

Sygn. akt: KIO 1659 /13

WYROK
z dnia 19 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2013 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: KARMAR S.A. i Elektro A-Z Sp. z o.o. oraz Instal - Lublin Sp. z o.o. al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Politechnika Warszawska Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa,

przy udziale wykonawcy - Budimex S.A. ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni odwołanie oraz nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowne badanie i ocenę ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Politechnika Warszawska Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: KARMAR S.A. i Elektro A-Z Sp. z o.o. oraz Instal - Lublin Sp. z o.o. al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa oraz

2.2. zasądza od Zamawiającego - Politechnika Warszawska, Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: KARMAR S.A. i Elektro A-Z Sp. z o.o. oraz Instal - Lublin Sp. z o.o. al. Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa, kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), 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 (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

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] w trybie przetargu nieograniczonego, a w systemie zaprojektuj i wybuduj, którego przedmiotem jest "Warszawska Przestrzeń Technologiczna - Centrum Zarządzania Innowacjami i Transferem Technologii Politechniki Warszawskiej." Zdaniem Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum KARMAR S.A. z Warszawy, ELEKTRO A-Z Sp. z o. o. z Warszawy oraz Instal - Lublin Sp. z o.o. z Lublina w tym postępowaniu Zamawiający – Politechnika Warszawska bezpodstawnie zaniechał wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu – Budimex S.A. z Warszawy, który to wykonawca nie potwierdził warunku udziału z pkt 9.2.1 (a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ] oraz nie przedłożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla ESTUDIO LAMELA Polska sp. z o.o., oraz dla ESTUDIO LAMELA S.L.P, z potencjału, których to podmiotów wykonawca Budimex będzie korzystał. Skutkiem tego w tym postępowaniu naruszono art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp z uwagi na wybór, jako najkorzystniejszej oferty Budimex S.A. Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności w zakresie oceny ofert, wykluczenie Budimex z postępowania o udzielenie zamówienia, oraz dokonanie ponownej oceny ofert. Stwierdził również, że Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia, a wybór oferty Budimex prowadzi do poniesienia przez Odwołującego szkody. Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, która przy prawidłowym zastosowaniu zasad oceny przewidzianych w SIWZ i wynikających z ustawy powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. Tym samym Odwołujący powinien uzyskać zamówienie. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i następnych ustawy. W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający w pkt 9.2.1 (a) SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązując wykonawców do wykazania, że wykonali: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej trzy dokumentacje projektowo - kosztorysowe, każda dla budynku użyteczności publicznej, wielokondygnacyjnego - co najmniej 5 kondygnacji nadziemnych i 1 podziemna, o powierzchni użytkowej, co najmniej 9 000 m², zaprojektowanego w zwartej zabudowie

miejskiej. W punkcie tym Zamawiający przytoczył definicję budynku użyteczności publicznej, jaka ma zastosowanie do wykazania się przez wykonawców spełnianiem warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, podając [w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury. zmieniającym rozporządzenie w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie], że budynek użyteczności publicznej - budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Natomiast (...) Zamawiający nie zdefiniował pojęcia „zwartej zabudowy miejskiej”, a żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie zawiera legalnej definicji tego terminu. Pojęcie to funkcjonuje powszechnie w miejscowych planach zagospodarowania przestrzennego (akt prawa miejscowego), które mogą definiować „zwartą zabudowę” w odniesieniu do obszaru, który obejmują. Koniecznym jest, więc posłużenie się wykładnią językowa w tym zakresie. Zgodnie z zasadami wykładni językowej terminom należy nadać takie znaczenie, jakie posiadają one na gruncie słownika danego języka. Otóż kluczowym słowem w analizowanym sformułowaniu jest wyraz "zwarty", który w języku polskim oznacza "złożony z osób, elementów, przedmiotów znajdujących się bardzo blisko siebie" lub "składający się z elementów bardzo dobrze pasujących do siebie". Użycie tego wyrazu w sformułowaniu „zwarła zabudowa miejska” oznacza, że zabudowa ta cechuje się bardzo bliskim położeniem budynków tworzących tę zabudowę, a wręcz dopasowaniem tych budynków do siebie w sensie przestrzennym, tworząc pierzeję z budynków przystających do siebie bezpośrednio ścianami bocznymi lub tylnymi (w szczególnych przypadkach tworząc tzw. zabudowę plombową) - tak: Uzasadnienie wyroku WSA w Krakowie z dnia 23 września 2011, sygn. II SA/Kr 1119/11. Należy, więc przyjąć, że zwarta zabudowa miejska oznacza, co najmniej bliskie sąsiedztwo innych budynków”. Zdaniem Odwołującego, żadna z pięciu referencji projektowych załączonych do oferty Budimex nie spełnia wymaganego warunku, a mianowicie: referencja dotycząca „Zintegrowanego Centrum Edukacji i Innowacji Wydziału Farmaceutycznego Akademii Medycznej we Wrocławiu przy ul. Borowskiej 213 (...)” – str 8-12 oferty oraz referencja dot. „Nowej siedziby Caja Badajoz” - str. 13-15 oferty - nie odnoszą się do budynku zaprojektowanego w zwartej zabudowie miejskiej. Ponadto druga z referencji zdaniem wykonawcy (...) nie spełnia wymogu wykonania dokumentacji projektowej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, albowiem przetarg na opracowanie projektu został rozstrzygnięty w wrześniu 2006 r. (str. 13 oferty, tłumaczenie na

str. 14 oferty), natomiast realizacja inwestycji odbywała się od lipca 2007 roku (str. 13 oferty, tłumaczenie na str. 15 oferty), co oznacza, że dokumentacja projektowa musiała być opracowana, co najmniej kilka miesięcy przed lipcem, 2007 r., aby umożliwić przeprowadzenie kolejnego przetargu na realizację inwestycji. Termin składania ofert był wyznaczony do dnia 3.06.2013 r. (pkt 22.1 SIWZ), więc oczywistym jest, że przedmiotowa referencja nie spełnia wymogu wykonania dokumentacji projektowej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Bezsprzecznie wskazuje na to także data dokonania tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego – 19 stycznia 2010 r. (str. 15 oferty)”. Odnośnie pozostałych referencji Odwołujący stwierdził, że referencja dot. budynku biurowego „Pegaso City” - str. 16-18 oferty oraz dot. „Nowej siedziby Banku Sohar w Muskacie” - str. 19-20 oferty – nie odnosi się także do budynku zaprojektowanego w zwartej zabudowie miejskiej. Wskazał również, że pierwsza z nich nie została jeszcze wykonana, a znajduje się dopiero w fazie przygotowywania projektu wykonawczego (tj. trzeciego listu referencyjnego). Realizacja tej dokumentacji nie jest jeszcze ukończona, a list referencyjny został wystawiony zaledwie na kilka dni przed upływem terminu składania ofert. W konsekwencji, przedmiotowa referencja choćby z tego powodu nie może być brana pod uwagę przez Zamawiającego, jako nie spełniająca warunków SIWZ. Wykonawca stwierdził również, że referencja (...) dot. budynków przy ul. Pańskiej w Warszawie - str. 21 oferty - nie odnosi się do budynku użyteczności publicznej. Jest to budynek mieszkalny z lokalami handlowo-usługowymi na parterze i pierwszym piętrze. Z tego względu przedmiotowa referencja nie spełnia warunków SIWZ i również nie powinna być brana pod uwagę. Wskazuje na to również sam wykonawca, który w swoim piśmie do Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2013 (ostatni akapit) kwestionuje tę referencję i bierze pod uwagę tylko te cztery powyższe referencje. W konsekwencji, żadna z referencji projektowych załączonych do oferty przez Budimex nie powinna być uwzględniona przez Zamawiającego, ponieważ żadna z nich nie spełnia warunków określonych przez niego w SIWZ w zakresie wykazania się przez wykonawcę posiadaniem odpowiedniej wiedzy i doświadczenia projektowego. W konkluzji Odwołujący wskazał, że (...) wszystkie przedstawione powyżej uchybienia stanowią istotne niezgodności z SIWZ, a skala i waga tych niezgodności w stosunku do przedmiotu zamówienia jest bardzo poważna: Budimex nie przedstawił żadnej referencji projektowej, która spełniałaby warunki SIWZ. Tymczasem, Zamawiający żądał wykazania zrealizowania, co najmniej trzech projektów. Przedmiot zamówienia obejmuje, bowiem wykonanie budynku w systemie zaprojektuj i wybuduj, a brak doświadczenia projektowego w istotny sposób wpływa na zdolność wykonawcy do realizacji tego zamówienia. Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 12.06.2013 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Budimex do złożenia brakujących oświadczeń i dokumentów. Między innymi wykonawca ten został wezwany do złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla

podmiotów, na których wiedzy i doświadczeniu polega, tj. ESTUDIO LAMELA S.L.P. oraz ESTUDIO LAMELA Polska sp. z o.o. W odpowiedzi (pismo z dn. 24.06.2013 r.) Budimex przedstawił informację z Krajowego Rejestru Karnego wystawioną dla ESTUDIO LAMELA Polska sp. z o.o. w formie dwóch dokumentów datowanych odpowiednio na 5 czerwca 2013 r. i 4 stycznia 2012 r. Wykonawca stwierdził, że (...) żaden z obu dokumentów nie spełnia warunków pkt 10.2 d) - g) SIWZ: aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego (...) wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, albowiem termin składania ofert był wyznaczony do dnia 3.06.2013 r. (pkt 22.1 SIWZ). Tym samym, w powyższym zakresie, Budimex nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Dalej podał, że (...) Z kolei, dla ESTUDIO LAMELA S.L.P. w tym samym piśmie z 24.06.2013 r. Budimex załączył oświadczenie złożone przed notariuszem, w którym nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy, tj. brak jest oświadczenia wspólnika, partnera lub członka zarządu o braku prawomocnego skazania za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 lub art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w związku z treścią art. 24 ust. 1 pkt 11) polskiej ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, Budimex nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania w zakresie określonym w pkt 10.2 e) SIWZ, a mianowicie nie przedłożył aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Pzp, [wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert]. W związku z powyższym, wiedza i doświadczenie (referencje) podmiotów ESTUDIO LAMELA S.L.P. oraz ESTUDIO LAMELA Polska sp. z o.o. nie powinny być brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie wykazania się przez Budimex posiadaniem wiedzy i doświadczenia. Z ostrożności, z uwagi na to, że w przetargu nieograniczonym dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu stanowią część oferty (są do niej załączone), Odwołujący zarzuca także naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, pomimo, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu i podlega odrzuceniu. Brak wykazania się przez wykonawcę posiadaniem odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, a także braku podstaw do wykluczenia z postępowania, powinien skutkować wykluczeniem Budimex z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniem przez Zamawiającego oferty Budimex, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty stanowią obowiązek a nie uprawnienie Zamawiającego.

Przystępujący Budimex S.A. z Warszawy [dalej: Przystępujący, albo Budimex] do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc w szczególności, że (...) Odwołujący nieprawidłowo interpretuje warunek doświadczenia w wykonaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej (pkt 9.2.1.a siwz) w zakresie dotyczącym wymogu zaprojektowania budynku w zwartej zabudowie miejskiej. Z żadnego postanowienia siwz nie wynika, że przez „zwartą zabudowę miejską” Zamawiający rozumiał budynki przylegające do siebie ścianami bocznymi lub tylnymi. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego. Przez pryzmat tego przepisu należy interpretować warunek doświadczenia”. Podał również, że (...) w pkt IV.7 Załącznika nr 2a do siwz - Program Funkcjonalno-Użytkowy Zamawiający wskazał, iż „Minima/na odległość od budynków sąsiednich wynosi 8m, od granicy niezabudowanych działek 4m, jeżeli odległość między zewnętrznymi ścianami budynków niebędącymi ścianami oddzielenia przeciwpożarowego ma na powierzchni większej niż 65% klasę odporności ogniowej(t) „. Również załączony do PFU rysunek 01„AR__00 Zagospodarowanie pokazuje, że projektowany budynek nie stanowi tzw. plomby w istniejącej zabudowie i nie ma przylegać ścianami do budynków sąsiadujących”. Tym samym jego zdaniem (...) Odwołujący nie udowodnił, iż budynki wskazane w wykazie doświadczenia projektowego Przystępującego, nie spełniają wymogu zwartej zabudowy miejskiej”. Przystępujący podkreślił, że (...) konsorcjum KARMAR dokonało jedynie własnej interpretacji, nieuprawnionej, sformułowania „zwarta zabudowa miejska”. Następnie stwierdziło autorytarnie, nie przedstawiając na potwierdzenie jakiegokolwiek dowodu, że budynki z wykazu usług projektowych Przystępującego nie przystają do przedstawionej interpretacji. Nie jest to jednak powodem do uznania braku spełniania warunków postawionych przez Zamawiającego”. W odniesieniu do referencji z poz. nr 2 Wykazu usług załącznik nr 3] - nowa siedziba Caja Badajos w Madrycie stwierdził, że (...) tłumacz popełnił oczywistą omyłkę pisarską pisząc, że data tłumaczenia to 19 stycznia 2010 r. Skoro zaświadczenie wydano 18 stycznia 2011 r., to tłumaczenie nie mogło być z dnia 19 stycznia, 2010 r., lecz musiało być z dnia 19 stycznia 2011 r. Wskazuje na to numer repertorium tłumacza: 15/2011”. Z kolei (...) z referencji załączonej dla poz. 4 Wykazu usług - Bank Sohar, nie można wywodzić, że dokumentacja nie została jeszcze wykonana. Wręcz przeciwnie, stwierdza ona, że „zamówienie zostało w całości zrealizowane w sposób całkowicie zadowalający dla Klienta”. Z kolei (...) odnośnie budynku przy ul. Pańskiej w Warszawie stwierdził, że (...) budynek ten odpowiada definicji budynku użyteczności publicznej z pkt 9.2.1 siwz. Zgodnie z przytoczoną definicją jest to budynek przeznaczony m.in. na potrzeby obsługi bankowej, handlu, gastronomii i usług, a budynek pełni przynajmniej niektóre z tych funkcji. Przystępujący zaprzecza, jakoby w swoim piśmie do

Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2013 r. sam zakwestionował pozycję 5 wykazu usług (referencja wystawiona firmie Studio Lamela Polska Sp. z o.o. przez Acciona Nieruchomości Sp. z o.o.), jest to interpretacja Odwołującego”. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie braku podstaw do wyk/uczenia (...) Przystępujący, dla odparcia zarzutów Odwołującego odnośnie dokumentów podmiotowych ESTUDIO LAMELA S.L.P. oraz ESTUDIO LAMELA Polska sp. z o.o. - w pełni popiera swoje stanowisko z pisma z dnia 24 czerwca 2013 r., wnosząc o uwzględnienie jego treści, jako argumentacji przystąpienia. Przystępujący podkreśla, że ani ESTUDIO LAMELA S.L.P. oraz ESTUDIO LAMELA Polska sp. z o.o. nie są podmiotami, które będą uczestniczyć w realizacji części zamówienia, a zatem Przystępujący nie był zobowiązany przedkładać dla nich dokumenty podmiotowe, zgodnie z wymogiem z pkt 10.2 lit. i) siwz”. Podkreślił, że (...) Zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy ze str. 70 oferty, udostępnienie wiedzy i doświadczenia przez ESTUDIO LAMELA S.L.P. oraz ESTUDIO LAMELA Polska sp. z o.o. będzie realizowane poprzez korzystanie z konsultacji i doradztwa ww. spółek w zakresie posiadanej przez nich wiedzy i doświadczenia”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uznaje zasadność podniesionego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Stwierdził, że (...) po przeanalizowaniu skutków wniesienia odwołania dokumentacji postępowania, w szczególności treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ofert wykonawców, jak również weryfikacji czynności podjętych w postępowaniu, uznał, iż wybór oferty najkorzystniejszej został dokonany przedwcześnie, z pominięciem koniecznych czynności, polegających na wyjaśnieniu treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. Tym samym aktualnie Zamawiający nie jest w stanie ustalić, czy wykonawcy - w tym wykonawca Budimex S.A. - należycie wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ustalenie tych faktów wymaga wszczęcia procedury wyjaśniającej”. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, z uwagi na zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy Budimex S.A., w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu [z uwagi na wyżej przedstawione argumenty], Zamawiający nie może go uwzględnić w sposób żądany przez Odwołującego. Ponownie podkreślił, że (...) Jak wskazano wyżej, aktualnie Zamawiający nie jest w stanie ustalić, czy Wykonawcy - w tym Wykonawca Budimex S.A. - należycie wykazali spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ustalenie tych faktów wymaga wszczęcia procedury wyjaśniającej”. W konkluzji stwierdził, że (...) Uwzględniając zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, Zamawiający dokona unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w

prowadzonym przez siebie postępowaniu. Następnie wykona czynności, do których jest uprawniony i zobowiązany w świetle art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a - o ile zajdzie taka konieczność - również art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk przedstawionych w toku rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba stwierdziła, że podlega ono oddaleniu w związku z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba, w odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia - w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest "Warszawska Przestrzeń Technologiczna - Centrum Zarządzania Innowacjami i Transferem Technologii Politechniki Warszawskiej" - art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp, w związku z oceną oferty uznanej za najkorzystniejszą wykonawcy Budimex S.A. [[dalej Przystępujący, albo wykonawca Budimex].

W pierwszej kolejności, Izba rozpoznała zarzut odnośnie nie potwierdzenia w ofercie przez wykonawcę Budimex warunku z pkt 10.2 specyfikacji i uznała, że zarzut ten nie podlega uwzględnieniu. Tak jak wynika z tego postanowienia, wymóg przedłożenia dokumentów takich jak dla wykonawcy, dotyczy tylko tego podmiotu, który w związku z art. 26 ust.2 b ustawy Pzp udostępnia wykonawcy swoje zasoby i który jednocześnie został zobowiązany do udziału w realizacji części zamówienia. W tym przypadku funkcja ESTUDIO LAMELA Polska sp. z o.o., oraz ESTUDIO LAMELA S.L.P miała być realizowana w drodze korzystania przez wykonawcę Budimex z konsultacji i doradztwa tych spółek [w zakresie posiadanej przez nich wiedzy i doświadczenia]. Ta okoliczność jest bezsporna, albowiem wprost wynika z załączonego do oferty oświadczenia [załącznik nr 7 do siwz - str 70 oferty], stanowiącego uzupełnienie do zobowiązań spółek złożonych na wymaganych formularzach [str 68 i 69 oferty]. Tym samym klauzule zawarte w wezwaniu z dnia 12 czerwca 2013 r. [o wykluczeniu wykonawcy z postępowania] nie mogłyby być w konsekwencji skutecznie zastosowane, tym bardziej, że zakres zobowiązania każdej ze spółek nie był przez Zamawiającego podważony. Odwołujący nie podnosi w odwołaniu zastrzeżeń, co do treści zobowiązań wskazanych spółek oraz do dodatkowego oświadczenia wykonawcy Budimex, rozstrzygającego o zakresie i sposobie uczestnictwa w realizacji tego zamówienia. Izba podkreśla, że – zgodnie z art. 192 ust.7 ustawy Pzp – może rozpatrywać tylko zarzuty podniesione w odwołaniu. Oczywiście nie oznacza to, że zamiarem Izby – w innych

okolicznościach faktycznych – byłoby kwestionowanie treści zobowiązań, złożonych w oparciu o wymagania specyfikacji i na wymaganym formularzu. W wyjaśnieniach z dnia 26 marca br, wykonawca Budimex, przede wszystkim potwierdził treść oferty i dodatkowo – nie będąc do tego zobowiązany - przedstawił dokumenty dla podmiotu trzeciego. Izba na marginesie zauważa, że nie wnosząc odwołania na czynność wezwania [we wskazanym zakresie], wykonawca ten był potencjalnie narażony na wykluczenie z postępowania, albowiem Zamawiający – nie uwzględniając dokumentu ze str 70 oferty - tak zinterpretował złożone w ofercie zobowiązania, że uznał za konieczne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Co prawda takie wykluczenie wykonawcy Budimex, wobec okoliczności faktycznych sprawy, musiałoby być uznane w konsekwencji za niezgodne z ustawą Pzp i w konsekwencji mogłoby mieć negatywny wpływ na wynik tego postępowania. Dalej Izba stwierdza, że tym samym, nie podlega uwzględnieniu przez Izbę, także argumentacja odnośnie braku możliwości powoływania się na usługi zamieszczone pod pozycją 2 do 4 Wykazu usług [załącznik nr 3], a zatem rozpoznanie przez Izbę kolejnego zarzutu, a mianowicie braku potwierdzenia warunku z pkt 9.2.1 (a) specyfikacji, nastąpiło w odniesieniu do 5 (pięciu) usług wymienionych w powołanym Wykazie.

Tak jak wynika z treści odwołania zarzut naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp dotyczy części warunku, a mianowicie użytego w postanowieniu wymagania (...) budynku użyteczności publicznej, wielokondygnacyjnego (...), zaprojektowanego w zwartej zabudowie miejskiej. Rozpoznając tak sformułowany warunek, Izba miała na uwadze wytyczne z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu ma związek z zasadą [kontrydiktoryjności](#), która obowiązuje w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i zgodnie z tą zasadą strony toczące spór mają obowiązek przedstawiać przed KIO dowody na prawdziwość swoich twierdzeń, a skład orzekający dokonuje ich oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów, oczywiście na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, co wynika z art. 190 ust.7 ustawy Pzp, przestrzegając jednocześnie zasad logicznego i uzasadnionego rozumowania. Tak jak wskazano w odwołaniu, pojęcie „budynek użyteczności publicznej” zostało zdefiniowane w specyfikacji, albowiem Zamawiający przytoczył definicję dla tego budynku, [jaka ma zastosowanie dla potwierdzenia warunku z pkt 9.2.1 lit. a) specyfikacji], wskazując na przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury, zmienionego rozporządzeniem w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Zgodnie z tą definicją budynek użyteczności publicznej, to budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej,

obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji oraz - w myśl tego rozporządzenia - za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny. Nie zdefiniowano natomiast pojęcia „zwartej zabudowy miejskiej” i żaden przepis prawa powszechnie obowiązującego nie zawiera – zdaniem Izby - legalnej definicji tego terminu. W ocenie Izby, odnośnie spornej kwestii związanej z obiektem przy ul. Pańskiej, zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący wykonawca nie przedłożyli dowodu na potwierdzenie, że ta inwestycja, to obiekt o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu wskazanego rozporządzenia. Obiekt przy ulicy Pańskiej w Warszawie nie może być zakwalifikowany do tej kategorii, albowiem - tak jak wynika z powszechnie dostępnych opisów, które Izba, jako dowód - fakt powszechnie znany - dopuściła z urzędu - obiekt ten to kompleks dwóch nowoczesnych budynków, w którym znajdują się przede wszystkim komfortowe apartamenty i tylko w parterze tych budynków znajdują się powierzchnie handlowe, a na pierwszym piętrze przestrzeń biurowa. Podkreśla się, co prawda, że te apartamenty mogą być użytkowane, jako lokale mieszkalne, albo aranżowane na potrzeby biura (od 43 do 157 m²), jednakże aktualnie ich zasadnicza funkcja, to funkcja mieszkalna i ta kategoria budynków jest odrębnie kwalifikowana, chociażby na gruncie wskazanego rozporządzenia Ministra Infrastruktury. Odnośnie drugiej kwestii, dotyczącej „zwartej zabudowy miejskiej” Izba, w pierwszej kolejności stwierdza, że to pojęcie nie może być utożsamiane bezpośrednio z przedmiotem zamówienia i jego lokalizacją. Takie rozumienie warunku w spornej części, jak wymaga Odwołujący, powodowałoby de facto brak możliwości dla potencjalnego wykonawcy do sprostania takiemu wymaganiu i w konsekwencji prowadziłoby do naruszenia art. 22 ust.4 oraz art. 25 ust.1 ustawy Pzp. Pierwszy z przepisów odnosi się do warunków stawianych potencjalnemu wykonawcy, który zamierza ubiegać się o dane zamówienie. Takie wymaganie, jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, oraz sposób jego oceny powinny być związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne. Zatem, w przypadku nieostrych, jednakże niekwestionowanych postanowień specyfikacji, Zamawiający może interpretować, konkretyzując warunek w danej sprawie, jednakże tylko z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i to w szerszym nieco aspekcie niż sam przedmiot. Inna konkretyzacja, [np. wymaganie tożsamości zamówienia], – co do zasady – jest niedopuszczalna, albowiem w konsekwencji powodowałaby niedozwolone ograniczenie dostępu dla przedsiębiorców, [o ile nie byłoby obiektywnego uzasadnienia dla zastosowania takiego ograniczenia]. A zatem, przedmiot zamówienia należy w tym wypadku interpretować, jako przyszłe zobowiązanie wykonawcy i możliwe jest powiązanie warunków ze sposobem spełnienia świadczenia, czy szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, jak również

skalą, [zakresem zamówienia], o ile takie elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Jednakże nie można wymagać tożsamości usługi z zamówieniem, którego dotyczy postępowanie. Na marginesie Izba zauważa, że wskazany nakaz zachowania warunków w sposób powiązany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, nawet tych zdolnych do jego realizacji w należyty sposób. Przede wszystkim przepisy ustawy Pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia usług [dostaw czy robót budowlanych] spośród oferowanych przez wszystkie podmioty na rynku, które mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w usługach [w dostawach lub robotach budowlanych], odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia". Tym samym, w niniejszej sprawie, sporne pojęcie „zwartej zabudowy miejskiej” może być interpretowane w powiązaniu z przedmiotem zamówienia w sposób wskazany powyżej. I tak, dla zdefiniowania pojęcia miasta [zabudowa miejska] może posłużyć chociażby ustawa z dnia 29 sierpnia 2003 r. o urzędowych nazwach miejscowości i obiektów fizjograficznych (Dz. U. nr 166, poz. 1612 ze zm.). Ustawa ta w art. 2 pkt 3 stanowi, że miasto to jednostka osadnicza o przewadze zwartej zabudowy i funkcjach nierolniczych, posiadająca prawa miejskie bądź status miasta nadany w trybie określonym odrębnymi przepisami. Na marginesie, Izba zauważa, że również ta ustawa nie definiuje użytego pojęcia „zwartej zabudowy”. A zatem, kierując się zasadami wykładni językowej, Izba uznała, że termin „zwarty”, dla niniejszej sprawy, oznacza zabudowę obiektami budowlanymi charakterystycznymi dla zabudowy miejskiej, w obiektywnie bliskim sąsiedztwie, tworząc – w sensie przestrzennym – pierzeję z budynków. W tym przypadku Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że dla tych obiektów wymagana jest ciasna zabudowa, czy też konieczne jest, aby takie budynki przystawały do siebie bocznymi lub tylnymi ścianami. Wystarczającym będzie wykazanie w miarę obiektywnie skondensowanej zabudowy [nie zabudowy luźnej] - na danym terenie. Izba stwierdza również, że dla tego warunku wymagana jest istniejąca zabudowa, a nie jakaś hipotetyczna, jak podnosił Zamawiający. W tym miejscu Izba zauważa, że zwarta zabudowa zdecydowanie utrudnia prowadzenia prac budowlanych, a te trudności są o tyle większe, jeśli dodatkowo w trakcie prac budowlanych, wykonawca napotyka na pozostałości wcześniej istniejących budynków na terenie naszej inwestycji. Jednocześnie Izba stwierdza, że bliskie sąsiedztwo parku, rzeki, czy autostrady lub lotniska nie powinno, a priori dyskwalifikować takiej usługi, jako niespełniającej wymaganego [spornego] warunku. Dalej Izba podnosi, że zgromadzony materiał dowodowy – przede wszystkim dokumentacja z prowadzonego postępowania, w tym protokół - nie potwierdza, że takie analizy w odniesieniu do Wykazu usług załączonych do oferty przez wykonawcę Budimex, były prowadzone. Jednakże na tym etapie nie można uznać, że ten wykonawca, z uwagi na niezweryfikowaną należyćie treść

Wykazu, podlega bezwzględnemu wykluczeniu z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym podnoszony zarzut nie podlega uwzględnieniu. Tak jak ustaliła Izba, wezwania dotychczas kierowane do tego wykonawcy w trybie art. 26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp, dotyczyły innych aspektów i tym samym ta oferta w dalszym ciągu podlega badaniu i wyjaśnieniu w zakresie, co, do którego procedura uzupełniania [wyjaśniania] nie była prowadzona. Jednocześnie Izba stwierdza, że - w tych okolicznościach faktycznych – podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp. Co prawda, w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przyznał jego zasadność, jednakże częściowe uwzględnienie odwołania, w sytuacji, gdy Odwołujący w toku rozprawy, przyjmując do akceptacji stanowisko Zamawiającego, nie złożył oświadczenia o jego cofnięciu, nie może być wiążące dla Izby i skutkować oddaleniem tego zarzutu. Oczywiście Izba, uwzględniając odwołanie w tym zakresie oraz nakazując ponowne badanie i ocenę ofert nie może rozstrzygać o procedurze regulowanej art. 26 ust.3 u ust.4 ustawy Pzp, albowiem odwołanie nie dotyczyło braku zastosowania takiej procedury. Jak wskazano, bowiem, w odwołaniu podniesiono wyłącznie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5) ustawy Pzp. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie, przepis art. 180 ust 3 ustawy wymaga, aby w odwołaniu wyraźnie wskazana została czynność [zaniechanie] zamawiającego, która zdaniem odwołującego narusza przepis prawa i określony został sposób jego naruszenia [po upływie terminu na wniesienie odwołania nie jest dopuszczalne zarówno formułowanie, jak i doprecyzowywanie treści zarzutów z zamiarem ich modyfikowania]. W konkluzji Izba stwierdza, że orzekając skład orzekający również musi uwzględniać dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie, z którą Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Tak jak stwierdziła Izba w odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp, z uwagi na nieprawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimex i tym samym Izba - w tych okolicznościach faktycznych – Izba może nakazać unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert. Izba jednocześnie zwraca uwagę, że przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie zabraniają zamawiającemu dokonywania czynności, np. żądania wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów, po wniesieniu odwołania, a nawet po jego rozstrzygnięciu przez Izbę, w tym również w kierunku wnioskowanym przez odwołującego. Izba również zauważa, że nawet w przypadku braku możliwości prawnych rozpoznawania przez KIO zarzutów [z odwołania, czy podnoszonych w toku rozprawy] zamawiający, aż do zawarcia umowy może, a nawet jest zobowiązany powtórzyć [naprawić] czynność podjętą z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych, z zastosowaniem procedur określonych ustawą Pzp. W przeciwnym wypadku, inne zachowanie może skutkować nieważnością zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego [art. 146 ust.6 ustawy

Pzp], szczególnie w przypadku, gdy taka czynność wadliwa [bądź zaniechanie czynności] miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych, a także 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), ze szczególnym uwzględnieniem § 3 pkt 2 tego rozporządzenia. Zgodnie ze wskazanym przepisem, Izba o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego, orzeka wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Przedłożenie, zatem tylko w odwołaniu żądania – pisemnego wniosku - nie spełnia tego wymagania. Również odwoływanie się do norm przepisanych w postępowaniu odwoławczym przed Izba nie jest skuteczne, albowiem Izba o zwrocie kosztów w postępowaniu odwoławczym orzeka tylko według reguł i w wysokości określonej przepisami rozporządzenia. Tym samym Izba nie uwzględniła wnioskowanego przez Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

.....