

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Znak Gdańsk Sp. z o.o., Projekty i Nadzory Drogowe EUROPROJEKT A..... K....., KOMI Z..... K....., ul. Potęgowska 12/66, 80-174 Gdańsk, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, ul. Piekarnicza 16, 80-126 Gdańsk, przy udziale **Wykonawcy** - Europrojekt Gdańsk S.A., ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia odwołującego z postępowania oraz wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, ul. Piekarnicza 16, 80-126 Gdańsk, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Znak

Gdańsk Sp. z o.o., Projekty i Nadzory Drogowe EUROPROJEKT A..... K....., KOMI Z..... K....., ul. Potęgowska 12/66, 80-174 Gdańsk, tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, ul. Piekarnicza 16, 80-126 Gdańsk, na rzecz **Odwołującego** – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Znak Gdańsk Sp. z o.o., Projekty i Nadzory Drogowe EUROPROJEKT A..... K....., KOMI Z..... K....., ul. Potęgowska 12/66, 80-174 Gdańsk, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, ul. Piekarnicza 16, 80-126 Gdańsk, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego dla budowy ulicy Nowej Jabłoniowej w Gdańsku.*

Postępowanie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr. 2014/S 001-000648 z dnia 02.01.2014 r.

W dniu 13 marca 2014 roku zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: Znak Gdańsk Sp. z o.o., Projekty i Nadzory Drogowe EUROPROJEKT A..... K....., KOMI Z..... K....., ul. Potęgowska 12/66, 80-174 Gdańsk.

Wykonawca ten, zwany dalej "odwołującym" wniósł odwołanie od czynności zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy odwołujący wykazał spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu,
- 2) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Europrojekt Gdańsk S.A., ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk w sytuacji, gdy oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą i ona powinna być wybrana przez Zamawiającego,

oraz, z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów 1 i 2 wyżej:

- 3) naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. wykazu głównych usług,

Podnosząc powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,

ewentualnie, z ostrożności procesowej, nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem procedury przewidzianej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań podał, że zamawiający dopiero w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania podał co jego zdaniem należy rozumieć pod pojęciem prace projektowe, a także wskazał powody, dla których, jego zdaniem termin prace projektowe nie może obejmować wszelkich „pobocznych” czynności jednostki projektowej. Nadto stwierdził, że zamawiający - jeśli uważał, pomimo udzielonych przez odwołującego wyjaśnień, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu to powinien był wezwać go w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do złożenia stosownych dokumentów.

Podał, że w część VI SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający dla wykazania spełniania przez wykonawcę wiedzy i doświadczenia wymagał, że „Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał co najmniej 2 dokumentacje projektowe składające się co najmniej z projektu budowlanego i wykonawczego w zakresie budowy lub przebudowy dróg klasy nie niższej niż G o wartości prac projektowych równej lub wyższej od 1 ml brutto zł każda”.

Wskazał na fakt, że zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu nie

- wskazał, co rozumie pod pojęciem „dokumentacja projektowa”, w szczególności że chodzi np. o dokumentację projektową w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie dokumentacji projektowej”,

- nie tylko dopuścił, że dokumentacja projektowa może składać się z innych opracowań niż projekt budowlany i wykonawczy, ale wprost wskazał, że projekt budowlany i wykonawczy to minimalny zakres dokumentacji projektowej, pisząc „dokumentacje projektowe składające się co najmniej z projektu budowlanego i wykonawczego”, a więc dopuścił, cokolwiek rozumieć pod pojęciem dokumentacja projektowa,

- nie wskazał, co rozumie pod pojęciem „prace projektowe”, w szczególności że są to np. prace projektowe polegające na wykonaniu tylko projektu budowlanego i wykonawczego lub prace projektowe polegające na wykonaniu tylko dokumentacji projektowej, a nie także inne prace projektowe związane z wykonaniem (towarzyszące wykonaniu) projektu budowlanego i wykonawczego lub także inne prace projektowe związane z wykonaniem_(towarzyszące

wykonaniu) dokumentacji projektowej,

- nie wskazał, czego dotyczy wartość prac projektowych, jak prace miały składać się na wymagana wartość 1 ml złotych.

Podniósł, że pojęcie „dokumentacja projektowa” jest pojęciem wprowadzonym do ustawy (Prawo zamówień publicznych) i na użytek tej ustawy, nie zostało ono zdefiniowane w ustawie. W art. 31 ustawy jedynie wskazano, że *Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych*”. Pojęcie „dokumentacja projektowa” nie jest znane ustawie - Prawo budowlane. Brak jest także definicji tego pojęcia w przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentacji projektowej . W rozporządzeniu wskazano jedynie, z czego składa się dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, w zależności od tego, czy dla robót jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, czy nie, jednak wyliczenie to nie jest zamknięte (§ 4 ust. 1 i 2: *„dokumentacja projektowa (...) składa się (...) w szczególności z”*), co oznacza, że dokumentacja projektowa może zawierać także inne opracowania niż wskazane w § 4 ust. 1 (gdy jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę) oraz wskazane w ust. 2 (gdy nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę). W ust. 1 wskazano, że dokumentacja projektowa składa się w szczególności z projektu budowlanego, projektów wykonawczych, przedmiarów robót oraz informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia (w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów).

O zakresie dokumentacji projektowej przesądza § 3 rozporządzenia w sprawie dokumentacji projektowej, zgodnie z którym *„Zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający biorąc pod uwagę tryb udzielenia zamówienia publicznego oraz wymagania dotyczące postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych wynikające z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Tak więc, w każdym przypadku o zakresie dokumentacji projektowej decyduje zamawiający. Tym samym zdaniem odwołującego nie było żadnych przeszkód, aby dokumentacja projektowa nie zawierała projektów podziału nieruchomości, jeżeli taka była potrzeba zamawiającego. W tym postępowaniu zgodnie z treścią część III ust. 6 pkt 6.11 SIWZ projekty podziałów nieruchomości zostały uznane przez zamawiającego jako opracowania podstawowe. Tym samym w tym postępowaniu projekty podziału nieruchomości wchodzą w zakres prac projektowych i co istotne, wchodzą w zakres dokumentacji projektowej, gdyż są objęte pojęciem prace projektowe.*

Wskazał, że zamawiający wezwał pismem z dnia 7 marca 2014 roku w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz do uzupełnienia złożonego wykazu usług. W wykonaniu tego wezwania odwołujący co do części kwestii podniesionych w wezwaniu uzupełnił dokumenty oferty o nowy wykaz, a co do części dotyczący zasadności zaliczenia do wartości prac projektowych kosztu wykonania projektów podziału

nieruchomości stwierdził, że brak jest podstaw do niezaliczenia tych prac do wykazanej wartości robót. Zamawiający nie uwzględnił tych wyjaśnień i odwołującego z postępowania wykluczył.

Odwołujący podniósł także zarzut że zamawiający przed ewentualnym wykluczeniem odwołującego najpierw powinien był zastosować przepis art. 26 ust. 4 ustawy, a po uzyskaniu wyjaśnień, jeżeli na ich podstawie uzna, że złożone wraz z ofertą dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zastosować procedurę wynikającą z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. Nie było natomiast możliwe wykluczenie wykonawcy z postępowania, jeżeli wykonawca na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 udzielił wymaganych wyjaśnień, lecz zamawiający uznał, że wyjaśnienia te wprost potwierdzają, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą. W takim przypadku zamawiający obowiązany był zastosować procedurę opisaną w art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania z powodu niedoręczenia zamawiającemu kompletnej kopii wniesionego odwołania, a w razie nie uwzględnienia tego wniosku o jego oddalenie jako niezasadnego.

W uzasadnieniu stanowiska o oddaleniu odwołania w zakresie podstawy wykluczenia go z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu podał iż odwołujący został zasadnie wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał spełnienia warunku opisanego w Części VI pkt 2 ppkt 1 SIWZ.

Podał, że pojęcie wartości prac projektowych należy odnosić do wspomnianej we wcześniejszej części warunku wykonania dokumentacji projektowej składającej się co najmniej z projektu budowlanego i wykonawczego. Zamawiający nie ma obowiązku definiowania pojęć, które zostały już zdefiniowane w powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Podniósł, że wykonanie projektów podziałów nieruchomości nie wymaga posiadania od osób je wykonujących uprawnień projektowych, zatem nie są to prace projektowe. Odwołujący nie może zatem w sposób sztuczny zwiększać wartości prac projektowych poprzez doliczanie wartości usług geodezyjnych, które były objęte przedmiotem zamówienia.

Mogłoby to prowadzić, w skrajnym przypadku, do sytuacji, w której warunek udziału zostałby spełniony przez wykonawcę, który opracował projekt krótkiego odcinka drogi klasy G o wartości np. 100 000 zł brutto, ale wykonałby też prace geodezyjne związane z podziałami nieruchomości) o wartości 900 000 zł brutto. Podkreślił, że zamawiający celowo nie użył sformułowania „wartość dokumentacji projektowej” lub „wartość zamówienia/usługi” po to, aby wyeliminować z udziału takich wykonawców.

Wskazał także iż zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 07.12.2004 r. w sprawie sposobu i trybu dokonywania podziałów nieruchomości, wydanym na podstawie art.

100 ustawy o gospodarce nieruchomościami. wynika, że zakres dokumentacji projektowej jest ustalany z uwzględnieniem wymagań dotyczących postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych wynikających z Prawa budowlanego. Natomiast wykonanie projektów podziałów nieruchomości stanowi część wymagań dotyczących postępowania poprzedzającego rozpoczęcie robót budowlanych nie wynikających z ustawy Prawo budowlane, oznacza to, że projekty podziałów nieruchomości nie mogą stanowić części dokumentacji projektowej i tym samym nie są pracami projektowymi.

Stwierdził, że niezasadnym jest przyjmowanie stanowiska- jak to czyni odwołujący, że skoro w zakresie jednego przedmiotu zamówienia znajduje się wykonanie szeregu opracowań projektowych składających się na dokumentację, a poza nimi również wykonanie innych usług (niebędących opracowaniami projektowymi), takich jak usługi geodezyjne polegające na podziałach nieruchomości lub usługi opracowania studium wykonalności, wniosków aplikacyjnych itp. Usługi te przez sam fakt objęcia ich przedmiotem zamówienia nie stają się częścią dokumentacji projektowej.

Przystępujący do postępowania wykonawca Europrojekt Gdańsk S.A., ul. Nadwiślańska 55, 80-680 Gdańsk, poparł stanowisko prezentowane przez zamawiającego i podał, że przez dokumentację projektową w zakresie robót budowlanych należy rozumieć pewien wyznacznik zakresu robót budowlanych, które mają być wykonane. Projekty podziału nieruchomości natomiast służą tylko ustaleniu nowego podziału nieruchomości. Wykonują go osoby posiadające uprawnienia geodezyjne, a nie osoby posiadające uprawnienia architektów czy projektantów.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostało uwzględnione, chociaż tylko jeden z podnoszonych zarzutów znalazł potwierdzenie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania może umożliwić dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Również przystępujący w sposób prawidłowy wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany tej sytuacji.

Na wstępie odniesienia Izby wymaga złożony przez zamawiającego wniosek o odrzucenie odwołania na etapie posiedzenia z powodu nieprzesłania zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami. Przesłane odwołanie nie zawierało załączników wymienionych w części końcowej odwołania tj. dowodu uiszczenia wpisu, odpisu z KRS oraz pełnomocnictwa. Zamawiający na pytanie Izby jakie znaczenia dla zamawiającego miał brak przesłania załączników stwierdził, że załączniki te nie miały charakteru merytorycznego, lecz zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy Pzp winny mu być przesłane.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania gdyż przyjęcie, że w każdym przypadku braku załączenia do kopii odwołania, załączników bez względu na ich merytoryczne znaczenie, niweczyłoby sens postępowania odwoławczego, a ponadto nie znajduje to uzasadnienia w treści art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. W tym postępowaniu jak stwierdził sam zamawiający brak załączników nie miał merytorycznego znaczenia, dla podjęcia decyzji co do podniesionych zarzutów odwołania, gdyż nie zawierały one istotnych informacji w zakresie prowadzonego sporu.

Izba stwierdza, że tylko ustalenie iż kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w niepełnej pod kątem zawartości merytorycznej treści, w stosunku do treści odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, winno skutkować uznaniem, że odwołujący nie dopełnił obowiązku przekazania kopii odwołania zamawiającemu, co z kolei zobowiązuje Izbę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

W przedmiotowym postępowaniu odwołujący podniósł dwa zarzuty jeden dotyczący niezasadnego jego wykluczenia z postępowania, gdyż spełnił postawiony warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, a drugi, dotyczył w przypadku nieuwzględnienia powyższego zarzutu, braku wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu wykazu usług.

Osią sporu w pierwszym podniesionym zarzucie była kwestia czy do dokumentacji projektowych możliwe było jak to uczynił odwołujący zaliczyć także projekt podziału nieruchomości.

Na wstępie wskazać należy, że obowiązkiem zamawiającego jest takie sporządzenie dokumentów postępowania, aby każdy z potencjalnych wykonawców już na etapie zapoznawania się z treścią ogłoszenia o zamówieniu, czy treścią SIWZ wiedział, jakie warunki udziału musi spełnić, aby mógł złożyć ważną ofertę oraz, aby uzyskał z treści SIWZ

niezbędne informacje, jaki produkt oraz na jakich warunkach ma zaoferować, by spełnić wymagania zamawiającego w tym zakresie. Tym samym dokonany opis zarówno warunków udziału w postępowaniu jak i opis sposobu dokonywania oceny ich spełnienia, a także opis przedmiotu zamówienia powinien być podany w sposób jasny i precyzyjny.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający nie doprecyzował co należy według niego zaliczyć do dokumentacji projektowej. Próbował wywodzić zakres tej dokumentacji z zakresu przedmiotu zamówienia objętego tym postępowaniem. Zdaniem Izby zamawiający powinien dokonać opisu warunków udziału przez pryzmat celu jakiemu ma służyć dane postępowanie, a więc zapewnienia dokonania wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Natomiast wykonawcy winni odczytywać treść postawionego warunku i opisu sposobu jego spełnienia w oparciu o wykładnię literalną brzmienia jego treści, a nie wywodzić go z pominięciem tej treści z opisu przedmiotu zamówienia. Niezasadnym jest również wywodzenie przez odwołującego z treści SIWZ możliwości wykazania się doświadczeniem ponad literalną wykładnię treści warunku i sposobu jego wykazania, po to aby wykazane przez niego usługi spełniły postawiony warunek. Prowadzenie postępowania dowodowego ponad wynikająca z SIWZ treść warunku jest niedopuszczalne.

Natomiast jeśli treść postawionego w SIWZ warunku udziału jest niejasna lub narusza obowiązujące w tym zakresie uregulowania ustawy Pzp to wykonawca może skorzystać z instytucji zadawania pytań, a także może skorzystać ze środków ochrony prawnej.

Przekładając powyższe rozważania na grunt przedmiotowego odwołania Izba stwierdza, że biorąc pod uwagę treść SIWZ dotyczącą postawionego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz opisu sposobu jego spełnienia, jak i treść prezentowanego na rozprawie stanowiska uznaje, że zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonywaniu dokumentacji projektowej budowlanej o określonej wartości, a nie każdej dokumentacji projektowej. Pojęcie wartości prac projektowych należy odnosić do warunku wykonania dokumentacji projektowej, składającej się co najmniej z projektu budowlanego i wykonawczego.

Zasadna jest argumentacja zamawiającego iż przyjęcie stanowiska które prezentuje w tej kwestii odwołujący mogłoby doprowadzić do sytuacji, że postawiony warunek spełniłby również wykonawca który wykonałby usługę, gdzie wartość robót projektowych budowlanych byłaby symboliczna, natomiast wartość innych prac projektowych np. dot. podziału nieruchomości byłaby tak znacząca, że pozwoliłaby na spełnienie postawionego warunku co do wartości wykonanych usług.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że odwołujący, odwołując się do usług, które można nazwać „projektem” próbuje wywieźć nową treść warunku udziału w postępowaniu i zaliczyć do dokumentacji projektowej usługi związane z podziałem nieruchomości, które

wykonywane są przez inne podmioty i osoby o innych uprawnieniach niż wykonujące prace projektowe w budownictwie. Postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem dokumentacji projektowych w zakresie robót budowlanych, a nie w zakresie projektu podziału nieruchomości. Projekty podziałów nieruchomości nie mogą stanowić części dokumentacji projektowej, gdyż nie są pracami projektowymi.

Decydujące znaczenie dla oceny zasadności podniesionego zarzutu miała analiza sformułowań zawartych w SIWZ. Dokonywana przez odwołującego dowolna i wybiórcza ocena wyrwanych z treści SIWZ zwrotów, odnoszących się do „dokumentacji projektowej” i „projektów” nie może być uznana za podstawę do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego oceny spełniania warunku udziału. Ścisłe egzekwowanie literalnej treści SIWZ jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sam odwołujący na wstępie odwołania stwierdził, że inne działania jednostki projektowej niż wykonywanie projektów budowlanych są „*czynnościami pobocznymi*” jednostki projektowej. Tym samym wydaje się sam zdawać sobie sprawę z faktu, że te czynności poboczne jakimi są niewątpliwie projekty podziału nieruchomości nie są tymi, których wykazaniem się wymagał zamawiający. Niewątpliwym w sprawie, a także pomiędzy stronami był fakt, że zgodnie z § 3 rozporządzenia w sprawie dokumentacji projektowej, iż zakres dokumentacji projektowej dla danego zamówienia ustala zamawiający. Tym samym trudno również odmówić prawa zamawiającemu, aby dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagał od wykonawców wykazania się wykonaniem określonej, a nie każdej, dokumentacji projektowej.

Dlatego też podniesiony w tym zakresie zarzut, jako niezasadny nie mógł zostać uwzględniony.

W zakresie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że zarzut ten okazał się zasadny, a argumentacja odwołującego przedstawiona w tym zakresie zasługuje w pełni na aprobatę.

W kwestii tej należy podnieść, że przepisy art. 26 ust 3 i ust. 4 ustawy Pzp stanowią oddzielne jednostki redakcyjne co sugeruje, że oba tryby wezwania winny być stosowane przez zamawiającego odrębnie. Jeżeli w ocenie zamawiającego jeśli jakieś dokumenty czy oświadczenia w ofercie wykonawcy budzą wątpliwości, to najpierw winien wystąpić z wnioskiem o ich wyjaśnienie /może to czynić wielokrotnie/. Jeśli złożone wyjaśnienia nie usuną wątpliwości to zamawiający dopiero wtedy wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń.

W przedmiotowej sprawie zamawiający wezwał jednym pismem odwołującego do złożenia wyjaśnień, stwierdzając równocześnie w pkt 4 wezwania, że *gdy zdaniem odwołującego złożone wyjaśnienia nie potwierdziłyby spełniania warunku udziału to*

wykonawca zobowiązany jest do złożenia dodatkowych dokumentów dla uzupełnienia złożonego z oferta wykazu usług. Czyli zamawiający oczekiwał, że odwołujący przygotuje wyjaśnienia, następnie samodzielnie podda je swojej ocenie i jeśli ta ocena nie potwierdzi wg. odwołującego, że spełnia warunek udziału to winien złożyć uzupełnienie dokumentów.

Tak sytuacja jest niedopuszczalna, to zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on samodzielnie dokonuje oceny złożonych wyjaśnień czy oświadczeń. W tym przypadku w zakresie poz.1 wykazu odwołujący podtrzymał swoje stanowisko o wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu- do czego miał prawo i nie przesłał dodatkowych dokumentów uzupełniających. W tej sytuacji zamawiający miał obowiązek samodzielnie ocenić złożone wyjaśnienia i w razie ich nieuwzględnienia wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust.3 Pzp do złożenia dodatkowych dokumentów lub oświadczeń, które miałyby potwierdzić spełnienie warunku udziału. Zamawiający tego nie uczynił, lecz po zapoznaniu się z treścią wyjaśnień wykonawcę wykluczył z postępowania. Każdą sytuację dotyczącą wezwania wykonawcy i uzyskanych efektów należy oceniać indywidualnie, przez pryzmat zachowań wzywanego wykonawcy. W tym przypadku biorąc pod uwagę stanowisko odwołującego należy stwierdzić, że nie nastąpiło przed wykluczeniem odwołującego wezwanie go w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Samo wyjaśnianie w trybie art. 26 ust 4 Pzp nie może konwalidować dostrzeżonych przez zamawiającego uchybień w ofercie.

Podkreślić należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie zamawiającego bezwzględny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania.

Ponadto należy również jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania wykonawca może potwierdzić, spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź nie.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie może również potwierdzić spełnianie warunku udziału innym, nieprzedstawionym wcześniej dokumentem, nie można bowiem zakładać, że wykonawca nie jest w stanie wykazać się wykonaniem dokumentacji projektowej na kwotę odpowiadającą wartości wymaganej w warunku udziału, którego z jakichś powodów nie załączył wraz z ofertą. Taka możliwość uzupełnienia została przewidziana w ustawie i nie powoduje tym samym naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania może się ziścić dopiero po uczynieniu przez zamawiającego zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, tj. obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Tym samym zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z jednoczesnym zaniechaniem czynności wezwania go w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentów naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba uznała, iż wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp było, na tym etapie postępowania, czynnością przedwczesną.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów, miało miejsce w zakresie naruszenia art. 26 ust 3 ustawy Pzp..

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). Izba zasądziła zwrot kosztów w oparciu o złożony przez pełnomocnika odwołującego rachunek.

Przewodniczący: