

WYROK
z dnia 12 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2013 r. przez wykonawcę **Czegeko Sp. z o.o. z Krakowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Fryderyka Chopina z Rzeszowa**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Czegeko Sp. z o.o. z Krakowa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Czegeko Sp. z o.o. z Krakowa** tytułem wpisu od odwołania.

KIO 2524/13 1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

KIO 2524/13 2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługę wykonania projektu budowlanego i wykonawczego pn.: Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa budynku Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Fryderyka Chopina dla potrzeb Oddziału Hematologii, Nefrologii i Dializoterapii w Rzeszowie przy ul. Szopena 2, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Fryderyka Chopina (dalej „zamawiający”), wykonawca Czegeko Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, polegających na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty.

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 września 2013 r. pod pozycją 360184.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) [dalej: „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez stwierdzenie, że odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w SIWZ (rozdział 1, pkt V. 1.2), pomimo że wykonawca ten spełniał te warunki, co wykazał referencjami dotyczącymi wykonania kompletnego projektu zamiennego budowlanego i wykonawczego budowy Przyrodniczo - Medycznego Centrum Badań Innowacyjnych Uniwersytetu Rzeszowskiego i wykluczenie go z postępowania z tej przyczyny, a w konsekwencji
2. art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty innej niż oferta odwołującego, a nie zawierającej najniższej ceny, z ostrożności,

3. art. 90 ust. 3, poprzez ewentualne uznanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwolujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty,
2. unieważnienia czynności oceny ofert oraz wyboru oceny oferty najkorzystniejszej,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

KIO 2524/13 3

Odwolujący podał, że termin składania ofert upłynął 16 września 2013 r., a do oferty załączył wykaz usług wskazujący na wykonanie przez Karpla Konsulting Sp. z o.o. (dalej „Karpla”), tj. podmiot udzielający odwołującemu wiedzę i doświadczenie, dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Przyrodniczo-Medyczne Centrum Badań Innowacyjnych Uniwersytetu Rzeszowskiego”.

Odwolujący podał także, że w celu uzupełnienia oferty zamawiający wezwał go (pismo z dnia 26 września 2013 r.) do złożenia prawidłowego wykazu wykonanych usług, ponieważ na podstawie informacji uzyskanych od Uniwersytetu Rzeszowskiego uznał, że objęte referencjami prace nie spełniają wymogów ustanowionych w SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia. Podał nadto, że zamawiający wezwał go do wyjaśnienia co do rażąco niskiej, w ocenie zamawiającego, ceny. Wskazał, że zamawiający wyznaczył mu termin do 1 października 2013 r.

Odwolujący stwierdził, że podmiot udzielający wiedzy i doświadczenia wskazał, że prace projektowe, objęte referencjami, obejmowały też przygotowanie zamiennnej dokumentacji projektowej, która została ukończona w sierpniu 2013 r., jednakże ze względu na krótkie terminy do udzielenia odpowiedzi zamawiającemu i sformalizowaną procedurę związaną z pozyskaniem referencji, na tym etapie Karpla nie miała możliwości uzyskania potwierdzenia dopiero co zakończonych i odebranych prac projektowych dla Uniwersytetu Rzeszowskiego.

Z powyższego powodu – wyjaśnił odwołujący – w odpowiedzi na wezwanie przedłożył referencje oraz oświadczenie udzielającej wiedzy i doświadczenia firmy Skala Sp. z o.o. Stwierdził, że z informacji przekazanych przez Prezesa Zarządu - Małgorzatę S. wynikało, iż prace wykonywane w ramach zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej dla inwestycji: *Rewitalizacja obiektów powojennych przy ul. Warszawskiej 30 w Olsztynie na Szpital Uniwersytecki*, spełniają wymagania stawiane przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący wskazał także, że złożył wyjaśnienia w zakresie ceny (pismo z dnia 30 września 2013 r.).

Odwolujący podał następnie, że w kolejnym piśmie z dnia 15 października 2013 r. zamawiający wezwał do udzielenia wyjaśnień dotyczących przedstawionego wcześniej wykazu usług, wobec czego pismem z dnia 18 października 2013 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, a jednocześnie załączył potwierdzenie wykonania przez Karpla prac zamiennych dla Uniwersytetu Rzeszowskiego w zakresie projektu, na który odwołujący powoływał się już w swojej ofercie.

Oświadczył, że umowa na wykonanie wielobranżowego, kompletnego projektu zamiennego budowlanego i wykonawczego obiektu użyteczności publicznej o charakterze dydaktyczno-naukowym pn. „Przyrodniczo-Medyczne Centrum Badań Innowacyjnych Uniwersytetu Rzeszowskiego”, obejmowała branże:

KIO 2524/13 4

- budowlano-konstrukcyjną,
- instalacje elektryczne,
- instalacje teletechniczne,
- instalacje sanitarne wewnętrzne, wentylacyjne i klimatyzacyjne,

a na podstawie projektu uzyskano zamienne pozwolenie na budowę; całość prac została ukończona w sierpniu 2013 r.

Odwolujący podał, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 października 2013 r. zamawiający poinformował, że wykluczył odwołującego z udziału

w postępowaniu i odrzucił złożoną przez niego ofertę.

Zdaniem odwołującego wykazał on spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w terminach wyznaczonych przez zamawiającego, ponieważ zamawiający posiadał wymagane referencje w dniu 18 października 2013 r., a dokumenty te, choć wystawione po dniu składania ofert, wykazywały, że odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu na ten dzień.

Zdaniem odwołującego, zamawiający, w pierwszym wezwaniu, powołując się na informacje przedstawione przez Uniwersytet Rzeszowski, błędnie przyjął, iż zakres pierwotnie wykonywanych prac, nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ - nie zwrócił w ogóle uwagi na fakt, iż w tym samym czasie podmiot udzielający wiedzy i doświadczenia - Karpla, zakończył prace nad projektem zamiennym, którego zakres prac odpowiadał wymaganiom SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że niezwłocznie po tym, jak udzielający wiedzę i doświadczenie, uzyskał stosowne referencje, potwierdzające fakt wykonania projektu zamiennego do projektu objętego referencjami załączonymi do oferty, odwołujący przedłożył je zamawiającego. W ocenie odwołującego oznacza to, że od początku spełniał warunki udziału w postępowaniu, a jedynie błędna ocena załączonych przez niego dokumentów spowodowała wykluczenie.

Pokreślił, że choć ustawa Pzp przewiduje sformalizowaną procedurę ubiegania się i udzielania zamówienia publicznego, to jednak nigdy nie można tracić z oczu jej podstawowego celu, tj. udzielenie zamówienia podmiotowi, który wykona je za najkorzystniejszą cenę, dysponującego jednocześnie odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, które zapewnią należyte wykonanie jego zobowiązania.

W konsekwencji zarzutu poprzedniego odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty innej niż oferta odwołującego, a nie zawierającej najniższej ceny. Podał, że w SIWZ jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty wskazano najniższą cenę, zaś oferta odwołującego, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, nie była brana pod uwagę

KIO 2524/13 5

przy wyborze najkorzystniejszej oferty; gdyby zamawiający prawidłowo – w ocenie odwołującego – zastosował przepisy ustawy Pzp, to oferta odwołującego byłaby brana pod uwagę i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w świetle SIWZ.

Stwierdzając, że art. 91 ustawy Pzp stanowi konkretyzację zasady wyrażonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, uznał, że jego naruszenie godzi też w ogólną zasadę udzielania zamówień, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący podał, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający stwierdził, że ponieważ wykluczył odwołującego ze względu na niespełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu, to nie korzysta z uprawnień wynikających z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, co oznacza, że zamawiający nie uznał, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę i nie odrzucił jej z tej przyczyny. Jednak z ostrożności przedstawił kalkulację zaoferowanej ceny. Wyjaśnił, że przyjął koszt 1 j.n.p. = 20,00zł, łącznie 171.544,72 zł netto, w tym 5% na koszty ogólne i administracyjne: 8.577,24 zł netto, 4% marży na kontrakcie: 6.861,79 zł netto. Do powyższej kwoty odwołujący doliczył podatek VAT według obowiązującej stawki (23%), co dało kwotę brutto w wysokości 211.000,00 zł (po zaokrągleniu w dół o 0,5 grosza).

Wyjaśnił nadto, że kalkulacja oferty pełnienia nadzorów autorskich zakłada: koszty dojazdu na budowę w wysokości: 130,00 zł (w tym: bilety/PKM na trasie Kraków-Rzeszów-Kraków 84,00zł; koszty przejazdu dworzec-plac budowy 16,00 zł, wyżywienie 30,00 zł); wynagrodzenie projektanta 270,00 zł netto, rezerwę na nieprzewidziane wydatki w wysokości 1 00,00zł netto; ze względu na dogodny połączenie kolejowe nie przewidziano konieczności noclegów; do powyższej kwoty doliczono podatek VAT według obowiązującej stawki (23%), co dało kwotę w wysokości 615,00 zł brutto - za jeden nadzór.

Stwierdził, że koszty, zarówno w kalkulacji dotyczącej dokumentacji projektowej jak i nadzorów autorskich, zawierają wszystkie koszty związane z ich wykonaniem, a to: wszystkie opłaty i podatki, w tym podatek VAT według obowiązującej stawki, koszt pozyskania mapy do celów projektowych, aktualnych warunków technicznych i wszelkich

niezbędnych uzgodnień branżowych dokumentacji z użytkownikami i właścicielami infrastruktury technicznej, koniecznych do uzyskania pozwolenia na budowę; w przypadku wykonywania nadzoru autorskiego ujęto koszty dojazdu na budowę, czynności wykonywanych poza terenem budowy, a będących konsekwencją uzgodnień poczynionych na budowie oraz wynagrodzenie dla projektantów sprawujących tenże nadzór.

Odwolujący zwrócił uwagę na – zdaniem odwołującego – istotne czynniki warunkujące cenę ofertową, tj. to, iż członkowie zespołu wykonują swoje obowiązki w zakresie projektowania, wykreślania, koordynowania projektów branżowych oraz administrowania dokumentacją. Czytelny podział zadań i obowiązków skutkuje sprawnie

KIO 2524/13 6

wykonywaniem zadań i przestrzeganiem harmonogramów kontrolowanych przez specjalistyczne Przy oprogramowanie. tworzeniu szczegółowego harmonogramu wyznaczone zostają punkty krytyczne w terminach realizowania zadań i określone zasoby ludzkie. Na bieżąco omawiane są efekty podejmowanych zadań. Stosowane jest środowisko EPM do tworzenia diagramów Gantta (pozwalających na zobrazowanie zasobów, harmonogramu działań i zadań w projekcie) oraz wykorzystanie istniejących harmonogramów opracowanych wcześniej przez projektantów, co znacznie przyspiesza tworzenie planu projektu oraz ujednolica procedury. Wypracowane szablony projektowe zawierają większość danych o procesach projektowych dopasowywanych w trakcie tworzenia harmonogramów projektowych do specyfiki projektu.

Dodatkowo odwołujący powołał się na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, tj. związane z faktem, iż 29 sierpnia 2013 r. odwołujący wygrał przetarg na projekt budowy Archiwum Państwowego w Rzeszowie, która to umowa przewiduje termin zakończenia projektu dopiero w grudniu 2013, zaś w umowie przewidziano 3-4 spotkania w miesiącu w Rzeszowie, u zamawiającego, co oznacza, że konieczność wizyt przy realizacji jednego i drugiego projektu znacznie się obniży (jednym wyjazdem będzie można pogodzić dwie inwestycje, tym samym zredukować koszty dojazdu). Nie bez znaczenia – ocenił odwołujący – jest okoliczność, iż doświadczenie i kontakty w lokalnych urzędach, nabyte przy pierwszym projekcie, usprawnia prace przy kolejnych.

Dla wykazania, że cena zaoferowana przez odwołującego jest ceną rynkową i gwarantuje prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, przedstawił porównanie cen za zaprojektowanie 1 m² powierzchni dla Archiwum Państwowego w Rzeszowie - porównywalnego pod względem zaawansowania technologicznego i przewidywanych nakładów pracy z przedmiotem zamówienia (umowa z Archiwum Państwowym opiewa na kwotę: 180.000,00 zł brutto, powierzchnia całkowita: 5.491,61 m² = 32,78 zł / m² . Cena w ofercie - 211.000,00 zł brutto, powierzchnia całkowita - 7.024,73m² (I wariant) = 30,04 zł/ m² .

