

WYROK
z dnia 6 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2014 r. przez wykonawcę **NDI DS. Spółka z o.o. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez **Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3A, 80 – 210 Gdańsk**

orzeka:

1. uwzględnia **odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy NDI DS. Spółka z o.o. z siedzibą w Sopocie oraz nakazuje ponowną ocenę złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z udziałem wykonawcy NDI DS. Spółka z o.o. z siedzibą w Sopocie**

2. kosztami postępowania obciąża **Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3A, 80 – 210 Gdańsk** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NDI DS. Spółka z o.o. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** tytułem wpisu od odwołania

1

-
- 2.2. zasądza od **Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku, ul. M. Skłodowskiej-Curie 3A, 80 – 210 Gdańsk** na rzecz wykonawcy **NDI DS. Spółka z o.o. z siedzibą w Sopocie, ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** kwotę **23 792 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie Izby i kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie dialogu konkurencyjnego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wybór partnera prywatnego do realizacji przedsięwzięcia polegającego na zaprojektowaniu i przebudowie Dębowej 5, 9, 11, 13 w Gdańsku oraz świadczenie usług w zakresie utrzymania lub eksploatacji tych obiektami”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 marca 2014 r., nr 2014/S 044-072710.

W dniu 16 maja 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę NDI DS. Spółka z o.o. z siedzibą w Sopocie, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in., iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale III.2.3), pkt 2 SIWZ, tj. warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż nie uzupełnił wykazu usług zgodnie z wezwaniem o aktualne, zgodne z rozporządzeniem, dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi są wykonywane należycie. Do trzech usług wyspecyfikowanych w wykazie załączono bowiem „nieaktualne dokumenty potwierdzające należyte wykonywanie usług, tj. z datą wystawienia wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”. Nadto wskazał, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale III.2.3), pkt 3), lit. e) SIWZ, tj. warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, gdyż ze złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień nie wynika, iż Pan J. G. posiada doświadczenie w realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych i w ciągu ostatnich 5 lat zrealizował lub realizuje – po stronie partnera prywatnego jako dyrektor komercyjny lub na stanowisku kierowniczym, będąc odpowiedzialnym za organizowanie i realizację co najmniej jednego przedsięwzięcia publiczno-prywatnego.

W dniu 23 maja 2014 r. (pismem z dnia 22 maja 2014 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 22 maja 2014 r.) od czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i wykluczenie odwołującego, pomimo iż spełniał on wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu, w tym w szczególności

3

warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jak i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określone w rozdz. III.2.3. pkt 2 i pkt 3 lit. e) ogłoszenia o zamówieniu, co bezspornie potwierdzają dokumenty złożone przez odwołującego w toku postępowania

2. art. 60d ust. 2 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie i niezaprośzenie odwołującego do dialogu konkurencyjnego, pomimo ziszczenia się przesłanek określonych w ww. przepisie, tj. spełnienia przez wykonawcę wszystkich warunków udziału w postępowaniu oraz nieprzekroczenia liczby wykonawców określonej w ogłoszeniu o zamówieniu
3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, iż złożenie przez odwołującego - w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia wykazu usług o aktualne dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie - nowego wykazu zawierającego częściowo niewskazane wcześniej pozycje (usługi) wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie było niedopuszczalne jako wpływające na punktację złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - podczas gdy w świetle zasad oceny i przyznawania punktów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu powyższe działanie odwołującego nie mogło i w żaden sposób nie wpłynęło na ilość punktów, które powinny mu zostać przyznane
4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy pierwotne wyjaśnienia odwołującego w przedmiocie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie tylko nie satysfakcjonowały zamawiającego, ale wręcz zrodziły jego nowe, niewskazane w pierwotnym wezwaniu wątpliwości w tym zakresie (o czym świadczy uzasadnienie decyzji o wykluczeniu odwołującego), a zatem zamawiający zobowiązany był w takim przypadku ponownie wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, czego jednak wbrew ww. przepisowi nie uczynił
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie wyrażające się w naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zarówno podczas procedury wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, jak i przy dokonywaniu oceny jego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - czego wyrazem jest decyzja zamawiającego o wykluczeniu

odwołującego z postępowania.

Jednocześnie odwołujący wniosł o:

1. dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania
2. nakazanie zamawiającemu uchylecia decyzji z dnia 16 maja 2014 r. o wykluczeniu z dalszego udziału w przedmiotowym postępowaniu odwołującego

4

3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego i uznanie - w wyniku powtórzenia czynności oceny wniosku - że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji zaproszenie go do dialogu konkurencyjnego
4. obciążenie w całości zamawiającego kosztami postępowania, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu w wysokości: 20.000,00 zł wraz z ewentualnymi pozostałymi kosztami przedstawionymi na wykazie podczas rozprawy, w tym ewentualnymi kosztami zastępstwa procesowego a ponadto, z daleko posuniętej ostrożności. Odwołujący wnosi o:
5. dopuszczenie dowodu z zeznań świadka - G. M. (wezwanie na adres: NDI S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot) - na okoliczność charakteru i formy realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego pn. „Rewitalizacja Centrum Sopotu” przez pięć spółek celowych, w tym Sopot Zdrój Spółka z o.o. z siedzibą w Sopocie w zakresie realizacji obiektu hotelu Sheraton Sopot, Conference Center & Spa, Domu Zdrojowego oraz części infrastruktury technicznej i drogowej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż spełniła wszystkie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu określone w ogłoszeniu o zamówieniu - w tym w zarówno warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jak i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia referencji złożył bowiem w dniu 8 maja 2014 r. nowy wykaz usług, w którym w pozycji nr 2 i 3 wskazał inne usługi zarządzania i eksploatacji budynków użyteczności publicznej niż w pierwotnym wykazie, a także stosowne i aktualne listy referencyjne (w tym list referencyjny od NDI Property Sp. z o.o. dotyczący pozycji nr 1 - tożsamej jak w pierwszym wykazie).

Nadto dodał, iż błędna jest także ocena zamawiającego także co do niedotrzymania wymogów w zakresie dysponowania osobą, która będzie pełnić funkcję dyrektora komercyjnego. Osoba wskazana do pełnienia tej funkcji uczestniczyła bowiem w przedsięwzięciu publiczno-prywatnym, tj., „Rewitalizacji Centrum Sopotu”, które było pierwszym projektem w skali całego kraju realizowanym w formule partnerstwa prywatno-publicznego. Projekt nie został wykonany w oparciu o obecnie obowiązującą ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100; zwana dalej „Ustawą PPP”), ponieważ realizacja projektu zaczęła się w roku 1999 r. a zakończyła w roku 2010 - tak więc 27 lutego 2009 r., gdy ustawa PPP wchodziła w życie, przedmiotowy projekt był już na etapie bardzo zaawansowanej realizacji. Jednakże *sensu stricte* formuła realizacji tego projektu spełnia wszystkie przesłanki kategoryzacji go do formuły Partnerstwa Prywatno-Publicznego, zgodnie z obecnie obowiązującą ustawą PPP. Inicjatorem tego projektu był Urząd Miasta Sopotu, który realizując przyjętą strategię rozwoju z 1997 r., przeprowadził konkurs urbanistyczno-architektoniczny ustalający warunki

5

urbanistyczne przedsięwzięcia. Po zakończeniu procesu ustalania założeń przyszłej inwestycji, Urząd Miasta Sopot w 1999 r. ogłosił przetarg na sprawowanie funkcji dewelopera Projektu. W ogłoszeniu przetargowym Urząd Miasta Sopotu określił następujące założenia współpracy:

Realizacja Projektu nastąpi jako jeden proces inwestycyjny w ramach spółki celowej, - której udziałowcami będą Urząd Miasta Sopotu oraz inwestorzy pozyskani przez dewelopera

Jedynym wkładem Urząd Miasta Sopotu w realizację Projektu będzie wniesienie - nieruchomości na których zostanie zrealizowany Projekt

W zamian za wniesione tereny Miasto Sopot otrzyma po zakończeniu realizacji - Projektu (poprzez umorzenie udziałów w spółce celowej) tytuł własności do lokalu o powierzchni użytkowej ok. 2.500 m² w Domu Zdrojowym z przeznaczeniem na sale

wielofunkcyjne (obecnie Narodowa Galeria Sztuki i Punkt Informacji Turystycznej)
oraz tytuł własności do infrastruktury technicznej wraz z tunelem drogowym w ciągu
ulicy Powstańców Warszawy.

NDI S.A. było odpowiedzialne za kompleksową organizację projektu, w tym określenie struktury formalno-prawnej, wykonanie pełnej dokumentacji projektu oraz organizację jego finansowania, zaś Miasto Sopot było odpowiedzialne za wniesienie wkładu własnego w przedsięwzięcie. W konsekwencji przedsięwzięcie zawierało elementy regulowane w art. 1 ust. 2 ustawy PPP, to jest wspólną realizację przedsięwzięcia opartą na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. W kolejnych krokach, po dokonaniu szczegółowych analiz rynkowych i przygotowania studium przedinwestycyjnego, Urząd Miasta Sopot i NDI S.A. zawarły docelową umowę wspólnej realizacji przedsięwzięcia, na mocy której powołały spółkę Centrum Haffnera Sp. z o.o., a następnie finalne umowy wykonawcze spółek, które powoływały cztery dodatkowe spółki celowe do realizacji poszczególnych obiektów Projektu (powyższe postępowanie spowodowane było wymogami formalnymi banku finansującego kapitał dłużny Projektu):

Sopot Zdrój Sp. z o.o. dla realizacji hotelu Sheraton i Domu Zdrojowego oraz –
odpowiedniej części infrastruktury technicznej i drogowej,
Promenada Sopocka Sp. z o.o. dla realizacji Centrum Handlowo-Usługowego, –
Centrum Majkowskiego Sp. z o.o. dla realizacji budynku parkingowo-biurowego, –
Kamienica Morska Sp. z o.o. dla realizacji budynku mieszkalnego. –

W ten sposób spełnione zostały przesłanki przedmiotowe stosunku partnerstwa publiczno-prywatnego, wskazane w art. 14 ust. 1 ustawy PPP.

6

Reasumując podniósł, iż nie ma żadnych wątpliwości, iż zarówno całe przedsięwzięcie pn. „Rewitalizacja Centrum Sopotu”, jak i poszczególne obiekty składające się na to przedsięwzięcie, były realizowane w formule partnerstwa publiczno-prywatnego.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż zamawiający w ogóle nie dokonywał oceny uzupełnionych dokumentów pod kątem ilości punktów, jakie należy przyznać odwołującemu na podstawie rozdz. IV.1.2. ogłoszenia o zamówieniu - lecz z góry zdyskredytował ww. dokumenty i zakwalifikował działanie odwołującego jako naruszające art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, który nie znajduje zastosowania w tym stanie faktycznym. W obu wykazach przedłożonych przez odwołującego (tj. zarówno w wykazie pierwotnym, jak i nowym złożonym w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów) zostały wskazane trzy usługi wymagane przez zamawiającego, a opisane w rozdz. III.2.3. pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu. Za każdą zrealizowaną lub realizowaną usługę wykonawca miał otrzymać 1 punkt. Skoro zatem ilość usług podanych w obu wykazach była identyczna, to w przedmiotowej sytuacji nie może być mowy o jakimkolwiek wpływie na punktację złożonego już wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - na podstawie każdego z wykazów odwołujący otrzymałby bowiem taką samą ilość punktów. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, iż wykonawca zmodyfikował pierwotny wykaz, tj. zamieścił nowe, niewskazane wcześniej usługi - o ile sama ilość tych usług nie zmieniła się w stosunku do podanej pierwotnie.

Odwołujący był w pełni upoważniony do przedłożenia nowego wykazu i zmiany wskazanych w nim usług nr 2 i 3 - to tym samym obowiązany był także do przedłożenia referencji dotyczących tychże usług, co też uczynił. Odwołujący miał bowiem świadomość, że skoro zamawiający wezwał go do uzupełnienia dokumentów (referencji) dotyczących spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, to należało przedłożyć takie dokumenty, które będą całościowo wykazywać spełnianie tego warunku - nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący nie miał możliwości przedłożenia aktualnych referencji dotyczących usług wskazanych w pierwotnym wykazie, toteż zmienił pozycje nr 2 i 3 (nie dodając jednak żadnych nowych pozycji) na takie, co do których dysponował referencjami wystawionymi nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków. Jednocześnie przedłożył referencje zarówno co do usługi nr 1, jak i co do „nowych” usług nr 2 i 3 - będąc świadomym, iż tylko takie wykonanie zobowiązania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uchroni go przed wykluczeniem z postępowania.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż

odpowiadając na wezwanie zamawiającego szczegółowo opisał doświadczenie Pana J. G. oraz jego rolę w realizacji przedsięwzięcia publiczno - prywatnego i tym samym potwierdził,

7

iz wskazana osoba spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie wskazał na konieczność zestawienia treści uzasadnienia wykluczenia z postępowania z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 30 kwietnia 2014 r., które prowadzi do wniosku, iż na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający powziął nowe, nieujawnione wcześniej wątpliwości co do wykazu osób potwierdzającego spełnianie warunku z rozdz. 111.2.3. pkt 3, lit. e) ogłoszenia o zamówieniu. Wobec powyższego zamawiający zobowiązany był w takim przypadku ponownie wezwać i odwołującego do złożenia wyjaśnień, czego jednak wbrew art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie uczynił.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, złożone wnioski, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut bezpodstawnego uznania niespełnienia przez odwołującego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie III.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu podał, iż „na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w sekcji III.2.1) ust. 1 pkt 2) i 3) Wykonawca ma obowiązek złożyć: (...). 2) wykaz wykonanych, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywanych głównych usług, w okresie trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie;”.

Odwołujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył „Wykaz usług” wraz referencjami, tj. dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane lub

8

są wykonywane należycie. W złożonym wniosku wyspecyfikował trzy usługi. (str. 50-53 wniosku).

Pismem z dnia 30 kwietnia 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia złożonych wniosków o następujące dokumenty: „Referencje dotyczące wykazu usług – pozycja 1, 2, 3 – załączone do wniosku dokumenty są nieaktualne. W przypadku wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. (§ 1 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia (...)”.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący złożył „list referencyjny wystawiony przez NDI Property Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie spełniający wymóg zamawiającego w zakresie wystawienia listu referencyjnego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania wniosków dla świadczenia usług okresowych lub ciągłych”, „(...) zaktualizowany „Wykaz usług” wraz z dokumentami (referencjami) potwierdzającymi ich wykonanie”, wskazując iż „w załączonym Wykazie zostały w pozycji 2 i 3 wskazane inne usługi zarządzania i eksploatacji budynków użyteczności publicznej spełniające wymóg Zamawiającego, a których realizacja została zakończona w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3) pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, tj. warunku wiedzy i doświadczenia złożył wykaz usług, w którym wyspecyfikował trzy usługi (usługi nadal realizowane), na potwierdzenie należytego wykonania których złożył referencje. Referencje te były opatrzone datą wcześniejszą niż trzy miesiące przed dniem składania wniosków. Niewątpliwym jest także, iż wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia złożonego wniosku o „referencje dotyczące usług – pozycja 1, 2, 3” złożył wykaz zawierający trzy usługi. W pozycji 1 tego wykazu (złożonego w wyniku uzupełnienia) jedynie usługa wskazana w pozycji pierwszej była usługą zawartą w pierwotnie złożonym wykazie. Na potwierdzenie należytego wykonania tej właśnie usługi dołączył nowe, aktualne referencje. Natomiast w pozycji 2 i 3 wykazu podał nowe usługi, składając na ich potwierdzenie stosowne referencje.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp daje wykonawcom możliwość uzupełnienia wymaganych przez zamawiającego dokumentów, których w określonym terminie nie złożyli albo też takich, które złożyli i dokumenty te zawierają błędy, a więc ich uzupełnienia w takim zakresie, w jakim złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W sytuacji gdy postawiony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu stanowi jednocześnie kryterium oceny wniosków, którego celem jest wyłonienia grupy wykonawców zakwalifikowanych do dalszego udziału w postępowaniu, brak jest podstaw prawnych do

9

zastosowania tej procedury, chyba że wykazane zadania referencyjne przedstawione zostały także na potwierdzenie spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu i podlegają wliczeniu do ogólnej punktacji. Wezwanie w tym trybie (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), w przypadku postępowań dwuetapowych, może nastąpić bowiem wyłącznie w odniesieniu do wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, gdyż tylko do tego upoważnia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 tej ustawy Pzp. W tym konkretnym stanie faktycznym warunek udziału w postępowaniu stanowił jednocześnie kryterium oceny złożonych wniosków. Tak więc zamawiający w sytuacji nie wykazania przez wykonawcę spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu zobowiązany był wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym minimalnym zakresie. Tymczasem to już sam zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów wskazał na trzy wyspecyfikowane przez wykonawcę (odwołującego) referencje jako te, które nie potwierdzają – z uwagi na treść rozporządzenia w sprawie dokumentów – spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wskazując na konieczność uzupełnienia przez tego wykonawcę wszystkich referencji (załączonych do trzech wskazanych usług), mimo, iż na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a więc spełnienia warunków minimalnych wystarczyło wykazać się dwiema usługami. Odwołujący odpowiadając na tak sformułowane wezwanie przedstawił nowy wykaz i nowe referencje, które – jak oświadczył zamawiający na rozprawie - nie podlegały jego ocenie, z uwagi na ich uzupełnienie w zakresie większym niż minimalny. Niemniej jednak w tym konkretnym stanie faktycznym – jak słusznie podniósł odwołujący - powyższe nie miało absolutnie żadnego wpływu na ranking wykonawców, gdyż przydzielając punkty za usługi wyspecyfikowane w wykazie pierwotnie złożonym, jak i wykazie uzupełnionym wykonawca otrzymałby taką samą ilość punktów, tj. 3. Jego miejsce w rankingu wykonawców nie uległoby zmianie. To dopiero dopuszczenie do uzupełniania wykazu usług dla podwyższenia punktacji mogłoby stwarzać nierówne warunki konkurencji, gdyż wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mógłby, wykorzystując uzyskaną wiedzę o danym postępowaniu, próbować tak przygotować treść składanego wykazu, aby znaleźć się w gronie wykonawców zaproszonych do złożenia oferty. Wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów nie może bowiem, składając dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykazać większej liczby usług podlegających punktacji. A ponieważ w tym konkretnym stanie faktycznym taka sytuacja nie zaistniała zamawiający powinien dokonać oceny dokumentów uzupełnionych przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

10

Zarzut bezpodstawnego uznania niespełnienia przez odwołującego warunku dysponowania osobami potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie III.2.3) „Kwalifikacje techniczne” ogłoszenia o zamówieniu podał, iż „na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w sekcji III.2.1) ust. 1 pkt 2) i 3) Wykonawca wykaże że: (...). 3) dysponuje lub będzie dysponował: (...) osobą, która będzie pełnić funkcję dyrektora komercyjnego, posiadającą doświadczenie w realizacji przedsięwzięć publiczno-prywatnych i w ciągu ostatnich 5 lat zrealizowała lub realizuje – po stronie partnera prywatnego jako dyrektor komercyjny lub na stanowisku kierowniczym, będąc odpowiedzialny za organizowanie i realizację co najmniej jednego przedsięwzięcia publiczno-prywatnego obejmującego budowę lub przebudowę budynku połączoną z utrzymaniem tego budynku przez okres co najmniej 5 lat po zakończeniu budowy, lub przebudowy, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego.”.

Odwołujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył „Wykaz osób, które będą uczestniczyły w wykonywaniu zamówienia”, w którym wskazał do wykonywania czynności dyrektora komercyjnego Pana J. G. a (str. 55-56 wniosku). Podał także dane o kwalifikacjach wskazanej osoby zgodnie z wymogiem zamawiającego i podał „Doświadczenie w zakresie organizacji i realizacji projektu realizowanego w formule Partnerstwa Prywatno – Publicznego tzn. „rewitalizacja Centrum Sopotu”, w skład którego wchodziło m.in. budowa Hotelu Sheraton wraz z Domem Zdrojowym i obiektem lokalu „Fantom”, zakończona w czerwcu 2009 r., a następnie w zakresie zarządzania i utrzymania obiektów wybudowanych w ramach projektu – w ramach pełnienia (w okresie od dnia 17.03.2006 r. do dnia dzisiejszego) funkcji Prezesa Zarządu Sopot Zdrój Sp. z o.o. będącej inwestorem projektu.”.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących m.in. „Wykazu osób – Prosimy o potwierdzenie, że osoba wskazana w wykazie jako dyrektor komercyjny (J. G.) zgodnie z wymaganiami Zamawiającego opisanymi szczegółowo w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.2.2. 3) e)) uczestniczył w przedsięwzięciu publiczno-prywatnym opisanym w załączonym do wniosku wykazie, będąc odpowiedzialnym za organizowanie i realizację co najmniej jednego przedsięwzięcia publiczno-prywatnego obejmującego budowę lub przebudowę budynku połączoną z utrzymaniem tego budynku przez okres co najmniej 5 lat po zakończeniu budowy, lub przebudowy.”.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący podał, iż „W 2006 roku Pan J. G. został powołany na Prezesa Zarządu spółki Sopot Zdrój Sp. z o.o., która została powołana jako jedna z pięciu spółek celowych do realizacji, jako inwestorzy w rozumieniu prawa budowlanego, poszczególnych obiektów składających się łącznie na przedsięwzięcie

11

publiczno – prywatne tzw. „Rewitalizacja Centrum Sopotu”, które było realizowane również z udziałem NDI SA i PKO BP S.A. jako stron prywatnych przedsięwzięcia i Urzędu Miasta Sopot jako strony publicznej przedsięwzięcia. Sopot Zdrój Sp. z o.o., której Prezesem Zarządu od 2006 r. jest Pan J. G., była odpowiedzialna za realizację m.in. obiektu Sheraton Sopot Hotel, Conference Center & Spa, będącego hotelem o standardzie 5— gwiazdek zgodnie z polską klasyfikacją hoteli, a więc kwalifikującym się do kategorii „budynku zamieszkania zbiorowego”, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (...). Pan J. G., pełniąc funkcję Prezesa Zarządu Sopot Zdrój Sp. z o.o. będącej inwestorem przedsięwzięcia, był odpowiedzialny za kompleksową realizację projektu, poczynając od jego zorganizowania, przez zawarcie umowy z generalnym wykonawcą robót budowlanych i nadzór nad realizacją prac budowlanych, odbiór wszystkich prac budowlanych, oddalania obiektu do użytkowania, kończąc na prawidłowym utrzymaniu i eksploatacji budynku Sheraton Sopot Hotel, Conference Center & Spa od dnia otwarcia operacyjnego hotelu w czerwcu 2008 r. do dnia dzisiejszego (5 lat i 10 miesięcy). Powyższe potwierdza, że Pan J. G. jako osoba, która będzie pełnić funkcję Dyrektora Komercyjnego, uczestniczył w przedsięwzięciu publiczno – prywatnym, będąc odpowiedzialnym za organizowanie i realizację przedsięwzięcia publiczno-prywatnego obejmującego budowę budynku zamieszkania zbiorowego połączoną z utrzymaniem tego budynku przez okres co najmniej 5 lat po zakończeniu budowy,, a więc spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż odwołujący na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami do pełnienia funkcji dyrektora

G. komercyjnego wskazał Pana J. a. Jednocześnie w wykazie osób – zgodnie z wymogiem zamawiającego – wskazał dane o kwalifikacjach proponowanej osoby, podając „informacje niezbędne dla oceny warunku dysponowania osobami z ogłoszenia o zamówieniu”. Przedmiotowy wykaz był jedynym dokumentem składanym na potwierdzenie spełnienia warunku dysponowania osobami mającym zawierać informacje na temat doświadczenia osób w nim wskazanych. Zamawiający, pismem z dnia 30 kwietnia 2014 r., wezwał odwołującego do potwierdzenia, że „osoba wskazana w wykazie jako dyrektor komercyjny zgodnie z wymaganiami zamawiającego opisanymi szczegółowo w ogłoszeniu o zamówieniu uczestniczył w przedsięwzięciu publiczno – prywatnym opisanym w załączonym do wniosku wykazie zgodnie z wymogami ogłoszenia o zamówienia”, nie precyzując jednak jakie aspekty doświadczenia wskazanej osoby go interesują. Niemniej jednak to zamawiający, wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp powinien był podać jakich informacji od wykonawcy oczekuje, zwłaszcza w kontekście

12

wymagań postawionych w SIWZ. Przepis ten (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) nie wyklucza przy tym możliwości ponownego zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień jeśli zamawiający poweźmie kolejne wątpliwości. Tak więc w tym stanie faktycznym zamawiający, mając wątpliwości co do doświadczenia posiadanego przez osobę wskazaną do pełnienia funkcji dyrektora komercyjnego, powinien był ponownie wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień szczegółowo określając jakich informacji oczekuje. Tymczasem zamawiający dopiero na etapie oceny złożonych wniosków – jak wynika z informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, na co zwrócił uwagę także odwołujący – wskazał co należy rozumieć „przez organizację i realizację przedsięwzięcia publiczno – prywatnego”, podając iż „nie tylko realizację procesu inwestycyjnego polegającego na budowie budynku zamieszkania zbiorowego i jego późniejsze utrzymanie, lecz również udział we wszystkich procedurach przedsięwzięcia publiczno – prywatnego, dialog z partnerem publicznym, doświadczenie w pozyskiwaniu finansowania przedsięwzięcia publiczno – prywatnego, a dopiero następnie wykonanie robót budowlanych i zapewnienie dostępności poprzez bieżące utrzymanie i eksploatację obiektu będącego przedmiotem partnerstwa publiczno – prywatnego”. Zamawiający oczekiwał bowiem – jak podniósł na rozprawie – doświadczenia w organizacji przedsięwzięcia publiczno – prywatnego, w tym m.in. w negocjacjach z partnerem publicznym, a więc wykonywania czynności już na etapie wcześniejszym, niż przedstawił to odwołujący. Wymagał więc legitymowania się działaniem realizowanym w oparciu o umowę o partnerstwie publiczno – prywatnym. Partnerstwo publiczno – prywatne to bowiem przedsięwzięcie realizowane w oparciu o umowę długoterminową zawartą pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym, której celem jest realizacja przedsięwzięcia umożliwiającego świadczenie usług o charakterze publicznym. Obecnie jest ono regulowane przez ustawę, która weszła w życie w 2009 r., uchylając ustawę z 2005 r. Tymczasem przedsięwzięcie „Rewitalizacja Centrum Sopotu”, które składa się na doświadczenie Pana J. G. a rozpoczęło się w roku 1999 a zakończyło w roku 2010 i było niewątpliwie realizowane w formule partnerstwa publiczno – prywatnego, a jego charakter mimo iż nie jest identyczny do był jednak w miarę adekwatny do obecnie obowiązującej formuły. W tamtym okresie nie było bowiem ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym w takim kształcie jak obecnie obowiązująca ustawa. A tym samym nie było i być nie mogło umowy o partnerstwie publiczno – prywatnym w rozumieniu obecnej ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym. Tym niemniej realizacja składająca się na doświadczenie osoby wskazanej jako dyrektor komercyjny jako to, które posiada cechy charakterystyczne dla tego typu działania (partnerstwa publiczno – prywatnego) takie cechy – jak wynika z wyciągów ze złożonych przez odwołującego umów - takie cechy posiada. Reasumując Izba stwierdziła, iż zarzut nie spełnienia warunku udziału w postępowania dotyczący dysponowania osobami potwierdził się.

13

Izba stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty pełnomocnika odwołującego obejmujące: wynagrodzenia pełnomocnika, koszty dojazdu na posiedzenie Izby oraz koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w wysokości 3 792,00 zł, na podstawie faktury oraz zestawienia kosztów złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: