

Sygn. akt: KIO 2421/11

WYROK

z dnia 25 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2011 r. przez wykonawcę: **Bartosza Kuczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Q-BART Bartosz Kuczyk w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje Wojskowemu Zarządowi Infrastruktury w Poznaniu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części czwartej i piątej zamówienia, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w tych dwóch częściach zamówienia, wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w każdej z powołanych części, wykonawcy: **Bogusława Śmigła prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Bogusław Śmigiel w Opolu**, z uwagi na fakt, iż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, a także wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Anny Śmigiel prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ANN-POL Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Anna Śmigiel w Opolu** oraz **Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Sp. z o.o. w Opolu**, a także wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe Factum Sp. z o.o. w Bydgoszczy** do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia,

2. kosztami postępowania obciąża **Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Bartosza Kuczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Q-BART Bartosz Kuczyk w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Wojskowego Zarządu Infrastruktury w Poznaniu** na rzecz wykonawcy: **Bartosza Kuczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Q-BART Bartosz Kuczyk w Gdańsku** 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 2010 r. Nr 113, poz. 759 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

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Świadczenie usług w zakresie obsługi sezonowych kotłowni opalanych paliwem stałym zlokalizowanych na terenach administrowanych przez WAK podległe WZI Poznań” zostało wszczęte przez Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, zwany dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2011/S 143-237556) w dniu 28 lipca 2011 r.

Pismami z dnia 3 listopada 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o ponownym wyborze ofert najkorzystniejszych w każdej z pięciu części zamówienia.

W dniu 10 listopada 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Bartosza Kuczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Q-BART Bartosz Kuczyk w Gdańsku, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II, IV i V zamówienia, a także wobec zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia poszczególnych wykonawców z udziału w postępowaniu w ramach każdej z trzech powołanych części z uwagi na fakt, iż nie wykazali oni spełniania warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. I tak Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia odpowiednio następujących wykonawców:

- w ramach części II: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Anny Śmigiel prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą ANN-POL Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe Anna Śmigiel w Opolu oraz Przedsiębiorstwo

Usług Wielobranżowych Śmigiel Sp. z o.o. w Opolu, zwanych dalej łącznie konsorcjum ANN-POL;

- w ramach części IV: konsorcjum ANN-POL, wykonawcy: Bogusława Śmigiel prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Śmigiel Bogusław Śmigiel w Opolu, zwanego dalej PUW Śmigiel, a także wykonawcy: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Factum Sp z o.o. w Bydgoszczy, zwanego dalej Factum Sp. z o.o.;
- w ramach części V: konsorcjum ANN-POL, PUW Śmigiel, a także Factum Sp z o.o.

Poprzez dokonanie opisanych czynności, czy też zaniechanie ich dokonania, Zamawiający, w ocenie Odwołującego, naruszył art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II, IV i V, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenia powołanych wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie na piśmie oraz na rozprawie przed Izłą.

Wnosił on o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie. Wywodził, iż nie można wnioskować z treści złożonych przez poszczególnych wykonawców dokumentów, iż nie wykazali oni spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tak jak chciałby tego Odwołujący. Odmienne bowiem należy rozumieć treść warunku udziału w postępowaniu opisanego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). W jego ocenie nieuprawnione było oczekiwanie Odwołującego, iż wykonawcy zobowiązani byli wykazywać się realizacją usług, których okres realizacji trwał co najmniej rok. Zdaniem Zamawiającego, z treści warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, w kontekście całej SIWZ, wynikało, że wykonawcy zobowiązani byli wykazać się usługą realizowaną w okresie jednego sezonu grzewczego, który to sezon nie musi być równy okresowi dwunastu miesięcy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została, w odniesieniu do odwołania jako całości, którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W szczególności Izba uznała, iż nie zostały zrealizowane przesłanki odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, o co wnosił Zamawiający. Twierdził on bowiem, iż Odwołujący podnosił analogiczne zarzuty we wniesionym przez siebie wcześniej odwołaniu (sygn. akt KIO 2147/11), w którym zarzucał niezgodność z przepisami ustawy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części II i IV zamówienia dokonanej w dniu 23 i 26 września 2011 r. Zdaniem Zamawiającego okoliczność, iż postępowanie odwoławcze w powołanej sprawie zostało umorzone przez Izbę wobec wycofania odwołania wniesionego przez Odwołującego, pozwalała stwierdzić, iż w obecnie rozpoznawanym przez Izbę odwołaniu powołuje się on wyłącznie na te same okoliczności, które już były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w dniu 4 października 2011 r. W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie, nie można uznać, iż wypełnione zostały przesłanki odrzucenia odwołania ustanowione w przepisie art. 189 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Nie można bowiem uznać, że okoliczności, na które powołuje się Odwołujący były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, bowiem postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2147/11 zostało umorzone na mocy postanowienia Izby z dnia 17 października 2011 r. Tym samym Izba nie rozstrzygała o zasadności zarzutów w nim podniesionych, a tylko merytoryczne rozpoznanie zasadności zarzutów opartych na tych samych okolicznościach uzasadniałoby odrzucenie obecnie rozpoznawanego przez Izbę odwołania. Podobny pogląd wyraził Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 6 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 62/08. Kierując się tym przekonaniem, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, na podstawie akt sprawy o sygn. KIO 2136/11, znanym Izbie z urzędu, skład orzekający ustalił, że konsorcjum ANN-POL wniosło odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez PUW Śmigiel w części II i IV zamówienia, zarzucając Zamawiającemu, że ten zaniechał wykluczenia powołanego wykonawcy z udziału w postępowaniu, z uwagi na fakt, iż nie wykazał on spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Uwzględniając tak postawione zarzuty, konsorcjum ANN-POL żądało unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II i IV,

wykluczenia z udziału w postępowaniu PUW Śmigiel oraz uznania oferty złożonej w powołanych dwóch częściach przez Odwołującego za najkorzystniejszą. Zamawiający w dniu 6 października 2011 r. wniósł odpowiedź na powołane odwołanie, w którym zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, wobec czego Izba postanowieniem z dnia 11 października 2011 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

Pismem z dnia 3 listopada Zamawiający poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu w części II zamówienia PUW Śmigiel oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum ANN-POL. Wobec tych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż w powołanym powyżej zakresie odwołanie, obecnie rozpoznawane przez Izbę, zostało wniesione wobec czynności, która została wykonana zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym w dniu 3 października 2011 r. przez konsorcjum ANN-POL. Zdarzenie takie obejmuje swym zakresem przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Niemniej jednak przepis ten zobowiązuje Izbę do odrzucenia odwołania w całości. Nie pozwala on Izbie na odrzucenie odwołania w części, jedynie w zakresie zarzutów, które można byłoby uznać za odnoszące się do uzasadniających ich podniesienie okoliczności faktycznych objętych regulacją art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przypadku gdy rozpoznawane przez Izbę odwołanie zawiera choć jeden zarzut, którego treść przesądza o tym, iż odwołanie nie może zostać odrzucone, Izba wówczas rozstrzyga o jego zasadności. Jednakże zarzuty odnoszące się do okoliczności faktycznych objętych hipotezą normy prawnej zawartej w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba pozostawia bez rozpoznania. Oparcie bowiem odwołania tylko na takich zarzutach przesądziłoby o odrzuceniu odwołania. Nie mogą one zatem zostać uznane za podlegające rozpoznaniu przez Izbę.

W tym też zakresie Izba uznała, iż Zamawiający wypełnił nałożony na niego przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez konsorcjum ANN-POL unieważnił on czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II zamówienia, wykluczył z udziału w postępowaniu PUW Śmigiel oraz uznał ofertę złożoną przez konsorcjum ANN-POL za najkorzystniejszą. Zaznaczyć należy, iż Odwołujący nie przystąpił do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2136/11, zaś odwołanie wobec tej samej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia (sprawa o sygn. akt KIO 2147/11) wycofał, wobec czego Izba zobowiązana była umorzyć postępowanie odwoławcze wszczęte w wyniku jego wniesienia. Uwzględniając

