

Sygn. akt: KIO 2648/13

WYROK
z dnia 3 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2013 r. przez wykonawcę: **P. A. NOVA S.A. w Gliwicach (44-100), ul. Górnych Wałów 42** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44-200 Rybnik**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **P. A. NOVA S.A. w Gliwicach (44-100), ul. Górnych Wałów 42** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **P. A. NOVA S.A. w Gliwicach (44-100), ul. Górnych Wałów 42** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy: **P. A. NOVA S.A. w Gliwicach (44-100), ul. Górnych Wałów 42** na rzecz zamawiającego: **Miasta Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44-200 Rybnik** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2648/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Opracowanie zmiany studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego miasta Rybnika wraz z analizą i koncepcją rozwoju układu komunikacyjnego miasta oraz opracowaniem ekofizjograficznym*” zostało wszczęte przez Miasto Rybnik, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (190767-2013) w dniu 19 września 2013 r.

W dniu 13 listopada 2013 r. odwołanie wniósł wykonawca: P. A. NOVA S.A. w Gliwicach, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy nie uwzględnił złożonych przez niego wyjaśnień, mimo iż potwierdzają one zwiększony zakres terytorialny i merytoryczny wykazywanego w ofercie studium. Czynność ta stanowić miała naruszenie przepisów ustawy Pzp, w tym również wyrażonych w art. 7 zasad. Ponadto Odwołujący twierdził, iż Zamawiający zwiększając kwotę, którą zamierzał pierwotnie przeznaczyć na realizację zamówienia naruszył, art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Twierdził również, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe opisanie warunków udziału w postępowaniu, a następnie, w oparciu o te wadliwe warunki, dokonanie wyboru wykonawcy – takie działanie naruszało zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o stwierdzenie nieważności postępowania o udzielenie zamówienia lub nakazanie Zamawiającemu ponownego zweryfikowania postanowień w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt IV.3.1.a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), którego ostateczna treść ustalona została pismem z dnia 23 września 2013 r., Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się m.in. wykonaniem „*co najmniej jednego studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego dla miasta o liczbie mieszkańców co najmniej 70 000 i powierzchni co najmniej 70 km²*”. Ponadto w pkt IV.3.2.a) SIWZ (również zmienionym pismem z dnia 23 września 2013 r.) Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że dysponują osobą (mającą pełnić funkcję głównego projektanta), która posiadała m.in. doświadczenie w opracowaniu „*co najmniej jednego studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego dla miasta o liczbie mieszkańców co najmniej 70 000 i powierzchni co najmniej 70 km²*”. Zgodnie z pkt V.2.b) i c) SIWZ, w celu potwierdzenia opisanych warunków, wykonawcy zobowiązani byli przedstawić odpowiednio wykaz wykonanych usług oraz wykaz osób.

Przed upływem terminu składania ofert dwóch wykonawców, w tym Odwołujący, złożyło Zamawiającemu swoje oferty.

W przedstawionym wraz z ofertą Odwołującego wykazie wykonanych usług znalazło się wskazanie na realizację studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego Gminy Bytom. Z załączonych do wykazu referencji z dnia 19 kwietnia 2012 r. wynikało, iż powierzchnia opracowania wynosiła 6943 ha. Usługa ta została wskazana również, jako ta, która potwierdzać miała posiadanie przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji głównego projektanta odpowiedniego, wymaganego w SIWZ, doświadczenia zawodowego (wykaz osób, strona 20 oferty).

Zamawiający w toku badania złożonych mu ofert, uznał, iż nie zostało wykazane, aby Odwołujący legitymował się określonym w SIWZ odpowiednim doświadczeniem,

a także aby dysponował osobą, która uczestniczyła w realizacji pracy opisanej w pkt IV.3.2).a) SIWZ. Dlatego też pismem z dnia 24 października 2013 r. wezwał Odwołującego w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonych wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń.

Odwołujący w piśmie z dnia 29 października 2013 r. zawarł następujące stwierdzenie: *„W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oferty o potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobą pełniącą funkcję głównego projektanta informujemy, iż przedstawione przez nas studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego Gminy Bytom realizuje wymóg określony w SIWZ i pozwala ocenić pozytywnie posiadaną wiedzę i doświadczenie. Przystępując do udziału w niniejszym postępowaniu przetargowym przeanalizowaliśmy warunek podany przez Zamawiającego uznając iż 50 ha różnicy (to jest mniej niż 0,8%) nie może przesądzić o dyskwalifikacji opracowania dla 180 tys. miasta o stopniu skomplikowania problemów porównywalnym, o ile nie większym, niż w mieście Rybnik. Jednocześnie nadmieniamy, że problematyka Studium... Gminy Bytom obejmowała konieczność rozwiązania połączeń drogowych i sieci korytarzy ekologicznych na terenach sąsiednich gmin. W związku z tym należy przyjąć, że zakres powyższego studium realizowany był dla obszaru znacznie przekraczającego 70 km².”* Wraz z wyjaśnieniami przedstawione zostało oświadczenie złożone w imieniu Gminy Bytom (okoliczność nie kwestionowana przez Zamawiającego), zgodnie z którym wykazywane przez Odwołującego studium *„zostało wykonane (uchwalone) w granicach administracyjnych miasta o powierzchni 69 km kw. według danych GUS oraz o powierzchni 69,52 km kw. według pomiaru z mapy cyfrowej wzdłuż granic nieruchomości granicznych.”* Zawarte tam zostało również twierdzenie, iż *„problematyka przedmiotowego studium obejmowała konieczność rozwiązania połączeń drogowych i sieci korytarzy ekologicznych na terenach sąsiednich gmin. Stąd należy przyjąć, że problematyka studium realizowana była dla obszaru znacznie przekraczającego 70 km kw.”*

Zamawiający, po przeprowadzeniu badania uzupełnionych przez Odwołującego dokumentów, uznał, że powołany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Kierując się tym przekonaniem Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a ponadto powołując się na art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp odrzucił złożoną przez niego ofertę.

Wobec tych czynności Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego, z tym tylko zastrzeżeniem, iż nie podlegały rozpoznaniu zarzuty zmierzające do wykazania nieprawidłowości działań Zamawiającego podejmowanych wobec oferty innych niż złożona przez Odwołującego, a także zarzuty zgłoszone po upływie terminu na ich wniesienie. Jak to już zostało wskazane, rozpoznawane odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku takich właśnie postępowań wykonawcy przysługuje prawo wniesienia odwołania wobec czynności Zamawiającego ściśle w tym przepisie określonych, w tym m.in. wobec wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia lub odrzucenia oferty odwołującego. Wynika z tego, że odwołanie wykraczające swym zakresem poza ramy określone powołanym przepisem nie podlega kognicji Izby, stąd też zarzuty zmierzające do zakwestionowania prawidłowości czynności badania i oceny ofert innych niż oferta złożona przez Odwołującego, czy też nieprawidłowego zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, nie mogły zostać rozpoznane w tym postępowaniu. Nie mogły zostać również rozpoznane zarzuty zgłaszane wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który to opis został ostatecznie ukształtowany pismem z dnia z dnia 23 września 2013 r. Mając to na uwadze, a także przepis art. 182 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub SIWZ wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub SIWZ na stronie internetowej, Izba uznała, iż termin na kwestionowanie zapisów SIWZ upłynął przed dniem wniesienia rozpoznawanego odwołania. Tym samym podnoszone przez Odwołującego zarzuty niewłaściwego opisu warunków udziału w postępowaniu należało w ocenie Izby uznać za spóźnione.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż jej ocenie podlegały jedynie zarzuty podnoszone wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do czynności wykluczenia Odwołującego, Izba uznała, iż nie zostało udowodnione, aby Zamawiający w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp ustalił fakt niewykazania przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W ocenie Izby z treści pkt IV.3.1).a) oraz pkt IV.3.2).a) SIWZ wynika w sposób oczywisty, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się usługą obejmującą wykonanie „*co najmniej jednego studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego dla miasta o liczbie mieszkańców co najmniej 70 000 i powierzchni co najmniej 70 km²*”, a także aby uczestnictwem w takiej usłudze legitymowała się osoba wskazana do pełnienia funkcji głównego projektanta. Pojęcie „*studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego*”, a także zakres tego opracowania zostały zdefiniowane w ustawie z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2012 r. poz. 647 z późn. zm.) Zgodnie z art. 9 ust. 3 powołanej ustawy studium sporządza się dla obszaru w granicach administracyjnych gminy. Zgodnie z pismem Gminy Bytom granice administracyjne miasta obejmują powierzchnię „*69 km kw. według danych GUS*” lub powierzchnię „*69,52 km kw. według pomiaru z mapy cyfrowej wzdłuż granic nieruchomości granicznych*”. Z załączonych do złożonego wraz z ofertą Odwołującego wykazu wykonanych usług referencji z dnia 19 kwietnia 2012 r. wynikało, iż powierzchnia opracowania wynosiła 6943 ha. Oczywistym jest, iż każda z trzech wskazanych wartości nie jest równa wielkości powierzchni minimalnej określonej w powoływanych zapisach SIWZ – nie jest co najmniej równa powierzchni 70 km². Co istotne, na etapie odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów fakt ten był oczywisty również dla Odwołującego, uznał on jednak, że „*50 ha różnicy (to jest mniej niż 0,8%) nie może przesądzić o dyskwalifikacji opracowania dla 180 tys. miasta o stopniu skomplikowania problemów porównywalnym, o ile nie większym, niż w mieście Rybnik*”.

W tym miejscu podkreślenia również wymaga to, że zawarte w piśmie Gminy Bytom stwierdzenie, iż studium „*zostało wykonane (uchwalone) w granicach administracyjnych miasta*” w sposób oczywisty koresponduje z przywoływanym art. 9 ust. 3 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym. Mając na uwadze powołane pismo, treść referencji złożonych wraz z ofertą Odwołującego, a także przywoływany tu art. 9 ust. 3 ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym, Izba uznała, iż brak było podstaw do przyjęcia, iż przy ocenie wykazania przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia (a tym samym warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) znaczenie mogła mieć wielkość inna aniżeli

obszar w granicach administracyjnych gminy. Stąd nie zasługiwały na uznanie tezy o tym, iż zakres wykazywanego studium „realizowany był dla obszaru przekraczającego 70 km²”.

Obowiązkiem Odwołującego było przedstawienie wykazu wykonanych usług oraz wykazu osób o takiej treści, aby wykazane zostało spełnianie wymogów określonych w pkt IV.3.1).a) oraz pkt IV.3.2).a) SIWZ. Jest to oczywistym w świetle analizowanych zapisów SIWZ, a także wobec regulacji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Z powołanym tu przepisem koresponduje w sposób oczywisty art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to na wykonawcy spoczywa ciężar dowiedzenia, iż spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku.

W rozpoznawanym przypadku, Zamawiający prawidłowo ustalił, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Uwzględniając okoliczność, iż Odwołujący już raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu wykonanych usług oraz wykazu osób, niemożliwym było ponowne jego wezwanie do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w omawianym tu zakresie.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a tym samym aby naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności

pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: