

Sygn. akt: KIO 986/11

WYROK
z dnia 20 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2011r. przez **Odwołującego** BUD-INVENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Odkryta 36 A; 03-140 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** Powiat Lidzbarski ul. Wyszyńskiego 37;11-100 Lidzbark Warmiński

przy udziale **Przystępujących** konsorcjum 1.ECM Group Polska Sp. z o.o. Pełnomocnik ul. Emilii Plater 53;00-113 Warszawa 2.POI Sp. z o.o. ul. Szeroka 1; 88-100 Inowrocław **zgłaszających się po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża BUD-INVENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Odkryta 36 A; 03-140 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł** (słownie złotych:piętnaście

tysięcy) uiszczoną przez BUD-INVENT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Odkryta 36 A; 03-140 tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Olsztynie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Przedmiot zamówienia: usługi - Pełnienie obowiązków Inwestora Zastępczego dla projektu Termy Warmińskie; Znak postępowania: OR.272.6.2011

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane, w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 10.03.2011r. pod poz.2011/S 48-0790063.

Odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego, w trybie przetargu nieograniczonego przez Powiat Lidzbarski z siedzibą w Lidzbarku Warmińskim, ul. Wyszyńskiego 37, 11-100 Lidzbark Warmiński zwany dalej „Zamawiającym”.

Odwołanie złożyła spółka BUD-INVENT Sp. z o.o. ul. Odkryta 36 A, 03-140 Warszawa zwana dalej „Odwołującym”.

Do postępowania przystąpiło po stronie Zamawiającego, konsorcjum wykonawców: „ECM Group Polska” Sp. z o.o. ul. Emilii Plater 53,00-113 Warszawa (Pełnomocnik) i „POI” Sp. z o.o. ul. Szeroka 1, 88-100 Inowrocław zwane dalej „Przystępującym”

W dniu 09.05.2011 r.na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” złożono odwołanie od:

1. czynności badania i oceny ofert;
2. zaniechania czynności wykluczenia z przedmiotowego postępowania Przystępującego, którego oferta została wybrana oraz uznania tej oferty za odrzuconą;
3. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący żąda uwzględnienia odwołania oraz nakazania Zamawiającemu:

- 1)Powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

- 2) Wykluczenia z postępowania Przystępującego;
- 3) Odrzucenia oferty Przystępującego;
- 4) Powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 5) Wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający, pismem z dnia 29 kwietnia 2011r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

Przystępujący w załączonym do oferty Wykazie wykonanych usług wskazał trzy usługi, które dotyczyły zadań:

1. Rozbudowa Teatru Polskiego w Warszawie przy ul. Sewerynow gdzie Zamawiającym usługę jest Teatr Polski w Warszawie;
2. Budowa Kompleksu Dydaktyczno - Sportowego w Kleszczowie wraz z infrastrukturą techniczną oraz ze wszystkimi towarzyszącymi obiektami i urządzeniami wchodzącymi w skład Kompleksu lub potrzebnymi do korzystania z niego gdzie Zamawiającym usługę jest Urząd Gminy w Kleszczowie;
3. Realizacja projektu Miejskie Centrum Usług Publicznych, Kultury i Sportu - Aquapark z pływalnią" gdzie Zamawiającym jest Miasto Suwałki.

Do Wykazu zostały dołączone:

1. referencje wystawione przez Teatr Polski w Warszawie w dniu 21 maja 2010 r.;
2. referencje wystawione przez Wójta Gminy Kleszczów w dniu 15 grudnia 2009 r.
3. referencje wystawione przez Prezydenta Miasta Suwałki w dniu 23 lutego 2011 r.

Odwołujący kwestionując doświadczenie zauważył:

1. Usługa na rzecz Urzędu Gminy Kleszczów nie może być zaliczona na poczet wymaganego doświadczenia, gdyż nie polegała na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub Inspektora Zastępczego, lecz jedynie na pełnieniu nadzoru inwestorskiego, co potwierdza zapis w Wykazie wykonanych usług, kolumna „Przedmiot zamówienia”, a także referencje z 15 grudnia 2009 r.
2. Usługa na rzecz Miasta Suwałki również nie może być zaliczona na poczet wymaganego doświadczenia, gdyż także nie polegała na pełnieniu funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera

Kontraktu lub Inspektora Zastępczego, lecz na pełnieniu nadzoru inwestorskiego. Wynika to zarówno z treści Wykazu wykonanych usług, gdzie w kolumnie „Przedmiot zamówienia” wpisano wyraźnie słowa „kompleksowy nadzór inwestorski”, jak i treści referencji, w których również podano, iż przedmiotowa usługa polegała na kompleksowym nadzorze inwestorskim, a ponadto podano, że nadzór ów był wykonywany nad: robotami przygotowawczymi, robotami budowlanymi, robotami elektrycznymi, robotami teletechnicznymi, robotami sanitarnymi, instalacją technologii uzdatniania wody basenowej oraz zagospodarowaniem terenu.

3. Na poczet wymaganego doświadczenia nie może być też zaliczona usługa na rzecz Teatru Polskiego w Warszawie. Co prawda w treści złożonych referencji wskazano, iż była pełniona funkcja Inwestora Zastępczego, lecz jednocześnie nie zostało doprecyzowane jaki był zakres wzmiankowanej usługi; Podano jedynie, iż usługa ta polegała, m. in., na pełnieniu wielobranżowego nadzoru inwestorskiego, a zatem nie wiadomo czy w istocie zakres usługi obejmował czynności wykonywane zwykle w ramach pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego, względnie czynności jakie winny być wykonywane w ramach tej funkcji zdaniem Zamawiającego (to ostatnie wynika z opisu przedmiotu zamówienia - rozdział 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W rezultacie nie wiadomo, czy użycie w referencjach i Wykazie usług sformułowania „Inwestor Zastępczy”, nie jest skutkiem pomyłki o charakterze terminologicznym.

Odwołujący również podkreślił, że niezależnie od powyższego wartość robót budowlanych których dotyczyła usługa nadzoru, tj. polegających na rozbudowie Teatru Polskiego w Warszawie była niższa niż wskazuje to w wykazie wykonanych usług Przystępujący wskazując w tym wypadku jako wykonawcę „POI” Sp. z o.o.

Według Odwołującego Konsorcjum w składzie: „ECM Group Polska” Sp. z o.o.; „POI” Sp. z o.o. nie wykazało, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia.

Odwołujący oprócz żądania wykluczenia z powodu nie spełnienia warunków doświadczenia zawodowego żądał wykluczenia zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy (Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania).

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania szczegółowo przedstawił różnice pomiędzy pełnieniem kompetencji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu, a pełnieniem kompetencji inspektora

nadzoru inwestorskiego, a nawet pełnieniem kompetencji kompleksowego nadzoru inwestorskiego.

Bowiem „pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu” nie jest pojęciem zdefiniowanym przez przepisy prawa, ale polega na koordynacji i zarządzaniu procesem inwestycyjnym. Rozróżnienie umów o nadzór inwestorski, których przedmiotem jest sprawowanie technicznej kontroli nad realizacją inwestycji od umów o zastępstwo inwestycyjne, których przedmiotem jest dokonywanie czynności prawnych w zakresie przygotowanie i realizacji procesu inwestycyjnego, zapewnienia należytego jego przebiegu oraz przeprowadzenia rozliczenia inwestycji potwierdza praktyka obrotu gospodarczego. Powyższe rozróżnienie potwierdzają również poglądy wyrażane w orzecznictwie:

1. Sprawowanie nadzoru budowlanego (nadzoru inwestorskiego), jest tylko jednym z elementów wchodzących w zakres funkcji Inwestora Zastępczego /por. Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 7 czerwca 2006 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-1612/06/;

2. „Zastępstwo inwestycyjne” to pojęcie szersze, niż „nadzór inwestorski”. Brak definicji prawnych obu tych pojęć, dlatego należy przyjąć ich znaczenie zgodnie z ustalonymi w tym względzie zwyczajami:

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

/por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2009 r., Sygn. akt: KIO/UZP 168/09/

Punktem odniesienia dla sposobu rozumienia pojęcia „pełnienia obowiązków Inwestora Zastępczego” są też postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w której w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, wyraźnie wskazano, że cyt. „Inwestor Zastępczy w ramach wynagrodzenia zapewni zastępstwo inwestorskie, nadzór inwestorski i koordynację robót /pkt. 3.1.1)/, a jednocześnie /w pkt. 3.11/ wymieniono szereg obowiązków, których wykonanie winno być elementem przedmiotu zamówienia (obowiązków Inwestora Zastępczego), które mają być realizowane: na etapie przygotowania i przeprowadzenia przetargu na zaprojektowanie i budowę Term Warmińskich; na etapie projektowania; na etapie uzyskania pozwolenia na budowę i organizacji budowy; na etapie wykonywania robót budowlanych; na etapie odbiorów i uzyskania pozwolenia na użytkowanie; na etapie rozliczenia Projektu. Zakres obowiązków uznawany przez Zamawiającego za „pełnienie obowiązków Inwestora Zastępczego” jest zatem niewątpliwie szerszy, aniżeli zakres obowiązków inspektora nadzoru wynikający, w szczególności, z ustawy Prawo budowlane.

Dodatkowo potwierdza to fakt, że obowiązki Inwestora Zastępczego obejmują także nadzór prawny nad realizacją umowy i pomoc prawną/pkt. 3.II.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia/. Tym samym, twierdzenie, iż pełnienie nadzoru inwestorskiego jest tożsame względnie wyczerpuje elementy pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego w rozumieniu specyfikacji, byłoby w sposób oczywisty bezzasadne.

Użyte przez Zamawiającego pojęcie „pełnienia funkcji Inspektora Zastępczego” również nie może być utożsamiane z pełnieniem funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego.

Odwołujący zarzucił wadliwość czynności badania i oceny ofert, skutkującą bezpodstawnym zaniechaniem wykluczenia z postępowania Przystępującego oraz bezpodstawnym zaniechaniem odrzucenia złożonej przez Przystępującego oferty, a co w konsekwencji pociąga za sobą wadliwość czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. W przypadku bowiem prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, to złożona przez Odwołującego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Zatem nie ulega wątpliwości, iż powtórzona musi być również czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp to jest zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, a co polegało w szczególności na nieuzasadnionym zaniechaniu wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty Przystępującego. Tymczasem rygory związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego winny być wiążące jednakowo dla wszystkich uczestników, a także dla Zamawiającego.

Odwołujący wskazał na interes prawny w uzyskaniu zamówienia, który doznał uszczerbku polegającego na tym, iż w przypadku wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty Przystępującego, złożona przez Odwołującego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą, w konsekwencji czego zamówienie publiczne zostałoby jemu udzielone.

Odwołujący podał, że informację o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymał w dniu 29 kwietnia 2011r. więc odwołanie składane w dniu 9 maja 2011 r., złożone zostało w wymaganym terminie dziesięciodniowym, obliczonym przy zastosowaniu art. 111 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp.

Przedstawione żądania Odwołujący uważa w pełni za zasadne.

Przystępujący po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego przystąpił pismem z dnia 12.05.2001r., wnosząc o utrzymanie w mocy czynności Zamawiającego, a tym samym oddalenie

odwołania.

Pismem z dnia 18 maja 2011r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. Jednocześnie przywołał odpowiedź na pytanie udzielone w dniu 06.04.2011r., w której wyjaśnił, że jeżeli wykonawca pełnił kompleksowy nadzór nad inwestycją zbieżny z przedmiotem zamówienia to będzie takie doświadczenie traktowane jako odpowiednie.

Odnosząc się do załączonego do oferty wykazu wykonanych robót Zamawiający stwierdził, że są one odpowiednie.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której kopię za zgodność z oryginałem potwierdzoną przez Kierownika Zamawiającego dostarczono Izbie oraz na podstawie dokumentów przedłożonych na rozprawie przez strony oraz uczestnika postępowania, na poparcie swoich twierdzeń, Izba ustaliła.

Tytuł zamówienia będącego przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego jest następujący „Wybór Inwestora zastępczego dla projektu Termy Warmińskie”. W SIWZ szczegółowo ustalono obowiązki i uprawnienia Inwestora Zastępczego z podziałem na ogólne obowiązki oraz szczegółowe obowiązki z dalszym podziałem na obowiązki na etapie przygotowania i przeprowadzenia przetargu na zaprojektowanie i budowę Term Warmińskich, obowiązki na etapie projektowania, w zakresie uzyskania pozwolenia na budowę i organizacji budowy, na etapie wykonywania robot budowlanych, kontrola kosztów i rozliczenie Projektu, nadzór prawny nad realizacją umowy z Wykonawcą i pomoc prawna. Załącznikiem do siwz jest wzór umowy na pełnienie funkcji Inwestora zastępczego, gdzie w tzw. Słowniczku umowy pojęcie „Inwestor zastępczy „ ma równoważne znaczenie z pojęciem „Inżynier kontraktu”.

Przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest ustalenie czy Przystępujący jako wykonawca wybrany spełnia postawione w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) warunki doświadczenia zawodowego.

Zamawiający precyzując warunek udziału w postępowaniu z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp postawił wymóg wykazania się posiadaniem w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, doświadczeniem w wykonywaniu usługi pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub Inspektora Zastępczego polegającej na nadzorze nad wykonaniem minimum 2 (dwóch) robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie obiektu kubaturowego o minimalnej wartości 30 000 000,00 zł brutto (trzydzieści milionów złotych) wraz z wykonaniem instalacji wewnętrznych elektrycznych, wodno-kanalizacyjnych, co, instalacji teletechnicznych wewnętrznych, robót zewnętrznych drogowych, przyłączy sieci zewnętrznych lub minimum 2 (dwóch) robót budowlanych polegających na budowie lub rozbudowie obiektu kubaturowego o minimalnej wartości robót budowlanych 30 000 000,00 zł brutto (trzydzieści milionów złotych) wraz z wykonaniem instalacji wewnętrznych elektrycznych, wodno-kanalizacyjnych, co, instalacji teletechnicznych wewnętrznych, robót zewnętrznych drogowych, przyłączy sieci zewnętrznych i budowy basenu krytego o minimalnej powierzchni lustra wody 200 m² wraz z wykonaniem instalacji wewnętrznych elektrycznych wodno-kanalizacyjnych, co, instalacji teletechnicznych wewnętrznych, robót zewnętrznych drogowych, przyłączy sieci zewnętrznych.

W celu potwierdzenia spełniania wzmiankowanego wymogu, Zamawiający wymagał złożenia Wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie z podaniem daty wykonania, miejsca, opisu przedmiotu i zakresu zamówienia, wartości robót budowlanych (z uwzględnieniem podatku VAT) oraz zleceniodawców - sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do Wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że wymienione w nim usługi zostały wykonane należycie.

Z powyżej przedstawionej regulacji siwz wynika, że oferent powinien wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu usługi pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub Inspektora Zastępczego polegającej na nadzorze nad wykonaniem robót budowlanych. Zamawiający użył w zakresie oczekiwanego doświadczenia od usługodawców nomenklatury: „Inwestor Zastępczy”, „Inżynier Kontraktu”, „Inspektor Zastępczy”, ale pod te trzy teoretycznie różne pojęcia w zakresie powiernictwa inwestycyjnego włożył jedną następującą treść je identyfikującą, a mianowicie „polegającej na nadzorze nad wykonaniem robót budowlanych”.

Uprawnienia i obowiązki inspektora nadzoru inwestorskiego zostały uregulowane w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (j.t. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.) zwanej dalej „prawem budowlanym” i w myśl art. 25 tejże ustawy, do podstawowych obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego należy: 1) reprezentowanie inwestora na budowie przez sprawowanie

kontroli zgodności jej realizacji z projektem i pozwoleniem na budowę, przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej; 2) sprawdzanie jakości wykonywanych robót i wbudowanych wyrobów budowlanych, a w szczególności zapobieganie zastosowaniu wyrobów budowlanych wadliwych i nie dopuszczonych do stosowania w budownictwie; 3) sprawdzanie i odbiór robót budowlanych ulegających zakryciu lub zanikających, uczestniczenie w próbach i odbiorach technicznych instalacji, urządzeń technicznych i przewodów kominowych oraz przygotowanie i udział w czynnościach odbioru gotowych obiektów budowlanych i przekazywanie ich do użytkowania; 4) potwierdzanie faktycznie wykonanych robót oraz usunięcia wad, a także, na żądanie Inwestora, kontrolowanie rozliczeń budowy.

Przedmiotem analizy Izby w pierwszej kolejności był Wykaz usług wykonanych, a następnie załączonych do niego referencji, a także dokumentów (korespondencji z Zamawiającymi, udzielone odpowiedzi, ogłoszenia o zamówieniu, ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, siwz, umowy).

Przystępujący załączył do oferty Wykaz wykonanych usług.

1. Rozbudowa Teatru Polskiego w Warszawie. Odwołujący w celach dowodowych przedłożył wystąpienie do Teatru zawierające pytanie czy Przystępujący pełnił funkcję inwestora zastępczego, a jeżeli tak to na czym ona polegała oraz jaka była wartość inwestycji, a jaka wartość robót nadzorowanych przez Przystępującego (pismo z dnia 12.05.2011r.). W odpowiedzi udzielonej w dniu 16.05.2011r. Teatr udzielił odpowiedzi, z której wynika, że Przystępujący jako uczestnik Konsorcjum pełnił funkcję inwestora zastępczego, polegającą na pełnieniu wielobranżowego nadzoru inwestorskiego, a wartość robót podał ogółem na kwotę 28 mln zł. netto, przy czym wartość robót nadzorowanych przez uczestnika Konsorcjum (POI Sp. z o.o. w Inowrocławiu) wynosiła 18 mln zł. Przystępujący podniósł na rozprawie, że być może Teatr Polski udzielając odpowiedzi rozdzielił wartość usługi wykonywanej przez Konsorcjum wykonawców na wartość usługi konsorcjanta WPUI Sp. z o.o. w Ciechanowie i wartość usługi wykonywanej przez konsorcjanta POI Sp. z o.o. w Inowrocławiu. Przystępujący na poparcie twierdzeń Zamawiającego, iż usługa odpowiada charakterem usłudze potwierdzającej doświadczenie zawodowe wymagane w SIWZ, na rozprawie przedłożył w poczet dowodów Ogłoszenie o zamówieniu tegoż postępowania. W pkt II.1.3 Ogłoszenia o zamówieniu - Określenie przedmiotu oraz wielkości lub zakresu zamówienia znajduje się zapis: Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług Inwestora Zastępczego, obejmujące pełnienie nadzoru pełnobrańowego od przekazania terenu budowy do zakończenia zadania inwestycyjnego. Do zadań Inwestora Zastępczego w ramach wykonania tych zadań będzie należało m.in.(...). W ocenie Izby przedłożony materiał dowodowy wskazuje jednoznacznie na to, że przedmiotem usługi było Zastępstwo inwestycyjne rozumiane przez Zamawiającego

(Teatr Polski w Warszawie) jako pełnobrańzowe nadzorowanie robot budowlanych. Natomiast co do kwoty nadzorowanej inwestycji to Izba uznała za logiczne i uzasadnione zadany pytanie, a więc nie budzące wątpliwości, że wyjaśnienie co do kwot nadzorowanych robót (18 mln.zł.) odnosiło się tylko do robot nadzorowanych przez POI Sp. z o.o. w Inowrocławiu (dawniej Przedsiębiorstwo Obsługi Inwestycyjnej Sp. z o.o. w Bydgoszczy), które występowało w Konsorcjum i suma robot prawdopodobnie odpowiadała wartości całej inwestycji czyli 28 mln. zł. netto. POI jako uczestnik konsorcjum ma prawo zaliczenia w poczet swojego doświadczenia całej wielkości zadania, wykonywanej w konsorcjum wykonawców. Tym samym Odwołujący nie wykazał, że przedmiotowa usługa nie odpowiada warunkom siwz zarówno co do wartości jak i charakteru usługi. Reasumując został spełniony warunek z siwz o treści powinien wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu usługi pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub Inspektora Zastępczego polegającej na nadzorze nad wykonaniem robót budowlanych.

2. Budowa Kompleksu Dydaktyczno-Sportowego w Kleszczowie wraz z infrastrukturą techniczną oraz wszystkimi towarzyszącymi obiektami i urządzeniami wchodzącymi w skład Kompleksu lub niezbędnymi do korzystania. Z przedstawionego Wykazu i referencji z dnia 15.12.2009r. jednoznacznie wynika, że zadanie obejmowało usługę nadzoru Inwestorskiego w zakresie zarządzania, nadzoru nad pracami projektowymi i robotami budowlanymi zgodnie z warunkami FIDIC tzw. Czerwonym z zmianami uwzględniającymi specyfikę inwestycji i warunki realizacji. Wśród czynności, które wykonywał w ramach konsorcjum Przystępujący POI Sp. z o.o. w Inowrocławiu oprócz zarządzania i nadzoru nad realizacją przedmiotu umowy zgodnie z zakresem zadań określonych w przepisach prawa budowlanego dla Inspektora Nadzoru i Koordynatora Czynności Nadzoru Inwestycyjnego wykonywał również wszelkie czynności Inżyniera Kontraktu. Przystępujący na rozprawie przedłożył zadane pytanie Zamawiającemu w dniu 10.05.2010r. sprowadzające się do zagadnienia czy POI Sp. z o.o. w Inowrocławiu wykonywało tylko zadanie nadzoru inwestorskiego, czy również pełniło funkcję Inżyniera Kontraktu lub Menadżera Projektu. Udzielając odpowiedzi w dniu 13.05.2010r. Zamawiający udzielił odpowiedzi, w której stwierdził między innymi, że POI jako pełnomocnik konsorcjum pełniło funkcje Nadzoru Inwestycyjnego, które w pewnym zakresie obejmowało czynności Inżyniera Kontraktu, ale funkcję Inżyniera Kontraktu na budowie pełniła inna osoba zatrudniona przez Zamawiającego. W odpowiedzi na przedłożone pisma przez Odwołującego, Przystępujący przedłożył umowę o świadczenie usług nadzoru inwestorskiego, która szczegółowo reguluje obowiązki obejmujące swym zakresem nie tylko czynności stricte dotyczące funkcji inspektora nadzoru, ale również takie jak: opiniowanie dokumentacji wykonawczej i powykonawczej, sprawdzanie kosztorysów wykonawczych

zamiennych lub na roboty dodatkowe, rozliczenie rzeczowo-finansowe budowy. Również na poparcie twierdzenia o szerszym zakresie usług niż tylko nadzór inwestorski Przystępujący wskazał na art.12 umowy zgodnie z którym, prawa majątkowe autorskie do korzystania z wszystkich wytworzonych i sporządzonych przez Usługodawcę w związku z realizacją usług dokumentów stanowiących utwory przechodzą na Usługodawcę. Przystępujący przedłożył również Ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, w których usługi tego zamówienia charakteryzuje się przez określenie jako usługi kompleksowego nadzoru inwestorskiego. W ocenie Izby przedłożone przez Odwołującego pisma nie mają wpływu na wydaną referencję z dnia 15.12.2009r. przez Wójta Gminy Kleszczów, ponieważ są zbieżne w sytuacji zapisu w referencji "Zespół wykonał, wszelkie czynności w zespole Inżyniera Kontraktu. Włożył duży wkład w rozwiązywaniu problemów technicznych i organizacyjnych związanych z realizacją Kompleksu, powierzony zakres obowiązków wykonał należycie". W związku z powyższym w ocenie Izby przedstawione doświadczenie zawodowe na przedmiotowym Kompleksie odpowiada warunkom SIWZ zarówno co do wartości jak i rodzaju usług. Nawet uwzględniając wydaną post factum na zapytanie Odwołującego odpowiedź, z której wynika, że była zatrudniona przez Gminę osoba pełniąca funkcję Inżyniera Kontraktu, a Przystępujący wykonywał czynności obsługi inwestycyjnej, ale w ramach Zespołu Inżyniera Kontraktu to i tak ta post factum odpowiedź z dnia 13.05.2010r. potwierdza spełnienie wymogu postawionego w przedmiotowym postępowaniu o treści „powinien wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu usługi pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub Inspektora Zastępczego polegającej na nadzorze nad wykonaniem robót budowlanych”.

3. Budowa Miejskiego Centrum Usług Publicznych, Kultury i Sportu – Aquapark z pływalnią w Białymstoku. Wystawca referencji określił świadczenie usługi jako polegającej na kompleksowym nadzorze inwestorskim. W trakcie rozprawy Przystępujący na poparcie stanowiska Zamawiającego, że załączone do oferty referencje potwierdzają spełnienie wymogu SIWZ w zakresie doświadczenia zawodowego dodatkowo załączył: ogłoszenie, SIWZ, umowę. Z przedłożonych dokumentów wynika, że Zamawiający pomimo nazwania usługi „Pełnienie nadzoru inwestorskiego przy realizacji projektów wymaga między innymi: kierownik zespołu musi posiadać doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika zespołu lub menedżera/ kierownika projektu, wymaga się zatrudnienia do realizacji zadania specjalisty do spraw ekonomicznych z kwalifikacjami do rozliczania projektów unijnych, a w wykazaniu doświadczenia oczekuje się praktyki w pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu lub Inwestora Zastępczego. Ponadto zawarto w umowie, w której bardzo szczegółowo określono obowiązki, które wykraczają poza regulację art.25 i 26 prawa budowlanego. W ocenie Izby

doświadczenie na Obiekcie niniejszym odpowiada wymogom SIWZ. Natomiast dokumenty przedmiotowego to jest postępowania w Białymstoku potwierdzają, że dla zamawiających pojęcia „Kompleksowy nadzór budowlany”, „Inwestor zastępczy” „Inżynier Kontraktu” są nieraz pojęciami tożsamymi, czyli stosowanymi zamiennie. Tym samym również w tym trzecim przypadku spełniony został wymóg objęty sporem o treści „powinien wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu usługi pełnienia funkcji Inwestora Zastępczego, Inżyniera Kontraktu lub Inspektora Zastępczego polegającej na nadzorze nad wykonaniem robót budowlanych”.

Izba zważyła

Reasumując powyższe ustalenia, Izba nie stwierdziła potwierdzenia zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego z racji nie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego.

Przedmiotowe postępowanie, którego odwołanie dotyczy ma za przedmiot usługę pod nazwą Pełnienie Obowiązków Inwestora Zastępczego. W siwz w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający określił czynności jakie będą wchodzić w skład usługi. Należy podkreślić, że Zamawiający w warunku doświadczenia zawodowego, powyżej zacytowanego fragmentu siwz nie wskazał, że doświadczenie ma być np.: identyczne, tożsame z czynnościami, które będzie wykonywał wykonawca wybrany w przedmiotowym postępowaniu.

Co do rodzaju umów, którymi realizacją powinien wykazać się wykonawca to Zamawiający określił je jako: „Inwestor Zastępczy”, „Inżynier Kontraktu”, „Inspektor Zastępczy”. Ponadto w dniu 06.04.2011r. Zamawiający udzielił wyjaśnienia, w którym określił, że doświadczenie w formie kompleksowego nadzoru inwestorskiego również spełni jego oczekiwania. Przy czym nie wprowadził na podstawie tego wyjaśnienia zmiany SIWZ. Nadal Zamawiający pozostał przy sformułowaniu nabytego doświadczenia, jako doświadczenia „Inwestora Zastępczego” lub „Inżyniera Kontraktu” lub też „Inspektora Zastępczego”. Niemniej w tymże wyjaśnieniu z dnia 06.04.2011r. Zamawiający stwierdził, że może to być doświadczenie w pełnieniu funkcji kompleksowego nadzoru budowlanego. I wskazał, że przy ocenie kwalifikacji nabytych decydować będzie zakres, rodzaj czynności, a nie będzie decydować nazewnictwo tych czynności.

Izba uważa, że takie wyjaśnienie zgłoszonych pytań, wątpliwości wykonawców jest jak najbardziej odpowiednie do sytuacji określonej w siwz, ponieważ na pewno można byłoby w teoretycznych rozważaniach znaleźć różnice programowe pomiędzy funkcją Inwestora zastępczego i Inżyniera kontraktu, niemniej tutaj Zamawiający zamawia usługę Inwestora zastępczego, a chcąc zbadać doświadczenie potencjalnych usługodawców dopuszcza trzy formy powiernictwa inwestycyjnego takie jak: Inwestor zastępczy, Inżynier kontraktu, Inspektor zastępczy.

Z zaoferowanego katalogu możliwych doświadczeń należy wywieść, że Zamawiający zna rynek usług

i wie, że są wykonawcy, którzy pełnią funkcje na rzecz inwestorów na bazie tradycyjnego stosunku umownego czyli Inwestora zastępczego, jak i na i na bazie najnowszych doświadczeń czyli fiducyjnych – Inżynier kontraktu.

Bezspornie w sprawie ustalono, że ani „Inwestor zastępczy”, które funkcjonuje w obrocie prawnym od szeregu ani „Inżynier kontraktu” bardziej powszechnie występujący od dziesięciolecia nie są pojęciami zdefiniowanymi w formie przepisów powszechnie obowiązujących i przez to tego typu stosunki umowne są kwalifikowane w kodeksie cywilnym do umów nienazwanych.

Niemniej źródłem dla wszystkich pojęć czy to Inwestor zastępczy, czy to Inżynier kontraktu, czy to Kompleksowy nadzór budowlany jest instytucja inspektora nadzoru inwestorskiego, którego regulację zawiera prawo administracyjne – prawo budowlane (art.25 i 26).

W związku z powyższym słusznie zamawiający chcąc rozszerzyć dostęp do zamówienia mimo, że zamówienie nazwał „Inwestor zastępczy” dopuścił doświadczenie czy to w funkcji Inwestora zastępczego, czy to Inżyniera kontraktu, czy to Inspektora zastępczego, a nawet na podstawie udzielonych wyjaśnień doświadczenie sprecyzował jako kompleksowy nadzór budowlany. Bowiem na podstawie przedłożonych do sprawy przez strony siwz, ogłoszeń umów w tym zakresie wynika, że poszczególni zamawiający np.: powierzają nadzór inwestorski, a oczekują doświadczenia w funkcji inwestora zastępczego czy inżyniera kontraktu (Białystok). Na podstawie praktyki obrotu gospodarczego wyłania się funkcja powiernictwa inwestycyjnego w szerokiej gamie wachlarza począwszy od najstarszego: Inwestora zastępczego poprzez Inżyniera kontraktu bazującego na fiducjach, przez nowo wykształconą formułę kompleksowy nadzór budowlany, a wszystkie mające wspólny element instytucji inspektora nadzoru inwestorskiego z art.25 i 26 ustawy prawo budowlane. Niemniej na dzień dzisiejszy tak jak wyżej wspomniano te trzy pojęcia Inwestor zastępczy, Inżynier kontraktu, Inspektor zastępczy są pojęciami nieostrymi, ponieważ nie regulowanymi przez powszechnie obowiązujące prawo.

W związku z powyższym w ocenie Izby wobec sformułowania w warunkach siwz doświadczenia jako „Inwestora zastępczego”, „Inżyniera kontraktu” czy również bliżej nie sprecyzowanego „Inspektora zastępczego”, mieści się w tym również nadzór inwestorski, ale szerzej rozumiany niż określony w art.25 i 26 prawa budowlanego czyli sformułowany jako kompleksowy nadzór inwestorski.

Reasumując powyższe ustalenia i uwagi Izba oddaliła odwołanie jako niezasadne nie stwierdzając naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do przywołanego przez Odwołującego na rozprawie Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o Sygn. akt 773/10 na poparcie twierdzenia o nieadekwatności doświadczenia zawodowego w Gminy

Kleszczów jako Inżyniera Kontraktu to należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania doświadczenia nie tylko jako Inżynier kontraktu, ale również Inwestora zastępczego czy Inspektora Zastępczego, a wobec takiej gamy funkcji powiernictwa inwestycyjnego można również przyjąć za usprawiedliwione wyjaśnienie Zamawiającego z dnia 06.04.2011r. wykazania się doświadczeniem w „kompleksowym nadzorze inwestorskim”, a takiego spełnienia wymogu nie można odmówić referencji wystawionej przez Gminę Kleszczów.

Izba uznała również za nie spełnione okoliczności wystąpienia nieprawdziwych informacji dotyczących powyżej opisanych referencji z Teatru Polskiego, ponieważ wyjaśniono źródło przyczyn rozbieżności między wartością inwestycji (netto 28 mln.zł.) a wartością robót nadzorowanych przez POI Sp. z o.o. w Inowrocławiu (18 mln.zł.). Po drugie nawet gdyby zdyskwalifikowano doświadczenie z Teatru Polskiego to wystarczające byłoby posiadanie doświadczenia z inwestycji w Białymstoku i Kleszczowie, czyli podanie nieprawdziwych informacji nie miałyby wpływu na wynik postępowania co znajduje uzasadnienie w brzmieniu przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. (Zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania).

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz.238) zaliczając na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15.000,00 zł.

Izba nie uwzględniła zgłoszonych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego według norm przepisanych z uwagi na treść § 3 pkt 2 wyżej wymienionego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r., który dla zasądzenia kosztów strony postępowania odwoławczego wymaga przedłożenia rachunków, czego pełnomocnik Zamawiającego nie uczynił.

Przewodniczący: