

**WYROK**

**z dnia 13 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący** – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: Paulina Zalewska

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 czerwca 2011 r.** przez wykonawcę: **Agencję Inwestycyjną Terra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy sp. k., ul. Botaniczna 24/3, 60-586 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Sąd Okręgowy we Wrocławiu ul. Sądowa 1, 50-046 Wrocław.**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Agencję Inwestycyjną Terra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy sp. k., ul. Botaniczna 24/3, 60-586 Poznań,**

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Agencję Inwestycyjną Terra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy sp. k., ul. Botaniczna 24/3, 60-586 Poznań** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasadza od odwołującego: **Agencji Inwestycyjnej Terra Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy sp. k., ul. Botaniczna 24/3, 60-586 Poznań** na rzecz zamawiającego: **Skarbu Państwa - Sądu Okręgowego we Wrocławiu ul. Sądowa 1, 50-046 Wrocław** kwotę **3 600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę nadzoru inwestorskiego nad robotami, które obejmują swoim zakresem budowę budynku Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej oraz nadbudowę i przebudowę budynku magazynowego dla Aresztu Śledczego we Wrocławiu wraz z budową muru, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod pozycją 2011/S 54-088656 z dnia 18.03.2011 r., w dniu 3 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę: Agencję Inwestycyjną Terra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy sp. k. z siedzibą w Poznaniu, w kopii przekazane zamawiającemu w dniu 2 czerwca 2011 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu dnia 26 maja 2011 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania, odrzuceniu złożonej oferty oraz o wyborze oferty wykonawcy: Komplet Inwest s.j. Tomasz Granopis, Elżbieta Prażanowska-Nieboj z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim.

Wobec podjętych czynności:

- 1) wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) wyboru najkorzystniejszej oferty;

- wykonawca: Agencja Inwestycyjna Terra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy sp. k. zarzucił zamawiającemu: Skarbowi Państwa - Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), tj.: art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie - w sytuacji, gdy nie wystąpiły przesłanki dla zastosowania tej normy, co spowodowało, że wykluczenie odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie złożonej oferty oraz wybór oferty firmy: Komplet Inwest s.j. jako najkorzystniejszej - było niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu, z uwzględnieniem oferty odwołującego, jako wykonawcy nie podlegającego wykluczeniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że złożył ofertę, załączając do niej oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu: w tym - o posiadaniu wymaganej wiedzy i doświadczenia, a nadto,

załączył dokumenty wskazane w pkt 6.1.a) SIWZ, tj. m.in. wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Do tego wykazu załączone zostało oświadczenie odbiorcy usługi - firmy Górecka Projekt sp. z o.o., potwierdzające wykonanie usługi przez odwołującego (z dnia 25 sierpnia 2010 roku) wraz z wcześniej wydanym listem referencyjnym z dnia 8 kwietnia 2010 roku, w którym wprost wskazano, że usługi wykonywane są przez odwołującego rzetelnie, a spółka ta poleca współpracę z odwołującym.

W dniu 11 maja 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wykazu wykonanych usług wraz z dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usługi, wskazując, że pismo z dnia 25 sierpnia 2010 r. zawierające informację o wykonaniu usługi nie potwierdza należytego jej wykonania. W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił, że złożone referencje (polecający list referencyjny wraz z potwierdzeniem wykonania usługi) stanowią wystarczający dowód należytego ich wykonania, a dla dodatkowego potwierdzenia tego faktu odwołujący przedłożył decyzję z września 2010 r. o pozwoleniu na użytkowanie obiektu.

W dniu 26 maja 2011 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy: Komplet Inwest s.j., zawiadamiając również, że odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (nie wykazanie należytego wykonania usługi). Zamawiający poinformował jednocześnie o odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na wykluczenie wykonawcy. Dalej odwołujący argumentowały, że zamawiający oparł swoje rozstrzygnięcie na normie wynikającej z przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, stosownie do którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazał przy tym, że: „Wykonawca nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia” „ponieważ dołączone do oferty pismo inwestora Górecka Projekt Sp. z o.o. z dnia 25 sierpnia 2010 r. nie potwierdzało należytego wykonania usługi.” Mimo wyjaśnień złożonych przez odwołującego i złożenia dodatkowo decyzji z września 2010 roku o pozwoleniu na użytkowanie obiektu, zamawiający stwierdził, że „pismo inwestora z dnia 25 sierpnia 2010 r. nie jest dokumentem wystarczającym dla potwierdzenia należytego wykonania usługi. Natomiast dołączona do pisma decyzja dotyczy pozwolenia na użytkowanie budynku i w żaden sposób nie odnosi się do usługi nadzoru inwestorskiego.

W ocenie odwołującego, opisana czynność jest nietrafna, co wynika z dokonania przez zamawiającego błędnej interpretacji dokumentacji złożonej na dowód należytego wykonania usługi. W uzasadnieniu wykluczenia, zdaniem odwołującego, zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do złożonego w ofercie listu referencyjnego sporządzonego przez inwestora na rzecz odwołującego w dniu 8 kwietnia 2010 r., w którym ten inwestor jednoznacznie poleca współpracę z odwołującym, a list ten został przedłożony jako referencje wraz z oświadczeniem

z dnia 25 sierpnia 2010 r. Wobec tego nie sposób ustalić, w jaki sposób dokument ten miał wpływ na decyzję zamawiającego i czy jego treść była brana pod uwagę przy badaniu oferty w kontekście zarzutu braku wykazania należytego wykonania usługi. Odwołujący podkreślał, że tenże list referencyjny stanowi integralną część oświadczenia inwestora - Górecka Projekt Sp. z o.o. i wraz z oświadczeniem z dnia 25 sierpnia 2010 r. stanowi pełne referencje potwierdzające należyte wykonanie usługi. Odwołujący wskazywał, że rozpatrując oba dokumenty niezależnie, ów list referencyjny - literalnie potwierdzający należyte wykonywanie usług sporządzony został w dniu 8 kwietnia 2010 r., a więc na etapie realizacji usług, a nie po ich zakończeniu. Jako samodzielny dokument mógłby więc być niewystarczający do ustalenia, czy do zakończenia realizacji umowy usługi były wykonywane rzetelnie i starannie. Również dokument z dnia 25 sierpnia 2010 r., a więc wystawiony po zakończeniu realizacji prac, nie zawierający wprost wskazania, że „usługa została wykonana należyście,” rozpatrywany w oderwaniu od pozostałej dokumentacji - mógłby budzić wątpliwości, czy wykonanie usługi ostatecznie nie przebiegło nienależyście. Jednakże dokumentacja ta rozpatrywana łącznie, jako oświadczenie inwestora zawarte w dwóch odrębnych dokumentach, potwierdzone dodatkowo decyzją o pozwoleniu na użytkowanie obiektu, jednoznacznie poświadcza, że usługa została wykonana należyście.

Na poparcie swoich twierdzeń, odwołujący przytoczył tezę z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej: wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 roku, KIO/UZP 1667/10, z którego wynika, że „dokonujący oceny dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia zobowiązany jest uwzględniać okoliczność, iż wykonawca nie ma wpływu, ani na formę, ani na treść dokumentu sporządzanego przez zamawiającego, na okoliczność potwierdzenia należytego wykonania zamówienia.” Skoro zaś celem udzielonych referencji jest ustalenie należytego wykonania umowy, oświadczenie inwestora - podmiotu trzeciego, który nie jest związany wymogami postępowania o udzielenie zamówienia, należy interpretować zgodnie z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, który nakazuje tak tłumaczyć oświadczenie woli, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.” Z przytoczonej tezy odwołujący wywiódł wniosek, iż oczywistym jest, że skoro inwestor:

- a) na etapie świadczenia usług poleca współpracę z odwołującym i potwierdza należyte wykonywanie umowy,
  - b) następnie wydaje odwołującemu dodatkowe oświadczenie, że usługa została wykonana (i to - wydaje oświadczenie w terminie zakończenia wykonywania prac, co potwierdza choćby brak jakichkolwiek opóźnień), a nadto
  - c) wydaje odwołującemu pozwolenie na użytkowanie obiektu, wobec którego prowadzone były usługi nadzoru,
- to stanowi to potwierdzenie, że usługa ta została wykonana należyście.

Gdyby inwestor w końcowym etapie prac miał jakiegokolwiek zastrzeżenia co do jakości wykonania usługi, czy też zarzucałby odwołującemu ich nienależyte wykonanie, nie wydałby oświadczenia o wykonaniu tej usługi. W przypadku nienależytego nadzoru nad pracami budowlanymi nie zostałaby też wydana decyzja o pozwoleniu na użytkowanie obiektu, skoro istotą nadzoru inwestorskiego jest kontrola nad wykonywaniem robót budowlanych.

Odwołujący powoływał się na ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które stwierdzało, że dokumentacja wykazująca należyte wykonanie umowy nie musi stanowić jednego dokumentu zawierającego literalne oświadczenie o „należyтым wykonaniu umowy,” ale fakt ten ma wynikać z całości przedstawionej dokumentacji. I tak:

1) w wyroku z dnia 4 marca 2011 roku, KIO 327/11; KIO 349/11 podano, że: „dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazywanych prac nie muszą dokładnie oddawać i obrazować wszystkich szczegółów z nimi związanych - wystarczające jest jeżeli dają się zidentyfikować jako odnoszące się do prac wykazywanych w wykazie i potwierdzają prawidłowość ich wykonania.”

2) w wyroku z dnia 19 sierpnia 2010 roku, KIO/UZP 1016/09 stwierdzono, że „wymaganie przez zamawiającego, aby wykonawca posiadanie doświadczenia wykazał wyłącznie za pomocą dokumentu referencji zawierającego literalne sformułowanie "należyte wykonanie" narusza przepisy p.z.p. oraz rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (należyte wykonanie zamówienia publicznego).”

3) W wyroku z dnia 3 lipca 2009 roku, KIO/UZP 771/09 stwierdzono, że: „ustawodawca nie określił katalogu dokumentów za pomocą, których należy wykazać należyte wykonanie zamówienia. Oznacza to, że jakiegokolwiek dokument, z którego wynika przedmiotowy fakt, należy uznać za prawidłowy.”

4) W wyroku z dnia 6 marca 2008 roku, KIO/UZP 151/08 stwierdzono, że: „należyte wykonanie robót może być wykazane dowolnymi dokumentami, z których można uzyskać informacje niezbędne do weryfikacji postawionych przez zamawiającego warunków.”

Odwołujący argumentował, że celem instytucji wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest eliminacja takich wykonawców, którzy nie spełniają ustawowo określonych warunków dotyczących cech podmiotowych, związanych z właściwością samego wykonawcy. Przedłożona dokumentacja, jak wywodził odwołujący, nie pozwala na stwierdzenie, że zachodzą wątpliwości co do możliwości wykonania przez niego przedmiotowego zamówienia. Dokumentacja pozwala na pozytywną weryfikację odwołującego i uznanie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu i posiada wiedzę i doświadczenie pozwalające na należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia, zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie.

W świetle przedstawionych argumentów, odwołujący uznał, że zamawiający błędnie ocenił złożone przez odwołującego dokumenty - tj. oświadczenia spółki Górecka Projekt sp. z o.o. z dnia 8 kwietnia 2010 r. i z dnia 25 sierpnia 2010 r. oraz decyzję o pozwoleniu na użytkowanie, że nie stanowią one wystarczającego potwierdzenia należytego wykonania usługi przez odwołującego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 czerwca 2011 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden inny wykonawca.

Zamawiający w odniesieniu do zarzutów odwołania zajął następujące stanowisko. Stwierdził, iż odwołanie powinno zostać odrzucone, jako złożone z uchybieniem ustawowego terminu, skoro odwołujący utrzymywał, iż wezwanie o uzupełnienie dokumentów było bezprzedmiotowe, albowiem te dokumenty, które zostały dołączone do oferty potwierdzały należyte wykonanie usługi przedstawionej jako wykazanie wiedzy i doświadczenia zawodowego. Odnosząc się do merytorycznej treści odwołania, zamawiający podtrzymał swoje stanowisko przytoczone w piśmie z dnia 26 maja 2011 r. powiadamiającym o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty. Na poparcie swoich twierdzeń zamawiający przytoczył tezy z następujących orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej: KIO 1083/10, KIO 1085/10 z 28.06.2010 r., KIO 816/11 z 28.04.2011 r., KIO 325/11.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania, ze względu na uchybienie terminu jego wniesienia na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, gdyż powinno zostać ono wniesione na wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Zarzuty odwołania dotyczyły czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. O wymienionych czynnościach, co stanowiło okoliczność bezsporną, odwołujący został powiadomiony w dniu 26 maja 2011 r., a więc odwołanie zostało wniesione w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający poddał ocenie ofertę odwołującego, przy uwzględnieniu stanowiska zawartego w piśmie odwołującego z dnia 16 maja 2011 r. i przedstawionych uzupełniająco dokumentów. Okoliczność, iż odwołujący uznał dokumenty zawarte w jego ofercie za prawidłowe, dodatkowo jedynie przedstawił decyzję pozwolenia na użytkowanie nadzorowanej inwestycji oraz skorygował datę zakończenia usługi referencyjnej na 08.2011r. pozostawała bez znaczenia dla ustalenia zachowania terminu wniesienia odwołania na czynność wykluczenia odwołującego z postępowania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami, wezwania zamawiającego o uzupełnienie dokumentów, udzielonych wyjaśnień przez odwołującego i uzupełnionych dokumentów, oferty odwołującego. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników zamawiającego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Usługa nadzoru inwestorskiego nad robotami, które obejmują swoim zakresem budowę budynku Sądu Rejonowego dla Wrocławia-Fabrycznej oraz nadbudowę i przebudowę budynku magazynowego dla Aresztu Śledczego we Wrocławiu wraz z budową muru.”

W zakresie wymagań określonych art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do posiadania wiedzy i doświadczenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający wyznaczył następujące warunki udziału wraz ze sposobem oceny ich spełnienia.

Ust. 5.1 SIWZ (po modyfikacji z dnia 4 kwietnia 2011 r.). O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

Ust. 5.1.2. Warunek: posiadanie wiedzy i doświadczenia.

Opis sposobu wykonywania oceny spełniania warunku: zamawiający dokona oceny spełniania przez wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w ust. 6 pkt. 1 lit. a SIWZ.

Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek, jeżeli z treści dokumentów będzie wynikać, że wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną usługę nadzoru inwestorskiego nad robotami, które obejmowały swoim zakresem budowę nowego budynku użyteczności publicznej. Przyjmuje się definicję budynku użyteczności publicznej podaną w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.4.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.02.75.690 z późn. zm.) Wykonany budynek musi posiadać następującą charakterystykę:

- kubatura budynku nie może być mniejsza niż 20 500 m<sup>3</sup>.
- powierzchnia netto budynku nie może być mniejsza niż 5 900 m<sup>2</sup>,



— budynek jest budynkiem średniowysokim lub wyższym niż średniowysoki – według definicji Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12.4.2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U.02.75.690 z późn. zm.).

Wartość zrealizowanej usługi nadzoru inwestorskiego nie może być mniejsza niż 550 000 PLN netto.

Ust. 6.1.a SIWZ. Wykaz oświadczeń oraz dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wraz z ofertą wykonawca musi złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia), według wzoru załącznika 2 do SIWZ.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca musi dołączyć do oferty następujące oświadczenia i dokumenty:

Ust. 6.1.a) - wykaz wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane należycie. Wymienione w wykazie usługi muszą spełniać wymagania określone w ust. 5 pkt 1.2) SIWZ. Wzór wykazu stanowi zał. nr 3 do SIWZ.

Kryterium decydującym o wyborze została ustanowiona cena. Punkty wyliczono według wzoru  $P = C_{min}/C_{of} \times 100$  pkt, gdzie  $C_{min}$  oznacza cenę brutto najtańszej oferty, natomiast  $C_{of}$  cenę brutto badanej oferty.

Na zapytanie wykonawcy do postanowień SIWZ, między innymi: czy zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli inwestycja (wykazana jako referencyjna) jeszcze nie została zakończona (...)? Zamawiający w odpowiedzi w dniu 15 kwietnia 2011 r. powtórzył cytowane wyżej postanowienia SIWZ, tj. „Zgodnie z zapisem w SIWZ, zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli z treści złożonych przez wykonawcę dokumentów będzie wynikać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu (...) składania ofert wykonał on należycie co najmniej jedną usługą nadzoru inwestorskiego nad robotami które obejmowały swoim zakresem budowę nowego budynku użyteczności publicznej (...), podając jednocześnie, że wykonawca o którym mowa w zapytaniu nr 1 nie będzie posiadał wymaganego doświadczenia. W przypadku złożenia oferty przez takiego wykonawcę zamawiający uzna, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu.”

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w ust. 3 SIWZ, usługa, będąca

przedmiotem zamówienia, obejmuje nadzór inwestorski, między innymi, nad:

- budową, przebudową obiektów,
- robotami instalacyjnymi branżowymi i przyłączy,
- robotami zagospodarowania terenu,
- sprawdzanie jakości robót, zgodności z dokumentacją,
- uczestniczenie w próbach i odbiorach,
- kontroli stanu zawansowania robót według ustaleń harmonogramów rzeczowo - finansowych,
- potwierdzenie faktycznie wykonanych robót, kontrola faktur,
- zweryfikowanie i zatwierdzenie dokumentacji powykonawczej,
- potwierdzanie usunięcia wad i usterek,
- rozliczenie inwestycji oraz sporządzenie dokumentów przekazania-przejęcia,
- weryfikacja i zatwierdzenie instrukcji użytkowania budynku.

W postępowaniu zostało złożonych 8 ofert. Oferta odwołującego podawała najniższą cenę brutto 393 600,00 zł. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy z drugą w kolejności ceną, tj. 598 887,00 zł złożoną przez: Komplet Inwest s.j Tomasz Granopis Elżbieta Prażanowska – Nieboj.

Odwołujący złożył w dokumentach swojej oferty oświadczenie według wzoru załącznika nr 2 do SIWZ o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Złożył również wykaz wykonanych usług według wzoru załącznika nr 3 do SIWZ.

Przedmiot usługi – usługa nadzoru inwestorskiego nad robotami, które obejmowały swoim zakresem budowę nowego budynku o następującej charakterystyce:

1. budynek użyteczności publicznej,
2. kubatura 69 764 m<sup>3</sup>,
3. powierzchnia netto budynku 23 000 m<sup>2</sup>,
4. budynek średniowysoki lub wyższy – TAK,

Adres budowy: ul. Górecka 1 Poznań.

Wartość usługi brutto – 939400 PLN,

Daty wykonania usługi – 09.2008 do 09.2010,

Odbiorca (inwestor) – Górecka Projekt sp. z o.o. ul. Sienkiewicza 22, Poznań.

Na stronie 7 oferty odwołującego zawarte jest pismo z dnia 25 sierpnia 2010 r. wystawione przez Górecka Projekt sp. z o.o., potwierdzające wykonanie usługi nadzoru inwestorskiego przez Agencję Inwestycyjną Terra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy sp. k. z siedzibą w Poznaniu dla budowy budynku biurowo - usługowego z podziemnymi garażami - Skalar Office Center w Poznaniu. Przy ul. Góreckiej 1. Na stronie 8 oferty odwołującego

widnieje list referencyjny wystawiony przez tegoż inwestora dnia 8 kwietnia 2010 r. zawierający stwierdzenie, że „Zadanie powierzone Agencji Inwestycyjnej Terra jest wykonywane z zaangażowaniem i starannością, a nadzór inwestorski sprawowany jest rzetelnie i w sposób gwarantujący respektowanie interesów inwestora. Spółka Górecka Projekt poleca współpracę z Agencją Inwestycyjną Terra. Przewidywany termin zakończenia inwestycji 30.06.2010 r.

Pismem z dnia 11 maja 2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj: wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane należycie. Dołączone do oferty dokumenty zawierają następujące błędy:

- data wykonania usługi podana w wykazie nie zgadza się z datą pisma, w którym inwestor potwierdza wykonanie usługi (z wykazu wynika, że realizację usługi zakończono we wrześniu 2010 r. natomiast pismo inwestora jest wystawione z datą sierpniową. W piśmie inwestora z dnia 25 sierpnia 2010 r. brakuje informacji, że usługa została wykonana należycie.

W odpowiedzi na wymienione wezwanie, odwołujący pismem z dnia 16 maja 2011 r. wyjaśnił, iż w wykazie jaki załączył do oferty omyłkowo wpisano datę 09.2010 r. zamiast 08.2010 r. Różnica miesiąca wynika z faktu wpisania miesiąca, w którym inwestor uzyskał pozwolenie na użytkowanie. Referencje zostały wystawione po zakończeniu robót budowlanych w sierpniu 2010 r. Wystawione referencje są wystarczającym dowodem na należyte wykonanie usługi, ponieważ sam fakt wystawienia ich przez inwestora świadczy o prawidłowej realizacji zadania. Odwołujący złożył poprawiony wykaz według załącznika nr 3 oraz dodatkowo decyzję z dnia 29.09.2010 r. Nr 538/10 zezwalającą na użytkowanie obiektu przy ul Góreckiej 1 w Poznaniu.

W piśmie z dnia 26 maja 2011 r. zamawiający uzasadnił swoje stanowisko wykluczenia odwołującego z postępowania w następujący sposób. Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawiadamiam o wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia następujących wykonawców: 1) Agencja Inwestycyjna TERRA Sp. z o.o. i Wspólnicy spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu.

Uzasadnienie prawne: zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 10.113.759 tekst jednolity z późniejszymi zmianami).

Uzasadnienie faktyczne: zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu

w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. W dniu 11 maja 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wymaganych dokumentów, w tym wykazu wykonanych usług wraz z dokumentem potwierdzającym, że usługi te zostały wykonane należycie. Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia ww. dokumentu, ponieważ dołączone do oferty pismo inwestora (Górecka Projekt sp. z o.o.) z dnia 25.08.2010 r. nie potwierdzało należytego wykonania usługi. Z dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi ma wynikać jedynie fakt jej należytego wykonania, przy czym pojęcie to („należyte wykonanie”) nie musi zostać użyte w sposób jawny w treści dokumentu. Wystarczy, że z treści dokumentu wynikać będzie, że usługa została wykonana należycie. Jeżeli użyty jest zwrot o należyтым wykonaniu, to sprawa jest jednoznaczna. Ma rację wykonawca - i istotnie jest to zgodne z orzecznictwem uprzednio ZA, a obecnie KIO - że dokument zatytułowany „Referencje”, „List referencyjny”, „List polecający” (lub w inny analogiczny sposób) potwierdza należyte wykonanie usługi, o ile w treści dokumentu nie ma jakichś zastrzeżeń. Co więcej, dokument może być dowolnie zatytułowany lub w ogóle nie mieć tytułu, o ile w jego treści wystawca poleca wykonawcę, Przyjmuje się bowiem, że jeżeli ktoś kogoś poleca, to znaczy że uznaje, iż podmiot polecany należycie wykonał daną usługę. Należy jednak zwrócić uwagę - i to samo pisze wykonawca - że chodzi o referencje (lub dokument podobnie zatytułowany). Tymczasem złożony przez wykonawcę dokument to nie są „referencje”, gdyż tak, ani w jakikolwiek inny analogiczny sposób, dokument nie został zatytułowany (dokument nie ma tytułu), a z drugiej strony nie jest to list polecający, gdyż wystawca dokumentu w jego treści nikomu wykonawcy nie poleca A zatem słuszne stanowisko wykonawcy nie ma zastosowania do załączonego dokumentu. Z jego treści wynika jedynie, że usługa została wykonana, z czego nie wynika, że została wykonana należycie. Przepisy Pzp, jak choćby przepis art. 24 ust. 1 pkt 1 wskazuje, że zamówienie może być wykonane nienależycie („wykonując je [zamówienie] nienależycie”). Zatem ustawodawca dopuszcza możliwości wykonania zamówienia, jednak nienależycie. Tak więc potwierdzenie wykonania usługi, czyli potwierdzenie, że usługa została wykonana, nie przesądza, że została wykonana należycie. Przedłożony przez wykonawcę dokument nie jest zatem wystarczającym i słusznie wykonawca został wezwany do złożenia wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającym należyte ich wykonanie. Przepis rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (§ 1ust. 1 pkt 3), a także zgodne z nim postanowienie SIWZ (część 6 ust. 1 lit. a) wyraźnie wskazuje, że dokument ma potwierdzać, że usługi zostały wykonane należycie, a nie tylko, że zostały wykonane.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 maja 2011 r. wykonawca powtórnie złożył pismo inwestora (Górecka Projekt sp. z o.o.) z dnia 25.08.2010 r., oraz dołączył Decyzję nr 538/2010 o pozwoleniu na użytkowanie. Zgodnie z tym, co zostało napisane wyżej, pismo inwestora (Górecka Projekt sp. z o.o.) z dnia 25.08.2010 r. nie jest

dokumentem wystarczającym na potwierdzenie należytego wykonania usługi, natomiast dołączona do pisma decyzja dotyczy pozwolenia na użytkowanie budynku i w żaden sposób nie odnosi się do usługi nadzoru inwestorskiego.

Wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. W związku z tym zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego ofertę - zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy - uznał za odrzuconą.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania, skoro jego oferta, jako zawierająca najniższą cenę mogła zostać sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Zatem był uprawniony aby skarżyć, jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp, czynności zamawiającego – wykluczenia z postępowania, które godzą w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Postanowienia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, stanowią, iż w postępowaniu zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Między innymi także oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Warunki te zamawiający zobowiązany jest wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

Dalszą konkretyzację zawiera rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). W § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenie upoważnia zamawiającego do żądania wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu, potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane należycie. Jeżeli chodzi o usługi okresowe lub ciągłe, że są wykonywane należycie. Przywołane wyżej postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie sposobu wykazania wiedzy i doświadczenia wykonawcy, zostały przez zamawiającego ustalone w zgodności z cytowanymi wyżej przepisami.

Zamawiający w piśmie informującym o wykluczeniu odwołującego z postępowania w żaden sposób nie podważał, że wykazana usługa referencyjna nadzoru inwestorskiego pełnionego przez odwołującego na zadaniu inwestycyjnym budowy budynku biurowo -

usługowego z podziemnymi garażami - Skalar Office Center w Poznaniu przy ul. Góreckiej 1, jej zakres, parametry obiektu, czy wartość nie odpowiada postawionym wymaganiom. Jedyna okoliczność sporna między stronami - to zakwestionowanie przez zamawiającego przedstawionych przez odwołującego dokumentów, mających potwierdzać należyte wykonanie przedmiotowej usługi.

Faktem jest, iż dokument mający poświadczать należyte wykonanie robót, dostaw lub usług, nie musi przybrać konkretnej określonej postaci np. referencji. Na okoliczność należytego wykonania umowy świadczenia usługi referencyjnej mógł być złożony dowolnie nazwany dokument lub dokumenty, wystawione przez osobę upoważnioną ze strony inwestora, z których jednak wprost wynikałoby potwierdzenie akceptacji i pozytywnego wyniku zrealizowanych przez wykonawcę usług, ujętych w wykazie doświadczenia zawodowego, stanowiący przy tym oświadczenie wiedzy podmiotu zlecającego.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że dokumenty, na które powoływał się odwołujący, nie potwierdzają należytego wykonania usługi przedstawionej dla wykazania wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Należało zważyć, iż odwołujący wskazał pełnienie nadzoru nad inwestycją budynku biurowo - usługowego z podziemnymi garażami - Skalar Office Center w Poznaniu przy ul. Góreckiej 1, z określeniem daty wykonywania tej usługi w okresie od 09.2008 r. do 09.2010 r. (po korekcie do 08.2010 r.). List referencyjny wystawiony dnia 8 kwietnia 2010 r. zawiera wprawdzie stwierdzenie, że „Zadanie powierzone Agencji Inwestycyjnej Terra jest wykonywane z zaangażowaniem i starannością, a nadzór inwestorski sprawowany jest rzetelnie i w sposób gwarantujący respektowanie interesów inwestora. Spółka Górecka Projekt poleca współpracę z Agencją Inwestycyjną Terra. Przewidywany termin zakończenia inwestycji 30.06.2010 r. Z wymienionego dokumentu wynika jedynie tyle, iż w trakcie realizacji usługi na kilka miesięcy przed jej zakończeniem, inwestor pozytywnie oceniał współpracę z odwołującym.

Pismo z dnia 25 sierpnia 2010 r. wystawione przez Prezesa Zarządu Górecka Projekt sp. z o.o., potwierdza wykonanie usługi nadzoru inwestorskiego przez Agencję Inwestycyjną Terra Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy sp. k. z siedzibą w Poznaniu dla budowy budynku biurowo - usługowego z podziemnymi garażami - Skalar Office Center w Poznaniu. Przy ul. Góreckiej 1. Jest to jedynie stwierdzenie samego faktu wykonania przedmiotowej usługi, bez jakiegokolwiek jej pozytywnej oceny. Zatem przedłożone referencje nie poświadczają należytego wykonania całkowitego zakresu umowy. Zaś drugi z omawianych dokumentów w ogólności nie spełnia celu jego przedłożenia, bowiem w żaden sposób nie potwierdza należytego wykonania umowy. Z zestawienia tych dokumentów wynika też, że termin realizacji inwestycji - w stosunku do planowanego uległ przedłużeniu.

Żaden z wymienionych wyżej dokumentów z osobna, bądź czytanych razem nie

stanowi potwierdzenia należytego wykonania usługi. W ocenie Izby, jakość wykonanej usługi, a o takiej mówi przepis § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, można ocenić po jej całkowitym zakończeniu, a nie w trakcie realizacji. Przytaczany wyżej opis zamówienia, świadczy, iż każdorazowo usługa nadzoru inwestycyjnego, niezależnie od podmiotu, na rzecz którego jest świadczona, obejmuje ciąg czynności związanych nierozzerwalnie z fazą realizacji nadzorowanej inwestycji, które to czynności nie mają charakteru *stricte* powtarzalnego. Jedynie w stosunku do usług ciągłych, powtarzalnych, o tym samym charakterze można by wywieść, że skoro były one świadczone z pozytywnym skutkiem przez wykonawcę w wymaganym okresie, oznacza to że nabył on niezbędną wiedzę praktyczną oraz doświadczenie – biegłość w ich wykonywaniu. W niniejszym przypadku, inwestor potwierdził należyte wykonywanie nadzoru w odniesieniu do bliżej nieoznaczonego etapu nie zakończonej inwestycji. Nie obejmującej swym zasięgiem co najmniej nadzorowania: zagospodarowania terenu, odbiorów, przeglądów czy rozliczenia kosztów budowy. Końcowy etap nadzoru, prawidłowego przejęcia inwestycji od wykonawcy i jej rozliczenia jest szczególnie istotny z punktu widzenia prawidłowego zabezpieczenia interesów inwestora.

Przedstawiona przez odwołującego decyzja z dnia 29.09.2010 r. Nr 538/10 zezwalająca na użytkowanie obiektu przy ul Góreckiej 1 w Poznaniu, odnosi się do zakończenia etapu robót budowlanych, pozwalających na użytkowanie obiektu w rozumieniu postanowień art. 59 i 59 a ustawy z dnia 7 lipca 1994 Prawo budowlane (Dz. U. Nr 156, poz. 1118 z 2006 r.). Właściwy organ może wydać pozwolenie na użytkowanie pomimo niewykonania części robót związanych z obiektem. Z treści wymienionej decyzji wynika, że obejmuje ona tylko część zadania, ujętego w decyzji pozwolenia na budowę, odnoszącego się do części wspólnej budynku biurowo – usługowego, tj. klatek schodowych, korytarzy zapleczy socjalnych oraz podziemnego garażu. Na użytkowanie całości obiektu inwestor zobowiązany był uzyskać odrębną decyzję. Stąd, Izba za trafne przyjęła stanowisko zamawiającego, że dokument pozwolenia na użytkowanie obiektu budowlanego odnosi się do wykonania robót budowlanych i nie stanowi bezpośredniego potwierdzenia należytego wykonania usługi nadzoru budowlanego.

Wszystkie wymagania, które ma spełniać wykonawca ubiegający się o zamówienie, zamawiający określa w ogłoszeniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a następnie prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty, ustalone w SIWZ przez siebie warunki, egzekwuje dokładnie w sposób, w jaki zostały przewidziane. Weryfikacji ofert, może jedynie dokonywać w oparciu o postanowienia, które ustanowił, wiążących również dla samego zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny. Zatem dokonując wyboru oferty, może oprzeć tę czynność wyłącznie o dołączone do oferty dokumenty, w tym przypadku wykazu wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Zamawiający nie mógł po upływie terminu składania ofert, odstępować od jakichkolwiek ustalonych w SIWZ wymagań, poza dopuszczalnymi przypadkami prostowania omyłek, składania wyjaśnień i uzupełniania dokumentów. Subiektywne poczucie odwołującego, że jest zdolny należycie wykonać zamówienie i nie powinien zostać wykluczony, nie mogło zostać uwzględnione, gdyż decydujące było wykazanie tej zdolności w sposób wyznaczony przez zamawiającego.

Cytowany powyżej materiał dowodowy sprawy: postanowienia SIWZ, wyjaśnienia, potwierdzają, że zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał dokumenty i ich nieodzowną treść, które winien przedstawić wykonawca w ofercie na wykazanie swej wiedzy i doświadczenia.

Niekwestionowaną okoliczność stanowiło, że na wezwanie zamawiającego dokumenty oferty wykonawcy podlegały uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie wykazania należytego wykonania usługi referencyjnej. Odwołujący posiadał więc możliwość naprawienia nieprawidłowości swojej oferty.

Za okoliczność dowiedzioną Izba uznała, że dokumenty oferty w zakresie w jakim zamawiający wzywał odwołującego do złożenia uzupełnień, nie stanowią poświadczenia należytego wykonania usługi referencyjnej. Potwierdza to jednoznacznie cytowana wyżej treść wezwania zamawiającego oraz udzielona odpowiedź wykonawcy wraz z załączonymi dokumentami. Wymagania zamawiającego podane w SIWZ co do ustalonych warunków udziału, nie zostały przez odwołującego spełnione. Zatem czynność wykluczenia odwołującego z postępowania w związku z nie wykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, została przez zamawiającego podjęta prawidłowo i nie narusza dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Procedura wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obowiązkowy, przy czym jednorazowy. Zatem w przypadku jej bezskutecznego wyczerpania nie może zostać ponowiona.

Z przedstawionych względów zarzuty odwołującego, że zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie należało uznać za niezasadne. W następstwie wykluczenia, zachodziły postawy do odrzucenia oferty odwołującego, gdyż z mocy prawa - art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oferta wykonawcy wykluczonego uznawana jest za odrzuconą.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.



Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do postanowień § 3 pkt 2b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....