

WYROK

z dnia 19 sierpnia 2020r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2020r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2020 r. przez wykonawcę Buk Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Związek Gmin Gór Świętokrzyskich, ul. Partyzantów 17, 26-004 Bieliny

przy udziale wykonawcy MAZM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczonej przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Kielcach.

Przewodniczący :.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Związek Gmin Gór Świętokrzyskich prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie Programu

Funkcjonalno - Użytkowego „Śladami kultury benedyktyńskiej” wraz ze scenariuszem szlaku”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 czerwca 2020r., pod numerem 545935-N-2020

Odwołujący - BUK - INVEST sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MAZM sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) pomimo, że nie została ona zabezpieczona wniesieniem wadium, czego wymagał Zamawiający,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale VIII pkt 1 ppkt 3 3.1) SIWZ, tj. warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp,
3. ewentualnie - na wypadek ustalenia, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego - wykluczenie go z postępowania jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,
4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdziale XIV SIWZ zawarł wymagania dotyczące wadium - każdy z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia zobowiązany był do wniesienia w jednej z dopuszczalnych form wadium w wysokości 3 000 zł. Przystępujący nie wniósł wadium, bowiem z dołączonego do oferty potwierdzenia przelewu jasno wynika, że wpłaty wadium na rachunek bankowy Zamawiającego dokonał W. W. Archite.PL. Podmiot ten nie występuje w ofercie złożonej przez Przystępującego w żadnym charakterze - nie jest podwykonawcą, ani podmiotem wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia, ani podmiotem udostępniającym zasoby, co choćby pośrednio umożliwiałoby przyjęcie, że wpłacając wadium działa w imieniu i na rzecz Przystępującego. Odwołujący podkreślił, że w niniejszym stanie faktycznym brak jest jakiegokolwiek przejawu woli wpłacającego wadium wskazującego na wolę i zamiar zabezpieczenia oferty złożonej przez MAZM. Z treści potwierdzenia przelewu nie wynika, że zabezpiecza ono ofertę MAZM. Także z treści oferty ani z żadnych innych dołączonych do niej dokumentów nie wynika, że wadium wpłacone przez innego przedsiębiorcę ma na celu zabezpieczenie oferty Przystępującego.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z informacjami wynikającymi z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej wynika, że W. W. prowadzi działalność gospodarczą pod firmą ARCHITE.PL W. W., którego główny przedmiot działalności jest zbieżny zarówno z celami działania spółki MAZM, jak również z przedmiotem zamówienia. W tej sytuacji nie jest wykluczone, że wpłacone przez niego wadium miało zabezpieczać ofertę, która chciał złożyć w przedmiotowym postępowaniu, czego jednak nie zrobił.

W opinii Odwołującego, dla Zamawiającego okoliczność ta powinna stanowić podstawę do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty MAZM jako niezabezpieczonej wadium, bowiem opisane powyżej okoliczności nie dają żadnych podstaw do przyjęcia, że Zamawiający w dacie upływu terminu składania ofert dysponował dostatecznymi informacjami (dokumentami) wskazującymi, że oferta MAZM została zabezpieczona poprzez wniesienie wadium.

Podkreślił, że uwzględniając także funkcję wadium w niniejszym przypadku, przy braku jakiegokolwiek dyspozycji czy informacji pochodzącej od wpłacającego wadium podmiotu trzeciego, zatrzymanie wadium może być niemożliwe lub byłoby bezskuteczne. Skoro bowiem wpłacający wadium nie jest wykonawcą w toczącym się postępowaniu i przy braku jakiegokolwiek przejawu jego woli wskazującego na działanie w celu i na zlecenie MAZM może on w dowolnym momencie zażądać od Zamawiającego zwrotu wpłaconej kwoty, a Zamawiający będzie musiał wpłacić kwotę zwrócić. Z perspektywy bowiem prawa cywilnego Zamawiający będzie bezpodstawnie wzbogacony, ponieważ uzyskał korzyść bez

podstawy prawnej. W realiach niniejszej sprawy oznacza to m. in., że gdyby Zamawiający podjął decyzję o zatrzymaniu wadium, w przypadku zgłoszenia żądania zwrotu wpłaconej przez W. W. kwoty, to Zamawiający zmuszony będzie do jej zwrotu zgodnie z powołanym przepisem kodeksu cywilnego. Tym samym odpada zasadniczy cel i funkcja wadium. W tej sytuacji nie sposób uznać, że oferta MAZM sp. z o.o. w ogóle została zabezpieczona wadium.

Odnosząc się kolejni do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale VIII SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu. W podpunkcie 3.1) określone zostały wymagania w zakresie doświadczenia. Zamawiający wymagał, aby w celu wykazania spełniania ustanowionych warunków udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wykonawca legitymował się doświadczeniem polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie łącznie:

- co najmniej trzy projekty budynków wielorodzinnych lub/i użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 1000 metrów kwadratowych,

- oraz co najmniej 1 dokumentację projektową na rzecz muzeów lub galerii lub innych instytucji kultury, których elementem było zaprojektowanie stanowisk multimedialnych o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 złotych,

- oraz co najmniej jeden projekt budynku z zaawansowaną infrastrukturą IT (np. serwerowania),

- oraz co najmniej 1 projektu obiektu sportowego lub rozrywkowego lub wystawienniczego zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób lub co najmniej 1 Program Funkcjonalno - Użytkowy obiektu sportowego lub rozrywkowego lub wystawienniczego zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób.

W złożonym przez Przystępującego wykazie usług wskazane zostały dwie usługi:

1. na potwierdzenie posiadania doświadczenia polegającego na wykonaniu projektu budynku z zaawansowaną infrastrukturą IT - usługa zrealizowana na rzecz AoDC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

2. na potwierdzenie posiadania doświadczenia polegającego na wykonaniu projektu obiektu sportowego lub rozrywkowego lub wystawienniczego zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób lub co najmniej 1 Program Funkcjonalno - Użytkowy obiektu sportowego lub rozrywkowego lub Wystawienniczego zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób - usługa zrealizowana na rzecz Stadion w Zabrzu sp. z o.o.

Odwołujący wyjaśnił, że w obu tych przypadkach MAZM polega na zasobach udostępnionych jej przez podmiot trzeci - Prezesa Zarządu MAZM sp. z o.o. p. M. S., który działając jako osoba fizyczna udostępnia spółce MAZM swoje doświadczenie polegające na wykonaniu w/w usług.

W ocenie Odwołującego się wskazane w wykazie usługi nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego i jako takie, nie potwierdzają legitymowania się przez MAZM wymaganym doświadczeniem.

Odnosząc się do usługi zrealizowanej na rzecz AoDC sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią przedłożonych przez MAZM referencji, p. M. S. opracował część architektoniczną projektu budowlanego pn. Budowa wolnostojącej serwerowni kontenerowej z agregatami chłodniczymi agregatem prądotwórczym, przyłączem energetycznym, kanalizacją kablową wraz ze studniami instalacją chłodniczą, rozbudową kanalizacji deszczowej oraz ogrodzenia. Według Odwołującego już samo sformułowanie referencji wskazuje, że zakres usług wykonanych przez p. S. jest węższy aniżeli zakres warunku udziału w postępowaniu. Wystawca referencji stwierdza wprost, że p. S. wykonał część architektoniczną projektu. Powszechnie znaną okolicznością jest to, że na projekt budynku, poza częścią architektoniczną składają się jeszcze inne elementy - projekty branżowe (wod-kan, co, gz, instalacje elektryczne), czy choćby projekt zagospodarowania terenu. Tymczasem sam wystawca referencji wprost wskazuje na ograniczenie zakresu prac wykonanych przez p. S. do kwestii stricte architektonicznych. Tym samym nie sposób uznać, że doświadczenie nabyte przez Pana S. spełnia warunek ustanowiony w postępowaniu przez Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do usługi zrealizowanej na rzecz Stadionu w Zabrze sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że z powszechnie dostępnych informacji wynika, że projekt przebudowy stadionu w Zabrzu realizowany był przez pracownię SDA Architektury, a p. S. był jedynie głównym projektantem. W referencjach występuje jako generalny projektant co należy rozumieć jako pełnienie funkcji szefa zespołu projektowego. Wykonanie pełnobranżowego projektu budowlanego i wykonawczego wymaga pracy zespołu (projektantów branżowych, konstruktora, kosztorysanta itp.). Nie jest możliwe wykonanie takiego projektu przez jedną osobę. Potrzebni są projektanci wszystkich branż z odpowiednimi uprawnieniami. Tym samym nie sposób uznać aby jedna osoba była w stanie zrealizować cały, ogromny zakres takiego projektu. A skoro do jego wykonania potrzebne są także inne osoby, zakres nabytego doświadczenia przy realizacji takiego zamówienia należy odnosić do faktycznie wykonywanych czynności. Oznacza to, że nie sposób uznać, aby z racji pełnienia przez p. S. funkcji generalnego projektanta wynikało nabyte przez niego doświadczenie w odniesieniu do całego zakresu zamówienia. Wobec powyższego brak jest podstaw do przyjęcia, że przedłożone referencje potwierdzają legitymowanie się przez p. S. wymaganiem w SIWZ doświadczeniem.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 lipca 2020r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 45 ust. 3 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Przepis ustawy nie określa, że to wykonawca musi wnieść wadium. Zlecając wniesienie wadium osobie trzeciej, nie ma potrzeby, by do wniesienia wadium wystawiać osobne pełnomocnictwo, bo wniesienie wadium jest czynnością faktyczną, a nie prawną, co potwierdza wyrok z dnia 20 października 2008 r. KIO/UZP 1063/08. Żadne przepisy prawa nie zakazują wnoszenia wadium przez podmioty trzecie, a co więcej nie jest wymagane do tej czynności odrębne pełnomocnictwo. Ważne jest czy Zamawiający, na podstawie posiadanych dokumentów jest w stanie stwierdzić, że wadium wniesione przez podmiot trzeci zabezpiecza konkretną ofertę wykonawcy, np. wraz z ofertą złożono dokument potwierdzający wniesienie wadium.

Zamawiający wyjaśnił, że w niniejszym postępowaniu, ustalił, że Przystępujący wraz z ofertą przedłożył potwierdzenie uiszczenia wadium. Ponadto wyjaśnił, że numer konta, z którego wadium zostało wpłacone jest podany w ofercie wykonawcy jako nr konta na jakie wadium należy zwrócić (pkt 7 oferty str. 2). Także na przelewie bankowym wskazana jest osoba, która go faktycznie wykonywała, tj. p. W. W. architekt, pracownik firmy MAZM. Dla Zamawiającego było oczywiste, że jest on reprezentantem firmy MAZM, a nie jakieś innej firmy, bowiem zarówno w tym postępowaniu przetargowym, jak i poprzednich, prowadzonych przez Związek Gmin Gór Świętokrzyskich, zadawał on pytania dotyczące specyfikacji zawsze podpisując się W. W. architekt MAZM. W związku z tym Zamawiający nie miał wątpliwości, że to firma MAZM wnosi wadium zabezpieczające jej ofertę, a nie jakiś innym podmiot gospodarczy.

Ponadto w niniejszym postępowaniu złożone zostały dwie oferty i zostały wpłacone dwa wadia. Zamawiający nie miał wątpliwości, że wadium zabezpiecza ofertę firmy MAZM.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Zamawiający wyjaśnił, że żądał, aby Wykonawca wykazał się doświadczeniem w zaprojektowaniu co najmniej 1 projektu obiektu sportowego lub rozrywkowego lub wystawienniczego zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób, w okresie ostatnich pięciu lat. Przystępujący wykazał się takim doświadczeniem. Oferent zamieścił w wykazie usług przekazanych Zamawiającemu oświadczenie, że wykonał, opierając się na doświadczeniu p. M. S. projekt i koncepcję programowo - przestrzenną obiektu sportowego - Stadionu miejskiego im. Ernesta Pohla w Zabrzu zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób w roku 2017. Ponadto przedstawił Referencje Stadionu w Zabrzu Sp. z o.o. potwierdzające, że Architekt M. S. jako generalny projektant wykonał koncepcję programowo- przestrzenną wraz z pełnobranżowym projektem budowlanym i wykonawczym rozbudowy Stadionu Miejskiego im. Ernesta Pohla w Zabrzu. W referencjach została zawarta informacja, że p. M. S. był generalnym projektantem stadionu. Budowa tego typu obiektów wymaga pracy wielu specjalistów, generalny projektant koordynuje pracę wszystkich projektantów ale ostatecznie bierze odpowiedzialność za efekt finalny projektu (art. 20 ust. 1 Ustawy z dnia 1 stycznia 1995 r. Prawo Budowlane - Dz. U. z 2019 r. poz. 1186 ze zm.; dalej: „pr.bud.”).

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią art. 20 pr.bud. do podstawowych obowiązków projektanta należy opracowanie projektu budowlanego w sposób zgodny z wymaganiami ustawy, ustaleniami określonymi w decyzjach administracyjnych dotyczących zamierzenia budowlanego, obowiązującymi przepisami oraz zasadami wiedzy technicznej oraz zapewnienie, w razie potrzeby, udziału w opracowaniu projektu osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności oraz wzajemne

skoordynowanie techniczne wykonanych przez te osoby opracowań projektowych, zapewniające uwzględnienie zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w procesie budowy, z uwzględnieniem specyfiki projektowanego obiektu budowlanego. Zatem do obowiązków projektanta należy zapewnienie udziału osób posiadających stosowne uprawnienia specjalistyczne a nie osobiste wykonywanie projektów branżowych - jak to chciałby Odwołujący. Oczywistym jest, że wykonanie takiego projektu wymaga pracy zespołu. Zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu projektu, a p. M. S. taki projekt wykonywał. Z dostępnych, - źródeł wiadomo, że p. M. S. był współwłaścicielem firmy SDA Architekci, która to firma była członkiem konsorcjum realizującego ten projekt. Ponieważ Spółka MAZM opiera swoją działalność o ponad 20-letnie doświadczenie głównego projektanta M. S., Zamawiający nie miał podstaw, żeby podważyć to doświadczenie. Tym bardziej, że na stronie internetowej firmy MAZM projekt budowy Stadionu Zabrze, jest przedstawiany jako doświadczenie firmy MAZM. Ponadto Zamawiający w SIWZ nie postawił wymogu, aby wykonawca wykonał projekty jednoosobowo. To, że p. S. pracował przy wykonaniu tego projektu w zespole, nie znaczy, że nie nabył w tej pracy odpowiedniego doświadczenia, a o to chodziło Zamawiającemu przy formułowaniu zapisów SIWZ.

Zamawiający wskazał, że analogiczna sytuacja, występuje w przypadku „Budowy wolnostojącej serwerowni kontenerowej z agregatami chłodniczymi, agregatem prądotwórczym, przyłączem energetycznym, kanalizacją kablową wraz ze studniami, instalacją chłodniczą, rozbudową kanalizacji deszczowej oraz ogrodzenia”. Generalnym wykonawcą projektu była firma AoDC Sp. z o.o., a p. M. S. był jednym z podwykonawców. Zamawiający nie wykluczył takiej formy wykonanej usługi w SIWZ. Ponadto uznał, że Wykonawca składając te oświadczenia, paraflowane przez prezesa zarządu firmy MAZM p. M. S. bierze odpowiedzialność za podanie w nich prawdziwych informacji i nie widział podstaw do ich kwestionowania, co potwierdzają zapisy art. 60 k.c.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 12 sierpnia 2020r. wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przywołał przepis art. 45 ust. 3 Pzp i wskazał, że przepis ten posługuje się sformułowaniem „wadium wnosi się”, a zatem nie określają przez kogo wadium powinno zostać wniesione, co więcej na jego podstawie nie można twierdzić, że wniesienie wadium ma być osobistym świadczeniem wykonawcy (M. Jaworska [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2018, komentarz do art. 45 Pzp, Legalis). Wnioskowanie przeciwne byłoby niezgodne z wolą ustawodawcy, który celowo nie wyznaczył grona podmiotów uprawnionych do wniesienia wadium, aby nie ograniczać również dopuszczalnych form jego wniesienia. Należy zatem przyjąć, że wadium jest wniesione skutecznie jeżeli: (a) zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert, (b) zostało złożone w wymaganej przez zamawiającego wysokości, (c) zostało wniesione w formach określonych i dopuszczonych w ustawie, (d) pokrywa i zabezpiecza interesy zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej w pełnym zakresie. Przystępujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu wadium na rzecz oferty złożonej przez MAZM zostało wpłacone przez W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ARCHITE.PL W. W., będącego stałym współpracownikiem Przystępującego. Wadium zostało uiszczone zgodnie z zasadami wskazanymi przez Zamawiającego, a więc w odpowiedniej wysokości, formie i terminie. Posiadanie ww. dokumentu przez MAZM stanowi według Przystępującego dostateczny przejaw woli i zamiaru wpłacającego, ponieważ został on wygenerowany elektronicznie z serwisu bankowego, do którego niewątpliwie dostęp ma wyłącznie W. W.. Przystępujący wskazał, że gdyby zamiarem wpłacającego nie była wpłata wadium na rzecz zabezpieczenia oferty MAZM nie przekazałby on dowodu tej wpłaty do swobodnej dyspozycji wykonawcy.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu wyjaśnił, że M. S. był generalnym projektantem prowadzącym całą realizację przedsięwzięcia. Jest autorem projektu budowlanego dla tej inwestycji. Zgodnie z art. 34 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. - Prawo budowlane (Dz. U. 1994 Nr 84 poz. 414 z późn. zm., dalej „p.b.”) projekt architektoniczno- budowlany określają funkcję, formę i konstrukcję obiektu budowlanego, jego charakterystykę energetyczną i ekologiczną oraz proponowane niezbędne rozwiązania techniczne, a także materiałowe, ukazujące zasady nawiązania do otoczenia, a także opis dostępności dla osób niepełnosprawnych. Mając na uwadze powyższe rola projektanta architektonicznego jest kluczowa w realizacji dowolnego przedsięwzięcia, a umniejszanie jego roli nie znajduje uzasadnienia. Skoro zatem Zamawiający wymaga wykonania projektu budynku, to komponent architektoniczny jest siłą rzeczy kluczowy. Na marginesie dodać należy, że arch. M. S. wykonał również projekt zagospodarowania terenu dla tej inwestycji. Po drugie, rolą M. S. jako projektanta było zarówno wykonanie projektu, jak i pełna koordynacja osób biorących udział w pracach projektowych wymaganych specjalności. M. S. pełnił bowiem funkcję generalnego projektanta. Jego doświadczenie zatem nie ogranicza się do wycinka projektu i jego

realizacji, ale obejmuje faktyczne czynności od początku fazy prac projektowych, przez budowę i koordynowanie osób biorących udział w pracach projektowych. Po trzecie, w samych przepisach prawa budowlanego (art. 20 ust. 1 pkt 1a pr.bud.) przewidziano, że do podstawowych obowiązków projektanta należy „zapewnienie, w razie potrzeby, udziału w opracowaniu projektu osób posiadających uprawnienia budowlane do projektowania w odpowiedniej specjalności oraz wzajemne skoordynowanie techniczne wykonanych przez te osoby opracowań projektowych, zapewniające uwzględnienie zawartych w przepisach zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia w procesie budowy, z uwzględnieniem specyfiki projektowanego obiektu budowlanego”. Oznacza to, że wprost z przepisów wynika, że projektanta obciąża zapewnienie udziału w projektowaniu osób wymaganych specjalności oraz skoordynowanie wykonanych przez te osoby opracowań. A zatem stawianie projektantowi zarzutu, że nie wykonał tych opracowań samodzielnie nie jest uprawnione, skoro prawo budowlane przewiduje w tym zakresie obowiązek zapewnienia przez projektanta udziału specjalistów branżowych i skoordynowanie (a zatem również weryfikację) częściowych opracowań przez te osoby sporządzonych. Po czwarte, Przystępujący wskazał, że w SIWZ nie wskazano, że w ramach doświadczenia trzeba wykazać jednoosobowe, osobiste przygotowanie wszelkich elementów i aspektów dokumentacji budowlanej. Nad projektami przeważnie pracuje zespół, ale ostateczna odpowiedzialność spoczywa na projektancie. W konsekwencji jest on uprawniony by powoływać się na doświadczenie w wykonaniu projektu, nawet gdy część opracowań do projektu została wykonana przez współpracowników. Jako autor czy współautor projektu jest on uprawniony, by legitymować się takim projektem w ramach nabytego doświadczenia.

Odnosząc się natomiast do wykonania przez p. S. projektu dla Stadion Zabrze Sp. z o.o. Przystępujący wskazał, że wykonanie takiego projektu wymaga pracy zespołu, ale nie ma to dla sprawy znaczenia, gdyż Zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w wykonaniu projektu, a M. S. taki projekt wykonywał. Zamawiający w SIWZ nie sformułował wymogu, aby wykonawca (lub podmiot, z którego doświadczenia wykonawca korzysta) wykonał projekt obiektu sportowego jednoosobowo. Oczywistym jest natomiast, że projektant pracuje z zespołem i nie wykonuje osobiście każdego elementu prac projektowych. Przystępujący wyjaśnił ponadto, że okoliczność, iż przy wykonaniu projektu pracowali również inni projektanci nie wyłącza możliwości powołania się przez p. S. na wykonanie tego projektu i spełnienie wymogów stawianych w SIWZ. Doświadczenia tego nie można, jak chciałby tego Odwołujący, ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonanych przez poszczególnych projektantów - współautorów projektu (por. wyrok KIO z dnia 2 września 2011 r., sygn. 1794/11). Ugruntowany jest również pogląd, że już samo czynne uczestnictwo w przedsięwzięciu realizowanym przez grupę wykonawców pozwala danemu podmiotowi nabyć niezbędne doświadczenie w zakresie realizacji inwestycji (wyrok KIO z dnia 22 lutego 2008, sygn. 99/08). Analogicznie znajduje to zastosowanie w razie sporządzenia projektu budowlanego przez więcej niż jednego projektanta. Nawet gdyby uznać, że badać należy zakres faktycznie wykonywanych czynności danego projektanta, to arch. M. S. pełnił funkcję generalnego projektanta i był głównym projektantem prowadzącym całą realizację. W zakresie obowiązków M. S. było wykonanie projektów, pełna koordynacja osób biorących udział w pracach projektowych wymaganych specjalności, a także nadzór autorski w ramach realizacji inwestycji. Wykonywał zatem wszelkie obowiązki, jakie na projektanta nakłada art. 20 ust. 1 pr.bud.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a

zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu MAZM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale XIV SIWZ ustalił wymagania odnośnie formy i sposobów wniesienia wadium, jego wysokości a także wskazał na zasady jego zwrotu.

Izba ustaliła, że do oferty Przystępującego z dnia 10 czerwca 2020r. zostało dołączone potwierdzenie wpłaty wadium w wymaganej przez Zamawiającego kwocie 3000 zł. Wadium wpłacono na rachunek bankowy Zamawiającego w dniu 9 czerwca 2020r. W tytule przelewu wskazano: „Wadium opracowanie Programu Funkcjonalno - Użytkowego „Śladami kultury benedyktyńskiej”. Wpłacającym wadium był W. W. ARCITE.PL.

W formularzu oferty na stronie 2 w punkcie 7 jako rachunek na który należy dokonać zwrotu wadium wskazano numer rachunku pana W. W., tj. rachunek z którego dokonano wpłaty wadium.

Izba zważyła:

Uwzględniając wskazane wyżej okoliczności Izba za niezasadny uznała zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo, że zdaniem Odwołującego oferta ta nie została zabezpieczona wadium.

Zgodnie z art. 45 ust. 7 Pzp wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.

Podkreślić należy, że obecnie obowiązujące przepisy Pzp nie nakładają na wykonawców wnoszących wadium w formie pieniężnej obowiązku osobistego wpłacania wadium na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego. Obowiązek taki nie wynikał także z postanowień SIWZ. Nie ma też obowiązku, aby wadium wpłacane przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Zamawiającego było wpłacane wyłącznie z rachunku bankowego wykonawcy, którego ofertę wadium zabezpiecza. Wymagane jest natomiast, aby wadium wniesione zostało przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 Pzp).

Uwzględniając powyższe ustalenia skład orzekający stwierdził, że skoro obowiązujące przepisy prawa nie nakładają obowiązku osobistego dokonywania wpłat wadium, ani też nie wskazują, że wadium musi być wniesione jedynie przez wykonawcę który składa ofertę w postępowaniu, jak również fakt, że Zamawiający takiego wymogu nie ustalił, to dokonanie wpłaty wadium na rachunek bankowy Zamawiającego przez pana W. W. było prawidłowe w świetle ww. przepisów Pzp, a tym samym oferta Przystępującego jako prawidłowo zabezpieczona wadium nie podlegała odrzuceniu. Ponadto wskazać należy, że okoliczność, że pan W. W. dokonał wpłaty wadium w celu zabezpieczenia oferty Przystępującego wynikała przede wszystkim z faktu, że potwierdzenie wykonania przelewu tytułem wniesienia wadium na rachunek bankowy Zamawiającego zostało złożone wraz z ofertą Przystępującego. W tytule przelewu wskazano nazwę niniejszego postępowania przetargowego. W formularzu oferty w punkcie 7 w sposób wyraźny podano numer rachunku bankowego na który ma nastąpić zwrot wadium, a numer ten pokrywa się z numerem rachunku z którego dokonano wpłaty wadium. Ponadto jak wynika z przedłożonej przez Zamawiającego wiadomości e-mail z dnia 8 czerwca 2020r. pan M. W. zwracając się z pytaniem do Zamawiającego podpisał się „M. W. Architekt MAZM”. Uwzględniając powyższe okoliczności stwierdzić należy, że Zamawiający miał wiedzę, że wadium wpłacone przez pana W. W. stanowi zabezpieczenie wadium oferty złożonej przez Przystępującego, tj. MAZM sp. z o.o. Ponadto jak wskazywał Zamawiający na rozprawie kwota, która została wpłacona na rachunek Zamawiającego pozostaje w jego dyspozycji i może podlegać ewentualnemu bezwarunkowemu zatrzymaniu w sytuacji ziszczenia się okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp, natomiast żądanie zwrotu wadium przez pana W. W. spowoduje odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Jednak jak wskazał Zamawiający taki wniosek nie został złożony.

W związku z powyższym zarzut podlegał oddaleniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Izba ustaliła:

Zamawiający w rozdziale VIII Warunki udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt. 3.1.) wymagał od wykonawcy, aby legitymował się doświadczeniem polegającym na wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat przed upływem

terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie łącznie:

- co najmniej trzy projekty budynków wielorodzinnych lub/i użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej min. 1000 metrów kwadratowych,
- oraz co najmniej 1 dokumentację projektową na rzecz muzeów lub galerii lub innych instytucji kultury, których elementem było zaprojektowanie stanowisk multimedialnych o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 złotych,
- oraz co najmniej jeden projekt budynku z zaawansowaną infrastrukturą IT (np. serwerowania),
- oraz co najmniej 1 projektu obiektu sportowego lub rozrywkowego lub wystawienniczego zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób lub co najmniej 1 Program Funkcjonalno - Użytkowy obiektu sportowego lub rozrywkowego lub wystawienniczego zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób.

Przystępujący wraz z ofertą złożył Zamawiającemu zobowiązanie p. M. S. z dnia 10 czerwca 2020r. do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia.

W wykazie usług na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wykonania projektu budynku z zaawansowaną infrastrukturą IT Przystępujący wskazał zadanie zrealizowane na rzecz AoDC sp. z o.o. Natomiast na potwierdzenie wykonania projektu obiektu sportowego lub rozrywkowego lub wystawienniczego zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób lub co najmniej 1 Program Funkcjonalno - Użytkowy obiektu sportowego lub rozrywkowego lub wystawienniczego zaprojektowanego do przyjęcia dziennie minimum 1000 osób Przystępujący w wykazie usług podał realizację zadania na rzecz Stadionu w Zabrzu sp. z o.o.

Wraz z wykazem usług Przystępujący przedłożył referencje spółki AoDC, która oświadczyła, że: „architekt M. S. (upr. proj. nr Ma029/06) opracował część architektoniczną projektu budowlanego pn. „Budowa wolnostojącej serwerowni kontenerowej z agregatami chłodniczymi, agregatem prądowórczym, Przyłączem energetycznym, kanalizacją kablową wraz ze studniami, instalacją chłodniczą, rozbudową kanalizacji deszczowej oraz ogrodzenia”. Projekt został opracowany na potrzeby Światowego Centrum Słuchu w Kajetanach (zleceniodawca Instytut Fizjologii i Patologii Słuchu w Warszawie) w 2018 r. W oparciu o ww. projekt budowlany zostało wydane pozwolenie na budowę, a budynek został wzniesiony i oddany do użytkowania. Dokumentacja została opracowana zgodnie z zamówieniem i przyjęta bez zastrzeżeń.”

Natomiast Stadion Zabrze sp. z o.o. z wystawionych referencjach wskazał, że: „Architekt M. S. jako generalny projektant wykonał koncepcję programowo-przestrzenną wraz z pełno branżowym projektem budowlanym i wykonawczym rozbudowy Stadionu Miejskiego im. Ernesta Pohla w Zabrzu przy ul. Franklina Delano Roosevelta. Inwestycja została zrealizowana i uzyskała pozwolenie na użytkowanie. Jednocześnie stwierdzamy, że M. S. posiada dobre przygotowanie zawodowe i łatwość rozwiązywania zagadnień projektowych. Wyróżnia się także efektywną współpracą z Inwestorem. Największym atutem jednak jest bardzo ciekawa i ambitna architektura oraz szczegółowo opracowana dokumentacja techniczna”.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając przytoczone powyżej ustalenia skład orzekający stwierdził, że zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp okazał się bezzasadny.

Skład orzekający stwierdził, że jak wynika z referencji wystawionych przez spółkę AoDC pan M. S. opracował część architektoniczną projektu budowlanego pn. „Budowa wolnostojącej serwerowni kontenerowej...”. Natomiast na rzecz stadionu w Zabrzu jako generalny projektant wykonał koncepcję programowo-przestrzenną wraz z pełnoprogramowym projektem budowlanym i wykonawczym rozbudowy Stadionu.

Z przedłożonego przez Przystępującego oświadczenia pana M. S. wynika, że, był on autorem koncepcji programowo-przestrzennej oraz projektu budowlanego i projektu wykonawczego rozbudowy Stadionu Miejskiego im. Ernesta Pohla w Zabrzu. Po zakończeniu prac projektowych prowadził nadzór autorski przy budowie stadionu. Podczas

trwania projektu był zatrudniony w spółce Stadion Zabrze (obecnie Arena Zabrze) na stanowisku Specjalista Projektant Branży Architektonicznej. Ponadto oświadczył, że opracował część architektoniczną projektu budowlanego wolnostojącej serwerowni kontenerowej na potrzeby Światowego Centrum Słuchu w Kajetanach, gdzie pełnił tam funkcję generalnego projektanta. W obydwu przypadkach, jako generalny projektant, od początku prac projektowych i budowy, był głównym projektantem prowadzącym całe realizacje. W zakresie jego obowiązków było wykonanie projektów, pełna koordynacja osób biorących udział w pracach projektowych wymaganych specjalności oraz nadzór autorski w ramach realizacji tych inwestycji. Wynika to z zawartych z Inwestorami umów oraz wprost z zapisów Prawa Budowlanego.

Uwzględniając powyższe ustalenia oraz fakt, że z treści postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych nie wynikały szczególne wymagania odnośnie sposobu realizacji projektu, zakresu wykonanych przy projekcie prac, jak również z warunku nie wynikało aby Zamawiający oczekiwał od wykonawcy lub podmiotu z którego doświadczenia wykonawca korzysta, wykonania projektu obiektu sportowego jednoosobowo, to Izba uznała, że pana M. S. należy uznać za autora projektu budowlanego dla tej inwestycji, a tym samym za osobę która posiada doświadczenie w wykonaniu projektów wskazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Nie sposób bowiem uznać, że osoba do której obowiązków należało wykonanie projektów, pełna koordynacja osób biorących udział w pracach projektowych wymaganych specjalności oraz nadzór autorski w ramach realizacji tych inwestycji nie nabyła, a tym samym nie posiada doświadczenia w tym zakresie.

Ponadto skład orzekający za przekonywujące uznał twierdzenia Zamawiającego oraz Przystępującego, że w zakresie realizacji zadania na rzecz spółki AoDC komponent architektoniczny jest kluczowy w tego rodzaju projektach. Izba dała wiarę oświadczeniom złożonym przez pana M. S. z których wynika, że jako generalny projektant, od początku prac projektowych i budowy, był głównym projektantem prowadzącym całe realizacje. W zakresie jego obowiązków było wykonanie projektów, pełna koordynacja osób biorących udział w pracach projektowych wymaganych specjalności oraz nadzór autorski w ramach realizacji tych inwestycji. Wynika to z zawartych z Inwestorami umów oraz wprost z zapisów Prawa Budowlanego. Tym samym stwierdzić należało, że pan M. S. posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Skoro więc Zamawiający wymagał wykazaniem się doświadczeniem w wykonaniu projektu budowlanego i obiektu, a jak Izba ustaliła pan M. S. posiadał stosowne doświadczenie przy realizacji wskazanych zadań, to niezasadny okazał się zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 4 pkt 12 Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 ust. 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. z 2018 r. Nr 41, poz. 972).

Przewodniczący:.....