to w odwołaniu z dnia 22 maja 2023 r. Nieuzasadnione zaniechanie przekazania wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu skutecznie zawężają okoliczności, które Odwołujący mógł zbadać i następnie podnieść w niniejszym Piśmie.

Niemniej jednak – z daleko idącej ostrożności procesowej – wskazać należy, że niedokonanie zmian powołanych przez ww. wykonawców inwestycji, doprowadzić winno do odrzucenia złożonych przez nich wniosków o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Odwołujący

w tym miejscu podkreśla, że w Polsce znajduje się ograniczona ilość inwestycji, które mogą zostać powołane na spełnienie uwzględnionego powyżej warunku, toteż niewykluczonym jest niedokonanie w tym zakresie zmian przez DORACO oraz ERBUD. Co przy tym istotne, Zamawiający zdecydował się odrzucić wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu tylko i wyłącznie Mirbud, który na wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie przedłożył żadnych dokumentów. Istnieją zatem przesłanki, które skłaniają do przyjęcia, że Zamawiający, dążąc do uzyskania jak największej ilości ofert w przyszłości, dopuścił wszystkich wykonawców, którzy złożyli zasadniczo jakiegokolwiek dokumenty (dotyczące obojętnie jakiego budynku użyteczności publicznej).

Powyższa argumentacja znajdzie analogiczne zastosowanie do wykonawcy Warbud. Wszak Odwołujący do tej pory w Postępowaniu nie miał możliwości zapoznania

się z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu tego wykonawcy, toteż w ocenie Odwołującego mogło dojść w istocie do dopuszczenia do udziału w Postępowaniu wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału.

Wobec powyższego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia następujący wykonawcy:

1. ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (4 sierpnia 2023 r.),
2. Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (7 sierpnia 2023 r.) oraz
3. Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie (7 sierpnia 2023 r.).

W dniu 14 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo Odwołującego – wycofanie części zarzutów (pismo datowane na dzień 11 sierpnia 2023 roku). W treści pisma Odwołujący oświadczył, że wycofuje odwołanie złożone pismem z dnia 31 lipca 2023 r. od czynności podjętych w postępowaniu pn.: „Budowa Międzynarodowego Centrum Muzyki w Żelazowe Woli” (nr postępowania: ZP.25.47.2022.1, „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego: Narodowy Instytut Fryderyka Chopina z siedzibą w Warszawie („Zamawiający”) w zakresie zarzutów:

1. naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w całości;
2. naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp w odniesieniu do wykonawcy Warbud z siedzibą w Warszawie oraz ERBUD z siedzibą w Warszawie;
3. naruszenia art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp w całości.

Odwołujący podtrzymał zarzut naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp w odniesieniu do wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o.

W dniu 14 sierpnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której Zamawiający poinformował,

że Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie wniesione przez: UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski. W dniu 04.08.2023 roku oraz w dniu 08.08.2023 roku udostępnił na wniosek Wykonawcy dokumenty oraz korespondencje z Wykonawcami w zakresie wskazanym we wniosku.

Podczas posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 16 sierpnia 2023 roku Zamawiający sprostował oświadczenie w zakresie uwzględniania odwołania, wskazując jednoznacznie, że uwzględnienie odwołania dotyczy wyłącznie zarzutu naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Pozostałe zarzuty podniesione jako ewentualne, nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie

zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego

oraz oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie i pisemnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

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

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako SWZ) rozdział IX Informacja

o warunkach udziału w postępowaniu w pkt 1. 2) lit. b) Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu:

1.O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu oraz nie będą podlegać wykluczeniu

z udziału w postępowaniu dotyczące:

1)(...)

2)zdolności technicznej lub zawodowej, tzn.:

b)wykaże się doświadczeniem polegającym na wykonaniu, w okresie 15 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, jednej roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących i wykażą, że powyższa robota budowlana została wykonana w sposób należyty.

W odpowiedzi na pytanie nr 28 do treści SWZ, Zamawiający wyjaśnił, że poprzez salę wielofunkcyjną rozumie salę, w której odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych).

Wyrokiem z dnia 9 czerwca 2023 r. w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 1440/23 i 1446/23w zakresie zarzutu podniesionego w sprawie o sygn. akt: KIO 1440/23, dotyczącego:

•(zarzut 1.6) naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp oraz art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że niżej wymienieni wykonawcy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

a w konsekwencji zaniechanie wezwania niżej wymienionych wykonawców

do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwagi na fakt,

że doświadczenie przedstawione przez niżej wymienionych wykonawców nie potwierdza spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu tj.:

1) Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. – dalej „DORACO” w zakresie dotyczącym spełnienia warunki udziału w postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, podczas gdy inwestycja referencyjna wykonawcy („Budowa Centrum Wystawienniczo – Targowego w Gdańsku – Letnicy przy ul. Żaglowej 11” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) („AMBER EXPO”) nie spełnia wymagań Zamawiającego dotyczących realizacji inwestycji wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących, doprecyzowanych w odpowiedziach do SWZ - w której odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych);

oraz w zakresie zarzutów podniesionych w sprawie o sygn. akt: KIO 1446/23 dotyczących naruszenia:

•art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp w zw. z art. 112 ust. 2 ustawy pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca DORACO, spełnia warunki udziału w postępowaniu i zostanie zaproszony do złożenia oferty zgodnie z art. 149 ustawy pzp w sytuacji, w której ww. wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia) w zakresie wybudowania (w ciągu 15 lat przed złożeniem

ofert) budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących; Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w związku z uwzględnieniem ww. zarzutów przez Zamawiającego i brakiem wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego do Zamawiającego wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

W dniu 30 czerwca 2023 roku Zamawiający unieważnił czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i poinformował wykonawców, że dokona powtórzenia czynności badania i oceny wniosków złożonych w postępowaniu zgodnie z treścią orzeczenia KIO.

Pismem z dnia 4 lipca 2023 roku Zamawiający wystąpił do wykonawcy: Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku informując, że zgodnie z wyrokiem w sprawach KIO 1440.23 i 1446/23 unieważnił czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dalej wskazał, że „Zamawiający dokonuje powtórzenia czynności badania i oceny wniosków złożonych w postępowaniu zgodnie z treścią orzeczenia KIO Działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r.–Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm., dalej: „ustawa PZP”) oraz art. 112 ust. 2

pkt 4) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału

w postępowaniu z uwagi na fakt, że doświadczenie przedstawione przez niżej wymienionych wykonawców nie potwierdza spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu tj.:

w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanego w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ, podczas gdy inwestycja referencyjna wykonawcy („Budowa Centrum Wystawienniczo – Targowego w Gdańsku – Letnicy przy ul. Żaglowej 11” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych) („AMBER EXPO”) nie spełnia wymagań Zamawiającego dotyczących realizacji inwestycji wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących, doprecyzowanych w odpowiedziach do SWZ - w której odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych)”.

Pismem z dnia 11 lipca 2023 roku wykonawca Doraco Sp. z o.o. przedstawił odpowiedź, w której oświadczył, że „inwestycja referencyjna wykonawcy „Budowa Centrum Wystawienniczo-Targowego w Gdańsku – Letnicy przy ul. Żaglowej 11” – Załącznik nr 8 do SWZ – Wykaz robót budowlanych („AMBER EXPO”) spełnia wymagania Zamawiającego dotyczących realizacji inwestycji wybudowaniu budynku użyteczności publicznej z salą koncertową lub salą wielofunkcyjną na min. 400 miejsc siedzących, doprecyzowanych

w odpowiedziach do SWZ - w której odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności: spektakl teatralny, widowisko muzyczne, występ chóru (z wyłączeniem wydarzeń sportowych).

Na potwierdzenie Wykonawca w załączeniu przedstawia poświadczenie spełniania ww. warunków oraz wykaz poszczególnych wydarzeń kulturalnych, które miały miejsce w Centrum Wystawienniczo-Kongresowym AMBEREXPO przy ul. Żaglowej 11 w Gdańsku.

Izba ustaliła, że ww. poświadczenie, wystawione przez Spółkę Międzynarodowe Targi Gdańskie S.A. w swej treści potwierdza, że wybudowane przez wykonawcę Doraco Sp.

z o.o. z siedzibą w Gdańsku Centrum Wystawienniczo-Targowego AMBER EXPO w Gdańsku – Letnicy przy ul. Żaglowej 11” jest budynkiem użyteczności publicznej, w którym znajdują się sale wielofunkcyjne w tym sale wielofunkcyjne na ponad 400 miejsc siedzących, w których odbywają się wydarzenia kulturalne w szczególności przedstawienia teatralne, koncerty

i festiwale. Poświadczenie zawiera również wykaz imprez kulturalnych, jakie odbyły się dotychczas w Centrum Wystawienniczo-Kongresowym AMBEREXPO.

Izba ustaliła i zważyła:

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

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu.

W zakresie zarzutów wycofanych przez Odwołującego Izba wydała postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego.

W odniesieniu do zarzutu podtrzymanego przez Odwołującego, tj. naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawcy DORACO, spełnia warunki udziału w Postępowaniu i zostanie zaproszony do złożenia oferty zgodnie

z art. 149 Pzp w sytuacji, w której nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Stosownie do treści art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca wniosek

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z kolei, zgodnie z art. 112 ust. 2 ustawy Pzp Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Odwołujący stawia zarzut, powołując się na treść wyroku z dnia 9 czerwca 2023 r.

w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 1440/23 i 1446/23, twierdząc, że w wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza przesądziła, iż Przystępujący Doraco powołując się na doświadczenie zdobyte przy budowie Centrum Wystawienniczo-Targowego AMBER EXPO

w Gdańsku – Letnicy nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. IX pkt 1, 2) lit. b) SWZ. W wyniku wezwania Przystępującego Doraco do wyjaśnienia

lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, powołał się on ponownie

na doświadczenie zdobyte przy tej samej inwestycji (co do której Izba już przesądziła,

że nie potwierdza ona wymaganego doświadczenia), zatem wniosek Przystępującego Doraco o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien zostać odrzucony. Dodatkowym argumentem jest również okoliczność, że Przystępującego Doraco nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, czym,

w sposób procesowy potwierdził zasadność zarzutu.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego.

Analiza treści wyroku w sprawach połączonych o sygn. akt: KIO 1440/23 i 1447/23

nie pozwoliła na wyprowadzenie takich wniosków, jakie prezentuje Odwołujący. Przede wszystkim, w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutów podnoszonych w ww. sprawach a dotyczących Przystępującego Doraco i brakiem wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego Doraco wobec uwzględnienia tych zarzutów, postępowanie odwoławcze zostało umorzone. Nie nastąpiło zatem merytoryczne rozpoznanie zarzutów, a tym bardziej Izba nie przesądziła, że Przystępujący Doraco nie spełnia kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu. Takich konsekwencji, tzn. przyznania, że Przystępujący Doraco nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, nie rodzi również brak wniesienia sprzeciwu przez tego wykonawcę w sprawach KIO 1440/23 i 1447/23.

Izba wskazuje, że brak sprzeciwu ze strony Doraco, oznacza jedynie tyle, że zrezygnował on z dochodzenia swoich racji przed Izba – do czego ma prawo - a co nie jest jednoznaczne

z uznaniem zasadności zarzutów. Tak też stwierdziła Izba w wyroku w sprawach

KIO 1440/23 i 1447/23 wskazując, że „dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów”.

Tak więc stanowisko Odwołującego, iż brak wniesienia sprzeciwu w postępowaniu oznacza przyznanie, że zarzut jest zasadny, jest nieuprawnione i zbyt daleko idące. Ponadto nie znajduje w oparciu w treści przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający uwzględniając zarzuty odwołania związany jest wyłącznie treścią żądania Odwołującego w zakresie zaskarżonych czynności, i zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W zakresie zarzutów dotyczących Przystępującego Doraco, zostały przedstawione następujące żądania:

1) w odwołaniu o sygn. akt KIO 1440/23 Odwołujący wniósł o:

- unieważnienia czynności z 10 maja 2023 r. dotyczącej oceny wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym:

- wezwania wykonawcy DORACO do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego

w rozdz. IX ust. 1 pkt. 2 lit. b) SWZ (zarzut 1.6 pkt 1).

2) w odwołaniu o sygn. akt: 1446/23 Odwołujący wniósł o:

- unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- odrzucenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawców: DORACO, (...), (ewentualnie: wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu robót o doświadczenie, które spełnia warunek udziału w postępowaniu).

Zamawiający w dniu 30 czerwca 2023 roku unieważnił czynność oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w dniu 4 lipca 2023 roku wystąpił do Przystępującego Doraco o wyjaśnienie lub uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czym wypełnił żądania Odwołujących.

Nie potwierdził się argument podnoszony przez Odwołującego podczas rozprawy, że w piśmie tym Zamawiający szczegółowo wskazał przyczyny, dla których przedłożona na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu referencyjna inwestycja, tj. budowa Centrum Wystawienniczo-Targowego AMBER EXPO w Gdańsku – Letnicy, nie potwierdza spełnienia wymagań określonych w warunku udziału w postępowaniu (rozdz. IX ust.1. pkt 2 li. b) SWZ). W treści pisma, Zamawiający wskazał jedynie w sposób ogólny, odnosząc się do treści całego warunku udziału w postępowaniu, że doświadczenie przedstawione przez wykonawcę, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie odniósł się szczegółowo do przyczyn, dla których uznał, że referencyjna budowa nie potwierdza doświadczenia na poziomie wymaganym przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że informacje zawarte w załączniku nr 8 - Wykaz robót budowlanych – do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wskazywały jedynie na wartości wykonanych robót, nazwę podmiotu na rzecz którego wykonano roboty budowlane, datę realizacji zamówienia (III 2011-V 2012) oraz że inwestycja polegała na budowie budynku użyteczności publicznej z salą wielofunkcyjną na ponad 400 miejsc siedzących, bez wskazania jakiego rodzaju wydarzenia się w niej odbywają. W Wykazie robót nie przedstawiono pełnych informacji dotyczących doświadczenia nabytego przez Przystępującego Doraco w związku z realizacją przedmiotowej inwestycji. Jednocześnie, informacje te (jako niepełne) nie mogły przesądzić, że Przystępujący Doraco nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, stanowiącego podstawę do wykluczenia go z Postępowania. W tych okolicznościach uwzględnienie przez Zamawiającego obu odwołań (KIO 1440/23 i 1446/23) w zakresie zarzutów dotyczących Przystępującego Doraco było zasadne.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający zamierzał dokonać powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, uprawniony był do skierowania do Przystępującego Doraco wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (zgodnie z żądaniem Odwołujących) ale i na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, pozostawiając decyzję Doraco, którą drogę wybierze, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W wyniku otrzymanych przez Przystępującego Doraco nowych dokumentów dla inwestycji referencyjnej wskazanej we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, Zamawiający doszedł do przekonania, że doświadczenie zdobyte przy realizacji tej inwestycji pozwoliło na wykazanie przez Doraco nabycia wymaganego doświadczenia. Załączone Poświadczenie potwierdzało, że Centrum Wystawienniczo-Targowego AMBER EXPO w Gdańsku – Letnicy jest budynkiem użyteczności publicznej, znajdują się w nim sale wielofunkcyjne w tym sale wielofunkcyjne na ponad 400 miejsc siedzących, oraz odbywają się w nim wydarzenia kulturalne, w szczególności przedstawienia teatralne, koncerty i festiwale muzyczne.

W ocenie Izby, uzyskane przez Zamawiającego w wyniku wezwania z 4 lipca 2023 roku nowe dokumenty, potwierdziły, że doświadczenie zdobyte na realizacji budowy wskazanej jako referencyjna, potwierdza spełnienie przez Przystępującego Doraco warunku udziału

w postępowaniu określonego w rozdz. IX ust.1. pkt 2 li. b) SWZ).

W tych okolicznościach powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji, nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 pkt b) oraz § 8 ust. 2 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....