

WYROK

z dnia 9 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna, Firma Budowlano-Drogowa MTM Spółka Akcyjna w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna w Gdyni**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Korporacja Budowlana DORACO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW SERVICE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna, Firma Budowlano-Drogowa MTM Spółka Akcyjna w Gdańsku** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna, Firma Budowlano-Drogowa MTM Spółka Akcyjna w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna, Firma Budowlano-Drogowa MTM Spółka Akcyjna w Gdańsku** na rzecz **Zarządu Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna w Gdyni** kwotę **3 890 zł 26 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt złotych dwadzieścia sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdynia Spółka Akcyjna w Gdyni – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w ramach projektu inwestycyjnego „Przebudowa Nabrzeża Szwedzkiego w Porcie Gdynia.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 25 marca 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Hydrobudowa Gdańsk Spółka Akcyjna, Firma Budowlano-Drogowa MTM Spółka Akcyjna w Gdańsku (dalej: odwołujący się) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum firm: „Korporacja budowlana DORACO Sp. z o.o. - Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych „UW SERVICE” Sp. z o.o.” (dalej: przystępujący), pomimo, iż dokumenty i oświadczenia przystępujących załączone do oferty celem potwierdzenia spełniania warunków przedmiotowych, w odniesieniu do posiadanej wiedzy i doświadczenia wyrażającego się wykonaniem jednej roboty budowlanej w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowo - drogowej, wykonanej w technologii ułożenia torów kolejowych na płycie żelbetowej wylewanej na mokro za kwotę netto minimum 1.000.000,00 zł, pomimo wezwania przystępujących do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie potwierdzają spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, co w sposób kluczowy wpływa na wynik przedmiotowego postępowania w związku z nowymi dowodami przedstawionymi w odwołaniu.

Odwołujący się zarzucili zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1 oraz 4 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji z dnia 12 marca 2013 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępujących

- 2) nakazanie ponownego badania i oceny ofert wykonawców w postępowaniu, z uwzględnieniem oświadczeń opisanych i załączonych do odwołania oraz ewentualnie przedstawionych w toku rozprawy;
- 3) wykluczenie z postępowania przystępujących z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenie ich oferty, w związku z dowodami opisanymi przedmiotowym odwołaniu;
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołujących się jako najkorzystniejszej.

Nadto odwołujący się wnieśli o wezwanie na rozprawę i dopuszczenie dowodu z zeznań świadków: 1) Pana T..... R....., Dyrektora Kontraktów z ramienia Energopol Szczecin SA na okoliczność zakresu posiadanego upoważnienia, wskazania procedur lub ustalonych zwyczajów Spółki Energopol Szczecin SA w zakresie wydawania dokumentów referencyjnych, przebiegu procesu realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia” oraz posiadanej wiedzy w przedmiocie realizacji części zakresu wykonywanej przez Hydrobudowę Gdańsk SA, okoliczność, w jakich zostały wystawione referencje dla firmy PUPH Spector; 2) Pana R..... P....., Kierownika Budowy z ramienia Hydrobudowy Gdańsk SA w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia”, na okoliczność sposobu realizacji robót zleconych PUPH Spector, ze szczególnym uwzględnieniem terminowości, sposobu ustalenia wartości wynagrodzenia przypadającego za wykonanie zleconych robót, w zakresie na płycie żelbetowej i toru klasycznego, a także sposobu ustalenia podziału kwoty za rozbiórki

W uzasadnieniu odwołujący się podnieśli, że w treści postanowień SIWZ zamawiający wskazał, iż wykonawcy w celu potwierdzenia jednego z warunków udziału w postępowaniu: w odniesieniu do posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, winni wykazać się (zgodnie z rozdziałem 5 ust. 1 pkt 1 tiret 2 SIWZ) posiadaniem doświadczenia wyrażającego się wykonaniem jednej roboty budowlanej w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowo - drogowej, wykonanej w technologii ułożenia torów kolejowych na płycie żelbetowej wylewanej na mokro za kwotę netto minimum 1.000.000,00 zł. W przedmiotowym postępowaniu w dniu 12 lutego 2013 r. 10 wykonawców złożyło oferty. Zamawiający pismem z dnia 22 lutego 2013 r. zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przystępujących o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, w tym również o potwierdzenie warunku udziału w

postępowaniu w zgodnie z rozdziałem 5 ust. 1 pkt 1 tiret 2 SIWZ. Przystępujący pismem z dnia 28.02.2013 r. wycofali pierwotnie złożony do oferty dokument referencyjny dotyczący, wykonania przez podmiot trzeci Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjno - Handlowe „SPECTOR” W..... L....., robót kolejowych na terenie stacji Gdynia Port oraz remontu nawierzchni kolejowej na Nabrzeżu Polskim i zastąpiła go dokumentem referencyjnym z dnia 06.11.2012 roku tego samego podmiotu w zakresie budowy toru na płycie żelbetowej wraz z wbudowaniem 1 rozjazdu typu portowego oraz dotyczącym przebudowy torów klasycznych wraz z regulacją dla zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia, wystawionego dla Pana L..... przez Energopol Szczecin SA.

Odwołujący się podniósł, że w dniu 16.06.2010r. została zawarta Umowa Konsorcjum pomiędzy Energopolem Szczecin SA (Lider Konsorcjum) a Hydrobudową Gdańsk SA (Partnerem Konsorcjum), której celem było podjęcie wspólnej realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia”. Zgodnie z zapisem §5 ust. 3 przedmiotowej umowy Konsorcjum, Członkowie Konsorcjum zobowiązali się zapewnić niezbędny potencjał ludzki i sprzętowy umożliwiający realizację celu działania konsorcjum w zakresie prac dla niego przewidzianych. Konsorcjum firm „Energopol Szczecin SA - Hydrobudowa Gdańsk SA” w dniu 14.10.2010 r. podpisało Umowę nr 1321/IV/FIN/2010 z Inwestorem - Regionalnym Zarządem Infrastruktury z siedzibą w Gdyni na realizację zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia”. Wobec postanowień zawartych w Umowie Konsorcjum oraz w świetle zawartego z zamawiającym jw. Kontraktu w dniu 16.12.2010 r. członkowie konsorcjum zawarli Umowę Realizacyjną nr HB/918/2010, w której szczegółowo określili w § 4 podział zakresu robót przedmiotowego zadania inwestycyjnego oraz ustalili, że każdy z członków konsorcjum zawiera, w swoim imieniu i na swoje ryzyko, umowy z podwykonawcami mieszczącymi się w zakresie Robót (§ 12). W świetle powyższego Hydrobudowa Gdańsk SA podpisała z Panem W. L..... Umowę Podwykonawczą nr 18/216/Pw/II na kompleksowe wykonanie robót branży torowej (kolejowej dla zadania inwestycyjnego pn.: „Przebudowa Nabrzeża Północnego w bazie Morskiej Gdynia. W. L..... zostały zleczone roboty w zakresie wykonania toru kolejowego na płycie żelbetowej wylewanej na mokro, roboty w zakresie wykonania toru kolejowego (tor klasyczny) oraz prace wyszczególnionych zakresach Nadto podwykonawca zobowiązany był wykonać roboty mu powierzone w okresie od dnia 14.02.2011 r. do dnia 31.07.2012 r. Wartość wynagrodzenia podwykonawcy została określona na łączną kwotę (za oba zakresy Prac) 1.269.233,01złoty netto, z czego koszt przebudowy toru płycie żelbetowej wylewanej

na mokro wraz z koniecznymi rozbiórkami wyniosła netto 935.466,39 zł, zaś toru klasycznego z rozbiórkami - 333.766,62, co wynika - w zakresie podziału wynagrodzenia dla robót torowych na płycie żelbetowej i toru klasycznego - z załącznika nr 2 do Umowy Podwykonawczej nr 18/216/Pw/II (pierwsze 7 pozycji tegoż załącznika odnosi się do toru klasycznego, pozostałe do toru na płycie żelbetowej) oraz analizy dokumentacji projektowej w zakresie podziału na ww. zakresy kwoty za rozbiórki. W świetle powyższego dokumentu ustawiony przez Energopol dnia 06.11.2012 r. dla pana L..... obarczony jest błędem, zarówno co do wartości poszczególnych robót, w szczególności robót referencyjnych, jak i potwierdzenia dochowania terminu ich wykonania, a co za tym idzie brak jest podstaw do uznania, iż roboty ww. zostały wykonane prawidłowo i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. W związku z powyższym Hydrobudowa Gdańsk S.A. wystąpiła do Energopol Szczecin S.A. z wnioskiem o zmianę referencji.

W dniu 22 marca 2013 r. Hydrobudowa Gdańsk SA otrzymała pismo od Energopolu Szczecin SA, w którym Pan T. R..... uchylił się od skutków oświadczenia złożonego w referencji z dnia 06.11.2012 r. oraz przekazał kopię nowych referencji dla Pana W. L..... z PUPH Spector. Pismo w dniu 22.03.2013 r. zostało również przekazane zamawiającemu - Zarządowi Morskiego Portu Gdynia SA.

Zdaniem odwołujących się przedstawiona realizacja, opisana w referencji z dnia 6.11.2012 r. nie może potwierdzać warunku udziału w postępowaniu, bowiem przedmiotowa referencja zawiera błąd co do wartości zrealizowanych robót, jak i daty zakończenia, co ma wpływ na ocenę oferty z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenia o prawidłowym ukończeniu robót budowlanych.

Odwołujący się stwierdzili, że Energopol uchylił się od złożonego oświadczenia woli z dnia 6 listopada 2012 roku w trybie art. 84 K.c., gdyż dotychczasowa referencja zawierała błędy, które były istotne i nie mogły pozostać obojętne dla wystawcy referencji. Tak więc w chwili obecnej referencja z dnia 6 listopada 2012 roku nie funkcjonuje już w obrocie.

Izba ustaliła, co następuje:

W treści postanowień SIWZ zamawiający wskazał, iż wykonawcy w celu potwierdzenia jednego z warunków udziału w postępowaniu: w odniesieniu do posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, winni wykazać się (zgodnie z rozdziałem 5 ust. 1 pkt 1 tiret 2 SIWZ) posiadaniem doświadczenia wyrażającego się wykonaniem jednej roboty budowlanej w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowo - drogowej,

wykonanej w technologii ułożenia torów kolejowych na płycie żelbetowej wylewanej na mokro za kwotę netto minimum 1.000.000,00 zł.

Przystępujący w celu wykazania, że spełniają powyższy warunek wykazali wykonanie przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe SPECTOR W..... L..... robót kolejowych na terenie stacji Gdynia Port, między innymi remontu kapitalnego przejazdu kolejowego w ciągu ulic Chrzanowskiego i Celnej w Gdyni oraz remontu nawierzchni kolejowej na „Nabrzeżu Polskim”. Wykonanie wykazanych robót zostało potwierdzone przez PKP Polskie Linie Kolejowe SA.

Pismem z dnia 22 lutego 2013 roku zamawiający stwierdził, że nie może uznać ww. referencji za potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, ponieważ referencji te zostały wystawione przez podmiot, który faktycznie nie zlecił wykonania robót ujętych w wykazie. Ponadto tory oraz przejazdy kolejowe znajdujące się w ciągu ulic Chrzanowskiego i Celnej w Gdyni oraz na „Nabrzeżu Polskim” znajdują się na terenie będącym we władaniu wieczystym przez Zarząd Morskiego Portu w Gdyni SA. Wobec powyższego zamawiający uznał, że wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu i wezwał przystępujących do uzupełnienia oferty w powyższym zakresie.

Przystępujący w piśmie z dnia 28 lutego 2013 roku w pkt. 3 oświadczyli, że celem potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale 5 pkt 1.1 tiret 2, tj. wykonania roboty budowlanej w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowo-drogowej, wykonawca przedkłada deklarację dyspozycyjności złożoną przez W..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe SPECTOR W..... L..... w Pruszczu Gdańskim wraz z referencjami potwierdzającymi wykonanie przez p. W..... L..... robót w zakresie budowy toru na płycie żelbetowej wraz z wbudowaniem 1 rozjazdu typu portowego o wartości 1.233.277,16 zł netto oraz przebudowę torów za kwotę 45.955,85 zł netto.

Przystępujący złożyli deklarację dyspozycyjności wystawioną przez Pana W..... L....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno-Handlowe SPECTOR W..... L..... w Pruszczu Gdańskim, który zobowiązał się do udostępnienia przystępującym wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, szczególnie w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowo-drogowej, wykonanie w technologii ułożenia torów kolejowych na płycie żelbetowej wylewanej na mokro.

Do deklaracji dołączona została referencja z dnia 6 listopada 2012 roku Energopol-Szczecin SA, z której wynika, iż firma PUPH SPECTOR W..... L..... z Pruszcza Gdańskiego wykonała jako podwykonawca roboty torowe na przedsięwzięciu inwestycyjnym pn. „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia”. Prace wykonano w okresie od kwietnia 2011 do 30.09.2012. Wartość kontraktu branży torowej wynosiła 1.269.233,01 zł netto. W ramach kontraktu wykonano następujące roboty:

- budowę toru na płycie żelbetowej wraz z wbudowaniem 1 rozjazdu typu portowego (z odzysku) o wartości: 1.233.277,16 zł netto
- przebudowę torów klasycznych wraz z regulacją w planie i profilu o wartości 45.955,85 zł netto.

Z dalszej części referencji wynika, że ww. prace zostały wykonane zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami sztuki budowlanej i wiedzy technicznej przy zachowaniu obowiązujących przepisów i warunków technicznych. Wykonawca dysponował nowoczesnym sprzętem, fachową kadrami technicznymi i dobrze wyszkoloną załogą. Z realizacji powierzonych robót wykonawca wywiązał się terminowo, wykonując roboty z dobrą jakością. Referencja została podpisana przez dyrektora kontraktów, Pana T..... R.....

Jednocześnie przystępujący przedłożyli nowy wykaz wykonanych robót budowlanych.

Wskazane wyżej referencje zostały wydane w związku z realizacją przez Pana W..... L..... przedmiotu umowy z dnia 4 marca 2011 roku zawartego pomiędzy Panem L..... (podwykonawcą) a Hydrobudową Gdańsk SA (wykonawcą). W § 1 umowy wykonawca oświadczył, że jako partner konsorcjum „ENERGOPOL-HYDROBUDOWA realizuje na mocy kontraktu zawartego przez konsorcjum z Rejonowym Zarządem Infrastruktury zamówienie pod nazwą „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia”. Stosownie do postanowień § 2 ust. 1 umowy wykonawca powierzył podwykonawcy kompleksowe wykonanie robót branży torowej (kolejowej). Zakres rzeczowy przedmiotu umowy opisany został w załączniku nr 2 do umowy pn. „Opis zakresu rzeczowego z podziałem wynagrodzenia”. W § 3 ust. 1 strony ustaliły termin zakończenia robót na 30 maja 2012 roku. W § 6 ust. 1 umowy strony ustaliły umowne wynagrodzenie ryczałtowe dla podwykonawcy za należyte wykonanie przedmiotu umowy oraz za usunięcie w nim wszystkich wad lub usterek w wysokości 1.395.106,60 zł, w tym:

- a) budowa torów klasycznych w nawierzchni betonowej – brutto 1.114.246,50 zł
- b) rozbiórki torów i rozjazdów (nawierzchnia betonowa i klasyczna) – brutto 56.525,70 zł

- c) rozbiórki nawierzchni betonowej torów żelbetowych fundamentów torowiska – brutto 224.334,40 zł.

W dniu 3 stycznia 2012 roku strony zawarły aneks nr 2 do umowy Nr 18/216/Pw/11 z dnia 4 marca 2011 roku. Zgodnie z § 1 ust. 1 aneksu zmieniono termin zakończenia robót z 3.05.2012 na 31.07.2012 r.

Zgodnie z § 1 ust. 5 aneksu strony ustaliły wynagrodzenie umowne ryczałtowe brutto dla podwykonawcy za należyte wykonanie przedmiotu umowy oraz za usunięcie wszelkich wad lub usterek w wysokości 1.561.156,60 zł, w tym:

- a) budowa torów klasycznych w nawierzchni betonowej – brutto 1.114.246,50 zł
- b) rozbiórki torów i rozjazdów (nawierzchnia betonowa i klasyczna) – brutto 56.525,70 zł
- c) rozbiórki nawierzchni betonowej torów żelbetowych fundamentów torowiska – brutto 224.334,40 zł.
- d) dopłata z tytułu braku możliwości wykorzystania materiałów z rozbiórki – brutto 166.050,00 zł.

Z przedłożonego protokołu odbioru wykonanych robót wynika, że przedmiot umowy został wykonany w terminie 14.02.2011 – 30.09.2012 roku (okoliczność bezsporna). Wartość wykonanych robót, zgodnie z protokołem, wyniosła 1.269.233,01 zł. Ze strony zamawiającego protokół podpisał kierownik budowy, Pan R..... P.....

Pismem z dnia 22 marca 2013 roku, zatytułowanym „Informacja o unieważnieniu referencji z dnia 06.11.2012 r.” Pan T..... R..... poinformował, że uchyla się w całości od skutków swego oświadczenia złożonego w Referencji z dnia 06.11.2012 r. Oświadczył, że tym samym referencja nie ma mocy prawnej i nie powinna być wykorzystywana w obrocie prawnym jako dokument wymagany przepisami szczególnymi.

Podstawą do złożenia oświadczenia było pismo z dnia 20 marca 2013 roku HBSA/FP/OBH/287/13 firmy Hydrobudowa Gdańsk SA, która jako bezpośredni partner umowy podwykonawczej przedstawiła inne dane (w ocenie Pana R..... wiarygodne) aniżeli istniejące w przedmiotowej referencji.

W świetle powyższego Pan T..... R..... stwierdził z całą stanowczością, że przedmiotowe referencje zostały wystawione przez niego pod wpływem jego błędnego przekonania o podziale kwoty wynagrodzenia ustalonej na mocy umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy Hydrobudową Gdańsk SA a Panem W..... L....., a także

z uwagi na brak jego wiedzy odnośnie terminu umownego zakończenia robót wskazanych w ww. umowie podwykonawczej.

Do pisma załączono kolejne pismo z dnia 22 marca 2013 roku, zatytułowane „Informacja o realizacji”, z którego wynika, że ENERGOPOL-SZCZECIN potwierdza, że Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjno Handlowe SPECTOR W..... L..... w Pruszczu Gdańskim wykonało w okresie od dnia 14.02.2011 r. do dnia 30.09.2012 r. jako podwykonawca roboty torowe dla zadania inwestycyjnego pn. „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia” realizowane przez Konsorcjum „EnerGOPOL – Szczecin SA – Hydrobudowa Gdańsk SA”.

Podwykonawca zrealizował roboty za łączną wartość netto 1.269.233,01 zł, zgodnie z zakresem rzeczowym objętym umową podwykonawczą nr 18/216/Pw/11 z dnia 04.03.2011 r. oraz aneksami do przedmiotowej umowy.

Prace zostały w pełni wykonane zgodnie z zatwierdzoną dokumentacją projektową, warunkami technicznymi i obowiązującymi normami.

W ramach umowy podwykonawczej nr 18/216/Pw/11 został wykonany następujący zakres prac:

- a) budowa toru kolejowego na płycie żelbetowej w rejonie Basenu Xi Xi wraz z robotami rozbiórkowymi za kwotę netto 935.466,30 zł + VAT
- b) budowa torów kolejowych klasycznych wraz z robotami rozbiórkowymi za kwotę netto 333.766,62 zł + VAT.

Roboty budowlane nie zostały wykonane przez podwykonawcę w terminie umownym, gdyż zostały ukończone przez podwykonawcę dwa miesiące po terminie wskazanym w umowie podwykonawczej nr 18/216/Pw/11.

Pismo również podpisał Pan T..... R..... Zostało ono przekazane Panu W..... L..... listem poleconym w dniu 28 marca 2013 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący się są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Z przepisem tym koresponduje przepis § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zgodnie z którym, w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu oceny spełnienia został dokonany w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do negocjacji lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy, zamawiający żąda wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Przepisy Pzp nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

W myśl art. 44 ustawy Pzp wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty. Z powyższego wynika, iż składanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu razem z wnioskiem należy traktować jako zasadę. Możliwość uzupełnienia dokumentów po wyznaczonym terminie wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający

wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Jednym z warunków przedmiotowego postępowania było posiadanie doświadczenia wyrażającego się wykonaniem jednej roboty budowlanej w zakresie budowy lub przebudowy infrastruktury kolejowo - drogowej, wykonanej w technologii ułożenia torów kolejowych na płycie żelbetowej wylewanej na mokro za kwotę netto minimum 1.000.000,00 zł. Przystępujący w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających między innymi powyższy warunek powołali się na doświadczenie podmiotu trzeciego, Pana W..... L....., który wykonał roboty w zakresie budowy toru na płycie żelbetowej wraz z wbudowaniem 1 rozjazdu typu portowego o wartości 1.233.277,16 zł netto oraz przebudowę torów za kwotę 45.955,85 zł netto. Prawidłowe wykonanie powyższego potwierdzone zostało przez jednego z członków konsorcjum zlecającego roboty referencją z dnia 6 listopada 2012 roku. Z referencji wynika również wartość wykonywanych robót w wysokości przewyższającej wartość wymaganą w niniejszym postępowaniu. Tym samym przystępujący wykazali, że w dniu wyznaczonym na składanie ofert spełniali wskazany wyżej warunek udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do stanowiska odwołujących się odnośnie uchylenia się od oświadczenia zawartego w referencji z dnia 6 listopada 2012 roku w trybie art. 84 K.c. Izba stwierdza, że oświadczenie zawarte w referencji nie było oświadczeniem woli wystawcy dokumentu, ale oświadczeniem wiedzy co do wykonania przedmiotu umowy. Wyłącza to zatem stosowanie wobec niego przepisów dotyczących wad oświadczenia woli. Wniosek taki wypływa z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 marca 2004 roku V CK 346/03, zgodnie z którym przepisy o uchyleniu się od skutków prawnych oświadczenia woli nie mogą mieć zastosowania do oświadczeń nie będących oświadczeniami woli.

Oświadczenie wiedzy nie może być cofnięte czy odwołane. Może natomiast podlegać badaniu pod kątem zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy (prawda/fałsz).

Badając powyższe Izba przeanalizowała złożone w sprawie dokumenty, w tym: umowę Nr 18/216/Pw/11 z dnia 4 marca 2011 roku wraz załącznikiem nr 2, aneks nr 2 z dnia 03 stycznia 2012 roku, protokół odbioru końcowego wykonanych robót z dnia 30 października 2012 roku i skonstatowała, że informacje zawarte w referencji z dnia 6 listopada

2012 roku znajdują potwierdzenie we wskazanych dokumentach. Z dokumentów tych wynika bowiem, jaka była umówiona wartość poszczególnych robót, w tym robót referencyjnych, zaś potwierdzeniem ich wykonania w umówionej wysokości był protokół odbioru końcowego, podpisany przez kierownika budowy, Pana R..... P..... oraz przez wykonawcę Pana W..... L.....

Z uwagi na powyższe Izba oddaliła wnioski odwołujących się o przesłuchanie świadków – Pana T..... R..... i Pana R..... P....., uznając, że ich zeznania w zakresie wartości wykazanych robót referencyjnych stanowiłyby dowód ponad osnowę wymienionych wyżej dokumentów.

Należy zwrócić uwagę, iż Pan R..... P....., występujący w charakterze pełnomocnika odwołujących się podnosił, iż roboty zawarte w załączniku nr 2 do umowy nr 18/216/Pw/11 były robotami referencyjnymi jedynie w pewnej części, niewystarczającej dla wykazania wymaganej wartości tych robót. Twierdzenia powyższe nie zostały jednak w żaden sposób udowodnione. Odwołujący się twierdzili, iż wynika to z dokumentacji projektowej, która nie mogła być przedłożona jako dowód w sprawie uwagi na to, że stanowi tajemnicę służbową, objętą klauzulą „Poufne”. Izba zwraca uwagę, że objęcie dokumentu klauzulą niejawności nie stanowi przeszkody w przeprowadzeniu z niego dowodu przy zachowaniu procedur określonych w odrębnych przepisach.

Zdaniem Izby o fakcie nienależytego wykonania umowy nie świadczy niewykonanie umowy w terminie wskazanym w umowie. „Informacja o realizacji” z dnia 22 marca 2013 roku zawiera informację, iż roboty wykonane przez podwykonawcę zostały ukończone przez podwykonawcę dwa miesiące po terminie . Z informacji tej nie wynika, że wystawca dokumentu fakt ten utożsamia z nienależyтым wykonywaniem umowy. Odwołujący się również nie przedstawił dowodów uzasadniających wniosek, iż wykonanie umowy z przekroczeniem terminu spowodowane było okolicznościami, za które ponosi odpowiedzialność wykonawca robót. Nie jest w ocenie Izby wystarczającym argumentem fakt, iż strony w § 18 umowy nr 18/216/Pw/11 postanowiły, że zmiany umowy wymagają pod rygorem nieważności formy pisemnej. Oczywistym jest bowiem, że w toku realizacji zadania mogą mieć miejsce okoliczności zwalniające wykonawcę od odpowiedzialności z tytułu nienależytego wykonania zadania. Odwołujący się, poza powołaniem się na wspomniany art. 18 umowy, w żaden sposób nie uzasadnił, iż okoliczność przekroczenia terminu obciąża wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....