Odwolujący wskazał, że przyjęta cena za m² w ofercie jest nieco niższa ze względu na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia; pracownicy wykonawcy, którzy pracują przy Archiwum, wskazani zostali także do uczestnictwa przy wykonywaniu zamówienia dla zamawiającego, ponieważ dzięki posiadanej wiedzy i doświadczeniu nabytemu przy projekcie Archiwum, będą mogli sprawniej wykonać powierzone zadania.

Dodatkowo oświadczył, że Karpla, na której wiedzy i doświadczeniu odwołujący polegał, składając ofertę, zaoferowała konsultacje projektowe oraz dostęp do posiadanej wiedzy dotyczącej możliwych problemów i trudności, a także procedur administracyjnych w Rzeszowie.

KIO 2524/13 7

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odwołania z dnia 28 października 2013 r. oraz odpowiedzi zamawiającego z dnia 7 listopada 2013 r. na to odwołanie, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu wykluczenia odwołującego i w następstwie tego wykluczenia odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę

interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą ceną, co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie, a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu oferty odwołującego (w następstwie wykluczenia) oznacza, że uwzględnienie odwołania dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w wyniku ponownego badania i oceny ofert przez zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).
2. Oferty odwołującego.
3. Pisma zamawiającego z dnia 20 września 2013 r. do Kanclerza Uniwersytetu Rzeszowskiego.
4. Pisma Kanclerza Uniwersytetu Rzeszowskiego z dnia 23 września 2013 r., stanowiącego odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 20 września 2013 r.
5. Wezwania z dnia 26 września 2013 r. skierowanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zamawiającego do odwołującego
6. Odpowiedzi odwołującego z dnia 30 września 2013 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 26 września 2013 r.
7. Pisma zamawiającego z dnia 3 października 2013 r. do Kanclerza Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

KIO 2524/13 8

-
8. Pisma Zastępcy Kanclerza ds. Inwestycyjno-Technicznych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie z dnia 4 października 2013 r., stanowiącego odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 3 października 2013 r.
 9. Wezwania skierowanego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przez zamawiającego z dnia 15 października 2013 r. do odwołującego.
 10. Odpowiedzi odwołującego na wezwanie zamawiającego z dnia 15 października 2013 r.
 11. Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 23 października 2013 r.

Zarzut bezzasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, czy zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W Wykazie wykonanych usług, złożonym wraz z ofertą odwołujący wskazał wykonanie przez podmiot udostępniający zasób wiedzy i doświadczenia - Karpla Konsulting Sp. z o.o. wielobranżowej dokumentacji budowlano-wykonawczej budynku użyteczności publicznej o charakterze badawczo-dydaktyczno-naukowym pn. Przyrodniczo-Medyczne Centrum Badań Innowacyjnych Uniwersytetu Rzeszowskiego na rzecz tego Uniwersytetu.

Na podstawie pisma Kanclerza Uniwersytetu Rzeszowskiego z dnia 23 września 2013 r., (odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 20 września 2013 r. skierowane w trybie § 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 dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) [dalej: „rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów”] zamawiający uznał, że wskazana usługa nie obejmowała wykonania projektu w jednej z wymaganych postanowieniem Rozdziału V.1.2. SIWZ branż, tj. nie obejmowała instalacji gazów medycznych, wobec czego, pismem z dnia 26 września 2013 r., z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług w terminie do dnia 1 października 2013 r.

Odwołujący do pisma z dnia 30 września 2013 r., stanowiącego odpowiedź na wezwanie, załączył nowy Wykaz wykonanych usług, w którym wskazał wykonanie przez inny

podmiot udostępniający zasób wiedzy i doświadczenia – Skala Sp. z o.o. pełnobranżowej dokumentacji projektowej dla inwestycji pn. Rewitalizacja obiektów powojennych przy ulicy Warszawskiej 30 w Olsztynie na Szpital Uniwersytecki na rzecz Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. W Wykazie wskazano termin wykonania tej usługi na czerwiec 2013 r.

Na podstawie pisma Zastępcy Kanclerza ds. Inwestycyjno-Technicznych

KIO 2524/13 9

Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie z dnia 4 października 2013 r. (odpowiedź na pismo zamawiającego z dnia 3 października 2013 r. skierowane w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów) zamawiający ustalił, że wskazana w nowym *Wykazie* usługa została odebrana w dniu 7 maja 2013 r., wobec czego, pismem z dnia 15 października 2013 r., z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień co do wskazanej przez odbiorcę usługi daty jej zakończenia, tj. 7 maja 2013 r.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 15 października 2013 r., odwołujący złożył trzeci Wykaz wykonanych usług, wskazując w nim, poza usługą wskazaną w drugim *Wykazie*, złożonym przy piśmie z dnia 30 września 2013 r. (na rzecz Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego), kolejną usługę – wykonanie wielobranżowej dokumentacji budowlano-wykonawczej zamienną budynku użyteczności publicznej o charakterze badawczo-dydaktyczno-naukowym Centrum Badań Innowacyjnych Uniwersytetu Rzeszowskiego na rzecz Skanska S.A. Odwołujący załączył także pismo *Wyjaśnienie treści referencji* z dnia 16 października 2013 r. złożone przez Małgorzatę S., działającą w imieniu podmiotu udostępniającego zasób wiedzy i doświadczenia (Skala), w którym nie odniesiono się w ogóle do wskazanej przez Zastępcy Kanclerza ds. Inwestycyjno-Technicznych Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie daty zakończenia usługi, tj. 7 maja 2013 r., powołano się natomiast na wieloetapowość prac projektowych realizowanych na rzecz Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego, które – w przypadku aktualizacji kosztorysów zostały zakończone w marcu 2011 roku, w przypadku projektów zamiennych zostały zakończone we wrześniu 2013 r., zaś w przypadku pełnienia nadzoru autorskiego zakończyć się mają w listopadzie 2013 r.

W ocenie składu orzekającego Izby zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz w następstwie tego wykluczenia zasadnie odrzucił ofertę odwołującego.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że obowiązkiem wykonawców jest wykazanie spełniania postawionego przez zamawiającego warunków, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia, poprzez złożenie odpowiednich dokumentów już w ofercie (w terminie składania ofert), a jedynie na zasadzie ustawowo przewidzianego wyjątku (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), poprzez ich uzupełnienie po terminie składania ofert.

Odwołujący nie kwestionował zasadności wezwania go przez zamawiającego, pismem z dnia 26 września 2013 r., do uzupełnienia pierwotnie złożonego wraz z ofertą Wykazu wykonanych usług.

Co więcej, przedłożył na to wezwanie drugi *Wykaz wykonanych usług*, w którym

KIO 2524/13 10

wskazał nową usługę, z czym wiązać należy konsekwencje w postaci:

1. odstąpienia przez odwołującego od poddania ocenie zamawiającego usługi pierwotnie wskazanej w *Wykazie* złożonym wraz ofertą (wykonanie usługi na rzecz Uniwersytetu Rzeszowskiego) i odpowiadającej temu konsekwencji w postaci możliwości oceny przez zamawiającego jedynie nowo wskazanej usługi, tj. wykonanej na rzecz Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie,
2. wyczerpania przez zamawiającego, ustawowo przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, procedury jednokrotnego uzupełniania dokumentu – *Wykazu wykonanych usług* („jednokrotności” wezwania odwołujący nie kwestionował) i odpowiadającego temu konsekwencji w postaci braku możliwości

- ponownego (trzeciego) uzupełniania *Wykazu* przez odwołującego,
3. zakreslenia przez zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, terminu na uzupełnienie *Wykazu wykonanych usług* na dzień 1 października 2013 r. i odpowiadającego temu konsekwencji w postaci złożenia przez tego wraz obowiązku odwołującego dokumentu, z dokumentami niezbędnymi (np. referencje, zobowiązanie podmiotu trzeciego), w tym terminie.

Z powyższych względów, a także z uwagi na obowiązek prowadzenia przez zamawiającego postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, poddanie przez zamawiającego ocenie trzeciej usługi, wskazanej w trzecim *Wykazie wykonanych usług* (wykonanie dokumentacji zamiennej na rzecz Skanska S.A.) jest niedopuszczalne.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że bez znaczenia pozostaje okoliczność, że w terminie wyznaczonym na uzupełnienie dokumentów, tj. w terminie do 1 października 2013 r., podmiot udostępniający pierwotnie odwołującemu swój potencjał wiedzy i doświadczenia (Karpla Konsulting Sp. z o.o.) nie dysponował referencjami odnoszącymi się do „dopiero co zakończonych i odebranych prac projektowych dla Uniwersytetu Rzeszowskiego”, ponieważ taki sam termin został wyznaczony dla wszystkich wykonawców wzywanych przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, a sam odwołujący ani nie kwestionował tego terminu, ani nie zwracał się do zamawiającego z prośbą o jego przedłużenie. Wskazać także należy, że zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wykonawca może złożyć – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać poświadczenia (referencji) – oświadczenie.

KIO 2524/13 11

W drugiej kolejności wskazać należy, że to obowiązkiem odwołującego było, poprzez składane wraz z ofertą dokumenty (ewentualnie poprzez dokumenty składane w wyniku uzupełnień) i wyjaśnienia, wykazać, że odwołujący (podmiot udostępniający) spełniał, na dzień składania ofert, postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący w złożonym w wyniku wezwania z dnia 26 września 2013 r. *Wykazie wykonanych usług* wskazał czerwiec 2013 jako „datę” zakończenia usługi zrealizowanej na rzecz Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, która nie była zgodna z datą 7 maja 2010 r., wskazaną przez odbiorcę usługi.

Wbrew wezwaniu zamawiającego z dnia 15 października 2013 r. odwołujący nie tylko nie odniósł się do wskazanej przez odbiorcę usługi daty – 7 maja 2010 r., ale wskazał (poprzez załączenie *Wyjaśnień treści referencji* pochodzących od Małgorzaty S. z firmy Skala) trzy inne terminy zakończenia, odnoszące się do aktualizacji kosztorysów - marzec 2011 r., wykonania projektów zamiennych - wrzesień 2013 r., pełnienia nadzoru autorskiego do czasu zakończenia inwestycji - listopad 2013 r, nie wyjaśniając podstawy wykonania tych usług i ich relacji do umowy na wykonanie Koncepcji architektonicznej przebudowy, rozbudowy i rewitalizacji obiektów powojkowych przy ul. Warszawskiej w Olsztynie (umowa 186/2009/PN/DZP z Uniwersytetem Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie).

W tych okolicznościach zamawiający zasadnie przyjął za wiarygodną, wskazaną przez odbiorcę usługi, tj. Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie datę 7 maja 2010 r. jako datę zakończenia tej usługi.

Ponieważ zaś termin zakończenia usługi, tj. 7 maja 2013 r. wykracza poza 3-letni okres, na który powoływać się może wykonawca, wykazując wiedzę i doświadczenie, zamawiający zasadnie uznał, że poprzez złożone dokumenty i wyjaśnienia odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek, że w okresie ostatnich 3 lat przez upływem terminu składania ofert (tj. przed 16 września 2013 r.) wykonał jeden projekt budynku obejmujący wskazane branże, o wskazanej powierzchni użytkowej, dla którego uzyskano pozwolenie na budowę.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut bezzasadnego wyboru oferty najkorzystniejszej, która nie zawiera najniższej ceny, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 i 7 ustawy Pzp skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania.

Skład orzekający Izby pozostawiła zarzut bez rozpoznania, ponieważ zgodnie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie wobec enumeratywnie wymienionych czynności. W zamkniętym na mocy decyzji ustawodawcy katalogu nie ma czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W zakresie rezultatów badania i oceny ofert wykonawcy mogą odwołać się wyłącznie od czynności, które bezpośrednio ich eliminują z postępowania, a zatem od wykluczenia ich z postępowania lub odrzucenia ich oferty. Ponieważ wartość zamówienia przedmiotowego postępowania jest poniżej tzw. progów unijnych, odwołujący, który adekwatnie do tej wartości uścił wpis, może jedynie oczekiwać rozpoznania zarzutu dotyczącego jego wykluczenia z udziału w przedmiotowym postępowaniu i odrzucenia w następstwie tego wykluczenia jego oferty.

Zarzut uznania przez zamawiającego, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 października 2013 r., ustalił, że zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego w oparciu o przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ale wyłącznie na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w następstwie wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W zawiadomieniu z dnia 23 października 2013 r. zamawiający wprowadził poinformował o swoich wątpliwościach co do wyjaśnień odwołującego dotyczących zaoferowanej ceny, jednocześnie jednak wprost oświadczył, że „nie korzysta z uprawnień wynikających z art. 90 ust. 3 Pzp”, co oznacza, że nie odrzucił oferty odwołującego na tej podstawie.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: