

Sygn. akt: KIO 1510/17

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2017 r. przez wykonawcę **K.H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EC Industria K.H., ul. Cynkowa 21, 95-200 Piątkowisko** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izba Administracji Skarbowej w Warszawie, ul. A. Felińskiego 2B, 01-513 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultants. Nadzory i doradztwo budowlane Ł.Z.** oraz **BBC BEST BUILDING CONSULTANTS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Gen. Bema 42A, 96-300 Żyrardów** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K.H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EC Industria K.H., ul. Cynkowa 21, 95-200 Piątkowisko** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K.H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EC Industria K.H., ul. Cynkowa 21, 95-200 Piątkowisko** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1510/17

Uzasadnienie

Izba Administracji Skarbowej w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z WKI budowy budynku z przeznaczeniem na siedzibę Urzędu Skarbowego w Grodzisku Mazowieckim i pełnienie nadzoru autorskiego nad budową”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 kwietnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 068-128574.

W dniu 21 lipca 2017 r. wykonawca K.H. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EC Industria K.H. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wykluczeniu Odwołującego, pomimo iż w toku postępowania nie zaistniały podstawy do wykluczenia,
- 2) bezpodstawnym przyjęciu przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, pomimo że warunek ten został przez Odwołującego spełniony i prawidłowo wykazany,
- 3) pominięciu w rozstrzygnięciu postępowania referencji złożonej dodatkowo przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 13 czerwca 2017 r., która potwierdzała spełnienie warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, a jednocześnie wskazywała na wykonanie większej ilości usług, niż ilość określona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) braku wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia,
- 5) braku wskazania w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w sposób precyzyjny, w jaki sposób Odwołujący ma wykazać, że konkretny budynek należy do klasy 1220 oraz braku wskazania przez Zamawiającego dlaczego uważa, że dotychczas złożone dokumenty są niewystarczające dla uznania, iż Odwołujący wykazał tę okoliczność,
- 6) braku precyzyjności wezwań kierowanych do Odwołującego oraz braku określenia w ich treści pytania, jego celu oraz przedmiotu, którego dotyczy, tj. jakiego dokumentu i jakich zagadnień,
- 7) braku wskazania w decyzji o wykluczeniu z postępowania Odwołującego konkretnych uchybień, jakich w ocenie Zamawiającego dopuścił się Odwołujący,

8)braku dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił

Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, pomimo iż wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia,

2)art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne pominięcie informacji dotyczących wstępnego potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu zawartych w JEDZ,

3)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia dowodów wskazujących na spełnienie przez niego warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, które według Zamawiającego budziły jego wątpliwości oraz poprzez zaniechanie precyzyjnego wskazania żądanych wyjaśnień, co w konsekwencji doprowadziło do konieczności domyslenia się przez Odwołującego, jakie wyjaśnienia jest zobowiązany złożyć,

4)art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez kreowanie na etapie badania ofert nowych wymagań względem Odwołującego i składanych przez niego dokumentów, co stanowi niedopuszczalną po upływie terminu składania ofert zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców,

5)art. 91 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultants.Nadzory i doradztwo budowlane Ł.Z. oraz BBC BEST BUILDING CONSULTANTS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, pomimo iż najkorzystniejszą ofertą była oferta Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący odnosząc się do podstawy wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego podniósł, że Zamawiający jako podstawę wykluczenia Odwołującego wskazał brak złożenia przez niego wyjaśnień co do jednej z usług, których

wykonanie powinno być wykazane przez Odwołującego w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, co w konsekwencji spowodowało brak spełnienia przez Odwołującego tego warunku oraz wykluczenie z postępowania.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z cz. V pkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednym z warunków udziału w postępowaniu było posiadanie przez Odwołującego zdolności zawodowej do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, której zakres obejmował zrealizowanie lub ciągłą realizację, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, minimum 2 usług dotyczących opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy budynku spełniającego funkcje administracyjno-biurowe, klasyfikowanego na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) w klasie 1220 PKOB, o kubaturze nie mniejszej niż 10 000,00 m³ każdy. Odwołujący stwierdził, że warunki te spełnił wykazując, że wykonał co najmniej 3 usługi o takim charakterze. Tym samym, w ocenie Odwołującego, brak było podstaw do jego wykluczenia.

Jak zauważył Odwołujący, w piśmie z dnia 11 lipca 2017 r., które zawierało informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał jedynie, że Odwołujący przedstawił dwie usługi potwierdzające wymagane doświadczenie, z czego informacja o jednej z nich potwierdzała wszystkie niezbędne wymogi, natomiast informacja o drugiej usłudze pn. „Przebudowa, rozbudowa oraz nadbudowa budynku usługowego biurowego Agencji Nieruchomości Rolnych ot. Gdańsk wraz z przebudową zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową instalacji sanitarnych na terenie w związku z kolizją z rozbudowywanym budynkiem” nie została uzupełniona pomimo wezwania do wyjaśnienia pismem z dnia 12 czerwca 2017 r. Zamawiający wskazał ponadto, iż Odwołujący zamiast odpowiednich wyjaśnień przedstawił referencję, która dotyczyła innej usługi i właśnie dlatego nie został spełniony przez niego warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia. Odwołujący zaznaczył, że kolejna, trzecia usługa wskazana przez Odwołującego w piśmie z dnia 13 czerwca 2017 r. i potwierdzona przez referencję, spełniała wszystkie wymagane przez Zamawiającego warunki. Co ważne, zdaniem Odwołującego, w decyzji o wykluczeniu oraz w poprzedzających ją wezwaniach Zamawiający nie wskazał, jakich informacji zabrakło w oświadczeniach składanych przez Odwołującego i co doprowadziło go do stwierdzenia, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, iż bazując wyłącznie na takim uzasadnieniu Odwołujący nie wie, dlaczego Zamawiający odrzucił jego ofertę, co samo w sobie stanowi

naruszenie obowiązku Zamawiającego wskazania w decyzji konkretnych uchybień, jakich, w ocenie Zamawiającego, dopuścił się Odwołujący. Odwołujący wskazał, że wykonawca nie może domyslać się przesłanek wykluczenia z

postępowania, ponieważ taka sytuacja uniemożliwia mu skuteczną obronę, która zostaje podjęta w drodze postępowania odwoławczego. Zamawiający powinien bowiem w sposób precyzyjny, rzeczowy oraz bezpośredni wyjaśnić w uzasadnieniu przyczyny wykluczenia wykonawcy, co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca (wyrok KIO z dnia 1 lutego 2017 r., sygn. akt: KIO 87/17).

Odwołujący przedstawił tok postępowania, które toczyło się między stronami. Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 19 maja 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do poprawienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które miało polegać na poprawieniu JEDZ przez wskazanie kubatury budynków, które były przedmiotem usług potwierdzających doświadczenie Odwołującego oraz wykazanie, że mieszczą się one w klasie 1220 PKOB. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w swoim wezwaniu do poprawienia dokumentów nie wskazał w sposób precyzyjny, rzeczowy oraz bezpośredni, jakie konkretne poprawki ma nanieść Odwołujący, a jedynie ograniczył się do przytoczenia warunków ze specyfikacji oraz wskazania lakonicznie braków, które istniały w JEDZ. Takie zachowanie Zamawiającego Odwołujący uznał za niedopuszczalne, ponieważ uniemożliwia ono wykonawcy uzupełnienie oświadczenia w sposób wymagany przez Zamawiającego, co zostało potwierdzone, jak zauważył Odwołujący, w orzecznictwie KIO. W opinii Odwołującego, Zamawiający formułując ww. wezwania, uchybił obowiązkowi precyzyjnego wskazania zakresu żądanych wyjaśnień i poprzestał jedynie na przytoczeniu warunków wskazanych w specyfikacji oraz wezwał do zmiany JEDZ. Odwołujący natomiast spełnił żądanie Zamawiającego, dokonał zmiany JEDZ i wskazał prawidłowo dwie usługi na projektowanie budynków, które mieściły się w klasyfikacji 1220 PKOB oraz posiadały odpowiednią kubaturę.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazywał, iż oczekuje od wykonawców złożenia oświadczenia o dokładnym brzmieniu „zrealizowane inwestycje mieszczą się w klasie 1220 PKOB”, co zresztą również byłoby działaniem niedopuszczalnym, albowiem wykonawcy mogą wykazać spełnienie tego warunku w dowolny sposób. Odwołujący stwierdził, że skutkiem takiego stanu rzeczy jest konieczność uznania, iż Zamawiający w toku oceny ofert zaczął kreować nowe wymagania względem wykonawców i składanych przez nich dokumentów, co stanowi niezgodną

z przepisami modyfikację specyfikacji, a co za tym idzie, narusza to zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z orzecznictwem Izby, specyfikacja jest jednym z najważniejszych dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Specyfikacja jest wiążąca dla Zamawiającego od momentu jej udostępnienia, co oznacza, że musi on przestrzegać warunków w niej zawartych. Udostępnienie specyfikacji jest czynnością prawną, która powoduje powstanie zobowiązania po stronie Zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów. Jeśli w specyfikacji nie jest zawarty konkretny wymóg, z którego powodu Zamawiający odrzuca ofertę, to takie odrzucenie należy uznać za niedopuszczalne. Natomiast okoliczność, że Zamawiający interpretował sporny zapis w sposób odmienny niż Odwołujący, nie może rodzić dla Odwołującego negatywnych skutków w postaci wykluczenia go z postępowania, co zostało potwierdzone w wyroku KIO z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10.

Odwołujący podał, że w konsekwencji otrzymania ww. wezwania Odwołujący w odpowiedzi z dnia 23 maja 2017 r. wskazał w sposób jednoznaczny, że pierwsza usługa pn. „Termomodernizacja i zastosowanie OZE, przebudowa i rozbudowa budynku dydaktycznego dla Wydziału Inżynierii Produkcji Politechniki Opolskiej przy ul. Sosnowskiej 31 w Opolu” spełnia warunki, które zostały wskazane w cz. V specyfikacji, tzn. przedmiotowy obiekt jest budynkiem biurowym w połowie, a kubatura tej części budynku wynosi 14 521,23 m³. Ponadto, Odwołujący wskazał drugą usługę na potwierdzenie swojego doświadczenia, która dotyczyła „Przebudowy, rozbudowy oraz nadbudowy budynku usługowego biurowego Agencji Nieruchomości Rolnych ot. Gdańsk wraz z przebudową zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową instalacji sanitarnych na terenie w związku z kolizją z rozbudowywanym budynkiem” wskazując jednocześnie w JEDZ kubaturę budynku: 11 174,43 m³. Odwołujący podkreślił, że oba budynki, dla których realizowana była dokumentacja projektowo-kosztorysowa należą do klasy 1220 klasyfikacji PKOB, ponieważ pierwszy z nich w ponad połowie jest wykorzystywany jako miejsce pracy dla działalności biura, natomiast drugi jest lokalem ANR, która jako państwowa osoba prawna stwarza miejsce pracy o charakterze administracyjnym. Obiekty te więc zgodnie z rozporządzeniem PKOB są budynkami biurowymi i dokonanie oceny w tym zakresie jest możliwe na podstawie dokumentów i oświadczeń złożonych przez Odwołującego oraz nie wymaga żadnego uzupełnienia lub posiadania wiadomości specjalnych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający na podstawie art. 26 ust 1 ustawy Pzp, uznając ofertę Odwołującego za najwyższej ocenioną, wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych dokumentów oraz oświadczeń, których pełen wykaz został już wcześniej wskazany w specyfikacji. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie dostarczył Zamawiającemu

komplet wymaganych dokumentów oraz ponownie przesłał referencje dotyczące usługi związanej z przebudową budynku Politechniki Opolskiej oraz oświadczenie własne dotyczące obiektu Agencji Nieruchomości Rolnych. Pismem z dnia 12 czerwca 2017 r. Zamawiający uznał jednak, że warunki dotyczące doświadczenia Odwołującego nie zostały spełnione i wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących ww. referencji i oświadczenia. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie doprecyzował dokładnie o jakie wyjaśnienia chodzi, a jedynie przedstawił stan faktyczny, jaki nastąpił tzn. wskazał jedynie, że złożono określone referencje i oświadczenie. Dodatkowo, Zamawiający zacytował treść rozporządzenia PKOB, jednak nie wytłumaczył w sposób precyzyjny, w jaki sposób Odwołujący ma wykazać, że konkretny budynek należy do klasy 1220 i dlaczego uważa, że dotychczas złożone dokumenty są niewystarczające. Ponadto prosił o podanie podstawy prawnej, jednak nie wyjaśnił w odniesieniu do czego ma ona być przedstawiona. W ocenie Odwołującego, w piśmie z dnia 13 czerwca 2017 r. Odwołujący w sposób niebudzący zastrzeżeń dookreślił, że część biurowa budynku Politechniki Poznańskiej stanowiła ponad połowę jego całkowitej kubatury, tj. 15 780,93 m³ oraz wskazał dokładnie na klasę 1220 PKOB. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z rozporządzeniem PKOB, jeśli budynek jest przeznaczony do kilku celów, to klasyfikacja zostanie ustalona zgodnie z przeznaczeniem, które jest procentowo najwyższe. W tym przypadku powierzchnia biurowa stanowiła ponad połowę całości budynku, dlatego też został on zaliczony do klasy 1220 PKOB. W zakresie budynku ANR, to, zdaniem Odwołującego, wymogi Zamawiającego zostały już potwierdzone wcześniej w piśmie z dnia 23 maja 2017 r., gdzie w poprawionych JEDZ oraz w oświadczeniu została wskazana kubatura budynku, a już samo jego przeznaczenie jako Agencji Nieruchomości Rolnych przesądzało o zaliczeniu go do klasy 1220 PKOB. Zgodnie bowiem z przepisami rozporządzenia nie sposób zaliczyć takiego budynku do jakiegokolwiek innej grupy niż budynki biurowe. Nie jest to bowiem hotel, budynek usługowo-handlowy, budynek transportu i łączności, budynek przemysłowy czy magazynowy, ogólnodostępny obiekt kulturalny, budynek o charakterze edukacyjnym, szpital czy budynek z grupy pozostałych budynków niemieszkalnych. Odwołujący uznał wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia oświadczenia dotyczącego ANR za niecelowe. Odwołujący kierując się jednak daleko posuniętą ostrożnością przedstawił dodatkowo kolejne referencje

na wykonanie usługi projektu budowy budynku biurowego w klasie 1220 PKOB przy ul. Żłotniczej w Łodzi. Jednocześnie została również w referencji podana kubatura całego budynku, która wynosiła 11 865,46 m³. Uznać więc należy, w opinii Odwołującego, iż usługa spełniła warunki zawarte w specyfikacji, co świadczyło o posiadaniu wymaganego doświadczenia przez Odwołującego.

Odwołujący stwierdził, że nawet gdyby Zamawiający zdecydował, że budynek ANR w Gdańsku nie spełnia wskazanych przez niego w specyfikacji warunków, to zdolność zawodowa Odwołującego wykazana w przedstawionych przez niego dokumentach byłaby wystarczająca ze względu na przedstawienie dodatkowej referencji. Ponadto, w ocenie Odwołującego, jeśli Zamawiający posiadałby jakiegokolwiek wątpliwości co do przedstawionej przez Odwołującego trzeciej, ostatniej referencji, miał obowiązek wezwać Odwołującego na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wyjaśnienia czy uzupełnienia dokumentów przez niego złożonych, czego nie uczynił. Podsumowując Odwołujący zauważył, że za zasadne należy uznać twierdzenie, że Odwołujący spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu, dlatego też nie mógł zostać z niego wykluczony.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że był uprawniony nie tylko do uzupełnienia oświadczenia JEDZ, ale także do przedstawiania kolejnych referencji odnośnie wykonywanych przez niego usług. Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO, zgodnie z którym wykonawca może uzupełniać swoje oświadczenia o charakterze podmiotowym, które potwierdzają warunki udziału w postępowaniu, ponieważ nie stanowią one treści oferty. Odwołujący zauważył, że Izba w swoich orzeczeniach potwierdziła, że procedura wzywania wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów jest dla zamawiającego obowiązkowa. Odwołujący, w swojej ocenie, postąpił więc prawidłowo i miał prawo do uzupełnienia referencji. Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawcy zmiany podwykonawcy lub zobowiązania się przez niego do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia w sytuacji, gdy zdolności techniczne pierwotnie wskazanego przez wykonawcę podmiotu nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków udziałów w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że gdyby Odwołujący korzystał z takich podmiotów, to dopuszczalne na gruncie ustawy byłoby przedstawienie nowych referencji. W drodze analogii należy więc przyjąć, że tym bardziej Odwołujący, który nie posługuje się pomocą podmiotów trzecich, a potwierdza tylko swoje doświadczenie, ma prawo przedłożyć Zamawiającemu zupełnie nowe referencje, które nie tylko potwierdzają jego zdolność zawodową, ale także

świadczą o wykazaniu się przez niego umiejętnościami większymi niż te wymagane przez Zamawiającego. Inne podejście w tym zakresie stanowiłoby, zdaniem Odwołującego, naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem w lepszej sytuacji byłiby c i wykonawcy, którzy pierwotnie deklarowaliby

korzystanie z zasobów podmiotów trzecich.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania dopuścił się szeregu uchybień. Po pierwsze, z całokształtu okoliczności faktycznych wynika, że Zamawiający zaniechał rzetelnego badania i oceny oświadczeń Odwołującego, co doprowadziło do uznania przez Zamawiającego, że brak jest spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, Zamawiający wykluczył Odwołującego, pomimo iż Odwołujący spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a w szczególności posiadał wymaganą zdolność zawodową (doświadczenie). Po trzecie, Zamawiający nie określił w sposób precyzyjny, bezpośredni i jednoznaczny zakresu żądanych przez niego wyjaśnień. Po czwarte, Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do ostatniej przedstawionej przez niego referencji, co prawdopodobnie wpłynęło na wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,

b)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

c)unieważnienia czynności badania, oceny i wyboru ofert, w tym unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultants.Nadzory i doradztwo budowlane Ł.Z. oraz BBC BEST BUILDING CONSULTANTS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa jako najkorzystniejszej,

d)wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

2)ewentualnie, w przypadku uznania, iż istnieją wątpliwości co do wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów złożonych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wezwania Odwołującego do uzupełnienia tychże wyjaśnień ze szczegółowym wskazaniem zakresu, w jakim uzupełnienie winno nastąpić i po upływie określonego do dokonania tej czynności ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert,

3)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do KIO zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego.

W dniu 26 lipca 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą BBC Best Building Consultants.Nadzory i doradztwo budowlane Ł.Z. oraz BBC BEST BUILDING CONSULTANTS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Odwołującego, treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do Odwołującego w dniu 19 maja 2017 r., treść pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego w dniu

23 maja 2017 r. wraz z załącznikami, treść wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów z dnia 29 maja 2017 r., treść dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z pismem z dnia 8 czerwca 2017 r., treść wezwania do złożenia wyjaśnień skierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego w dniu 12 czerwca 2017 r., treść odpowiedzi Odwołującego z dnia 13 czerwca 2017 r., treść informacji z dnia 11 lipca 2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji

ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 28 lipca 2016 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że w pkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał wykazania się

przez wykonawców posiadaniem zdolności zawodowej (doświadczenia) do prawidłowej realizacji zamówienia wskazując, że zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – zrealizował lub realizuje zamówienie na „Opracowanie dokumentacji projektowo- kosztorysowej”. Zamawiający wymagał, aby wśród wykazanych usług wykonawca wykazał się wykonaniem lub wykonywaniem minimum 2 usług dotyczących opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy budynku spełniającego funkcje administracyjno biurowe, klasyfikowanego na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. z 1999 r., nr 112, poz. 1316 ze zm.), w klasie 1220 PKOB, o kubaturze nie mniejszej 10 000,00m³ każdy.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego. Izba stwierdziła, że w dokumencie JEDZ złożonym wraz z ofertą Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazał się realizacją dwóch usług:

- 1) Termomodernizacja i zastosowanie OZE, przebudowa i rozbudowa budynku dydaktycznego dla Wydziału Inżynierii Produkcji Logistyki Politechniki Opolskiej przy ul. Sosnkowskiego 31 w Opolu,
- 2) Budowa budynku użyteczności publicznej usługowo-handlowo-magazynowego wraz z zagospodarowaniem tereny w postaci dróg, parkingów i urządzeń infrastruktury na działce nr 319/3, obręb Ścieki, gmina Rawa Mazowiecka.

W dniu 19 maja 2017 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do poprawienia JEDZ. Zamawiający w treści ww. wezwania przypomniał treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Zamawiający stwierdził również, że w złożonym przez Odwołującego JEDZ „wykazane zostały usługi dotyczące budynków nie mieszczących się w klasie 1220 PKOB, oraz nie została podana kubatura budynków, których dotyczą w/w usługi.”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 23 maja 2017 r. wyjaśnił, że usługa „Termomodernizacja i zastosowanie OZE, przebudowa i rozbudowa budynku dydaktycznego dla Wydziału Inżynierii Produkcji Logistyki Politechniki Opolskiej przy ul. Sosnkowskiego 31 w Opolu” to budynek, w którym część biurowa stanowiła połowę obiektu, tj. część obiektu o kubaturze 14 521,23m³. Odwołujący podał ponadto, że składa oświadczenie własne o wykonaniu usługi „Przebudowa, rozbudowa oraz nadbudowa budynku usługowego biurowego Agencji Nieruchomości Rolnych ot. Gdańsk wraz z przebudową zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową instalacji sanitarnych na terenie w związku z kolizją z rozbudowywanym budynkiem” w związku z brakiem możliwości uzyskania referencji od Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że ze względu na trwające jeszcze prace projektowe nie jest w stanie w terminie wskazanym przez Zamawiającego uzyskać referencji od Agencji Nieruchomości Rolnych. Do pisma Odwołujący dołączył poprawiony dokument JEDZ, w którym na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy wskazał następujące usługi:

- 1) Termomodernizacja i zastosowanie OZE, przebudowa i rozbudowa budynku dydaktycznego dla Wydziału Inżynierii Produkcji Logistyki Politechniki Opolskiej przy ul. Sosnkowskiego 31 w Opolu, kubatura obiektu: 29 042,34m³,
- 2) Przebudowa, rozbudowa oraz nadbudowa budynku usługowego biurowego Agencji Nieruchomości Rolnych ot. Gdańsk wraz z przebudową zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową instalacji sanitarnych na terenie w związku z kolizją z rozbudowywanym budynkiem, kubatura obiektu: 11 174,43m³.

W dniu 29 maja 2017 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1

ustawy Pzp, w tym dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej – doświadczenia.

Odwołujący wraz z pismem z dnia 8 czerwca 2017 r. przekazał zamawiającemu m.in. referencje wystawione przez Politechnikę Opolską dotyczące wykonania dokumentacji projektowej dla zadania „Termomodernizacja i zastosowanie OZE, przebudowa i rozbudowa budynku dydaktycznego dla Wydziału Inżynierii Produkcji Logistyki Politechniki Opolskiej przy ul. Sosnkowskiego 31 w Opolu” oraz oświadczenie Odwołującego dotyczące wykonania dokumentacji projektowej dla zadania „Przebudowa, rozbudowa oraz nadbudowa budynku usługowego biurowego Agencji Nieruchomości Rolnych ot. Gdańsk wraz z przebudową zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową instalacji sanitarnych na terenie w związku z kolizją z rozbudowywanym budynkiem”.

W dniu 12 czerwca 2017 r. Zamawiający, przywołując art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do Odwołującego z prośbą o złożenie wyjaśnień treści JEDZ oraz przedstawionych referencji. Zamawiający zauważył, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia

29 maja 2017 r. Odwołujący złożył referencje Politechniki Opolskiej oraz oświadczenie własne dotyczące wykonania dokumentacji projektowej dla budynku usługowego biurowego Agencji Nieruchomości Rolnych o t. Gdańsk. Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w przypadku obiektów budowlanych użytkowych lub przeznaczonych do wielu celów klasyfikuje się je w głównej pozycji, zgodnie z ich głównym użytkowaniem. Główne użytkowanie powinno być określone, jak wyjaśnił Zamawiający, następująco:

-należy określić, jaki procent całkowitej powierzchni użytkowej przeznaczony jest na różne cele, zgodnie z ugrupowaniami klasyfikacji – na najbardziej szczegółowym poziomie,

-następnie obiekt budowlany klasyfikowany jest zgodnie z metodą „góra-dół”.

Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o podanie klasyfikacji PKOB budynku wskazanego w referencji i wskazanie klasyfikacji PKOB budynku wskazanego w oświadczeniu, zgodnie z rozporządzeniem w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. Zamawiający zwrócił uwagę na potrzebę uzasadnienia podanej klasyfikacji i podania podstawy prawnej z uwzględnieniem ww. rozporządzenia i wymagań Zamawiającego określonych w części V specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W piśmie z dnia 13 czerwca 2017 r. Odwołujący wyjaśnił, że „przedstawiona usługa „Termomodernizacja i zastosowanie OZE, przebudowa i rozbudowa budynku dydaktycznego dla Wydziału Inżynierii Produkcji Logistyki Politechniki Opolskiej przy ul. Sosnkowskiego 31 w Opolu” to budynek, w którym część biurowa stanowiła ponad połowę obiektu, tj. część obiektu o kubaturze 15 780,93m³ (kubatura całego budynku 29 042,45m³).”. Odwołujący podał ponadto, że zgodnie z rozporządzeniem w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych obiekt został zaklasyfikowany do klasy 1220 Budynki biurowe. Jednocześnie, Odwołujący oświadczył, że przedkłada referencje dla obiektu biurowego wykonanego na zlecenie firmy 2PM Pracownia Architektoniczna M. P., który również spełnia wymagania Zamawiającego określone w części V specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do pisma Odwołujący dołączył referencje dotyczące ww. usługi.

Zamawiający w piśmie z dnia 11 lipca 2017 r. poinformował wykonawców m.in. o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający opisał stan faktyczny zaistniały w postępowaniu, a także wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 12 czerwca 2016 r. Odwołujący nie złożył żadnych wyjaśnień dotyczących usługi wykonania dokumentacji projektowej dla zadania „Przebudowa, rozbudowa oraz nadbudowa budynku usługowego biurowego Agencji Nieruchomości Rolnych o t. Gdańsk wraz z przebudową zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową instalacji sanitarnych na terenie w związku z kolizją z rozbudowywanym budynkiem”, przedstawiając referencje dotyczące budynku, który nie był wykazany w poprawionym wcześniej JEDZ. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była uprawniona. Izba zważyła, że treść warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy sformułowanego w pkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest jednoznaczna i nie budziła wątpliwości wykonawców. Wykonawca miał zatem świadomość, jakimi pracami zobowiązany jest się wykazać, aby uzyskać przedmiotowe zamówienie. Należy zauważyć, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie spoczywa obowiązek wykazania spełniania warunku w taki sposób, aby owo spełnianie nie budziło wątpliwości Zamawiającego.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy Zamawiający przyjął zmianę w dokumencie JEDZ dokonaną przez Odwołującego, który w dokumencie przekazanym wraz z pismem z dnia 23 maja 2017 r. zrezygnował z wykazania się usługą „Budowa budynku użyteczności publicznej usługowo-handlowo-magazynowego wraz z zagospodarowaniem terenu w postaci dróg, parkingów i urządzeń infrastruktury na działce nr 319/3, obręb Ścieki, gmina Rawa Mazowiecka” na rzecz usługi „Przebudowa, rozbudowa oraz nadbudowa budynku usługowego biurowego Agencji Nieruchomości Rolnych o t. Gdańsk wraz z przebudową zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową instalacji sanitarnych na terenie w związku z kolizją z rozbudowywanym budynkiem”. Tym samym, miało miejsce przewidziane w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprawienie dokumentu JEDZ. Zgodnie z ugruntowanym w doktrynie, a także orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych poglądem, poprawienie dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może mieć miejsce jednokrotnie. Co za tym idzie, przedstawienie przez Odwołującego do oceny przez Zamawiającego usługi wykonanej na zlecenie firmy 2PM Pracownia Architektoniczna M. P. wykraczało poza dopuszczoną ustawą Pzp możliwość zmiany dokumentu.

Zamawiający w toku badania ofert uwzględnił też wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 13 czerwca 2017 r. w zakresie usługi „Termomodernizacja i zastosowanie OZE, przebudowa i rozbudowa budynku dydaktycznego dla Wydziału Inżynierii Produkcji Logistyki Politechniki Opolskiej przy ul. Sosnkowskiego 31 w Opolu”, jako że w wyjaśnieniach tych Odwołujący jednoznacznie oświadczył, jaką część budynku stanowi część biurowa, jak również, że budynek został zaklasyfikowany do klasy 1220 Budynki biurowe. Taki zakres oświadczenia stanowi pełne wykazanie spełniania postawionego przez zamawiającego warunku, jednak w zakresie jednej tylko usługi. Co do drugiej usługi wskazanej w poprawionym JEDZ, tj. „Przebudowa, rozbudowa oraz nadbudowa budynku usługowego biurowego Agencji Nieruchomości Rolnych ot. Gdańsk wraz z przebudową zagospodarowania terenu oraz budową i przebudową instalacji sanitarnych na terenie w związku z kolizją z rozbudowywanym budynkiem” Odwołujący zarówno w JEDZ, w oświadczeniu własnym dotyczącym tej usługi, jak też w wyjaśnieniach z dnia 13 czerwca 2017 r., nie złożył oświadczenia, że ww. budynek jest zaklasyfikowany do klasy 1220 PKOB. Odwołujący, pomimo jednoznacznej treści specyfikacji, nie wypełnił zatem obowiązku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez przedstawienie precyzyjnych informacji w JEDZ. Odwołujący nie udzielił również odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w tym zakresie. O spełnianiu przez budynek Agencji Nieruchomości Rolnych wymagania zaliczenia tego budynku do klasy 1220 PKOB nie może świadczyć, wbrew stanowisku odwołującego, samo „jego przeznaczenie jako Agencji Nieruchomości Rolnych”. Zarówno w JEDZ złożonym w dniu 23 maja 2017 r., jak też w oświadczeniu Odwołującego przekazanym wraz z pismem z dnia 8 czerwca 2017 r. Odwołujący podał informację, iż budynek Agencji Nieruchomości Rolnych ot. Gdańsk jest budynkiem „usługowym biurowym”. Zamawiający zasadnie zatem miał wątpliwości czy budynek ten należy do klasy 1220 PKOB. Wobec powyższego, wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku w zakresie doświadczenia Izba uznała za prawidłowe. Za spóźnione Izba uznała przedstawienie przez Odwołującego na posiedzeniu pisma Agencji Nieruchomości Rolnych ot. Gdańsk z dnia 26 lipca 2017 r. Izba ocenia prawidłowość dokonanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czynności, zatem Izba nie może wziąć pod uwagę dokumentu, który nie podlegał ocenie przez Zamawiającego. Wykonawca zobowiązany jest wykazać Zamawiającemu spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zatem wszelkie oświadczenia czy dowody na okoliczność ich spełniania powinien przedłożyć Zamawiającemu.

Zarzut odwołującego, że w wezwaniu z dnia 19 maja 2017 r. Zamawiający „nie wskazał w sposób precyzyjny, rzeczowy, oraz bezpośredni, jakie konkretne poprawki ma nanieść Odwołujący, a jedynie ograniczył się do przytoczenia warunków z SIWZ oraz wskazania lakonicznie braków, które istniały w JEDZ” nie znajduje potwierdzenia w treści przedmiotowego wezwania. Izba stwierdziła, że treść wezwania nie budzi wątpliwości. Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał na zaistniałe w złożonym przez Odwołującego JEDZ braki – w ocenie Zamawiającego, wykazane usługi dotyczyły budynków nie mieszczących się w klasie 1220 PKOB, jak też brak było informacji co do kubatury budynków. Tak opisane uchybienia w sposób precyzyjny wskazują na zakres niezbędnych poprawek w JEDZ. Za niezasadny Izba uznała także zarzut braku wskazania przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w sposób precyzyjny, w jaki sposób Odwołujący ma wykazać, że konkretny budynek należy do klasy 1220 oraz braku wskazania przez Zamawiającego, dlaczego uważa, że dotychczas złożone dokumenty są niewystarczające dla uznania, że Odwołujący wykazał tę okoliczność. W ocenie Izby, Zamawiający w wezwaniu z dnia 12 czerwca 2017 r. w sposób nie budzący wątpliwości określił zakres brakujących informacji, jak też wyjaśnił sposób klasyfikacji budynków zgodny z rozporządzeniem w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. W ocenie Izby, treść wezwań kierowanych przez Zamawiającego do Odwołującego nie budziła wątpliwości.

Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp przez kreowanie na etapie badania ofert nowych wymagań względem Odwołującego i składanych przez Odwołującego dokumentów. Zarówno treść postawionego przez Zamawiającego warunku, jak też zakresu żądanych na potwierdzenie

jego spełniania dokumentów nie uległa zmianie. Wezwania Zamawiającego do poprawienia dokumentu JEDZ czy też do złożenia wyjaśnień wynikały z zaniechania przedstawienia przez Odwołującego pełnego zakresu informacji, jakich żądał Zamawiający w postawionym warunku udziału w postępowaniu. W żadnym miejscu Zamawiający nie wymagał złożenia przez Odwołującego oświadczenia o dokładnym brzmieniu „zrealizowane inwestycje mieszczą się w klasie 1220 PKOB”. Jednak wykonanie dokumentacji projektowej budynku zakwalifikowanego do takiej klasy PKOB stanowiło wymaganie zawarte w treści warunku udziału w postępowaniu i powinno zostać wykazane przez wykonawcę.

Za niezasadne Izba uznała również twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie wskazał konkretnych uchybień, jakich dopuścił się Odwołujący. Wbrew stanowisku Odwołującego, Zamawiający wskazał na zaniechanie złożenia przez Odwołującego wyjaśnień w odpowiedzi na

wezwanie Zamawiającego z dnia 12 czerwca 2017 r., wezwanie to zawierało zaś prośbę o udzielenie konkretnych informacji.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący.....