

Sygn. akt: KIO 2352/18

WYROK

z dnia 03 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Swietelsky Sp. z o.o., ul. Cisowa 9, 20-703 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej, ul. Jana Pawła II 14, 21-100 Lubartów**

przy udziale wykonawcy **A. J. Zakład Remontowo-Budowlany, ul. Przemysłowa 20, 21-100 Lubartów** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania obciążą odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczona przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
3. Zasada od odwołującego wykonawcy Swietelsky Sp. z o.o., ul. Cisowa 9, 20-703 Lublin na rzecz zamawiającego Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej, ul. Jana Pawła II 14, 21-100 Lubartów kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) 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.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Komenda Powiatowa Państwowej Straży Pożarnej, ul. Jana Pawła II 14, 21-100 Lubartów, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Budowa Komendy Powiatowej PSP w Lubartowie z bazą ratowniczo-gaśniczych kontenerów wymiennych*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 sierpnia 2018 r., nr 601892-N-2018.

W postępowaniu złożono 7 ofert, w tym oferta wykonawcy Swietelsky Sp. z o.o., ul. Cisowa 9, 20-703 Lublin, zwany dalej „odwołującym”.

W dniu 9 listopada 2018r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Zakład Remontowo- Budowlany A. J. z/s w Lubartowie przy ul. Przemysłowej 20, dalej zwany także „Przystępującym”.

Wykonawca Swietelsky Sp. z o.o., ul. Cisowa 9, 20-703 Lublin, wniósł od takiej czynności Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie i wybór oferty o treści niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

Podnosząc powyższe wniósł o :

- a) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Zakładu Remontowo-Budowlanego A. J. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp ,
- c) nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności powtórnego badania i oceny oferty oraz wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej ,
- d) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą wg norm przepisanych,
- e) dołączenie do odwołania akt postępowania o zamówienie publiczne.

W uzasadnieniu podniesionego zarzutu podał, że pierwszy wybór najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego miał miejsce w dniu 13 września 2018r. Za najkorzystniejszą ofertę została wtedy uznana oferta złożona przez wykonawcę - Zakład Remontowo-Budowlany A. J. , ul. Przemysłowa 20, 21-100 Lubartów.

Odwołujący odwołał się od tej czynności do Krajowej Izby Odwoławczej, która uznała odwołanie za słuszne i wyrokiem z dnia 3 października 2018r.(KIO 1876/18) uwzględniła

odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy A. J. Zakład Remontowo - Budowlany, oraz wezwanie tego wykonawcy na podstawie art.26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp), do uzupełnienia wykazu robót oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający zastosował się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i po uzupełnieniu wykazu robót przez Zakład Remontowo-Budowlany oraz powtórzeniu czynności badania i oceny oferty 19 października 2018r., Zamawiający ponownie zawiadomił, że w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą ofertę uznana została ponownie oferta nr 7 złożona przez Zakład Remontowo - Budowlany A. J.

Odwołujący odnosząc się do takiej czynności Zamawiającego wskazał, że mimo uzupełnienia przez tegoż wykonawcę wykazu robót, to w dalszym ciągu nie można było uznać, że oferent spełnił warunki udziału w przetargu określone przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący złożył odwołanie od ww. czynności do KIO. Jednocześnie Odwołujący złożył do Zamawiającego zawiadomienie o niezgodnej z przepisami prawa zamówień publicznych, czynności polegającej na wyborze oferty o treści niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym na nie odrzuceniu oferty Zakładu Remontowo- Budowlanego A. J.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez A. J. Zakład Remontowo - Budowlany nie świadczyły o spełnieniu przez tego wykonawcę warunków przetargu, zatem wyartykułowane przez Odwołującego zarzuty w odwołaniu, które zostało przez niego cofnięte, pozostają aktualne co skutkowało wniesieniem przedmiotowego odwołania.

Odnosząc się szczegółowo do podniesionego zarzutu w zakresie nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu podał, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony, gdyż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2018r, zamieścił Ogłoszenie oraz SIWZ w której to w rozdziale IX. określił warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek dotyczący zdolności technicznej o treści:

„Wykonawca spełni ten warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaze, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu kubaturowego o wartości każdej roboty nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł brutto lub powierzchni użytkowej każdego obiektu minimum dwukondygnacyjnego nie mniejszej niż 1500m²”.

