

Sygn. akt KIO 1849/11

WYROK

z dnia 13 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 sierpnia 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - **FADBET S.A., ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok oraz Bemm Architekci Sp. z o.o.**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Sąd Okręgowy Warszawa-Praga, ul. Al. Solidarności 127, 00-898 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A., ul. Gen. Zajączka 9, 01-518 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - **FADBET S.A., ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok oraz Bemm Architekci Sp. z o.o.**, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - **FADBET S.A., ul. 27 Lipca 60, 15-182 Białystok oraz Bemm Architekci Sp. z o.o.**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1849/11

Uzasadnienie

I. Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, wykonanie przebudowy i rozbudowy budynków oraz zagospodarowania terenu na zasadzie zaprojektuj i zbuduj przy ul. Poligonowej 3 w Warszawie dla Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie - ZP/INW/8/1/PN - część 1.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 7 czerwca 2011 r., poz. 2011/S 108-178073 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 29 sierpnia 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FADBET S.A. i BEMM ARCHITEKCI Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucili Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 oraz ust. 3, art. 24 ust 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 oraz ust. 4, art. 44, art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą oraz odrzucenia jego oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła SKANSKA S.A., której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Harmonogram rzeczowo-finansowy (załącznik nr 1, str. 9 oferty złożonej przez SKANSKA S.A.) zawiera błąd, niedający się poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z pismem ZP/INW/8-6/1 I/PN z dnia 1 lipca 2011 r. w odpowiedzi na pytanie 6, Zamawiający dokonał modyfikacji Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, w zakresie terminów realizacji poszczególnych zadań. W poz. 2 tabeli Formularza ofertowego termin wykonania „Projektów wykonawczych i STWiORB zadania 1” wynosi 3 miesiące od podpisania umowy, natomiast w swoim harmonogramie SKANSKA S.A. w poz. A1150 przyjęła termin wykonania tego zadania na 4 miesiące od podpisania umowy. W Formularzu ofertowym wykonanie projektów wykonawczych i STWiORB zadania 1 jest wyraźnie wyodrębnione jako część zamówienia, tak pod względem rzeczowym, jak terminu jego wykonania. Wymóg zachowania terminowości w zakończeniu poszczególnych zakresów prac, zarówno projektowych jak budowlanych, należy kwalifikować jako istotny wymóg ze strony Zamawiającego. Wobec powyższego w ocenie Odwołującego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

Ponadto o istotności harmonogramu rzeczowo – finansowego zdaniem Odwołującego świadczy też postępowanie Zamawiającego w stosunku do innych Wykonawców. Stwierdzone przez Zamawiającego niezgodności pomiędzy zapisami w harmonogramie rzeczowo-finansowym i w Formularzu ofertowym spowodowały odrzucenie przez Zamawiającego oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BALTICA, MAXTO i MAZOVIA.

Odwołujący podnosił również, że dwóch projektantów przewidzianych przez Przystępującego do wykonania zamówienia nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, polegającego m.in. na posiadaniu co najmniej 2 lat doświadczenia w projektowaniu obiektów o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 10 000 m².

Jako doświadczenie zawodowe p. Frąca i Belowskiego wymieniono bowiem m.in. Gorzowskie Centrum Edukacji Artystycznej - Sala koncertowa z zapleczem, pow. 22.134 m² (05.2006-07.2011) - 63 miesiące.

Okres doświadczenia zawodowego w projektowaniu jednej inwestycji - 63 miesiące, wskazany w ofercie SKANSKA S.A., już na pierwszy rzut oka powinien budzić uzasadnione wątpliwości i powinien spowodować reakcję Zamawiającego polegającą na zweryfikowaniu tych danych. Z ogólnodostępnych informacji, uzyskanych przez Odwołującego za pośrednictwem internetu, wynika jednoznacznie, że okres ten wyniósł co najwyżej tylko 12 miesięcy, co oznacza, że

Przystępujący podał informacje niezgodne z faktycznym stanem rzeczy; ponadto nie spełnia wymogu Zamawiającego (po uwzględnieniu powyższych informacji p.Frańc i Belowski wg załącznika nr 7 do SIWZ posiadają jedynie łącznie $12+11=23$ miesiące doświadczenia zawodowego).

Jak podnosił Odwołujący, zgodnie z treścią ogłoszenia z dnia 23 stycznia 2006 r., opublikowanego m.in. w internecie na stronie dziennika urzędowego Unii Europejskiej ted.europa.eu, przetarg na budowę Gorzowskiego CENTRUM EDUKACJI ARTYSTYCZNEJ obejmował następujące zadania:

ZADANIE A: Wykonanie wielobranżowej dokumentacji projektowo - kosztorysowej Gorzowskiego Centrum Edukacji Artystycznej w następujących etapach:

- I ETAP - kompleksowy projekt Budynku Sali Koncertowej,
- II ETAP - kompleksowy projekt Zespołu Szkół Artystycznych,

ZADANIE B: Wykonanie pod klucz wraz z wyposażeniem Gorzowskiego Centrum Edukacji Artystycznej w podziale na następujące cykle realizacji:

- I ETAP - Budynek Sali Koncertowej wraz z zagospodarowaniem przynależnego terenu i parkingiem.
- II ETAP - Zespół Szkół Artystycznych wraz z zagospodarowaniem przynależnego terenu i kładką nad ulicą Walczaka.

Jednakże jak wynika m.in. z informacji prasowych również dostępnych w internecie, firma która wygrała przetarg na budowę gorzowskiego CEA, w maju 2007r. zrezygnowała z inwestycji. Do tego czasu został wykonany tylko projekt i przygotowanie placu budowy.

Powyższe Odwołujący dowodził, powołując się na:

- ogłoszenie o zamówieniu z 23 stycznia 2006 r. - wydruk ze strony internetowej dziennika urzędowego Unii Europejskiej ted.europa.eu,
- artykuł zamieszczony w dniu 3 maja 2008 r. w lokalnym dodatku Gazety Wyborczej.

Zgodnie z inną informacją dostępną na stronie internetowej BIP Urzędu Miasta Gorzów Wielkopolski, kolejny przetarg ogłoszony w lipcu 2008r. obejmował: „Przedmiotem zamówienia jest budowa Sali koncertowej z parkingiem podziemnym, drogami dojazdowymi i z zagospodarowaniem terenu, a w szczególności:

- budowa budynku Sali koncertowej wg projektu opracowanego przez BPBO „BUDOPOL” S.A. w Warszawie z wyposażeniem technologicznym ujętym w projekcie,
- wykonanie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbiorów robót i kosztorysu szczegółowego z przedmiarem robót parkingu podziemnego na 400 miejsc wraz z wyposażeniem wg. wytycznych PFU,
- budowa parkingu podziemnego na 400 miejsc wraz z wyposażeniem wg w/w dokumentacji zatwierdzonej przez Inżyniera Kontraktu działającego w imieniu Zamawiającego,

Opisywane okoliczności Odwołujący dowodził, przedkładając strony 1-5 SIWZ oraz załącznik nr 4 do SIWZ w przywołanym przetargu - wydruki ze strony internetowej BIP Urzędu Miasta Gorzów Wielkopolski wraz z zapisem kompletnej treści SIWZ na nośniku CD.

Z powyższego, w ocenie Odwołującego, wynika jednoznacznie, że okres projektowania CEA - Sali koncertowej wyniósł co najwyżej 12 miesięcy (05.2006-04.2007), a kolejny okres projektowania (od 01.2009) dotyczył m.in. parkingu podziemnego, boiska sportowego, ciągów pieszych, uzbrojenia terenu, zieleni itp., a nie Sali koncertowej. Projekt Sali koncertowej został wykonany i odebrany dużo wcześniej, co jednoznacznie potwierdza fakt, iż stanowił on załącznik do SIWZ w przetargu ogłoszonym w lipcu 2008 r.

Ponadto wg informacji z oficjalnej strony Filharmonii Gorzowskiej (<http://filharmoniagorzowska.pl/sala-koncertowa>) Sala koncertowa ma powierzchnię ok. 1000 m², a więc 10-krotnie mniejszą od wymaganej w SIWZ.

Z uwagi na fakt, iż Odwołujący mógł dysponować jedynie materiałami publikowanymi w internecie, wnosił o zwrócenie się przez Prezesa KIO do Zamawiającego Miasto Gorzów Wielkopolski, adres 66-400 Gorzów Wielkopolski, ul. Sikorskiego 3-4 z wnioskiem o nadesłanie informacji, w jakiej dacie został wykonany i odebrany projekt Sali koncertowej CENTRUM EDUKACJI ARTYSTYCZNEJ, kto był jego autorem, jaki był jego zakres oraz jakiej powierzchni dotyczył, a także o zwrócenie się z wnioskiem o nadesłanie kopii protokołu odbioru w/w projektu oraz dopuszczenie w/w dokumentów jako dowodów na okoliczność potwierdzenia braku spełniania przez SKANSKA S.A. wymogów SIWZ i złożenia nieprawdziwego oświadczenia. Z ostrożności, na wypadek braku otrzymania powyższych informacji od Miasta Gorzów Wielkopolski, wnoszę również o zobowiązanie SKANSKA S.A. do złożenia w/w dokumentów.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił, iż na str. 108-109 oferty zostało zamieszczone zobowiązanie firmy Budopol S.A. do udostępnienia Skanska S.A. sześciu osób zdolnych do wykonania zamówienia (w tym m.in. p. Fraça i Belowskiego). Oświadczenie to, złożone przez podmiot trzeci jest warunkowe i nie gwarantuje Zamawiającemu rzeczywistego korzystania z doświadczenia tego podmiotu, gdyż w swojej treści zawiera zapis: „zobowiązujemy się, że w razie uzyskania przez ww. wykonawcę powyższego zamówienia publicznego udostępnimy ww. osoby na czas jego realizacji”.

Zapis ten uzależnia użyczenie doświadczenia od zawarcia kontraktu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałaby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Analizując zarzut niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, Izba ustaliła, co następuje:

1. W poz. 2 tabeli Formularza ofertowego Przystępującego (strona 4 oferty; kopia oferty w aktach sprawy, oryginał Zamawiający okazał na rozprawie) termin wykonania „Projektów wykonawczych i STWiORB zadania 1” wynosi 3 miesiące od podpisania umowy, w harmonogramie (strona 9 oferty) w poz. A1150 przyjęła termin wykonania tego zadania na niecałe 4 miesiące od podpisania umowy (od założonej przez Przystępującego daty podpisania umowy w dniu 21 września, a zakończenie w dniu 10 stycznia 2012 r., przy założeniu, że prace będą projektowe rozpoczną się w dniu 12 października 2011 r. – przytoczone daty wynikają z części opisowej tabeli, ponieważ z przedstawienia graficznego trudno odczytać dokładne terminy).
2. Zgodnie z treścią pkt 2 ppkt 1 rozdziału X SIWZ: „Na ofertę składają się: 1) wypełniony formularz ofertowy wraz z harmonogramem rzeczowo - finansowym, który musi zawierać terminy wykonania projektu budowlanego i projektów wykonawczych, kolejność realizacji robót i ich wartości, terminy rozpoczęcia i zakończenia realizacji poszczególnych zadań w ramach części i rodzajów robót stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ.” Załącznik nr 2 do SIWZ był wzorem formularza ofertowego, w którym Zamawiający z góry narzucił terminy wykonania poszczególnych prac (w tabeli na stronie 2 i 3 wzoru w kolumnie 3 Zamawiający określił liczbami „termin w miesiącach od podpisania umowy”, wykonawcy nie mieli możliwości samodzielnego wypełnienia tej kolumny, a jedynie mieli podać kwoty brutto i netto za poszczególne prace).
3. Zgodnie z treścią rozdz. IV art. 5 § 4 ust. 2 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SIWZ): „Terminy określone w harmonogramie są dla Wykonawcy bezwzględnie obowiązujące z zastrzeżeniem rozdz. 1 art. 1 ust. 8 niniejszej umowy.”
4. Zgodnie z treścią rozdz. I art. 1 § 1 ust. 8 Istotnych postanowień umowy tylko w jednym przypadku może dojść do zmiany harmonogramu: „Zamawiający dopuszcza możliwość aktualizacji harmonogramu, wynikającej ze skrócenia terminu oczekiwania na uzyskanie decyzji

o pozwoleniu na budowę, przy zachowaniu terminu zakończenia poszczególnych zadań stanowiących przedmiot umowy. ".

5. W istotnych postanowieniach umowy (załącznik 8 do SIWZ) w rozdziale I, art. 1 ust. 9 pkt 2 Zamawiający zastrzegł, iż w razie wątpliwości interpretacyjnych dotyczących poszczególnych dokumentów umownych obowiązuje następująca kolejność ważności: umowa, program funkcjonalno-użytkowy, oferta wykonawcy, harmonogram.

Sam Odwołujący w odwołaniu na stronie 4, drugi akapit zauważył, iż „W formularzu ofertowym wykonanie projektów wykonawczych i STWiORB zadania 1 jest wyraźnie wyodrębnione jako część zamówienia, tak pod względem rzeczowym, jak terminu jego wykonania. Wymóg zachowania terminowości w zakończeniu poszczególnych zakresów prac, zarówno projektowych jak budowlanych, należy kwalifikować jako istotny wymóg ze strony Zamawiającego.”. Ponadto Odwołujący podnosił, że udzielając wyjaśnień do SIWZ Zamawiający zmodyfikował treść wzoru formularza ofertowego w zakresie terminów. W ocenie Izby również nie ulega wątpliwości, że terminy wykonania poszczególnych etapów były z góry narzucone przez Zamawiającego, potwierdzone zostały zresztą również przez Przystępującego treścią formularza ofertowego (zgodnego z wymogami Zamawiającego, w tym wyjaśnieniami zmieniającymi terminy), stanowiącego niejako odpowiedź na SIWZ. Rzeczywiście wystąpiła niezgodność pomiędzy treścią formularza ofertowego a harmonogramem rzeczowo-finansowym (którego wzoru nie załączono do SIWZ, a wykonawcy sporządzali go samodzielnie, na różnym stopniu szczegółowości) w zakresie terminu wykonania projektów wykonawczych i STWiORB zadania 1 – którą to niezgodność Zamawiający dostrzegł i poprawił, w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, pismem z dnia 29 lipca 2011 r., a Przystępujący w dniu 2 sierpnia 2011 r. wyraził zgodę na powyższe.

Reasumując, Izba stwierdziła, że po pierwsze w zakresie podania terminów realizacji poszczególnych etapów prac harmonogram rzeczowo finansowy nie stanowił treści oferty, a po drugie - nawet gdyby tak przyjąć, omyłka Przystępującego była możliwa do poprawienia w trybie jako „inna omyłka”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Było to możliwe tym bardziej, że sam Zamawiający w projekcie umowy zastrzegł „kolejność ważności” dokumentów w ten sposób, że oferta wykonawcy miała pierwszeństwo przed harmonogramem.

Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w kontekście odrzucenia innej oferty w związku z błędami w harmonogramie – jednak Izba ustaliła, że błędy te nie dotyczyły terminów, a wysokości kwot (innych w formularzu ofertowym, a innych w harmonogramie), przy czym inny wykonawca nie wyraził zgodny na poprawienie omyłki przez Zamawiającego. Izba zauważa, że naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych może nastąpić wyłącznie w stosunku do podmiotów znajdujących się

w identycznej, a przynajmniej analogicznej sytuacji – co w tym wypadku nie miało miejsca, bowiem sytuacja Przystępującego i innego wykonawcy była odmienna (inny rodzaj niezgodności i brak wyrażenia zgody na poprawienie omyłki – kopie pism Zamawiającego z dnia 12 sierpnia 2011 r. oraz odpowiedź z dnia 16 sierpnia 2011 r. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BALTICA, MAXTO i MAZOVIA w aktach sprawy).

Zarzucając niespełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego, z powodu niewykazania odpowiedniego doświadczenia osób przewidzianych do realizacji zamówienia, Odwołujący wnosił o zwrócenie się przez Prezesa KIO do Miasta Gorzów Wielkopolski, z wnioskiem o nadesłanie informacji, w jakiej dacie został wykonany i odebrany projekt Sali koncertowej Centrum Edukacji Artystycznej, kto był jego autorem, jaki był jego zakres oraz jakiej powierzchni dotyczył, a także o zwrócenie się z wnioskiem o nadesłanie kopii protokołu odbioru w/w projektu oraz dopuszczenie w/w dokumentów jako dowodów na okoliczność potwierdzenia braku spełniania przez SKANSKA S.A. wymogów SIWZ i złożenia nieprawdziwego oświadczenia. Z ostrożności, na wypadek braku otrzymania powyższych informacji od Miasta Gorzów Wielkopolski, wnosił również o zobowiązanie SKANSKA S.A. do złożenia w/w dokumentów.

Izba zauważa, że Przystępujący powyższe dokumenty, wnioskowane przez Odwołującego, złożył na rozprawie.

Mimo to Odwołujący nie wycofał zarzutu, a jedynie podnosił, że skoro nastąpiło wypowiedzenie umowy, to następnie projektanci wykonywali projekt bezumownie, bądź na podstawie umowy nieważnej z punktu widzenia Prawa zamówień publicznych, a więc Przystępujący nie może się powoływać na tego rodzaju doświadczenie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Zamawiający wymagał dla dwóch projektantów w różnych specjalnościach co najmniej dwuletniego doświadczenia w projektowaniu w specjalności architektonicznej obiektów o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 10 000 m².
2. Z odpowiedzi na pytanie 5 do SIWZ, udzielonej w dniu 5 lipca 2011 r., wynikało jednoznacznie, że chodzi o projektowanie obiektów, a nie budynków (czego zresztą Odwołujący nie kwestionował).
3. Zgodnie z art. 3 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.06.156.1118 j.t. ze zm.), obiekt budowlany to a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, b) budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, c) obiekt małej architektury, a budynek - taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.

4. Na podstawie dokumentów złożonych przez Odwołującego i Przystępującego, ustalono, iż w dniu 10 maja 2006 r. została zawarta umowa na wykonanie budowy Gorzowskiego Centrum Edukacji Artystycznej (wraz z projektowaniem), następnie wypowiedziana w maju 2007 r.
5. Z protokołu odbioru przedstawionego przez Przystępującego na rozprawie, wynika, iż projekt został odebrany w dniu 5 czerwca 2008 r. W tymże dniu strony umowy zawarły porozumienie, w którym ustaliły, że rezygnują z ewentualnych roszczeń, wynikających z umowy poprzednio zawartej, dokonano również wzajemnych rozliczeń.
6. W wykazie załączonym do oferty Przystępującego, jako doświadczenie zawodowe p. Frańca i Belowskiego wymieniono m.in. „Gorzowskie Centrum Edukacji Artystycznej - Sala koncertowa z zapleczem, pow. 22.134 m² (05.2006-07.2011) – 63 miesiące”.

W ocenie Izby dokumenty, na które powołują się Odwołujący i Przystępujący wzajemnie się uzupełniają. Izba (ani Zamawiający) nie ma podstaw, aby badać ważność umów (czy ich zgodność z Prawem zamówień publicznych), na które powołuje się wykonawca, wykazując się posiadaniem doświadczeniem. Do legitymowania się określonym doświadczeniem wystarczy faktyczne wykonanie danego zamówienia. Ponadto Izba bada zarzuty odwołania wyłącznie w granicach zakreślonych treścią odwołania.

Zarzut Odwołującego w zakresie braku doświadczenia dwóch projektantów miał dwa aspekty: w zakresie powierzchni obiektu, i w zakresie czasu projektowania, krótszego niż wymagany.

W zakresie powierzchni obiektu, Izba stwierdziła, że skoro Przystępujący w wykazie projektowany obiekt określił następująco: „Gorzowskie Centrum Edukacji Artystycznej - Sala koncertowa z zapleczem, pow. 22.134 m²”, to oznacza to iż powoływał się na doświadczenie w budowie kompleksu obiektów, w skład którego wchodziła sala koncertowa wraz z zapleczem. Odwołujący kwestionując powierzchnię (według niego mniejszą, niż wymagana), wskazywał na dane dotyczące wyłącznie sali koncertowej, co jest w sposób oczywisty chybione, skoro już z samego opisu zakresu wykonanych prac w wykazie wynikało, że projekt nie dotyczył wyłącznie sali koncertowej, ale zespołu obiektów, w tym sali koncertowej i jej zaplecza. Nie ma żadnej definicje słowa „zaplecze”, dlatego nie ma powodu, aby nie uznać za jego część garażu podziemnego. Zresztą nawet gdyby twierdzić inaczej, to niewątpliwie garaż był częścią „Gorzowskiego Centrum Edukacji Artystycznej”. Informacje w wykazie, zgodnie z wymogami SIWZ i Prawa zamówień publicznych, nie musiały być na wysokim stopniu szczegółowości, Przystępujący nie musiał określać każdego „składnika” wykonanego projektu, wystarczyło, aby podał nazwę ogólną. Zamawiający nie wymagał żadnych dokumentów na poparcie powyższego doświadczenia, w tym zakresie wystarczyło samo oświadczenie zawarte w wykazie. Gdyby

Zamawiający zażądał dokumentów, niewątpliwie Przystępujący złożyłby dokumenty, które zostały przedłożone na rozprawie, a które potwierdzają faktyczne posiadanie wymaganego doświadczenia.

Ponadto Odwołujący sam w odwołaniu (strona 6, akapit pierwszy) zauważył, iż „kolejny [po sali koncertowej, zaprojektowanej wcześniej] okres projektowania (od 01.2009) dotyczył m.in. parkingu podziemnego, boiska sportowego, ciągów pieszych, uzbrojenia terenu, zieleni itp., a nie Sali koncertowej.”. Wydaje się więc, że tak naprawdę Odwołujący nie kwestionował całościowego doświadczenia dwóch projektantów, ale okoliczność, że nie nabyli oni określonego doświadczenia w związku z projektem samej sali koncertowej. Tymczasem – w ocenie Izby – z wykazu, załączonego do oferty Przystępującego, w którym opisano doświadczenie panów Frąca i Belowskiego, wprost wynika, że nie wykonywali oni wyłącznie projektu samej sali koncertowej, ale kompleksu obiektów, w skład którego wchodziła sala koncertowa, oraz jej zaplecze.

Odnosząc się do kwestionowanego przez Odwołującego czasu projektowania, Izba stwierdziła na podstawie wcześniejszych ustaleń, że nie ulega wątpliwości, że prace projektowe rozpoczęły się maju 2006 (data zawarcia umowy), a zakończyły w czerwcu 2008 r. (data protokołu odbioru), a więc Przystępujący (osoby, które wskazał) legitymuje się co najmniej 13 miesięcznym doświadczeniem w zakresie projektowania obiektów Gorzowskiego Centrum Edukacji.

Wobec okoliczności, że Odwołujący nie kwestionował wskazanego w wykazie 11-miesięcznego czasu doświadczenia (dotyczącego Biblioteki Miejskiej w Piotrkowie Trybunalskim) Izba stwierdziła, że Przystępujący posiada co najmniej 24 miesięczne doświadczenie w projektowaniu. Co prawda w wykazie Przystępującego wskazano 63-miesięczne doświadczenie w odniesieniu do obiektów Gorzowskiego Centrum Edukacji, ale Izba nie badała, czy Przystępujący posiada doświadczenie dłuższe, niż wymagany przez Zamawiającego okres 2-letni – bowiem nawet gdyby w tym zakresie podano nieprawdziwe informacje, to wobec spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, nie miało to wpływu na wynik postępowania.

W zakresie zarzutu warunkowości zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, Izba ustaliła, co następuje:

W oświadczeniu podmiotu trzeciego na stronie 108-109 oferty Przystępującego zawarto postanowienie w następującym brzmieniu: „zobowiązujemy się, że w razie uzyskania przez ww. wykonawcę powyższego zamówienia publicznego udostępnimy ww. osoby na czas jego realizacji”.

Odwołujący twierdził, że powyższe oświadczenie jest warunkowe, a zatem nie gwarantuje Zamawiającemu rzeczywistego korzystania z doświadczenia tego podmiotu, ponieważ uzależnia użyczenie doświadczenia od zawarcia kontraktu.

Izba stwierdziła, że powyższy zrzut jest w sposób oczywisty chybiony. Oświadczenie podmiotu trzeciego zakłada udostępnienie zasobu Przystępującemu w sytuacji, gdy uzyska on zamówienie publiczne. W innej sytuacji udostępnienie zasobu Przystępującemu – w celu realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego – nie będzie Przystępującemu potrzebne. Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust 2b Prawa zamówień publicznych stanowi, iż Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Oświadczenie podmiotu trzeciego w ofercie Przystępującego jest zobowiązaniem w pełni odpowiadającym wymogowi art. 2b ust 2b Prawa zamówień publicznych – zobowiązanie do udostępnienia osób w razie uzyskania przez Przystępującego zamówienia publicznego na czas jego realizacji jest równoznaczne ze zobowiązaniem do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3, art. 24 ust 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 oraz ust. 4, art. 44, art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....