

WYROK

z dnia 3 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 1 czerwca 2020 r. przez **wykonawcę MAKI architektki Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Lotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę MAKI architektki Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Zamawiającego: Lotniczego Pogotowia Ratunkowego z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **wykonawcy MAKI architektki Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Lotnicze Pogotowie Ratunkowe z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy Krajowego Centrum Monitorowania Ratownictwa Medycznego wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną oraz zagospodarowaniem terenu na części działki nr ew. 7/10 z obrębu 6-10-01, położonej przy ul. Księżycowej 5 w dzielnicy Bemowo m. st. Warszawy*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca MAKI architektki Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 01 czerwca 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo iż wykazał on spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do projektanta branży instalacji niskoprądowej oraz w odniesieniu do projektanta branży architektonicznej;

2. ewentualnie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień (względnie do uzupełnienia dokumentów) w zakresie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do projektanta branży architektonicznej;

3. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty i zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego punktacji w ramach ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu i przyznanie ofercie Odwołującego w kryterium oceny ofert Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia następującej punktacji dla osób: Generalnego projektanta branży architektonicznej - co najmniej 3 punktów; Projektanta w branży instalacji niskoprądowej - 2 punktów;
3. ewentualnie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień (względnie uzupełnienia dokumentów);

4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 20 maja 2020 r. t.j. wykluczenia wykonawcy MAKI architektki Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: MAKI architektki Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia – w terminie przewidzianym w ustawie – żaden wykonawca.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie niezasadnego wykluczenia Odwołującego, - z uwagi że wykonawca nie spełnił minimalnych wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia projektanta branży instalacji niskoprądowej - należało uznać za zasadny.

Zamawiający w SIWZ w § 9 Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia wykonawcy: ust. 1 o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp dotyczące:

3) zdolności technicznej lub zawodowej (...)

3b) dysponuje lub będzie dysponował osobami, skierowanymi do realizacji zamówienia, posiadające następujące kwalifikacje zawodowe, uprawnienie, doświadczenie i wykształcenie:

- Generalny projektant w branży architektonicznej: Uprawnienia: co najmniej od 10 lat uprawnienia budowlane w zakresie w specjalności architektonicznej do projektowania bez ograniczeń wydane na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa (lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa, wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia). Kwalifikacje (doświadczenie): projektant musi posiadać przynajmniej 10 letnie doświadczenie na stanowisku projektanta w branży architektonicznej i wykonał w charakterze projektanta przynajmniej w zakresie sporządzenia projektu architektonicznego dokumentację projektową, dotyczącą budowy co najmniej 5 budynków użyteczności publicznej w tym co najmniej trzy o kubaturze min. 8 000 m³ każdy oraz co najmniej dwa o kubaturze min. 15 000 m³ każdy, i na które uzyskano ostateczne pozwolenie na budowę.

- Projektant branży instalacji niskoprądowej: Kwalifikacje (doświadczenie): projektant musi posiadać doświadczenie polegające na zaprojektowaniu w zakresie instalacji niskoprądowej: sieci strukturalnej, systemu kontroli dostępu opartego na produktach firmy Roger, SSWiN i CCTV co najmniej w 3 obiektach użyteczności publicznej. Przy czym doświadczenie w zaprojektowaniu ww. instalacji może być wykonane w różnych budynkach, jednak każdą z nich powinien zaprojektować 3 razy. Projektant powinien posiadać zaświadczenie o ukończeniu kursu projektowania systemów zabezpieczeń technicznych stopni I 4/NO oraz informacji o wpisaniu projektanta na listę kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego.

W razie wątpliwości pojęcia użyte w ust. 1 pkt 3 lit a) i b) są zdefiniowane w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. prawo budowlane oraz w aktach wykonawczych do tej ustawy.

Zgodnie z warunkiem sformułowanym w §9.1.3) lit. b) SIWZ dla potwierdzenia zdolności technicznej i zawodowej wymagane było wskazanie minimum 3 realizacji w odniesieniu do projektanta w branży instalacji niskoprądowych. Stosownie do §18.2.3) lit. d) SIWZ każda realizacja powyżej minimalnej ilości powinna skutkować przyznaniem odpowiedniej ilości punktów. W treści dokumentacji przetargowej nie zostało określone, które zamówienia będą kwalifikowane na potwierdzenie spełniania warunku, a które na kryterium.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący złożył ofertę, do oferty złożył również wykaz osób wyznaczonych do realizacji zamówienia (załącznik nr 6) obejmujący m. in. osoby

posiadające stosowne doświadczenie na stanowiskach 1. Generalnego Projektanta w branży architektonicznej (E. K. – Ł.) – 9 projektów oraz 2. Projektanta branży instalacji niskoprądowej (A. G.) – 5 projektów.

Zamawiający w dniu 6 maja 2020 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnienia, wyjaśnienia treści lub ponownego złożenia wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia.

W dniu 7 maja 2020 r. Odwołujący – wobec wezwania Zamawiającego - złożył stosowne wyjaśnienia.

W dniu 20 maja 2020 r. Zamawiający uznał, że nie potwierdzają że Wykonawca spełnia minimalne wymagania postawione przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia projektanta branży instalacji niskoprądowej oraz generalnego projektanta branży architektonicznej. Według zamawiającego złożony wraz z ofertą wykaz osób oraz późniejsze wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentu przez Wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, nie potwierdzają że Wykonawca spełnia minimalne wymagania postawione przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia projektanta branży instalacji niskoprądowej. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, powołując się na Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, stwierdził, że parking podziemny należy uznać za budynek (obiekt) użyteczności publicznej. Zamawiający nie zgodził się z wyjaśnieniem Wykonawcy, gdyż parking podziemny nie spełnia przytoczonej definicji - to jest nie służy on obsłudze pasażerów w transporcie drogowym. Transport drogowy (definicja z ustawy o transporcie drogowym) to: podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie przewozu osób lub rzeczy pojazdami samochodowymi (...) a także: działalność gospodarcza w zakresie pośrednictwa przy przewozie osób. Natomiast sam parking ma następującą definicję: wydzielona powierzchnia terenu przeznaczona do postoju i parkowania samochodów, składającą się ze stanowisk postojowych oraz dojazdów łączących te stanowiska, jeżeli takie dojazdy występują. W ocenie Zamawiającego nie można mówić o obsłudze pasażerów. Zatem miejski parking przeznaczony dla prywatnych samochodów nie kwalifikuje się jako obiekt użyteczności publicznej. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Ustawy Zamawiający nie wzywa Wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób o informacje dotyczące doświadczenia projektanta branży architektonicznej, ponieważ nawet pomimo ich uzupełnienia Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania a jego oferta odrzuceniu. Usługa nr 6 dotyczyła przebudowy budynku, co nie spełnia definicji budowy zawartej w ustawie Prawo budowlane. Usługa nr 7 polegała na przebudowie istniejącego budynku i

budowie nowych obiektów. Wykonawca nie określił, do których obiektów odnosi podana w ofercie kubatura 8 300 m³. Usługa nr 8 - brak informacji o funkcji części usługowej, oraz o kubaturze części usługowej.

Zarzut Odwołującego postawiany Zamawiającemu w przedmiocie niezasadnego wykluczenia Odwołującego, - z uwagi że wykonawca nie spełnił minimalnych wymagań postawionych przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia projektanta branży instalacji niskoprądowej - należało uznać za zasadny.

Spór zainicjowany wniesionym odwołaniem sprowadza się do pytania czy w świetle postawionych wymagań dotyczących doświadczenia projektanta branży instalacji niskoprądowej można uznać doświadczenie polegające na wykonaniu dokumentacji projektowej budowy parkingu podziemnego jako obiekt użyteczności publicznej. Zauważenia wymaga, że Zamawiający w SIWZ w zakresie wymagania dotyczącego projektanta branży niskoprądowej posłużył się pojęciem „obiektu użyteczności publicznej”, nie zaś „budynku użyteczności publicznej” i w tym zakresie nie dokonywał zmian. Następnie Zamawiający wykluczył Odwołującego, uznając że parking podziemny (wykazane doświadczenie projektanta) nie jest budynkiem użyteczności publicznej w świetle rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego – wobec przytoczonych postanowień SIWZ – należało uznać za niewłaściwe. Skoro Zamawiający w SIWZ wskazał, że w razie wątpliwości użyte pojęcia są zdefiniowane w ustawie prawo budowlane oraz w aktach wykonawczych – którym niewątpliwie jest przytoczone rozporządzenie Ministra Infrastruktury, to użyte pojęcie „obiektu użyteczności publicznej” w wymaganiach dotyczących projektanta branży instalacji niskoprądowej nie występuje w przytoczonym przez Zamawiającego rozporządzeniu. Przytaczane przez Zamawiającego rozporządzenie Ministra Infrastruktury posługuje się pojęciem „budynku użyteczności publicznej”, jednak pojęcie to nie znalazło odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ. W konsekwencji należało uznać, że skoro pojęcie „obiektu użyteczności publicznej” nie zostało zdefiniowane w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury to nie może być interpretowane przez Zamawiającego przez pryzmat tego rozporządzenia w tym stanie faktycznym na niekorzyść wykonawcy składającego ofertę a postanowienia specyfikacji dotyczące doświadczenia projektanta instalacji niskoprądowej należy rozumieć w znaczeniu potocznym – odczytując ich treść – wobec braku odniesienia wprost do ww. rozporządzenia – na korzyść wykonawcy.

Wobec powyższego parking podziemny – w ocenie Izby – w świetle SIWZ jest obiektem użyteczności publicznej i to doświadczenie projektanta branży instalacji niskoprądowej należało uznać za prawidłowe w świetle SIWZ.

Niemniej jednak Zamawiający nie wykazał w podstawie wykluczenia, że nie zostały spełnione przesłanki wynikające z definicji „budynku użyteczności publicznej” zawartej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Zgodnie z tą definicją za budynek użyteczności publicznej uważa się budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.

Zamawiający w podstawie wykluczenia odniósł się jedynie do niespełnienia wymagania dotyczącego obsługi pasażerów w transporcie drogowym, nie podważając jednocześnie okoliczności, że zaprojektowany parking podziemny może być uznany za inny rodzaj budynku. Nie wykazał również, że zaprojektowany parking podziemny nie jest innym budynkiem przeznaczonym do wykonywania podobnych funkcji w świetle niniejszego rozporządzenia. Zamawiający jednocześnie utożsamiał przytoczone w rozporządzeniu pojęcie parkingu z parkingiem podziemnym, co w ocenie izby należy – w świetle niniejszego stanu faktycznego – za niewłaściwe.

Wobec powyższego nieuznanie przez Zamawiającego doświadczenia polegającego na wykonaniu dokumentacji projektowej dla budowy parkingu podziemnego należało uznać za błędne.

Ponadto słusznie zauważył Odwołujący, że w podstawie wykluczenia Zamawiający nie odniósł się do innych wskazanych projektów zarówno co do generalnego projektanta branży architektonicznej jak i projektanta branży instalacji niskoprądowej. Jeszcze dodatkowo odnosząc się do wykluczenia wykonawcy w zakresie generalnego projektanta branży architektonicznej należało uznać, że Zamawiający nie wykazał jaka część wymagania nie została przez wykonawcę spełniona, nie odnosząc się jednocześnie do innych wskazanych projektów za wyjątkiem usługi 6-8.

Wobec powyższego należało nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu w kwocie 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł, co łącznie stanowi kwotę 18.600,00 zł.

Przewodniczący:

.....