Podkreślił, że w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2018r. Zamawiający pismem z dnia 12 października br. zwrócił się do Zakładu Remontowo-Budowlanego A. J. o uzupełnienie wykazu wykonanych robót budowlanych. Zdaniem Odwołującego podkreślenia wymaga fakt, że Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację

Odwołującemu, że wybrany Wykonawca nie spełniał warunków SIWZ, mianowicie roboty przedstawione przez niego w załączniku nr 7 nie spełniały warunków określonych przez Zamawiającego. Powyższe ustalenia Odwołującego zostały oparte na wyjaśnieniach Przystępującego wraz z uzupełnieniem dokumentów, które złożył Zamawiającemu dniu 18.10.2018r., a następne z dnia 9 listopada 2018r..

W ocenie Odwołującego Przystępujący, mimo złożonych wyjaśnień, w dalszym ciągu nie spełnił warunków przetargu, a złożone przez niego w dniu 9 listopada 2018r. oświadczenia nie świadczą o spełnianiu tych warunków. Z przedstawionych przez Przystępującego dokumentów wynikało, że nie spełnia on warunków w zakresie zdolności technicznej, a Zamawiający nie zbadał w sposób prawidłowy i pełny przedstawionych na ww. okoliczność dokumentów, tj.:

- na okoliczność budowy obiektu handlowego TOPAZ w Lubartowie przy ul. Lubelskiej 95A Wykonawca przedstawił wykonanie budynku kubaturowego w kwocie brutto 7.000.739,06 zł. Jako dowód dołączył:

a) referencje z dnia 20 września 2018 r. wystawionych przez Inwestora Z. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. Z. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „TOPAZ”;

b) umowę o roboty budowlane z dnia 5 listopada 2014 roku zawartą pomiędzy A. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo Budowlany A. J. a Z. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Z. P. „TOPAZ” wraz z załącznikiem nr 3 do niniejszej umowy - kosztorysem ofertowym z dnia 20 października 2014 roku.

c) protokół odbioru końcowego wykonania robót z dnia 15.12.2015r.

Wg przedstawionych przez Wykonawcę referencji z dnia 20 września 2018r. nie wynika jaką wartość wykonawca zrealizował na obiekcie kubaturowym. W referencjach tych określona jest jedynie wartość robót wykonanych na budowie obiektu handlowego Topaz i potwierdzenie wystawiającego referencje, że obiekt był wykonany zgodnie z dokumentacją, w terminie i z należytą starannością. Określone są również ilości robót wykonane przez Wykonawcę.

Natomiast z załączonej umowy z dnia 05 listopada 2014r. wynika, że Przystępujący zawarł umowę na wykonanie robót z P.H.U Topaz Z. P. Sokołów Podlaski o wartości 5 691 657,77 złotych netto zł netto tj. 7.000.739,57 zł brutto. Przedmiot umowy określono jako budowa obiektu handlowego. Natomiast w treści umowy nie wskazano kwoty wykonania samego budynku kubaturowego, lecz koszt wykonania wszystkich robót zarówno budynku jak i budowli (parkingi, place dostaw, konstrukcje reklamowe, niezbędna infrastrukturę towarzyszącą , przyłącza do sieci miejskich i wjazdy na nieruchomości).

Taką samą kwotę brutto tj. 7.000.739,57 zł Wykonawca wykazał w wykazie wykonanych robót budowlanych tj. załączniku nr 7 jako kwota za wykonanie obiektu handlowego jednokondygnacyjnego Topaz. Obiekt handlowy Topaz to zarówno budynek kubaturowy jak i budowle (parkingi, wjazdy, sieci uzbrojenia terenu, przyłącza mediów, konstrukcje reklamowe). Wykonawca nie wskazał w załączniku nr 7 kwoty za wykonanie robót samego obiektu kubaturowego, lecz wartość całej umowy tj. wartość „obektu handlowego”, podczas gdy od wskazanej kwoty powinien odliczyć wartość wykonania parkingów, placów dostaw, konstrukcji reklamowych, bowiem prac tych nie można określić mianem wykonania budynku kubaturowego. Podniósł, że również w dalszej części umowy tj. §2 pkt. 3 umowy wykonawca zobowiązał się do wykonania umowy w zakresie określonym w § 1 pkt. 1 umowy. Wskazał także na pozycje kosztorysowe dotyczące budowy budynku handlowego, które to są tylko wyceną części planowanych robót do wykonania przewidzianych w umowie. Nie dokumentują natomiast ilości i wartości robót wykonanych lecz planowanych do realizacji. Określają tylko poziom cenowy na jakim składana była oferta i zawierana umowa na wykonanie robót.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego podał, że w wykazie robót wykonawca przedstawił trzy roboty przy czym jedna z nich nie jest kwestionowana przez Odwołującego, drugiej Zamawiający nie uznał za spełniającą wymagania i tym samym przedmiotem sporu jest tylko robota wykazana w poz. 1 wykazu, a dotyczącą wykonania obiektu handlowego "TOPAZ" położonego przy ul. Lubelskiej 95A w Lubartowie. Podkreślił, że nie jest prawdą iż KIO w wyroku z dnia 3 października 2018 r w przedmiotowej sprawie stwierdziła, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału, lecz uznała tylko, że przedstawiony przez Przystępującego wykaz robót zawiera braki, które uniemożliwiają Zamawiającemu (na tę chwilę) stwierdzenie, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przystępujący uzupełnił złożony wykaz robót w dniu 18 października 2018 r. W jego treści wskazał, że budynek obiektu handlowego "TOPAZ" jest jednokondygnacyjny, przy czym wartość prac związanych z jego budową to 7.000.739,06 zł brutto. Dodatkowo z uwagi na to, że pozostałe przedłożone przez Przystępującego dokumenty, tj. referencje z dnia 20 września 2018 r., umowa o roboty budowlane z dnia 5 listopada 2014 r. oraz protokół odbioru końcowego z dnia 15 grudnia 2015 r. posługiwały się innymi (większymi) wartościami wykonanych robót to zdaniem Zamawiającego z treści złożonego protokołu odbioru wynikało, że poza pracami polegającymi na budowie budynku Przystępujący zrealizował na rzecz PH.U. "TOPAZ" Z. P. także inne prace budowlane.

Zamawiający pismem z dnia 7 listopada 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp., wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dot. treści złożonych w odpowiedzi na

wezwanie z dnia 12 października 2018 r. dokumentów. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły:

1. zakresu robót objętych umową z dnia 5 listopada 2014 r. (jakie roboty obejmowało wskazane w § 4 tej umowy wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie 5.691.657,77 zł netto (7.000.739,06 zł brutto));
2. pojęcia "objektu handlowego", którego Przystępujący użył w uzupełnionym wykazie robót (czy jest to "obiekt kubaturowy", o którym mowa w pkt. IX.I.3.A SIWZ);
3. podstawy wykonania robót budowlanych, które nie były objęte umową z dnia 5 listopada 2014r.
4. rozbieżności między wartością robót wskazaną w umowie z dnia 5 listopada 2014 r. (5.691.657,77 zł netto) a wynikającą z protokołu odbioru z dnia 15 grudnia 2015 r. (6.792.381,07 zł netto).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Przystępujący pismem z dnia 8 listopada 2018 r. wyjaśnił, że:

1. Przedmiot umowy z dnia 5 listopada 2014 r., a zarazem wynikająca z § 4 kwota wynagrodzenia (ryczałtowego), nie obejmował wymienionych w preambule umowy parkingu, placu dostaw, konstrukcji reklamowych i niezbędnej infrastruktury towarzyszącej wraz z przyłączami do sieci miejskiej i wjazdami na nieruchomość. Prace te zostały wykonane na podstawie odrębnych uzgodnień, poza umową zawartą w dniu 5 listopada 2014 r.
2. Przez "obiekt handlowy", o którym mowa w treści uzupełnionego wykazu wykonanych robót budowlanych oraz w treści umowy o roboty budowlane z dnia 5 listopada 2014 r., należy rozumieć budynek, tj. "obiekt kubaturowy", o którym mowa w pkt. IX.I.3.A SIWZ.
3. Roboty wskazane w § 1 umowy ("Preambuła"), a nieobjęte jej § 3 ("Przedmiot i zakres umowy", zostały wykonane jako roboty dodatkowe za odrębnym wynagrodzeniem.
4. Wskazana w protokole odbioru z dnia 15 grudnia 2015 r. kwota 6.792.381,07 zł netto stanowi sumę wynagrodzenia ryczałtowego wskazanego w § 4 umowy z dnia 5 listopada 2014 r. (dot. obiektu handlowego - budynku) oraz wynagrodzenia, które zostało uzyskane przez Przystępującego w zamian za wykonanie robót dodatkowych w stosunku do tej umowy.

Dysponując treścią uzupełnionego przez Przystępującego wykazu robót budowlanych, referencjami oraz informacjami przedstawionymi w wyjaśnieniach z dnia 8 listopada 2018 r. Zamawiający uznał, że w/w wykonawca wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (doświadczenia). Zamawiający kierował się w tym zakresie następującymi przesłankami - robota budowlana polegała na budowie obiektu kubaturowego jednokondygnacyjnego; wartość prac związanych z budową obiektu kubaturowego wynosiła 7.000.739,06 zł brutto; robota budowlana została wykonana prawidłowo i zgodnie z przepisami prawa budowlanego.

W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru złożonej przez Przystępującego oferty jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do dalszej argumentacji Odwołującego podał, że w ocenie Zamawiającego w świetle złożonych przez Przystępującego oświadczeń i dokumentów zarzuty Odwołującego pozostają całkowicie gołosłowne. Wszelkie informacje, których Zamawiający wymagał w celu zweryfikowania doświadczenia Przystępującego pod kątem zgodności z treścią warunku udziału w postępowaniu, zostały przedstawione przez Przystępującego w uzupełnionym wykazie robót budowlanych. Dodatkowo fakt, że kwestionowana przez Odwołującego robota została wykonana należycie znajduje potwierdzenie w treści przedstawionych referencji. Podkreślił, że Odwołujący zdaje się przy tym stać na stanowisku, że Przystępujący powinien był złożyć referencje wskazujące, w sposób szczegółowy, wartość poszczególnych prac objętych umową z dnia 5 listopada 2014 r. Należy jednak podkreślić, że zgodnie z jednolitym w tym względzie stanowiskiem KIO rolą referencji jest jedynie potwierdzenie, że robota budowlana, której wartość i zakres powinny zostać wskazane w wykazie (oświadczenie wykonawcy), została wykonana należycie.

Przystępujący w pisemnej odpowiedzi na odwołanie podniósł, że zarzuty odwołania są chybione. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej. Odnosząc się do treści złożonego przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 października 2018 roku wykazu robót budowlanych wskazał, że treść tego dokumentu w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości potwierdza, że posiadane przez Przystępującego doświadczenie (warunek posiadania zdolności technicznej) w zakresie dotyczącym budowy budynku Topaz w Lubartowie odpowiada wymaganiom SIWZ. Z treści oświadczenia Przystępującego wynika bowiem, że jedną ze zrealizowanych przez przystępującego robót była „Budowa obiektu handlowego jednokondygnacyjnego TOPAZ w Lubartowie przy ul. Lubelskiej 95A o kubaturze 25200m³. Powierzchnia użytkowa budynku 4162,58m², o wartości brutto wykonanej roboty w kwocie 7.000.739,06 złotych.”. Tym samym uznać należy, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt IX. A SIWZ, albowiem wykazał że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu kubaturowego o wartości nie mniejszej niż 7.000 000,00 zł brutto lub powierzchni użytkowej każdego obiektu minimum dwukondygnacyjnego nie mniejszej niż 1 500 m². Jedną z robót spełniających wymagania SIWZ były roboty budowlane w budynku Topaz w Lubartowie, a drugą robotą były roboty w budynku położonym przy ul. Cichej 6 w Lubartowie (spełnienie warunku przez powołanie się przez przystępującego na te ostatnie roboty nie było kwestionowane przez odwołującego).

Podkreślił, że Odwołujący nie kwestionuje treści złożonego przez Przystępującego przy piśmie z dnia 18 października 2018 roku wykazu robót budowlanych, a kwestionuje wyłącznie treść złożonych przy tym piśmie dokumentów w postaci (I) referencji z dnia 20 września 2018 r. wystawionych przez Inwestora Z. P.; (fi) Umowy z dnia 5 listopada 2014 roku zawartej z firmą Z. P.; (III) Kosztorysu ofertowego dotyczącego budowy budynku handlowego TOPAZ w Lubartowie przy ul. Lubelskiej 95A; oraz (IV) Protokołu odbioru końcowego wykonania robót z dnia 15.12.2015 roku.

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 do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie jest zasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.. Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga kwestia, że stan faktyczny sprawy wynikający z treści odwołania i dokonanych uzupełnień w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego był zgodny ze stanem prezentowanym przez strony na etapie rozprawy i tym samym nie wymagał uzupełnienia i stał się podstawą orzeczenia przez Izbę. Osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy przedstawione w wykazie robót dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, wykonanie budowy obiektu handlowego TOPAZ w Lubartowie było o wartości nie mniejszej niż 7 milionów złotych. Zauważyć należy, że spektakularność sporu w tym zakresie wynikała w szczególności z faktu, że wartość robót na ww. obiekcie wskazana w wykazie robót przekraczała wymaganą kwotę 7 ml złotych tylko o kwotę 739,06 złotych.

Dla oceny spełniania przedmiotowego warunku istotnym jest zdaniem Izby, zarówno treść warunku postawionego w SIWZ, jak i opis przedmiotu zamówienia robót wykazywanych dla jego spełniania.

Zamawiający, wymagał wykazaniem się wykonaniem obiektu kubaturowego. Tym samym niezasadnym jest jak to próbował wywodzić Odwołujący, iż użycie zwrotu „ budynek kubaturowego” umożliwia dla spełnienia warunku udziału wzięcie pod uwagę tylko kosztu wykonania kubatury budynku z pominięciem innych elementów składowych, czy też przynależności bez istnienia których dany obiekt o określonym przeznaczeniu nie mógłby funkcjonować. Podkreślić należy, że w treści warunku Zamawiający nie użył zwrotu, np. „wykazania kosztu budowy obiektu kubaturowego z wyłączeniem...”. Tym samym dla

spełnienia warunku udziału można i należy zaliczyć koszt wykonania określonego przedmiotu zamówienia, gdyż taki wymóg w SIWZ postawił Zamawiający. Oczywiście dalszej ocenie podlegać może kwestia, czy wykonywanie szeregu dalszych elementów jest w danej sytuacji niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania budynku handlowego, np. wykonanie kilkudziesięciu dodatkowych miejsc parkingowych. Takie rozszerzenie przedmiotu zamówienia, jak to próbował wywodzić z umowy z dnia 5 listopada 2014 roku Odwołujący jest niezasadne, gdyż nie było objęte § 3 umowy w oparciu o który Przystępujący wykazywał spełnienie warunku udziału.

Z treści przywoływanego przez Odwołującego §1pkt 1 „PREAMBUŁY” umowy z 5 listopada 2014 roku zawartej pomiędzy zamawiającym - firma P., a Przystępującym nie wynika, że Przystępujący przyjmuje do wykonania roboty tam określone, ale wynika, że zamawiający (firma P.) realizuje budowę obiektu handlowego (zwanego dalej „obiektem handlowym”) położonego na nieruchomości w Lubartowie przy ul. Lubelskiej na działkach o numerze ewidencyjnym gruntu: 317/11, 317/13,317/14 oraz 318. Powierzchnia zabudowy wynosi 4 162,58 m² oraz parking obejmujący co najmniej 87 naziemnych miejsc postojowych, plac dostaw, konstrukcje reklamowe i niezbędną infrastrukturę towarzyszącą wraz z przyłączami do sieci miejskich i wjazdami na nieruchomość - zgodnie z dokumentacją projektową przedstawioną w Załączniku nr 1 do przedmiotowej umowy.

Z kolei z treści § 3 tejże umowy zatytułowanego „Przedmiot i zakres umowy” wynika, że „Przedmiotem niniejszej umowy o roboty budowlane (zwanej dalej „Umową”) jest wybudowanie obiektu handlowego (zwanego dalej „obiektem handlowym” położonego na nieruchomości w Lubartowie przy ul. Lubelskiej na działkach t numerze ewidencyjnym gruntu: 317/11, 317/13,317/14 oraz 318 . Powierzchni; zabudowy wynosi ok. 4 162,58 m². - zgodnie z koncepcją zagospodarowania terenu oraz planem sytuacyjnym przedstawionym w załączniku nr 1 do niniejszej umowy...”.

Biorąc to pod uwagę Izba uznała, że kwota wynagrodzenia wskazana w §4 przedmiotowej umowy w wysokości 5 691 657,77 zł netto nie dotyczy wartości robót całości zamówienia realizującego przez firmę P., ale jest kwota wynagrodzenia dla Przystępującego za wykonanie robót wymienionych w § 3 umowy.

Izba podkreśla, że podstawą do określenia wartości robót w oparciu o które jest oceniane spełnianie warunku udziału, jest wykaz robót, złożony przez wykonawcę. Nie służą temu referencje, których celem jest potwierdzenie prawidłowości wykonanych robót.

Podkreślić należy, że za referencję może być uznany każdy dokument, także np. protokół odbioru robót, opis faktury zatwierdzonej do zapłaty itp., z którego można wywieść, że określone w tych dokumentach roboty, usługi czy też dostawy zostały zrealizowane w sposób prawidłowy.

Izba uznała za prawidłowe stanowisko Zamawiającego co do nieuznania zastrzeżeń Odwołującego do protokołu odbioru robót z dnia 15 grudnia 2015 roku w który wskazano wartość odbieranych przez Zamawiającego robót - kwotę 6.792.381,07 zł netto. Istotnym jest, że w jego treści wprost wskazano, że kwota ta odnosi się do pozycji "Roboty budowlane zgodnie z umową z dnia 05.11.2014 r. oraz roboty dodatkowe". Wartość robót, które Przystępujący zrealizował w zakresie budynku - obiektu handlowego „TOPAZ”, wynika z samej umowy, w której strony umowy się o zapłatę wynagrodzenia ryczałtowego.

Podobnie za nietrafiony zarzut Izba uznała kwestionowanie wartości wykonanych robót na obiekcie w oparciu o referencje i protokół odbioru, w którym Odwołujący podnosił, że wartość robót na obiekcie kubaturowym wynosi 6.906.628,72 zł brutto. Odwołujący uzyskał tę wartość odejmując kwoty 8.354.628,72 zł brutto (wartość brutto prac wymienionych w protokole odbioru - roboty zlecone umową z dnia 5 listopada 2014 r. oraz roboty dodatkowe) wartość poszczególnych zakresów robót, które zostały wymienione w treści referencji. Należy jednak zauważyć, że wskazana w referencjach kwota 824.000 zł jako wartość robót polegających na przemieszczeniu i uzupełnieniu mas ziemnych z wykonaniem podbudowy betonowej dotyczy całej powierzchni działki, w tym także tej części, na której został wybudowany obiekt kubaturowy. Z tego względu odliczanie od wartości prac wymienionych w protokole odbioru całej wartości w/w robót jest nieprawidłowe, gdyż nie wszystkie z nich mogą zostać przyporządkowane do robót dodatkowych (niedotyczących budynku zleconego do wykonania na podstawie umowy z dnia 5 listopada 2014 r.)

Izba uznała, że podnoszony zarzut nie mógł zostać uwzględniony w szczególności z powodu nie wykazania jego zasadności. Podkreślić należy, że Odwołujący nie przedłożył dowodu, z którego można by było wywieść, że Przystępujący postawionego warunku udziału nie spełnia.

Podnoszona przez Odwołującego argumentacja stanowi, zdaniem Izby polemikę z dokumentami składanymi przez Przystępującego i uznanymi za prawidłowe przez Zamawiającego. Przykładowo wskazać należy na okoliczność, kiedy na rozprawie poproszono Odwołującego o wykazanie o jaka kwotę Przystępujący warunku udziału nie spełnia, to Odwołujący odparł, że jego zdaniem Przystępujący warunku nie spełnia, ale to obowiązkiem Przystępującego jest wykazanie, że postawiony warunek udziału jest spełniony.

Odnosząc się w tym zakresie do ciężaru dowodowego Izba wskazuje, że niewątpliwym jest, że wykonawca winien wykazać Zamawiającemu, że postawione warunki udziału w postępowaniu spełnia. Jednakże w sytuacji, kiedy przedstawione przez wykonawcę dokumenty dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zostaną uznane przez zamawiającego i następnie zakwestionowane przez innego wykonawcę, to na tego wykonawcę w myśl przepisu art 180 ust.3 w zw. z art. 190 ust.1 Pzp oraz art. 6 kc

przechodzi ciężar dowodowy wykazania zasadności podnoszonych zarzutów. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 lutego 2018 roku Sygn. akt XI Ga 692/17, jednoznacznie stwierdził, iż „Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne”. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne - w tym wypadku niewątpliwie jest to Odwołujący.

Izba uznała, że wyłączone oświadczenia strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strony winne bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń. Odnosząc się do treści art. 6 kc, w zw. a art. 14 pzp statuującego ciężar udowodnienia faktu, podkreślić należy, że powyższe należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale także jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (vide teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07, publ. w: Lex nr 487510).

Izba stwierdza, że Odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty nie przytoczył żadnych wiarygodnych argumentów uzasadniających swoje stanowisko i nie przedstawił dowodów na ich poparcie. Nadto wskazać należy, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w zakresie przepisów wskazanych w odwołaniu

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. 1 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący