Sygn. akt: KIO 2241/15

WYROK
z dnia 3 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 29 października 2015 r. oraz 2 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2015 r. przez Odwołującego – **BUD-INVENT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Łowickiej 19, 02-574 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie,** ul. Pańska 3, 00-124 Warszawa

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **ECM Group Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa, **PORTICO PROJECT MANAGEMENT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Wspólnicy S.K.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Gdańskiej 27/31, 01-633 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – BUD-INVENT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – tytułem wpisu od odwołania.

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 Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Muzeum Sztuki Nowoczesnej w warszawie, w trybie przetargu ograniczonego na świadczenie *usług Inżyniera Kontraktu* (nr postępowania: 8/MNS/PO/2015), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 3 kwietnia 2015 r., 2015/S 066-116367, wobec powtórzonej czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w dniu 15 października 2015 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy Bud-Invent Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2241/15). Informację o czynności stanowiącej podstawę odwołania Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 07.10.2015 r. drogą elektroniczną (aktualizacja informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu).

Do postępowania odwoławczego przystąpiło w dniu 21.10.2015 r. po stronie Zamawiającego konsorcjum w składzie ECM Group Polska S.A. oraz Portico Project Management Sp. z o.o. (dalej jako Konsorcjum ECM).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnych z przepisami Ustawy Pzp ponowionych w postępowaniu czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez Konsorcjum ECM oraz Odwołującego, prowadzące do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 186 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy. Odwołujący

zakwestionował czynności wykluczenia go z postępowania oraz zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum ECM i zaproszenia tego ostatniego do złożenia oferty. Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, odstąpienia od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, dokonania czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum ECM, powtórzenia czynności zaproszenia do składania ofert i nie zapraszania Konsorcjum ECM do złożenia oferty.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał na zaktualizowaną pismem z dnia 07.10.2015 r., informację o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o uznaniu że Konsorcjum ECM spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Jako przyczynę do wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał w odniesieniu do usługi realizowanej przy zadaniu „Budowa siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach", iż na wykonawcę nałożone zostały kary umowne, co ma świadczyć o nienależytym wykonaniu zamówienia. Ponadto Zamawiający zakwestionował usługę realizowaną przy budowie Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku,

---

która to inwestycja nie została zrealizowana w okresie świadczenia usługi, jak i do dnia przekazania informacji o ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Odnośnie realizowanej usługi polegającej na pełnieniu funkcji Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn. „Budowa siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach (NOSPR)", Odwołujący wyjaśnił, iż naliczona w wysokości 400,00 zł kara umowna wynikała z przekroczenia umownego terminu dostarczenia raportu miesięcznego o 4 dni, co jego zdaniem nie ma istotnego znaczenia dla oceny czy cała usługa została zrealizowana w sposób należyty. O należytym wykonaniu zamówienia przesądza załączone poświadczenie wystawione przez podmiot na rzecz, którego usługa była realizowana, tj. Urząd Miasta Katowice, które w świetle przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (…), stanowi wystarczający dowód. Odwołujący sprzeciwił się stanowisku Zamawiającego, który usiłuje podważyć na podstawie jednego drobnego, w istocie i nie mającego znaczenia, uchybienia ogólną ocenę wykonania skomplikowanej, długotrwałej i wymagającej zaangażowania dużych zasobów ludzkich usługi, dokonaną przez podmiot doskonale znający wszystkie okoliczności faktyczne realizowanej usługi. W wyniku zaistniałego opóźnienia w złożeniu raportu, osiągnięcie celu umowy na świadczenie wykazanej usługi nie tylko nie zostało zniweczone, ale nie zostało nawet zagrożone. Dodatkowym (ponad treść poświadczenia) potwierdzeniem należytego wykonania usługi jest korespondencja prowadzona z Urzędem Miasta Katowice, w tym zawarte w piśmie z dnia 17.09.2015 r. (przekazane Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów) informacje o zakresie świadczonej usługi, w ramach której wykonywany był nadzór nad dokumentacją projektową na etapie przygotowania materiałów do przeprowadzenia postępowania przetargowego, w trakcie trwania inwestycji, dla potrzeb sporządzenia dokumentacji powykonawczej oraz weryfikacja kosztów proponowanych rozwiązań. Ponadto w związku ze stanowiskiem Konsorcjum ECM zawartym w piśmie z 30.09.2015 r., Odwołujący podniósł, iż definicja usługi Inżyniera Kontraktu zwarta w ogłoszeniu „prowadzenie nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej", nie określa na jakim etapie, czy też etapach realizacji inwestycji miałoby mieć ono miejsce. Brak bowiem zastrzeżenia w rodzaju „podczas etapu projektowania", czy „przed rozpoczęciem robót budowlanych". Ponadto brak jest zastrzeżeń dotyczących czasu, w którym musiał być prowadzony nadzór. Zatem etap, bądź etapy procesu inwestycyjnego, na których był sprawowany nadzór nie można uważać za istotny element wzmiankowanej definicji. Nie ma podstaw do twierdzenia, że zakres rozmów prowadzonych podczas dialogu technicznego, czy nawet zakres przedmiotu zamówienia, uniemożliwiły Zamawiającemu przyjęcie, iż dla prawidłowej realizacji zamówienia wystarczające będzie posiadanie doświadczenia w nadzorze nad przygotowaniem dokumentacji projektowej bez względu na etap inwestycji, na jakim ów nadzór był sprawowany. W świetle zasady równego traktowania

---

wykonawców oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, nie ma podstaw do odstąpienia od literalnego rozumienia zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu.
Odnośnie pełnionej funkcji Inżyniera Zastępczego przy budowie Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku, wykonawca sprawował nadzór nad przygotowaniem dokumentacji projektowej, na co wskazuje treść zawartej w dniu 16.11.2011 r. umowy, w której określono, że zastępstwo inwestycyjne będzie polegało w szczególności na przygotowaniu inwestycji, w tym pełnieniu nadzoru nad realizacją warunków umów zawartych z wykonawcami prac archeologicznych oraz Projektantów (§ 3 ust. 2 pkt 2.1). Okoliczność, iż budynek muzeum nie został wybudowany przed zakończeniem pełnionej przez Odwołującego funkcji Inżyniera Zastępczego, nie ma znaczenia dla oceny, czy realizacja usługi może być zaliczona na poczet wymaganego doświadczenia. Odwołujący wskazał na brak w treści warunku oraz sposobie ich oceny zastrzeżenia, że posiadane doświadczenie musi dotyczyć robót budowlanych na budynku, który już został oddany do użytku bądź na budynku, który istniał już w momencie rozpoczynania obsługiwanych robót budowlanych. Zamawiający użył określenia „dla budynku", które odnosi się do osiągnięcia celu wykonywania robót budowlanych, którym jest uzyskanie przez Zamawiającego (Inwestora) we wskazanym terminie, określonego społeczno-gospodarczego efektu w postaci obiektu lub kompleksu obiektów budowlanych mogących pełnić konkretne funkcje (zdolnych do zaspokajania określonych potrzeb społecznych). „Dla budynku" oznacza więc „w celu uzyskania budynku o określonych cechach", realizacja tego celu w pełni nie może być zadaniem dla podmiotu, który winien jedynie świadczyć usługi dotyczące robót budowlanych, a nie wykonywać same roboty. Odwołujący świadcząc usługę podczas i w związku z realizacją jednego z etapów robót budowlanych zmierzających do wykonania budynku siedziby Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku, świadczył ją właśnie „dla budynku", czyli w celu zapewnienia nadzoru nad pracami zmierzającymi do powstania budynku (w celu powstania budynku).

W świetle powyższego nie wystąpiły w stosunku do Odwołującego podstawy do wykluczenia z postępowania wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Odwołujący wskazał na wadliwe działanie komisji przetargowej. Zgodnie z postanowieniami Regulaminu Komisji Przetargowej (wprowadzonej zarządzeniem nr 5/2012 Dyrektora Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie z dnia 20.04.2012 r.),w przypadku gdy jedynym kryterium nie jest cena, z głosowania wyłączony zostaje sekretarz, co powinno mieć miejsce w tym postępowaniu. Przy braku podczas głosowania dwóch członków (Przewodniczącego oraz Członka) i wyłączeniu z głosowania Sekretarza, pozostawało czterech uprawnionych do głosowania członków, a w świetle par. 8 ust. 3 pkt 2 regulaminu, decyzja winna być podjęta większością trzech głosów lub dwoma głosami, o ile jednym z

tych głosów był głos Przewodniczącego. Pod stanowiskiem komisji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 6.10.2015 r., znajdują się podpisy tylko dwóch uprawnionych do głosowania osób, z których żadna nie była Przewodniczącym Komisji. Tym samym rekomendacja Komisji nie była ważna i skuteczna, a podjęcie na jej podstawie decyzji naruszało art. 7 ust. 3 Ustawy, a także było sprzeczne z celem z art. 19 ust. 1 Ustawy.

Odnośnie oceny spełnienia opisanych w pkt III.2.1)3 pkt 1) lit. a, b i c ogłoszenia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum ECM odwołujący zakwestionował możliwość zaliczenia na poczet wymaganego doświadczenia usług dotyczących zadań: „Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach" oraz „Port Lotniczy Wrocław – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej budowa terminala pasażerskiego Międzynarodowego Portu Lotniczego we Wrocławiu wraz z infrastrukturą w nowej lokalizacji i wyposażeniem", jak również usługi dotyczącej zadania „Budowa hali widowiskowo-sportowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Bema w Toruniu".

Odnośnie usługi dotyczącej zadania „Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach" odwołujący zakwestionował, aby potwierdzenie znajomości procedur przetargowych właściwych dla realizacji tego typu przedsięwzięć inwestycyjnych oraz procedur wewnętrznych instytucji (potwierdzone referencją z dnia 12.02.2014 r.) było wystarczające dla stwierdzenia, iż usługa została należycie wykonana. Taką ocenę wzmiankowanej treści referencji prezentowała Izba w wyroku z dnia 3 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 516/14, KIO 563/14. W ramach dwukrotnie udzielanych wyjaśnień Konsorcjum nie

uzupełniło dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi, a Zamawiający takiego wezwania nie skierował do Konsorcjum ECM. W ocenie Odwołującego, wskazywać może to na potencjalny brak możliwości uzyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi, co pozostawia tą kwestię niewyjaśnioną. Wzmiankowany list referencyjny był już kwestionowany w postępowaniu przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 7.08.2015 r., uwzględnionym w całości przez Zamawiającego.

Odnośnie usługi dotyczącej zadania „Port Lotniczy Wrocław – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej budowa terminala pasażerskiego Międzynarodowego Portu Lotniczego we Wrocławiu wraz z infrastrukturą w nowej lokalizacji i wyposażeniem", Odwołujący wskazał na niejasności co do ustalenia terminu zakończenia usługi, określanej przez Konsorcjum datą 8.05.2012r., chociaż w liście referencyjnym z dnia 23.03.2013 r. wskazuje się na datę uzyskania decyzji na użytkowanie; 28.02.2012r. W dniu 11.03.2012 r. nastąpiło uruchomienie portu lotniczego. W ocenie Odwołującego Konsorcjum świadomie usiłowało wprowadzić Zamawiającego w błąd poprzez zapisy zawarte w wykazie wykonanych usług. W innych postępowaniach, powołując się na doświadczenie zdobyte przy

tym zadaniu Konsorcjum wskazywało datę zakończenia 28.02.2012 r. (dotyczy to postępowań prowadzonych przez Mazowiecki Szpital Wojewódzki na „Budowa Mazowieckiego Szpitala Wojewódzkiego Drewnica"; Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. na Budowę Centrum Wystawienniczo-Kongresowego Województwa Podkarpackiego).

W odniesieniu do usługi dotyczącej zdania „Budowa hali widowiskowo-sportowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Bema w Toruniu" Odwołujący wskazał, iż nie jest to obiekt przeznaczony na potrzeby kultury w rozumieniu zapisów zawartych w ogłoszeniu, lecz jest obiektem sportowym (obiektem kultury fizycznej).

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 29 października 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę, do udziału w której dopuszczeni zostali wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, Portico Project Management Sp. z o.o. i Wspólnicy S.K. (dalej jako Konsorcjum ECM), którzy w terminie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba nie przychyliła się do wniosków Zamawiającego oraz Konsorcjum ECM o pozostawienie bez rozpatrzenie zarzutów, co do których Izba zajęła stanowisko w wyroku z dnia 24.09.2015 r., sygn. akt KIO 1978/15, uznając je za bezzasadne. Oddalając ten wniosek Izba uznała, iż ponownie podniesione w niniejszym odwołaniu zarzuty, dotyczące podstawy faktycznej i prawnej wykluczenia Konsorcjum ECM z postępowania nie były dotychczas rozpoznane merytorycznie. Wynika to z faktu, iż odwołanie z dnia 10.09.2015 r. zostało oddalone z uwagi na przedwczesność podniesionych zarzutów wynikającą z braku zakończenia ponowionej czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
W ocenie składu orzekającego w obecnie rozpoznawanym odwołaniu, co do zasady całość zarzutów dotyczy nowych okoliczności związanych z oceną wniosków zakończoną decyzją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz uznaniu, iż Konsorcjum ECM spełnia warunki udziału w postępowaniu (czynność z dnia 7.10.2015 r.). W tym miejscu Izba wskazuje, iż w części zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy Konsorcjum ECM był spóźniony. Dotyczy to podstawy faktycznej (okoliczności) zarzutu związanej z oceną usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu przy projekcie - budowa hali widowiskowo-sportowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Bema w Toruniu (projekt nr 2 wskazany w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III.2.1 ust. 3 pkt 1 lit.a). Izba uznała,

iż termin na podnoszenie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust.3 Ustawy w

odniesieniu do tego projektu, rozpoczął bieg przy pierwszej czynności zaproszenia Konsorcjum ECM do złożenia oferty. Wprawdzie Odwołujący w odwołaniu z dnia 07.08.2015 r. wskazał na projekt z pkt 1.2.2 wykazu, to faktycznie zarzuty wynikały z okoliczności związanych z oceną dwóch pozostałych projektów wskazanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących „Budowy Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach" oraz „Portu Lotniczego Wrocław (…)". Ponieważ usługa związana budową hali w Toruniu od początku uznana była przez Zamawiającego, jako spełniająca warunek opisany w rozdziale III.2.1 ust. 3 pkt 1 lit a) ogłoszenia, a Odwołujący takiej oceny nie zakwestionował przy pierwszej czynności oceny wniosku Konsorcjum ECM, Izba uznała, iż zarzut w tym zakresie nie mógł być merytorycznie rozpoznany z uwagi na jego zgłoszenie z uchybieniem terminu na wniesienie odwołania liczonego od przesłania informacji o pierwszej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum ECM. Uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 07.08.2015 r. nie oznaczało przywrócenia terminu do zgłaszania nowych zarzutów, co do których wykonawca miał możliwość ich podniesienia w odwołaniu dotyczącym pierwszej czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponieważ Ustawa nie przewiduje możliwości częściowego odrzucenia odwołania, Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut związany z oceną usługi realizowanej dla zadania „Budowa hali widowiskowo-sportowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ul. Bema w Toruniu". W pozostałym zakresie Izba rozstrzygnęła o zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Skutkiem zaskarżonych czynności było niedopuszczenie Odwołującego do udziału w dalszym etapie postępowania i złożenia oferty oraz skierowanie takiego zaproszenia do Konsorcjum ECM. Odwołanie zmierza do uchylenia niekorzystnych dla Odwołującego czynności dokonanych z uchybieniem przepisów Ustawy, a tym samym ma na celu ochronę interesu tego Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia,

poprzez przywrócenie jego wniosku do oceny, a jednocześnie wykluczenie z dalszego uczestnictwa w postępowaniu Konsorcjum ECM. Konsekwencją takiej zmiany czynności w postępowaniu byłoby zaproszenie samego Odwołującego do złożenia oferty, co stwarzałoby temu Wykonawcy realną szansę na uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego należało uznać, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Ustawy do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zasadności zarzutu bezpodstawnego wykluczenia z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy.

W tym zakresie podstawa faktyczna zarzutu związana jest z oceną usług wskazanych przez Odwołującego na potwierdzenie wymaganej wiedzy i doświadczenia, spełniającej warunki opisane w treści ogłoszenia o zamówieniu – rozdział III.2.1 ppkt 3.

Zamawiający w piśmie z dnia 07.10.2015 r. poinformował Odwołującego o zaktualizowanej ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu uwzględniającej orzeczenie KIO 1978/15 z dnia 24.09.2015 r., informacje przekazane przez Wykonawców oraz informacje uzyskane przez Zamawiającego w trybie przepisu § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Zamawiający ponownie uznał, iż Konsorcjum ECM spełnia warunki udziału w postępowaniu i skierował do tego Wykonawcy zaproszenie do złożenia oferty. Zamawiający jednocześnie wykluczył z postępowania Odwołującego wskazując w uzasadnieniu faktycznym na niedostateczny zakres usługi polegającej na pełnieniu funkcji

Inżyniera Kontraktu przy realizacji inwestycji pn. *„Budowa siedziby Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia w Katowicach (NOSPR)”,* która zdaniem Zamawiającego nie obejmowała przeprowadzenia nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej dla inwestycji. Zamawiający najpierw po wyjaśnieniu, a następnie uzupełnieniu dokumentów przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy uznał, iż nie jest tożsamym z nadzorem nad przygotowaniem dokumentacji, jej weryfikacja, do której faktycznie sprowadzały się czynności Odwołującego. Pomimo wezwania skierowanego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy i wskazanej w niej przyczyny, dla której usługa nie została przez Zamawiającego uznana Odwołujący w piśmie z dnia 17.09.2015 r. ponownie powołał się na usługę dotyczącą NOSPR, co do której Zamawiający ustalił, iż były nałożone na wykonawcę kary umowne, co oznacza, iż nie była ona wykonana należycie. Ponadto Zamawiający podtrzymał wcześniejsze stanowisko dotyczące jej zakresu, który nie obejmował czynności nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej, co nie było możliwe również z uwagi na krótki okres czasu wynikający z harmonogramu prac. Zamawiający ocenił również jako

---

niespełniającą warunków udziału nową usługę wskazaną dodatkowo w wyniku uzupełnienia dokumentów, dotyczącą pełnienia funkcji Inżyniera Zastępczego przy budowie Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku. Zamawiający uznał, iż zakresem usługi nie objęto nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej, a jedynie zapoznanie się z tą dokumentacją oraz przekazanie pisemnej opinii co do jej jakości, kompletności, ze wskazaniem ewentualnych wad. Ponadto Zamawiający uznał, iż nie potwierdza ona pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu zgodnie definicją „budynku” zawartą w ogłoszeniu o zamówieniu. Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu miało polegać na pełnieniu usługi przy budowie „budynku”, zdefiniowanego jako *obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.* Ponieważ Muzeum II Wojny Światowej do końca trwania usługi, ale i na obecny moment, nie zostało wybudowane, Zamawiający uznał, iż funkcja Inwestora Zastępczego pełniona do etapu wylewania płyty fundamentowej, nie spełnia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.
W świetle tych okoliczności Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Ustawy.

Izba ustaliła, iż w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 20015/S 066-116367, Zamawiający wymagał doświadczenia w pełnieniu funkcji „Inżyniera Kontraktu” dla budynków opisanych w lit a-c (III.2.1 pkt 3 ppkt 1):
- muzeum lub innego budynku przeznaczonego na potrzeby wystawiennicze o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 8 000 m2 o wartości tej roboty budowlanej co najmniej 100.000.000 PLN brutto lub teatru lub innego budynku przeznaczonego na potrzeby kultury o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 7.000 m2, w którym znajduje się sala dla audytorium nie mniejszego niż 300 osób (liczonych jako miejsca siedzące) o wartości tej roboty budowlanej co najmniej 100.000.000 PLN brutto (lit.a);
- budynku przeznaczonego na potrzeby kultury o wartości robót co najmniej 200.000.000 PLN brutto (lit. b);
- budynku użyteczności publicznej o wartości robót co najmniej 300.000.000 PLN brutto.
Przez usługę „Inżyniera Kontraktu” Zamawiający rozumiał – *prowadzenie nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej dla inwestycji, w zakresie technicznym oraz zgodności z budżetem i oczekiwaniami inwestora, a także prowadzenie nadzoru inwestorskiego nad procesem robót budowlanych dla tej samej inwestycji.* Zamawiający wskazał również, iż poprzez „budynek” rozumie *obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.*

We wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący na stronie 13 złożył wykaz zawierający jedną usługę dotyczącą NOSPR realizowaną na rzecz Miasta Katowice, jako spełniającą warunek dla każdego z trzech rodzaju budynków opisanych w lit. a-c Potwierdzeniem należytego wykonania usługi jest poświadczenie nr IN.I.KW-00135/15

Miasta Katowice z dnia 28.04.2015 r., w którym opisano zakres usługi jako *Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu w zakresie wykonania nadzoru budowlanego zgodnie z Prawem Budowlanym oraz technicznego i finansowego zarządzania oraz administrowania inwestycją,* realizowana na podstawie umowy IN/256/2010 z dnia 11.102010 r. w okresie od 11.10.2010 r. do 30.11.2014 r (str. 15 wniosku).
W toku badania wniosku Odwołującego Zamawiający otrzymał od Konsorcjum ECM (przy wyjaśnieniach z dnia 27.08.2015 r.) kopię umowy IN/256/2010 na pełnienie przez BUD-INVENT Sp. z o.o. funkcji Inżyniera Kontraktu. W § 1 ust. 2 kontraktu wskazany został zakres czynności zleconych inżynierowi Kontraktu, mających na celu realizację inwestycji, w tym w szczególności *opracowanie w uzgodnieniu z Zamawiającym projektów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na wybór wykonawcy robót związanych z realizacją przedmiotowego zadania wraz ze specyfikacją techniczną i projektem umowy, z zastrzeżeniem § 4 ust. 1d) umowy (lit. a); udział na zasadzie eksperta ds. technicznych w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych przeprowadzanych zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych na wybór wykonawcy robót Inwestycji, z zastrzeżeniem § 4 ust. 2c) umowy (lit. b); zapoznanie się z dokumentacją projektową i przedmiarami robót w stopniu pozwalającym na udział na zasadzie eksperta ds. technicznych w procedurze wyboru wykonawcy, w tym aktywny udział w obowiązku Zamawiającego polegającym na udzielaniu odpowiedzi na pytania zadawane przez oferentów w trakcie trwania postępowania przetargowego, które dotyczyć mogą przyjętych rozwiązań projektowych, technologii, rozwiązań konstrukcyjno-materiałowych, ilości robót ujętych w przedmiarach robót oraz innych wynikających z dokumentacji projektowo-kosztorysowej (lit. c).* Wymieniane w kolejnych literach czynności dotyczą obowiązków związanych z nadzorem inwestorskim nad realizowaną inwestycją (robotami) oraz koniecznymi uzgodnieniami i rozliczeniami.
Urząd Miasta Katowice w piśmie z dnia 21.08.2015 r. stanowiącym odpowiedź na wniosek o udostępnienie informacji publicznej wskazał na zapis z §5 ust. 3 lit. k umowy, zgodnie z którym *do obowiązków Inżyniera Kontraktu należy (…) zapoznanie się z dokumentacją projektową inwestycji oraz jej zweryfikowanie pod względem formalno-technicznym, w tym także sprawdzenie kosztorysu inwestorskiego oraz sprawdzenie na etapie przetargu – kosztorysów ofertowych i na etapie realizacji – kosztorysów powykonawczych robót"* oraz przekazał harmonogram inwestycji. Uzupełniająco do powyższej informacji Izba ustaliła, iż § 5 ust. 3 umowy określa obowiązki Inżyniera Kontraktu w ramach wykonania przedmiotu umowy zgodnie z § 1 umowy.

Sygn. akt: KIO 2241/15 11

Zgodnie z informacją skierowaną do projektanta w dniu 12.10.2010 r. Urząd Miasta Katowice wystąpił o umożliwienie wglądu Inżynierowi Kontraktu i zapoznania się z aktualnie realizowaną dokumentacją projektową dla NOSPR. Zamawiający otrzymał również protokół przekazania dokumentacji z 15 grudnia 2010 r. podpisany przez projektanta (T. K.) oraz Zamawiającego (Urząd Miasta Katowice) zawierający spis dokumentacji składającej się na specyfikacje techniczne oraz projekt wykonawczy.
W piśmie z dnia 16.09.2015 r. Miasto Katowice potwierdziło, iż w trakcie wykonywania usługi Inżyniera Kontraktu dla NOSPR firma BUD-INVENT została obciążona w 2011 r. karą umowną za opóźnienie w złożeniu raportu miesięcznego. Na wniosek Odwołującego Urząd Miasta Katowice w piśmie z dnia 13.10.2015 r. potwierdziło, że usługa Inżyniera Kontraktu dla NOSPR była wykonana należycie, a naliczona kara umowna w wysokości 400 zł z uwagi na przekroczenie umownego terminu dostarczenia raportu miesięcznego o 4 dni ma znaczenia dla oceny wykonania przedmiotowej usługi.
Odwołujący do pisma procesowego załączył kopię notatki służbowej z dnia 17.11.2010 r. z przebiegu spotkania z projektantem K. Studio, na którym przedstawił on projekt nowej siedziby NOSPR oraz prace nad wykonaniem modelu akustycznego do badań akustycznych. Biuro projektowe potwierdziło również termin przekazania dokumentacji projektowej (projektu wykonawczego) oraz poinformowało o stopni zaawansowania prac projektowych w rozbiciu na branże. Na spotkaniu zgłoszona została ze strony Inżyniera Kontraktu konieczność koordynacji między branżowej oraz uwzględnienie wyników badań na modelu akustycznym dokumentacji projektowej, a także konieczność uzyskania parametrów gruntu po uzdatnieniu zgodnie z wytycznymi przekazanymi projektantom przez Zamawiającego. Do akt sprawy załączono również *druk oceny dokumentacji wykonawczej* oraz *opinia do projektu wykonawczego* opracowane przez Inżyniera Kontraktu. Dodatkowo załączone zostało pismo

skierowane z Urzędu Miasta Katowice do K. P. z dnia 27.10.2015 r., w którym wskazany został zakres usługi nadzoru nad dokumentacją projektową świadczonej w ramach zawartej umowy przez Inżyniera Kontraktu, realizowany od momentu podpisania umowy przez sprawdzanie i weryfikację opracowań projektowych (w celu przygotowania materiałów przetargowych na wyłonienie wykonawcy robót), prowadzony w trakcie inwestycji aż do jej zakończenia, prowadzony dla potrzeb sporządzenia dokumentacji powykonawczej. W piśmie z dnia 28.10.2015 r. Projektant – T. K. w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego z dnia 27.10.2015 r. stwierdził, iż *spółka Bud-Invent nie uczestniczyła w przygotowaniu dokumentacji projektowej na etapach projektu koncepcyjnego, projektów budowlanych dla udzielenia pozwoleń na budowę oraz przy opracowaniu projektów wykonawczych. Początek współpracy miał miejsce na etapie weryfikacji projektu w chwili przekazania kompletnej dokumentacji Inwestorowi.*

Sygn. akt: KIO 2241/15 12

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy Odwołujący uzupełnił wykaz o dodatkową usługę Inwestora Zastępczego przy inwestycji pn. „Budowa Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku", mającej potwierdzać spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia obok usługi dotyczącej NOSPR. Do wykazu nie zostało załączone poświadczenie należytego wykonania usługi, a w jego miejsce Odwołujący złożył własne oświadczenie, w którym potwierdził, że usługa została realizowana była w okresie od 16.11.2011 r. do 31.12.2014 r. i została wykonana należycie, na co wskazywać ma dokonanie zwrotu zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz nie naliczenie kar umownych.
W toku postępowania odwoławczego złożony został opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do siwz) dla usługi zastępstwa inwestycyjnego, która w zakresie przygotowania inwestycji obejmowała między innymi zapoznanie się z dokumentacją projektową oraz przedstawienie Zamawiającemu pisemnej opinii co do jej jakości, kompletności, ze wskazaniem ewentualnych wad tej dokumentacji oraz zakresu koniecznych korekt autorskich Projektanta. Opinia Inwestora Zastępczego, w której uzna on dokumentację projektową za prawidłową, kompletną, spójną i zdatną do realizacji celu któremu ma służyć, będzie podstawą dla Zamawiającego dla zwolnienia dokumentacji projektowej do realizacji. W przypadku, gdy Inwestor Zastępczy uzna dokumentację za nieprawidłową, niekompletną, niespójną bądź niezdatną do realizacji celu któremu ma służyć, wskaże to w sposób szczegółowy i jasny w swojej opinii i niezwłocznie wyegzekwuje od projektantów jej poprawienie.
Z wyjaśnień składanych na rozprawie oraz stanowisk stron wynika, iż budowa Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku nie zakończyła się, a etap prac na grudzień 2014 r. objął 11.21% prac (w tym wykonanie niecki na której ma być posadowiony budynek).

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego dokonana została w zgodzie z opisem wymagań wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu, a zatem nie naruszała przepisów Ustawy.
W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż różnica w ocenie usług wykazanych przez Odwołującego wynikała z odmiennego zrozumienia zapisów ogłoszenia o zamówieniu. Zasadniczo sprowadzała się ona do wykładni znaczenia użytego pojęcia *nadzór nad przygotowaniem dokumentacji projektowej* oraz znaczenia dla treści wymagania definicji *budynku.* Odnosząc się do zakresu czynności, jakie miałyby mieścić się w określeniu *nadzór* i czy stanowiłoby tą formę *weryfikowanie, sprawdzenie,* Izba uznała, iż rozważania stron prowadzone odnośnie tego elementu opisu wymagania nie miały zasadniczego znaczenia.

Sygn. akt: KIO 2241/15 13

W zasadzie sprowadzały się do porównywania znaczenia tych pojęć, a w ocenie Izby nie mogło to prowadzić do doprecyzowania zapisów ogłoszenia, poprzez wymaganie konkretnych czynności, jakie w ramach nadzoru miały być wykonywane. W zasadzie to czynności identyfikują pojęcie nadzoru, a brak ich opisu w treści ogłoszenia, czyniło bezprzedmiotowym na obecnym etapie postępowania rozważanie, czy dane czynności, jakie

wykonywał Odwołujący w ramach świadczonych usług Inżyniera Kontraktu (NOSPR) oraz Inwestora Zastępczego (Muzeum II Wojny Światowej) stanowiły o prowadzonym nadzorze. Pomimo tej konstatacji Izba uznała, że obie usługi nie spełniały warunku udziału w postępowaniu, a to z tej przyczyny, że nie obejmowały nadzoru (w jakiejkolwiek postaci) w przygotowaniu dokumentacji projektowej dla budynku. Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednej usługi polegającej na pełnieniu funkcji „Inżyniera Kontraktu" (tj. prowadzenia nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej dla inwestycji, w zakresie technicznym oraz zgodności z budżetem i oczekiwaniami inwestora, a także prowadzenia nadzoru inwestorskiego nad procesem robót budowlanych dla tej samej inwestycji) dla budynku (tj. obiektu budowlanego, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach). W oparciu o taką treść ogłoszenia Izba uznała za zasadne przyjęcie rozumienia warunku udziału przez pryzmat znaczenia pojęcia *dokumentacja projektowa,* jakie wynika z przepisów powszechnie obowiązujących – rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r.. *w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego* (Dz. U. nr 202, poz. 2072). Brak przywołania w treści ogłoszenia dokumentów, jakie składają się na dokumentację projektową, nie stał na przeszkodzie do przyjęcia, iż Zamawiający rozumiał dokumentację projektową, jako komplet dokumentów koniecznych do realizacji inwestycji dotyczącej budynku, a więc przede wszystkim projektu budowlanego. Nie bez znaczenia dla wykładni warunku jest wskazanie na etap przygotowania dokumentacji, a zatem jej merytorycznego tworzenia (przygotowywania projektu budowlanego, projektu wykonawczego, przedmiarów robót). Słusznie zatem Zamawiający wskazywał na konieczność czynnego udziału „Inżyniera Kontraktu" na etapie opracowywania dokumentacji przez Projektanta, który wskazywałby na prowadzenie nadzoru nad pracami Projektanta. Odwołujący natomiast uznał, iż udział w pracach w charakterze sprawdzającego opracowaną dokumentację projektową w celu jej złożenia Zamawiającemu i wszczęcia na tej podstawie procedury przetargowej był wystarczający dla wykazania spełnienia warunku. W ocenie Izby, taki sposób rozumienia referencyjnej usługi stanowi wypaczenie celu jakim miało być sprawdzenie wiedzy koniecznej do wykonania przedmiotu zamówienia, jakim w niniejszym postępowaniu jest świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu na etapie projektowania budowy nowego budynku oraz wykonania robót budowlanych. Nie

powinno budzić wątpliwości wśród profesjonalistów, iż Zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy mieli doświadczenie związane z udziałem w pracach projektowych i wiążącym się z tym merytorycznym wkładem na etapie tworzenia założeń projektowych, opracowywania rozwiązań najbardziej odpowiadających oczekiwaniom Zamawiającego. Odwołujący nie zwrócił się o wyjaśnienie w tym zakresie zapisów ogłoszenia i dokonał własnej interpretacji treści warunku faktycznie prowadząc do nadania mu odmiennego znaczenia. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie treść ogłoszenia nie pozostawiała, aż tak dużej swobody wykonawcy, żeby możliwym było przyjęcie, jako nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej, weryfikację opracowanej dokumentacji od strony prawno-formalnej prowadzonej w celu przygotowania postępowania przetargowego. Zakres czynności, jakie wykonywał Inżynier Kontraktu przy NOSPR oddaje wyraźnie zapis § 1 ist. 2 umowy nr IN/256/2010 z dnia 11.10.2010 r., w którym wskazane zostało *zapoznanie się z dokumentacją projektową i przedmiarami robót w stopniu pozwalającym na udział na zasadzie eksperta ds. technicznych w procedurze wyboru wykonawcy, w tym aktywny udział w obowiązku Zamawiającego polegającym na udzielaniu odpowiedzi na pytania zadawane przez oferentów w trakcie trwania postępowania przetargowego, które dotyczyć mogą przyjętych rozwiązań projektowych, technologii, rozwiązań konstrukcyjno-materiałowych, ilości robót ujętych w przedmiarach robót oraz innych wynikających z dokumentacji projektowo-kosztorysowej (lit. c).* W związku z powyższym nie było wystarczającym wykazanie się realizacją usługi Inżyniera Kontraktu, która jedynie z faktu użycia tego określenia odpowiada treści warunku. Istotnym było ustalenie, czy Inżynier Kontraktu brał udział w pracach projektowych i nadzorował powstającą dokumentację projektową. Tym samym Izba jako podstawę do oceny usługi dotyczącej NOSPR przyjęła treść umowy nr IN/256/2010 z 11.10.2010 r., w której określono szczegółowo powierzone Inżynierowi Kontraktu zadania. Analiza § 1 ust. 2 umowy nie budzi jakichkolwiek wątpliwości, iż zadania

powierzone Inżynierowi Kontraktu w zakresie dotyczącym dokumentacji projektowej sprowadzały się wyłącznie do jej analizy, zapoznania w celu późniejszego udziału w procedurze przetargowej jako eksperta ds. technicznych. W § 5 ust. 3 lit. k mowa jest jedynie o zweryfikowaniu dokumentacji projektowej pod względem formalno-technicznym, w tym także sprawdzenie kosztorysu inwestorskiego oraz sprawdzanie na etapie przetargu – kosztorysów ofertowych i na etapie realizacji – kosztorysów powykonawczych robót. Nie można na tej podstawie przyjąć, iż Odwołujący świadcząc usługę na rzecz NOSPR nadzorował (merytorycznie) przygotowanie dokumentacji projektowej. W zasadzie we wszystkich złożonych w sprawie pismach informacje co do udziału Inżyniera Kontraktu w nadzorowaniu dokumentacji dotyczą etapu związanego z przygotowaniem postępowania na wybór wykonawcy robót i ich wykonaniem, a nie etapem opracowania dokumentacji projektowej. Wskazuje na to również etap na jakim Inżynier Kontraktu przystąpił do

wykonywania zadań oraz harmonogram prac. Odwołujący faktycznie przystąpił do procesu inwestycyjnego już po opracowaniu dokumentacji projektowej, a drobne uwagi jakie zgłaszał Projektantowi nie mogły wpłynąć na zmianę założeń, rozwiązań przyjętych na wcześniejszym etapie projektowania w projekcie budowlanym. W niniejszym postępowaniu Zamawiający wymagał od Inżyniera Kontraktu doświadczenia zarówno na etapie przygotowania dokumentacji projektowej jak i prowadzenia nadzoru inwestorskiego nad procesem robót budowlanych na tej samej inwestycji. Ponieważ w odniesieniu do usługi dotyczącej NOSPR nie można było uznać, że zadania powierzone Inżynierowi Kontraktu polegały na nadzorowaniu przygotowania dokumentacji projektowej, nie spełniała ona warunku udziału w postępowaniu. Izba uznała, iż okoliczność naliczenia kar umownych, w świetle stanowiska inwestora, który uznał usługę za należycie wykonaną, nie miałaby znaczenia, gdyby nie zasadnicza przeszkoda dotycząca zakresu usługi. Izba pominęła jako niezwiązaną z podstawą wykluczenia okoliczność podniesioną przez Przystępującego, a dotyczącą wartości robót budowlanych.

Odnośnie usługi wskazanej dodatkowo w trybie uzupełnienia dokumentów Izba uznała, iż opis przedmiotu zamówienia wynikający z przedłożonego załącznik nr 1 do siwz wskazuje, że usługa zastępstwa inwestycyjnego, w zakresie przygotowania inwestycji obejmowała między innymi zapoznanie się z dokumentacją projektową oraz przedstawienie Zamawiającemu pisemnej opinii co do jej jakości, kompletności, ze wskazaniem ewentualnych wad tej dokumentacji oraz zakresu koniecznych korekt autorskich Projektanta. W ocenie Izby taki zakres czynności nie wskazuje na uczestnictwo inwestora zastępczego w pracach projektowych w charakterze nadzorującego dokumentację projektową na poszczególnych etapach jej powstawania. Czynności inwestora zastępczego rozpoczynały się od sprawdzenia i weryfikacji opracowań projektowych, co miało na celu poprawne przygotowanie materiałów przetargowych (zgodnie z załączonym do uzupełnienia pismem Urzędu Miasta z 17.09.2015 r.). Prowadzić miał wyłącznie nadzór nad dokumentacją projektową w trakcie inwestycji (już przygotowaną), aż do czasu jej zakończenia, a także dla potrzeb sporządzenia dokumentacji powykonawczej (do czego nie doszło w związku z wygaśnięciem umowy i jej nie przedłużeniem w dniu 31.12.2014 r.). Niezależenie od tej okoliczności badana usługa nie mogła potwierdzać zdobycia doświadczenia w nadzorze inwestorskim nad procesem robót budowlanych dla budynku. Odwołujący pomijał w swoim stanowisku znaczenie, jakie nadał Zamawiający na potrzeby opisu warunku pojęciu budynek, skupiając się wyłącznie na cechach budynku wskazując m.in., iż świadcząc *usługę podczas i w związku z realizacją jednego z etapów robót budowlanych zmierzających do wykonania budynku siedziby Muzeum II Wojny* Światowej *w Gdańsku,* świadczył *ją właśnie „dla budynku", czyli w celu zapewnienia nadzoru nad pracami zmierzającymi do powstania budynku (w celu powstania budynku).* Analiza treści ogłoszenia prowadzi do wniosku, iż opis

warunku nie dotyczył tylko cech budynku (przeznaczenia, kubatury i wartości robót) dla którego usługa Inżyniera Kontraktu miała być świadczona w celu jego powstania. Zamawiający wskazał również na konieczność nadzoru inwestorskiego nad procesem robót budowlanych dla inwestycji obejmującej budowę budynku posiadającego fundamenty i dach.

Takiego warunku nie spełnia usługa świadczona przez Odwołującego przy budowie Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku, gdyż w okresie w jakim była wykonywana, proces robót budowlanych nie osiągnął etapu prac określonych przez Zamawiającego. Z wyjaśnień składanych na rozprawie oraz stanowisk stron wynika, iż budowa Muzeum II Wojny Światowej w Gdańsku nie zakończyła się, a etap prac na grudzień 2014 r. objął 11.21% prac (w tym wykonanie niecki na której ma być posadowiony budynek). Niezależnie od wartości wykonanych dotychczas robót, usługa nie spełnia warunku udziału w postępowaniu skoro sam budynek jeszcze nie powstał, nie można uznać, iż inwestor zastępczy sprawował nadzór nad procesem robót budowlanych dla budynku, który miał posiadać fundamenty i dach.

W świetle powyższego doświadczenie zdobyte przy obu ocenianych usługach nie mogło być przyjęte jako spełniające warunek udziału w postępowaniu. Sugerowana przez Odwołującego możliwość zaliczenia każdej z tych usług na poczet jednego z elementów referencyjnej usługi (nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej oraz nadzoru nad procesem robót budowlanych) nie mogła być dopuszczona. W świetle treści ogłoszenia doświadczenie objęte treścią warunku miało dotyczyć tej samej inwestycji. Nie było zatem możliwe zaliczenie usługi NOSPR na rzecz nadzoru nad procesem robót budowlanych, a usługi świadczonej przy Muzeum II wojny Światowej, na rzecz nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej (tym bardziej, iż nie spełnia ona również tego elementu opisu).

Tym samym zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania nie potwierdził się. Na ocenę czynności Zamawiającego nie miał wpływu przebieg głosowania w komisji przetargowej. To dopiero decyzja podejmowana przez kierownika Zamawiającego stanowi formalną podstawę czynności podjętej w postępowaniu. Naruszenie zasad głosowania, przy prawidłowej ocenie dokumentów pozostaje okolicznością obojętną dla niniejszego rozstrzygnięcia.

Zarzuty dotyczące Konsorcjum ECM – zaniechania wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Ustawy.

Odwołujący zakwestionował każdą ze wskazanych we wniosku usług, co do których formułował już w części zarzuty w odwołaniu z dnia 07.08.2015 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty i powtórzył czynność badania i oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Konsorcjum ECM. W wyniku ponowionych czynności Zamawiający

---

uznał, iż nie zachodziły podstawy do wykluczenia Konsorcjum ECM z postępowania i ponowienie zaprosił tego wykonawcę do złożenia oferty. Ponieważ wynik powtórzonych czynności był sprzeczny z żądaniami jakie Odwołujący zgłaszał w postępowaniu odwoławczym, w niniejszym odwołaniu postawił zarzut rażącego naruszenie art. 186 ust. 2 Ustawy. Izba uznała w świetle prezentowanego w dalszej części stanowiska, iż naruszenie przepisu proceduralnego nie wpływa na ocenę poprawności czynności oceny wniosków. Rzeczywiście przy obecnym kształcie przepisów, w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności zgodnie z żądaniami wskazanymi w odwołaniu. Nie wypełnienie tego obowiązku ma jedynie ten skutek, iż wykonawca może ponownie wnieść odwołanie od powtórzonej czynności powołując się na te same okoliczności, które legły u podstaw uwzględnionych wcześniej zarzutów. Samo nie spełnienie wszystkich żądań przez zamawiającego nie jest jeszcze przesłanką do uwzględnienia kolejnego odwołania. O jego zasadności może decydować wyłącznie ocena czynności prowadzona pod kątem zgodności z ustalonymi w postępowaniu zasadami. Zamawiający zobowiązany jest przede wszystkim do przestrzegania ustalonych w postępowaniu zasad na jakich prowadzona ma być ocena złożonych wniosków lub ofert. Uwzględnienie na etapie postępowania odwoławczego w całości zarzutów stanowi obecnie jedyną możliwość jaką ma Zamawiający dla uznania stanowiska Odwołującego bez konieczności ponoszenia kosztów postępowania. Jeżeli uzna, iż zaskarżone czynności podjęte w postępowaniu były przeprowadzone z naruszeniem zasad i należy je powtórzyć uwzględnienie w całości zarzutów nie musi zawsze prowadzić do dokonania czynności o jakie wnosił odwołujący. Może to wystąpić przede wszystkim w sytuacji, w której zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów. W momencie uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 Ustawy, nie można przesądzić wyniku oceny uzupełnionych

dokumentów. Nawet jeżeli zakresem zarzutów nie objęto art. 26 ust. 3 ustawy, to przy uwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 24 Ustawy konieczne może być podjęcie czynności o jaką odwołujący nie wnosił (tj. uzupełnienie dokumentów), żądając jedynie wykluczenia wykonawcy z postępowania. Powyższe prowadziło do oddalenia zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 Ustawy, gdyż Zamawiający przed ponowną decyzją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz zaproszeniu Konsorcjum ECM do złożenia oferty, podejmował czynności zmierzające do wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz ich uzupełnienia.

Uwzględniając stanowisko Izby wyrażone na wstępie Izba odniosła się merytorycznie do zarzutów zaniechania wykluczenia Konsorcjum ECM z postępowania wynikających z oceny usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania „Budowa Nowej Siedziby

---

Muzeum Śląskiego w Katowicach" oraz Portu Lotniczego Wrocław. Jedynie na marginesie należy zauważyć, iż usługa dotycząca hali widowiskowo-sportowej stanowiła drugą obok usługi pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania „Budowa Nowej Siedziby Muzeum Śląskiego w Katowicach" wskazanych w wykazie na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt III.2.1 pkt 1 lit a ogłoszenia o zamówieniu.

Odnośnie usługi dotyczącej pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu dla zadania *Budowa Nowej Siedziby Muzeum* Śląskiego *w Katowicach* Odwołujący zakwestionował treść referencji z dnia 12.02.2014 r. załączonej do wykazu, w której potwierdzono wyłącznie znajomości procedur przetargowych oraz procedur wewnętrznych inwestycji. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż pomimo wezwań do wyjaśnień w tym zakresie Konsorcjum ECM nie uzupełniło dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi.
Na podstawie przedłożonych Zamawiającemu wraz z wyjaśnieniami z dnia 27.08.2015 r. dokumentów, tj. świadectwa przejęcia z dnia 02.08.2013 r. Izba ustaliła, iż wystawiający Muzeum Śląskie w Katowicach potwierdziło *zgodnie z Subklauzulą 10.1 Warunków Kontraktu oraz wymogami Klauzuli 10 i 11 zaświadczamy, że roboty zostały ukończone zgodnie z Kontraktem.* Przedłożony na rozprawie list referencyjny z dnia 30.09.2015 r. zawiera dodatkową informację o tym, że usługa została zrealizowana należycie, zgodnie z postanowieniami umowy. W świetle poczynionych ustaleń Izba uznała, iż zasadnym było uznanie badanej usługi za należycie wykonaną. Wprawdzie treść referencji zawiera sformułowania mogące pozostawiać wątpliwość, czy wystawiający je ocenił usługę, jako należycie wykonaną, to jednak przedłożony na rozprawie dokument rozwiewał ewentualne wątpliwości jakie wywoływała treść pisma z 12.02.2014 r. Ponieważ Zamawiający ocenił spełnienie warunku udziału w postępowaniu w oparciu o dokument przedłożony wraz z wnioskiem, nie było podstaw do uwzględnienia odwołania w celu uzupełnienia dokumentu, który potwierdza, że usługa została wykonana należycie.

Odnośnie usługi dotyczącej zadania „Port Lotniczy Wrocław – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej budowa terminala pasażerskiego Międzynarodowego Portu Lotniczego we Wrocławiu wraz z infrastrukturą w nowej lokalizacji i wyposażeniem", Odwołujący wskazał na niejasności dotyczące terminu zakończenia usługi, które miały dowodzić nieprawdziwości oświadczenia Konsorcjum ECM o zakończeniu świadczenia usługi w dniu 8.05.2012r.

Izba ustaliła, iż różne terminy jakie wskazywał Odwołujący dotyczyły różnych zdarzeń związanych z zakończeniem inwestycji budowlanej, co jednak nie oznaczało, że informacja o zakończeniu usługi w dniu 8.05.2012 r. była nieprawdziwa. Odwołujący nie udowodnił tego zarzutu, a jednocześnie wszystkie dokumenty złożone w postępowaniu odwoławczym

---

zawierały spójne informacje co do terminów poszczególnych zdarzeń. W liście referencyjnym z dnia 23.03.2013 r. wskazana została data uzyskania decyzji na użytkowanie obiektu: 28.02.2012r. Termin oznaczony datą 08.05.2012 r. odnosił się do daty wystawienia świadectwa przejęcia robót, co nie jest sporne w sprawie. Faktycznie Odwołujący nie wykazał, aby którakolwiek z informacji o danych etapach realizacji i zakończenia inwestycji była nieprawdziwa Skoro zamawiający w opisie funkcji inżyniera kontraktu realizowanej w

ramach jednej inwestycji wymagał sprawowania nadzoru nad przygotowaniem dokumentacji projektowej oraz nadzoru inwestorskiego nad procesem robót budowlanych to momentem zakończenia usługi referencyjnej było odebranie robót budowlanych przez Zamawiającego. Do wyjaśnień z dnia 27.08.2015 r. załączone została kopia świadectwa przejęcia robót z dnia 08.05.2012 r., a także list referencyjny wystawiony przez Port Lotniczy Wrocław S.A. w dniu 14.08.2012 r., w którym okres świadczenia usługi został określony datą rozpoczęcia (24.07.2009 r.) oraz datą wydania świadectwa (08.05.2012 r.). Potwierdzającym należyte wykonanie usługi jest również przedstawiony Zamawiającemu list referencyjny z dnia 14.08.2015 r. w którym termin wykonania określony został przedziałem czasowym 21.01.2009 r. – 30.06.2013 r., a jednocześnie w treści dokumentu powtórzono informację o wydanym w dniu 08.05.2012 r. świadectwie przejęcia robót. Ostatni list został dołączony do wyjaśnień z dnia 27.08.2015 r. w celu rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiającego co do potwierdzenia terminu w jakim usługa była świadczona i zakończyła się. Na rozprawie przedłożone zostało pismo z dnia 29.10.2015 r., w którym Port Lotniczy Wrocław S.A., że usługa realizowana przez Inżyniera Kontraktu w ramach umowy nr 24/II/2008 w zakresie nadzoru nad robotami budowlanymi dot. terminala pasażerskiego Międzynarodowego Portu Lotniczego we Wrocławiu wraz z infrastrukturą w nowej lokalizacji i wyposażeniem zakończyła się w dniu 08.05.2012 r., tj. z chwilą wystawienia Świadectwa Przejęcia Robót. Jednocześnie wskazano, iż wcześniejsze wydanie decyzji na użytkowanie nie oznacza, iż wszystkie roboty kontraktowe, które miały być nadzorowane w ramach wskazanej umowy, zostały do tego dnia wykonane. Roboty kontraktowe zostały uznane za zakończone w dniu 08.05.2012 r. z chwilą wydania Świadectwa przejęcia Robót. W świetle tych wyjaśnień nie może budzić wątpliwości prawdziwość informacji zawartej w wykazie, co czyniło zarzut Odwołującego gołosłownym.

Mając powyższe na względzie odwołanie podlegało oddaleniu w całości na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Ustawy.

Sygn. akt: KIO 2241/15 20

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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 wpis od odwołania i obciążyła nim Odwołującego.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2241/15 21