

Sygn. akt: KIO 1709/14

WYROK
z dnia 2 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2014 r. przez Odwołującego **WUPROHYD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni**, ul. Kopernika 78, 81-456 Gdynia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku**, ul. Zamknięta 18, 80-955 Gdańsk

przy udziale

Wykonawcy **URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, ul. Rejtana 17, 02-516 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża WUPROHYD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez WUPROHYD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku na *opracowanie dokumentacji projektowej dla inwestycji: Rozbudowa nadbrzeży wraz z pogłębieniem Toru wodnego w Porcie Wewnętrznym w Gdańsku Zadanie 2 Dokumentacja projektowa dla rozbudowy Nadbrzeża Oliwskiego* (znak postępowania: IU/IH/2014/012), wobec czynności Zamawiającego polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania i odrzucenia jego oferty, wykonawca WUPROHYD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 20 sierpnia 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1709/14).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 19.04.2014 r., 2014/S 078-137840.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę określoną w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2014 r. przekazał wykonawcom faksem informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo, że nie potwierdził on spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie warunku wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 5.2.1 siwz, a w konsekwencji;
- 2) art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który winien być wykluczony, a przez to:
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia kryteriów ustalonych w siwz i ustawy;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

- wykonawców wyrażającej się w ograniczeniu prawa Odwołującego do uzyskania zamówienia, w sytuacji gdy on sam i jego oferta spełnia wymagania siwz i ustawy nie podlega ani wykluczeniu, ani odrzuceniu, a jego oferta jest najkorzystniejsza cenowo;
- 5) art. 7 ust. 3 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. siedzibą w Warszawie, który podlegał wykluczeniu, a więc został wybrany przez Zamawiającego niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów, Odwołujący wskazywał na brak spełnienia przez wykonawcę URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia, tj. realizacji co najmniej trzech dokumentacji projektowych (potwierdzonych dowodami, że usługi te zostały wykonane należycie) obejmujących swoim zakresem projektowanie morskich budowli hydrotechnicznych, o których mowa w par. 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budynki hydrotechniczne i ich usytuowanie, w tym co najmniej jednej usługi, w której wartość zakresu, o którym mowa powyżej jest nie mniejsza niż 400.000,00 PLN (bez VAT). Wykonawca wykazał się usługami, których nie wykonywał, a w związku z poprawieniem przez Zamawiającego treści oferty wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, dwa podmioty realizujące usługi referencyjne zostały wykreślone z oferty i nie stanowią podmiotów, na zasobach których może się powoływać wykonawca na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy. W świetle powyższego, uznanie przez Zamawiającego, że wykonawca URS Polska Sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu w oparciu o doświadczenie podmiotów trzecich, nie biorących de facto udziału, ani w postępowaniu przetargowym, ani nie mogących brać udziału w realizacji zamówienia jest sprzeczne z ustawą. Zamawiający dopuścił się zaniechania wykluczenia wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. z postępowania, pomimo, że wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Z ostrożności, Odwołujący zakwestionował również usługę wskazaną w pozycji 1 wykazu, jako nie spełniającą warunku udziału w postępowaniu, zarówno co do zakresu, jak i co do terminu jej realizacji. Z dokumentów (wykazu oraz referencji) wynika, iż usługa obejmowała jedynie sporządzenie przez URS Scott Wilson Ltd. projektu wykonawczego, który w świetle definicji zawartej w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 02.09.2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót

budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, nie wyczerpuje zakresu przedmiotowego „dokumentacji projektowej”, gdyż stanowi jeden z elementów wymienionych w treści rozporządzenia. Odwołujący zakwestionował również przedmiotowe referencje w zakresie daty ich wystawienia, co było również przedmiotem wyjaśnień, do których złożenia wykonawca został wezwany przez Zamawiającego. Udzielona odpowiedź jest wewnętrznie sprzeczna i jako taka nie mogła być uznana przez Zamawiającego. Z referencji wystawionych w dniu 11.11.2011 r. przez władze portowe Sri Lanki rzeczywiście wynika, że firma URS Scott Wilson Ltd realizowała inwestycję na którą składały się trzy elementy, natomiast od roku 2008 do dnia wystawienia referencji zrealizowane zostały *usługi konsultacyjne i nadzoru nad projektem*. A zatem w referencjach ewidentnie wskazano na zrealizowanie na dzień wystawienia referencji pełnego zakresu inwestycji, a w szczególności sporządzenia projektu wykonawczego oraz dokumentacji i nadzoru nad robotami budowlanymi. Załączenie niezatwierdzonego przez nikogo harmonogramu (brak podpisu) bliżej nieokreślonej inwestycji (brak nazwy, nr projektu, etc.) sporządzonego specjalnie na potrzeby przedmiotowego przetargu (harmonogram jest polsko-angielski) nie ma absolutnie żadnej wartości dowodowej. Tym bardziej, że przedmiotowy harmonogram odwołuje się do inwestycji rozpoczętej w roku 2009, podczas gdy w referencjach mowa jest o inwestycji zainicjowanej w roku 2003. Uzasadnionym jest stwierdzenie, że usługa wykonania projektu wykonawczego została wykonana dużo wcześniej niż dzień wystawienia referencji, a co za tym idzie nie mieści się w zakresie czasowym wymaganym przez Zamawiającego (okres ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert). Wobec powyższego, wykonawca URS Polska Sp. z o.o. nie załączył do oferty dowodów potwierdzających, że usługa została wykonana należycie, co w obliczu skorzystania przez Zamawiającego z wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 i złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy winno być równoznaczne z wykluczeniem wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zamawiający w dniu 22 sierpnia 2014 r. przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwaniem do zgłoszenia udziału. W dniu 25 sierpnia 2014 r. wpłynęło do Izby przystąpienie URS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie Zamawiającego.

Stanowisko Izby

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę. W szczególności, nie znalazły uznania

zastrzeżenia przystępującego do postępowania wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. dotyczące braku umocowania osoby sporządzającej odwołanie. Do odwołania załączone zostało pełnomocnictwo z dnia 14.08.2014 r., z którego wynikało umocowanie pełnomocnika do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie odwołania wykonawcy od czynności Zamawiającego – *Zarządu Portu Gdańsk S.A.* podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonym w przedmiocie: *„Opracowanie dokumentacji projektowej dla inwestycji: Rozbudowa nabrzeży wraz z pogłębieniem Toru wodnego w Porcie Wewnętrzny w Gdańsku” Zadanie 2 Dokumentacja projektowa dla rozbudowy Nabrzeża Oliwskiego*, o wartości szacunkowej powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S 078-137840 z dnia 19 kwietnia 2014 roku. Pełnomocnicy umocowani zostali w szczególności do: *wniesienia odwołania, reprezentowania Wykonawcy na rozprawie oraz wszystkich związanych z tym czynności.*

W oparciu o przywołaną treść pełnomocnictwa Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy. Pełnomocnictwo załączone do odwołania chociaż w sposób niedokładny określało zamawiającego, to bezspornie dotyczyło umocowania do wniesienia odwołania od czynności podjętych/zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Omyłka pisarska polegająca na ominięciu jednego człona nazwy Zamawiającego nie wpływała na ustalenie, iż zostało ono udzielone w związku z przedmiotowym postępowaniem. Istotnym dla ustalenia, iż odwołanie wniesione zostało przez podmiot uprawniony (wykonawcę) było to, że jego treści umożliwiało identyfikację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co pozwalało rozwiązać ewentualną wątpliwość wynikającą z niedokładnego oznaczenia Zamawiającego. Brak wskazania na umocowanie do „podpisania odwołania”, przy zakresie umocowania obejmującym umocowanie do jego wniesienia, pozostawało bez wpływu na ocenę działania pełnomocnika. Do wniesienia odwołania konieczne jest jego uprzednie sporządzenie, a żeby było ono skuteczne i prawnie doniosłe konieczne jest zachowanie formy pisemnej. W ocenie Izby, zastrzeżenie wykonawcy co do rodzaju czynności objętej pełnomocnictwem, nie znajdowało uzasadnienia, gdyż przy określeniu rodzaju czynności mocodawca rozszerzył umocowanie na wszystkie czynności związane z wniesieniem odwołania, a więc również na jego sporządzenie, czy też podpisanie, stanowiące czynność techniczną.

W związku z powyższym, Izba nie stwierdziła, aby wystąpiła przesłanka do odrzucenia odwołania wskazana w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści oferty URS Polska Sp. z o.o. wyjaśnień składanych w toku postępowania, dokumentów przedłożonych na rozprawie oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). W toku rozprawy przystępujący odmawiał stwierdzenia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w związku z ceną brutto oferty tego wykonawcy przekraczającą kwotę, jaką Zamawiający podał przy otwarciu ofert. Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierza do wzruszenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, czynność nieprawidłowej oceny oferty konkurencyjnej wybranej jako najkorzystniejsza, mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz prowadzić do powstania szkody, przez pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Izba nie uwzględniła argumentacji prezentowanej przez przystępującego, w której uzasadniał brak interesu po stronie Odwołującego tym, iż wartość oferty brutto przekraczała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wskazaną przy otwarciu ofert. Izba stoi na stanowisku, iż okoliczność, ta nie może wpływać na ustalenie istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie jest możliwe do ustalenia na obecnym etapie postępowania, czy w wyniku ponownej oceny ofert, stanowiłaby ona podstawę do unieważnienia postępowania, czy też Zamawiający uzyskałby dodatkowe środki pozwalające na wybór oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaleń faktycznych.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród czterech złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert.

Zarzuty Odwołującego dotyczyły czynności oceny oferty wybranej za najkorzystniejszą – URS Polska Sp. z o.o., wykonawcy który w ocenie Odwołującego podlegał wykluczeniu powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji jego oferta powinna być uznana za odrzuconą. Podstawą zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi okoliczność braku wykazania spełnienia warunku opisanego w pkt 5.2.1 siwz, w którym Zamawiający wymagał,

od wykonawców wykazania się realizacją w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej trzech dokumentacji projektowych (potwierdzone dowodami, że usługi te zostały wykonane należycie) obejmujących swoim zakresem projektowanie morskich budowli hydrotechnicznych, o których mowa w par. 2 pkt 6 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budynki hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1998 r., nr 1010, poz. 645), w tym co najmniej jedna usługa, w której wartość zakresu, o którym mowa powyżej jest nie mniejsza niż 400.000,00 PLN (bez VAT).

Wykonawca URS Polska Sp. z o.o. wykazał się trzema usługami projektowymi, realizowanymi przez podmioty udostępniające swój potencjał: URS Scott Wilson Ltd (rozbudowa portu w Kolombo, pozycja 1 wykazu), URS Hong Kong Limited (terminal kontenerowy 3 Kwai Chung, poz. 2 i 3 wykazu). Do oferty załączone zostały zobowiązania obu podmiotów do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy składaniu oferty oraz wykonywaniu zamówienia (tłumaczenia na str. 37 oraz 52 oferty).

Kwestionowana w odwołaniu referencja z 11.11.11 (projekt w zakresie rozbudowy Portu w Kolombo – pozycja pierwsza wykazu) potwierdza między innymi sporządzenie *projektu wykonawczego oraz dokumentacji przetargowej na potrzeby robót w zakresie infrastruktury portowej, dokumentów przetargowych w zakresie koncesji na Południowy Terminal Kontenerowy*.

W toku oceny oferty Zamawiający w piśmie z dnia 09.07.2014r., wystąpił do URS Polska Sp. z o.o. o uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów, wskazując, iż z dokumentu mającego potwierdzać wykonanie usługi projektowej na rzecz Portu w Kolombo („Port Authority Colombo”), *nie wynika, że usługa została wykonana należycie*, ponieważ data wystawienia dokumentu (2011 r.) poprzedza zakończenie realizacji usługi, wskazaną w przedziale czasowym 02.2008 – 08.2012 r.

W piśmie z dnia 11.07.2014 r. URS Polska Sp. z o.o. wyjaśnił, iż inwestycja była podzielona na 3 osobne usługi, w tym wykonanie Dokumentacji Projektowej, którego to elementu dotyczą przedłożone referencje. Usługa nadzoru zakończyła się później tak jak cała inwestycja – daty 08.2012 dotyczą ukończenia inwestycji jako takiej, a nie zakończenia realizacji Dokumentacji Projektowej. Wykonawca przyznał, iż projekt musiał być już wykonany i odebrany w dniu wystawienia referencji (11.11.2011r.). Na dowód powyższego przesłał harmonogram realizacji inwestycji uzyskany od zagranicznych partnerów. Harmonogram prezentuje w formie graficznej etapy prac w obszarach. Z opisu zamieszczonego poniżej tabeli wynika, iż większość prac projektowych planowana była do końca września 2010 r. i jedna do sierpnia 2011 r.

W dniu 29 lipca 2014 r. Zamawiający wystąpił o wyjaśnienie okresu, tj. daty rozpoczęcia i zakończenia realizacji usługi na rzecz Portu w Kolombo w części dotyczącej dokumentacji projektowej *obejmującej swoim zakresem projektowanie morskich budowli hydrotechnicznych.*

W wyjaśnieniach z dnia 30 lipca 2014 r. URS Polska Sp. z o.o. wskazało, że *okres realizacji dokumentacji projektowej wykonanej na rzecz Portu Kolombo „Port Authority Colombo” obejmował okres od 02.2008 (26.02.2008 został podpisana umowa z Klientem) do 08.2011 kiedy to zakończono prace projektowe dla ostatniego z elementów dokumentacji projektowej, stanowiący wraz z pozostałymi zaprojektowanymi elementami całość techniczno-użytkową portu. Wyżej wymieniona data została wskazana w harmonogramie przekazanym Państwu wraz z naszą odpowiedzią na wezwanie do wyjaśnień z dnia 11 lipca 2014 r.*

Pismem z dnia 17 lipca 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawcę URS Polska Sp. z o.o. o poprawieniu w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian treści oferty, tj. wykreślono z pkt 9 formularza ofertowego podwykonawców, na których zasoby wykonawca się powołuje, w związku z zamiarem realizacji zamówienia własnymi siłami określonym przez niewypełnienie pola nr 8 formularza ofertowego oraz oświadczeniem samych podmiotów, o braku uczestnictwa w procesie realizacji zamówienia oraz poprawiono oznaczenie faktycznych zamawiających ustalonych na podstawie załączonych referencji.

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych, Izba oddaliła w całości zarzuty podnoszone w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Izba oddaliła, uznając twierdzenia Odwołującego, w których dowodził brak możliwości uwzględnienia potencjału podmiotów trzecich w związku z poprawieniem innej niezgodności oferty z treścią siwz, za bezzasadne. Nie można utożsamiać czynności Zamawiającego poprawienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy przez wykreślenie z formularza oferty podwykonawców, z wykluczeniem możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego. Za ugruntowane w orzecznictwie należy uznać stanowisko, iż dla możliwości powołania się na potencjał podmiotów trzecich nie jest konieczne zapewnienie udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia. Koniecznym jest wykazanie, iż udostępnienie potencjału powinno być realne, tj. aby wykonawca miał rzeczywistą możliwość skorzystania z potencjału w trakcie realizacji zamówienia (por. wyrok SO w Lublinie z 20.12.2012 r., sygn. akt IX Ga 347/12, wyrok SO w Warszawie z 31.08.2012 r., sygn. akt V Ca 3061/12). Jedynym argumentem, mającym decydować o braku możliwości skorzystania z potencjału podmiotów trzecich, na który powoływał się Odwołujący, było wykreślenie oświadczenia o podwykonawcy z formularza oferty. Na wstępie należy zauważyć, iż pojawiające się w orzecznictwie rozbieżności w

ocenie dopuszczalności posługiwania się potencjałem podmiotu udostępniającego swój potencjał wynikające z potrzeby jego udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, dotyczyły zamówień na roboty budowlane, a nie usługi, jak w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto Izba uznała, iż samo poprawienie treści oferty przez Zamawiającego nie oznacza rezygnacji wykonawcy z możliwości skorzystania z art. 26 ust. 2b ustawy. Stąd przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający zobowiązany był uwzględnić doświadczenie podmiotów udostępniających swój potencjał Odwołującemu. Odwołujący nie kwestionował skuteczności zobowiązań o udostępnieniu potencjału, natomiast odwołując się do zapisów o możliwym sposobie skorzystania z zasobu, dodatkowo argumentował brak możliwości uznania, iż podmioty te będą uczestniczyć w realizacji zamówienia. Powyższe nie mogło prowadzić do pozbawienia wykonawcy URS Polska Sp. z o.o. możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich.

Odwołujący z ostrożności zakwestionował pierwszą usługę z wykazu, wskazując jej niezgodność zarówno co do zakresu jaki i terminu realizacji.

Izba uznała, iż usługa wskazana w pozycji pierwszej wykazu potwierdza spełnienie warunku wykonania usługi projektowej w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, obejmującej swoim zakresem projektowanie morskich budowli hydrotechnicznych. Izba uznała za nieuprawnione ocenianie usługi w oderwaniu od jej kompleksowego charakteru. Wprawdzie możliwym było ustalenie, iż etap projektowania jako poprzedzający prowadzenie prac budowlanych mógł w zasadniczej części zakończyć się dalej niż na 3 lata przed upływem terminu składania ofert, to jednak w świetle bezspornej okoliczności, iż cała umowa zakończyła się w sierpniu 2012 r., w tym etap projektowy, stanowiący wraz z pozostałymi zaprojektowanymi elementami całość techniczno-użytkową portu, w sierpniu 2011 r., ustalenie to pozostawało to bez wpływu na wynik oceny spełnienia warunku. Odwołujący nie kwestionował, iż przedmiotowa inwestycja obejmowała między innymi projektowanie morskiej budowli hydrotechnicznej – rozbudowa Portu w Kolombo. Samo stwierdzenie, iż prace projektowe poprzedzają etap budowy, nie jest wystarczającym dowodem przeciwko treści referencji, w której potwierdzono zakończenie etapu prac obejmującego między innymi sporządzenie projektu wykonawczego. Data wystawienia referencji (11.11.11) dotyczyła zakońzonego etapu projektowego, a nie jak twierdził Odwołujący – zakończenia całej inwestycji, w tym również robót budowlanych. Izba uznała, iż data ta powinna być brana pod uwagę, przy braku dowodów przeciwnych. Okoliczność, iż ostatni z elementów projektowych dotyczyć miał parkingu, nie została udowodniona, a jeżeli nawet przyjąć, iż zostało to przyznane przez niezaprzeczenie strony przeciwnej, nie miałyby to znaczenia, gdyż element ten stanowił całość techniczno-użytkową portu.

Odwołujący dokonał nadinterpretacji treści warunku, przez twierdzenie o konieczności wykazania się doświadczeniem w opracowaniu dokumentacji projektowej służącej do opisu

przedmiotu zamówienia (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej (...)). Izba uznała, iż sporządzenie dokumentacji wykonawczej stanowiło potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba pominęła część argumentacji podnoszonej na rozprawie mającej uzasadnić zarzut zaniechania wykluczenia URS z postępowania, opartej na nowych okolicznościach nie podnoszonych w odwołaniu, a dotyczących usług z pozycji 2 i 3 wykazu usług, jako wykraczającej poza zakres zarzutu podniesiony w odwołaniu.

Powyższe prowadziło zatem do oddalenia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a w konsekwencji również oddalenia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tys. zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: