

Sygn. akt: KIO 1611/13

Sygn. akt: KIO 1615/13

WYROK

z dnia 16 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 3 lipca 2013 r. przez wykonawcę **B..... S..... i B..... B.....-S..... prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Architektoniczna WASKO-PROJEKT S.C. B..... S..... & B..... B....-S....., ul. Bursztynowa 5, 31-213 Kraków,**

B. w dniu 3 lipca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usług Consultingowych WADECO Sp. z o.o., Project Management Intertecno Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 20, 02-513 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Chrześcijańską Akademię Teologiczną, ul. Miodowa 21c, 0-246 Warszawa**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia ofert wykonawców: B..... S..... i B..... B.....-S..... prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą Pracownia Architektoniczna WASKO-PROJEKT S.C. B..... S..... & B..... B.....-S....., ul. Bursztynowa 5, 31-213 Kraków oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Consultingowych WADECO Sp. z o.o., Project Management Intertecno Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 20, 02-513 Warszawa, dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.**

2. kosztami postępowania obciąża **Chrześcijańską Akademię Teologiczną, ul. Miodowa 21c, 0-246 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B..... S..... i B..... B.....-S.....** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Pracownia Architektoniczna WASKO-PROJEKT S.C. B..... S..... & B..... B.....-S.....**, ul. Bursztynowa 5, 31-213 **Kraków** i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usług Consultingowych WADECO Sp. z o.o., Project Management Intertecno Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 20, 02-513 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Chrześcijańskiej Akademii Teologicznej, ul. Miodowa 21c, 0-246 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **B..... S..... i B..... B.....-S.....** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **Pracownia Architektoniczna WASKO-PROJEKT S.C. B..... S..... & B..... B.....-S.....**, ul. Bursztynowa 5, 31-213 **Kraków** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usług Consultingowych WADECO Sp. z o.o., Project Management Intertecno Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 20, 02-513 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Chrześcijańska Akademia Teologiczna, ul. Miodowa 21c, 0-246 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z projektem wykonawczym na budowę siedziby Chrześcijańskiej Akademii Teologicznej przy ul. Broniewskiego 48 i ul. Duracza w Warszawie” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Zamawiający dnia 28 czerwca 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert.

KIO 1611/13

Dnia 3 lipca 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: B..... S..... i B..... B.....-S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Pracownia Architektoniczna WASKO-PROJEKT S.C. B..... S..... & B..... B.....-S....., ul. Bursztynowa 5, 31-213 Kraków (zwani dalej „odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 26 ust. 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia zgodnych z s.i.w.z. oświadczeń bądź dokumentów skutkiem czego zamawiający uznał, że złożone przez odwołującego dokumenty nie spełniają pkt 5 lit. c i g s.i.w.z.,
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie, a mianowicie nie wezwanie odwołującego do wyjaśnienia elementów przedmiotowo istotnych dla złożonej przez niego oferty,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 ustawy pzp, poprzez całkowicie dowolne oraz niezgodne z przepisami pzp uznanie, że oferta złożona przez odwołującego nie spełnia wymagań określonych w pkt 5 lit. c i g s.i.w.z. i jako taka podlega odrzuceniu, pomimo wypełnienia przez odwołującego wszystkich wymagań określonych w s.i.w.z., co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, która - po bezprawnym odrzuceniu oferty odwołującego - zawierała kolejną najkorzystniejszą cenę.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze, jako najkorzystniejszej oferty nr 14 oraz nakazanie zamawiającemu zawarcia umowy

z odwołującym, jako wykonawcą, który zaoferował najkorzystniejszą cenę niepodlegającą odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

KIO 1615/13

Dnia 3 lipca 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Consultingowych WADECO Sp. z o.o., Project Management Intertecno Sp. z o.o., ul. Madalińskiego 20, 02-513 Warszawa (zwani dalej „*odwołujący*” lub „*konsorcjum WADECO*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezasadne odrzucenie oferty konsorcjum WADECO, a tym samym wybór oferty firmy KARPLA Konsulting Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej, co jest niezgodne z ustawą Pzp, regulaminem przetargu oraz bezwzględnie obowiązującymi przepisami.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty konsorcjum WADECO,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty firmy KARPLA Konsulting Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej spośród złożonych ofert w przetargu,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na „ocenie spełniania regulaminu przetargu oferty konsorcjum WADECO” i uznaniu w/w oferty, jako spełniającej wszystkie wymogi treści s.i.w.z.,
- 4) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i wybór oferty konsorcjum WADECO, jako najkorzystniejszej spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też dowód zgłoszony przez odwołującego w sprawie KIO 1611/13, tj. z umowy zawartej pomiędzy B..... S....., a Agencją Projektową EKSP0 s.c. z dnia 11 października 2010r. oraz wycinek protokołu zdawczo-odbiorczego z 30 maja 2011 r. oraz protokół z narady inwestorskiej nr 16, notatki ze spotkania projektowego, protokół nadzoru autorskiego. Izba dopuściła również dowód z przesłuchania stron.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

KIO 1611/13

Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego, ponieważ odrzucona oferta odwołującego powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą spośród niepodlegających odrzuceniu. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie odwołujący się ma interes we wniesieniu odwołania.

Zdaniem odwołującego, czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, gdyż „Załącznik nr 4 nie zawiera usługi wykonania kompleksowych projektów branżowych na budowę obiektu użyteczności publicznej, a jedynie projekt budowlany bez projektu wykonawczego i nadzoru autorskiego” uznać należy za nieuprawnioną nadinterpretację oraz niewłaściwą wykładnię oświadczenia woli złożonego w załączonych przez odwołującego dokumentach. Z przedłożonego załącznika nr 4 oraz listu referencyjnego wynika dokładnie taki sam zakres wykonanej usługi, jak określona przez

zamawiającego w ogłoszeniu oraz pkt 3 s.i.w.z., a mianowicie wykonanie dokumentacji projektowej wraz z projektem wykonawczym. Zamawiający dokonując wykładni oświadczeń woli znajdujących się w przedłożonych przez odwołującego się dokumentach winien oprzeć się na treści każdego z nich z osobna, jak też na wszystkich łącznie i na tej podstawie wywieść wnioski wykładni.

Odwołujący wskazał, że jeżeli po stronie zamawiającego powstały jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie złożonych przez odwołującego oświadczeń, winien on wezwać wykonawcę do uzupełnienia, wyjaśnienia bądź sprecyzowania takiego oświadczenia. Powyższe wydaje się być zasadne o tyle, że zamawiający dwukrotnie - pismami z dnia 19 czerwca 2013 roku oraz 24 czerwca 2013 roku zwracał się do odwołującego z wnioskiem o udzielenie informacji w temacie kalkulacji ceny oraz pracowników i za każdym otrzymał satysfakcjonującą odpowiedź.

W ocenie odwołującego, w liście referencyjnym uzyskanym od Agencji Projektowej Architektury EKSPo s.c., usługa wykonania dokumentacji projektowej, została oceniona pozytywnie, a Inwestor uznał pracownię, jako godną polecenia.

Pracownia projektowa Wasko-Projekt s.c. wykonywała w/w zadanie projektowe w oparciu o umowę zawartą z Agencją Projektową Architektury EKSPo s.c., która z kolei była związana umową z generalnym wykonawcą - firmą HOCHTIEF Polska, a ta z Uniwersytetem Jagiellońskim, który był bezpośrednim Inwestorem projektu.

Dokumentacja projektowa budowy budynku Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej dla Inwestora - Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, była również realizowana przez pracownię WASKO-Projekt, jednak w latach 2006-2009, co nie było przedmiotem oceny tego postępowania przetargowego.

Z informacji uzyskanych przez odwołującego, zamawiający w telefonicznym komentarzu do odrzucenia oferty odwołującego powołał się na sprawdzenie załączonych referencji u Inwestora, tj. Uniwersytetu Jagiellońskiego, który potwierdził wykonanie jedynie projektu budowlanego, wykonanego w latach 2006-2009. Zamawiający powinien potwierdzić prawdziwość referencji u odwołującego, bądź faktycznego zleceniodawcy, czyli w Agencji Projektowej Architektury EKSPo s.c., która poświadczyła wykonanie projektu zgodnie z podpisanym listem referencyjnym.

Nieporozumienie przy telefonicznej weryfikacji referencji przez zamawiającego - przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień - mogło wziąć się stąd, że odwołujący dwukrotnie wykonywał zlecenie na projekt budowlany i projekt wykonawczy budynku Wydziału Fizyki, Astronomii i Informatyki Stosowanej Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

Pierwsze zlecenie od inwestora Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie odwołujący wykonywał w latach 2006- 2009 i uzyskał pozwolenie na budowę.

Drugie zlecenie od Agencji Architektury EKSPo s.c. w latach 2010-2011, dotyczyło projektu budowlanego i projektu wykonawczego oraz uzyskania zamiennego pozwolenia na budowę. Drugie zlecenie wynikało ze zmian wprowadzonych przez Inwestora do programu funkcjonalno- użytkowego oraz zmniejszenia kosztów inwestycji.

W ocenie odwołującego, zamawiający naruszył swoim zachowaniem art. 87 ust. 1 pzp, gdyż jak słusznie wskazuje KIO w wyroku z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt. KIO 214/13 *„Zamawiający, u którego zrodziły się jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności), a nie tylko uprawniony, do żądania wyjaśnień od wykonawcy. Zamawiający nie może rezygnować z wyjaśnienia budzących jego wątpliwości części treści oferty z góry zakładając, iż nic nie wniosą do dokonanej przez niego oceny, bądź na pewno zmienią one jej treść.”*

Odwołujący wskazał, że złożył ofertę zgodną z ogłoszeniem oraz s.i.w.z., a więc na wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z projektem wykonawczym na budowę siedziby Chrześcijańskiej Akademii Teologicznej przy ul. Broniewskiego i ul. Duracza w Warszawie.

Tak złożona oferta jest zgodna z zamieszczoną przez zamawiającego treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdzie zamawiający wskazał główny przedmiot zamówienia, zamieszczając wskazania „w szczególności” oraz „w tym”.

Z powyższego wynika, że złożona przez odwołującego oferta oraz załączona do niej dokumentacja odnosi się do całości określonego w sposób generalny zamówienia, a co za tym idzie obejmuje również jego szczegółowe elementy. Ewentualne braki bądź wątpliwości - jeżeli takie w ocenie zamawiającego wystąpiły - winny być uzupełnione na jego wniosek poprzez doprecyzowanie oświadczeń bądź uzupełnienie ich treści.

Odwołujący podał, że w s.i.w.z. zamawiający nie wymagał wprost, aby wykonawca posiadał doświadczenie w sprawowaniu nadzoru autorskiego, natomiast w decyzji o odrzuceniu oferty, podniósł argument braku nadzorów autorskich do przedstawionego doświadczenia projektowego.

Odwołujący oświadczył, że brał udział w nadzorach autorskich przy realizacji inwestycji wymienionej w ofercie przetargowej, natomiast nie udokumentował tego faktu, gdyż nie wymagała tego s.i.w.z. Składając ofertę wykonania przedmiotu zamówienia odwołujący objął zakresem oferty również pełnienie nadzoru autorskiego, podobnie zresztą jak w przypadku posłużenia się potwierdzeniem wcześniejszego wykonania inwestycji z oferty przetargowej.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert z dnia 28 czerwca 2013 roku wskazał, iż oferta Nr 11 wykonawcy Pracownia Architektoniczna WASKO-PROJEKT s.c. nie spełnia warunku zawartego w punkcie 5 lit c i g specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a mianowicie załącznik Nr 4 do złożonej oferty nie zawiera usługi wykonawstwa kompleksowych projektów branżowych na budowę obiektu użyteczności publicznej, a jedynie projekt budowlany bez projektu wykonawczego i nadzoru autorskiego.

Zamawiający postawił warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, pkt 5 lit c s.i.w.z., iż *„Wykonawca składający ofertę na wykonanie niniejszego zamówienia musi mieć doświadczenie w projektowaniu budynków użyteczności publicznej z wyłączeniem: obiektów przemysłowych i budynków mieszkalnych”*, natomiast zgodnie z pkt 5 lit g s.i.w.z. *„na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt. 3 Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie; wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na zaprojektowaniu budynku użyteczności publicznej (zawierającego salę widowiskową lub aulę na co najmniej 300 osób) o powierzchni zabudowy nie mniejszej niż 1000 m² i wypełnić załącznik nr 4 do SIWZ oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że wykazane w tym dokumencie usługi zostały wykonane należycie.”*.

Odwołujący w ofercie, na potwierdzenie spełniania powyższego warunku, dotyczącego wiedzy i doświadczenia, złożył oświadczenie (strona 4 oferty) oraz wykaz wykonanych usług, wg. załącznika Nr 4 (strona 10 oferty).

W treści rzeczowego wykazu odwołujący wskazał, iż wykonał dokumentację projektową zespołu ośmiu budynków badawczo-dydaktycznych (...), w których zlokalizowano kilka sal audytoryjnych, w tym audytorium na 380 osób, powierzchnia zabudowy wynosiła 12 060 m².

Izba wskazuje, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy interpretować literalnie. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący, odpowiadając na opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia, odpowiedział na nie prawidłowo.

Zdaniem Izby, zamawiający wskazując, jako podstawę odrzucenia oferty odwołującego, powołał nowe okoliczności, tym samym postawił nowy warunek udziału w postępowaniu, który na etapie ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie był sprecyzowany i nie był znany wykonawcom.

Zamawiający w s.i.w.z. nie żądał legitymowania się usługą wykonawstwa kompleksowych projektów branżowych na budowę obiektu użyteczności publicznej, wykonania projektu wykonawczego i nadzoru autorskiego, tym samym nie mógł, na etapie oceny spełniania przedmiotowego warunku, egzekwować tych informacji od odwołującego. Zamawiający żądał jedynie legitymowania się jedną usługą projektową budynku użyteczności publicznej

o określonym parametrze dotyczącym sali widowiskowej lub auli oraz o określonej minimalnej powierzchni zabudowy.

Izba stwierdziła, że zamawiający na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zmienił treść warunku, w wyniku czego wyciągnął, bezprawnie, negatywne konsekwencje w odniesieniu do odwołującego.

Taka czynność zamawiającego musiała zostać uznana za wadliwą.

Izba wskazuje, że wszelkie wątpliwości, jakie mógłby powziąć zamawiający na etapie oceny oferty odwołującego, w zakresie warunków podmiotowych, w pierwszej kolejności podlegają wyjaśnieniom w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Następnie w przypadku, gdy wyjaśnienia nie zostaną złożone, lub ich treść nie potwierdzi spełnienia warunków udziału w postępowaniu obligatoryjnie podlega zastosowaniu przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt: KIO 2664/12, zgodnie z którym „jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, traktuje się te dokumenty i oświadczenia jak dokumenty „zawierające błąd” i mimo, że nie ma wątpliwości co do ich treści zamawiający winien zastosować art. 26 ust 3 i ust. 4 p.z.p.”. Podobnie w wyroku z dnia 10 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2889/12 zgodnie z treścią którego „ustalenie przez zamawiającego, że przedłożone oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obligują go do wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust 3 p.z.p., niezależnie od przyczyny złożenia przez wykonawcę oświadczeń (dokumentów), które nie potwierdzają w należyty sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dla zastosowania tego przepisu nie mają też znaczenia przypisywane wykonawcy intencje stojące za takim wadliwym złożeniem oferty. Sporządzając dokumenty zgodnie ze wzorami zawartymi w SIWZ, wykonawcy nie są zobligowani do prowadzenia rozważań, czy sposób, w jaki ujęte zostały w nich informacje niezbędne dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie utrudni zamawiającemu ustalenia, czy warunek został spełniony. Zaniechanie wykonania obligatoryjnej czynności wezwania jedynie w oparciu o zakładaną możliwość "manipulacji" wykonawcy czy wyboru bardziej korzystnej części zamówienia nie znajduje uzasadnienia prawnego. Oświadczenia (dokumenty) składane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu podlegają wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. Tym samym zastosowanie art. 26 ust 4 p.z.p. nie wyklucza zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p.”.

W ocenie Izby zamawiający niedochowując należytej staranności zaniechał czynności wyjaśnienia złożonego wykazu ewentualnie wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu o usługi, które będą potwierdzać spełnienie opisanego w s.i.w.z. warunku, czym naraził się na zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zamawiający w Informacji o odrzuceniu oferty błędnie podał podstawę prawną uznając, iż niespełnienie warunku udziału w postępowaniu powoduje skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis powyższy odnosi się bowiem do treści oferty, jej merytorycznej części, a nie do warunków podmiotowych dotyczących chociażby wiedzy i doświadczenia.

Rekapitulując Izba stwierdziła, że zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego (wykluczył wykonawcę z postępowania). W ocenie Izby odwołujący potwierdził warunek udziału w postępowaniu w sposób, w jaki wymagał tego zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Czynność zamawiającego rozszerzająca opis rzeczzonego warunku na etapie oceny ofert w stosunku do opisu z s.i.w.z. należało ocenić jako bezprawną i niedopuszczalną.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż procedura objęta tym przepisem odnosi się to wyjaśniania merytorycznej treści oferty, a nie do wyjaśniania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym zakresie zastosowanie znajduje przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

KIO 1615/13

Odwołujący wskazał, iż ma interes prawny we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że jego oferta jest najkorzystniejsza ze wszystkich ofert pozostałych po odrzuceniu części ofert jako niespełniających wymagań s.i.w.z. lub oferujących rażąco niską cenę. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza ze złożonych i nieodrzuconych ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że wykazany w załączniku nr 4 obiekt budowlany to nie budynek przemysłowy, a kompleks budynków usługowych, handlowych, biurowych z częścią mieszkalną będący zgodnie z obowiązującą definicją zespołem budynków użyteczności

publicznej, co spełnia wymóg pkt. 5.c s.i.w.z. - doświadczenie w projektowaniu budynków użyteczności publicznej.

Odwołujący podał, iż w złożonej ofercie załączono stosowne zobowiązanie firmy Intertecno S.p.A. zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Posiadanie zobowiązania do oddania do dyspozycji jednej z firm wchodzących w skład konsorcjum zasobów w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia jest w świetle zapisów ustawy Pzp (art. 26 ust. 2b) równoważne z posiadaniem przez odwołującego referencji, które dołączono do zobowiązania. W świetle powyższych wyjaśnień jest oczywiste, że podane przez zamawiającego powody odrzucenia oferty konsorcjum WADECO są bezpodstawne i sprzeczne z ustawą - Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert z dnia 28 czerwca 2013 roku wskazał, iż oferta Nr 2 wykonawcy konsorcjum PUC WADECO sp. z o.o. oraz Projekt Management Intertecno sp. z o.o. (PMI) nie spełnia warunku zawartego w pkt 5 lit c i g s.i.w.z., a mianowicie przedstawia w załączniku nr 4 do złożonej oferty budynek będący budynkiem przemysłowym, a ponadto załączone referencje nie dotyczą żadnej z dwóch firm składających wspólną ofertę, a jedynie jednego ze współwłaścicieli firmy PMI sp. z o.o. spółki pod nazwą Intertecno SpA z Mediolanu, która jest osobnym i niezależnym od w/w wykonawców bytem prawnym.

Izba wskazuje, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 5 lit d podał, iż wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. (...).

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, że 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.

Celem wprowadzenia tego przepisu było ułatwienie wykonawcom uczestniczenia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w ten sposób, że nie za każdym razem konieczne byłoby zawiązywanie konsorcjów, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy posiadania odpowiedniego potencjału w celu realizacji zamówienia.

Odwołujący korzystając z dobrodziejstwa przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, postanowił wykazać spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia przez skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego.

W tym celu do oferty, na stronie 34 oferty załączył zobowiązanie z dnia 12 czerwca 2013 roku, z którego treści wynika, że działający w imieniu firmy Intertecno SpA z siedzibą w Mediolanie Pan P..... P..... V..... – Prezes Zarządu, zobowiązuje się do oddania do dyspozycji Project Menagement Intertecno sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zasobów

w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie udostępniający swoje zasoby wykonawca udostępnił również swoje referencje uzyskane w wyniku realizowanego zamówienia pod nazwą „Milanfiori 2000 – Partia E”. Treść referencji potwierdza należyte wykonanie wykazywanego zamówienia.

Powyższe koresponduje z wykazem wykonanych usług ze strony 33 oferty.

Z uwagi na okoliczność, iż zamawiający uwzględnił zarzut odwołującego, iż wskazywana usługa nie obejmowała budynku przemysłowego, Izba w tym zakresie pozostawiła zarzut bez rozpoznania.

Odnoszą się zaś do stanowiska zamawiającego, że referencje nie dotyczą żadnej z dwóch firm składających ofertę, Izba uznała powyższe stanowisko za prawidłowe. Jednakże okoliczność powyższa nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty odwołującego (wykluczenia z postępowania), gdyż istota korzystania z zasobów podmiotu trzeciego nie nakłada na wykonawców takiego obowiązku. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie nakłada również obowiązku, aby podmioty udostępniające swoje zasoby były od siebie zależne finansowo.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej czynność zamawiającego, odrzucającą ofertę odwołującego, należało uznać za niezasadną.

W ocenie Izby, podobnie jak w uzasadnieniu w sprawie KIO 1611/13, w przypadku wątpliwości zamawiający winien zastosować przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie ewentualnie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba podziela wcześniej prezentowany pogląd, jak i stanowisko w zakresie błędnej kwalifikacji oceny oferty i skutków jej odrzucenia (wadliwe zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Rekapitulując, Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty (wykluczenia) odwołującego w zakresie, w jakim uzasadnił to w informacji z dnia 28 czerwca 2013 roku.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: