

Sygn. akt: KIO 1648/18

**WYROK
z dnia 31 sierpnia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę H. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Autorska Pracownia Projektowa „DOM” H. S., ul. Lipcowa 12, 35-303 Rzeszów w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Dom Kultury w Rzeszowie, ul. Stefana Okrzei 7 — skr. poczt. 20, 35-050 Rzeszów

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: H. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Autorska Pracownia Projektowa „DOM” H. S., ul. Lipcowa 12, 35-303 Rzeszów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: H. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Autorska Pracownia Projektowa „DOM” H. S., ul. Lipcowa 12, 35-303 Rzeszów tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Wojewódzki Dom Kultury w Rzeszowie, ul. Stefana Okrzei 7 — skr. poczt. 20, 35-050 Rzeszów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Kompleksowe opracowanie Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla obiektu Podkarpackiego Centrum Nauki (PCN)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 586286-N-2018 z dnia 10 lipca 2018 r.

W dniu 10 sierpnia 2018 r. Odwołujący: H. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Autorska Pracownia Projektowa „DOM” H. S., ul. Lipcowa 12, 35-303 Rzeszów otrzymał od Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Pracowni Projektowej Fil M. F., ul. Grochowska 6B, 31-521 Kraków.

Nie zgadzając się z powyższą decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 16 sierpnia 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając jej:

1) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp poprzez nieodpowiednie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w zakresie „wykonania należytej usługi o wartości minimum 100.000 zł brutto, polegającej na opracowaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla inwestycji/obiektu użyteczności publicznej” w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w sytuacji gdy Odwołujący spełnił ww. warunek,

2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Skarżącego z przedmiotowego postępowania, pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W związku z powyższymi zarzutami, Odwołujący wnosił o:

1) uchylenie zaskarżonej decyzji w przedmiocie wykluczenia i dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

• ewentualnie o:

2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 10 sierpnia 2018 r.,

3) wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp do

złożenia dokumentów lub wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż ww. czynność Zamawiającego została dokonana w sposób wadliwy i w związku z powyższym powinna zostać unieważniona.

Po pierwsze, stwierdził, że w toku postępowania dokonano bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego.

Przypomniał, że pismem z dnia 2 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał go do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w którym wskazywał że Odwołujący nie potwierdził w sposób dostateczny warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. należytego wykonania przynajmniej jednej usługi o wartości minimum 100.000 zł brutto, polegającej na opracowaniu Programu funkcjonalno-użytkowego dla inwestycji/obiektu użyteczności publicznej.

W odpowiedzi na powyższe, w piśmie z dnia 3 sierpnia 2018 r. Odwołujący wyjaśnił, że w załączonym do oferty wykazie usług przedstawiono 11 pozycji/tematów, które w swym zakresie uwzględniały również program funkcjonalno-użytkowy. Koszt wykonania podanych usług był w kilku przypadkach wyższy, niż wymagane 100.000 zł.

Zaznaczył przy tym, że w przypadku, gdy Odwołujący wykonywał również inne czynności niż samo opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego (np. dodatkowo doradztwo inwestorskie, nadzór autorski itp.) nie istniał obowiązek wyodrębniania, czy też oddzielania zakresu opracowań.

Oczywistym dla Odwołującego jest, że skoro wartość danej usługi opiewała na kwotę znacznie wyższą niż 100.000 zł brutto i zakres tej usługi uwzględniał w swej treści również opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego, to informujący spełnił warunek podania usługi o wartości min. 100.000 zł brutto na opracowanie tego programu.

Powyższego – zdaniem Odwołującego - nie zmienia okoliczność, że w tabeli stanowiącej załącznik do oferty nie zostało wyszczególnione, na jaką konkretnie kwotę opiewała wartość wykonanej usługi.

Według Odwołującego - jeżeli Zamawiający posiadał w tym zakresie wątpliwości, bądź też wymagał, aby wartość usługi opracowania programu funkcjonalno-użytkowego była

wyodrębniona, to jego obowiązkiem było uprzednie wezwanie Odwołującego o przedłożenie wykazu usług z wyszczególnionym opracowaniem programu funkcjonalno-użytkowego i podaniem wartości danego opracowania.

Tymczasem, zgodnie z twierdzeniem Odwołującego - Zamawiający nie tylko nie zawarł powyższego żądania w treści wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z dnia 2 sierpnia 2018 r. (zgodnie z obowiązkiem wynikającym z art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp), ale co więcej odgórnie i bezpodstawnie założył, że Odwołujący takiego warunku nie spełnił.

Powyższe, jak wskazał, skutkowało z kolei niezgodnym z prawem wykluczeniem go z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp, a następnie uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zaakcentował przy tym, że obowiązek wyodrębnienia usługi na opracowanie programu funkcjonalno-użytkowego o wartości min. 100.000 zł brutto nie został podany ani wprost (tj. nie został skonkretyzowany) w treści SIWZ ani w treści skierowanego do niego wezwania.

Zwrócił również uwagę, że w zapytaniu Zamawiającego w toku postępowania przetargowego pojawił się następujący zapis: „Programu funkcjonalno-użytkowego” dla zamierzenia inwestycyjnego pt. „Podkarpackiego Centrum Nauki PCN) wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów, harmonogramem rzeczowo-finansowym z podziałem na poszczególne zadania i wizualizacją”.

W ocenie Odwołującego - z powyższego założenia Zamawiającego wynika jednoznacznie, że oczekiwaniem Zamawiającego było nie tylko wykazanie doświadczenia (w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej) w opracowywaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego, ale również:

- doradztwo Inwestorskie,
- nadzór autorski,
- koncepcja,
- wizualizacja.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający nie skonkretyzował i nie opisał tego wymogu nawet w „Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 10 sierpnia 2018 r. i nie podał konkretnej przyczyny wykluczenia go z postępowania, wskazując ogólnikowo na niespełnienie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tzn. niewykazania

należytego wykonania przynajmniej jednej usługi o wartości minimum 100.000 zł brutto, polegającej na opracowaniu Programu Funkcjonalno-Użytkowego dla inwestycji/obiektu użyteczności publicznej”.

Dodatkowo, Odwołujący wskazuje, że w załączonym do oferty wykazie usług w pkt. 6 wskazano usługę, której wartość opiewała na 170.000 zł („Centrum Kongresowe Obwodu Lwowskiego w Truskawcu na Ukrainie”).

Według Odwołującego - już samo uwzględnienie tej pozycji przez Zamawiającego powoduje spełnienie wymogu wykazania usługi o wartości min. 100.000 zł.

Z powyższego wynika – w przekonaniu Odwołującego, że jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do tej usługi (również w zakresie opracowania programu funkcjonalno-użytkowego i jego wartości) to jego obowiązkiem było wezwanie go do wyjaśnienia tej kwestii i jasne, skonkretyzowane wskazanie, czego żądanie dotyczy.

Wskazał, że gdyby nawet wyjaśnienie tej kwestii nie było wystarczające, to przecież sam Zamawiający mógł zwrócić się tak do niego o przedłożenie odpowiednich dokumentów (w tym informacji/referencji) pochodzących od podmiotu, dla którego wykonywał usługę.

Dalej, argumentował, że jeżeli zaś z jakiejś przyczyny uzyskanie takich informacji byłoby z przyczyn obiektywnych niemożliwe (a za taką sytuację można bez wątplenia uznać obowiązek terminowego uzyskania dokumentów od podmiotu zagranicznego, np. z Ukrainy), to w takim wypadku i tak Zamawiającemu, winno wystarczyć samo oświadczenie Wykonawcy.

W związku z powyższym Odwołujący przypomnieć, że w pkt. III 5) SIWZ dot. Wykazu oświadczeń lub dokumentów składanych przez Wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy pzp (III 5.1 - w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu) sam Zamawiający wskazał następujący obowiązek:

„Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w

przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy(...).

A zatem – w ocenie Odwołującego - samo oświadczenie Wykonawcy było wystarczające do uwzględnienia usługi wykonywanej na Ukrainie i co za tym idzie potwierdziło spełnienie obowiązku o wykazaniu usługi na opracowanie, programu funkcjonalno-użytkowego min. 100.000 zł.

W tymże kontekście Odwołujący zaznaczył, że wartość referencji to nie tylko kryterium finansowe, ale przede wszystkim: wielkość budynku, jego kubatura i poziom zaawansowania technologicznego.

Przekonywał, że referencyjny obiekt, o którym mowa powyżej, realizowany w Truskawcu na Ukrainie był o programie funkcjonalno-użytkowym i parametrach technicznych budynku w stosunku do założonych parametrów technicznych PCN i PFU - znacznie większy.

Wyjaśnił, że wizje projektu i jego programu (którego Odwołujący załączył do wglądu przez Zamawiającego, pismem z dnia 3 sierpnia 2018r.) wywołały pozytywne wrażenie na stronie ukraińskiej, w której składzie był między innymi Wiceminister Republiki Ukraińskiej, przedstawiciel Unii Europejskiej, Marszałek Obwodu Lwowskiego i Prezydent Miasta Truskawca.

Niezależnie od powyższego przypomniał, że do odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący załączył informację o doświadczeniu Wykonawcy, w której wskazano, że wykonał on program funkcjonalno-użytkowy zespołu mieszkalno-handlowo-użytkowego z częścią biurową w Boguchwale o wartości 150.000 zł wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi.

Powyższe wskazanie dotyczyło tylko i wyłącznie programu funkcjonalno- użytkowego, jak też dotyczyło usługi o wartości niewątpliwie wyższej niż 100.000 zł.

Ewentualne wątpliwości Zamawiającego nie mogą dotyczyć – zdaniem Odwołującego - również zakwalifikowania zespołu mieszkalno-handlowo-użytkowego z częścią biurową jako inwestycji/obiektu użyteczności publicznej, albowiem niewątpliwie inwestycja ta, tj. „zespół mieszkalno-handlowo- użytkowy z częścią biurową” stanowi obiekt użyteczności publicznej.

Wskazał przy tym, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z dnia 12 kwietnia 2002 r. (Dz.U. 2015 poz. 1422) § 3 ust. 6 „budynek użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny”.

Odwołujący podniósł, że brak jest zatem podstaw do stwierdzenia, że zespół mieszkalno-handlowo-usługowy z częścią biurową nie jest obiektem użyteczności publicznej.

Według Odwołującego - Zamawiający z niewiadomych przyczyn nie uwzględnił ww. usługi, a tym samym przesądził o niespełnieniu warunku opracowania programu funkcjonalno-użytkowego o wartości min. 100.000 zł.

Odwołujący ponownie zaznaczył, że jeżeli po stronie Zamawiającego powstały również i w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości, to obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Skarżącego do ich wyjaśnienia, a ponieważ Zamawiający zaniechał tych czynności, wybór oferty najkorzystniejszej w dniu 10 sierpnia 2018 r. uznać należy za wadliwy i konieczne staje się dokonanie ponownego wyboru.

Zatem w tych okolicznościach - nie ma znaczenia dla Odwołującego fakt, że ponowna analiza dokonanej czynności wyboru ofert najkorzystniejszej była skutkiem złożenia przez jednego z wykonawców informacji o dostrzeżonych naruszeniach.

Reasumując Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał bezpodstawnego wykluczenia jego oferty z postępowania przetargowego, a biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów odwołanie winno zostać uwzględnione a czynności zamawiającego powtórzone.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Odwołującego, odwołania, wezwania Zamawiającego

z dnia 27 lipca 2018r. do złożenia dokumentów, informacji o doświadczeniu wykonawcy(wykaz usług) z dnia 1 sierpnia 2018r., wezwania Zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2018r. do złożenia dokumentów, pisma Odwołującego z dnia 3 sierpnia 2018r. wraz z wykazem i referencją, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 sierpnia 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości, podczas gdy Zamawiający wnosił o jego oddalenie.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3 w związku z art. 26 ust.3 i ust.4 oraz art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie doświadczenia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w rozdziale V. SIWZ ustanowił Warunki udziału w postępowaniu, gdzie w pkt 2 postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tzn. wykonawcy którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie przynajmniej jedną usługę o wartości minimum 100.000 zł brutto, polegającą na opracowaniu Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla inwestycji/obiektu użyteczności publicznej.

Nadto, Izba stwierdziła, że w pkt 1.2. rozdziału VII SIWZ (Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia) Zamawiający określił Wykaz oświadczeń lub dokumentów wymaganych przez zamawiającego, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których to warunkach jest mowa w rozdz. V SIWZ w postaci Wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w

okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 27 lipca 2018r. Odwołujący został wezwany do złożenia między innymi powyższego Wykazu w trybie przepisu art.26 ust.2 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

W następstwie powyższego wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 2 sierpnia 2018r. złożył informację o doświadczeniu wykonawcy(wykaz usług) datowaną na dzień 1 sierpnia 2018r.zawierającą 11 pozycji i niektóre referencje.

Po dokonaniu oceny powyższego wykazu Zamawiający pismem z dnia 2 sierpnia 2018r. ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wykazu usług.

Jednocześnie, Izba ustaliła, że przy czynności wezwania Odwołującego do złożenia nowego wykazu Zamawiający oświadczył, że złożony w dniu 2 sierpnia 2018r. wykaz usług wykonanych przez wykonawcę nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej.

Zamawiający rozstrzygnął w wezwaniu, że wymienione w wykazie przez wykonawcę usługi w poz.1-4 oraz 6-11 nie są usługami polegającymi na opracowaniu Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla inwestycji/obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 100.000 zł brutto zgodnego z Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej,

specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego.

Poza tym, Zamawiający w tym wezwaniu przesądził również, że wymieniona w wykazie przez wykonawcę usługa w poz.5 nie jest usługą polegającą na opracowaniu Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla inwestycji/obiektu użyteczności publicznej o wartości minimum 100.000 zł brutto.

W wykonaniu powyższego wezwania Odwołujący przy piśmie z dnia 3 sierpnia 2018r. przekazał nowy wykaz datowany na dzień 6 sierpnia 2018 r. określając jako wykonany przedmiot zamówienia program funkcjonalno-użytkowy zespołu mieszkalno-handlowo-usługowego z częścią biurowa w Boguchwale o pow. cał. 25 000,00 m² o wartości 150 000 zł na rzecz IBR sp. z o.o.

Jednocześnie, Odwołujący w powyższym piśmie przedstawił swoje wyjaśnienia do niektórych pozycji wykazu.

Rozpoznając przedmiotową sprawę, w pierwszej kolejności, Izba uznała zarzut naruszenia art.23 ust.3 ustawy Pzp za spóźniony, bowiem Odwołujący już po otrzymaniu wezwania do złożenia nowych dokumentów miał możliwość wniesienia odwołania od tej czynności, skoro nie podzielał jego treści, z której wynikała ocena Zamawiającego, że wymienione w wykazie z dnia 1 sierpnia 2018r. zadania nie potwierdzają spełnienia przez niego warunku doświadczenia.

Stosownie do przepisu art.182 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Zdaniem Izby – jeżeli Odwołujący nie podzielał stanowiska Zamawiającego dotyczącego niespełnienia przez złożony wykaz warunków udziału w przetargu powinien wnieść odwołanie na czynność wezwania go do złożenia nowego wykazu jako bezpodstawnego.

Z powyższych względów należało przyjąć, że ocenie Zamawiającego podlegała jedynie pozycja nr 1 złożonego przez Odwołującego wykazu usług z dnia 6 sierpnia 2018 r.

Według zapatrywania Izby - Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, tj., że wykonał należycie przynajmniej jedną usługę o wartości minimum 100.000 zł brutto, polegającą na opracowaniu Programu funkcjonalno-użytkowego dla inwestycji/obiektu użyteczności publicznej.

Należy wskazać, że Odwołujący już w treści samego wykazu podał, że PFU odnosił się do zespołu mieszkalno-handlowo-usługowego, a takiego wymagania Zamawiający nie sformułował co do tego rodzaju obiektu.

Zdaniem Izby – wymaganie dotyczyło w całości wykonania opracowania Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla obiektu użyteczności publicznej.

Jeżeli Odwołujący dla wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej zamierzał się posłużyć takim wykonaniem jak wpisany w nowym wykazie, a obecny wymóg był dla niego nadmierny to miał prawną możliwość, na etapie przygotowania przetargu do wniesienia odwołania na treść warunku.

Jeżeli tego nie uczynił, to warunek taki w całej rozciągłości był wiążący dla wszystkich wykonawców i nie może być on rozumiany odmiennie niż wynika to z jego wyraźnej treści.

W ocenie Izby – interpretacja rozciągająca tego warunku kolidowałaby z realizacją nadrzędnej zasady równości stosowanej na gruncie ustawy Pzp, bowiem wykonawca mający mniejsze doświadczenie niż ten który wykonał opracowanie Programu Funkcjonalno - Użytkowego dla całego obiektu użyteczności publicznej o wartości przekraczającej wymaganą przez SIWZ znalazłby się w sytuacji stawiającej go na równi z tym drugim, nie posiadającym takiego doświadczenia.

Ostatecznie, Izba oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z projektu zagospodarowania terenu(projekt koncepcyjny Zespołu Mieszkalno-Handlowo-Uslugowego oraz częścią Biurową w Boguchwale) pokazującego, że budynki w programie użytkowym są budynkami wolnostojącymi na okoliczność, tego, że w projektowanym programie funkcjonalno-użytkowym dotyczącym inwestycji wskazanym w piśmie z dnia 3 sierpnia - wykazie dotyczącym Boguchwały, projektowane były, jako osobne budynki objekty użyteczności publicznej, z tego względu, że wnioskodawca przedłożył go w jednym egzemplarzu bez odpisu dla Zamawiającego.

Stosownie do przepisu § 24 ust. 2 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnosi się również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo skorzystał z przepisu art.24 ust.1 pkt 12 w związku z art.24 ust.4 ustawy Pzp i wykluczył Odwołującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....