Sygn. akt: KIO 675/24

WYROK

Warszawa, dnia 15 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Luiza Łamejko

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu29 lutego 2024 r. przez wykonawcę WCCS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez Archiwum Państwowe w Katowicach

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Nadarzynie

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę WCCS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WCCS Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę WCCS Sp. z o.o.
z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) poniesioną przez Archiwum Państwowe w Katowicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.
2.2. zasądza od wykonawcy WCCS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz Archiwum Państwowego w Katowicach kwotę 3 938 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..

Sygn. akt: KIO 675/24

U z a s a d n i e n i e

Archiwum Państwowe w Katowicach (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Pełnienie nadzoru autorskiego nad realizacją projektu pn. „Rozbudowa i przebudowa siedziby Archiwum Państwowego w Katowicach" Etap I". Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 132-421262.

W dniu 29 lutego 2024 r. wykonawca WCCS Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący") wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności
i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1)bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego,
2)wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pas Projekt Sp. z o.o. z siedzibą
w Nadarzynie (dalej: „Pas Projekt"), mimo że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp)

względnie

3)braku ponownego wezwania Pas Projekt do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych podmiotowych środków

dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń złożonych
w postępowaniu w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp
4)zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej
w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu i nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek uznania, że Odwołujący jest wykonawcą niespełniającym warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunków wymaganych przez Zamawiającego w SWZ, a zatem jego oferta nie podlegała odrzuceniu,
2)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Pas Projekt jako najkorzystniejszej, podczas gdy Zamawiający zobligowany był do jej odrzucenia wobec niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału
w postępowaniu, bowiem wykonawca ten nie wykazała spełniania warunku w postaci wykonania w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy –
w tym okresie, jednej usługi opracowania dokumentacji projektowej obiektu użyteczności publicznej (projektu budowlanego i wykonawczego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę), na podstawie której zostały zrealizowane prace budowlane albo są realizowane prace budowlane i został zrealizowany bądź jest w trakcie nadzoru autorskiego nad projektem o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto dla całej usługi (tj. dokumentacji
i nadzoru autorskiego),

względnie

3)art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2, 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Pas Projekt do ponownego złożenia wyjaśnień odnośnie złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń złożonych w postępowaniu, podczas gdy dokumenty złożone przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci: (a) faktury VAT nr FV/1/04/2023 z 3 kwietnia 2023 r., (b) faktury VAT nr FV/5/11/2023 z 3 listopada 2023 r., (c) faktury VAT nr FV/3/06/2023 z 2 czerwca 2023 r., (d) faktury VAT nr FV/3/08/2023 z 31 sierpnia 2023 r., € oświadczenia własnego Pas Projekt z 12 lutego 2024 r., (f) referencji
z dnia 25 stycznia 2022 r., nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Pas Projekt.

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości,
2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Pas Projekt jako najkorzystniejszej,
4)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła ww. wniosków, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwania Pas Projekt i Odwołującego do kompleksowego wyjaśnienia złożonych podmiotowych środków dowodowych z właściwym wskazaniem warunku o jednakowej treści dla wszystkich wykonawców, jakiego spełnienia Zamawiający oczekuje w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący jest wykonawcą nie spełniającym warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zwrócił uwagę na pierwotną treść warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej sformułowanego przez Zamawiającego w Rozdziale V pkt d SWZ oraz na jego zmianę, jakiej dokonał Zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców (Zestaw nr 2 pytań
i odpowiedzi z dnia 10 sierpnia 2023 r.). Odwołujący podał, że Zamawiający wyraził zgodę na zmianę treści SWZ i wskazał, że uzna warunek za spełniony, jeżeli „wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał jedną usługę opracowania dokumentacji projektowej obiektu użyteczności publicznej projektu budowlanego i wykonawczego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę) na podstawie której zostały zrealizowane prace budowlane albo są realizowane prace budowlane i został zrealizowany bądź jest w trakcie nadzoru autorskiego nad projektem o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto dla całej usługi (tj. dokumentacji
i nadzoru autorskiego)".

Odwołujący podkreślił, że odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego na pytania wykonawców stanowią integralną cześć SWZ. Okoliczność tę potwierdził Zamawiający
w Rozdziale XIV pkt 5 SWZ).

Odwołujący podniósł, że pomimo dokonania wiążącej zmiany SWZ, Zamawiający wezwaniem nr 1 z dnia 30 listopada 2023 r. skierowanym do Odwołującego, wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów podmiotowych, w tym między innymi do potwierdzenia spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej przez złożenie wykazu usług wykonanych, przy czym w wezwaniu Zamawiający wskazał, że „uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w tym okresie (tj. ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonał jedną usługę nadzoru autorskiego nad projektem budowlanym o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto". Odwołujący zaznaczył, że pomimo dokonania zmiany SWZ, Zamawiający w dniu 30 listopada 2023 r. wezwał Odwołującego do wykazania spełniania warunku w brzmieniu sprzed zmiany SWZ.

Odwołujący podał, że w wezwaniach z 26 stycznia 2024 r. oraz z 5 lutego 2024 r. skierowanych do Pas Projekt, Zamawiający również tego wykonawcę wezwał do złożenia dokumentów i wyjaśnień wskazując, że „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał jedną usługę nadzoru autorskiego nad projektem budowlanym o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto". Następnie, w wezwaniu z 8 lutego 2024 r. skierowanym do Pas Projekt Zamawiający zmienił treść warunku i wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień przedstawionych dokumentów wskazując, że „Zamawiający informuje, że spełnieniem warunku w postępowaniu (…) jest wykazanie, że
w okresie ostatnich 3 lat wykonawca wykonał/wykonuje jedną usługę nadzoru autorskiego nad projektem budowlanym o wartości minimum 1.000.000,00 zł brutto.".

W ocenie Odwołującego, brak konsekwencji Zamawiającego w wezwaniach kierowanych do wykonawców oraz posługiwanie się na przemian treścią warunku udziału
w postępowaniu w pierwotnym brzmieniu, a następnie w zmienionym brzmieniu stanowi rażące naruszenie zasad wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp, a w szczególności zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że w sytuacji, w której jeden z wykonawców – w tym wypadku Odwołujący – wzywany jest do wykazania spełniania warunku, który odwołuje się do wykonania
w przeszłości w całości jakiejś konkretnej usługi, na co wskazywałoby określenie „wykonał
w okresie ostatnich 3 lat (…) jedną usługę nadzoru", a następnie konkurencyjny wykonawca – w tym wypadku Pas Projekt – Zamawiający wzywa do wykazania, że wykonawca ten „wykonał/wykonuje jedną usługę nadzoru", to takie działanie Zamawiającego stanowi przejaw różnicowania warunków udziału w tym samym postępowaniu wobec konkurujących ze sobą wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu
w brzmieniu obowiązującym po zmianie SWZ, bowiem na skutek wezwań Zamawiającego przedłożył:

1)Wykaz usług zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ, z którego wynika spełnianie warunku w postaci „bycia w trakcie nadzoru autorskiego nad projektem":

- „Wielobranżowa dokumentacja projektowa (branża architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, sanitarna, elektryczna, niskoprądowa) z wykorzystaniem technologii BIM pod nazwą: Wielobranżowa dokumentacja projektowa obejmująca projekt budowlany
i wykonawczy dla zadania pn. Nadbudowa i rozbudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr – Utworzenie „DUŻEJ SCENY" Kujawsko - Pomorskiego Impresyjnego Teatru Muzycznego
w Toruniu dotyczący budowy obiektu użyteczności publicznej o wartości całości roboty budowlanej powyżej 30 000 000 zł netto.

Projekt uzyskał prawomocne pozwolenie na budowę. Na podstawie w/w dokumentacji projektowej są realizowane prace budowlane i jest sprawowany nadzór autorski nad projektem.

Wartość usługi tj. w/w prac projektowych i nadzoru autorskiego wynosi 1 100 000,00 zł brutto".

Termin realizacji: 14.12.2019 do 28.02.2022

Zleceniodawca: JPD Sp. z o.o.

Wartość usługi PLN: 1 100 000,00 brutto

Podstawa dysponowania: doświadczenie oddane do dyspozycji.

W odpowiedzi na kolejne wezwania Zamawiającego Odwołujący przedłożył referencje udzielone przez JPD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Grudziądzu.

Dodatkowo, w odpowiedzi na wezwanie z 19 grudnia 2023 r. Odwołujący złożył własne oświadczenie z dnia 21 grudnia

2023 r., w którym potwierdził spełnianie warunku udziału
w postępowaniu wskazując, że podmiot Sound&Space Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, na którego doświadczenie powołał się Odwołujący, wykonał należycie prace zgodnie
z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Ponadto, pismem z dnia 8 stycznia 2024 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący oświadczył, że spełnia warunki dotyczące korzystania z zasobów podwykonawcy Sound&Space Sp. z o.o. i załączył oświadczenie podwykonawcy z dnia
8 stycznia 2024 r. o oddaniu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienie.

W tym samym dniu Odwołujący złożył oświadczenie o aktualności informacji zawartych
w oświadczeniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedłożył Zamawiającemu umowę o prace projektowe z dnia 14 grudnia 2020 r. zawartą pomiędzy JPD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Grudziądzu
a podwykonawcą, na którego doświadczenie powołał się Odwołujący, tj. Sound&Space
Sp. z o.o. oraz Aneks nr 2 do ww. umowy, na mocy którego Sound&Space Sp. z o.o. zobowiązała się do „pełnienia nadzoru autorskiego nad realizację robót na podstawie opracowanej, na podstawie niniejszej umowy, dokumentacji projektowej do czasu ich zakończenia".

Odwołujący podał, że pomimo obszernych wyjaśnień i licznych dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku przez Odwołującego, Zamawiający skontaktował się za pośrednictwem korespondencji e-mail bezpośrednio z Teatrem Muzycznym w Toruniu w celu potwierdzenia wykonania usługi projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla zrealizowanej przez Teatr Muzyczny w Toruniu inwestycji pn.: „Wykonanie kompleksowych prac budowlanych na potrzeby realizacji robót budowlanych wraz z wykonaniem dokumentacji wykonawczej: Nadbudowa i rozbudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr – Utworzenie „DUŻEJ SCENY" Kujawsko-Pomorskiego Impresaryjnego Teatru Muzycznego w Toruniu".

W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego Teatr Muzyczny w Toruniu w dniu 4 stycznia 2024 r. potwierdził prace zrealizowane przez Sound&Space Sp. z o.o.

Zamawiający jednak ponownie skontaktował się z Teatrem Muzycznym w Toruniu prosząc o kolejne wyjaśnienia i powołując się na błędną treść warunku udziału
w postępowaniu.

Odwołujący wyraził zdziwienie faktem, że w dniu 10 stycznia 2024 r. Zamawiający
w korespondencji mailowej kierowanej do Teatru Muzycznego w Toruniu cytował treść pierwotnego warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe wzbudziło sprzeciw Odwołującego tym bardziej, że w treści przytaczanego warunku w wezwaniu z dnia 8 lutego 2024 r. skierowanego do Pas Projekt Zamawiający odnosił się do zmienionej treści warunku.

W odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego Teatr Muzyczny w Toruniu poinformował, że:

„z aneksu pomiędzy Sound&Space Sp. z o.o. a JPD Sp. z o.o. Sp. k. wynika, że kwota 1,2 mln brutto składała się z:

- wykonania projektu budowlanego za kwotę 500 000,

- wykonania projektu wykonawczego za kwotę 500 000,

- sprawowania nadzoru autorskiego za kwotę 100 000.

Z powodu odstąpienia przez Teatr od umowy z GW, nadzór autorski nad wykonaniem projektu nie miał miejsca.

Z uwagi na odkrycie reliktu średniowiecznego muru na terenie inwestycji, projekt opracowany przez Pana Lebiodę nie mógł być zrealizowany".

Powołując się na ww. wiadomość otrzymaną z Teatru Muzycznego w Toruniu, w dniu 19 lutego 2024 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na brak spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że odpowiedź Teatru Muzycznego w Toruniu była skorelowana z pytaniem Zamawiającego, który było wadliwe, bowiem odwoływało się do nieaktualnego brzmienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Odwołujący stwierdził, że treść pytania Zamawiającego determinowała odpowiedź Teatru Muzycznego w Toruniu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający formułując w taki sposób pytania w korespondencji
z Teatrem Muzycznym w Toruniu, naruszył zasady zawarte w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem powoływał się na

nieaktualną treść warunku, a następnie dokonał wyboru oferty Pas Projekt, który to wykonawca nie wykazał, że „wykonał" usługę nadzoru autorskiego –
w złożonym wykazie usług Pas Projekt wskazał, że „aktualnie sprawowany jest NA nad realizację/na ukończeniu jest stan surowy obiektu". W ocenie Odwołującego, takim działaniem Zamawiający potwierdził, że warunkiem udziału w postępowaniu nie było wyłącznie „wykonanie" usługi nadzoru autorskiego, ale także „wykonywanie" w dalszym ciągu, aktualnie usługi nadzoru autorskiego.

Odwołujący wyraził przekonanie, że wykazał spełnianie warunku udziału
w postępowaniu, na dowód czego złożył kolejne referencje z dnia 23 lutego 2024 r.,
w których, jak zauważył, JPD Sp. z o.o. Sp. k. potwierdziła, że prace nadzoru autorskiego nad projektem pn. „Nadbudowa i rozbudowa dawnego budynku kinoteatru Grunwald usytuowanego przy ul. Warszawskiej 11 w Toruniu z przeznaczeniem na teatr – Utworzenie „DUŻEJ SCENY" Kujawsko-Pomorskiego Impresaryjnego Teatru Muzycznego v Toruniu, prowadzone w okresie od 16 czerwca 2021 r. (wydanie pozwolenia na budowę) do 16 sierpnia 2022 r. (decyzja w sprawie wpisania do rejestru zabytków reliktu gotyckiego muru) były wykonane zgodnie z umową i należycie. Nadzór autorski został zawieszony ze względu na decyzję w sprawie wpisania do rejestru zabytków reliktu gotyckiego muru".

Tymczasem, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający błędnie wskazał, że Teatr Muzyczny odstąpił od umowy z Generalnym Wykonawcą Sound&Space Sp. z o.o., na której zasoby powołuje się Odwołujący. Odwołujący wskazał, że Sound&Space Sp. z o.o. nie była generalnym wykonawcą przedmiotowej inwestycji – była podwykonawcą konsorcjum, które było generalnym wykonawcą i które realizowało inwestycję, zaś w skład tego konsorcjum wchodziła JPD Sp. z o.o. Sp. k. Jak podkreślił Odwołujący, Teatr Muzyczny w Toruniu nie miał zawartej umowy z Sound&Space Sp. z o.o. lecz z generalnym wykonawcą, tj. konsorcjum, w skład którego wchodziła JPD Sp. z o.o. Odwołujący stwierdził, że JPD Sp. z o.o. Sp. k. z Sound&Space Sp. z o.o. łączy w dalszym ciągu (aktualnie) umowa
o prace projektowe z 14 grudnia 2020 r., zmieniona aneksem z 29 września 2021 r., na mocy którego Sound&Space Sp. z o.o. zobowiązała się pełnić nadzór autorski. Tym samym, jak wskazał Odwołującym umowa, której przedmiotem było wykonanie prac projektowych oraz pełnienie nadzoru autorskiego nie została rozwiązana przez żadną ze stron (nie odstąpiono od niej), a zatem trwa nadal, zaś pełnienie nadzoru autorskiego zostało jedynie zawieszone (a nie przerwane) ze względu na odkrycie archeologiczne. Odwołujący podkreślił, że odstąpienie od umowy, na jakie powołuje się Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego dotyczy umowy o roboty budowlane, nie zaś umowy na prace projektowe i nadzór.

Odwołujący zwrócił ponadto uwagę na okoliczność, że Zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi na wezwanie z 19 grudnia 2023 r. nie poinformował Odwołującego, że uważa, iż przedłożone przez niego dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku. Po skierowaniu ww. wezwania, a przed wezwaniem z 4 stycznia 2024 r. Zamawiający skontaktował się
z Teatrem Muzycznym w Toruniu. Tym samym, Zamawiający skontaktował się z innym zamawiającym przed wyczerpaniem możliwości uzyskania wszystkich kluczowych z punktu widzenia spełniania przez Odwołującego warunku informacji. Odwołujący ocenił takie działanie Zamawiającego jako nieprawidłowe, a odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, jako co najmniej przedwczesne.

Ponadto, Odwołujący stwierdził, że dokonując wyboru ofert Pas Projekt jako najkorzystniejszej Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp, jako że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału
w postępowaniu.

Odwołujący podał, że odpowiedzi na wezwania Zamawiającego wykonawca Pas Projekt przedłożył:

- fakturę VAT nr FV/1/04/2023 z 3 kwietnia 2023 r.,

- fakturę VAT nr FV/5/11/2023 z 3 listopada 2023 r.,

- fakturę VAT nr FV/3/06/2023 z 2 czerwca 2023 r.,

- fakturę VAT nr FV/3/08/2023 z 31 sierpnia 2023 r.,

- oświadczenie własne Pas Projekt z 12 lutego 2024 r.,

- referencje z dnia 25 stycznia 2022 r.

Zdaniem Odwołującego, ww. dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału
w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że faktury nie potwierdzają należytego wykonania usługi, wręcz przeciwnie – faktura VAT w

orzecznictwie KIO nie może stanowić dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie umowy, jeżeli nie zawiera w swej treści sformułowania, które jednoznacznie to potwierdza. Dodatkowo, Odwołujący zauważył, że trudno stwierdzić, że ww. faktury potwierdzają zapłatę za wykonanie usługi nadzoru autorskiego, bowiem w nazwie widnieje opis: „Umowa na wykonanie dokumentacji projektowej budynku biurowo-usługowego, położonego w Elblągu przy ul. Warszawskiej".

Odwołujący wskazał również, że w referencjach z 25 stycznia 2022 r. nie wskazano dokładnego adresu inwestycji – wpisano jedynie „ul. Warszawska" bez numeru. Odwołujący zwrócił również uwagę, że w treści referencji próżno szukać informacji, że prace zostały wykonane należycie. Ponadto, referencje te dotyczą wyłącznie wykonania dokumentacji projektowej, nie zaś nadzoru autorskiego, a co za tym idzie, zdaniem Odwołującego, Pas Projekt nie mógł wykazać spełniania warunku udziału w postępowaniu posługując się ww. referencjami na dokumentację projektową.

Odnosząc się do oświadczenia własnego Pas Projekt z 12 lutego 2024 r. Odwołujący wskazał, że Pas Projekt oświadczył, że umowa, na jaką się powołuje dotyczyła opracowania dokumentacji projektowej dla budowy obiektu biurowego wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, jednak żadnych referencji potwierdzających należyte wykonanie nadzoru autorskiego nie przedłożył. Odwołujący zaznaczył, że oświadczenie własne wykonawcy może zastępować referencje wyjątkowo, tj. wówczas, gdy wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Odwołujący podniósł, że Zamawiający poprzestając na oświadczeniu własnym Pas Projekt nie dążył do ustalenia dlaczego wykonawca nie przedstawił referencji, które potwierdzałyby należyte wykonanie usługi nadzoru autorskiego. Odwołujący stwierdził, że faktury i referencje dotyczące wykonania dokumentacji projektowej tej okoliczności nie potwierdzają.

W ocenie Odwołującego, w działaniach Zamawiającego dostrzec można brak transparentności. Odwołujący wskazał, że za naruszenie zasady przejrzystości uznaje się przykładowo opisanie warunków udziału w postępowaniu w wieloznaczny sposób. Z kolej zasada równego traktowania wykonawców oznacza, jak podał Odwołujący, jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert.

Odwołujący stwierdził, że domagając się spełnienia przez Odwołującego i Pas Projekt*de facto* różnych warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający w efekcie bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego i naruszając przepisy ustawy Pzp dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 oraz 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że w sytuacji,
w której Izba nie podzieliłaby stanowiska Odwołującego, że ofertę Pas Projekt należało odrzucić jako złożoną przez wykonawcę nie spełniającego warunku udziału w postępowaniu, przyjąć należy, że przy tak dużym braku konsekwencji Zamawiającego co do treści ustalonego warunku oraz tak wątpliwych dokumentach złożonych przez Pas Projekt na potwierdzenie spełniania niejasnego warunku, Zamawiający powinien co najmniej wezwać Pas Projekt do pełnego, kompleksowego wyjaśnienia złożonych dokumentów.

Odwołujący zauważył przy tym, że trudno jest zidentyfikować, na podstawie których konkretnie przepisów ustawy Pzp Zamawiający kierował do wykonawców wezwania, ponieważ brak jest w ich treści podstawy prawnej.

Odwołujący podkreślił, ze oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie może domniemywać informacji niewynikających z wykazu, prowadziłoby to bowiem do naruszenia jednej z podstawowych zasad zamówień publicznych wynikających
z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp – zasady przejrzystości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Pas Projekt.

Pismem z dnia 12 marca 2024 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie,
w której wniósł o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego oraz przyznanie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła
i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa

w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Zasadniczą kwestią wymagającą rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie jest prawidłowość oceny przez Zamawiającego spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawców przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że w dniu 19 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Pas Projekt. Jednocześnie, Zamawiający poinformował
o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający argumentował:

„W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żądał następujących podmiotowych środków dowodowych w zakresie:

1. wykonanych usług stanowiących Załącznik nr 5 do niniejszej SWZ:

wykazu usług wykonanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania
i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi te zostały wykonane:

Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał jedną usługę nadzoru autorskiego nad projektem budowlanym o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto.

Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu przedłożył dokumenty potwierdzający wykonanie w/w warunku powołując się na zasoby firmy: Sound&Space a JPD Sp. z o.o.
Sp. k. W tym celu wezwano wykonawcę do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał zawartą umowę, z której nie wynikała wymagana kwota 1 000 000,00 zł brutto określona w przedmiotowym zamówieniu. Celem potwierdzenia powyższego – Zamawiający wystąpił do inwestora głównego zadania: Teatr Muzyczny w Toruniu, ul. Żeglarska 8, 87-100 Toruń, o potwierdzenie wykonania zadania zgodnie z wymaganiami określonymi
w przedmiotowym zamówieniu o sygnaturze: DAG.26.3.2023. Zamawiający otrzymał w dniu 12.01.2024r., informację zwrotną z której wynika, że Inwestor: Teatr Muzyczny w Toruniu, ul. Żeglarska 8, 87-100 Toruń, odstąpił od umowy z Generalnym Wykonawcą, firmą: Sound&Space a JPD Sp. z o.o. Sp. k., na której zasoby powołuje się w przedmiotowym postępowaniu wykonawca firma: WCCS Sp. z o.o., Al. 1000-lecia 2b/8a; 32-300 Olkusz; NIP 6372223337, z uwagi na odkrycie reliktu średniowiecznego muru na terenie inwestycji. Wobec powyższego umowa, a co za tym idzie pełnienie nadzoru autorskiego we wskazanej powyżej wysokości nie została zrealizowana. Mając na uwadze powyższe Wykonawca firma: WCCS Sp. z o.o. , Al. 1000-lecia 2b/8a; 32-300 Olkusz, i złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu.”.

Izba stwierdziła, że zasadnie Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. W przedmiotowej sprawie wykazane zostało, że podmiot trzeci, na którego zasoby Odwołujący się powołał, tj. Sound&Space
Sp. z o.o., nie wykonał ani nie wykonuje w trakcie ubiegania się o zamówienie usługi nadzoru autorskiego w zakresie, jakiego wymagał Zamawiający. Zauważyć należy, że nadzór autorski jest ściśle powiązany z realizacją robót budowlanych, a te nie zostały zrealizowane, zostały przerwane, czego potwierdzeniem jest m.in. pismo Teatru Muzycznego w Toruniu z dnia 1 grudnia 2023 r. oraz informacja przekazana Zamawiającemu przez Teatr Muzyczny w Toruniu w formie elektronicznej w dniu 12 stycznia 2024 r.
Z dokumentów tych wprost wynika, że nadzór autorski nad projektem nie miał miejsca, zaś opracowany projekt nie mógł być realizowany z uwagi na odstąpienie od umowy
z generalnym wykonawcą ze względu na odkrycie reliktu średniowiecznego muru. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że to na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia spoczywa obowiązek wykazania spełniania warunku w taki sposób, aby nie budziło to wątpliwości Zamawiającego.

Izba nie stwierdziła uchybień w działaniu Zamawiającego, który dążył do ustalenia rzeczywistych okoliczności związanych z wykazywanym przez Odwołującego doświadczeniem zwracając się o udzielenie informacji do Teatru Muzycznego w Toruniu. Tego rodzaju działanie jest w pełni uprawnione. Priorytetem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem, aby wykonawca wybrany przez Zamawiającego posiadał wymagane doświadczenie, a tym samym był co do zasady zdolny do należytej realizacji zamówienia.

Rozpoznając zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Pas Projekt z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia Izba miała na uwadze, że referencje nie są wydawane odrębnie dla każdego postępowania, w jakim uczestniczy wykonawca. Nie można zatem wymagać od wykonawcy, aby ich treść każdorazowo odpowiadała warunkowi stawianemu przez zamawiającego.
W przedmiotowej sprawie treść referencji została uzupełniona przez Pas Projekt oświadczeniem własnym wykonawcy, oświadczeniem złożonym w wykazie usług oraz fakturami. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wykonawca Pas Projekt nie wykonał/wykonuje usługi w zakresie określonym warunkiem udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do kolejnego wzywania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu.

Co do uchybień Zamawiającego w zakresie cytowania warunku udziału
w postępowaniu – Izba stwierdziła, że uchybienia te pozostają bez wpływu na wynik postępowania. W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, iż w dniu 10 sierpnia 2023 r. odpowiadając na pytania wykonawców Zamawiający dokonał modyfikacji treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawców stwierdzając, że „Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w tym okresie wykonał jedną usługę opracowania dokumentacji projektowej obiektu użyteczności publicznej (projektu budowlanego i wykonawczego wraz z uzyskaniem pozwolenia na budowę) na podstawie której zostały zrealizowane prace budowlane albo są realizowane prace budowlane i został zrealizowany bądź jest w trakcie nadzoru autorskiego nad projektem o wartości minimum 1 000 000,00 zł brutto dla całej usługi (tj. dokumentacji
i nadzoru autorskiego)" (Pytania i odpowiedzi, zestaw nr 2). Wobec powyższego, warunek udziału w postępowaniu został przez Zamawiającego zmodyfikowany w sposób względniejszy dla wykonawców i taka treść warunku podlegała ocenie. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że pomimo pomyłek Zamawiającego w cytowaniu treści warunku w poszczególnych dokumentach, doświadczenie Odwołującego podlegało ocenie według pierwotnej, bardziej restrykcyjnej, treści warunku. Tym samym, uchybienie Zamawiającego w postaci cytowania błędnej treści warunku pozostało bez wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie").

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, wobec oddalenia odwołania w całości, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, zasądzając zapłatę na rzecz zamawiającego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca:……..