powyższe, skład orzekający uznał, iż w tym konkretnym stanie faktycznym, na tym etapie postępowania, wobec wykonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu wniesionym przez konsorcjum ANN-POL, co nie było przez Odwołującego kwestionowane, Izba nie jest uprawniona, w świetle art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, do oceny czynności Zamawiającego podjętych w zakresie części II zamówienia pod kątem naruszenia przez Zamawiającego przy jej dokonaniu przepisów ustawy Pzp. Istnieje bowiem proceduralna przeszkoda dla rozpoznania zarzutów podnoszonych wobec tak dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Mając na uwadze powyższe stanowisko, Izba uznała, iż podlegają jej rozpoznaniu zarzuty odnoszące się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części IV. W odniesieniu do tej czynności, wobec niewykluczenia PUW Śmigiel z udziału w postępowaniu oraz nieuznaniu oferty złożonej przez konsorcjum ANN-POL za najkorzystniejszą, oczywistym bowiem jest, że Zamawiający nie uczynił zadość żądaniom zawartym w odwołaniu wniesionym w sprawie o sygn. akt KIO 2136/11. Dlatego też przy ocenie czynności Zamawiającego dokonanych w części IV zamówienia nie znajdzie zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Na wyznaczone posiedzenie Izby nie stawiło się konsorcjum ANN-POL. Izba ustaliła, na podstawie akt sprawy, że zostało ono zawiadomione o terminie posiedzenia w przepisany prawem terminie. Zgodnie z § 21 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280) niestawiennictwo uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. W ocenie składu, jeżeli przepis ten pozwala Izbie na procedowanie pod nieobecność uczestnika postępowania, to tym bardziej może ona odbyć posiedzenie w wyznaczonym terminie pod nieobecność wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, co do którego nie zostało jeszcze rozstrzygnięte, czy przystąpił on skutecznie do postępowania odwoławczego.

Izba w toku posiedzenia z udziałem stron uznała, iż konsorcjum ANN-POL nie dochowało przepisanego art. 185 ust. 2 ustawy Pzp terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a tym samym nie uzyskało statusu uczestnika postępowania. Przepis ten wyraźnie stanowi, iż termin 3 dni przewidziany na dokonanie zgłoszenia przystąpienia liczy się od dnia otrzymania kopii odwołania. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający przekazał powołanemu wykonawcy kopię odwołania w dniu 10 listopada 2011 r., tymczasem zgłoszenie przystąpienia tegoż wykonawcy do postępowania odwoławczego zostało doręczone Prezesowi Izby

w dniu 15 listopada 2011r. za pośrednictwem faksu, zaś w wymaganej przepisem prawa formie pisemnej, w dniu 16 listopada 2011 r. Oczywistym zatem jest, iż termin 3 dni w rozpoznawanym przypadku nie został dochowany. Istotną okolicznością jest również fakt, iż zgodnie z oświadczeniem Odwołującego, nie otrzymał on kopii powołanego zgłoszenia przystąpienia, zaś konsorcjum ANN-POL do zgłoszenia doręczonego Prezesowi Izby nie załączyło dowodu doręczenia jego kopii Odwołującemu. Tym samym wykonawca zgłaszający przystąpienie nie wykazał, iż dochował nałożonego na niego przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp obowiązku przesłania kopii swojego zgłoszenia każdej ze stron postępowania odwoławczego. Kierując się tymi ustaleniami Izba uznała, iż konsorcjum ANN-POL nie uzyskało statusu uczestnika postępowania.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, tak w niniejszej sprawie, jak i w sprawach o sygn. akt KIO 2136/11 oraz KIO 2147/11.

Izba nie uwzględniła, jako dowodów w sprawie, dokumentów przywołanych jako dowody w odwołaniu i do niego załączonych. W ocenie składu orzekającego okoliczności, których zaistnienie miały one potwierdzać, nie są istotne dla sprawy, a tym samym nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności odwołania. Wobec powyższego Izba uznała, iż zostały one powołane jedynie dla zwłoki.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 11 października 2011 r., kierując się ustaleniami dokonanymi w wyniku przeprowadzonego postępowania unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w każdej z pięciu części zamówienia. Następnie wezwał PUW Śmigiel do uzupełnienia wykazu zrealizowanych lub realizowanych usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wykazywanych usług, tak aby potwierdzały one spełnianie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Powołany wykonawca, wraz z pismem z dnia 14 października 2011 r. przedstawił Zamawiającemu wykaz wraz referencjami mającymi potwierdzać spełnianie przez niego powołanego warunku. Co istotne były to te same dokumenty, które były załączone do oferty tego wykonawcy, a zatem te same, na treści których oparło swe zarzuty konsorcjum ANN-POL w sprawie KIO 2136/11. Wobec faktu nieprzypisania przez PUW Śmigiel wykazywanych przez siebie usług

do poszczególnych części zamówienia, w których miałyby one potwierdzać spełnianie warunku w zakresie każdej z części zamówienia, Zamawiający pismem z dnia 25 października 2011 r. wezwał PUW Śmigiel do takiego przyporządkowania każdej z wykazywanych usług. W odpowiedzi na powołane wezwanie, wykonawca ten dokonał takiego przyporządkowania. Zamawiający, na podstawie przedstawionych mu dokumentów, w dniu 3 listopada 2011 r. wykluczył PUW Śmigiel z udziału w postępowaniu w zakresie części II. W odniesieniu to tej części przypisał on bowiem usługę, wobec której zarzuty skierowało konsorcjum ANN-POL w sprawie KIO 2136/11. W tym samym dniu Zamawiający uznał, iż ofertę najkorzystniejszą w części II złożyło konsorcjum ANN-POL, w części IV wybrał ofertę złożoną przez PUW Śmigiel, zaś w części V za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez konsorcjum ANN-POL. W żadnej z powołanych części (II, IV i V) zamówienia, Zamawiający nie wykluczył z udziału w postępowaniu żadnego z wykonawców (z wyjątkiem wspomnianego PUW Śmigiel w zakresie części II zamówienia), ani też nie odrzucił złożonych przez nich ofert.

Wobec czynności Zamawiającego z dnia 3 listopada 2011 r. Odwołujący wniósł odwołanie.

W odniesieniu do wszystkich wykonawców, co do których Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie ich wykluczenia, Odwołujący twierdził, iż nie wykazali oni w sposób właściwy spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba rozpoznała jedynie zarzuty odnoszące się do części IV i V zamówienia. W przypadku każdej z tych części, Odwołujący twierdził, iż Zamawiający powinien był wykluczyć wszystkich wykonawców, których oferty zostały sklasyfikowane na wyższej, aniżeli jego oferta, pozycji.

Zgodnie z pkt V.2 SIWZ o zamówienie mógł się ubiegać wykonawca, który „wykonał lub wykonuje co najmniej 5 (po jednej usłudze do każdej części) usług o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem przedmiotu zamówienia w obiektach w których zastosowane są urządzenia tych samych lub równoważnych typów, gdzie okres realizacji usługi nie był krótszy niż 1 rok”. Dalej, w rozdziale VI SIWZ, Zamawiający wskazał, że na potwierdzenie spełniania tegoż warunku Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć mu wraz z ofertą „wykaz usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, 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 usługi zostały wykonane należycie (po jednej usłudze do każdej części) – załącznik nr 8”.

Odwołujący, odnosząc się do przywołanej treści SIWZ, wywodził, iż wykonawcy powołując się na wykonanie wykazywanej przez siebie usługi powinni wykazać, iż okres jej realizacji trwał co najmniej jeden rok (termin ten powinien być ustalany zgodnie z zasadami ustalonymi w kodeksie cywilnym), a także, że obejmowały one swym zakresem usługę obsługę kotłowni, z zastrzeżeniem, że wykonawcy winni wyodrębnić wartość obsługi kotłowni od wartości innych czynności świadczonych w ramach wykazywanej usługi. Wywodził on ponadto, że w ramach każdej z tych usług, wykonawcy powinni byli obsługiwać urządzenia porównywalne pod względem mocy kotła do tych, które obsługiwane będą w ramach każdej z części zamówienia.

Zamawiający, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, podnosił, iż wszyscy wykonawcy przywołani w odwołaniu, do których ofert odnoszą się zarzuty rozpoznawane przez Izbę, wskazali w złożonych przez siebie wykazach tak rodzaj wykonanych usług, jak też ich wartość. W jego ocenie SIWZ nie wymagała składania powołanego wykazu sporządzonego na większym stopniu szczegółowości, dlatego też nie można czynić powołanym wykonawcom zarzutów z tego tytułu. Wywodził też, iż użyte w treści pkt V.2 SIWZ wyrażenie „*gdzie okres realizacji usługi nie był krótszy niż 1 rok*”, należy interpretować w kontekście wszystkich postanowień SIWZ, a w szczególności okoliczności, iż opis przedmiotu zamówienia przewiduje, że usługa, którą Zamawiający zamierza zakupić, będzie świadczona w okresie od dnia 15 października 2011 r. do dnia 15 kwietnia 2011 r. Pozwalało to, w ocenie Zamawiającego, uznać, iż w treści pkt V.2 SIWZ użyto pojęcia roku w znaczeniu „*okresu grzewczego*”, „*roku grzewczego*”. Przyjęcie takiej interpretacji opisu warunku pozwoli uznać podnoszone przez Odwołującego zarzuty za niezasadne. W przypadku zaś, gdyby uznać, jak chciałby tego Odwołujący, że użyte w opisie warunku słowo „*rok*” należałoby utożsamiać z terminem roku zdefiniowanym w kodeksie cywilnym, należałoby uznać, iż tak postawiony warunek nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a tym samym jest niezgodny z ustawą. Zdaniem Zamawiającego nie można interpretować zapisów SIWZ w taki sposób, aby jego treść można było uznać za niezgodną z przepisami. Przekonanie to przemawiało, w jego ocenie, za oddaleniem odwołania.

W pierwszej kolejności, Izba uwzględniła okoliczność, iż Zamawiający oczekiwał od Wykonawców wykazania celem potwierdzenia powołanego warunku „*po jednej usłudze do każdej części*”. Wobec faktu, iż Zamawiający nie określił w treści SIWZ żadnych reguł, zgodnie z którymi każdą z wykazywanych przez wykonawców usług, można byłoby przypisać poszczególnym częściom zamówienia, na którą składali oni ofertę, Izba rozpoznała zarzuty odnoszące się do każdej z wykazywanych przez konsorcjum ANN-POL oraz Factum Sp. z o.o. usług. W dokumentach przedłożonych przez tych wykonawców

Zamawiającemu brak bowiem jakiegokolwiek wskazania na przyporządkowanie poszczególnych usług do którejkolwiek z części zamówienia. Wobec nie wezwania przez Zamawiającego żadnego z tych dwóch wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, Izba uznała, iż jest zobowiązana rozpoznać zarzuty odnoszące się do każdej z wykazanych przez nich usług. Biorąc pod uwagę fakt, iż PUW Śmigiel w piśmie z dnia 26 października 2011 r. dokonał takiego przyporządkowania, przypisując do części IV i V usługi ujęte przez niego w pozycji 3 i 5 złożonego Zamawiającemu wykazu usług, Izba, orzekając w granicach odwołania, a zatem tylko w odniesieniu do części IV i V zamówienia, rozpoznała zarzuty odnoszące się do dokumentów złożonych przez tegoż wykonawcę jedynie w zakresie powołanych usług ujętych w pozycji 3 i 5 wykazu.

Izba, uwzględniając powyższe stanowiska stron, a także opierając się na dokonanej przez siebie analizie zapisów SIWZ, uznała, iż oczekiwania Odwołującego co do zakresu każdej z usług, który zobowiązani byli wykazać wykonawcy, są zbyt daleko idące i nie znajdują oparcia w literalnym brzmieniu pkt V.2 SIWZ. Z treści: „*usługi o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem przedmiotu zamówienia*” nie można bowiem, w ocenie Izby, wywodzić, iż wykonawcy zobowiązani byli wykazać, że świadczyli usługę obsługi kotłowni o określonej wartości, a w przypadku, gdyby na wykazywaną usługę składałyby się też inne czynności, zobowiązani byli ponadto wyodrębnić wartość samej obsługi kotłowni. Wystarczającym było, aby oświadczyli oni, że świadczyli usługę obejmującą co najmniej obsługę kotłowni, co odpowiadałoby w znacznym stopniu przedmiotowi zamówienia. Fakt, iż wykazywana usługa obejmowała także inne czynności, nie może uniemożliwiać, w świetle treści pkt V.2 SIWZ, wykonawcom powoływania się na taką usługę, nawet w przypadku, gdy w ogólnej wartości takiej usługi nie zostałyby wyodrębniona wartość samej obsługi kotłowni. Istotne jest bowiem to, że Zamawiający nie wymagał kwotowego wyodrębnienia wartości obsługi kotłowni z całkowitej wartości wykazywanej usługi. W opisie warunku brak odniesienia do takiej wartości. Dlatego też Izba nie uwzględniła podnoszonych przez Odwołującego zarzutów zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu w ramach części IV i V zamówienia, z uwagi na niewyodrębnienie z całkowitej wartości wykazywanej usługi wartości samej obsługi kotła, odpowiednio następujących wykonawców: PUW Śmigiel (pozycja 3 wykazu złożonego przez tego wykonawcę), konsorcjum ANN-POL (pozycja 3 wykazu złożonego przez tego wykonawcę) oraz Factum Sp. z o.o. (pozycje od 1 do 4 wykazu złożonego przez tego wykonawcę).

Izba uznała, iż z dalszej treści pkt V.2 SIWZ, tj. : „*w obiektach w których zastosowane są urządzenia tych samych lub równoważnych typów*”, nie wynika, aby Zamawiający oczekiwał, aby wykonawcy wykazywali obsługę kotłów o określonej mocy. W treści opisu

warunku mowa bowiem jedynie o urządzeniach tych samych lub równoważnych typów. Oczywistym jest, iż jest tu odesłanie do typów urządzeń, które mają być obsługiwane w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. W treści załącznika 10 do SIWZ, gdzie zawarty zostało enumeratywne wyliczenie urządzeń, które mają być obsługiwane przez wybranych wykonawców, znajduje się kolumna „*Typ kotłów*”, w której dla części IV i V zamówienia wskazano na kotły wodne i parowe. W tej samej tabeli znajduje się odrębna kolumna opisana hasłem „*Max Moc cieplna kotłów kW*”. Wyraźne oddzielenie w załączniku nr 10 do SIWZ informacji o typie kotła, od danych o jego mocy, oraz odwołanie się w treści pkt V.2 SIWZ jedynie do typu, pozwala, w ocenie Izby, uznać, iż Zamawiający nie mógł, w procesie badania złożonych przez wykonawców wykazów usług, weryfikować każdej z wykazanych usług, pod kątem mocy obsługiwanego kotła. Zdaniem składu orzekającego takie postępowanie byłoby zbyt daleko idące i nie miałyby oparcia w treści pkt V.2 SIWZ, w którym znajduje się odwołanie jedynie do typu urządzenia, nie zaś do jego charakterystycznych parametrów. Co istotne w zapisie tym zawarty został zwrot „*lub równoważnych typów*”, przy braku wskazania, jakie to typy kotłów, innych niż parowe i ub wodne, Zamawiający uznaje za równoważne wskazanym w załączniku nr 10 do SIWZ. Tym samym, wobec sformułowania zawartego w SIWZ warunku w sposób nieprecyzyjny, Zamawiający nie mógł na etapie oceny ofert, czynić zarzutów wykonawcom z powodu nieprzywołania w wykazie usług mocy kotła, który był w ramach każdej z usług obsługiwany. Dlatego oczekiwania Odwołującego w tym zakresie, Izba uznała za nieuzasadnione i nie uwzględniła podnoszonych przez Odwołującego zarzutów zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu w ramach części IV i V zamówienia, z uwagi na nie wykazanie mocy obsługiwanego kotła, czy też z uwagi na fakt, iż moc kotła obsługiwanego była zbyt mała, odpowiednio następujących wykonawców: PUW Śmigiel (pozycja 5 wykazu złożonego przez tego wykonawcę), konsorcjum ANN-POL (pozycje 3, 4 i 5 wykazu złożonego przez tego wykonawcę).

W uznaniu Izby zasadnie Odwołujący podnosił, iż z wykonawcy : PUW Śmigiel (pozycja 3 i 5 wykazu złożonego przez tego wykonawcę), konsorcjum ANN-POL (pozycje od 1 do 5 wykazu złożonego przez tego wykonawcę) oraz Factum Sp. z o.o. (pozycje od 1 do 4 wykazu złożonego przez tego wykonawcę) nie wykazali, iż usługi, na wykonanie których się powołali, były świadczone przez okres co najmniej roku.

W pkt V.2 SIWZ Zamawiający ponad wszelką wątpliwość wymagał, aby „*okres realizacji usługi nie był krótszy niż 1 rok*”. W ocenie Izby Zamawiający w toku rozprawy nie wykazał, aby były podstawy do interpretacji terminu „*1 rok*”, w inny, aniżeli zgodny z przepisami kodeksu cywilnego, sposób. Brak podstaw, aby uznać, iż termin ten można utożsamiać

z pojęciami „okres grzewczy” czy też „rok grzewczy”. Zauważyć też należy, że w treści pkt V.2 SIWZ odniesienie do przedmiotu zamówienia jest przywołane jedynie w aspekcie zakresu wykazywanej usługi, nie zaś okresu jej realizacji. W tym zakresie Zamawiający w sposób wyraźny wskazał na okres jednego roku, bez żadnych dodatkowych wskazań, czy też określeń mogących stanowić podstawę dla dokonania wykładni tego pojęcia w sposób, który został zaprezentowany w pisemnym stanowisku Zamawiającego przedłożonym Izbie. W ocenie Izby tak dokonana interpretacja terminu „1 rok” jest zbyt daleko idąca. Szczególnie wobec faktu, iż Zamawiający sporządzając opis warunku, zobowiązany jest czynić to w sposób precyzyjny i odwoływać się do powszechnego rozumienia używanych w takim opisie pojęć. Jeśli zaś chciałby nadać użytemu terminowi inne znaczenie, niż to które jest mu powszechnie przypisywane, powinien był to wyraźnie w opisie warunku zaznaczyć. Dlatego, wobec faktu, iż w rozpoznawanym przypadku Zamawiający nie wskazał, iż pod pojęciem roku rozumie on okres grzewczy, a zatem *de facto* w polskich warunkach okres około 4-6 miesięcy, powinien on używać tegoż pojęcia w takim rozumieniu, jakie nadaje mu kodeks cywilny, w szczególności art. 112 i 114 k.c. Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, iż wykonawcy, którzy nie wykazali świadczenia usługi, której okres realizacji był nie krótszy niż jeden rok, w rozumieniu kodeksu cywilnego, nie wykazali tym samym, że spełniają warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia opisany w pkt V.2 SIWZ.

Na marginesie Izba pragnie zauważyć, iż Odwołujący nie kwestionował w toku rozprawy przez Izbą zasadności sformułowania takiego warunku, jak chciałby tego Zamawiający, a jedynie wskazywał, iż Zamawiający w toku badania ofert, nie weryfikował dokumentów przedłożonych mu przez wykonawców pod kątem spełniania wszystkich wymogów określonych w ramach tegoż warunku. I tylko pod tym kątem Izba rozpoznała podnoszone przez Odwołującego zarzuty.

Odnosząc się do wykazów usług złożonych przez poszczególnych wykonawców, Izba ustaliła co następuje.

W odniesieniu do pozycji 3 i 5 wykazu usług złożonego przez PUW Śmigiel Izba ustaliła, iż Wykonawca w kolumnie „Okres realizowania usługi” wpisał odpowiednio: „14.10.2009 – 28.02.2010” oraz „01.10.2010 – 30.04.2011”. Terminy te znalazły potwierdzenie w załączonych do wykazu referencjach. Są one w oczywisty sposób krótsze od wymaganego w treści pkt V.2 SIWZ okresu co najmniej jednego roku, tym samym należy uznać, iż tak wykazanych usług nie można oceniać jako potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Tym samym potwierdziły się zarzuty podnoszone w tym zakresie przez Odwołującego.

Uwzględniając fakt, że PUW Śmigiel był już wzywany pismem z dnia 11 października 2011 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług na okoliczność spełnienia powołanego warunku, Izba uznała, iż nie jest możliwym ponowne wezwanie na podstawie powołanego przepisu tegoż wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług w tym wykazie ujawnionych, dlatego też nakazała Zamawiającemu wykluczenie PUW Śmigiel z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie części IV i V zamówienia.

W odniesieniu do każdej z pięciu pozycji wykazu złożonego przez konsorcjum ANN-POL Izba ustaliła, iż Wykonawca w kolumnie „Okres realizowania usług” wpisał w każdej nich okres czasu krótszy niż jeden rok – odpowiednio: „15.10.2008 – 30.04.2009”, „01.11.2009 – 18.04.2010”, „16.10.2010 – 30.04.2011”, „08.10.2009 – 15.05.2010”, „01.10.2009 – 30.04.2010”. Terminy te są w oczywisty sposób krótsze od wymaganego w treści pkt V.2 SIWZ okresu co najmniej jednego roku, tym samym należy uznać, iż tak wykazanych usług nie można uznać za potwierdzające spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Tym samym potwierdziły się zarzuty podnoszone w tym zakresie przez Odwołującego.

Uwzględniając fakt, że konsorcjum ANN-POL nie było, zgodnie z treścią protokołu postępowania, w toku postępowania o udzielenie zamówienia wzywane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług na okoliczność spełnienia powołanego warunku, Izba uznała, iż zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu wezwania powołanego wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

W odniesieniu do wykazu usług złożonego przez Factum Sp. z o.o. Izba stwierdziła, iż Odwołujący zasadnie podnosił, iż wykonawca ten nie wykazał, że świadczył usługi, których okres realizacji nie był krótszy niż 1 rok. Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp stanowi zaś, że wykonawców, którzy nie dopełnili temu obowiązku, należy wykluczyć z postępowania. Nie jest zatem istotny stan obiektywny, tj. faktyczne spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, istotnym jest to, czy wykonawca należyście spełnianie tych warunków Zamawiającemu wykazał. Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć wykonawcę, który spełniania warunków należyście nie udokumentuje. Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, że wykonawca, który nie udokumentował, iż świadczył usługi, których okres realizacji nie był krótszy niż jeden rok, nie może zostać oceniony jako ten, który wykazał spełnianie warunku opisanego w pkt V.2 SIWZ.

Odnosząc się do treści wykazu złożonego przez Factum Sp. z o.o. Izba ustaliła, iż w pozycji 1 oświadczył, iż świadczył usługę w okresie grzewczym 2010/2011, tym samym w ocenie Izby nie wykazał, iż usługa ta świadczona była przez okres pełnego roku. Również w odniesieniu do pozycji drugiej wykazu (zawarto w niej informację: „sezon grzewczy 2008/2009, 2009/2010”), Izba uznała, iż w jej treści brak informacji o okresie realizacji usługi. Możliwym bowiem jest, iż całkowity okres świadczenia usługi przy tak uzupełnionym wykazie, był krótszy, aniżeli okres jednego roku. Biorąc pod uwagę, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, iż w rozpoznawanym przypadku nie można uznać, że powołany wykonawca w treści pozycji 2 wykazu wykazał w stopniu wystarczającym, iż świadczył ujawnioną tam usługę przez okres co najmniej jednego roku. W pozycji trzeciej Factum Sp. z o.o. oświadczyła, iż usługa ujęta w tejże pozycji świadczona była w okresie sezonu grzewczego 2008/2009, 2009/2010, 2010/2011. Na potwierdzenie wykonania tej usługi załączone zostały dwa dokumenty referencji – z dnia 18 sierpnia 2011 r., potwierdzający realizację usługi w sezonie 2010/2011 oraz z dnia 25 marca 2009 r. nie odnoszący się do żadnego okresu realizacji usługi. Jednakże z uwagi na datę jego wystawienia drugiego z powołanych dokumentów nie można uznać, iż potwierdza on świadczenie usługi w każdym z trzech sezonów grzewczych, czy też choćby w dwóch nieobjętych referencjami z dnia 18 sierpnia 2011 r. okresami grzewczymi. W tak ustalonym stanie faktycznym, Izba uznała, iż zasadnie Odwołujący podnosił, że także w odniesieniu do tej usługi w treści pozycji trzeciej wykazu brak wyraźnej informacji o okresie realizacji usługi wykonanej w sposób należyty. Możliwym bowiem jest, iż całkowity okres świadczenia usługi przy tak uzupełnionym wykazie, był krótszy, aniżeli okres jednego roku. Jak to już wskazano, to na Wykonawcy ciąży obowiązek takiego sformułowania treści wykazu usług, aby potwierdzał on w pełnym zakresie spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Analogiczne ustalenia Izba poczyniła w odniesieniu do treści pozycji 4 wykazu usług, gdzie wykonawca oświadczył, iż usługa była świadczona w sezonie grzewczym 2008/2009, 2009/2010, podczas gdy załączone do wykazu referencje potwierdzają należyte wykonanie usługi w okresie od 2003 r. do roku 2009. Tym samym w zakresie okresu świadczenia realizacji wykazywanej usługi, podobnie jak miało to miejsce w przypadku pozycji 3 tego wykazu, istnieje oczywista sprzeczność pomiędzy dokumentami złożonymi przez Factum Sp. z o.o. Dlatego także w tym przypadku Izba uznała, iż Odwołujący zasadnie podnosił, iż powołany Wykonawca nie wykazał w sposób nie pozostawiający wątpliwości, iż wykazywana usługa była świadczona przez okres jednego roku.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż potwierdziły się zarzuty podnoszone w odniesieniu do Factum Sp. z o.o. Uwzględniając fakt, że wykonawca ten

nie był, zgodnie z treścią protokołu postępowania, w toku postępowania o udzielenie zamówienia wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu usług na okoliczność spełnienia powołanego warunku, Izba uznała, iż zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu wezwania go do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zaliczone w poczet kosztów postępowania odwoławczego nie mogą być wyższe niż kwota 3 600,00 zł.

Przewodniczący: