

WYROK
z dnia 03 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **02 września 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 sierpnia 2013 r.** przez wykonawcę **Bartosza K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Q-BART” Bartosz K., ul. Grunwaldzka 164/8, 80-258 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Wsparcia Teleinformacyjnego i Dowodzenia Marynarki Wojenne, ul. Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo**

przy udziale wykonawcy **Zakład Handlu i Usług „JURAND” Jerzy i Elżbieta S. S.C., ul Rejtana 9, 85-032 Bydgoszcz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2005/13 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Bartosza K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Q-BART” Bartosz K., ul. Grunwaldzka 164/8, 80-258 Gdańsk** 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 K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Q-BART” Bartosz K., ul. Grunwaldzka 164/8, 80-258 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Bartosza K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Q-BART” Bartosz K., ul. Grunwaldzka 164/8, 80-258 Gdańsk** na rzecz **Centrum Wsparcia Teleinformacyjnego i Dowodzenia Marynarki Wojenne, ul. Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo** kwotę **2 000 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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. 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: *„Eksploatacja zlecona systemu ciepłego w kompleksie wojskowym 4630 w miejscowości RZUCEWO, od źródła ciepła do grzejników włącznie w budynkach”*, zostało wszczęte przez Centrum Wsparcia Teleinformacyjnego i Dowodzenia Marynarki Wojenne, ul. Sobieskiego 277, 84-200 Wejherowo zwany dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 119-203849 z dnia 21.06.2013 r.

W dniu 08.08.2013 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Zakład Handlu i Usług „JURAND” Jerzy i Elżbieta S. S.C., ul Rejtana 9, 85-032 Bydgoszcz zwana dalej: *„Zakład Handlu i Usług „JURAND” Jerzy i Elżbieta S. S.C.”* albo *„Przystępującym”*. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: Bartosza K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą *„Q-BART”* Bartosz K., ul. Grunwaldzka 164/8, 80-258 Gdańsk zwana dalej: *„Q-BART” Bartosz K.”* albo *„Odwołującym”*.

W dniu 19.08.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło odwołanie: *„Q-BART” Bartosz K.* na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.08.2013 r. (e-mailem). Zamawiającemu zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art.26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności prawidłowego i merytorycznego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów a tym samym naruszenie zasady równej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Wnosił o ponowne badanie ofert z uwzględnieniem nowego stanu faktycznego co do dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez Zakład Handlu i Usług „Jurand” Jerzy i Elżbieta S. S.C. złożonych w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów przekazanych przez RZI w Bydgoszczy (umowy). Uwzględnienie w toku ponownego badania ofert wyroku KIO z dnia 19.11.2010 r., sygn. akt. KIO/2430/10 oraz wyroku KIO z dnia 06.06.2011r., sygn. akt: KIO/1078/11 i wykluczanie z postępowania Wykonawcy „Jurand” jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu odpowiedniego doświadczenia określonego SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu w ogłoszeniu oraz SIWZ w pkt.5 „Warunki udziału w postępowaniu, opis oceny ich

spełnienia" pkt 1.2 Zamawiający postawił warunek: „Wykonawca musi wykazać się należyście wykonanymi lub wykonywanymi minimum 2 (dwoma) zamówieniami o wartości brutto 1.000.000,00 zł każde na eksploatację systemu ciepłego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest, krótszy - w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należyście”. Na tą okoliczność Wykonawca firma „Jurand” przedłożyła wykaz wykonanych zamówień wraz z referencjami.

W wykazie tym Wykonawca Jurand wymienił dwie realizacje dla Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy ul. Podchorążych 33 wykonywanych w latach 2002 - 2012. W wykazie tym w kolumnie „Przedmiot zamówienia” Wykonawca „Jurand” określa przedmiot wykonywanych zamówień mających być podstawą posiadanego doświadczenia na spełnienie postawianego przez Zamawiającego warunku jako: Czynności konserwacyjne i eksploatacyjne kotłów, węzłów ciepłych, pomieszczeń kotłowni i węzłów ciepłych w kompleksach wojskowych odpowiednio w Bydgoszczy (wartość 4.300.000,00 zł) i Inowrocławiu (wartość 4.100.000,00 zł). Na powyższe załączył referencje z 28.08.1012 r. wystawione przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, w których przedmiot zamówienia został przedstawiony w sposób tożsamy z wykazem. W tym miejscu chciałbym nadmienić, że w 2010 roku Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Gdyni prowadził postępowanie na eksploatację systemu ciepłego w WAK nr 1 Gdańsk, o które to zamówienie również ubiegał się Wykonawca „Jurand” z Bydgoszczy. W przytoczonym postępowaniu Zamawiający również zażądał na potwierdzenie posiadanego doświadczenia wykazaniem się przez Wykonawców realizacją eksploatacji systemów ciepłych w ostatnich trzech latach o stosownych wartościach. Na potwierdzenie spełnienia warunków Wykonawca Jurand” przedstawił w wykazie te same realizacje, które przedłożył w obecnie prowadzonym postępowaniu w Wejherowie. Na powyższe przedstawił referencje Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy, z których wynikało, że przedmiotem tych umów nie była sama eksploatacja systemu ciepłego, ale także wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji tych systemów. I tak:

- Umowa z RZI Bydgoszcz zawarta na okres 10 lat na kwotę 4.300.000,00 zł brutto obejmuje również modernizację na kwotę 890.000,00 zł brutto;
- Umowa z RZI Bydgoszcz Jednostka Wojskowa 1641 w Inowrocławiu zawarta na okres 10 lat na kwotę 4.100.000,00 zł lat obejmuje również modernizację systemu na kwotę 1.320.000,00 zł brutto. Ówczesny Zamawiający, tj. RZI w Gdyni badając wniosek Wykonawcy „Jurand” odjął od ogólnych wartości umów wartość zawartych w nich modernizacji uzyskując w ten sposób wartość samej eksploatacji i tą wartość poddał

badaniu na spełnienie warunku posiadanego doświadczenia i tym samym wykazał, że Wykonawca takiego doświadczenia nie posiadał mimo, że Zamawiający zaliczył okres pełen trzech lat trwania tych umów. W obecnie prowadzonym postępowaniu zaliczono okresy odpowiednio 28 i 26 miesięcy z uwagi na to, że obie zakończyły się w 2012 r. Zatem przy założeniu, że okres zaliczonego okresu jest krótszy niż był w postępowaniu prowadzonym przez RZI w Gdyni oraz, że należy odliczyć wartość wykonanych w ramach tych umów robót budowlanych, nie ma możliwości aby Wykonawca „Jurand” spełnił postawiony przez Zamawiającego CWTiD w Wejherowie warunek.

Prawidłowość postępowania RZI w Gdyni została potwierdzona wyrokiem KIO z dnia 19.11.2010 r., sygn. akt: KIO /2430/10 (Wyrok został przekazany CWTiD w Wejherowie w dniu 02.08.2013 r. osobiście do Sekcji Zamówień Publicznych). Chciałbym zaznaczyć, że w oparciu o ustawę „O dostępie do informacji publicznej” zwróciłem się w dniu 09.08.2013 r. do Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy o przesłanie umów nr OEN/PN-201/2/D/6 i umowy nr OEN/PN-201/5//D/5 zawartych pomiędzy RZI w Bydgoszczy i Wykonawcą „Jurand”. Treść otrzymanych umów jednoznacznie potwierdza przedstawione powyżej tezy. Wskazując powyższe chciałem także podkreślić, że w § 3 tych umów określony został sposób płatności: *„Strony postanawiają, że rozliczenie Wykonawcy za przedmiot umowy Odbywało się będzie fakturami przejściowymi w transzach miesięcznych w wysokości 1/120 części (10 lat wynagrodzenia) określonego w punkcie 1 tegoż paragrafu”*. Ponadto przedmiot zamówienia określony przez Wykonawcę „Jurand” w wykazie wykonanych zamówień nie jest taki sam jak w/w umowach. Z załącznika nr 2 do umowy Nr OEN/PN-201/2/D/6 wynika m/innymi, że zamówienie polegało na likwidacji głównych źródeł ciepła i przyłączeniu sieci do operatora zewnętrznego a w takim przypadku nie jest to eksploatacja systemu a jedynie obrót ciepłem. Jak z tego wynika odpowiednio kwoty 4.100.000,00 zł i 4.300.00,00 zł zostały podzielone przez 120 miesięcy co dało wysokość miesięcznych rat przez cały okres trwania umowy. Raty te obejmują równocześnie wartość eksploatacji jak i modernizacji. Wraz z pismem przesyłam załączone kserokopie w/w umów. Wykonawca „Jurand” w toku postępowania przesłał jako potwierdzenie spełniania warunku wykaz faktur oraz kopie faktur, z których w żaden sposób nie wynika, co było przedmiotem zamówienia. Z uwagi na powyższe nie można sumować całych ich wartości na potrzeby spełnienia warunku przez Wykonawcę Jurand. W związku z tym podnoszę także prawdziwość treść złożonego wykazu wykonanych usług jak i oświadczenia złożonego w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę „Jurand”, w którym to przedkłada wykaz faktur wraz z oświadczeniem, że są to faktury wyłącznie za eksploatację . Taką interpretację potwierdza wyrok KIO z 06.06.2011 r., sygn. akt: KIO/1078/11, w którym Izba wskazała iż Zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania

nieprawdziwych informacji. Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Izba podkreśla że: „*złożone nieprawdziwe informacje będą skutkowały wykluczeniem wykonawcy tylko wtedy, kiedy mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, a wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu*”.

Zamawiający w dniu 19.08.2013 r. wezwał (e-mailem) w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907) zwanej dalej: „Pzp” do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.08.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Zakład Handlu i Usług „JURAND” Jerzy i Elżbieta S. S.C. wnoszącego o oddalenie odwołania. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 29.08.2013 r. (e-mailem oraz pisemnie wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Postępowanie o zamówienie publiczne jest wysoce sformalizowane, co powoduje, że jego uczestnicy winni przestrzegać zarówno postanowień ustawy, aktów prawnych wydanych na jej podstawie, jak i SIWZ. Zgodnie z fundamentalną zasadą zawartą w art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W celu zapewnienia równych możliwości uzyskania zamówienia zamawiający był sam zobowiązany nie tylko do przestrzegania ustawy Pzp, ale również winien był być strażnikiem przestrzegania zasad przez wszystkich uczestników postępowania. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7, jednocześnie nie przytoczył żadnego argumentu na poparcie tego zarzutu. Samo przywołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych nie może świadczyć o tym, że zamawiający naruszył ów przepis Pzp. Kolejny podnoszony przez wykonawcę zarzut naruszenia art. 26 ust 3 i 4 Pzp jest chybiony. Zamawiający prowadząc postępowanie dochował należytej staranności w procesie badania i oceny ofert i wyjaśnił wszystkie wątpliwości dotyczące oferty Przystępującego. Już w dniu 01.08.2013 r. skierował pismo wzywając wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku wymaganego doświadczenia w realizacji zamówień. Jednocześnie wzywając do przedstawienia oryginałów referencji ponieważ budziły wątpliwości co do ich prawdziwości. Przystępujący przedstawił do wglądu oryginały referencji oraz faktury potwierdzające wartościowe spełnienie postawionego przez zamawiającego warunku.

Ponadto zamawiający zwrócił się do RZI Bydgoszcz o potwierdzenia wystawionych referencji. W odpowiedzi otrzymał potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie referencji. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że zaniechał wykluczenia Przystępującego, ponieważ w ocenie Odwołującego, wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokładnie przeprowadził sprawdzenie wartościowe wykazanych wykonanych zamówień. Z umów załączonych przez Odwołującego, a dotyczących zamówień wykonanych przez Przystępującego jednoznacznie wynika, że na podstawie § 3 ust 3 płatność za realizowaną usługę może być waloryzowana począwszy od I kwartału 2003 r. dla umowy nr OEN/PN-201/2/D/6 oraz od VI kwartału 2002 r. dla umowy OEN/PN-201/5/D/4. Waloryzacje owe podwoiły wysokość transz płaconych za wykonywaną usługę. Wysokość wynagrodzenia określonego w § 3 ust 1 umów mogła zaś ulec zmianie skoro w umowach przewidziano możliwość waloryzacji wynagrodzenia częściowego a strony nie wprowadziły klauzuli, iż wynagrodzenie łączne nie może ulec zwiększeniu. Analizę warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia przedstawiono w zał. nr 1 do odpowiedzi na odwołanie. Należy zauważyć, że przytoczony przez wykonawcę w swoim piśmie wyrok KIO z dnia 19.11.2010 r., sygn. akt: KIO/2430/10 nie może mieć tu zastosowania. Dotyczy on bowiem zupełnie innego stanu faktycznego. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający swoim działaniem naruszył przepisy Pzp w wyniku czego jego interes w uzyskaniu zamówienia mógłby ponieść szkodę. Skoro wskazane przez odwołującego naruszenia Pzp nie znajdują potwierdzenia, a wyboru oferty najkorzystniejszej dokonano z poszanowaniem prawa oraz zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego w SIWZ, zarzuty podniesione przez odwołującego nie są zasadne i nie miały żadnego wpływu na przebieg postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, wyjaśnienia Zamawiającego postanowień SIWZ z dnia 24.06.2013 r. oraz z dnia 11.07.2013 r., ofertą Przystępującego, wezwaniem do wyjaśnień z dnia 01.08.2013 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp, wyjaśnieniami Przystępującego z dnia 02.08.2013 r. (wpływ do Zamawiającego 05.08.2013 r.) wraz z załącznikami, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 08.08.2013 r., pismem Odwołującego z dnia 13.08.2013 r. wraz z załącznikami, odpowiedzią Zamawiającego – pismo z dnia 14.08.2013 r. wraz z załącznikami, odwołaniem wraz z załącznikami, przystąpieniami, pismem skierowanym przez Przystępującego do Zamawiającego – wpływ 22.08.2013r. – wraz z załącznikami, odpowiedzią na odwołanie wraz z załącznikami, dwoma zaświadczeniami o spłacie kredytu z dnia 02.10.2008 r. złożonymi na rozprawie przez

Zamawiającego, a uzyskanymi od Przystępującego w dniu 22.08.2013 r., referencjami z dnia 03.06.2004 r. oraz 31.10.2007 r. złożonymi na rozprawie przez Przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu złożonych ofert, zaraz po ofercie najkorzystniejszej, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów wobec oferty najkorzystniejszej, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w oryginale na czas wydania orzeczenia (kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem – wpływ 04.09.2013 r.) o sygn. akt: KIO 2005/13, postanowień SIWZ, wyjaśnień Zamawiającego postanowień SIWZ z dnia 24.06.2013 r. oraz z dnia 11.07.2013 r., oferty Przystępującego, wezwania do wyjaśnień z dnia 01.08.2013 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp, wyjaśnień Przystępującego z dnia 02.08.2013 r. (wpływ do Zamawiającego 05.08.2013 r.) wraz z załącznikami (kopi oryginałów dwóch oddzielnych referencji z dnia 28.08.2012 r., umów cesji z dnia 12.02.2003 r. oraz z dnia 25.10.2004 r., dwóch oświadczeń z dnia 07.08.2013 r. oraz faktur zgodnie z dwoma wykazami z treści wyjaśnień), zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 08.08.2013 r., pisma Odwołującego z dnia 13.08.2013 r. wraz z załącznikami (umowa Nr OEN/PN-201/5/D/4, aneks nr 1 i 2 do tej umowy, umowa Nr OEN/PN-201/2/D/6, zał. Nr 1, 2 i 3 do tej umowy), odpowiedzi Zamawiającego – pismo z dnia 14.08.2013 r. wraz z załącznikami (Zał. Nr 1 i 2), odwołania wraz z załącznikami (takie same jak przy piśmie Odwołującego z dnia 13.08.2013 r.), przystąpienia, pisma skierowanego przez Przystępującego do Zamawiającego – wpływ 22.08.2013r. – wraz z załącznikami (zaświadczeń złożonych na rozprawie), odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami (takimi jak przy piśmie z dnia 14.08.2013 r.), dwóch zaświadczeń o spłacie kredytu z dnia 02.10.2008 r. złożonych na rozprawie przez Zamawiającego, a uzyskanych od Przystępującego w dniu 22.08.2013 r., referencji z dnia 03.06.2004 r. oraz 31.10.2007 r. złożonych na rozprawie przez Przystępującego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Izba wzięła wyrok z dnia 19.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2430/10.

Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowód z wszystkich faktur, które zostały wystawione przez okres 10 lat trwania obu umów na okoliczność, iż faktury te nie rozróżniały, iż by w pierwszym okresie opłacana była modernizacja, a w następnym modernizacja. Nadto, oddaliła również wniosek o powołanie biegłego na okoliczność, czy podłączenia wężła ciepłego do miejskiej sieci ciepłowniczej mieści się w zakresie definicji określonej w SIWZ i w wyjaśnieniu z dnia 24.06.2013 r. W obu wypadkach uzasadnienie zostanie podane w toku rozpatrywania zarzutów.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

Zamawiający w Rozdz. 5 SIWZ: *„Warunki udziału w postępowaniu, opis oceny ich spełnienia”* pkt 1.2 Zamawiający postawił wymóg: *„Wykonawca musi wykazać się należyte wykonanymi lub wykonywanymi minimum 2 (dwoma) zamówieniami o wartości brutto 1.000.000,00 zł każde na eksploatację systemu ciepłego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest, krótszy - w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należyte”*.

Zaś w Rozdz. 6 SIWZ: *„Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”* stwierdził w ust. 1 lit. e, że: *„W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do oferty należy załączyć: (.....) Wykaz należyte wykonane lub wykonywane minimum 2 (dwa) zamówienia o wartości min. brutto 1 000.000,00 zł. każde na usługę eksploatacji systemu ciepłego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należyte - (załącznik nr 3 do SIWZ). Dowodami, o których mowa wyżej są:*

1) poświadczenia, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub

2) oświadczenie Wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w punkcie 1.

W przypadku gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego zamówienia wskazane w wykazie, o którym mowa powyżej, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów.

Uwaga:

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wszczynanych w okresie 12 miesięcy od dnia wejścia w życie rozporządzenia PRM z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 poz. 231) Wykonawca w miejsce poświadczeń, o których mowa w punkcie 1 może przedkładać dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług, określone w § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia PRM z dnia 30 grudnia 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)

W przypadku oferty składanej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego oświadczenie o spełnianiu warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 składa co przynajmniej jeden z tych wykonawców albo wszyscy ci wykonawcy wspólnie.”.

W ramach wyjaśnień z dnia 24.06.2013 r. w odpowiedzi na pytanie: „W § 5 pkt. 1.2 Zamawiający napisał: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże: należycie wykonane lub wykonywane minimum 2 (dwa) zamówienia o wartości min. brutto 1 000.000,00 zł. każde na usługę eksploatacji systemu ciepłego w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosku, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - (załącznik nr 3 do SIWZ). Proszę o sprecyzowanie, jaką usługę „eksploatacji systemu ciepłego” musi przedstawić oferent w referencjach. Czy jest to obsługa kotłowni czy ma to być usługa obsługi kotłowni wraz z sieciami i grzejnikami, dostawą opału itd. Aktualny zapis w SIWZ moim zdaniem tego nie precyzuje.”, Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Warunek udziału w postępowaniu jest zawsze proporcjonalny i tożsamy z przedmiotem zamówienia, także pod pojęciem usługa eksploatacji systemu ciepłego Zamawiający rozumie usługę obsługi kotłowni wraz z sieciami i grzejnikami, dostawą opału itd.”.

Przystępujący w ramach swojej oferty przedłożył wykaz wykonanych zamówień wraz z referencjami (str. od 13 do 15 oferty).

W wykazie Przystępujący wymienił dwie realizacje dla Rejonowego Zarządu Infrastruktury w Bydgoszczy ul. Podchorążych 33 wykonywanych w latach 2002 -2012. W wykazie tym w kolumnie „Przedmiot zamówienia” Przystępujący określił przedmiot wykonywanych zamówień mających być podstawą posiadanego doświadczenia na

spełnienie postawianego przez Zamawiającego warunku jako: „Czynności konserwacyjne i eksploatacyjne kotłów, węzłów cieplnych, pomieszczeń kotłowni i węzłów cieplnych w kompleksach wojskowych 6000 i 622 w Bydgoszczy” (wartość 4.300.000,00 zł brutto), „Czynności konserwacyjne i eksploatacyjne kotłów, węzłów cieplnych, pomieszczeń kotłowni i węzłów cieplnych w kompleksach wojskowych 6005 w Inowrocławiu” (wartość 4.100.000,00 zł brutto). Na powyższe załączył referencje z 28.08.1012 r. wystawione przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, w których przedmiot zamówienia został przedstawiony w sposób tożsamy z wykazem. Zamawiający wezwał w dniu 01.08.2013 r. Przystępującego do wyjaśnień w zakresie ustalenia wartości wykonanych usług w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert. Nadto, żądał przedstawienia oryginałów przedłożonych referencji.

W ramach wyjaśnień Przystępującego z dnia 02.08.2013 r. (wpływ do Zamawiającego 05.08.2013 r.) wraz z załącznikami - przedstawił kopie oryginałów dwóch oddzielnych referencji z dnia 28.08.2012 r., umowy cesji z dnia 12.02.2003 r. między Jednostką Wojskowa w Inowrocławiu, a Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Bydgoszczy oraz z dnia 25.10.2004 r. między Jednostką Wojskowa w Bydgoszczy, a Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Bydgoszczy, dwa oświadczenia z dnia 07.08.2013 r., że wykaz faktur zawiera wyłącznie dowód płatności za eksploatację systemu ciepłego bez modernizacji oraz faktury zgodnie z dwoma wykazami z treści wyjaśnień.

Powyższe wyjaśnienia zostały następnie poszerzone samodzielnie przez Przystępującego po wniesieniu odwołania i formalnym przystąpieniu - pismo skierowane przez Przystępującego do Zamawiającego – wpływ 22.08.2013 r. – wraz z załącznikami (zaświadczenia bankowe złożone następnie na rozprawie przez Zamawiającego).

Odnośnie zarzutów sformułowanych przez Odwołującego, Izba uznaje wszystkie przedstawione poniżej zarzuty za chybione:

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zarzuty zawarte w odwołaniu z uwagi na ich charakter Izba rozpatrzy łącznie:

1) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności prawidłowego i merytorycznego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów a tym samym naruszenie zasady równej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Wnosił w tym kontekście o ponowne badanie ofert z uwzględnieniem nowego stanu faktycznego co do dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez Przystępującego i jego wykluczanie z postępowania, jako niespełniającego warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu odpowiedniego doświadczenia określonego SIWZ, czyli także naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 Pzp;

2) zarzut prawdziwości treści złożonego wykazu wykonanych usług jak i oświadczenia złożonego w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień przez Przystępującego, na wezwanie z dnia 01.08.2013 r., czyli *de facto* naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp

W zakresie wniosku dowodowego dotyczącego faktur, jak i samych zarzutów rozpatrywanych łącznie. Izba podnosi, że abstrahując od okoliczności przywołanej przez Przystępującego, tj. braku obowiązku przechowywania faktur powyżej 5 lat, która jednakże także została wzięta pod uwagę, należy wskazać, że brak jest jakichkolwiek podstaw do podważania treści przedłożonych na rozprawie przez Przystępującego referencji z dnia 03.06.2004 r. oraz 31.10.2007 r. odnoszących się stricte do modernizacji wykonanych w obu wskazanych zadaniach dla Bydgoszczy i Inowrocławia w latach 2002-2003. W ocenie Izby, podane tam wartości w ramach referencji z dnia 03.06.2004 r. oraz 31.10.2007 r. niewadliwie odnoszą się do modernizacji i zostały potwierdzone przez ich wystawców, co ma charakter przesadzający. Nadto, sformułowany przez Zamawiającego wymóg dotyczący wymaganego doświadczenia został wskazany w kontekście ostatnich 3 lat.

Izba nie znajduje podstaw do kwestionowania oświadczeń Przystępującego, co do opłacania modernizacji w początkowym okresie trwania umowy, biorąc pod uwagę zaświadczenia bankowe z dnia 02.08.2010 r. przedłożone na rozprawie przez Zamawiającego, a uzyskane od Przystępującego – pismem skierowanym przez Przystępującego do Zamawiającego – wpływ 22.08.2013 r. Niewątpliwie bowiem Przystępujący spłacił kredyty przeznaczone na modernizację przewidzianą w obu zadaniach i po dacie wystawienia niniejszych zaświadczeń wynagrodzenie otrzymywane od obu Zamawiających bez względu na treść pierwotna przywołanych umów, nie może być traktowane, jako obejmujące modernizację. Izba podnosi, że obie umowy mają charakter kompleksowy i każdorazowo należy brać to pod uwagę.

Względem kwestii waloryzacji, Izba nie przeczy, że § 3 ust. 3 obu umów załączonych do odwołania przez Odwołującego, dotyczy sposobu waloryzacji, jednakże brak jest jakichkolwiek podstaw, co do założenia, że przywołana w tym paragrafie waloryzacja dotyczy *sensu stricte* nie tylko cen nośników energii /inaczej mówiąc eksploatacje systemu ciepłego/, czyli modernizacji, nawet jeśli *sensu largo* dotyczy wynagrodzenia opłaconego fakturami przejściowymi, gdyż niewątpliwie bowiem, przy analizie postanowień umowy należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na dosłownym brzmieniu zapisu (art. 65 ust. 2 KC). W tym zakresie, Izba również kompleksowy charakter umowy.

Odnosnie wniosku o powołanie biegłego, jak i samych zarzutów rozpatrywanych łącznie, Izba podnosi, że powołany biegły musiałby *de facto* odnosić się do postanowień

SIWZ, a nie do rzeczywistego zdefiniowania pojęcia eksploatacji systemu ciepłego. Przy czym, udzielone wyjaśnienia przez Zamawiającego postanowień SIWZ z dnia 24.06.2013 r. wbrew stanowisku Odwołującego nie świadczą na korzyść jego argumentacji, gdyż wbrew teżom Odwołującego z zadanego pytania i udzielonej odpowiedzi nie wynika, że przyłączenie sieci do operatora zewnętrznego nie mieści się w zakresie pojęciowym wymogu z Rozdz. 5 pkt 1.2 SIWZ. Po pierwsze, dlatego, że tak pytanie, jak i odpowiedź odnoszą się do obsługi kotłowni, stwierdzając, że będzie to obsługa kotłowni wraz z sieciami i grzejnikami, dostawa opału itd. Nie ma więc udzielone wyjaśnienie charakteru zamkniętego i wbrew stanowisku Odwołującego ma charakter szeroki, niedookreślony, nieprecyzyjny w końcowym jego elemencie. Tutzież nie precyzuję o obsłudze jakiej kotłowni *sensu stricte* chodzi. Po drugie, element początkowy, ma charakter ogólny – jest zawsze proporcjonalny i tożsamy z przedmiotem zamówienia – dotyczy bowiem, co do istoty każdego warunku udziału w postępowaniu. W tym jednakże zakresie, należy zauważyć, że teza o tożsamości jest nadinterpretacją i jest niezgodna z art. 22 ust. 4 Pzp (związany z przedmiotem zamówienia), wprowadzając tym samym Wykonawców w błąd, gdyż oznaczałoby to tylko i wyłącznie doświadczenie uzyskane u Zamawiającego, w jego obiektach, od źródła ciepła do grzejników włącznie w budynkach Zamawiającego (należy bowiem zauważyć za orzecznictwem, że nie ma dwóch takich samych, czyli tożsamy zamówień). Biorąc pod uwagę nieprecyzyjny charakter udzielonej odpowiedzi w jej końcowej części i brak precyzji jakiej kotłowni dotyczy. Nadto, wprowadzający w błąd charakter odpowiedzi udzielonej w jej początkowej części, Izba kierując się zasadą, że nieprecyzyjne, a w tym wypadku także wprowadzające w błąd postanowienia SIWZ nie mogą działać na niekorzyść Wykonawcy (w tym także Przystępującego) nie uznała konieczności dodatkowego wydzielenia w ramach zadania dotyczącego Jednostki w Bydgoszczy wartości dotyczących przyłączenia sieci do miejskiej sieci ciepłowniczej, tym bardziej, że jak podnosił na rozprawie Przystępujący, była tam także konieczność zakupu, czyli dostawy opału.

Kwestia wydzielenia w obu umowach zakresu dotyczącego dokumentacji projektowej na potrzeby modernizacji, w ocenie Izby, nie ma niniejsze wpływu na wcześniej wyrażone stanowisko i nie implikuje konieczności przeprowadzania dodatkowych wyjaśnień. Po pierwsze, brak jest podstaw do negowania nasuwającego się założenia, że obaj Zamawiający wynikający z wykazanych przez Przystępującego zadań, uiszcili *de facto* wynagrodzenie, za sporządzenie stosownej dokumentacji projektowej potrzebnej do modernizacji w ramach wygrodenia za modernizację, gdyż koszt z tym związany został wliczony przez Przystępującego w koszt samej modernizacji, jako jej element akcesoryjny, z uwagi na jej niematerialny, uznaniowy, niewymierny charakter. Powyższe pośrednio potwierdzałyby wyjaśnienia Przystępującego złożone na wezwanie Zamawiającego z dnia

01.08.2013 r., pisma skierowane przez Przystępującego do Zamawiającego – wpływ 22.08.2013 r. po wniesieniu odwołania i stanowisko Przystępującego z rozprawy. Po drugie, nawet jeśli koszt z tym związany został wydzielony z modernizacji, to wynagrodzenie z tym związane, z uwagi na niewymierny charakter samej usługi projektowej, w kontekście kompleksowego charakteru obu umów, nie można utożsamiać, jako stanowiący każdorazowo w obu zadaniach wielkość rzędu ponad 200 tys. zł (biorąc pod uwagę wielkości uznane i podane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie).

W ocenie Izby, generalnie nie potwierdziły się zarzuty wynikające z odwołania, po pierwsze, Przystępujący skutecznie potwierdził, że spełnia wymogi z Rozdz. 5 pkt 1.2 SIWZ dotyczące wymaganego doświadczenia i wykazał się 2 (dwoma) adekwatnymi zadaniami. Nadto, nie złożono nieprawdziwej informacji, która miałaby wpływ na wynik postępowania. Odwołujący na rozprawie *de facto* nie przeczył, że literalnie Przystępujący spełni wymóg Zamawiającego biorąc pod uwagę treść wykazu i referencji, ale poprzez podanie takich, a nie innych kwot w wykazie złożył nieprawdziwe informacje. W tym zakresie, jednakże istotne jest nie samo złożenie takich informacji, ale ich wpływ na wynik postępowania, czyli wykazanie, że w obu wypadkach nie obejmował podane zadania wartości brutto 1 mln zł każde na eksploatację systemu ciepłego. Odwołujący w tym zakresie nie wykazał, że były to niższe wartości. Przy czym, Przystępujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 01.08.2013 r. udzielił stosownych wyjaśnień, które pogłębił w swoim piśmie skierowanym przez Przystępującego do Zamawiającego – wpływ 22.08.2013 r. po wniesieniu odwołania, co w konsekwencji było podstawą udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie. W ocenie Izby, nie ma konieczności ewentualnego powtórzenia badania i oceny złożonych ofert i wezwania do dodatkowych wyjaśnień, które stanowiłyby powielenie stanowiska wyrażonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 01.08.2013 r., czy też odpowiedzi Przystępującego na odwołanie po jego wniesieniu oraz na rozprawie. Izba w tym zakresie kierowała się stanowiskiem wyrażonym przez wystawców referencji w ramach referencji dotyczących modernizacji, zaświadczeniom bankowym odnoszącym się w treści do umów na oba zadania (załączonych przez Odwołującego do odwołania), wyrokiem przywołanym przez Odwołującego (w tym zakresie rzeczywiście, jak podnosił na rozprawie Przystępujący, odnosił się do kwestii waloryzacji – str. 4 uzasadnienia), tudzież postanowieniom SIWZ, które nieprecyzyjne (a w tym wypadku nawet wprowadzające w błąd) nie mogą świadczyć na niekorzyść Wykonawców i być podstawą do ewentualnego uznania złożenia nieprawdziwych informacji (np. wyrok KIO z dnia 14.04.2011 r., sygn. akt: KIO 706/11, czy też wyrok KIO z dnia 28.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2548/12).

W konsekwencji niepotwierdzenia się wcześniejszych zarzutów, w ocenie Izby nie został potwierdzony również zarzut naruszenia art. 7 Ust. 1 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z załączonym rachunkiem w kwocie 2.000,00 zł (§ 3 pkt 2 lit. b).

Przewodniczący :

.....