

Sygn. akt: KIO/UZP 168/09

KIO/UZP 189/09

WYROK
z dnia 3 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Członkowie: **Andrzej Niwicki**
Sylwester Kuchnio

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 lutego 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Ove Arup & Partners International Limited, z siedzibą przy 13 Fitzroy, Street, London W1T 4BQ, Wielka Brytania, działający w Polsce przez oddział pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. z o.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 16, 00 -103 Warszawa

B. Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35; 60-164 Poznań

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** – protestów, odpowiednio z dnia 29.01.2009 r. i 28.01.2009 r.

przy udziale zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

w sprawie sygn. akt KIO/UZP 168/09: po stronie Zamawiającego GD&K Consulting Sp. z o.o., Tebodin SAP-Projekt Sp. z o.o., po stronie Odwołującego – Bureau Veritas Polska Sp. z o.o.

w sprawie sygn. akt KIO/UZP 189/09: po stronie Zamawiającego GD&K Consulting Sp. z o.o., Grontmij Polska Sp. z o.o., po stronie Odwołującego - Bureau Veritas Polska Sp. z o.o.

orzeka:

1. **Uwzględnia oba odwołania.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie**
i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Ove Arup & Partners International Limited**,
 - B. koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Grontmij Polska Sp. z o.o.**,
 - 2) dokonać przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie** wpłatę kwoty:
 - A. 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) na rzecz **Ove Arup & Partners International Limited**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
 - B. 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o.**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

3) dokonać zwrot kwoty:

- A. 12 713zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ove Arup & Partners International Limited**,
- B. 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grontmij Polska Sp. z o.o.**

Uzasadnienie

W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2008/S 224-298437 z dnia 18 listopada 2008 r., Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków (zwany dalej Zamawiającym), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. "Prowadzenie kompleksowego nadzoru inwestorskiego nad przebudową miejskiego stadionu piłkarskiego Wisła Kraków przy ul. Reymonta w Krakowie" i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 19.01.2009r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez GD&K Consulting Sp. z o.o.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO/UZP 168/08

W dniu 29.01.2009 r. Ove Arup & Partners International Limited, z siedzibą przy 13 Fitzroy, Street, London W1T 4BQ, Wielka Brytania, działający w Polsce przez oddział pod nazwą Ove Arup & Partners International Ltd Sp. zo.o. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa (dalej: Odwołujący) – złożył protest, którego Zamawiający nie rozstrzygnął, i Odwołujący, zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, uważając protest za oddalony, w dniu 13.02.2009 r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

1. Naruszenie art. 7 w związku z art. 24 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2),3) i 4) ustawy poprzez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy GD&K Consulting Sp. z o.o., 31-511 Kraków, ul. Rakowicka 7, pomimo tego, iż oferta ta jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, winna zostać wykluczona z postępowania, a następnie uznana za odrzuconą.
2. Naruszenie art. 7 w związku z art. 24 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2),3) i 4) ustawy poprzez niewykluczenie wykonawcy GD&K Consulting Sp. z o.o., 31-511 Kraków, ul. Rakowicka 7 i nieodrzczeniu jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo nieprawdziwych oświadczeń złożonych przez wykonawcę GD&K Consulting sp. z o.o. dotyczących wymaganego doświadczenia, oraz nieprawidłowej reprezentacji wykonawcy, co czyni ofertę wadliwie złożoną. Ponadto, oferta GD&K Consulting powinna zostać odrzucona z powodu rażąco niskiej ceny.

Zarzut ten Odwołujący uzasadnił następująco: usługi świadczone przez GD&K Consulting sp. z o.o. dla Skarbcza Nieruchomości i Europolis Polish nie odpowiadają swoją wartością wymogom określonym przez Zamawiającego (3 000 000 zł), dodatkowo brak uwidocznionych w wykazie dat zakończenia inwestycji. Referencje wystawione przez Skarbiec Nieruchomości odnoszą się jedynie do zakresu projektowania, a nie świadczenia usług nadzoru inwestorskiego. Ponadto usługa inżyniera kontraktu świadczona dla GD&K Investment nie została do tej pory zakończona.

Z kolei Odwołujący wskazał, iż Inwestycja Meduza, którą GD&K Consulting sp. z o.o. podaje jako swoje doświadczenie nie została zakończona ani w dniu 18 listopada 2008r, ani w dniu składania ofert (30 grudnia 2008r). Świadczy o tym informacja podana na stronie GD&K Group, iż inwestycja Meduza zostanie zakończona w lutym 2009r. (do odwołania załączono wydruk ze strony internetowej GD&K). Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdził, iż wykonawca GD&K Consulting sp. z o.o. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie wykazał się odpowiednim doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, które to doświadczenie dawałoby gwarancję należytego wykonania zamówienia, a zatem złożył on nieprawdziwe oświadczenie w przedmiocie swojego doświadczenia GD&K Consulting Sp. z o. o., tym samym jego rzetelność budzi uzasadnione zastrzeżenie, tym samym oferta tegoż wykonawcy powinna zostać wykluczona, a następnie odrzucona, gdyż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż oferta GD&K Consulting sp. z o.o. została podpisana przez jednego członka zarządu i prokurenta. Dokumenty złożone przez GD&K Consulting sp. z o.o. nie wskazują należytego umocowania prokurenta. Zgodnie z art. 208 § 6 kodeksu spółek handlowych powołanie prokurenta wymaga zgody wszystkich członków zarządu. Ponieważ prokura dotyczy stosunków o charakterze szczególnego zaufania, wszyscy członkowie zarządu powinni zaakceptować zamiar udzielenia prokury a sąd rejestrowy przyjął do wpisu prokurę, która jest udzielona prawidłowo. W dołączonym do oferty odpisie KRS DG&K Consulting sp. z o.o. brak uwidocznionej prokury podpisującej ofertę Agnieszki P., brak w aktach również uchwały o powołaniu prokurenta podpisanej przez wszystkich członków zarządu. Udzielenie prokury łącznej Agnieszce P. i Małgorzacie T. w dniu 30 października 2009r. zostało dokonane w formie uchwały zarządu podpisanej przez dwóch członków zarządu Włodzimierza J. i Jacka Z. Zgodnie z odpisem KRS GD&K Consulting sp. z o.o. zarząd firmy liczy czterech członków zarządu, w związku z czym brak w aktach prawidłowego umocowania Agnieszki P. i Małgorzaty T. jako prokurentów. Dodatkowo, z uchwały zarządu wynika, iż prokury udzielono Agnieszce P. i Małgorzacie T. jako prokury łącznej (na posiedzeniu przed Izłą Odwołujący ograniczył zarzut odnośnie umocowania prokurenta wyłącznie do tego aspektu). Zarówno literatura prawnicza, jak również orzecznictwo jednoznacznie – według Odwołującego - definiują, rozumiejąc pod pojęciem prokury łącznej, ustanowienie dwóch lub więcej prokurentów, którzy dla skuteczności czynności winni działać łącznie (tak m. in. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2001 r. sygn. III CZP 6/01). Pomimo ustanowienia prokury łącznej, na ofercie brak podpisu pani Małgorzaty T., której podpis, jako prokurenta łącznego jest również wymagany dla skuteczności oświadczeń woli składanych w takiej sytuacji. Tym samym należy zarzucić nieprawidłową reprezentację osób podpisujących ofertę, a oświadczenie woli w niej zawarte należy uznać za wadliwie złożone. Mając powyższe na uwadze, zdaniem Odwołującego oferta GD&K Consulting sp. z o.o. powinna być przez Zamawiającego odrzucona.

Ponadto Odwołujący wskazał, że GD&K Consulting sp. z o.o. zaoferował cenę 1 241 691,6 zł brutto (uwzględniając podatek VAT) za wykonanie zamówienia. Zamawiający oszacował wykonanie zamówienia na 3 000 000 zł (bez zamówień uzupełniających), zatem oferta GD&K Consulting sp. z o.o. stanowi zaledwie ok. 40 % wartości, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na wykonanie zamówienia. Odwołujący na poparcie tezy o rażąco niskiej cenie przywołał wyrok w sprawie KIO/UZP 1443/08, gdzie wykonawca zaproponował cenę o 27,8% niższą od wartości szacunkowej zamówienia, Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do zarzutu zamawiającego o zastosowaniu rażąco niskiej ceny.

3. Naruszenie art. 7 w związku z art. 24 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2),3) i 4) ustawy poprzez niewykluczenie wykonawcy Grontmij Polska Sp. z o.o., 60-164 Poznań, ul. Ziębicka 35 i nieodrzućenie jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo nieprawdziwych oświadczeń złożonych przez wykonawcę Grontmij Polska dotyczących wymaganego doświadczenia. Ponadto, oferta Grontmij Polska powinna zostać odrzućona z powodu rażąco niskiej ceny.

W ocenie Odwołującego, Grontmij w ofercie przedstawił wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat usług, jednakże żadna z podanych w wykazie usług nie spełnia kryterium podanego przez Zamawiającego.

W tabeli opisującej doświadczenie zawodowe Wykonawca podał, iż pełnił funkcję inżyniera kontraktu w okresie 03.2006-10.2008 dla zadania "Park Logistyczno-Przemysłowy Tulipan Park w Strykowie" (budowa hali magazynowo-produkcyjnych wraz z kompletnymi robotami towarzyszącymi), gdzie wartość zamówienia wynosiła ok. 3 200 000 zł. Usługę wykonano dla zamawiającego Quendis Polska. W doświadczeniu Wykonawca opisał wykonane prace jako jedną usługę, podczas gdy z referencji dołączonych do oferty wynika, że wszystkie dotyczą inwestycji realizowanych w ramach większego przedsięwzięcia pn. "Park Logistyczno-Przemysłowy Tulipan Park w Strykowie" jednak jak z nich wynika, Grontmij pełnił funkcję inżyniera kontraktu osobno dla poszczególnych zadań. W związku z powyższym, Odwołujący stwierdza, że wartość usługi kompleksowego nadzoru inwestorskiego zrealizowanej przez Grontmij w wysokości 3 200 000 zł „obejmuje łącznie wartość usług świadczonych przez Wykonawcę na rzecz tych czterech inwestycji, żadne zaś z tych zadań oddzielnie nie spełnia wymogu na poziomie 3 000 000 zł w zakresie wynikającym z przedmiotowego nadzoru inwestorskiego”.

Ponadto wobec oferty złożonej przez Grontmij Odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny, uzasadniony analogicznie, jak w przypadku oferty GD&K.

4. Naruszenie art. 7 w związku z art. 24 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2),3) i 4) ustawy poprzez niewykluczenie wykonawcy Bureau Veritas Polska Sp. z o. o., 02-796 Warszawa, ul. Migdałowa 4 i nieodrzućenie jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia pomimo nieprawdziwych oświadczeń złożonych przez wykonawcę Bureau Veritas Polska dotyczących wymaganego doświadczenia i nie uzupełnienia dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. Ponadto, oferta Bureau Veritas Polska powinna zostać odrzućona z powodu rażąco niskiej ceny

Zarzuty wobec braku doświadczenia Veritas Odwołujący uzasadnił następująco:

- 1) Veritas w ofercie przedstawił wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat usług, jednakże usługa podana w wykazie usług nie spełnia kryterium podanego przez Zamawiającego. W referencjach brak jest wartości inwestycji, mimo, że wystawiający referencje umieścił zapis "wartość inwestycji wynosiła:" jednak w tym miejscu brak jest uwidocznionej wartości. Według Odwołującego, może to sugerować, iż Veritas celowo usunął wartość z referencji gdyż jest ona mniejsza niż wymagana przez Zamawiającego
- 2) Kolejną przesłanką odrzucenia oferty Veritas winien być w ocenie Odwołującego brak wymaganego doświadczenia inspektora ds. rozliczeń. Zgodnie z SIWZ inspektor ds. rozliczeń miał wykazać się doświadczeniem w rozliczaniu kontraktów branży konstrukcyjno -budowlanej (kompleksowe rozliczanie obiektów kubaturowych) o wartości co najmniej 150.000.000 zł. Zbigniew G. proponowany na inspektora ds. rozliczeń nie może wykazać się doświadczeniem w pełnieniu w/w funkcji z ramienia inżyniera kontraktu. Opisane doświadczenie i przedstawiony list polecający od firmy Strabag wskazują, że p. G. ma doświadczenie jako kierownik przygotowania produkcji po stronie wykonawcy robót budowlanych, nie może natomiast wykazać się doświadczeniem w rozliczaniu obiektów kubaturowych po stronie inżyniera kontraktu.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Veritas nie uzupełnił brakujących dokumentów na wezwanie Zamawiającego. Zamawiający wezwał zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcę do uzupełnienia oferty o dokument potwierdzający uprawnienia Piotra C. w branży telekomunikacyjnej, zgodnie z wymaganiami cz. IH I.c. 5) SIWZ w terminie do dnia 13.01.2009r.

Odwołujący również podniósł zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez Veritas, co uzasadnił w sposób analogiczny, jak zarzut wobec oferty GD&K.

5. Naruszenie art. 7 w związku z art. 24 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt. 2),3) i 4) ustawy poprzez niewykluczenie wykonawcy Tebodin Sap-Projekt Sp. z o.o., 02-677 Warszawa, ul. .Taśmowa 7 i nieodrzućenie jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia pomimo nieprawdziwych oświadczeń złożonych przez wykonawcę Tebodin dotyczących wymaganego doświadczenia. Ponadto, oferta Tebodin powinna zostać odrzućona z powodu rażąco niskiej ceny.

Zarzuty wobec doświadczenia Tebodin Odwołujący uzasadnił następująco:

Tebodin w ofercie jako doświadczenie wymagane dla realizacji przedmiotowego zamówienia podał pełnienie funkcji inżyniera FIDIC w trakcie realizacji kontraktu na realizacji zadania

"rozbudowa Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa-Okęcie Budowa Terminala 2 wraz z pełną infrastrukturą" z datą realizacji 03.2007-03.2008r i wartością 7 527 400 zł. Jednak z referencji wystawionych przez Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze" wynika, iż Tebodin pełnił nadzór jedynie nad pracami wykończeniowymi. W związku z powyższym uzasadnioną wątpliwość budzi podana wartość kontraktu inżyniera FIDIC. Ponadto, ZIKiT wymagał aby inżynier kontraktu wykazał się doświadczeniem podobnym do przedmiotu zamówienia czyli do prowadzenia kompleksowego nadzoru inwestorskiego dla zadania pn.: "Przebudowa miejskiego stadionu piłkarskiego Wisła Kraków", którego zakres obejmuje: -budowę trybuny wschodniej wraz z wyposażeniem, -rozbiórkę i budowę trybuny zachodniej wraz z wyposażeniem, -dokończenie budowy i wyposażenie trybuny północnej, - obniżenie płyty boiska, -wykonanie infrastruktury zewnętrznej zagospodarowania terenu. Podczas gdy Tebodin, jak wynika z referencji dołączonych do oferty, ma doświadczenie jedynie w nadzorze nad pracami wykończeniowymi. W związku z powyższym należy stwierdzić, iż usługa podana w wykazie nie spełnia kryterium podanego przez Zamawiającego, czego konsekwencją powinno być wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty.

Odwołujący również podniósł zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie złożonej przez Tebodin, co uzasadnił w sposób analogiczny, jak zarzut wobec oferty GD&K.

6. Naruszenie art. 7 w związku z art. 24 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy poprzez niewykluczenie wykonawcy Inwestycje, Budownictwo, Handel Inwest-Complex Sp z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Góry Chełmskiej 15 i nieodrżuceniu jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pomimo nieprawdziwych oświadczeń złożonych przez wykonawcę. Ponadto, wykonawca uzupełnił ofertę 2 dni po wyznaczonym terminie, a uzupełnienie było niepełne.

Uchybienie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych

Zamawiający wezwał zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcę Inwest-Complex do uzupełnienia oferty o dokument potwierdzający, iż architekt p. Jacek K. przynależy do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa zgodnie z wymaganiami cz. III 1. c. 2) SIWZ. Wykonawca Inwest-Complex nie przedstawił wymaganego przez Zamawiającego zaświadczenia i na tej podstawie powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania. Ponadto należy dodać, iż wykonawca był zobligowany do dostarczenia w/w dokumentu do dnia 13.01.2009r., a pismo wyjaśniające, iż wg niego taki dokument jest zbędny, dotarło do Zamawiającego w dniu 15.01.2009r., zatem dwa dni po wyznaczonym terminie.

Zarzut dotyczący braku ubezpieczenia OC w wymaganej wysokości.

Kolejną warunkiem, którego nie spełnia Inwest-Complex jest brak ubezpieczenia OC z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej o wysokości sumy gwarancyjnej 3 000 000 zł. Inwest-Complex w ofercie przedłożył OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej do wysokości I 500 000 zł i promesę ubezpieczeniową na kolejne I 500 000 zł. Jednakże dołączona promesa podwyższenia sumy ubezpieczenia jest promesą warunkową, uzależnioną od dobrej woli wykonawcy, tj. opłacenia składki. Zatem w chwili składania ofert i w okresie związania ofertą Inwest-Complex nie posiadał ubezpieczenia OC na poziomie 3 000 000 zł a jedynie na poziomie I 500 000 oraz zapewnienie o możliwości podniesienia wartości polisy po opłaceniu składki ubezpieczeniowej. Tak skonstruowana warunkowa promesa, nie może zastąpić bezwarunkowej polisy ubezpieczeniowej. Zważywszy na powyższe, należy uznać, iż oferta Inwest-Complex jest niezgodna z zapisami cz. III d) SIWZ, zatem powinna być odrzucona przez Zamawiającego zgodnie z art. 89 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Zarzuty odnośnie doświadczenia zawodowego

Już nazwa zadania -Renowacja przemysłowej strefy Nowe Gliwice -jaki wykonywał Inwest-Complex nie odpowiada według Odwołującego profilowi inżyniera kontraktu na przebudowę stadionu. Jak podaje Urząd Miejski w Gliwicach zadanie Inwest-Complexu polegało głównie na rekultywacji i rewitalizacji 15,86 ha, w tym 10 254 m² dróg wewnętrznych, 17 840 m² parkingów, ok. 28 tys m² zieleni i boisk sportowych, a jak sam wykonawca podał w opisie doświadczenia zawodowego, jako inżynier kontraktu sprawował nadzór jedynie nad modernizacją 4 budynków.

7. Naruszeniu art. 7 w związku z art. 24 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy poprzez niewykluczenie wykonawcy konsorcjum Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji PROBADEX-KRAKÓW Jerzy Boruta, 32-051 Niepołomice, ul Mokra 20, Ambit Engineering&Design sc, 31-621 Kraków, ul. Bochaterów Września 21 i nieodrzuconiu jego oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia pomimo nieprawdziwych oświadczeń złożonych przez wykonawcę. W niniejszym postępowaniu wykonawca nie spełnił kryterium udziału w postępowaniu poprzez brak wykazania się odpowiednim doświadczeniem przez eksperta ds. rozliczeń projektu.

Zarzuty wobec doświadczenia zawodowego Jerzego Boruty.

W SIWZ Zamawiający określił wyraźnie moment do którego usługa inżyniera winna zostać zakończona aby mogła stanowić doświadczenie wymagane do wzięcia udziału w postępowaniu. SIWZ jasno określa, iż do doświadczenia zaliczyć można "wykaz usług

wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia", co oznacza, iż usługi stanowiące doświadczenie wykonawcy musiały być zakończone najpóźniej w momencie wszczęcia postępowania. Data wszczęcia postępowania określona jest na dzień 18 listopada 2008r. Zarządzenie Kontraktem na realizację obiektów Wydziału Matematyki i Informatyki oraz Wydziału Zarządzania i Komunikacji Społecznej Uniwersytetu Jagiellońskiego Probadex-Kraków podaje jako swoje jedyne doświadczenie spełniające warunki udziału w postępowaniu. Należy podnieść, iż usługa ta nie została zakończona w dniu 18 listopada 2008r. Świadczy o tym informacja podana w referencjach, zgodnie z którą inwestycję zakończono 15 grudnia 2008r.

8. Naruszenie przepisów ustawy poprzez nieuwzględnienie protestu złożonego przez Odwołującego, pomimo jego zasadności.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o:

- unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- wykluczenie GD&K Consulting Sp z o.o. i odrzucenie jego oferty,
- wykluczenie Grontmij Polska Sp. z o.o. i odrzucenie jego oferty,
- wykluczenia Bureau Veritas Polska Sp. z o.o. i odrzucenie jego oferty,
- wykluczenie Tebodin Sap-Projekt Sp. z o.o., i odrzucenie jego oferty,
- wykluczenie Inwestycje, Budownictwo, Handel Inwest-Complex Sp z o.o.. i odrzucenie jego oferty,
- wykluczenie konsorcjum Przedsiębiorstwo Projektowania i Realizacji Inwestycji PROBADEX-KRAKÓW Jerzy Boruta, Ambit Engineering&Design sc i odrzucenie jego oferty,
- powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Postępowanie odwoławcze KIO/UZP 189/09

W dniu 28.01.2009 r. Grontmij Polska Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35; 60-164 Poznań (dalej: Odwołujący) – złożył protest, którego Zamawiający nie rozstrzygnął, i Odwołujący, zgodnie z art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, uważając protest za oddalony, w dniu 18.02.2009 r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez wybór najkorzystniejszej oferty firmy GD&K Consulting Sp. z o.o., pomimo że oferta ta podlega wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

GD&K Consulting Sp. z o.o. w wykazie wykonanych usług przedstawiła, na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia, 3 projekty, z których żaden zdaniem Odwołującego nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

1. Referencja obejmująca "Budynek biurowo -usługowy klasy A -Meduza w Krakowie" nie spełnia warunku zrealizowania minimum 1 zadania o wartości co najmniej 3.000.000zł w zakresie wykonania kompleksowego nadzoru inwestorskiego obejmującego nadzór nad robotami konstrukcyjno -budowlanymi obiektów kubaturowych. Referencja ta dotyczy wykonania z należytą starannością dokumentacji projektowej, a zatem zakres usług nie pokrywa wymaganego doświadczenia żądanego przez Zamawiającego. Referencja, ponadto zawiera tylko informację o tym, iż spółka GD&K Consulting Sp. z o.o. pełni w ramach tego zadania funkcję inwestora zastępczego. Ponadto Odwołujący wskazał, że usługa ta trwa nadal, a zadanie zostanie zakończone w lutym 2009 r., co potwierdza również informacja zawarta na stronie internetowej wykonawcy. Wykonawca w przystąpieniu do protestu z dnia 30.01.2009 roku dołączył nową referencje (dotycząca budynku Meduzy), która również nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie tej referencji można domniemywać, że wartość realizowanego zadania jest mniejsza niż 3000000,00zł,
2. W ramach usługi polegającej na nadzorze inwestycji Park Technologiczny „Kapelanka” zostały przedstawione dwa dokumenty referencyjne. Pierwszy z nich wskazuje, iż firma GD&K Consulting Sp. z o.o. pełni funkcję Generalnego Realizatora w zakresie: określenia budżetu planowanej inwestycji, przygotowania projektu architektonicznego inwestycji oraz zarządzania projektem w zakresie procedur administracyjnych oraz obsługi prawnej. W związku z tym zakres prac nie obejmuje nadzoru inwestorskiego. Potwierdza to również zapis mówiący, iż firma ta obejmie funkcję zarządzania procesem inwestycyjnym w ciągu najbliższych dwóch lat a zatem nie pełni jeszcze tej funkcji. Drugi dokument referencji potwierdza wykonanie w latach 2006-2007 opracowania koncepcji architektoniczno-urbanistycznej oraz opracowanie projektu budowlanego wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na budowę. Zatem również nie stanowi dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganego doświadczenia przez Zamawiającego.

Odwołujący również wskazywał, że usługa ta planowo zakończy się w roku 2011. W związku z tym jest to usługa w trakcie realizacji, a nie, jak wymagał Zamawiający, usługa zrealizowana.

3. Usługa dotycząca inwestycji Software Park -AVIA budynek biurowo -usługowy również zdaniem Odwołującego nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego: wymaganej wartości zadania powinna wynosić min. 3 000 000 zł, tymczasem podana wartość usługi to 2578759,2 PLN.

Zarówno w proteście i odwołaniu, wnoszono o:

- 1) unieważnienie czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na oddaleniu protestu Odwołującego,
- 2) unieważnienie czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty firmy GD&K Consulting Sp. z o.o. w Krakowie, dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy: GD&K Consulting Sp. z o.o. w Krakowie
- 4) odrzucenie oferty Wykonawcy: GD&K Consulting Sp. z o.o. w Krakowie
- 5) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 6) wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Zarządzeniem z dnia 19.02.2009 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej skierował odwołania KIO/UZP 168/09 i KIO/UZP 189/09 do łącznego rozpoznania

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano oba odwołania na rozprawie.

Na posiedzeniu Izba badając prawidłowość wystawionych pełnomocnictw GD&K uznała, że zostały one właściwie podpisane, gdyż w jej ocenie wystarczającym do reprezentacji spółki jest złożenie podpisu przez członka zarządu i prokurenta, którego prokura jest „prokurą łączną”. Izba, zdając sobie sprawę z rozbieżności w doktrynie co do prokury niewłaściwej, podziela pogląd wyrażony w przywołanej przez GD&K uchwale SN z dnia 27 kwietnia 2001 r., III CZP 6/01 (zresztą na tą samą uchwałę powoływał się Odwołujący, jednak wyciągnął z niej odmienne wnioski), iż „współdziałać z członkiem zarządu spółki kapitałowej w ramach reprezentacji mieszanej może nie tylko prokurent samodzielny, ale także każdy

z prokurentów, którym udzielono prokury łącznej. (...). Tutaj miarodajna powinna być jedynie regulacja dotycząca tej reprezentacji. Jeżeli zatem regulacja ta stawia ogólny wymóg, aby członek zarządu działał łącznie z prokurentem, to należy przyjąć, że wystarcza współdziałanie z każdym jednym prokurentem, bez względu na rodzaj udzielonej mu prokury"; sposób reprezentacji GD&K w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego przewiduje składanie oświadczeń woli przez dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Powyższe stanowisko składu orzekającego wyczerpuje również rozstrzygnięcie Izby co do zarzutu odnośnie reprezentacji GD&K, podnoszonego w odwołaniu KIO/UZP 168/09.

Izba uznała, że obaj Odwołujący mają interes prawny w złożeniu odwołania. W sprawie sygn. akt KIO/UZP 189/08 Zamawiający i Przystępujący GD&K podnosili zarzut braku interesu prawnego Odwołującego, jednak skład orzekający Izby nie podzielił tego stanowiska: w razie potwierdzenia się zarzutów podnoszonych przez Odwołującego wobec wszystkich sześciu ofert uplasowanych wyżej od niego w rankingu cenowym (z niższą ceną niż cena oferty Odwołującego), miałby on szansę uzyskać zamówienie, dlatego był on legitymowany do wnoszenia środków ochrony prawnej.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniach, Izba stwierdziła, co następuje:

Zarzut wobec doświadczenia zawodowego GD&K (sygn. akt KIO/UZP 168/09 i KIO/UZP 189/09)

Izba w odniesieniu do tego zarzutu ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wymagał w Części III pkt.1 b) SIWZ, aby Wykonawca wykazał, iż "posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia zrealizował minimum 1 zadanie o wartości co najmniej 3.000.000zł w zakresie wykonania kompleksowego nadzoru inwestorskiego obejmującego nadzór nad robotami konstrukcyjno -budowlanymi obiektów kubaturowych".

GD&K do oferty załączył potwierdzony referencjami wykaz trzech usług, z których jedna ("Budynek biurowo -usługowy klasy A - Meduza w Krakowie" – inwestorstwo zastępcze), jak oświadczył na rozprawie, miała wykazać spełnienie warunku żądanego przez Zamawiającego, w związku z czym Izba odstąpiła od badania pozostałych usług objętych wykazem GD&K.

Odwołujący zgłaszali zastrzeżenia zarówno wobec zakresu, jak i terminu zakończenia tejże usługi.

Odnosząc się do zakresu wykonanych przez GD&K usług związanych z Budynkiem Meduza, skład orzekający uznał, że na podstawie dokumentów złożonych przez GD&K nie można jednoznacznie stwierdzić, czy wykonawca wykonał usługę w pełni odpowiadającą oczekiwaniom zamawiającego, wyrażonym w części III SIWZ.

Zamawiający wymagał wykonania usługi polegającej na „kompleksowym nadzorze inwestorskiego” o wartości min. 3 000 000 zł, GD&K wskazał natomiast w wykazie usług (załączonym do oferty), iż wykonał usługę „inwestorstwo zastępcze”. Oba te pojęcia nie są tożsame - „zastępczo inwestycyjne” to pojęcie szersze, niż „nadzór inwestorski”. Brak definicji prawnych obu tych pojęć, dlatego należy przyjąć ich znaczenie zgodnie z ustalonymi w tym względzie zwyczajami:

- inwestorstwo zastępcze to czuwanie nad całością inwestycji, z reguły od fazy początkowej inwestycji, tj. fazy projektowania, aż do zakończenia całości inwestycji, przez co należy rozumieć co najmniej doprowadzenie inwestycji do takiego stanu, aby możliwe było złożenie wniosku o pozwolenie na budowę,
- nadzór inwestycyjny jest pojęciem węższym i obejmuje czuwanie nad realizacją inwestycji w fazie budowy; na zakres tejże usługi wskazują pośrednio przepisy Prawa budowlanego (art. 25 i 26 dotyczące praw i obowiązków inspektora nadzoru budowlanego).

Zakres każdej z tych dwóch rodzajów usług określa ostatecznie umowa, w której strony ustalają, co przedmiot umowy będzie obejmował: nic nie stoi na przeszkodzie, aby strony nazwały „zastępcstwem inwestycyjnym” tylko to, co jest, co do zasady, „nadzorem inwestycyjnym”, strony umowy również określają, od jakiego etapu inwestycji usługa będzie realizowana, i na jakim etapie się skończy.

Zamawiający nie zdefiniował, co rozumie pod pojęciem „kompleksowy nadzór inwestorski”, jakiego użył w opisie warunku udziału w postępowaniu. Powinna to być usługa odpowiadająca rodzajem przedmiotowi zamówienia, w związku z czym, aby ustalić zakres znaczeniowy pojęcia użytego przez Zamawiającego, należy odnieść je do zakresu przedmiotu umowy. Projekt umowy załączony był do SIWZ, i wynika z niego, że wykonawca będzie pełnił na placu budowy funkcje odpowiadające funkcjom przewidzianym przez Prawo budowlane dla inspektora nadzoru, a ponadto będzie prowadził rozliczenia budowy (§ 2 ust. 1 wzoru umowy, w aktach sprawy). Wobec takiego zakresu przedmiotu umowy, należy uznać, że Zamawiający oczekiwał wykazania się doświadczeniem polegającym na „nadzorze inwestycyjnym” zgodnie ze zwyczajowym znaczeniem tego pojęcia.

O ile, w ocenie składu orzekającego, można uznać na podstawie dokumentów przedłożonych przez GD&K, że wykonał on usługę wymaganą przez Zamawiającego co do zakresu przedmiotowego (jak wynika z referencji z dn. 3.11.2008 r. załączonych do oferty oraz z referencji z dn. 29.01.2009 r. załączonych do przystąpienia do protestu, w których

sprecyzowano zakres prac realizowanych przez wykonawcę), to można mieć wątpliwości, czy zakres ten – odpowiadający przedmiotowi zamówienia – miał wartość podaną w wykazie.

GD&K w wykazie załączonym do oferty wskazała, że usługa wykonana w związku z realizacją budynku Meduza polegała na „inwestorstwie zastępczym”, w kolumnie wartość natomiast wskazała kwotę 3 010 761,6 zł. Jak wskazano powyżej, pojęcie „inwestorstwa zastępczego” jest szersze niż pojęcie „nadzoru inwestycyjnego”, takie stanowisko potwierdza też zestawienie obu referencji dotyczących budynku Meduza, przedłożonych przez GD&K, co oznacza, że w umowie, wiążącej GD&K z wystawcą referencji używano pojęć „inwestorstwo zastępcze” i „nadzór inwestycyjny” zgodnie z przyjętymi zwyczajami. W pierwszej referencji (załączonej do oferty) wskazano, iż „zakres usług obejmował: opracowanie projektu architektoniczno-budowlanego z uzyskaniem decyzji pozwolenia na budowę, projektu wykonawczego z przygotowaniem kosztorysu inwestorskiego, a także zarządzanie całością zadań mających za cel realizację inwestycji, ustalenie i wdrożenie systemów i procedur dla zapewnienia realizacji założeń inwestycji oraz zarządzania kluczowymi elementami inwestycji”, natomiast w drugiej referencji (załączonej do przystąpienia) podano, iż „zakres usług obejmował m.in. nadzór inwestorski przy realizacji inwestycji nad wszystkimi branżami, zgodnie z przepisami ustawy prawo budowlane (...) nadzór nad zapewnieniem bezpieczeństwa o przestrzegania przepisów przeciwpożarowych, bezpieczeństwa i higieny pracy (...) dokonywanie bieżącej analizy kosztów inwestycji”.

Zatem, wobec okoliczności, że umowa wiążąca wykonawcę z wystawcą referencji obejmowała przedmiot szerszy, niż ten, którego wymaga Zamawiający o wartości 3 000 000 zł, z przedstawionych przez GDK dokumentów nie wynika w sposób jednoznaczny, czy wartość podana w drugiej kolumnie tabeli w wykazie usług GD&K, tj. wartość 3 010 761,6 zł odnosi się do wartości całej umowy zrealizowanej przez wykonawcę (tzn. do „inwestorstwa zastępczego”), czy do zakresu wymaganego przez zamawiającego (tzn. do „nadzoru inwestorskiego”).

Jest to wątpliwość, którą Zamawiający winien wyjaśnić w trybie przewidzianym przez art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego **Izba uwzględniła oba odwołania w zakresie zarzutu odnoszącego się do doświadczenia zawodowego GD&K i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

Dla oceny „ważności” referencji nie ma znaczenia, że zostały one wystawione przez członka zarządu komplementariusza wystawcy referencji; powiązania kapitałowe czy osobowe pomiędzy wykonawcą a wystawcą referencji nie wpływają same z siebie na ważność wystawionego dokumentu.

Co do zagadnienia zakończenia realizacji usługi przed datą wszczęcia postępowania, tj. przed datą 18.11.2008 r. z referencji załączonych do przystąpienia wynika, że GD&K pełniła

funkcje inwestora zastępczego od 3.09.2007 r. do 31.10.2008 r. Żaden z Odwołujących nie wykazał, że podana tamże informacja jest niezgodna z rzeczywistością. Izba nie uznała za przekonującą do takiego stanowiska informacji zamieszczonej na stronie internetowej GD&K, z której wynika, iż „planowana data oddania [budynku Meduza]: luty 2009”. Informacje na stronach internetowych mają zbyt ogólny charakter, żeby wywodzić z nich negatywne skutki dla wykonawcy, ponadto nawet takie stwierdzenie (bez wyjaśnienia, co autor strony rozumiał przez „oddanie”) nie stoi w sprzeczności z oświadczeniem wystawcy referencji, że GD&K zakończyła świadczenie usługi 31.10.2008 r.

W ocenie Izby, zakres umowy o nadzór inwestycyjny mógł, ale nie musiał, obejmować obowiązku złożenia wniosku o wydanie pozwolenia na użytkowanie, dlatego pismo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dn. 25.02.2009 r., przedłożone na rozprawie, uznała za bez znaczenia dla sprawy.

Reasumując, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 24 ust. 2 pkt. 3 i 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych podniesiony przez Odwołującego w sprawie KIO/UZP 189/09 i zarzut naruszenia przepisów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy, mimo przesłanek do dokonania takiej czynności, nieskonkretyzowany przez Odwołującego w sprawie KIO/UZP 168/09 co do podstawy prawnej. Zasadniczo, obaj Odwołujący powinni wskazać, jako podstawę prawną zarzutów podnoszonych wobec wykonawcy GD&K, art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych. Zauważyć należy, że w odwołaniu sygn. akt KIO/UZP 168/09 Odwołujący mylił przesłanki wykluczenia wykonawcy z przesłankami odrzucenia jego oferty, i wnosił o odrzucenie oferty GD&K z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu („oferta GD&K jako niezgodna z siwz winna zostać wykluczona z postępowania a następnie uznana za odrzuconą”). W uzasadnieniu wyroku skład orzekający, jeżeli zarzuty były wystarczająco skonkretyzowane, przypisał opisywane przez Odwołującego naruszenia do właściwej podstawy prawnej.

Poniżej opisane zostało stanowisko Izby wobec pozostałych zarzutów podniesionych przez Odwołującego w sprawie KIO/UZP 168/09.

Zastrzeżenia Odwołującego wobec dokumentów potwierdzających posiadanie doświadczenia zawodowego (naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych).

Doświadczenie Grontmij Polska Sp. z o.o.

Wykonawca w wykazie wykonanych usług przedstawił jedną potwierdzoną referencjami usługę, dotyczącą inwestycji "Park Logistyczno-Przemysłowy Tulipan Park w Strykowie". Odwołujący zarzuca, że nie była to jedna usługa, a cztery usługi.

Skład orzekający przyjął za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego Grontmij, że były to usługi realizowane w ramach jednego przedsięwzięcia (o czym świadczy zarówno sama nazwa inwestycji, jak i wszystkie referencje – zarówno na poszczególne usługi, jak i na całość zamówienia – wystawione przez Quendis Polska) i jaka taka – odpowiadająca wymaganiom postawionym przez Zamawiającego, zatem oddalił zarzut podnoszony przez Odwołującego. Na marginesie należy zauważyć, że referencje wystawione dla Invest Complex również dotyczą nadzoru nad czterema obiektami, zrealizowanymi w ramach jednego przedsięwzięcia, a Odwołujący nie podnosił tej okoliczności w odwołaniu.

Odnosząc się do doświadczenia Grontmij, Odwołujący na rozprawie wskazywał także niektóre z usług objętych referencjami, obejmowały również inne usługi, zatem wartość usług wynikająca z referencji, nie będzie tożsama z wartością usług podobnych do przedmiotu zamówienia. Ponadto wskazywał, że termin zakończenia prac miał miejsce po dacie wszczęcia postępowania. Są to zarzuty, które nie były zawarte w proteście, zatem zgodnie z art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Izba nie zajęła wobec nich stanowiska.

Doświadczenie Bureau Veritas Polska Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił, że w referencjach Veritas brak wartości inwestycji, co do której zrealizowano usługę wskazaną w wykazie usług.

Skład orzekający Izby stwierdził, że o ile co do zasady z referencji nie muszą wprost wynikać wszystkie elementy objęte wykazem, to w odniesieniu do pisma z dn. 24.09.2007 r. (kopia w aktach sprawy) rzeczywiście może budzić wątpliwości brak po dwukropku wartości inwestycji. **Wątpliwość tą Zamawiający powinien wyjaśnić w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych.**

Doświadczenie Tebodin SAP-Projekt Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił, że Tebodin nie wykazał się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia zawodowego, ponieważ wykazał się realizacją wyłącznie nad, jak wskazano w liście referencyjnym z dn. 5.06.2008 r. (kopia w aktach sprawy), „pracami wykończeniowymi”, realizowanymi w ramach „Rozbudowy Międzynarodowego Portu Lotniczego Warszawa-Okęcie Budowa Terminala 2 wraz z pełną infrastrukturą”.

W ocenie składu orzekającego Izby tak opisane doświadczenie pozwala na stwierdzenie, że Tebodin spełnia warunki udziału w postępowaniu: Zamawiający akcentował w opisie

warunku udziału w postępowaniu trzy elementy – zakres usługi tj. kompleksowy nadzór inwestorski, wartość usługi, oraz okoliczność, że zakres inwestycji winien obejmować obiekty kubaturowe. Wszystkie te elementy potwierdzone zostały w referencjach Tebodin. Również nie ma podstaw, aby kwestionować wartość prac podaną przez Tebodin w wykazie (7 527 400 zł), które to zastrzeżenia Odwołujący wywodzi z faktu, że Tebodin pełnił nadzór „jedynie nad pracami wykończeniowymi”. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił swoich twierdzeń, wobec czego Izba uznała zarzuty odnośnie doświadczenia zawodowego Tebodin za nieuzasadnione.

Doświadczenie Inwestycje, Budownictwo, Handel Inwest-Complex Sp. z o.o.

Izba nie uznała również za zasadny zarzutu podnoszonego wobec doświadczenia zawodowego Inwest-Complex. Odwołujący wskazywał, że skoro nazwa inwestycji brzmiała „Renowacja przemysłowej strefy Nowe Gliwice”, nie mogła obejmować obiektów kubaturowych. Takie stanowisko pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią referencji wystawionych przez Urząd Miejski w Gliwicach z dn. 4.12.2008 r.: wbrew twierdzeniom Odwołującego, prace nie obejmowały głównie rekultywacji i rewitalizacji, ale również „budowę i przebudowę 4 budynków (...) o łącznej kubaturze 122 000m³”. Wobec powyższego Izba zarzut ten oddaliła.

Doświadczenie Jerzego Boruty, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Probadex-Kraków Jerzy Boruta”.

Odwołujący zakwestionował również doświadczenie zawodowe, wskazane jako potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wymaganego przez Zamawiającego, przez Jerzego Borutę. Wykonawca ten do wykazu obejmującego dwie usługi, z których tylko jedna może spełniać wymagania Zamawiającego co do wartości, załączył referencje, z których wynika, że „zlecenie trwało do 15.12.2008 r”. Skład orzekający podziela wątpliwość Odwołującego co do faktu, czy usługa nadzoru została zakończona przed wszczęciem przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia. Zakresem zlecenia zrealizowanego przez Jerzego Borutę była objęta również certyfikacja, dlatego nie jest wykluczone, że sama usługa nadzoru została zakończona wcześniej. **Zamawiający powinien wyjaśnić to w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych.**

Zarzuty dotyczące braku wymaganego doświadczenia i uprawnień osób przewidzianych do realizacji zamówienia. Naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

1. Wobec Bureau Veritas Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, przedłożył uzupełnione dokumenty po wyznaczonym terminie (zarzut dotyczył jednego z dokumentów, tj. zaświadczenia o przynależności osoby o uprawnieniach w branży telekomunikacyjnej do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa).

Izba w odniesieniu do tego zarzutu ustaliła następujący stan faktyczny:

Wykonawca przesłał faksem o godz. 11.34 pismo przewodnie wraz z załączonymi dokumentami (5 stron), zapowiadając, iż zaświadczenie o przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa prześle „w późniejszym terminie” (kopia wydruku dokumentu z urządzenia faksowego, z datą i godziną transmisji, w aktach sprawy).

Przystępujący Veritas twierdzi, że tego samego dnia, przed godziną 12.00, złożył u Zamawiającego oryginały ww. dokumentów. Dokumenty te liczą 8 stron – oprócz 5 stron przesłanych faksem zawierają: dwa zaświadczenia z Izby Inżynierów (z 15.09.2008 r. ważne do 31.12.2008 r. oraz z dn. 8.01.2009 r., ważne do dn. 30.06.2009 r.) oraz referencje dotyczące doświadczenia zawodowego osoby z uprawnieniami telekomunikacyjnymi.

Zamawiający na rozprawie potwierdził oświadczenie Veritas o złożeniu ww. dokumentów w terminie.

Ponadto Odwołujący zarzucił, iż w dokumentach składanych wraz z ofertą Veritas nie wykazano wymaganego doświadczenia inspektora ds. rozliczeń, a Zbigniew G. proponowany na inspektora ds. rozliczeń nie może wykazać się doświadczeniem w pełnieniu w/w funkcji z ramienia inżyniera kontraktu. Opisane doświadczenie i przedstawiony list polecający od firmy Strabag wskazują, że p. G. ma doświadczenie jako kierownik przygotowania produkcji po stronie wykonawcy robót budowlanych, nie może natomiast wykazać się doświadczeniem w rozliczaniu obiektów kubaturowych po stronie inżyniera kontraktu.

Wydaje się, że Odwołujący nadinterpretuje postanowienia SIWZ. W części III pkt 1 c) SIWZ Zamawiający wymagał, aby inspektor ds. rozliczeń posiadał doświadczenie w rozliczaniu kontraktów branży konstrukcyjno-budowlanej (kompleksowe rozliczanie obiektów kubaturowych) o wartości co najmniej 150.000.000 zł

Zatem Zamawiający w siwy nie wymagał doświadczenia w rozliczeniach „z ramienia inżyniera kontraktu”, jak chciałby Odwołujący.

Wobec powyższych okoliczności skład orzekający uznał doświadczenie zawodowe w zakresie rozliczeń kontraktów przedstawione w ofercie Veritas za wystarczające i oddalił zarzuty dotyczące potencjału osobowego.

2. Wobec Inwest-Complex Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełniania zaświadczenia przynależności do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wykonawca nie uzupełnił dokumentu, lecz po upływie wyznaczonego terminu wyjaśnił, że dokument taki jest zbędny.

Izba w odniesieniu do tego zarzutu ustaliła następujący stan faktyczny: Zamawiający w SIWZ wymagał (część III siwz, pkt 1 c) dysponowania m.in. „inspektorem do spraw architektury”, posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności architektonicznej, „wraz z potwierdzeniem właściwej izby samorządu zawodowego, że osoba której uprawnienia dotyczą, jest wpisana na listę członków tej izby”. Inwest Complex do oferty załączył dla osoby w specjalności architektonicznej zaświadczenie ze Śląskiej Okręgowej Izby Architektów.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko zaprezentowane w wyjaśnieniach Inwest Complex, że w takim wypadku zaświadczenie z Izby Architektów w pełni wystarczało dla potwierdzenia spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego w siwz.

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, izby architektów zrzeszają osoby, które posiadają uprawnienia budowlane w specjalności architektonicznej. W związku z powyższym, Izba stwierdziła, że wezwanie Inwest Complex do uzupełnienia dokumentu przynależności do Izby Inżynierów Budownictwa było błędem Zamawiającego, i Zamawiający uznał swój błąd, nie wyciągając konsekwencji wobec wykonawcy z powodu niezuzupełnienia dokumentów w terminie. Wobec takich okoliczności, Izba uznała zarzut podnoszony przez Odwołującego za bezpodstawny.

Zarzut dotyczący braku ubezpieczenia OC Inwest-Complex Sp z o.o.

Odwołujący mylnie jako podstawę prawną zarzutu podaje art. 89 ust. 2 Prawa zamówień publicznych (uchylony) – nawet, jeżeli zamierzał jako podstawę wskazać art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych (odrzućenie oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią siwz), to również nie jest on właściwy, ponieważ zarzut ten nie dotyczy treści oferty, a warunków udziału w postępowaniu.

Izba odnosząc się do podstawy faktycznej zarzutu podnoszonego przez Odwołującego, stwierdziła, że wykonawca rzeczywiście nie przedłożył wraz z ofertą dokumentu, potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia OC w wysokości wymaganej przez Zamawiającego w Rozdziale IV pkt. 1 f) siwz (tj. 3 000 000 zł), ponieważ przedłożył jedynie dowód posiadania ubezpieczenia na kwotę 1 500 000 zł oraz promesę podwyższenia sumy ubezpieczenia o kolejne 1 500 000 zł. Promesy tej, zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego, nie można uznać za dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu w dacie otwarcia ofert, a jedynie za zapowiedź możliwości spełnienia tego warunku w przyszłości. Wobec powyższego, Izba uwzględniła zarzut (co do podstawy faktycznej) podnoszony przez Odwołującego i **w konsekwencji nakazała Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.**

Zarzut podania nieprawdziwych informacji (naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 Prawa zamówień publicznych)

Skład orzekający Izby oddalił zarzut podania nieprawdziwych informacji, ponieważ sam fakt, że wykonawca za pomocą dokumentów i oświadczeń składanych wraz z ofertą nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie uprawnia do uznania, że podał on nieprawdziwe informacje, lecz ewentualnie – po przeprowadzeniu procedury przewidzianej przez art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, do wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Aby wykazać zasadność zarzutu podania nieprawdziwych informacji, Odwołujący musiałby wykazać w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że wykonawca w dokumentach składanych wraz z ofertą podał informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, a tego, w ocenie Izby, nie uczynił.

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofertach złożonych przez GD&K, Grontmij, Veritas i Tebodin (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych)

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, podobnie jak wcześniej w orzeczeniach Zespołów Arbitrów, wykształcił się pogląd, iż za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1441/07, wyrok Izby z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 73/08, KIO/UZP 74/08, wyrok Izby z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 258/08).

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego złożono 8 ofert, z których dwie ostatnie w rankingu cenowym (w tym oferta Odwołującego) wyróżniały się ceną wyraźnie

wyższą od pozostałych (zob. wykres „Struktura rozpiętości cen ofert”, przedłożony przez Przystępującego Grontmij na rozprawie).

Odwołujący nie wykazał, że oferowana przez oprotestowanych wykonawców cena jest nierealistyczna – zasadniczo, cały jego wywód w tym zakresie sprowadzał się do próby wykazania, że wykonawcy zaoferowali niskie ceny na przekór obowiązującym zwyczajom przy dokonywaniu wyceny prac projektowych: odwołujący przedłożył wyciąg z „Regulaminu honorarium architekta” (strona tytułowa oraz strony od 1 do 11). Pomijając nawet wartość dowodową dokumentu przedłożonego w takiej formie, nie można uznać zasad wyceny prac projektowych - o charakterze raczej postulatywnym - za wyznacznik, czy cena jest, czy nie jest rażąco niska (zresztą fragment regulaminu przedłożony przez Odwołującego dotyczył wyceny prac projektowych, co jak sam Odwołujący dowodził przy okazji przedstawiania zarzutu wobec referencji GD&K, nie jest objęte zakresem przedmiotu zamówienia).

Z pewnością nie można stwierdzić, że ceny zaoferowane przez wykonawców są cenami nierynkowymi, skoro cztery ceny, spośród ośmiu zaoferowanych w postępowaniu, są na porównywalnym poziomie.

Należy zwrócić uwagę, że wyrok, na który wielokrotnie w odwołaniu powołuje się Odwołujący, z dn. 23 grudnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1443/08 nie przesądził wcale, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż jeżeli różnica między ceną oferty a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia wynosi 27,8 %, to cena jest rażąco niska. W uzasadnieniu wyroku KIO/UZP 1443/08 skład orzekający, odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, badał głównie wiarygodność wyjaśnień wykonawcy złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, i ostatecznie wyjaśnienia te uznał za nieprzekonujące. Z pewnością nie można arbitralnie stwierdzić, że cena rażąco niska to taka, która o określony procent różni się od wartości zamówienia. O tym, czy cenę można uznać za rażąco niską, decyduje każdorazowo badanie, czy jest ona realna, a nierealności czterech cen, których dotyczył zarzut, Odwołujący nie wykazał.

Wykazanie, iż cena jest nierealna, jest szczególnie trudne w odniesieniu do usług o charakterze niematerialnym, jakimi w znacznej mierze jest przedmiot zamówienia (w przypadku sprawy KIO/UZP 1443/09 badano wycenę usług polegających na sprzątnięciu szpitala, gdzie składniki ceny - użyte środki i wynagrodzenie osób sprzątających - były mierzalne), a Odwołujący w ogóle próby takiej nie podjął. Niewątpliwie, to cena zaoferowana przez Odwołującego odbiegała od sześciu innych cen zaoferowanych w postępowaniu, dlatego trudno byłoby Odwołującemu również wykazać że czterech wykonawców popełniło czyn nieuczciwej konkurencji (zresztą, również nie podjął w tym kierunku żadnej próby).

Reasumując, skład orzekający Izby, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności w niniejszej sprawie, nie uznał zarzutu rażąco niskiej ceny zaoferowanej w ofertach GD&K, Grontmij,

Veritas i Tebodin za udowodniony, wobec czego oddalił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Nie potwierdził się podnoszony przez obu Odwoływających zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, którego podstawę Odwoływający upatrywali, jak się wydaje, w nierównym traktowaniu wykonawców. Z czynności podjętych przez Zamawiającego nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

Ponadto Odwoływający w sprawie KIO/UZP 168/09 zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów „poprzez nieuwzględnienie protestu, pomimo jego zasadności”. Skład orzekający wskazuje, że oddalenie protestu przez Zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, lecz jest wyrazem stanowiska Zamawiającego odnośnie zarzutów zawartych w proteście. Obu protestów wniesionych w postępowaniu Zamawiający nie rozstrzygnął w terminie, z czym wiąże się domniemanie, przewidziane w art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, iż Zamawiający protest oddalił. Takiego postępowania Zamawiającego (tzw. milczącego oddalenia protestu) nie można uznać za czynność naruszającą Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający nie uwzględnił wniosku Zamawiającego o oddalenie odwołania KIO/UZP 168/09 na podstawie art. 191 ust. 1a Prawa zamówień publicznych, ponieważ w wyniku rozpatrzenia wszystkich zarzutów podnoszonych w obu odwołaniach, Izba nakazała powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, i chociaż istnieje duże prawdopodobieństwo, że wykonawcy uzupełnią dokumenty zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, to jednak nie ma w momencie wydawania wyroku pewności co do ostatecznego wyniku postępowania.

Na podstawie par. 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 168/09 i KIO/UZP 189/09 wydano wyrok łączny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Odwołującego w sprawie KIO/UZP 168/09 z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy rachunków wymaganych zgodnie z par. 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886). Pełnomocnik Odwołującego przedłożył do akt sprawy umowę o zastępstwo prawne z dn. 23.02.2009 r., w której przewidziano wystawienie faktury (a więc rachunku, o którym mowa w Rozporządzeniu), i dopiero w niej zostanie określony termin płatności wynagrodzenia należnego pełnomocnikowi (§ 3 ust. 4 umowy); w związku z czym przedłożonej umowie nie można uznać za wystarczający dokument uprawniający do zasądzenia kosztów.

Stosownie do art. 194 i 195 Prawa zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....