

Sygn. akt: KIO 2056/14

WYROK

z dnia 20 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2014 r. przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo EKOLOBUD S.A. z siedzibą w Suwałkach**, ul. Przytorowa 9, 16-400 Suwałki w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Busku-Zdroju**, ul. Łagiewnicka 25, 28-100 Busko-Zdrój

przy udziale

wykonawcy **W. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlany W. Z. w Iławie**, 14-200 Iława, ul. Mławska 12 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny oferty Odwołującego zakończonej w dniu 29.09.2014 r. decyzją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a w konsekwencji unieważnienie decyzji z dnia 15.09.2014 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.600 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Busku-Zdroju na *budowę słonecznej suszarni osadów z infrastrukturą towarzyszącą na oczyszczalni ścieków komunalnych dla Miasta i Gminy Busko-Zdrój w miejscowości Siesławice*, wobec powtórzonej czynności oceny ofert, wykonawca EKOLABUD S.A. z siedzibą w Suwałkach (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 3 października 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2056/14).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 25.07.2014 r., poz. 249096.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty określonej 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 robót budowlanych, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez jego zastosowanie skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania, podczas gdy nie zachodziły przesłanki uzasadniające jego zastosowanie i podjęcie przez Zamawiającego kwestionowanej czynności, gdyż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- art. 26 ust. 4 ustawy poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie doświadczenia eksperta Pana T. P., a tym samym spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu;
- art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy poprzez zaniechanie powtórzenia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu poprzednio wniesionym przez Odwołującego (zawisłym przed Krajową Izbą Odwoławczą pod sygn. akt KIO 1925/14), tj. zaniechanie (i) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Zakład Budowlany W. Z., (ii) nakazania ponownej oceny i badania ofert (iii) wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazanie ponownej oceny i badania ofert i wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów, Odwołujący odniósł się do okoliczności towarzyszących powzięciu decyzji przez Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania czynnością z dnia 29.09.2014 r. Zamawiający powziął informacje stanowiące podstawę dla negatywnej oceny doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko Eksperta 4 – Projektant branży konstrukcyjnej z treści odwołania z dnia 18.09.2014 r. (sygn. akt KIO 1925/14). Zamawiający uwzględniając w całości zarzut dotyczące oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia przystąpił do oceny doświadczenia osoby wskazanej jako Ekspert 4 i uznał, że wymieniony jako sprawdzający dokumentację projektową nie posiada doświadczenia jako projektant branży konstrukcyjno-budowlanej przy realizacji co najmniej jednej dokumentacji projektowej dla budowy zrealizowanej i zakończonej polegającej na zaprojektowaniu słonecznej suszarni osadów ściekowych, o wartości robót budowlanych co najmniej 2 mln PLN netto, na podstawie której zrealizowano i zakończono roboty budowlane (świetle wymogów ustawy prawo budowlane zgodnie z warunkami FIDIC lub równoważne). Ocena Zamawiającego dotyczyła doświadczenia osoby wskazanej w uzupełnionym wykazie osób – Pana T. P., jako projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej przy inwestycji w ramach, której wykonano usługę polegającą na zaprojektowaniu słonecznej suszarni osadów ściekowych na oczyszczalni ścieków w Krośnie (o wartości robót budowlanych 6.885.554,57 zł. netto). Odwołujący wskazał, iż osoba ta była projektantem branży konstrukcyjno-budowlanej projektu zagospodarowania terenu oraz projektantem sprawdzającym całej dokumentacji projektowej suszarni słonecznej. Swoje stanowisko Odwołujący poparł oświadczeniem Dyrektora Uczelnianego Centrum Badawczego Energetyki i Ochrony Środowiska Politechniki Warszawskiej które przygotowało dokumentację projektową, w którym Dyrektor potwierdził, iż *Pan T. P. był projektantem branży konstrukcyjno-budowlanej projektu zagospodarowania terenu oraz projektantem sprawdzającym całej dokumentacji projektowej suszarni słonecznej w oczyszczalni ścieków w Krośnie.*

W ocenie Odwołującego, Zamawiający w wyniku uwzględnienia w całości zarzutów w odwołaniu, w których kwestia oceny doświadczenia p. T. P. była poruszana, nie był uprawniony do wykluczenia Odwołującego z postępowania. Takie działanie ocenił jako sprzeczne z art. 186 ust. 2 ustawy.

Zamawiający w dniu 7 października 2014 r. przekazał e-mailem wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie przewidzianym ustawą do Izby wpłynęło przystąpienie wykonawcy Waldemara Zawadzkiego po stronie Zamawiającego, przeciwko którego przystąpienia strony nie wniosły sprzeciwu.

Stanowisko Izby

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści odwołania, dokumentów przedłożonych na rozprawie oraz stanowisk stron Izba uznała, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

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). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierza do uchylecia decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania, ustalenie, iż czynność zamawiającego dokonana została z naruszeniem określonego w siwz sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, uzasadniało przyznanie Odwołującemu legitymacji do wniesienia odwołania w celu uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia, w konsekwencji przywrócenia jego oferty do oceny w tym postępowaniu. Powyższe wskazuje na potrzebę ochrony interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a także możliwość powstania szkody, przez pozbawienie wykonawcy szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

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.

Zarzuty Odwołującego, w związku z ograniczonym zakresem możliwych do zaskarżenia czynności Zamawiającego (w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy) należało odnieść wyłącznie do czynności wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z powtórną czynnością oceny ofert. Okoliczność dotycząca uwzględnienia w całości zarzutów we wcześniejszym odwołaniu i powtórzonych w jej następstwie czynności przez Zamawiającego uwzględniana być może w kontekście oceny formalnej odwołania, tj. stwierdzenia wystąpienia przesłanki do jego odrzucenia na

podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy i pozostaje bez wpływu na rozpoznanie zarzutu na rozprawie. Błędnie Odwołujący wywodził, iż o bezzasadności czynności wykluczenia go z postępowania miało przesądzać stwierdzenie, iż czynność powtórzona została niezgodnie z żądaniami zgłoszonymi w odwołaniu z dnia 18.09.2014 r. Należy wskazać, iż obowiązek powtórzenia czynności przez Zamawiającego powstały w związku z uwzględnieniem w całości zarzutów podniesionych we wcześniejszym odwołaniu nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, kiedy Zamawiający zgadza się w części z zarzutami podniesionymi wobec jego czynności (zaniechania) i widzi potrzebę ich powtórzenia (dokonania) na skutek wniesionego odwołania, jedyną drogą do uniknięcia poniesienia kosztów postępowania odwoławczego jest uwzględnienie w całości podnoszonych zarzutów. Powtórzona czynność, dokonana niezgodnie z żądaniem Odwołującego będzie mogła być kwestionowana w drodze przysługujących wykonawcy środków ochrony prawnej. Przepisy ustawy nie wprowadzają normy, z której wynikałby obowiązek uwzględnienia w takiej sytuacji odwołania tylko na tej podstawie, iż czynność została dokonana niezgodnie z żądaniem Odwołującego. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wpływ na wynik postępowania mogą mieć wyłącznie czynności dokonane zgodnie z przepisami ustawy. Wobec powyższego nawet naruszenie normy proceduralnej wynikającej z art. 186 ust. 2 ustawy i zaniechanie powtórzenia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu nie wskazuje, że czynność powtórzona przez Zamawiającego nie będzie przeprowadzona zgodnie z przepisami ustawy i warunkami określonymi w siwz.

Zarzuty dotyczące zaniechania zwrócenia się przez Zamawiającego do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących doświadczenia osoby wskazanej na stanowisko eksperta 4, wykraczały poza dozwolony zakres zaskarżenia czynności Zamawiającego w postępowaniu, którego wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progu „unijnego”. Tym samym Izba nie dokonała w tym zakresie ustalenia stanu faktycznego oraz odstąpiła od rozważań prawnych.

Rozstrzygnięciu Izby poddany został zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i pozostający w związku z nim zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy podniesiony wobec czynności oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych kwalifikacji dla osoby wskazanej jako ekspert 4.

W tak ustalonym zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu Izba swoje rozstrzygnięcie oparła na poniższym stanie faktycznym.

Zamawiający w pkt III.3.4 siwz określił minimalne warunki, jakie spełniać ma osoba wskazana do pełnienia funkcji eksperta 4, wymagając między innymi wykazania zdobytego doświadczenia *jako projektant branży konstrukcyjno-budowlanej przy realizacji co najmniej jednej dokumentacji projektowej dla budowy 1 zrealizowanej i zakończonej (...) inwestycji (...), w ramach której wykonano usługę polegającą na zaprojektowaniu słonecznej suszarni osadów ściekowych, o wartości robót budowlanych co najmniej 2 mln PLN netto, na podstawie której zrealizowano i zakończono roboty budowlane.*

W uzupełnionym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykazie osób, Odwołujący na stanowisko eksperta 4 podał Pana T. P. wraz z opisem jego doświadczenia zawodowego, w którym wskazał na jedną dokumentację projektową dla budowy 1 zrealizowanej i zakończonej inwestycji w ramach której wykonano usługę polegającą na zaprojektowaniu słonecznej suszarni osadów ściekowych na oczyszczalni ścieków w Krośnie o wartości robót budowlanych 6.885.554,57 zł. netto. Z dokumentów włączonych w poczet materiału dowodowego wynika, że w projekcie budowlanym na stronie tytułowej projektu budowlanego przedmiotowej inwestycji Pan T. P. został wskazany jako sprawdzający, natomiast jako projektant konstrukcji wskazany został Pan T. P. . Przedmiotowy projekt przygotowany został przez Uczelniane Centrum Badawcze Energetyki i Ochrony Środowiska Politechniki Warszawskiej natomiast jako autor projektu wskazany został J. B. .

Na rozprawie Odwołujący okazał w oryginale projekt budowlany suszarni osadów ściekowych w tym projekt zagospodarowania terenu, na którym Pan T. P. został wskazany jako projektant konstrukcji. Dokument ten potwierdzał oświadczenie jakie zostało przekazane Zamawiającemu jeszcze w toku oceny ofert, a Izbie na rozprawie, złożone przez Dyrektora Uczelnianego Centrum Badawczego Energetyki i Ochrony Środowiska Politechniki Warszawskiej, w którym potwierdzał, iż *Pan T. P. był projektantem branży konstrukcyjno-budowlanej projektu zagospodarowania terenu oraz projektantem sprawdzającym całej dokumentacji projektowej.*

Zamawiający pismem z dnia 29.09.2014 r. poinformował wykonawców o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i utrzymaniu w mocy decyzji z dnia 15.09.2014 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający uznał, iż osoba mająca pełnić zadania eksperta 4 pełniła funkcję sprawdzającego a nie projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej i nie posiada wymaganego doświadczenia jako projektant branży konstrukcyjno-budowlanej.

W oparciu o okoliczności faktyczne ustalone na podstawie przedłożonych dokumentów Izba uznała, iż nie było dopuszczalnym dokonanie pozytywnej weryfikacji doświadczenia wskazanej osoby określonej w projekcie, jako sprawdzającego dokumentację projektową. W tym zakresie stanowisko Izby jest zgodne z argumentacją Zamawiającego prezentowaną w toku rozprawy. W ocenie składu funkcja projektanta branży konstrukcyjno-

budowlanej oraz sprawdzającego, jako opisana odrębnie w przepisach prawa budowlanego nie mogą być traktowane na równi i zamiennie. Odmienne są zadania przy sprawdzaniu dokumentacji od czynności projektanta. Skoro w opisie sposobu oceny spełnienia warunku zamawiający posłużył się zdefiniowanym pojęciem, nie budzącym wątpliwości co do ustalenia zakresu czynności związanych z pełnieniem danej funkcji, łamiącym ustalone zasady byłoby przyjęcie, jako spełniające warunek doświadczenie w wykonywaniu innego rodzaju czynności, niż przypisane projektantowi w danej branży. Powyższe nie przesądzało jednak o bezzasadności odwołania, gdyż w ocenie Izby istotnym w sprawie było rozstrzygnięcie, czy w świetle opisu zamieszczonego przez Zamawiającego, wystarczającym było wykazanie doświadczenia jako projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej zdobyte przy realizacji dokumentacji projektowej, we fragmencie, czy też konieczne było, aby osoba projektanta była wskazana jako projektant konstrukcji dla całości dokumentacji projektowej. Odwołujący wskazał fragment dokumentacji projektowej – projekt zagospodarowania terenu, na którym jako projektant konstrukcji wskazany został Pan T. P., co stanowiło element prac projektowych dotyczących inwestycji spełniającej warunek udziału w postępowaniu.

Izba uznała, iż zapis w siwz wskazujący na wymagane *doświadczenie jako projektant branży konstrukcyjno-budowlanej przy realizacji co najmniej jednej dokumentacji projektowej dla budowy 1 zrealizowanej i zakończonej inwestycji, w ramach której wykonano usługę polegającą na zaprojektowaniu słonecznej suszarni osadów ściekowych, o wartości robót budowlanych co najmniej 2 mln PLN netto* nie wskazywał na konieczność wykazania się wyłącznie doświadczeniem w projektowaniu całości dokumentacji projektowej i wystarczającym było wykazanie się doświadczeniem projektowym przy realizacji dokumentacji, a więc również w jej fragmencie. Istotnym dla takiej oceny było użycie przymyka *przy*, dla którego synonimem w odniesieniu do czynności jest *podczas*. W ocenie Izby pozwalało to przyjąć, iż wystarczającym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu było aby osoba wskazana na stanowisko eksperta 4 wykonywała czynności projektanta branży konstrukcyjno-budowlanej w jakimś fragmencie prac przy projekcie budowlanym. Zamawiający nie wskazał w opisie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie, iż oczekuje od eksperta 4 doświadczenia w wykonaniu wszystkich prac projektowych dla opisanej budowy, tym samym nie było podstaw do odmowy uznania za wystarczające doświadczenia zdobytego przy realizacji dokumentacji projektowej.

W związku z powyższym, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy, w świetle poczynionych powyżej ustaleń faktycznych i rozważań, podlegały uwzględnieniu i prowadziły do uchylecia przez Izbę czynności oceny ofert oraz nakazania jej powtórzenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 [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 10 tys. zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: