

Sygn. akt: KIO 1773/16

WYROK
z dnia 11 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.09.2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Miastoprojekt Wrocław Spółka z o.o., ul. Św. Mikołaja 8-11, 50-125 Wrocław** oraz **ETC Architekci Spółka z o.o. Spółka komandytowa, al. Wiśniowa 36a, 53-137 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A., ul. E. Kwiatkowskiego 4, 52-326 Wrocław** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wybór Zarządzającego Projektem – Budowa Ośrodka Narciarstwa Biegowego i Biathlonu w Szklarskiej Porębie - Jakuszycach” – (postępowanie znak ZP/PN/01/2016)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ERBUD – RZESZÓW Spółka z o.o., Jasionka 942, 36-001 Jasionka; MWM Architekci Spółka z o.o., ul. Partyzantów 1A/335, 35-242 Rzeszów; Komplet Inwest Spółka jawna T.G., E.P.-N., ul. 11-go Listopada 91K, 66-400 Gorzów Wielkopolski** oraz **Komplet Inwest Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. 11 – go Listopada 91K, 66-400 Gorzów Wielkopolski** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania o sygn. akt KIO 1773/16 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu ujętego w treści Rozdziału VIII ust. 2 pkt 2.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w zakresie zarzutu art. 96 ust. 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu - Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym nakazuje wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ERBUD – RZESZÓW Spółka z o.o.; MWM Architekci Spółka z o.o.; Komplet Inwest Spółka jawna T.G., E.P.-N. oraz Komplet Inwest Spółka z o.o. Spółka komandytowa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp oraz nakazuje dokonanie powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.

2. kosztami postępowania w wysokości **19 177 zł 69 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto siedemdziesiąt siedem złotych i sześćdziesiąt dziewięć groszy) obciąża Zamawiającego - Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A., ul. E. Kwiatkowskiego 4, 52-326 Wrocław i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Miastoprojekt Wrocław Spółka z o.o., ul. Św. Mikołaja 8-11, 50-125 Wrocław** oraz **ETC Architekci Spółka z o.o. Spółka komandytowa, al. Wiśniowa 36a, 53-137 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od zamawiającego - **Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A., ul. E. Kwiatkowskiego 4, 52-326 Wrocław** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Miastoprojekt Wrocław Spółka z o.o., ul. Św. Mikołaja 8-11, 50-125 Wrocław** oraz **ETC Architekci Spółka z o.o. Spółka komandytowa, al. Wiśniowa 36a, 53-137 Wrocław** kwotę w wysokości **19 177 zł 69 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto siedemdziesiąt siedem złotych i sześćdziesiąt dziewięć groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów przelotu na posiedzenie.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

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

do wyroku z dnia 11 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1773/16

Zamawiający – Dolnośląski Park Innowacji i Nauki S.A., ul. E. Kwiatkowskiego 4, 52-326 Wrocław prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wybór Zarządzającego Projektem – Budowa Ośrodka Narciarstwa Biegowego i Biathlonu w Szklarskiej Porębie - Jakuszycach” – (postępowanie znak ZP/PN/01/2016).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 29.03.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

W dniu 30.03.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 062 - 107106.

W dniu 13.09.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13.09.2016 r. w dniu 23.09.2016 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Miastoprojekt Wrocław Spółka z o.o., ul. Św. Mikołaja 8-11, 50-125 Wrocław (Lider) oraz ETC Architekci Spółka z o.o. Spółka komandytowa, al. Wiśniowa 36a, 53-137 Wrocław.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy: Konsorcjum Wykonawców: Erbud Rzeszów Sp. z o.o., MWM Architekci Sp. z o.o., Komplet Inwest Sp. j. T.G., E.P.-N., Komplet Inwest Sp. z o.o. Spółka Komandytowa, zwanego w dalszej części odwołania „Konsorcjum Erbud” w okolicznościach, w których Konsorcjum Erbud nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

2) zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy: Konsorcjum Erbud w okolicznościach, w których Konsorcjum Erbud złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

3) nieudostępnienie do wglądu protokołu postępowania w zakresie wezwania Konsorcjum Erbud do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i niepodleganie wykluczeniu z postępowania i wyjaśnienia treści oferty w okolicznościach, w których protokół postępowania w ww. zakresie jest jawny,

Tym samym zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy: art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 96 ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania:

Unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 13.09.2016r. oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w uwzględnieniu wykluczenia z postępowania Konsorcjum Erbud na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy oraz nakazanie Zamawiającemu udostępnienia do wglądu protokołu postępowania w zakresie wezwania Konsorcjum Erbud do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i niepodleganie wykluczeniu z postępowania i wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy.

Jak zostało wskazane na wstępie uzasadnienia interes prawny Odwołującego doznał uszczerbku, gdyż oferta Odwołującego została oceniona jak druga w kolejności, zatem w przypadku dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy, zwieńczonej wykluczeniem z postępowania Konsorcjum Erbud, oferta Odwołującego staje się ofertą najkorzystniejszą.

Zarzut nr 1

W ramach zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał na zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy: Konsorcjum Erbud w okolicznościach, w których Konsorcjum to nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowania.

Warunek nr 1

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.1. S1WZ określono warunek udziału:

2.1. Wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum po jednej dokumentacji

projektowej, tj. projekt budowlany i projekty wykonawcze we wszystkich branżach, tj. architektonicznej, konstrukcyjnej, drogowej i instalacyjnej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla:

2.1.1. obiektu hotelowego posiadającego nie mniej niż 50 pokoi hotelowych, oraz dla:

2.1.2. obiektu sportowego przeznaczonego do rozgrywania zawodów sportowych, wyposażonego w trybunę / widownię na co najmniej 600 miejsc, gdzie wartość prac projektowych (wynagrodzenie projektanta) dla każdej z dwóch dokumentacji wynosiła nie mniej niż 0,5 mln zł netto dla każdego z obiektów

lub

jednej dokumentacji projektowej dla zintegrowanego obiektu hotelowego i sportowego o parametrach opisanych w ppkt 2.1.1. i 2.1.2., gdzie wartość prac projektowych (wynagrodzenie projektanta) wynosiła nie mniej niż 1 mln zł netto.

Następnie Odwołujący podniósł, że w ofercie Konsorcjum Erbud na str. 88 w wykazie usług wskazano w poz. 4 na potwierdzenie ww. warunku dokumentację projektową wykonaną dla Hotelu Arłamów S.A., w skład której wchodzi m.in. hotel oraz sala widowiskowa wielofunkcyjna zadaszona pokryciem szklanym. W wykazie zapisano także, że „w hotelu znajduje się zadaszony dziedziniec przeznaczony do organizacji imprez sportowych i kulturalnych o pow. 2.500 m² wraz z widownią mogącą pomieścić maksymalnie 2000 osób.”

Następnie w uzasadnieniu wskazano, że analiza dokonana przez Odwołującego wykazała, że nie wykazano spełnienia warunku w zakresie doświadczenia w wykonaniu dokumentacji obiektu sportowego przeznaczonego do rozgrywania zawodów sportowych, wyposażonego w trybunę/widownię na co najmniej 600 miejsc. W ocenie Odwołującego wskazana w wykazie usług widownia nie znajduje się w obiekcie sportowym przeznaczonym do rozgrywania zawodów sportowych, lecz w obiekcie hotelu na zadaszonym dziedzińcu, w wielofunkcyjnym patio służącym zasadniczo celom ekspozycyjnym, gastronomicznym, rozrywkowym, konferencyjnym i estradowym (Konsorcjum Erbud nazywa przestrzeń „salą widowiskowo-wielofunkcyjną”).

dowód nr 1: wydruk z dnia 21.09.2016 ze strony internetowej

http://www.arlamow.pl/venues/venue.php?_PageID=ConferenceRoomDetails&VenueID=70

Jak wskazał Odwołujący ani podstawową, ani nawet pomocniczą funkcją dziedzińca nie jest funkcja sportowa. Nie ma tam areny sportowej, boiska, toru czy pola gry dedykowanych do rozgrywania zawodów sportowych, a fakt, że istnieje możliwość okazjonalnego zorganizowania np. gali bokserskiej czy meczu badmintona (wg strony internetowej hotelu), nie czyni z dziedzińca obiektu sportowego. Na tej zasadzie różne inne przestrzenie

niededykowane funkcji sportowej (np. place), w których są organizowane okazjonalnie zawody sportowe, można by uznać za obiekty sportowe.

Zdaniem Odwołującego potwierdza to również logika podziału przyjęta w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB), która precyzuje, że klasa 1265 (budynki kultury fizycznej) nie obejmuje hal wielofunkcyjnych przeznaczonych głównie do celów rozrywkowych (1261).

Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych jest ważnym elementem w dokonaniu wykładni pojęcia obiektu sportowego przeznaczonego do rozgrywania zawodów sportowych, wyposażonego w trybunę/widownię na co najmniej 600 miejsc z poniższych powodów:

PKOB służy potrzebom statystyki działalności budowlanej, sporządzania sprawozdań budowlanych, spisów budowli i mieszkań, statystyki cen obiektów budowlanych oraz rachunków narodowych. Ponadto klasyfikacja służy do klasyfikowania obiektów budowlanych. Może być ona stosowana w trakcie zmiany zastosowania, renowacji, wyburzania, modernizacji obiektu budowlanego, PKOB ułatwia wymianę informacji między uczestnikami procesu inwestycyjnego na/i między różnymi poziomami organizacyjnymi, np.

- między inwestorem, biurem projektów, wykonawcą,
- między organami centralnymi a wykonawcami robót budowlanych, inwestorami i odwrotnie, w zakresie:
 - określania i analizy wielkości i struktury potrzeb,
 - planowania i bilansowania zadań i środków,
 - opracowywania, ustalania i stosowania wskaźników planistycznych oraz techniczno - ekonomicznych dla obiektów budowlanych tego samego rodzaju dla celów projektowania, wdrażania nowych technologii i rozwiązań projektowych itp.

Jak wskazał Odwołujący z braku innych powszechnie obowiązujących definicji właśnie klasyfikacja PKOB jest najwłaściwszym instrumentem w ocenie, czy wykazane w wykazie usług dziedziniec/patio mogą być uznane za obiekt sportowy przeznaczony do rozgrywania zawodów sportowych. Zważywszy, że patio jest budynkiem, można sklasyfikować go jedynie jako hala wielofunkcyjna przeznaczona głównie do celów rozrywkowych (klasa 1261 PKOB), która jest wyłączona z klasy 1265 PKOB, obejmującej budynki kultury fizycznej:

- przeznaczone dla imprez sportowych w halach (boiska do koszykówki, korty tenisowe, kryte baseny, hale gimnastyczne, sztuczne lodowiska itp.), wyposażone w stanowiska, tarasy itp., przeznaczone dla widzów oraz w prysznic, szatnie itp. dla uczestników,
- zadaszone trybuny do oglądania sportów na świeżym powietrzu.

W jego ocenie nie sposób inaczej rozumieć obiektu sportowego przeznaczonego do rozgrywania zawodów sportowych, niż użyte w klasie 1265 PKOB „Budynki przeznaczone dla

impres sportowych". Z zakresu tych budynków wyłączone są hale wielofunkcyjne do celów rozrywkowych – zatem, zdaniem Odwołującego, również dziedziniec/patio nie może być zaliczone do klasy „Budynków przeznaczonych dla imprez sportowych”.

Jak podniesiono w dalszej części uzasadnienia odrębną kwestią jest przeznaczenie obiektu sportowego przeznaczonego do rozgrywania zawodów sportowych, wyposażonego w trybunę/widownię na co najmniej 600 miejsc. Skoro przedsięwzięcie inwestycyjne Zamawiającego, obejmujące m.in. wykonanie dokumentacji projektowej, polega na budowie Ośrodka Narciarstwa Biegowego i Biathlonu, wyposażonego w stałą trybunę na kilkaset miejsc, charakteryzującą się określoną widocznością (trybuna schodkowa), wytrzymałością na obciążenia statyczne i dynamiczne, drogami ewakuacji etc., Zamawiający słusznie zażądał wykazania doświadczenia w projektowaniu właśnie obiektu sportowego z trybuną/widownią na 600 miejsc. W ocenie Odwołującego żadnej wiedzy w zakresie obiektu sportowego przeznaczonego do rozgrywania zawodów sportowych nie przynosi Zamawiającemu informacja, że Wykonawca zaprojektował dziedziniec, którego przestrzeń można zaaranżować do różnych imprez poprzez odpowiednie ustawienie krzesełek, stolików i foteli dla widzów, gdyż każdy z elementów jest ruchomy, a same areny widowiska - scena, ring bokserski, boisko do badmintonu - montowane są ad hoc przez wyspecjalizowane firmy montażowe, nie mające nic wspólnego z Projektantem dziedzińca.

Jak następnie wskazano dodatkowo posiłkując się wykładnią językową, wskazać należy, że „wyposażenie” to zgodnie z definicją Słownika języka polskiego „urządzenia potrzebne do prawidłowego funkcjonowania czegoś” bądź «urządzenie dodatkowe do danej maszyny lub do urządzenia głównego” (źródło: PWN, Słownik języka polskiego, www.sjp.pwn.pl).

W ocenie Odwołującego niewątpliwie wyposażenie stanowi zatem dodatkową część większej całości, ale nie na zasadzie dowolności występowania. Oznacza to, że jeśli umówiony przedmiot ma zawierać określone wyposażenie, to można uznać zamówienie za prawidłowo wykonane wówczas, gdy to wyposażenie jest jego częścią. Także w potocznym rozumieniu wyposażenie jest elementem związanym z urządzeniem (przedmiotem), ale zawsze razem z nim występującym (wyposażenie jako takie, samo w sobie, nie ma wartości użytkowej; nabiera jej dopiero poprzez współistnienie z urządzeniem, przedmiotem). „Wyposażony” w coś oznacza w związku z tym „zaopatrzone”, czyli posiadający wskazane elementy wyposażenia. W ocenie Odwołującego z treści S1WZ bezspornie wynika, że widownia/trybuna ma być stałym elementem budowli. Nadanie np. dostawionym krzesłom waloru wyposażenia nie znajduje wobec powyższego uzasadnienia.

Jak wskazał Odwołujący potwierdzeniem faktu, że wskazany przez Konsorcjum Erbud dziedziniec nie jest obiektem sportowym, jest także informacja zawarta w Wystąpieniu Pokontrolnym Najwyższej Izby Kontroli Delegatura w Rzeszowie LRZ.411.001.01.2015 D/15/504.

dowód nr 2: Wystąpienie Pokontrolne NIK Delegatura w Rzeszowie LRZ.411.001.01.2015 D/15/504

Jednostka Kontrolowana - Hotel „Arlamów” S.A. w Arłamowie, adres: 38 - 700 Ustrzyki Dolne była Beneficjentem realizacji projektu pn. „Wschodnioeuropejskie Centrum Kongresowo - Sportowe Arłamów” (Projekt), w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, 2007-2013. Jak podniósł Odwołujący w Wystąpieniu Pokontrolnym NIK czytamy (str. 3): „Projekt obejmował dofinansowanie budowy części kongresowo-konferencyjnej i wystawienniczej WCK-S, tj. segmentów A2 i A7. Zgodnie z § 5 ust 8 ww. umowy; okres kwalifikowania wydatków rozpoczął się 6 lutego 2009 r. a kończył się 28 lutego 2012 r.

Segment A2 obejmował 6 kondygnacji, na których znajdowały się:

- poziom minus 2 - pomieszczenia magazynowe, pomieszczenia mieszczące instalacje, kanały technologiczne, 3 dojazdy,
- poziom minus 1 - pomieszczenia przeznaczone na klub nocny i kręgielnię, kanały techniczne,
- poziomy 0 i 1 - sale konferencyjne i hole,
- poziom 2 - pomieszczenia administracyjno-biurowe,
- poziom 3 - pomieszczenia techniczne, instalacje.

Segment A7 obejmował 6 kondygnacji i składał się z:

- poziomu minus 2 - parkingu,
- poziomu minus 1 - poziomu podłogi głównej dziedzińca,
- poziomu 0 - poziomu górnych podłóg dziedzińca (wejścia z poziomu recepcji),
- poziomów 1 i 2 - galerii nad dziedzińcem i łóż VIP,
- poziomu 3 - ukrytych ciągów komunikacyjno - wentylacyjnych.

Pozostałe segmenty WCK-S stanowiły: A1 - hol wejściowy, recepcja i restauracje, A3 - apartamenty, A4 - basen i SPA, A5 i A6- pokoje hotelowe...."

Jak wskazano w uzasadnieniu tekstem pogrubionym Odwołujący zaznaczył segment A7, stanowiący właśnie obiekt dziedzińca/patio, na który Konsorcjum Erbud powołuje się, celem wykazania spełnienia warunku udziału w zamówieniu: obiekt sportowy przeznaczony do

rozgrywania zawodów sportowych, wyposażony w trybunę/widownię na co najmniej 600 miejsc. Tymczasem wg projektu dziedziniec/patio jest częścią wystawienniczą.

Zdaniem Odwołującego wystąpienie NIK potwierdza tym samym, że projektowane obiekty mają funkcje kongresowo- konferencyjne i wystawiennicze, w żadnym wypadku sportowe.

Na marginesie Odwołujący podniósł, że w swojej ofercie (str. 89) Konsorcjum Erbud co prawda wskazuje pełnowymiarową salę do piłki ręcznej, koszykówki i siatkówki, dwa korty tenisowe, część rekreacyjną, ujeżdżalnię koni oraz pełnowymiarowy stadion piłkarski otwarty, ale nie wskazuje przy żadnym z tych obiektów, czy i ile posiada miejsc na trybunie/widowni i czy w ogóle w takową trybunę/widownię jest wyposażony. Tym samym, w ocenie Odwołującego, nie sposób zweryfikować, czy obiekty te spełniają warunek udziału w zamówieniu. Dodatkowo analizując treść wskazanego Wystąpienia Pokontrolnego NIK, można wywnioskować, że żaden z tych obiektów nie był częścią projektu.

W ocenie Odwołującego doświadczenie projektowe zgodne z warunkiem udziału pozwala Zamawiającemu przyjąć, że Projektant zna specyfikę projektowania obiektów sportowych z towarzyszącą im trybuną, a ewentualne doświadczenie w projektowaniu obiektów konferencyjnych nie przynosi Zamawiającemu potwierdzenia oczekiwanych referencji.

Resumując, warunek udziału doświadczenia w projektowaniu obiektu sportowego przeznaczonego do rozgrywania zawodów sportowych, wyposażonego w trybunę/widownię na co najmniej 600 miejsc nie został spełniony w ofercie Konsorcjum Erbud.

Jak wskazał następnie Odwołujący warunek powyższy nie został spełniony również z drugiej przyczyny. Dokumentacja projektowa, tj. projekt budowlany i projekty wykonawcze we wszystkich branżach, tj. architektonicznej, konstrukcyjnej, drogowej i instalacyjnej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę wykonana miała być zgodnie z SIWZ w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert. Termin składania ofert upłynął 20.06.2016 r., zatem referencyjne doświadczenie w projektowaniu musiało zostać zakończone najpóźniej 20.06.2013 r. W wykazie usług na stronie 88 oferty Konsorcjum Erbud wskazano w kolumnie termin realizacji okres „2007-2013” - bez wskazania miesiąca zakończenia projektowania, co ma znaczenie, jak niżej zostanie wykazane. Wszystkie inne pozycje w wykazie usług wskazywały datę w układzie miesiąc - rok, jedynie w przypadku pozycji 4 - dokumentacja projektowa wykonana dla Hotelu Arłamów S.A. - ograniczono się do samego roku rozpoczęcia i zakończenia. Wątpliwości Odwołującego wywołała okoliczność, że na stronie 186 oferty obejmującej referencje zapisano, że inwestycja została zakończona i oddana do

użytkowania 31.12.2013 r. Kiedy zatem zakończono prace projektowe w zakresie dokumentacji projektowej, tj. projekt budowlany i projekty wykonawcze we wszystkich branżach, tj. architektonicznej, konstrukcyjnej, drogowej i instalacyjnej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę? Takiej wiedzy Zamawiający nie uzyskał od Konsorcjum Erbud. W ocenie Odwołującego winien był zatem co najmniej wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia treści dokumentów, której to czynności bezpodstawnie zaniechał w okolicznościach, w których spełnienie warunku dysponowania doświadczeniem w okresie ostatnich trzech lat nie zostało faktycznie wykazane. Prace projektowe mogły bowiem zakończyć się w styczniu, maju lub październiku 2013 roku, co może decydować o spełnieniu lub niewykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zaniechanie wyjaśnienia ww. kwestii i przyjęcie warunku za spełniony w sytuacji braku wiedzy Zamawiającego o spełnieniu warunku jest uchybieniem stanowiącym naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia odwołania dodatkową wiedzą w zakresie terminów realizacji ww. inwestycji uzyskał Odwołujący ze wskazanego już Wystąpienia Pokontrolnego Najwyższej Izby Kontroli Delegatura w Rzeszowie LRZ.411.001.01.2015 D/15/504.

Dowód nr 2: Wystąpienie Pokontrolne NIK Delegatura w Rzeszowie LRZ.411.001.01.2015 D/15/504

W Wystąpieniu Pokontrolnym (str. 16) zapisano: „Decyzje pozwolenia na użytkowanie części obiektu, wydane 25 lutego 2013 r. przez Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Ustrzykach Dolnych dotyczyły segmentów A2 i A7, z tym że pozwoleniem nie objęto: w segmencie A2 poziomu minus 11 a w segmencie A7 poziomu minus 2.”

Zdaniem Odwołującego wynika stąd, że w zakresie segmentu A7 obejmującego dziedziniec/patio w dniu 25.02.2013 r. wydano pozwolenie na użytkowanie (nie dotyczyło parkingu leżącego poza sferą zainteresowania niniejszego odwołania). Skoro w lutym 2013 roku wydano pozwolenie na użytkowanie, istnieją podstawy do twierdzenia, że zakończono w tym zakresie roboty budowlane. W jaki sposób wykazać zatem wykonywanie dokumentacji projektowej dotyczącej dziedzinca do czerwca 2013r.? Zapewne, w ocenie Odwołującego, z tego powodu Konsorcjum Erbud enigmatycznie wskazało w wykazie usług zakończenie wykonywania dokumentacji jedynie oznaczeniem roku 2013, z pominięciem wskazania miesiąca. Z dokumentu NIK wynika, że nie tylko dokumentacja, ale też roboty dotyczące dziedzinca zakończono już w lutym 2013 roku, wobec czego nie potwierdzono w ofercie Konsorcjum Erbud spełnienia warunku udziału, tj. wykonania w okresie ostatnich 3 lat przed

terminem składania ofert dokumentacji projektowej, gdyż wskazano jedynie dokumentację, której wykonywanie zakończono wcześniej niż 3 lata przed otwarciem ofert. Również z tego powodu wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Warunek nr 2

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.2. SIWZ określono warunek udziału:

2.2. W okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie - przeprowadzili samodzielnie lub w imieniu zamawiającego co najmniej 2 postępowania przetargowe prowadzone w reżimie Pzp, w których co najmniej jedna osoba z personelu Wykonawcy brała udział w postępowaniu jako ekspert lub członek komisji przetargowej, i których przedmiotem zamówienia były roboty budowlane o wartości co najmniej 30 000 000,00 zł netto każda, a postępowanie zakończone zostało zawarciem umowy o roboty budowlane.

Dodatkowo w zakresie dotyczącym ww. warunku zostały zadane pytania przez wykonawców i udzielone wyjaśnienia Zamawiającego jak niżej:

Pytanie 1

W ramach zamówienia „Wybór Zarządzającego Projektem - Budowa Ośrodka Narciarstwa Biegowego i Biathlonu w Szklarskiej Porębie - Jakuszycach”

W punkcie III.2.3) Kwalifikacje techniczne; jest punkt o treści:

„2.2. Przeprowadzili jako konsultant, (...), co najmniej 2 postępowania przetargowe prowadzone w reżimie Pzp,(...)”

Czy zapis „w reżimie Pzp” należy rozumieć jako postępowanie przeprowadzone zgodnie z Ustawą Pzp obowiązującą na terenie RP, czy oznacza również każde inne postępowanie prowadzone na obszarze Unii Europejskiej w oparciu o Public Procurement, oparte na obowiązujących Dyrektywach i innych obowiązujących aktach prawnych?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający uzna kwalifikacje wykonawcy, jeśli ten wykaże się doświadczeniem wprowadzeniu co najmniej 2 postępowań przetargowych na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi kraju należącego do Unii Europejskiej.

Pytanie 66

Zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie warunku opisanego w rozdziale VIII ust 2.2., w szczególności czy Zamawiający dopuszcza fakt legitymowania się doświadczeniem, w którym

Wykonawca w ramach jednej umowy oraz jednego Projektu przeprowadziłby kilka postępowań o łącznej wartości przekraczającej 30 mln netto?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie dopuszcza faktu legitymowania się doświadczeniem, w którym Wykonawca w ramach jednej umowy oraz jednego Projektu przeprowadziłby kilka postępowań o łącznej wartości przekraczającej 30 mln zł netto. Wartość 30 mln zł netto dotyczy umowy zawartej w wyniku jednego postępowania przetargowego.

Jak wskazał Odwołujący w ofercie Konsorcjum Erbud na str. 86 w wykazie usług wskazano w poz. 1 na potwierdzenie ww. warunku przetarg na przebudowę Opery na Zamku w Szczecinie obejmujący trzy kontrakty na roboty budowlane, każdy o wartości poniżej 30 mln zł. netto. W wykazie usług zapisano też, że razem kontrakty nr 1, 2 i 3 wyniosły 47 mln zł. Istnienie 3 przetargów, z których każdy zakończył się odrębnym kontraktem potwierdza referencja na str. 90 oferty. W odpowiedzi na pytanie nr 66 Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił, że wartość 30 mln zł netto dotyczy umowy zawartej w wyniku jednego postępowania przetargowego. W ofercie Wykonawcy każdy z kontraktów i zamówień publicznych nie przekroczył 30 mln zł., zatem warunek udziału określony w rozdz. VIII ust. 2.2 w pozycji 1 wykazu usług nie został spełniony.

Na str. 86 w wykazie usług wskazano w poz. 3 na potwierdzenie ww. warunku przetarg na „Budowę instalacji oczyszczenia spalin wraz z modernizacją kotłów OPG 230 w ZW Nowa”, wykonany dla TAM EH Polska Sp. z o.o. W poz. 3 zapisano „Postępowanie prowadzone w reżimie zamówienia publicznego na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi”

Jak wskazano następnie Odwołujący sprawdził ww. przetarg (sygnatura FL/PN/325/2015), którego zapis znajduje się na stronie internetowej TAMEH Polska Sp. z o.o. dowód nr 3: wydruk ze strony internetowej <http://www.tameh.pl/przetargi/>

Zgodnie z ogłoszeniem o ww. przetargu przetarg jest prowadzony zgodnie z przepisami ustawy Kodeks Cywilny oraz na podstawie regulaminu, którego tytuł brzmi: Regulamin wyboru wykonawcy robót budowlanych w zakresie nie objętym ustawą prawo zamówień publicznych).

dowód nr 4: Ogłoszenie o przetargu

dowód nr 5: Regulamin wyboru wykonawcy robót budowlanych

W ocenie Odwołującego z obydwu dokumentów wynika, że - mimo pozornych podobieństw do przetargu ograniczonego z ustawy Pzp - postępowanie prowadzone było bez zastosowania przepisów ustawy Pzp. m.in. nie ogłoszono w SIMAP, w BZP ani żadnym innym dzienniku ogłoszeń o zamówieniach w kraju Unii Europejskiej, obowiązującym w oparciu o Dyrektywę UE, nie przewidziano środków ochrony prawnej, a nadto w §16 Regulaminu zapisano „W szczególnych przypadkach Zamawiający może podjąć w formie uchwały decyzję o odstąpieniu od stosowania postanowień niniejszego regulaminu lub zmienić tryb przewidziany dla danego rodzaju zamówienia”. Ostatni cytat wskazuje, że z woli zamawiającego można całkowicie zmienić reguły postępowania ustalone w przetargu, co przeczy zgodności z jakimikolwiek dyrektywami UE czy przepisami krajowymi. W tym miejscu Odwołujący powtórnie przywołał odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1: Zamawiający uzna kwalifikacje wykonawcy, jeśli ten wykaże się doświadczeniem w prowadzeniu co najmniej 2 postępowań przetargowych na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi kraju należącego do Unii Europejskiej. Przetarg o sygnaturze FL/PN/325/2015 nie został przeprowadzony w reżimie Pzp, jak wymagał tego warunek udziału. Postępowanie nie było również prowadzone zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi kraju należącego do Unii Europejskiej. Przepisy krajowe to obowiązujące w danym kraju ustawy: w Polsce ustawa Pzp i analogiczne ustawy w każdym kraju UE, wydane na podstawie obowiązujących dyrektyw.

W ocenie Odwołującego pozycja nr 3 wykazu usług również nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 2

Zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania Wykonawcy:Konsorcjum Erbud w okolicznościach, w których Konsorcjum Erbud złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wskazał, że jak wyżej wspomniano, w poz. 3 zapisano „Postępowanie prowadzone w reżimie zamówienia publicznego na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi”. W jego ocenie wykonawca działający jako profesjonalista w obrocie gospodarczym musi mieć świadomość skutków oświadczeń, które składa w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z wyżej

przytoczonych dowodów wynika bezsprzecznie, że przetarg na „Budowę instalacji oczyszczenia spalin wraz z modernizacją kotłów OPG 230 w ZW Nowa” wykonany dla TAMEH Polska Sp. z o.o. nie był prowadzony w reżimie zamówienia publicznego na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi. Przetarg regulował jedynie Regulamin wyboru wykonawcy robót budowlanych, a w ogłoszeniu wyraźnie wskazano, że nie stosuje się ustawy Pzp. a z Regulaminu (§16) wynika nawet, że i jego postanowienia mogą zostać zmienione w toku przetargu.

W ocenie Odwołującego oświadczenie Konsorcjum Erbud zawarte w wykazie usług nie odpowiada zatem stanowi faktycznemu, który bez większych problemów można ustalić. Nie ma też w ww. obszarze miejsca na niezrozumienie warunku udziału w postępowaniu, gdyż treść oświadczenia Wykonawcy jest jednoznaczna: Postępowanie prowadzone w reżimie zamówienia publicznego na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi”

Jak następnie wskazał Odwołujący zważywszy, że bez wskazania pozycji nr 3 w wykazie usług warunek udziału nie zostałby spełniony (tylko jedna z 3 pozycji spełnia warunki), stwierdzić należy, że świadomie oświadczone o ww. przetargu jako o zamówieniu publicznym. W tym stanie faktycznym, w ocenie Odwołującego, oświadczenie wyczerpuje znamiona przesłanki art. 24 ust. 2 pkt 3, tj. złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Tym samym Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania Konsorcjum Erbud już z samego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, niezależnie od tego, czy w wyniku ewentualnych uzupełnień dokumentów potwierdzi się spełnianie warunków udziału.

Zważywszy, że pozycje 1 i 3 wykazu usług nie spełniają warunków, Konsorcjum Erbud wykazało doświadczenie w zaledwie jednym postępowaniu o zamówienie w reżimie Pzp, zatem wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Warunek nr 3:

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.4.5. SIWZ określono warunek udziału:

„2.4. Wykażą, że dysponują odpowiednio przygotowanym zawodowo potencjałem osobowym, który będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, w tym osoby:

2.4.5. Projektant Branży Drogowej

- Doświadczenie zawodowe: co najmniej pięcioletnie doświadczenie w projektowaniu w branży drogowej (...)"

Jak wskazał Odwołujący na stronie 147 oferty Konsorcjum Erbud zawarto oświadczenie o kwalifikacjach osoby przewidzianej do pełnienia funkcji projektanta branży drogowej, skąd wynika że uzyskała ona uprawnienia w 2014 r. - sygnatura PDK/0125/POOD/14. Doświadczenie w projektowaniu w branży drogowej można mieć dopiero po uzyskaniu uprawnień, gdyż, jak wskazał Odwołujący, wszelkie wcześniejsze aktywności - nawet jeśli polegają na nauce na studiach lub terminowaniu u boku projektanta - nie stanowią projektowania. Wykonać projekt drogi może jedynie projektant z uprawnieniami. Wskazany przez Konsorcjum Erbud projektant ma zatem 2 - letnie doświadczenie w projektowaniu, więc warunek udziału określony w pkt. 2.4.5. powyżej nie został spełniony, a Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w ww. powodu.

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.4.6. SIWZ określono warunek udziału:

„2.4.6. Specjalista w projektowaniu systemów naśnieżania.

- Doświadczenie zawodowe: co najmniej pięcioletnie letnie doświadczenie w projektowaniu systemów naśnieżania. Ponadto wykonał lub konsultował wykonanie dokumentacji projektowej co najmniej dwóch systemów naśnieżania, każdy o długości rurociągów nie mniejszej niż 1.000 m i liczbie urządzeń naśnieżających (armatek) nie mniejszej niż 10 szt."

