

**Sygn. akt: KIO 2262/13**

**WYROK**

**z dnia 3 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2013 r. przez **Odwołującego** – INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., al. Zwycięstwa 46/1, 80-210 Gdańsk,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Urząd Miasta Piekary Śląskie, ul. Bytomska 84, 41-940 Piekary Śląskie,

przy udziale **Wykonawców** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Climamedic Sp. z o.o. Sp. k. APA S. - Autorska Pracownia Architektury Teresa S., Reguły, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Żytnia 6, 05-816 Michałowice, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o., z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Miasto Piekary Śląskie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Wykonanie projektu budowlano-wykonawczego wraz z nadzorem autorskim dla zadania pn.: „Rozbudowa Szpitala Miejskiego w Piekarach Śląskich przy ulicy Szpitalnej 11 wraz z niezbędną infrastrukturą, adaptacją budynków do nowych funkcji i wyburzeniami”, sygn. akt: BZP.271-51 IR/2013.

Odwołujący: INDUSTRIA PROJECT Sp. z o.o. w Gdańsku wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

- dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj.: Teresę Z-S prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą APA S. - Autorska Pracownia Architektury Teresa Z.-S. i CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Spółka Komandytowa z siedzibą w Regułach (dalej jako: Przystępujący), mimo że oferta tego Wykonawcy jako niezgodna z SIWZ powinna być odrzucona i w konsekwencji, zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego mimo, iż jego oferta jest najkorzystniejsza spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

lub alternatywnie

- zaniechaniu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP do uzupełnienia dokumentów stwierdzających, iż przystępujący posiada wymagane wiedzę i doświadczenie zgodnie z wymogami Rozdziału IX pkt A ust. 2 SIWZ. Na skutek czego Zamawiający winien unieważnić decyzje o wyborze oferty najkorzystniejszej i dokonać powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP, poprzez ich błędne niezastosowanie, tj. zaniechanie wykluczenia z dalszego udziału w postępowaniu przystępującego, w sytuacji gdy w/w Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia,

3. art. 91 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP, poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. nie wykazał na dzień składania ofert, iż posiada wymagane wiedzę i doświadczenie,

4. art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, poprzez prowadzenie postępowania w sposób, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia przystępującemu

Lub alternatywnie:

5. art. 26 ust. 3 Ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów stwierdzających, iż przystępujący dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem,

6. naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 2 Ustawy PZP, poprzez prowadzenie postępowania w sposób, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert;
3. wykluczenia przystępującego z postępowania i uznanie złożonej oferty za odrzuconą;
4. konsekwencji uznania oferty przystępującego za odrzuconą lub odrzucenia tej oferty - nakazanie Zamawiającemu wybranie oferty Odwołującego -Industria Project Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

Lub alternatywnie:

6. nakazanie Zamawiającemu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP przystępującego do uzupełnienia oferty o niezbędne dokumenty,

7. na skutek wezwań, o których mowa w pkt 6 nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert.

Odwołujący, złożył ofertę, która została uznana/oceniona przez Zamawiającego na pozycji drugiej spośród wszystkich złożonych ofert.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Czynność Zamawiającego, tj. wybór jako oferty najkorzystniejszej - oferty Konsorcjum APA-CLIMAMEDIC - jest niezgodna z przepisami Ustawy PZP, albowiem Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty w/w wykonawcy, pomimo że Konsorcjum APA-CLIMAMEDIC nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, (tj. nie wykazała na dzień składania ofert, iż dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem), zatem w konsekwencji należy uznać, iż treść przedmiotowej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z Rozdziałem IX pkt A ust. 2 SIWZ Zamawiający wskazał wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia: „Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełnia niniejszy warunek udziału w postępowaniu, jeżeli Wykonawca wykaże, że /.../ wykonał minimum 1 usługę polegającą na wykonaniu projektu budowlano-wykonawczego obiektu kubaturowego,

wielokondygnacyjnego (pod pojęciem „obiekt kubaturowy” należy rozumieć wszelkiego rodzaju budynki co najmniej trzykondygnacyjne, którym można przypisać parametr objętości wyrażony w metrach sześciennych, oprócz budowli i obiektów małej architektury) w tym co najmniej jeden o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m<sup>2</sup> i kubaturze nie mniejszej niż 30 000 m<sup>3</sup> będącym obiektem służby zdrowia - szpital”.

W Rozdziale X SIWZ Zamawiający przewidział, iż dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Rozdziale IX pkt A ust. 2 SIWZ Wykonawcy winni przedłożyć w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia - „wykaz wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - załącznik nr 3 do SIWZ. W celu potwierdzenia spełnienia niniejszego warunku w wykazie usług głównych należy wskazać minimum jedną usługę polegającą na zrealizowaniu projektu budowlano-wykonawczego obiektu kubaturowego, wielokondygnacyjnego (pod pojęciem „obiekt kubaturowy” należy rozumieć wszelkiego rodzaju budynki co najmniej trzykondygnacyjne, którym można przypisać parametr objętości wyrażony w metrach sześciennych, oprócz budowli i obiektów małej architektury) w tym co najmniej jeden o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m<sup>2</sup> i kubaturze nie mniejszej niż 30 000 m<sup>3</sup> będącym obiektem służby zdrowia - szpital”.

Z załączonych do oferty przystępującego (dalej APA) wynika wykonanie na potrzeby inwestycji Pomorskiego Centrum Traumatologii W Gdańsku (dalej: PCT) projektów wykonawczych budynku nr 8 na podstawie projektu budowlanego opracowanego przez inną jednostkę projektowa oraz projekty budowlane i projekty wykonawcze budynku KS o powierzchni użytkowej 5.094.86 m<sup>2</sup>. W swojej ofercie uzupełniającej z dnia 9 września 2013r. APA- wskazało natomiast, iż budynek 8 posiada kubaturę 30.440 m<sup>3</sup>.

Zdaniem Odwołującego się z przedstawionych dokumentów nie wynika, iż Konsorcjum spełnia warunki SIWZ, co więcej zawiera informacje sprzeczne z danymi PCT.

Zamawiający wymagał, wykonania projektu budowlano-wykonawczego obiektu o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m<sup>2</sup> i kubaturze nie mniejszej niż 30 000 m<sup>3</sup> W związku z powyższym, co również wynika z dokumentów złożonych przez Konsorcjum APA-CLIMAMEDIC, a umknęło uwadze Zamawiającego, w ramach niezbędnego doświadczenia przedmiotowemu Konsorcjum zaliczone” może być jedynie wykonanie projektu budowlano-wykonawczego budynku KS. Natomiast jeśli chodzi o budynek nr 8 - to został tam wykonany

jedynie projekt wykonawczy, a więc nie może być on brany pod uwagę przy ocenie oferty Konsorcjum APA- CLIMAMEDIC.

Chcąc uwypuklić różnice między projektem budowlano-wykonawczym, a samym projektem wykonawczym, Odwołujący wskazuje, co następuje.

Wejście w życie w 1994 roku ustawy Prawo Budowlane spowodowało, że jedyną dokumentacją projektową zdefiniowaną w uregulowaniach prawnych został projekt budowlany. W konsekwencji wszystkie zapisy, w tym dotyczące definicji dokumentacji budowy, samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i uprawnień budowlanych, praw i obowiązków projektanta, przepisów karnych i odpowiedzialności zawodowej odnoszą się jedynie do projektu budowlanego.

W 2004r. weszło w życie „Rozporządzenie Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego”, wydane jako przepis wykonawczy do ustawy pzp, które jako jedyne definiuje zawartość projektu wykonawczego, jako uzupełnienie i uszczegółowienie projektu budowlanego w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych. Przytoczony dokument nie określa praw i obowiązków autorów tych projektów oraz ich odpowiedzialności zawodowej za wykonany projekt. W świetle obecnie obowiązujących przepisów autorzy projektów wykonawczych nie muszą posiadać uprawnień budowlanych.

Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający winien badać jedynie wartości wynikające z projektu budowlano-wykonawczego budynku KS - czy spełniają wymogi SIWZ co do wymaganych 30.000 m<sup>3</sup> kubatury, jak również 5.000 m<sup>2</sup> powierzchni użytkowych.

Zgodnie z dokumentacją uzyskaną od PCT, a przygotowana właśnie przez APA. budynek KS ma kubaturę jedynie 24.450,00 m<sup>3</sup>. natomiast powierzchni użytkowej jedynie 4.576,34 m<sup>2</sup> ( a nie jak wskazało Konsorcjum APA-CLIMAMEDIC w swoich oświadczeniach 5.094,86 m<sup>2</sup>).

Tym samym Konsorcjum APA-CLIMAMEDIC nie wykazało wymaganego postanowieniami SIWZ doświadczenia i wiedzy, co winno skutkować odrzuceniem ich oferty w niniejszym postępowaniu. Ponadto wykonawca złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania wobec czego zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP powinien być wykluczony.

Odwołujący zauważa, iż w przedmiotowym postępowaniu doznała uszczerbku zasada równego traktowania podmiotów.

W toku odwołujący rozprawy złożył SIWZ w postępowaniu na: „*zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na terenie i w obiektach Pomorskiego Centrum Traumatologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Gdańsku*” oraz wzór umowy w tym

postępowaniu i wskazał na opis przedmiotu zamówienia, w szczególności na paragraf 1 punkt 2, z którego wynika, że przedmiotem zamówienia było wykonanie dokumentacji dla budynku numer osiem. Wskazał też na końcowe postanowienia wzoru umowy, gdzie wymieniono wśród załączników projekty budowlane dla budynku numer osiem. Stwierdził, że wykonawcą projektu budowlanego stanowiącego załącznik do umowy był inny wykonawca/projektant niż Przystępujący. Z powyższego wywiódł, że Przystępujący nie był wykonawcą projektu budowlanego dla budynku numer osiem i nie może powoływać się na doświadczenie w tym zakresie. Przystępujący wykazał się jedynie doświadczeniem w zakresie budynku KS i nie wykonał projektu budowlanego nr 8. Złożył kserokopie zamiennego projektu budowlanego ze wskazaniem punktu od 3.1 do 3.4 strony piątej z których wynika, że projekt zamienny nie obejmował poziomów użytkowych Centrum Traumatologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Gdańsku. Stwierdził, że nie zostało wykazane, że Przystępujący wykonał projekt budowlany w myśl ustawy - dotyczący budynku numer osiem.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na treść przystąpienia, w którym Przystępujący na stronie 5 potwierdził swoje autorstwo projektu budowlano-wykonawczego dla całego Centrum Traumatologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Gdańsku, tj. obu części budynku KS i numer 8. Wskazał na treść wyjaśnień Przystępującego złożonych w piśmie 9 września 2013 r. na wezwanie wystosowane do niego w dniu 4 września 2013 r. Stwierdził, że wystąpił o złożenie wyjaśnień, gdyż ze złożonych referencji nie wynikała liczba kondygnacji i kubatura obiektu/obiektów. Wskazał, że zgodnie z programem funkcjonalno-użytkowym budynki należy traktować jako jeden obiekt, tj. jedno zadanie stanowiące kompleksowy obiekt połączony z całością Centrum Traumatologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Gdańsku, co wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Wskazał na treść decyzji zatwierdzającej projekt budowlany zamienny.

Przystępujący podtrzymał stanowisko zawarte w przystąpieniu. Złożył do akt kopie programu funkcjonalno-użytkowego, w którego treści zawarto sformułowanie, iż budynek 8 oraz KS stanowią jedno zadanie i jeden obiekt Centrum Traumatologii Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Gdańsku. Stwierdził, że pierwotny projekt wskazywany przez Odwołującego (autorstwa osoby trzeciej) był obarczony szeregiem błędów i w zw. z tym błędami konieczne było sporządzenie nowej dokumentacji projektowej i sporządzenie projektu zamiennego dla budynku numer osiem autorstwa m.in. Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego oraz stanowiska przedstawione w pismach procesowych i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Dla wykazania spełniania spornego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający wymagał, wykonania projektu budowlano-wykonawczego obiektu o powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 5 000 m<sup>2</sup> i kubaturze nie mniejszej niż 30 000 m<sup>3</sup>. Wybrany wykonawca (przystępujący) na potwierdzenie spełniania warunku przedstawił wykonanie projektu budowlano-wykonawczego obiektu kubaturowego w Pomorskim Centrum Traumatologii w Gdańsku budynku KS i budynku nr 8. Odwołujący zakwestionował realizację projektu dla budynku nr 8 stwierdzając, że został tam wykonany jedynie projekt wykonawczy.

Skład orzekający zauważył, że określenie użyte w postanowieniach SIWZ przez zamawiającego tj. „projekt budowlano-wykonawczy” nie występuje w obowiązujących przepisach prawa wydaje się być zbitką pojęciową określenia „projekt budowlany” jako jedyna dokumentacja projektowa wymagana przepisami ustawy Prawo Budowlane do uzyskania pozwolenia na budowę i prowadzenia robót budowlanych oraz określenia „projekt wykonawczy” użytego w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego”, wydanym jako przepis wykonawczy do ustawy pzp. Strony sporu przedstawiały argumenty przemawiające za lub przeciw uznaniu za projekt budowlany prac projektowych sporządzanych przez przystępującego w odniesieniu do budynku nr 8. Niesporne jest przy tym autorstwo członka konsorcjum przystępującego w zakresie projektów wykonawczych przy budowie tego budynku. Powyższe ustalenie przy jednoczesnym uznaniu w oparciu o treść programu funkcjonalno-użytkowego, zgodnie z którym iż budynek 8 oraz KS stanowią jedno zadanie i jeden obiekt Centrum Traumatologii prowadzą do wniosku, że wykonawca projektów zarówno budowlanych, jak i wykonawczych obiektu spełniającego łącznie parametry opisane w SIWZ, wykazał się wymaganym doświadczeniem. Dodatkowo Izba uznała, że wykonawca wykazał swoje autorstwo projektu budowlanego (zamiennego), na podstawie którego inwestor uzyskał pozwolenie na budowę dla budynku nr 8, co oznacza, że niezależnie od wykazania się wykonaniem projektów wykonawczych, udowodnił wykonanie projektu budowlanego także dla tej części obiektu określanego jako budynek nr 8.

Tym samym wobec wykazania wymaganego postanowieniami SIWZ doświadczenia i wiedzy, za nieuzasadniony należy uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów



ustawy pzp wskazanych w odwołaniu, w tym art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 polegającego na zaniechaniu ich zastosowania wobec wykonawcy wybranego – przystępującego.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący

.....