

Sygn. akt: KIO 1774/10

**WYROK**  
**z dnia 31 sierpnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **BUD – INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 76D lok. 111, 02-055 Warszawa** w dniu 19 lipca 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum Wykonawców: ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider) oraz Ukrstalkonstrukcja O. S. A. (partner), Ukraina z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, jak również nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice i nakazuje:**

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości

**15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **BUD – INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 76D lok. 111, 02-055 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18.599 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice** na rzecz **BUD – INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 76D lok. 111, 02-055 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 31 sierpnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1774/10**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn.: „Budowa siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach”, zostało wszczęte przez Miasto Katowice ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 62-092170 w dniu 30.03.2010 r.

W dniu 11.08.2010 r. faxem Zamawiający poinformował zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum ECM. Poinformował także o wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty BUD – INVENT Sp. z o.o., ul. Filtrowa 76D lok. 111, 02-055 Warszawa zwanego dalej: „BUD – INVENT Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 19.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust.1 Pzp, BUD – INVENT Sp. z o.o. wniosła odwołanie na: czynność badania i oceny ofert, wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy wybranego. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.08.2010 r. (faxem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wnioskował o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) Odstąpienia od czynności wykluczenia nas z postępowania;
- 3) Dokonania czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy wybranego;
- 4) Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 5) Dokonania wyboru złożonej przez nas oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu, postawił wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali lub wykonują:

- usługę Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji kubaturowej o wartości co najmniej 200 mln zł oraz
- usługę Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji o charakterze sali koncertowej o wartości co najmniej 200 mln zł oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że

usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Z kolei, w uzasadnieniu wykluczenia z postępowania, Zamawiający podniósł, że /rzekomo/ nie spełniamy wzmiankowanego warunku, przy czym powołał się na pismo Prezydenta Miasta Gorzów Wielkopolski z dnia 28.07.2010 r., które otrzymał w dniu 30.07.2010 r., z którego wynikało, że:

- 1) Wartość inwestycji o nazwie „*Budowa Centrum Edukacji Artystycznej - Filharmonia Gorzowska*” wynosi 140 122 345 zł i może nieznacznie wzrosnąć o ewentualne roboty dodatkowe;
- 2) Zadanie wymienione w pkt. 1) stanowi I etap inwestycji pod nazwą „*Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp.*”, w ramach której będą realizowane w II etapie zadania powiązane z Filharmonią Gorzowską:
  - budowa Szkół Artystycznych o szacunkowej wartości 40 000 000,00 zł
  - budowa pasażu wejściowego do Filharmonii Gorzowskiej 25 000 000,00 zł;
- 3) Zakładana całkowita wartość inwestycji „*Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp.*” wynosi około 205 000 000,00 zł.

Należy zatem zauważyć, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, z wzmiankowanego pisma wynika, że wartość obsługiwanej inwestycji („*Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp.*”) przekracza 200 mln zł, a jednocześnie, iż aktualnie realizowane jest jedynie jedno zadanie („*Budowa Centrum Edukacji Artystycznej - Filharmonia Gorzowska*”) składające się na całość inwestycji. Z kolei fakt, iż zawarta z nami umowa dotyczy tylko wzmiankowanego zadania (I etap całej inwestycji) nie ma znaczenia w świetle treści postawionego wymogu, gdyż zgodnie z jego brzmieniem, usługa winna być wykonana lub wykonywana „*podczas realizacji inwestycji*”, nie jest natomiast konieczne, aby dotyczyła całości prac niezbędnych do zrealizowania inwestycji.

Na gruncie reguł znaczeniowych języka polskiego (por. Słownik Języka Polskiego dostępny na stronie internetowej [www.pwn.pl](http://www.pwn.pl)), słowo „*inwestycja*” oznacza (m. in.) „*przeznaczenie środków finansowych na powiększenie lub odtworzenie zasobów majątkowych*”, czy też „*przedmiot będący efektem inwestowania*”. Zatem słowo to nie jest tożsame z pojęciem „*zadanie*”. W praktyce, w zakresie robót budowlanych, występują zarówno inwestycje jednozadaniowe, jak i inwestycje wielozadaniowe. Jako przykład inwestycji wielozadaniowej może służyć budowa szkoły z basenami kąpielowymi - pierwszym zadaniem będzie wówczas budowa części dydaktycznej, a następnym obiekty sportowe. W przedmiotowym przypadku, w treści warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający nie określił czy chodzi o inwestycję wielozadaniową czy jednozadaniową, co musi prowadzić do wniosku, iż kwestia ta nie ma znaczenia. Zagadnienie relacji pomiędzy zadaniem, a inwestycją jako całością w kontekście reguł systemu zamówień publicznych, zostało poruszone w opinii prawnej UZP: „*Zamówienia publiczne na roboty budowlane*

realizowane w ramach jednego projektu infrastrukturalnego, a zakaz dzielenia zamówienia na części w prawie krajowym i unijnym", opublikowanej na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl), zgodnie z którą (m. in.), co do zasady dopuszczalne jest udzielanie zamówień publicznych oddzielnie dla każdego obiektu budowlanego (Zakres opinii nie dotyczy co prawda wszystkich rodzajów inwestycji, jednakże jej treść potwierdza istnienie inwestycji wielozadaniowych).

Jak wynika z poglądów prezentowanych w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z 7.09.2005 r., sygn. akt: VI Ca 527/05), szczegółowe określenie warunków udziału w postępowaniu jest obowiązkiem Zamawiającego, jako podmiotu znającego specyfikę zamówienia. W przedmiotowym przypadku, Zamawiający, określił treść warunków w określony, taki a nie inny sposób, zatem próba ich interpretacji poprzez wprowadzenie elementów nie ujętych w ich literalnym brzmieniu (wymóg, aby usługa dotyczyła całości inwestycji) nie znajduje uzasadnienia, gdyż de facto skutkuje przyjęciem za podstawę badania i oceny ofert, wymogów o innej treści, aniżeli ta jaka została ustalona w ogłoszeniu o zamówieniu.

Ponadto, zgodnie z poglądami prezentowanymi w orzecznictwie:

- a) postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są wiążące zarówno dla Wykonawców, jak i dla Zamawiającego i mogą być interpretowane wyłącznie w sposób literalny, tj. zgodny z regułami znaczeniowymi języka polskiego (por. wyrok KIO z dnia 16.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1412/08);
- b) warunki udziału w postępowaniu, które nie były przedmiotem skutecznych protestów, obowiązują wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu ze szczegółowością ustaloną przez Zamawiającego, (por. wyrok ZA z dnia 1.07.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1574/05);
- c) wątpliwości dotyczące zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu powinny być - z zachowaniem przepisów prawa - rozstrzygane na korzyść wykonawcy (por. wyrok ZA z 16.02.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-243/05).

Dla oceny prawidłowości działań Zamawiającego szczególnie istotna jest treść wyroku KIO z dnia 25.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1156/10. Powołany Wyrok również dotyczył postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Miasto Katowice. Zamawiający wymagał w SIWZ, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali lub wykonują:

- usługę Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji kubaturowej o wartości co najmniej 200 mln zł oraz
- usługę Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji o charakterze Międzynarodowego

Centrum Kongresowego lub Konferencyjnego wartości co najmniej 200 mln zł.

Konstrukcja warunku udziału w postępowaniu była zatem taka sama, jak w przedmiotowym postępowaniu, jedynie w drugiej części warunku wskazano na inwestycję o innym charakterze. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu, stwierdziła, że niezasadne jest stanowisko Odwołującego co do niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, z uwagi na niezakończenie prac nad jednym z projektów ujętych w wykazie załączonym do oferty, gdyż Zamawiający wprost w treści warunku udziału dopuścił, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się usługami wykonanymi, tj. zakończonymi bądź usługami wykonywanymi tj. będącymi w trakcie realizacji. Jednocześnie, co niemniej ważne, Izba stwierdziła również, że Przystępujący w trakcie rozprawy wyjaśnił, że inwestycja była i jest realizowana w kilku etapach, w termin jaki został podany w Wykazie, dotyczy zakończenia jednego z etapów prac. Zatem, w analogicznym do przedmiotowego, przypadku (usługa dotycząca będącej w trakcie realizacji inwestycji realizowanej w częściach), zostało uznane, że nie ma podstaw do wykluczenia z postępowania. Reasumując, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawców którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże w przedmiotowym postępowaniu, w stosunku do nas przesłanki te nie zostały spełnione.

Zamawiający, jako jeden z warunków udziału w postępowaniu, postawił wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali lub wykonują:

- usługę Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji kubaturowej o wartości co najmniej 200 mln zł oraz
- usługę Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji o charakterze sali koncertowej o wartości co najmniej 200 mln zł

oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawcy występujący wspólnie, tj. Konsorcjum ECM z złożonym Wykazie wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług, wskazali realizację dwóch usług, w tym usługę polegającą na Pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC podczas realizacji inwestycji pn. *„Budowa i przebudowa Akademickiego Obwodowego Ukraińskiego Muzyczno - Dramatycznego Teatru im. W. Magara w mieście Zaporozże”* (Termin wykonania robót: grudzień 2003 r. - grudzień 2007 r.). Jako dokument potwierdzający że usługa ta została wykonana należycie złożono pismo Dnieprowskiej Rejonowej Rady Miejskiej Komitetu Wykonawczego M. Chersoń z 26 kwietnia

2010 r., Nr 2-16/559-2.

Jednakże, jak wynika z posiadanych przez nas informacji i dokumentów, w latach 1965-1972 w teatrze były prowadzone kosmetyczne remonty, natomiast bardziej intensywne prace w zakresie odbudowy rozpoczęły się w 1998 r., a 8 maja 2000 r. teatr został otwarty dla publiczności. Okres czasu pomiędzy dniem 8 maja 2000 r., a upływem terminu składania ofert jest niewątpliwie dłuższy, aniżeli 3 lata, a zatem przedmiotowej usługi nie można zaliczyć na poczet wymaganego doświadczenia, a jednocześnie należy przyjąć, że informacje dotyczące terminu wykonania usługi podane w Wykazie wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług nie odpowiadają prawdzie.

Niezależnie od powyższego, trzeba zauważyć, iż we wchodzącym w skład złożonej oferty, Wykazie wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług, w odniesieniu do usługi dotyczącej inwestycji pn. *„Budowa i przebudowa Akademickiego Obwodowego Ukraińskiego Muzyczno - Dramatycznego Teatru im. W. Magara w mieście Zaporazhe”*, jako całkowitą wartość robót budowlanych podano kwotę 102 000 000,00 USD (słownie: sto dwa miliony dolarów), która jest kwotą nierealną, biorąc pod uwagę charakterystykę inwestycji oraz poziom rozwoju gospodarczego Ukrainy. Jednakże, pomimo tego Zamawiający nie podjął żadnych działań zmierzających do weryfikacji prawdziwości podanej kwoty, w tym:

- nie wezwał do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp;
- nie podjął próby weryfikacji podanej kwoty w oparciu o informacje i materiały powszechnie dostępne oraz możliwe do uzyskania.

Należy przy tym zauważyć, iż: po pierwsze - tryb wyjaśniania, przewidziany w art. 26 ust. 4 Pzp, jest trybem obligatoryjnym, który Zamawiający winien uruchomić z urzędu, w przypadku pojawienia się wątpliwości (m. in.), co do spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. Babiarz S., Czarnik Z., Janda P, Pełczyński P.: *Prawo zamówień publicznych. Komentarz.*, W-wa 2010, s. 217); po drugie - biorąc pod uwagę, potencjalną nieprawdziwość podanej wartości robót budowlanych, Zamawiający, tak czy inaczej winien dokonać jej weryfikacji (por. wyrok ZA z 2.08.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-1937/05 oraz wyrok ZA z 19.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-724/05). Skoro jednak, w przedmiotowym przypadku, Zamawiający nie podjął żadnych działań weryfikujących, to winien dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, która, z uwagi na istniejące wątpliwości, nie mogła doprowadzić do przyjęcia, iż warunki te zostały spełnione. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawców którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Z kolei, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia, wykonawców którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednakże w przedmiotowym postępowaniu, w stosunku do nas przesłanki te nie zostały

spełnione.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że niniejsze odwołanie nie dotyczy czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1154/10, gdyż: po pierwsze - sentencja wzmiankowanego Wyroku obejmowała jedynie uwzględnienie odwołania i nakaz unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a także obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania (nie został w żaden sposób przesądzony wynik powtórnego badania i oceny); po drugie - stan faktyczny leżący u podstawy odwołania jest odmienny, aniżeli stan faktyczny podlegający ocenie Krajowej Izby Odwoławczej we wzmiankowanym Wyroku (w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów złożyliśmy powtórnie Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług, w którym dodatkowo wykazaliśmy usługę polegającą na Pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu dla projektu „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wielkopolskim - Filharmonii Gorzowska”). Jednocześnie, w treści niniejszego odwołania powołujemy się inne okoliczności, aniżeli te, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą we wzmiankowanym Wyroku, tj. na okoliczności dotyczące projektu „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wielkopolskim - Filharmonii Gorzowska” oraz okoliczności dotyczące treści dokumentów wchodzących w skład oferty złożonej przez Konsorcjum ECM.

Warto zauważyć, iż w przedmiotowym przypadku:

- 1) Uzupełnienie dokumentów miało miejsce już po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą poprzedniego orzeczenia dotyczącego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zaś zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie (por. postanowienie KIO z dnia 16.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1110/10) odwołanie podlega odrzuceniu w przypadku gdy w uzasadnieniu wcześniejszego Wyroku, Izba ustaliła i zważyła, że odwołujący nie spełniał danego warunku udziału w postępowaniu i był już wzywany do uzupełnienia dokumentów, w odniesieniu do tego warunku.
- 2) We wzmiankowanym już wyroku KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1154/10, ani w sentencji, ani w uzasadnieniu nie został przesądzony przebieg i wynik powtarzanej czynności badania i oceny ofert, zaś zgodnie z poglądem, który wynika z orzecznictwa (por. postanowienie KIO z dnia 10.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1022/10), odwołanie podlega odrzuceniu jeżeli czynność (jej przebieg) była zgodna w wcześniejszym wyrokiem Izby, np. gdy Izba uznała za konieczne poprawienie w danej ofercie błędów zamiast jej odrzucenia, a odwołanie zostało wniesione na zaniechanie czynności odrzucenia.



Wadliwość czynności badania i oceny ofert, skutkująca bezpodstawnym wykluczeniem nas z postępowania oraz bezpodstawnym zaniechaniem wykluczenia Konsorcjum ECM pociąga za sobą wadliwość czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W przypadku bowiem prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, nie zostalibyśmy wykluczeni z postępowania, a jednocześnie z postępowania zostaliby wykluczeni wzmiankowani Wykonawcy występujący wspólnie. Zatem nie ulega wątpliwości, iż powtórzona musi być również czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, polegało, w szczególności na bezpodstawnym wykluczeniu nas z postępowania, a także na bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia z postępowania Wykonawców występujących wspólnie, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich wykonawców. Nasz interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku polegającego na tym, iż w przypadku nie wykluczenia nas z postępowania, złożona przez nas oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, w konsekwencji czego zamówienie publiczne, o którego dotyczy przedmiotowe postępowanie, zostałyby nam udzielone.

Zamawiający w dniu 20.08.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Wykonawców: ECM Group Polska Sp. z o.o. (lider) oraz Ukrstalkonstrukcja O. S. A. (partner), Ukraina z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum ECM” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zarzuty w części dotyczącej oferty Przystępującego są spóźnione, gdyż Odwołujący mógł je podnieść po pierwszym wyborze najkorzystniejszej oferty, o którym Zamawiający zawiadomił wykonawców w dniu 31.05.2010 r., a zatem w tym zakresie termin na złożenie odwołania upłynął w dniu 10.06.2010 r. Ponieważ zaś nie istnieje konstrukcja częściowego odrzucenia odwołania, zarzuty dotyczące oferty Przystępującego, jako spóźnione, nie powinny być rozpatrywane.

W dniu 26.08.2010 r. (wpływ do Prezesa KIO) Miasto Katowice ul. Młyńska 4, 40-098 Katowice zwane dalej: „Zamawiającym” wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania.

W dniu 27.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum ECM złożyło uzasadnienie przystąpienia z dnia 23.08.2010 r. Kopia niniejszego pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 27.08.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Odwołujący wniósł na piśmie stanowisko względem odpowiedzi na odwołanie oraz przystąpienia. Kopia niniejszego pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Przystępującemu. W tym ostatnim wypadku na rozprawie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 11.08.2010 r., odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, odpowiedzią na odwołanie, uzasadnieniem przystąpienia z dnia 23.08.2010 r. wraz z załącznikami, stanowiskiem Zamawiającego z dnia 27.08.2010 r. wraz z załącznikami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu w pierwszej kolejności potwierdzenia się zarzutów odnośnie niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona w konsekwencji wykluczenia z udziału w postępowaniu i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy cenowo charakter.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez

Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, oferty Odwołującego oraz Przystępującego, wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia oferty, uzupełnienia oferty z dnia 13.07.2010 r. wraz z załącznikami, wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. wyjaśnień z dnia 21.07. 2010 r., pisma Zamawiającego do Prezydenta m. Gorzowa Wlkp. z dnia 26.07.2010 r., odpowiedzi Prezydenta m. Gorzowa Wlkp. z dnia 28.07.2010 r., zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 11.08.2010 r., odwołania, przystąpienia do odwołania, odpowiedzi na odwołanie, uzasadnienia przystąpienia z dnia 23.08.2010 r. wraz z załącznikami, jak i stanowiska Zamawiającego z dnia 27.08.2010 r. wraz z załącznikami. Ponadto, dopuścił jako dowody złożoną na rozprawie przez Zamawiającego: 1) korespondencje, tzn. pismo z dnia 19.09.2006 r. skierowane do Biura Projektów Budownictwa Ogólnego BUDOPOL SA (przesłane do wiadomości Odwołującego) dotyczące roboczej, poprawionej koncepcji Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie, jak również odpowiedź wskazanego biura z dnia 20.09.2006 r.; 2) wieloletni plan inwestycji 2011 – 2013 miasta Gorzowa Wlkp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w cz. III pkt 14 ppkt 2 SIWZ oraz w cz. IV pkt 17 ppkt 3 lit. a SIWZ określił postanowienia dotyczące warunku wymaganego doświadczenia oraz opis sposobu dokonania oceny jego spełniania. Odwołujący w wyniku wykonania wyroku KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1154/10 został wezwany w dniu 09.07.2010 r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp do złożenia stosownego wykazu zamówień wraz z referencjami. Niniejszy wykaz wraz z pismem przewodnim oraz referencjami został przekazany Zamawiającemu w dniu 14.07.2010 r. (uzupełnienia oferty z dnia 13.07.2010 r.). Wykaz zawierał cztery pozycje. W poz. 4 Odwołujący wykazał – „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla projektu: „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp. – Filharmonia Gorzowska”. Inwestycja o charakterze Sali koncertowej. Całkowita wartość (brutto): 205.000.000,00 PLN. Termin wykonania: od 04.2009 r. do chwili obecnej. Gorzów Wlkp., Urząd Miasta Gorzów Wlkp. Stosowna referencja została podpisana przez Z-cę Prezydenta m. Gorzów Wlkp. (referencja z dnia 26.04.2010 r.), o treści: „(...) *Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp. – Filharmonia Gorzowska (...). Przewiduje się rozszerzenie zadania w następujących etapach o budowę szkoły artystycznej i pasażu wejściowego. Według szacunków wartość*

wszystkich robót wynosi około 205.000.000,00 złotych brutto". W dniu 19.07.2010 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał do wyjaśnienia odnośnie wskazanej poz. 4 oraz referencji w kontekście wykazywanej wartości oraz zakresu inwestycji. W wyjaśnieniach z dnia 21.07.2010 r. Odwołujący wyjaśnił, że w ramach projektu: „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp. – Filharmonia Gorzowska” zawarł dotychczas cztery umowy, w tym dwie dotyczące strictly I etapu. Poinformował też, że będzie ubiegał się o realizację zadań w ramach kolejnych etapów. Przedstawił także swoje stanowisko co do rozumienia postanowień SIWZ dotyczących postawionego przez Zamawiającego warunku wymaganego doświadczenia. W dniu 26.07.2010 r. Zamawiający wystosowała pisma do Prezydenta m. Gorzowa Wlkp. Prosząc o podanie całkowitej wartości inwestycji „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp. – Filharmonia Gorzowska” na dzień 07.05.2010 r. W odpowiedzi Prezydenta m. Gorzowa Wlkp. z dnia 28.07.2010 r. wskazano, że na dzień 7.05.2010 r. - wartość inwestycji o nazwie „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej – Filharmonia Gorzowska” wynosi 140 122 345 zł i może nieznacznie wzrosnąć o ewentualne roboty dodatkowe. Zadanie to stanowi I etap inwestycji pod nazwą „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp.”, w ramach której będą realizowane w II etapie zadania powiązane z Filharmonią Gorzowską: a) budowa Szkół Artystycznych o szacunkowej wartości 40 000 000,00 zł; b) budowa pasażu wejściowego do Filharmonii Gorzowskiej 25 000 000,00 zł. Zakładana całkowita wartość inwestycji „Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp.” wynosi około 205 000 000,00 zł. W dniu 11.08.2010 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji także odrzucenie jego oferty, z uwagi na nie spełnianie warunku wymaganego doświadczenia, zgodnie z opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunku zawartym w cz. III pkt 14 ppkt 2 SIWZ w zw. z cz. IV pkt 17 ppkt 3 lit. a SIWZ, Izba uznała za zasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Zamawiający sformułował w SIWZ, że Wykonawcy mogą ubiegać się o udzielnie zamówienia jeśli spełniają poniższe warunki, tj. m.in. posiadają wiedzę i doświadczenie, tj. wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie wykonali lub wykonują usługę Inżyniera Kontraktu podczas realizacji inwestycji o charakterze sali koncertowej o wartości co najmniej 200 mln. zł. Wymaga na potwierdzenie powyższego, przedłożenia wykazu wykonanych (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywanych) usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy

i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykaz należy sporządzić według wzoru stanowiącego załącznik do specyfikacji.

Po drugie, należy wskazać za orzecznictwem, że: *„Inżynier kontaktu podobnie jak zastępca inwestycyjny to „osoba inna niż zamawiający, sprawująca na mocy pełnomocnictwa, udzielonego tej osobie przez Zamawiającego całość lub część czynności Inwestora. Inwestor zastępczy działa w procesie budowlanym w imieniu inwestora bezpośredniego, a więc strony zamawiającej określone roboty budowlane (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 września 1988 r., III AZP 13/88, OSNCP 1989 nr 11, poz. 184). Funkcją inwestora zastępczego, działającego jako podmiot wyspecjalizowany, jest wyręczenie inwestora bezpośredniego przy realizacji i nadzorowaniu przebiegu robót budowlanych (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 1998 r., II CKN 835/97, OSNC 1998, nr 12Z, poz. 225).”* Powyższe za wyrokiem KIO z dnia 25.06.2010 r., sygn. akt: KIO 1156/10.

Po trzecie, sformułowanie: *„podczas realizacji inwestycji”*, oznacza, że Zamawiający nie wymagał, aby: *„Z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wynika także, że usługę należało wykonywać przez cały czas trwania inwestycji, natomiast nawet jeśli pomiędzy I etapem i dokończeniem budowy usługę wykonywał inny wykonawca, nie zmieniło to wartości samej inwestycji, a Zamawiający nie wymagał podania wartości usługi Inżyniera Kontraktu”*. W tym zakresie Izba oparła się na stanowisku Zamawiającego przedstawionym w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1154/10 (str. 8 z 14), uznając, że dokonana została w ten sposób przez Zamawiającego wykładnia autentyczna przedmiotowego warunku wymaganego doświadczenia, a inne stanowisko z rozprawy ma charakter polemiczny.

Po czwarte, Izba stwierdza, że przez wykazywaną przez Odwołującego inwestycje należy rozumieć w przedmiotowym stanie faktycznym jedną inwestycje, tj. - *„Budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp.”* - realizowana w dwóch etapach: I etap - budowa Centrum Edukacji Artystycznej w Gorzowie Wlkp. – Filharmonia Gorzowska, II etap – budowa szkoły artystycznej oraz pasażu wejściowego do Filharmonii Gorzowskiej. Potwierdzają to dowody (wykaz wraz z referencją, a w szczególności pismo Prezydenta m. Gorzowa Wlkp., które Izba uznaje za przeważające, potwierdza to także Wieloletni Plan Inwestycyjny na lata 2008-2013 – przedłożony na rozprawie przez Odwołującego). Izba wskazuje także dla porządku, że zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 1.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1154/10: *„Izba postanowiła zastosować najbardziej powszechnie przyjęte rozumienie tego pojęcia, czyli „salę koncertową” w tradycyjnym znaczeniu, które zasadniczo pokrywa się*

z rozumieniem wskazanym w PKOB, jak sale w filharmoniach, szkołach muzycznych itp. obiektach, a nie każda sala w tym celu wykorzystywana".(str. 12 z 14). Jednocześnie, Izba przywołuje także w kwestii etapowości inwestycji za orzecznictwem, że: „(..) nie ma znaczenia, że do inwestycji odnosiły się dwa postępowania o zamówienie publiczne, w efekcie których zawarto dwie umowy. Była to jedna inwestycja wykonywana w dwóch częściach, a Wykonawca potwierdził wymagane przez Zamawiającego doświadczenie” (wyrok ZA z dnia 17.03.2006 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-734/06 za wyrokiem KIO z dnia 09.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 42/07 oraz wyrokiem KIO z dnia 07.11.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1187/08).

Po piąte, przywołując przedstawione powyżej stanowisko, Izba uznaje ostatecznie, także za adekwatne w przedmiotowej sprawie ustalenia z orzeczenia KIO - wyrok KIO z dnia 25.06.20010 r., sygn. akt: KIO 1156/10 w odniesieniu do postawionego warunku wymaganego doświadczenia, uznając jego konstrukcyjną tożsamość, przy jednocześnie zachowanym tym samym Zamawiającym. W rezultacie, w ocenie Izby Zamawiający wprost w treści warunku dopuścił, aby Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali się usługami wykonanymi, tj. zakończonymi bądź usługami wykonywanymi, tj. będącymi w trakcie realizacji, w takich przypadkach okoliczność, że prace związane z inwestycją nie zostały zakończone jest bezprzedmiotowa (str. 10 niniejszego orzeczenia). Należy bowiem uznać, że inwestycja jako taka, tj. jej II etap nie została zakończona, a więc inwestycja jako całość jest w toku. Zamawiający formułując takie, a nie inne postanowienia SIWZ, dopuszczając wykazywanie się inwestycjami, sam niejako dopuścił, przy założeniu wieloetapowości inwestycji, także okoliczność tego rodzaju, że kolejne etapy inwestycji będąc jej częścią składają się na wartość samej, tzn. całej inwestycji. Jednocześnie, nie uprawnione są twierdzenia, przy wskazanych powyżej postanowieniach SIWZ, określonych przez Zamawiającego, że poszczególne etapy należy traktować oddzielnie. W ocenie Izby, realizacja I etapu, aż do zakończenia ostatniego, sprawia, że całą inwestycje należy traktować jako wykonywaną, bez względu na zakończenie I etapu i nie rozpoczęcie następnego. Poza tym, prace dotyczące I etapu wykazywanej przez Odwołującego inwestycji zawierają w sobie, w ocenie Izby, również elementy związane z II etapem (na co wskazuje korespondencja złożona na rozprawie przez Odwołującego). Z dowodów w przedmiotowej sprawie wynika, że realizacja II etapu jest niezagrażona, a jego prawdopodobieństwo graniczy z pewnością. Izba wskazuje także na ogłoszenie o zamówieniu załączone przez Przystępującego do zgłoszenia. Z informacji tam zawartych wynika jednoznacznie etapowość inwestycji wykazywanej przez Odwołującego.

Izba nie podziela także argumentacji Przystępującego o konieczności interpretacji wykazywanej przez Odwołującego inwestycji przez pryzmat funkcji gospodarczych poszczególnych obiektów. Analiza wszystkich e elementów (sali koncertowej, szkoły

artystycznej i pasażu) przez pryzmat celu jaki przyświeca ich powstaniu obala jego argumentację, która, w ocenie Izby, ma zbyt jednostronny charakter.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust.2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, Izba uznaje za spóźniony i z uwagi na brak dopuszczalności częściowego odrzucenia odwołania oraz zasadne koncentracji środków ochrony prawnej, pozostawia bez rozpatrzenia. Podkreśla jedynie obligatoryjny charakter procedury wynikającej z art. 26 ust. 4 Pzp.

Odnosnie wykładni art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp, Izba tylko i wyłącznie na marginesie wskazuje na drugą przesłankę tego przepisu: „(..) *mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania*”, w kontekście uznania zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Wobec potwierdzenia się pierwszego z zarzutów, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z przedłożonym do akt sprawy rachunkiem, tj. oryginałem faktury VAT w wysokości 3.599,00 zł, będącym podstawą zaliczenia m.in. wynagrodzenia pełnomocnika do kosztów postępowania (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....