

WYROK

z dnia 23 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Anna Chudzik Aneta Młacka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017 r. przez **T. B. oraz G. P., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GPVT Pracownia Architektoniczna S.C., ul. Pamiątkowa 2/37, 61-512 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Teatr Wielki im. Stanisława Moniuszki, ul. Fredry 9, 61-701 Poznań,**

przy udziale **Pracowni Akustycznej K. s.j., ul. Opolska 140, 52-014 Wrocław**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża T. B. oraz G. P., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GPVT Pracownia Architektoniczna S.C., ul. Pamiątkowa 2/37, 61-512 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez T. B. oraz G. P., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GPVT Pracownia Architektoniczna S.C., ul. Pamiątkowa 2/37, 61-512 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od T. B. oraz G. P., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GPVT Pracownia Architektoniczna S.C., ul. Pamiątkowa 2/37, 61-512 Poznań na rzecz

Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki, ul. Fredry 9, 61-701 Poznań, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

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

Przewodniczący:.....

.....
.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Teatr Wielki im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie dokumentacji projektowo - kosztorysowej modernizacji sceny Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 kwietnia 2017r. nr 76701-2017.

W dniu 5 czerwca 2017r. Odwołujący - T. B. oraz G. P., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GPVT Pracownia Architektoniczna s.c. – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający swoim zaniechaniem, polegającym na nieskorzystaniu z przysługującego mu prawa żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert uchybił przepisom ustawy Pzp tj. art. 87 ust. 1 i w konsekwencji swoim zachowaniem, polegającym na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, która winna zostać odrzucona uchybił przepisom ustawy Pzp tj. art. 89 ust. 1 pkt 5.

Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie jej zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Wniósł także o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, przeprowadzenie ponownie oceny ofert, wykluczenie z postępowania wykonawcy Pracownia Akustyczna K. Sp. j. i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów złożonym podczas rozprawy.

Odwołujący, kwestionując wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pracownia Akustyczna K. Sp.j, podniósł, iż osoba wskazana przez tego wykonawcę na stanowisko Projektanta Konstrukcji Pan R. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Akudor Budownictwo R. D. nie może pełnić samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, gdyż jak wynika ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa osoba ta na dzień złożenia

oferty była zawieszona, a co więcej nie posiadała ubezpieczenia OC. Tymczasem z art. 6 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa prawo wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przysługuje wyłączenie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego. Na dowód, Odwołujący załączył wydruk ze strony internetowej rejestru PliB. Ponadto, podniósł, że potwierdzenie posiadania doświadczenia Pana R. D. stanowią referencje wystawione przez Zamawiającego dnia 22 maja, podczas gdy składanie ofert było wyznaczone na 18 maja 2017r. Po drugie: z referencji wynika, że dotyczyły one projektów wykonawczych związanych ze scenografią do poszczególnych przedstawień, co oznacza, że nie wykazany jest warunek udziału w postępowaniu dot. min 2 projektów wykonawczych konstrukcji dla zabytkowego obiektu kultury. Przedstawione referencje nie potwierdzają nawet wykonania projektu konstrukcyjnego sceny. Scenografia bowiem zgodnie z definicją jest jedynie plastyczną oprawą filmu, sztuki teatralnej, widowiska operowego, baletowego lub telewizyjnego. Ponadto wskazał, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca skierował do Zamawiającego pytania i wnioski w przedmiocie zmiany wymogu dotyczącego doświadczenia projektanta konstrukcji, określone szczegółowo w SIWZ, w odniesieniu do których wykonawca zaproponował, aby Zamawiający wskazał, że proponuje, aby za wystarczające było uznanie posiadania min. 10 letniego doświadczenia zawodowego oraz uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno- budowlanej, która wykonana co najmniej 2 projekty wykonawcze konstrukcji dla zabytkowego obiektu. Ponadto wykonawca wniósł o usunięcie zapisu dot. wykonania projektów przez poszczególnych projektantów w ciągu 3 lat, gdyż w jego opinii powyższe ogranicza konkurencyjność firm, a nie zwiększa realnie doświadczenia projektantów, bowiem wykonanie projektu spełniającego wymagania SIWZ w dłuższym okresie czasu nie oznacza, że dany projektant nie posiada doświadczenia pozwalającego na wykonanie projektu objętego przedmiotem zamówienia. W odpowiedzi na powyższe pytania, Zamawiający wskazał, że nie zmienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż w jego ocenie przedmiot zamówienia dotyczy obiektu zabytkowego, dla którego należy wykonać m.in. program prac konserwatorskich. Mając na uwadze powyższe, niezrozumiałym dla Odwołującego jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej, jeżeli przedstawione przez wykonawcę referencje dokumentują wykonanie zaledwie scenografii, która nie może zostać zakwalifikowana jako obiekt zabytkowy. Można ewentualnie uznać, że stanowi ona wyposażenie, bo nawet nie element stały obiektu zabytkowego. Jako wyposażenie, nie posiadające przymiotu zabytku nie podlega ona nigdy obowiązkowi przeprowadzenia procedury uzgodnień czy obowiązkowi uzyskania pozwolenia konserwatorskiego. Zamawiający w toku oceny oferty złożonej przez wykonawcę, nie podjął żadnych czynności, które zmierzałyby do ustalenia, czy objęte referencjami projekty podlegały procedurze choćby uzgodnienia z konserwatorem, bądź czy ich realizacja zobowiązywała wykonawcę do uzyskania innych wymaganych prawem decyzji.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że wykonawca wybrany nie wykazał spełnienia wymagań stawianych w SIWZ dla Projektanta instalacji sanitarnych, Projektanta elektryki oraz Rzeczoznawcy ochrony przeciwpożarowej., w szczególności nie przedstawił referencji wystawionych przez instytucje wskazane w załączniku nr 6 „wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego”, nie załączył też innego dokumentu potwierdzającego wielkość projektowanych obiektów i czy były to budynki użyteczności

publicznej. Samo oświadczenie nie może stanowić o potwierdzeniu spełniania warunku. Przedstawione przez wykonawcę referencje, z wyłączeniem referencji wystawionych przez Zamawiającego dnia 22 maja 2017r, wykazują wyłącznie dysponowanie przez wykonawcę osobami projektantów: mechaniki sceny, systemu sterowania, oświetlenia technologicznego, akustyki i elektroakustyki.

Odwołujący podniósł także, iż jak wynika z odpisu Krajowego Rejestru Sądowego Rejestru Przedsiębiorców, w zakres działalności wykonywanej przez wykonawcę wchodzi wyłącznie działalność w zakresie specjalistycznego projektowania określana kodem 74.10Z. Podklasa ta nie obejmuje: projektowania architektonicznego, sklasyfikowanego w 71.11.Z, projektowania inżynierskiego tj. zastosowania praw fizycznych i zasad inżynierskich w projektowaniu maszyn, materiałów, konstrukcji, procesów i systemów, sklasyfikowanego w 71.12Z. Odwołujący stwierdził, że wykonawca wybrany nie prowadzi działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Ponadto, Odwołujący powołał się na realizacje wykonane przez wybranego wykonawcę, które zostały zamieszczone w encyklopedii Wikipedia i podniósł, że projekty te nie dotyczyły projektowania architektonicznego i inżynierskiego. W ocenie Odwołującego, wybrany wykonawca nie tylko nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale posiada doświadczenie wyłącznie w realizacji prac objętych tylko niewielką częścią przedmiotu zamówienia, jaką jest akustyka sceny i technologia sceniczna. W pozostałym zakresie objętym zamówieniem w szczególności w zakresie projektowania architektonicznego i inżynierskiego wykonawca nie prowadzi działalności gospodarczej, wobec czego doświadczenia nie posiada i posiadania takiego doświadczenia w żaden sposób nie wykazał (przedstawione referencje potwierdzają, poza wykonywaniem scenografii, wykonywania realizacji w zakresie akustyki).

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co

następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przeszkody formalnoprawne do merytorycznego rozpoznania odwołania, a Odwołujący legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp we wniesieniu odwołania, dodatkowo na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę, polegającą na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Nie zasługuje na uznanie zarzut, iż osoba wskazana przez wykonawcę Pracownia Akustyczna K. sp.j. na stanowisko Projektanta konstrukcji Pan R. D. nie może pełnić samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, gdyż jak twierdzi Odwołujący, powołując się na informacje ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa osoba ta na dzień złożenia oferty była zawieszona, a co więcej nie posiadała ubezpieczenia OC. Z załączonego przez Odwołującego, jako dowód w sprawie, wydruku ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa wynika, że na dzień 16 maja 2017r. Pan

R. D. posiadający wpis WKP/BO/0717/01 nie posiadał ubezpieczenia OC oraz nie był członkiem Izby Inżynierów Budownictwa. Ze strony nr 2 tego dowodu wynika także, że na liście Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa figurują dwie osoby o tym samym nazwisku: R.

D. Jedna z tych osób, posiadająca wpis WKP/BO/0717/01 jest zawieszona w prawach członka, a druga o tym samym nazwisku figurująca pod numerem wpisu WKP/BO/0101/15 posiada ważne do dnia 31.03.2018 zaświadczenie o wpisie. Ze złożonych przez Zamawiającego i Przystępującego jako dowód w sprawie, zaświadczeń Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa wynika, że Pan R. D., który został wyznaczony przez Pracownię Akustyczną K. sp.j. na stanowisko Projektanta konstrukcji posiada wpis o numerze WKP/BO/0101/15. Zatem nie ma żadnych wątpliwości, że zaświadczenie o wpisie na liście Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa dla Pana R. D. posiadające wpis o numerze WKP/BO/ 0101/15 jest ważne oraz że osoba ta ma aktualne ubezpieczenie OC. Okoliczność posiadania aktualnego wpisu dla Pana R. D. o numerze wpisu WKP/BO/0101/15 wynika już z samego wydruku ze strony internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, na który powołuje się Odwołujący. Dodatkowo stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego zostało potwierdzone w złożonym do akt sprawy pisemnym oświadczeniu Pana R. D., w którym wyjaśnił, że posiada on wpis o numerze uprawnień WKP/BO/ 0101/15 i posiada pełnię praw członkowskich. (dowód: oświadczenie z dnia 7 czerwca 2017r.).

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego co do braku wymaganego doświadczenia osoby skierowanej na stanowisko Projektanta konstrukcji. W tym zakresie Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem 5.1.2b SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca m.in. dysponuje min. 1 osobą, która będzie brała udział w realizacji zamówienia jako Projektant konstrukcji, posiadającą minimum 10-letnie doświadczenie zawodowe oraz uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, która w ciągu ostatnich 3 lat wykonała co najmniej 2 projekty wykonawcze konstrukcji dla zabytkowego obiektu kultury z widownią o minimum 700 miejscach typu: sala koncertowa, opera, teatr, filharmonia (klasa 1261 zgodnie z Dz.U. 1999, nr 112 poz. 1316 rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999r w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych). Celem potwierdzenia spełniania

wymagań w zakresie dysponowania odpowiednią kadrą Zamawiający wymagał złożenia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowania robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami – załącznik nr 6. Zamawiający pismem z dnia 22 maja 2017r., w oparciu o art. 26 ust. 2 w zw. z art. 24aa ustawy Pzp wezwał Pracownię Akustyczną K. sp.

j. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wyznaczając termin na ich złożenie do dnia 29 maja 2017r. Wspomnieć należy, że zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Z przepisu tego wynika, że dokumenty składane w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust.1 ustawy Pzp mają być aktualne na dzień złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, co oznacza, że mogą być one wystawione po dacie składania ofert, gdyż istotne jest aby stan spełnienia warunków i niepodlegania wykluczeniu był utrzymany również na moment ich złożenia W świetle powyższego przepisu niezasadnym jest stanowisko Odwołującego, który podnosi, że referencja z dnia 22 maja 2017r., którą złożył wykonawca Pracownia Akustyczna K. sp.j. nie spełnia wymagań, bowiem jest wystawiona po terminie składania ofert.

Jak wynika z treści załącznika nr 6 Wykaz osób, Pan R. D. wyznaczony na stanowisko Projektanta konstrukcji w ciągu

ostatnich 3 lat wykonał projekty wykonawcze konstrukcji dla zabytkowego obiektu kultury z widownią o min. 700 miejsc typu sala koncertowa, opera, teatr, filharmonia. W wykazie ujęto następujące realizacje wykonane na rzecz Teatru Wielkiego im. St. Moniuszki w Poznaniu:

1. Projekt konstrukcyjny i wykonawczy. Konstrukcja platform kratowych i ścian. Analiza techniczna scenografii przedstawienia Halka,

2. Projekt konstrukcyjny i wykonawczy. Konstrukcja wielopoziomowa. Analiza techniczna scenografii przedstawienia Borys Godunow.

Z treści tego wykazu oraz referencji z dnia 22 maja 2017r. wynika wprost, że dokumentacja projektowa dla powyższych realizacji obejmowała zabudowę sceny konstrukcją platform na elementach kratowych oraz wielopoziomową zabudowę sceny wraz z oceną nośności i stateczności i wykonaniem konstrukcji stalowo - aluminiowej.

Zdaniem Izby, przedstawione realizacje dotyczą wykonania projektów wykonawczych konstrukcji i zabudowy sceny. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że

zakres prac realizowanych dla tych przedsięwzięć dotyczył wyłącznie wykonania scenografii sceny, która jest elementem przenośnym i obejmuje wyłącznie dekorację danego przedstawienia. Nie ulega także wątpliwości, że prace były wykonywane „dla zabytkowego obiektu kultury” z widownią o min. 700 miejscach, jakim jest obiekt Teatru Wielkiego w Poznaniu. Trzeba podkreślić, że zgodnie z literalnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu, projekty wykonawcze konstrukcji miały być wykonane „dla zabytkowego obiektu kultury”, co oznacza, że prace te mogły odbywać się także bez konieczności uzyskania pozwolenia konserwatora zabytków. Ponadto, zauważyć należy, że Zamawiający nie postawił w SIWZ warunku, aby projekty konstrukcyjne były objęte uzgodnieniami konserwatorskimi. Potwierdzeniem zakresu wykonanych prac jest także pisemne oświadczenie Pana R. D. z dnia 7 czerwca 2017r, złożone do akt sprawy, w którym osoba ta oświadczyła, że w trakcie realizacji prac projektowała konstrukcje rozbudowujące scenę na potrzeby danego przedstawienia, na której dopiero osadzana była scenografia. Pan R. D. oświadczył, że jego zadaniem była „analiza konstrukcji sceny, ścian, stropów, konstrukcji dachów, podwieszeń i innych oraz takie zaprojektowanie konstrukcji, aby spełniała wymogi bezpieczeństwa budowlanego obiektu, sceny i użytkowania na potrzeby zabudowania jej scenografią i użytkowania w trakcie przedstawień operowych”.

Nie potwierdził się także zarzut niespełnienia wymagań przez pozostałe osoby wskazane w Wykazie osób złożonym przez Pracownię Akustyczną K. sp. j. tj: Projektanta instalacji sanitarnych, Projektanta elektryki oraz Rzecznika ochrony przeciwpożarowej. Odwołujący kwestionował brak potwierdzenia spełnienia wymagań przez te osoby, wskazując na brak załączenia w tym zakresie referencji lub innych dokumentów potwierdzających wykonane prace. Podkreślić należy, że ocena spełniania wymagań w zakresie doświadczenia osób, zgodnie z regulami określonymi w SIWZ, miała odbywać się wyłącznie w oparciu o Wykaz osób - załącznik 6, będący oświadczeniem własnym wykonawcy. Stąd zupełnie nieuzasadnionym jest twierdzenie Odwołującego co do konieczności potwierdzenia spełniania wymagań przez wymienione osoby za pomocą innych niż wykaz dokumentów i oświadczeń (np. referencji lub innych dokumentów potwierdzających wykonane przez nich prace).

Podkreślić także należy, że Odwołujący, na którym, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa ciężar udowodnienia nie uprawdopodobnił nawet, że osoby wskazane w Wykazie osób nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego.

Odnosnie braku prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, Izba wskazuje, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa, zakres działalności wg PKD ujawniony w Krajowych Rejestrze Sądowym ma jedynie walor

informacyjno- statystyczny i nie przesądza o zakresie faktycznie prowadzonej przez danego wykonawcę działalności gospodarczej. Mając na uwadze zasadę swobody działalności gospodarczej, brak wskazania w odpisie KRS danego rodzaju działalności nie świadczy o tym, że wykonawca nie może wykonywać innego zakresu dostaw, usług czy robót budowlanych niż ujawniony w KRS, z zastrzeżeniem oczywiście działalności reglamentowanej, wymagającej zezwoleń, pozwoleń, koncesji. Oznacza to, że ujęcie w rejestrze przedsiębiorców Pracowni Akustycznej K. sp. j. wyłącznie działalności w zakresie specjalistycznego projektowania określonej kodem PKD 74.10Z nie wyklucza prowadzenia przez tego wykonawcę także innej działalności, w tym obejmującej projektowanie architektoniczne, inżynierskie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2,

§ 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący:.....

.....
.....