Na stronie 151 - 153 oferty Konsorcjum Erbud zawarto oświadczenie o kwalifikacjach osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Specjalista w projektowaniu systemów naśnieżania. Spośród wskazanych w oświadczeniu pozycji wyłącznie ostatnia wykazuje spełnienie ww. warunku udziału. Pozostałe bądź nie dotyczą w ogóle systemu naśnieżania, bądź też nie wskazano w nich liczby urządzeń naśnieżających (armatek) nie mniejszej niż 10 szt. Brakuje zatem drugiego z wymaganych dwóch systemów naśnieżania, każdy o długości rurociągów nie mniejszej niż 1.000 m i liczbie urządzeń naśnieżających (armatek) nie mniejszej niż 10 szt. W ocenie Odwołującego warunek udziału nie został spełniony a Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania.

Zarzut nr 3

Nieudostępnienie do wglądu protokołu postępowania w zakresie wezwania Konsorcjum Erbud do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i niepodleganie wykluczeniu z postępowania i wyjaśnienia treści oferty w okolicznościach, w których protokół postępowania w ww. zakresie jest jawny.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia w dniu 15.09.2016 r. Zamawiający odmówił Odwołującemu wglądu do protokołu postępowania w zakresie wezwania Konsorcjum Erbud do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i niepodleganie wykluczeniu z postępowania i wyjaśnienia treści ofert. Zamawiający uzasadniał odmowę faktem, że treść wezwania obejmowała informacje zastrzeżone przez Konsorcjum Erbud w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie ma uprawnienia do utajniania własnych wezwań i zawiadomień wysyłanych do wykonawców w trakcie postępowania. Nie uzasadnia tego nawet okoliczność, że treść wezwania dotyczy informacji zastrzeżonych. W takich okolicznościach Zamawiający winien sformułować treść wezwania w taki sposób, aby nie naruszyć tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy wzywanego (można odnosić się do numerów stron, stosować pominięcia etc). Odwołujący nie ma nawet informacji, czy wezwano Konsorcjum Erbud do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, na co wskazuje protokół postępowania, czy też do wyjaśnienia treści oferty. Ustalenie tych okoliczności ma duże znaczenie w określeniu, czy nie przekroczono dozwolonego ustawą zakresu do wyjaśnień treści oferty. Jeśli treść oferty (metodologia wykonania zamówienia) dotknięta była brakami, uzupełnienie tych braków może stanowić zmianę treści oferty, co wyczerpuje znamiona art. 87 ust. 1 ustawy. Ten sam skutek rodziłaby ewentualna zmiana w zaoferowanej przez Konsorcjum Erbud metodologii. Reasumując, Odwołujący wnosi o udostępnienie do wglądu protokołu postępowania w zakresie wezwania Konsorcjum Erbud do uzupełnienia i wezwania do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i niepodleganie wykluczeniu z postępowania i wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy.

Wobec przytoczonych powyżej powodów odwołania, Odwołujący podtrzymał żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, jak również zgłosił żądanie zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu

się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów wskazane przez Strony oraz uczestnika postępowania.

Izba dopuściła dowody dołączone wraz z odwołaniem w postaci wydruków ze strony internetowej www.arlamow.pl odnoszących się do dziedzińca (patio) Hotelu Arłamów, w tym fotografii prezentujących jego układ, fotografii dokumentujących odbywające się tam imprezy i zawody sportowe, jak również schematy przykładowych ustawień miejsc siedzących. Izba dopuściła również dowód w postaci Wystąpienia pokontrolnego Najwyższej Izby Kontroli, Delegatura w Rzeszowie (znak LRZ.411.001.01.2015, D/15/504) oraz dowód w postaci wydruków ze strony internetowej www.tameh.pl/przetargi/, w tym ogłoszenia do postępowania przetargowego nr FL/PN/325/2015 dotyczącego projektu pn.: „Budowa instalacji oczyszczania spalin wraz z modernizacją kotłów OPG 230 w ZW Nowa” wraz z Regulaminem wyboru wykonawcy robót budowlanych (w zakresie nie objętym ustawą Prawo zamówień publicznych) dla projektu inwestycyjnego pn.: „Budowla instalacji oczyszczania spalin wraz z modernizacją kotłów OPG 230 w ZW Nowa”.

Izba dopuściła wskazane przez Przystępującego dowody z dokumentów, które zostały zawnioskowane wraz z pismem procesowym z dnia 07.10.2016 r. w postaci fotografii obrazujących prowadzenie imprez sportowych w Hotelu Arłamów, listy referencyjne wystawione dla pana Ł. G. przez T. P. Spółka z o.o. z dnia 23.09.2016 r. E.-W. C. S.A. z dnia 23.09.2016 r. oraz W. I. Spółka z o.o. z dnia 23.09.2016 r., jak również złożony na etapie rozprawy dokument w postaci folderu reklamowego Hotel Arłamów S.A.

Izba dopuściła również przedłożone w toku rozprawy przez Odwołującego dowody w postaci wyników wyszukiwania ogłoszeń o udzielenie zamówienia publicznej instytucji „Opera na Zamku” w Szczecinie oraz wydruków ogłoszeń TED dla Zamawiającego – Opera na Zamku w Szczecinie o następujących numerach:

1. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 18.04.2015 r. numer 2015/S 076 – 133829 obejmującego dostawę pn.: „Technologia teatru muzycznego Opery na Zamku w Szczecinie” o wskazanej początkowej wartości szacunkowej 20 720 850,77 PLN bez VAT;
2. Ogłoszenia o unieważnieniu postępowania – ogłoszenia z dnia 12.06.2014 r. dla Zamawiającego Opera na Zamku w Szczecinie pn.: „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie” – etap II i III ze wskazaną kwotą, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 15 884 126,22 PLN brutto;
3. Ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z dnia 26.06.2014 r. numer 2014/S 120 – 212992, Zamawiający – Opera na Zamku w Szczecinie pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie” – etap II i III; o początkowej szacunkowej wartości całego zamówienia 20 902 248,92 PLN bez VAT;
4. Ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante z dnia 20.06.2014 r. numer 2014/S 117 – 206187, Zamawiający – Opera na Zamku w Szczecinie pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie” – etap II i III; o początkowej szacunkowej wartości całego zamówienia 20 902 248,92 PLN bez VAT.

Izba dopuściła również złożony przez Odwołującego dowód z dokumentu wydruk opatrzonego tytułem „Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie” zawierający opis projektu, w którym wskazano m.in., że przygotowania do realizacji inwestycji rozpoczęły się w roku 2008 i ze względów ekonomicznych realizacja robót budowlanych została podzielona na 3 etapy. Roboty budowlane etapu I (wykonywane przez firmę INEKO Sp. z o.o.) rozpoczęły się 12-05-2011 r., a ich ukończenie zgodnie z umową planowane jest na jesień 2014 r. II i III etap robót budowlanych realizowany jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Zakończenie rzeczowe realizacji inwestycji planuje się na lato 2015 r. W tym samym dokumencie został przedstawiony harmonogram realizacji projektu obejmujący następujące etapy:

1. Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie – roboty budowlane - montażowe i elektroakustyka w zakresie robót budowlanych – montażowych (I etap): termin rozpoczęcia 12.05.2011, termin zakończenia 15.09.2014;

2. Przebudowa opery na Zamku w Szczecinie (etap II i III): termin rozpoczęcia 05.2014, termin zakończenia 03.2015;
3. Dostawa i montaż foteli na widownię: termin rozpoczęcia III kw. 2014, termin zakończenia IV kw. 2014;
4. Technologia teatru muzycznego: termin rozpoczęcia III kw. 2014, termin zakończenia II kw. 2015.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że w dniu 29.03.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE. W dniu 30.03.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplementie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 062 - 107106. Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w dotychczasowym brzmieniu, tj. przed wejściem w życie nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), jak również przepisy dotychczasowych dyrektyw, tj. dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 114) oraz przepisy dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. U. L 134 z 30.4.2004, str. 1), które utraciły swoją moc z dniem 18.04.2016 r.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego na stronie www.ted.europa.eu pod numerem 2016/S 062 – 107106 w sekcji III pkt .2.3) zawarł następujące postanowienia odnoszące się do warunków udziału w postępowaniu:

Kwalifikacje techniczne

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

Posiadają wiedzę i doświadczenie, a także dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia. W szczególności Wykonawcy muszą spełniać następujące warunki:

2.1. Wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum po jednej dokumentacji projektowej, tj. projekt budowlany i projekty wykonawcze we wszystkich branżach, tj. architektonicznej, konstrukcyjnej, drogowej i instalacyjnej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla:

2.1.1. obiektu hotelowego posiadającego nie mniej niż 50 pokoi hotelowych, oraz dla:

2.1.2. obiektu sportowego przeznaczonego do rozgrywania zawodów sportowych, wyposażonego w trybunę / widownię na co najmniej 600 miejsc,

gdzie wartość prac projektowych (wynagrodzenie projektanta) dla każdej z dwóch dokumentacji wynosiła nie mniej niż 500 000 PLN netto dla każdego z obiektów,

lub:

jednej dokumentacji projektowej dla zintegrowanego obiektu hotelowego i sportowego o parametrach opisanych w ppkt 2.1.1. i 2.1.2. gdzie wartość prac projektowych (wynagrodzenie projektanta) wynosiła nie mniej niż 1 000 000 PLN netto.

2.2. Przeprowadzili jako konsultant, w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 postępowania przetargowe prowadzone w reżimie Pzp, w których co najmniej jedna osoba z personelu Wykonawcy brała udział w postępowaniu jako ekspert lub członek komisji przetargowej, i których przedmiotem zamówienia były roboty budowlane o wartości co najmniej 30 000 000 PLN netto każda, a postępowanie zakończone zostało zawarciem umowy o roboty budowlane.

2.3. Wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usługę kompleksowego zarządzania (jako inżynier kontraktu lub inwestor zastępczy) co najmniej 2 zadaniami inwestycyjnymi, z których każde polegało na budowie budynku kubaturowego (z wyłączeniem budynków mieszkalnych) wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie o powierzchni użytkowej nie mniej niż 5 000 m², o wartości usługi (wynagrodzenie inżyniera kontraktu, inwestora zastępczego) nie mniejszej niż 1 000 000 PLN netto. Przez kompleksowe zarządzanie należy rozumieć pełnienie nadzoru inwestorskiego we wszystkich branżach zgodnie z Prawem Budowlanym oraz zarządzanie projektem inwestycyjnym obejmujące co najmniej:

2.3.1. Nadzorowanie jakości prac budowlanych, w tym pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego we wszystkich branżach zgodnie z Prawem Budowlanym.

2.3.2. Nadzorowanie dokumentacji budowy, tj. kontrolowanie jej tworzenia, weryfikowanie jej poprawności, organizowanie i nadzorowanie obiegu dokumentów, archiwizowanie dokumentacji.

2.3.3. Prowadzenie regularnych koordynacyjnych narad budowlanych.

2.3.4. Akceptację podwykonawców i kontrolę rozliczeń pomiędzy nimi a generalnym wykonawcą.

2.3.5. Zarządzanie harmonogramem, tj. stałą kontrolę terminów wykonywania robót budowlanych, wskazywanie opóźnień w wykonywaniu robót i zagrożeń, inicjowanie i nadzór nad wdrożeniem programów naprawczych.

2.3.6. Prowadzenie rozliczeń finansowych, tj. zatwierdzanie okresowych protokołów zaawansowania finansowego robót, sporządzanie świadectw płatności, sporządzenie Tabeli Środków Trwałych.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w określonym przez postawione w treści odwołania zarzuty zakresie zawarł w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ następujące postanowienia:

W rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.1. określono warunek udziału:

2.1. Wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum po jednej dokumentacji projektowej, tj. projekt budowlany i projekty wykonawcze we wszystkich branżach, tj. architektonicznej, konstrukcyjnej, drogowej i instalacyjnej wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę dla:

2.1.1. obiektu hotelowego posiadającego nie mniej niż 50 pokoi hotelowych, oraz dla:

2.1.2. obiektu sportowego przeznaczonego do rozgrywania zawodów sportowych, wyposażonego w trybunę / widownię na co najmniej 600 miejsc, gdzie wartość prac projektowych (wynagrodzenie projektanta) dla każdej z dwóch dokumentacji wynosiła nie mniej niż 0,5 mln zł netto dla każdego z obiektów

lub

jednej dokumentacji projektowej dla zintegrowanego obiektu hotelowego i sportowego o parametrach opisanych w ppkt 2.1.1. i 2.1.2., gdzie wartość prac projektowych (wynagrodzenie projektanta) wynosiła nie mniej niż 1 mln zł netto.

W rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2. określono pierwotnie (wersja SIWZ z dnia 29.03.2016 r. oraz z dnia 29.04.2016 r.) warunek udziału o następującej treści:

2.2. Przeprowadzili samodzielnie lub w imieniu zamawiającego, w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno postępowanie przetargowe w reżimie Pzp i których przedmiotem zamówienia były roboty budowlane o wartości co najmniej 30 mln netto, a postępowanie zakończone zostało zawarciem umowy na roboty budowlane.

Następnie Izba ustaliła, iż w wersji SIWZ z dnia 20.05.2016 r. w rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2. zostały zawarte następujące postanowienia:

W okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności - przeprowadzili samodzielnie lub w imieniu zamawiającego co najmniej 2 postępowania przetargowe prowadzone w reżimie Pzp, z których co najmniej jedna osoba z personelu Wykonawcy brała udział w postępowaniu jako ekspert lub członek komisji przetargowej, i których przedmiotem zamówienia były roboty budowlane o wartości co najmniej 30 000 000,00 zł netto każda, a postępowanie zakończone zostało zawarciem umowy o roboty budowlane.

Izba ustaliła ponadto, iż w wersji SIWZ z dnia 10.06.2016 r. w rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2. zostały zawarte następujące postanowienia:

W okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie - przeprowadzili samodzielnie lub w imieniu zamawiającego co najmniej 2 postępowania przetargowe prowadzone w reżimie Pzp, w których co najmniej jedna osoba z personelu Wykonawcy brała udział w postępowaniu jako ekspert lub członek komisji przetargowej, i których przedmiotem zamówienia były roboty budowlane o wartości co najmniej 30 000 000,00 zł netto każda, a postępowanie zakończone zostało zawarciem umowy o roboty budowlane.

W zakresie postanowień SIWZ odnoszących się do personelu Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SIWZ zawarł m.in. następujące warunki:

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.4.5. SIWZ określono warunek udziału:

„2.4. Wykażą, że dysponują odpowiednio przygotowanym zawodowo potencjałem osobowym, który będzie brał udział w wykonaniu zamówienia, w tym osoby:

2.4.5. Projektant Branży Drogowej

- Doświadczenie zawodowe: co najmniej pięcioletnie doświadczenie w projektowaniu w branży drogowej (...)"

W rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.4.6. SIWZ określono warunek udziału:

„2.4.6. Specjalista w projektowaniu systemów naśnieżania.

- Doświadczenie zawodowe: co najmniej pięcioletnie letnie doświadczenie w projektowaniu systemów naśnieżania. Ponadto wykonał lub konsultował wykonanie dokumentacji projektowej co najmniej dwóch systemów naśnieżania, każdy o długości rurociągów nie mniejszej niż 1.000 m i liczbie urządzeń naśnieżających (armatek) nie mniejszej niż 10 szt."

Izba w oparciu o dokumentację postępowania ustaliła, iż w zakresie warunku opisanego w treści działu VIII SIWZ w ust. 2 pkt 2.2. Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców wyjaśnił w sposób następujący rozumienie tego warunku:

Pytanie 1

W ramach zamówienia „Wybór Zarządzającego Projektem - Budowa Ośrodka Narciarstwa Biegowego i Biathlonu w Szklarskiej Porębie - Jakuszycach”

W punkcie III.2.3) Kwalifikacje techniczne; jest punkt o treści:

„2.2. Przeprowadzili jako konsultant, (...), co najmniej 2 postępowania przetargowe prowadzone w reżimie Pzp,(...)”

Czy zapis „w reżimie Pzp” należy rozumieć jako postępowanie przeprowadzone zgodnie z Ustawą Pzp obowiązującą na terenie RP, czy oznacza również każde inne postępowanie prowadzone na obszarze Unii Europejskiej w oparciu o Public Procurement, oparte na obowiązujących Dyrektywach i innych obowiązujących aktach prawnych?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający uzna kwalifikacje wykonawcy, jeśli ten wykaże się doświadczeniem wprowadzeniu co najmniej 2 postępowań przetargowych na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi kraju należącego do Unii Europejskiej.

Pytanie 66

Zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie warunku opisanego w rozdziale VIII ust 2.2., w szczególności czy Zamawiający dopuszcza fakt legitymowania się doświadczeniem, w którym

Wykonawca w ramach jednej umowy oraz jednego Projektu przeprowadziłby kilka postępowań o łącznej wartości przekraczającej 30 mln netto?

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie dopuszcza faktu legitymowania się doświadczeniem, w którym Wykonawca w ramach jednej umowy oraz jednego Projektu przeprowadziłby kilka postępowań o łącznej

wartości przekraczającej 30 mln zł netto. Wartość 30 mln zł netto dotyczy umowy zawartej w wyniku jednego postępowania przetargowego.

Izba ustaliła, iż w ofercie Przystępującego (Konsorcjum z liderem ERBUD – RZESZÓW Spółka z o.o. zawarte zostały następujące oświadczenia:

Na dokumencie stanowiącym załącznik nr 5 do Części I SIWZ (wzór wykazu wykonanych usług), w ramach której Zamawiający przewidział do wypełnienia 4 kolumny zatytułowane 1. „Opis wykonanej usługi (w tym opis inwestycji dla której świadczona była usługa)”; „Zamawiający”; „Termin realizacji” oraz „Wynagrodzenie netto wykonawcy” Przystępujący zawarł w zakresie warunku VIII pkt 2.2. następujące oświadczenia:

Poz. 1: Przeprowadzenie w imieniu Zamawiającego postępowań na roboty budowlane, dostawy i usługi związane z tym robotami w reżimie Pzp. Przebudowa opery na Zamku w Szczecinie. Postępowanie zostało zakończone zawarciem umowy na roboty budowlane. Osoba z personelu Wykonawcy brała udział jako ekspert komisji przetargowej. Doświadczenie Komplet Inwest Spółka Jawna T.G., E.P.-.N.. Zamawiający – Opera na Zamku w Szczecinie, Korsarzy 34, 70-540 Szczecin; Termin realizacji całości inwestycji: 05.2013 – 12.2015. Postępowanie przetargowe: 05.2013 – rozpoczęcie, 06.2014 – zawarcie umowy o roboty budowlane; Kontrakt nr 2 – 16 481 577,89 zł netto, Kontrakt nr 3 – 18 559 432,36 zł netto. Kontrakt nr 3 – 12 914 146 zł netto; RAZEM Kontrakt nr 1, 2 , 3 roboty: 47 955 156,46 zł netto;

Poz. 2. Przeprowadzenie w imieniu Zamawiającego postępowań na roboty budowlane (Kontrakt nr 1) w reżimie Pzp. Instalacja systemów energii odnawialnej na budynkach użyteczności oraz domach prywatnych w gminach powiatu buskiego i pińczowskiego. Kontrakt 1: Instalacja kolektorów słonecznych na 3 928 budynkach mieszkalnych zlokalizowanych na terenie gmin powiatu buskiego i pińczowskiego oraz 8 instalacji solarnych dla obiektów użyteczności publicznej. Postępowanie zostało zakończone zawarciem umowy o roboty budowlane. Osoba z personelu Wykonawcy brała udział jako ekspert komisji przetargowej. Doświadczenie użyzione Tractebel Engineering S.A. Zamawiający – Gmina Busko – Zdrój, A. Mickiewicza 10, 28-100 Busko – Zdrój; Kontrakt nr 1: 03.2013 – rozpoczęcie, 05.2014 – zawarcie umowy o roboty budowlane. Kontrakt nr 1: 36 000 872,19 zł netto;

Poz. 3: Przeprowadzenie w imieniu Zamawiającego postępowania na roboty budowlane. Budowa instalacji oczyszczalnia spalin wraz z modernizacją kotłów OPG 230 w ZW Nowa.

Postępowanie zostało zakończone zawarciem umowy o roboty budowlane. Postępowanie prowadzone w reżimie zamówienia publicznego na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi. Osoba z personelu Wykonawcy brała udział jako ekspert komisji przetargowej. Doświadczenie użyte Tractebel Engineering S.A., Zamawiający - TAMEH Polska sp. z o.o., Piłsudskiego 92/102b Dąbrowa Górnicza; Termin realizacji: 05.2015, 02.2016, Wynagrodzenie netto: 215 000 000,00 zł netto.

Dla pozycji nr 1 przedstawionej w zakresie warunku VIII pkt 2.2. Przystępujący na str. 90 – 94 oferty zamieścił potwierdzenie należytego wykonania usługi (wystawione w Szczecinie dnia 25.01.2016 r.) w który wskazano m.in., że w ramach pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu Firma Komplet Inwest sp. j. wykonywała następujące czynności: udział w postępowaniach przetargowych w roli eksperta we wszystkich postępowaniach na roboty budowlane, dostawy i usługi związane z tymi robotami. W ramach informacji obejmującej charakterystykę kontraktów zostało wskazane:

Kontrakt nr 2 – Przebudowa Opery na Zamku w Szczecinie – etap I, wartość 16 481 577,89 zł netto;

Kontrakt nr 3 – Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. Przebudowa na Zamku w Szczecinie – etap II i III, wartość 18 559 432,36 zł netto;

Kontrakt nr 4 – Technologia Teatru Muzycznego, wartość 12 914 146,34 zł netto.

W zakresie warunku VIII pkt 2.1. Przystępujący w ofercie w tabeli na str. 88 – 89 zawarł m.in. następujące oświadczenia:

Poz. 4: Koncepcja wielobranżowa, proj. Budowlany, przetargowy i projekty wykonawcze we wszystkich branżach wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę, projekty wnętrz, przedmiar robót, kosztorysy, nadzór autorski dla inwestycji: „Wschodnioeuropejskiego Centrum Kongresowo – Sportowego”, w którego skład wchodzi m.in.: Hotel (200 pokoi) – SPA z kompleksem basenowym (basen wewnętrzny i zewnętrzny termalny, część konferencyjno – widowiskowa (sal konferencyjno o pow. 1487,47 m², sala widowiskowo – wielofunkcyjna o pow. 2500 m² zadaszona pokryciem szklanym o rozpiętości 42-56m. W hotelu znajduje się zadaszony dziedziniec przeznaczony do organizacji imprez sportowych i kulturalnych o pow. 2500 m² wraz z widowiskiem mogącym pomieścić maksymalnie 2000 osób; Pełnowymiarowa sala do piłki ręcznej, koszykówki i siatkówki (o wyższe olimpijskiej) o rozpiętości 30 m; 2 korty

tenisowe – 19 m i 21,2 m o łącznej rozpiętości 40,2 m; część rekreacyjna (fitness, siłownia, squash); ujeżdżalnia koni wykonana zgodnie z wymogami zawodów międzynarodowych o rozpiętości 22 m; pełnowymiarowy stadion sportowy otwarty do piłki nożnej. Doświadczenie MWM Architekci Spółka z o.o. Zamawiający – Hotel Arłamów S.A., Arłamów, 38-700 Ustrzyki Dolne. Termin realizacji: 2007 – 2013; Wynagrodzenie netto wykonawcy – wartość usługi: 6 000 000,00 zł netto.

Izba ustalił, iż w ofercie Przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku odnoszącego się do personelu wykonawcy na str. 127 oferty na stanowisko projektanta branży drogowej został wskazany w załączniku nr 7 (wzór wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia) w poz. 8 p. Ł. G., zaś na stanowisko specjalisty ds. projektowania systemów naśnieżania w poz. 9 ww. wykazu został wskazany p. Jan J.

Następnie Izba ustaliła, iż na str. 147 – 150 oferty Przystępującego (załącznik na 9 do części I SIWZ) dla p. Ł. G. jako projektanta branży drogowej zostały wskazane informacje o jego doświadczeniu zawodowym, w tym numer uprawnień budowlanych wskazując na rok 2014 ich wydania.

Na str. 151 - 153 oferty Przystępującego zawarto oświadczenie o kwalifikacjach osoby przewidzianej do pełnienia funkcji Specjalista w projektowaniu systemów naśnieżania.

W dniu 19.07.2016 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, gdzie m.in. w pkt 3 wezwał wykonawcę o wyjaśnienie terminu wykonania dokumentacji projektowej w zakresie wykonania usługi określonej w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.1. SIWZ w związku z treścią poświadczenia wystawionego przez Spółkę Hotel Arłamów S.A. w kwestii, czy termin wykonania dokumentacji projektowej spełnia wymóg SIWZ – wykonane dokumentacji w terminie 3 lat przed złożeniem ofert. W pkt 4 powyższego wezwania Zamawiający odniósł się do treści załącznika nr 9 do SIWZ dotyczącego Specjalisty w projektowaniu systemów zaśnieżania wskazując, że z przedstawionego dokumentu nie wynikało spełnienie wymogu SIWZ w zakresie dysponowania potencjałem zawodowo osobowym określonym w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.4.6. – brak wskazania, czy co najmniej 2 z realizowanych przez Specjalistę inwestycji były wyposażone w systemy naśnieżania, każdy o długości rurociągów nie mniejszej niż 1.000 m i liczbie urządzeń naśnieżających (armatek) nie mniejszej niż 10 szt.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący wskazał w piśmie z dnia 27.07.2016 r., że dokumentacja projektowa dla Hotelu Arłamów S.A. na potrzeby rozbudowy Ośrodka Wypoczynkowego „Arłamów” była wykonywana w okresie od sierpnia 2007 r. do grudnia 2013 r. włącznie. Z uwagi na fakt, iż investorem był podmiot prywatny, projekty wykonawcze były wykonywane na bieżąco, w toku realizacji inwestycji – dołączając w tym zakresie na potwierdzenie tej okoliczności dodatkowe oświadczenie Inwestora z dnia 26.07.2016 r. Następnie Przystępujący złożył w zakresie pkt 4 pisma Zamawiającego z dnia 19.07.2016 r. wyjaśnienia wskazujące w ramach jakich projektów czynności projektowe wykonywała osoba wskazana w ofercie na stanowisko Specjalisty projektowania systemów naśnieżania ze wskazanie dla każdej inwestycji długości rurociągów (odpowiednio 2500 mb, 1720 mb oraz 1030 mb) oraz ilości armatek (odpowiednio 39, 28 i 12 armatek) przedkładając załącznik nr 9 uzupełniony w powyższe dane.

Izba następnie ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 13.09.2016 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum ERBUD – RZESZÓW Spółka z o.o., Jasionka 942, 36-001 Jasionka; MWM Architekci Spółka z o.o., ul. Partyzantów 1A/335, 35-242 Rzeszów; Komplet Inwest Spółka jawna T.G., E.P.-N., ul. 11-go Listopada 91K, 66-400 Gorzów Wielkopolski oraz Komplet Inwest Spółka z o.o. Spółka komandytowa, ul. 11 – go Listopada 91K, 66-400 Gorzów Wielkopolski. Oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego się do warunku udziału w postępowaniu zawartego w treści działu VIII ust. 2 pkt 2.1. SIWZ w

zakresie charakteru obiektu (obiekt sportowy) oraz wymogu dotyczącego trybuny/widowni na co najmniej 600 miejsc Izba uznała, iż powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając dowody w postaci treści SIWZ, jak również wykazy zrealizowanych usług zawartego w ofercie Przystępującego (poz. 4 wykazu ze str. 88 – 89), dołączonych do oferty referencji oraz przedłożonego przez Przystępującego na rozprawie folderu reklamowego Hotelu Arłamów uznała, iż obiekt ten spełnia wymagania ujęte przez Zamawiającego w treści SIWZ. Po pierwsze obiekt ten jest wielofunkcyjnym obiektem sportowo – wypoczynkowo – rekreacyjnym składającym się w ramach całego kompleksu z kilku obiektów sportowych, gdzie mogą być rozgrywane i rozgrywane są imprezy oraz zawody o charakterze sportowym – co w ocenie Izby wpisuje się w wymóg odnoszący się do charakteru obiektu. W tym zakresie Izba nie uwzględniła argumentacji Odwołującego, w szczególności odniesienia do Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. Po pierwsze Zamawiający w treści warunku nie zawarł odniesienia do tej klasyfikacji, po drugie nie zawarł również żadnego odniesienia do jakiegokolwiek definicji legalnej w tym zakresie. Tym samym w ocenie Izby przedstawiony przez Przystępującego obiekt Hotel Arłamów jest zintegrowanym obiektem hotelowo – sportowym ujętym w drugiej części alternatywny z warunku określonego w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 2.1. SIWZ.

Wśród znajdujących się w tym kompleksie obiektów już sam pełnowymiarowy stadion piłkarski dysponuje łączną liczbą 770 miejsc siedzących na dwóch symetrycznie rozmieszczonych trybunach – co pozwala przyjąć, iż drugi z wymaganych przez Zamawiającego elementów, jednocześnie stanowiących drugą podstawę faktyczną zarzutu Odwołującego, został spełniony przez ten obiekt. Dodatkowo w obiekcie znajduje się szereg innych obiektów o przeznaczeniu sportowym, wyposażonych w trybuny i widownie – a zatem ich łączna liczba wielokrotnie przekracza ujęty w treści działu VIII SIWZ ust. 2 pkt 1.2. warunek.

Tym samym Izba uznała, w kontekście podniesionego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, iż wskazany przez Przystępującego obiekt potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu ujętego w dziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.1. Odwołujący formułując zarzut odniósł się jedynie do fragmentu obiektu wskazanego przez Przystępującego (zadaszonego dziedzińca – patio) – zaś zasadność zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należy oceniać w kontekście sformułowanego przez Zamawiającego warunku, który zawiera alternatywę umożliwiającą wskazanie jednego zintegrowanego obiektu. Taki też obiekt został wskazany w treści oferty Przystępującego, w tym wymienione zostały w treści wykazu (poz. 4 str. 88 – 89) wchodzące w skład kompleksu obiekty sportowe (korty tenisowe, sale sportowej, dziedzińiec, część rekreacyjna, ujeżdżalnia koni oraz pełnowymiarowy stadion sportowy do piłki nożnej).

I choć Przystępujący nie zawarł, zarówno w wykazie, jak również w dołączonych referencjach, wszystkich elementów pozwalających na pełną i kompleksową ocenę spełnienia przez niego warunku, zaś Zamawiający nie wezwał go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie Izba uznała, iż dowody przedłożone przez Przystępującego w toku rozprawy nie pozwalają na uwzględnienie powyższego zarzutu. Odwołujący, ze względu na brak informacji co do czynności badania i oceny oferty Przystępującego, nie mógł ocenić postępowania Zamawiającego i tym samym sformułować zarzutu z art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 3. Jednakże względy ekonomiki postępowania oraz zasady ujęte w treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp zdecydowały o oddaleniu powyższego zarzutu.

Zarzut nr 2

Oceniając w kontekście zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp obejmującego termin realizacji prac projektowych odnoszących się do inwestycji budowy „Wschodnioeuropejskiego Centrum Kongresowo – Sportowego” Hotel Arłamów wskazać należy, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W tym zakresie bowiem Przystępujący przedstawił na etapie wyjaśnień treści oferty oświadczenie Inwestora wskazujące na okoliczność, że prace projektowe na powyższym obiekcie były realizowane do końca 2013 r., na co wskazał również Przystępujący w toku rozprawy podnosząc, że ze względu na charakter obiektu oraz inwestora (obiekt komercyjny realizowany dla inwestora prywatnego) projektu wykonawcze, w tym technologiczne były realizowane na bieżąco przez cały okres realizacji inwestycji.

Wobec powyższych dowodów i twierdzeń Przystępującego Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych konstruując powyższy zarzut w oparciu o domniemanie wynikające z jego przypuszczeń, że zakończenie robót budowanych w 31 grudnia 2013 r. wskazuje na wcześniejsze, tj. przed 3 letnim okresem poprzedzającym składanie ofert, zakończenie prac projektowych. Odwołujący konstruując powyższy zarzut założył bowiem błędnie, iż Zamawiający nie uzyskał w tym zakresie żadnych informacji od Przystępującego – czemu przeczy korespondencja prowadzona w toku postępowania między Zamawiającym a Przystępującym (wezwanie z dnia 19.07.2016 r. oraz udzielone wyjaśnienia z dnia 27.07.2016 r. wraz z dowodami na ich potwierdzenie).

Tym samym brak dowodów potwierdzających postawiony zarzut i oparcie go jedynie na przypuszczeniach przesądziło o jego oddaleniu.

Zarzut nr 3 i 4

W zakresie zarzutu opartego o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odnoszącego się do warunku ujętego w treści Rozdziału VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2. Izba wskazuje, iż ustalony stan faktyczny oraz dowody przedstawione w toku postępowania odwoławczego przez Odwołującego potwierdziły powyższy zarzut.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż zarówno Zamawiający, jak również wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego oraz Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznająca dane odwołanie są związani treścią postanowień SIWZ, w tym zakresem znaczeniowym tych postanowień doprecyzowanym w ramach wyjaśnień oraz odpowiedzi na pytania wykonawców. Zakres ten bowiem decyduje o zakresie wymagań postawionych przez Zamawiającego i tym samym istniejących pomiędzy uczestnikami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego otoczeniu prawnym i faktycznym.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz fakt istnienia pomiędzy Stronami sporu co do treści warunku ujętego w Rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2. Izba za konieczne uznała dokonanie wykładni treści tego warunku udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu jego literalnej treści, kierunku dokonywanych zmian oraz treści odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców. Jak wynika z przebiegu postępowania warunek ten uległ kilku modyfikacjom, w tym był przedmiotem dwóch zapytań ze strony wykonawców. Analizując kierunek związany z ewolucją jego treści wskazać należy, iż z jednej strony uległ on zaostrzeniu, zaś w zakresie jednego aspektu liberalizacji połączonej z doprecyzowaniem jego zasadniczego elementu.

W ostatecznym kształcie jego wykładnia pozwala na przyjęcie, iż w ramach omawianego warunku Zamawiający żądał aby spełnione były łącznie następujące elementy:

- wykonawcy w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy to w tym okresie;
- winni przeprowadzić samodzielnie lub w imieniu zamawiającego;
- co najmniej dwa postępowania przetargowe;
- prowadzone w reżimie Pzp;
- w ramach których co najmniej jedna osoba z personelu wykonawcy brała udział w postępowaniu jako ekspert lub członek komisji przetargowej;
- dla których to postępowań przedmiotem zamówienia były roboty budowlane;
- o wartości co najmniej 30 000 000,00 zł netto każda z tych robót;
- z jednoczesnym zastrzeżeniem aby każde z tych postępowań zakończone zostało zawarciem umowy o roboty budowlane;
- przy czym Zamawiający liberalizując powyższy warunek rozciągnął pojęcie „reżim Pzp” również na postępowania przetargowe prowadzone na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi kraju należącego do Unii Europejskiej – a więc odniósł go do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego realizowanych na całym obszarze UE;

- przy założeniu, że zawarta umowa na roboty budowlane o wartości co najmniej 30 000 000,00 zł netto ma być wynikiem przeprowadzenia jednego postępowania przetargowego.

Dodatkowo, odnosząc się do wykładni uwzględniającej pytanie zadane przez jednego z wykonawców, jak również literalną treść pierwotnego oraz zmienionego warunku przez postępowanie prowadzone w reżimie Pzp należy rozumieć każde postępowanie prowadzone w kraju Unii Europejskiej w oparciu o obowiązujące tam przepisy stanowiące implementację dyrektyw z obszaru zamówień publicznych (ang. public procurement).

Biorąc pod uwagę powyższe zgodzić się należy z Odwołującym, iż postępowanie prowadzone w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego uzupełnionego regulaminem wewnętrznym nie może zostać uznane za postępowanie prowadzone w reżimie Pzp, gdyż przez postępowanie prowadzone pod „reżimem Pzp” Zamawiający uznał jedynie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy krajowe Państw Członkowskich UE implementujące dyrektywy z tego obszaru. Nie sposób bowiem uznać, odnosząc się do argumentacji Przystępującego, iż postępowanie wyłączone spod przepisów (czy to krajowych, czy innych Państw Członkowskich UE) jest postępowaniem objętych „reżimem” postępowań właściwych dla zamówień publicznych. Sama zgodność prowadzonej procedury z jakimikolwiek przepisami nie powoduje, iż są one wpisane w określony reżim – w tym wypadku sformalizowany tryb (postępowanie przetargowe) właściwe dla zamówień publicznych. Możliwość prowadzenia postępowania poza procedurą właściwą dla postępowań o udzielenie zamówienia publicznego stanowi bowiem o ich wyjęciu poza określonego reżimu i poddania procedurom o łagodniejszym rygorze niż preferowany przez Zamawiającego.

W powyższym zakresie, tj. w odniesieniu do poz. nr 3 wykazu Przystępujący co do zasady nie zaprzeczył faktom, iż postępowanie odnoszące się do „Budowy instalacji oczyszczania spalin wraz z modernizacją kotłowni OPG 230 w ZW Nowa” nie było prowadzone jako zamówienie publiczne w oparciu o procedurę uregulowaną w treści ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym zakresie skupił się jedynie na wykładni warunku udziału w postępowaniu wskazując, że postępowanie prowadzone zgodnie z określonymi przepisami ustawy Pzp i w zgodzie z nimi, nawet jeżeli jest objęte wyłączeniem spod tych regulacji, spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek. Jak wyżej wskazano nie sposób zgodzić się z taką tezą, zaś tego typu twierdzenia Izba uznała za przyjętą przez Przystępującego taktykę procesową związaną z postawionym przez Odwołującego zarzutem naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do drugiego z aspektów ujętych w powyższym warunku i związanego z podniesionym przez Odwołującego zarzutem naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskazać należy, iż odpowiedź na pytanie nr 66 jednoznacznie przesądziła o tym, że zawarta umowa na roboty budowlane o wartości co najmniej 30 000 000,00 zł netto ma być wynikiem przeprowadzenia jednego postępowania przetargowego. W ocenie Izby przedstawione przez Zamawiającego rozumienie tego warunku jest jasne i klarowne – zatem jego wykładnia nie powinna nastroczać żadnych trudności.

Mając na uwadze powyższe, odnosząc się do wskazanych przez Przystępującego w treści oferty (str. 86 - 87) trzech usług na potwierdzenie spełniania warunku ujętego w Rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2. wskazać należy, iż pierwsza z nich nie spełnia tego warunku ze względu na zawarcie 3 kolejnych umów o udzielenie zamówienia publicznego, z których każda z tych umów jest umową o wartości poniżej 30 000 000,00 z netto i każda z nich została poprzedzona odrębnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższą okoliczność Zamawiający mógł częściowo ustalić w oparciu o sam wykaz usług (załącznik nr 5 do części I SIWZ, str. 86 oferty Przystępującego, poz. 1, kolumna nr 5) wraz z dokumentem potwierdzającym ich należyte wykonanie (str. 90 – 94 oferty Przystępującego). Jednakże w powyższym zakresie Odwołujący przedstawił zarówno dowody w postaci ogłoszeń z serwisu SIMAP (Tenders Electronic Daily) odnoszących się do tych postępowań, jak również informację w postaci opisu przebiegu procesu inwestycyjnego, wraz z jego harmonogramem, którym to dowodom i opartym na nich twierdzeniom Przystępujący ani nie zaprzeczył, ani tym bardziej nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych w tym zakresie.

Powyższe zatem oznacza, że wśród 3 usług wskazanych na potwierdzenie powyższego warunku dwie z nich należy pominąć, jako nie spełniające wszystkich elementów wpisujących się w jego pełną konstrukcję, co tym samym przesądziło o uznaniu, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż wobec postawienia w odwołaniu także zarzutu przedstawienia w zakresie warunku określonego w Rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2. nieprawdziwych informacji o ewentualnej przedwczesności zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym o uwzględnieniu odwołania w kontekście treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp będzie decydowało, czy zarzut z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdzi się w realiach niniejszej sprawy. Jak wynika z ustaleń Izby Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanego wyżej warunku. Tym samym nie potwierdzenie się zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji spowoduje, iż będzie on zobligowany do przeprowadzenia procedury uregulowanej w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut nr 5

W zakresie zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podniesionego przez Odwołującego w ramach Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku tegoż postępowania złożone zostały, przez tychże wykonawców, nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi zostać spełnione łącznie kilka przesłanek:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania;
- do weryfikacji prawdziwości tych informacji musi istnieć konieczność pozyskania informacji spoza oświadczeń składanych przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- działanie wykonawcy winno mieć charakter celowy i świadomy nakierowany zarówno na wprowadzenie zamawiającego w błąd, jak również na uzyskanie wskutek wykorzystania tego błędu na uzyskanie zamówienia – musi zatem mieć charakter kierunkowy, co wynika z orzecznictwa sądów powszechnych.

Biorąc pod uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Należy w tym miejscu wskazać, iż szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania są informacje przedkładane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem. W tym miejscu należy również wskazać, iż Zamawiający swoje decyzje w tym zakresie opiera na oświadczeniach własnych wykonawców lub dokumentach wystawionych przez podmioty trzecie.

Odnosząc się do istniejącego w sprawie stanu faktycznego w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż informacje odnoszące się do spełnienia warunku udziału w postępowaniu ujętego w treści Rozdziału VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2. zostały złożone przez Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ich złożenie miało wpływ na jego wynik, gdyż pozwoliło Zamawiającemu na uznanie, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu – co w następstwie poskutkowało wyborem oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Następnie Izba wskazuje, iż o tym, że informacje te spełniają przesłanki ujęte w treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp decyduje okoliczność, iż aby dokonać weryfikacji ich prawdziwości konieczne się stało niejako „wyjście” poza dokumentację postępowania celem identyfikacji rzeczywistego stanu rzeczy w tym zakresie, tj. konieczne stało się pozyskanie dodatkowych informacji spoza dokumentacji postępowania.

Otóż analizując oświadczenie woli złożone przez Przystępującego w zakresie pozycji nr 3 wykazu znajdującego się na str. 86 i 87 jego oferty Izba wskazuje, że w zakresie usługi obejmującej postępowania na roboty budowlane dotyczącego „Budowy instalacji oczyszczania spalin wraz z modernizacją kotłów OPG 230 w ZW Nowa” Przystępujący opatrzył tę pozycję jednoznacznie z punktu widzenia treści warunku i ujętych w nim wymagań, oświadczeniem, że „Postępowanie prowadzone w reżimie zamówienia publicznego na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi”. Powyższy fragment jest, w ocenie Izby, znamieny w kontekście stanowiska prezentowanego na rozprawie przez Przystępującego. Jeżeli bowiem ten ostatni, jak twierdził w toku rozprawy miał pełną świadomość, iż wskazana w poz. 3 wykazu usługa odnosiła się do postępowania prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Kodeks cywilny i okoliczności tej Przystępujący nie miał zamiaru ukrywać przed Zamawiającym to wyżej wskazany fragment jego oświadczenia wiedzy przeczy takiej tezie wskazując jednoznacznie, że intencją Przystępującego było właśnie ukrycie tego faktu i wywołanie u Zamawiającego mylnego wrażenia, że usługa ta odnosiła się do zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi.

Powyższe zaś spowodowało, iż Zamawiający w sposób nie budzący żadnych wątpliwości uznał ten warunek za spełniony, nie żądał w tym zakresie żadnych wyjaśnień od Przystępującego i w ocenie Izby nie miał w tym zakresie podstaw do kwestionowania złożonych przez Przystępującego oświadczeń. Zdaniem Izby Przystępujący wykazał jednoznacznie, przez wskazanie dwóch nie budzących wątpliwości pozycji wykazu (poz. nr 2 i poz. nr 3), że spełnia ten warunek za pomocą oświadczeń własnych złożonych w ofercie. Dopiero przedstawione przez Odwołującego dowody, które wskazały rzeczywisty stan rzeczy,

pozwoili na uznanie, że stan faktyczny przedstawia się odmiennie od zaprezentowanego w treści oferty Przystępującego.

W tym zakresie brak jest również jakichkolwiek dowodów na to, że Zamawiający w toku postępowania posiadał lub z oferty Przystępującego mógł pozyskać informacje, że postępowanie wskazane w poz. 3 ww. wykazu było prowadzone na podstawie przepisów ustawy Kodeks cywilny i wewnętrznego regulaminu postępowania – jak argumentował w tym zakresie Przystępujący odnosząc się do treści pisma procesowego z dnia 07.10.2016 r. Izba wskazuje w tym miejscu, iż w ramach środków ochrony prawnej ocenie podlegają czynności przedsiębrane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – zatem fakt niejako potwierdzenia okoliczności związanej z omawianym zarzutem po wpłynięciu odwołania nie ma w tym zakresie znaczenia.

Co do celowości przedstawienia Zamawiającemu nieprawdziwych informacji wskazać należy, iż kontekst w jakim pojawiły się te informacje, w tym przy uwzględnieniu w ocenie Izby jednoznacznej odpowiedzi Zamawiającego na pytanie odnoszące się do tego warunku, jak również okoliczności związane z ich przedstawieniem nie mogą być wynikiem pomyłki, czy też błędnego odczytania treści warunku. Jak słusznie bowiem wskazał Odwołujący wykonawcy uczestniczący w przedmiotowym postępowaniu są profesjonalistami, będąc jednocześnie stałymi uczestnikami rynku zamówień publicznych. Ponadto kwestią bezsporną była okoliczność, iż uzyskanie informacji na temat trybu w jakim prowadzone było postępowanie ujęte w poz. 3 na str. 87 – 88 oferty Przystępującego nie nastęcza żadnych trudności.

Izba wskazuje, że o jednoznacznej treści warunku decydują w szczególności jego zmiany dokonane w toku postępowania, jak również odpowiedź Zamawiającego na pytanie odnoszące się do tego warunku. Również to, że istniejący pierwotnie warunek, który odnosił się do krajowej regulacji w postaci ustawy Prawo zamówień publicznych, został przez Zamawiającego zliberalizowany w wyniku odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców i tym samym rozciągnięty na wszystkie akty prawne Państw Członkowskich UE implementujących dyrektywy unijne regulujące proces ubiegania się o zamówienia publiczne.

Tym samym Izba uznając, że rozumienie postawionego w tym zakresie warunku nie powinno nastęczać wykonawcom żadnych trudności uznała, iż nie sposób uznać, że mogło dojść do sytuacji, w ramach której Przystępujący mógł zakładać, że wskazana w poz. 3 wykazu usługa warunek ten spełnia. Gdyby tak było w tabeli na str. 87 jego oferty nie znalazłaby się informacja, że postępowanie to było prowadzone jako zamówienie publiczne, lecz zostałoby wskazane, że jest to postępowanie prowadzone w oparciu o przepisy ustawy Kodeks cywilny i wewnętrzny regulamin i objęte jest wyłączeniem spod reżimu ustawy Pzp.

Następnie wskazać należy, iż przy uwzględnieniu argumentacji Przystępującego, który przyznał, że posiadał wiedzę na temat procedury właściwej dla postępowania wskazanego w poz. 3 wykazu znajdującego się na str. 87 – 88, oferty trudno założyć, że jej zamieszczenie

tam było wynikiem niedbalstwa, bądź omyłki. O powyższym świadczy również fakt, któremu Przystępujący nie zaprzeczył, że zdobycie informacji o procedurze właściwej dla tego postępowania jest czynnością nie nastrożającą większych trudności.

Zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): *Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.*

Jak zatem wynika z okoliczności niniejszej sprawy konieczność „wyjścia” poza dokumentację postępowania w celu dotarcia do informacji o rzeczywistym stanie rzeczy przesądza w sposób jednoznaczny, iż w ramach niniejszego postępowania doszło do złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji.

Następnie Izba wskazuje, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2015 r. o sygn. akt KIO 177/15, w ramach którego wskazano, że: *Hipoteza art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp obejmuje takie nieprawdziwe informacje, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego przez zamawiającego postępowania. Przy czym rozróżnienie poczynione w aktualnie obowiązującym brzmieniu przepisu służy wyłącznie usunięciu wątpliwości, że jego zastosowanie obejmuje również nieprawdziwe informacje składane w postępowaniach wieloetapowych na etapie kwalifikacji podmiotowej. W takim przypadku, w odróżnieniu od postępowań jednoetapowych lub etapu złożenia oferty, takie nieprawdziwe informacje, co najwyżej, mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Reasumując, w zależności od trybu postępowania lub etapu, na którym się aktualnie znajduje nieprawdziwe informacje albo mają wpływ albo mogą mieć wpływ na jego wynik.*

Z obu powyżej wyszczególnionych przesłanek traktowanych łącznie wynika z kolei związek przyczynowo skutkowy, polegający na tym, że nieprawdziwe informacje wypaczyły lub mogą wypaczyć wynik postępowania, który przedstawiałby się inaczej, gdyby wykonawca

nie podał nieprawdziwych informacji, a zamawiający nie wziął ich pod uwagę jako odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy.

Tym samym w ramach stwierdzonego przez Izbę stanu faktycznego doszło do wypaczenia wyniku postępowania, gdyż Zamawiający założył i miał prawo zakładać, w oparciu o informacje przekazane przez Przystępującego (Jego oświadczenie wiedzy), że ten ostatni spełnia warunki udziału w postępowaniu, co następnie poskutkowało uznaniem jego oferty za najkorzystniejszą.

W dalszej kolejności odnieść się należy do orzecznictwa sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE gdzie zajęto stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV Ca 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Z powyższego Sąd wywiódł, że nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd.

Jednakże obecnie w orzecznictwie dopuszcza się również możliwość wykluczenia wykonawcy, który z winy nieumyślnej dopuścił się złożenia nieprawdziwych informacji lub złożenie takich informacji było wynikiem niedbalstwa. Jak wskazał Izba w przywołanym wyżej wyroku z dnia 11 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 177/15 *W praktyce wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Natomiast wykonawca z łatwością może uwolnić się od odpowiedzialności oświadczając, że nie miał zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd, a podanie nieprawdziwej informacji było wynikiem omyłki lub też niesprawdzenia informacji uzyskanej od kogoś innego.*

Zupełnie inaczej przedstawia się możliwość przypisania wykonawcy niedbalstwa, czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd

informacji. Na podstawie art. 14 pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przepisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności {por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03}.

W niniejszym stanie faktycznym przedstawiona przez Przystępującego argumentacja i przyjęta przez Niego taktyka procesowa stanowi źródło poznania, co do rzeczywistych zamiarów jakimi kierował się składając oświadczenie w zakresie warunku ujętego w Rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.2. Przystępujący z jednej strony wskazywał na odmienne rozumienia warunku udziału w postępowaniu, przy jednoczesnym oświadczeniu, że nie chciał wprowadzić Zamawiającego w błąd co do rzeczywistego stanu rzeczy - co stoi w sprzeczności z jego własnym oświadczeniem złożonym w wykazie w pozycji nr 3 na str. 87 i str. 88 oferty, że wskazana tam usługa odnosiła się do postępowania prowadzonego „(...) w reżimie zamówienia publicznego na obszarze Unii Europejskiej zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie dyrektywami i przepisami krajowymi”.

Jeżeli zatem Przystępujący miał świadomość, że postępowanie na „Budowę instalacji oczyszczania spalin wraz z modernizacją kotłów OPG 230 w ZW Nowa” jest wyłączone spod reżimu ustawy Prawo zamówień publicznych i prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Kodeks cywilny i wewnętrzny regulamin, zaś spełnienia warunku upatrywał w odmiennym jego rozumieniu, swoim oświadczeniem w ofercie wywołał mylne przeświadczenie co do rzeczywistego stanu rzeczy wypełniając tym samym hipotezę normy prawnej ujętej w treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z tego też względu Izba stwierdziła jak na wstępie.

Zarzut nr 6

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w odniesieniu do przedstawienia na potwierdzenie spełniania warunku ujętego w treści Rozdziału VIII ust. 2 pkt 2.4.5. SIWZ (Projektant branży drogowej) Izba wskazuje, iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

Izba wskazuje, iż w jej ocenie analizując treść postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu nie sposób wywieść, że co najmniej pięcioletnie doświadczenie w projektowaniu w branży drogowej winno zostać zdobyte (powiązane) z posiadanymi przez osobę wskazaną na to stanowisko uprawnieniami do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Jak słusznie wskazał Przystępujący w toku rozprawy nie sposób bowiem uznać, że osoby bez odpowiednich uprawnień

budowlanych nie mogą być w posiadaniu doświadczenia zawodowego, w tym że nie mogą wykonywać czynności projektowych. Otóż ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane osobom posiadającym uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przyznaje wyłączne prawo do pełnienia tych funkcji w toku procesu budowlanego i tym samym uzyskania statusu uczestnika w ramach tego procesu – co nie stoi na przeszkodzie powierzaniu innych czynności osobom nie posiadającym stosownych uprawnień. Wszakże tego rodzaju czynności są wykonywane w toku praktyk zawodowych, jak również w toku realizacji prac projektowych w zespołach lub pracowniach projektowych, w ramach których istnieją projektanci nadzorujący te prace (projektanci sprawdzający i zatwierdzający dokumentację projektową) , którzy niejako „firmują” dokumenty wytworzone w ramach zespołu projektowego.

Tym samym treść warunku ujętego w Rozdziale VIII SIWZ ust. 2 pkt 2.4.5. powoduje, iż nie sposób uznać, że Przystępujący nie wykazał jego spełnienia.

Zarzut nr 7

W zakresie zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego się do specjalisty ds. projektowania systemów naśnieżania Izba wskazuje, iż Odwołujący nie posiadając informacji w tym zakresie błędnie wywodził, iż Zamawiający nie dysponował informacjami odnoszącymi się do tego specjalisty.

Otóż jak zostało ustalone w oparciu o dokumentację postępowania Zamawiający zwrócił się do wykonawcy pismem z dnia 19.07.2016 r. o wyjaśnienie i uzupełnienie dokumentów w tym zakresie otrzymując wyczerpujące wyjaśnienia oraz uzupełnienie dokumentów wraz z pismem dnia 27.07.2016 r. Powyższe wraz z przywołaniem szczególnych danych na temat osoby wskazane na stanowisko specjalisty ds. projektowania systemów naśnieżania zostało również wskazane przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 07.10.2016 r.

Tym samym powyższy zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 8

W zakresie zarzutu z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp związanego z zaniechaniem Zamawiającego przekazania dokumentacji postępowania, w szczególności korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia Izba wskazuje, iż powyższy zarzut potwierdził się częściowo.

W ocenie Izby o ile wyjaśnienia składane przez wykonawców, jak również składane przez nich dokumenty mogły być i były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, nic nie stało na

przeszkodzie aby Zamawiający udostępnił wykonawcom treść wezwań po usunięciu z nich informacji objętych tą tajemnicą

Powyższe zaniechanie, oprócz naruszenia jednej z fundamentalnych zasad odnoszących się do systemu zamówień publicznych (zasady jawności wyrażonej w treści art. 8 ust. 1 ustawy Pzp), doprowadziło również do sytuacji, że Odwołujący był zmuszony do formułowania zarzutów nie posiadając nawet podstawowych informacji o procesie badania i oceny ofert – czego najlepszym przykładem jest zarzut odnoszący się do specjalisty ds. projektowania systemów naśnieżania.

Mając na uwadze uwzględnienie zarzutów z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp Izba w konsekwencji stwierdziła również naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

