

Sygn. akt: KIO 1318/10

**WYROK**  
z dnia 12 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **###Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania z dnia 25 czerwca 2010 r., wniesionego przez **konsorcjum firm reprezentowane przez lidera: Jarosława Irzyka, prowadzącego działalność od firmą OMEGA - ZAKŁAD SIECI WODNO - KANALIZACYJNYCH Jarosław Irzyk ul. Szkolna 17, 1 - 711 Ruda Śląska, partnerzy: Zakład Ogólnobudowlany „ZBOIS” S.C. T. Tomczyk B. Tomczyk ul. Łucznanowicka 21; 31 - 766 Kraków, Zakład Ogólnobudowlany „HYDROBIEL” S. Bielawski ul. Zwycięzców 5; 68 - 200 Żary** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Myślenice ul. Rynek 8/9, 32- 400 Myślenice.**

Przy udziale: **Energopol - Południe S.A., ul. Jedności 2, 41 - 208 Sosnowiec,** przystępującego do odwołania po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania w kwocie 20 000,00 zł. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) obciąża konsorcjum firm reprezentowane przez lidera: Jarosława Irzyka, prowadzącego działalność od firmą OMEGA - ZAKŁAD SIECI WODNO - KANALIZACYJNYCH Jarosław Irzyk ul. Szkolna 17, 1 - 711 Ruda Śląska, partnerzy: Zakład Ogólnobudowlany „ZBOIS” S.C. T. Tomczyk B. Tomczyk ul. Łucznanowicka 21; 31 - 766 Kraków, Zakład Ogólnobudowlany „HYDROBIEL” S. Bielawski ul. Zwycięzców 5; 68 - 200 Żary.**

**3. Zasadza od konsorcjum firm reprezentowanego przez lidera: Jarosława Irzyka, prowadzącego działalność od firmą OMEGA - ZAKŁAD SIECI WODNO - KANALIZACYJNYCH Jarosław Irzyk ul. Szkolna 17, 1 - 711 Ruda Śląska, partnerów: Zakładu Ogólnobudowlanego „ZBOIS” S.C. T. Tomczyk B. Tomczyk ul. Łucznanowicka 21; 31-766 Kraków, Zakładu Ogólnobudowlanego „HYDROBIEL” S. Bielawski ul. Zwycięzców 5, 68-200 Żary na rzecz Gminy Myślenice ul. Rynek 8/9, 32- 400 Myślenice kwotę ### 3 600,00zł. tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.**

**Przewodniczący**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę kanalizacji sanitarnej i wodociągowej w Jasienicy, budowa wodociągu w Bysinie - Kontrakt nr 2” (Dz. Urz. UE 2010/S 43-063054 z 3.03.2010 r.), w dniu 25 czerwca 2010 r. zostało wniesione w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie przez konsorcjum firm reprezentowane przez lidera: Jarosława Irzyka OMEGA - ZAKŁAD SIECI WODNO – KANALIZACYJNYCH z siedzibą w Rudzie Śląskiej; Zakład Ogólnobudowlany „ZBOIS” S.C. T. Tomczyk B. Tomczyk z Krakowa oraz Zakład Ogólnobudowlany „HYDROBIEL” S. Bielawski z Żar, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało wniesione skutkiem powiadomienia w dniu 18 czerwca 2010 r, o rozstrzygnięciu postępowania i o dokonaniu wyboru oferty firmy Energopol - Południe S.A. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Gminie Myślenice naruszenie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych (t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), w szczególności:

1. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa z art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia przez wybranego wykonawcę,
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 wskutek zaniechania stosowania ustalonych przez siebie warunków gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium firmy Energopol - Południe S.A. skutkujące zaniechaniem stosowania art. 24 ust 4 ustawy Pzp, który stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert, tj. oferty firmy Energopol - Południe S.A. na podstawie wszystkich przyjętych kryteriów oraz ze szczególnym uwzględnieniem materiału dowodowego składanego przez odwołującego.
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia oferty Energopol - Południe S.A. na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z nie spełnieniem warunków udziału w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,
4. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Energopol - Południe S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp w związku z nie wniesieniem wadium.
5. nakazanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu oraz spełniającej wszystkie wymagane warunki.
6. wnosił o szczegółowe sprawdzenie przez powołane do tego kompetentne osoby raportu rocznego za 2007 (w zał. wyciąg ze strony nr 6 raportu) dla ustalenia w ramach ilu umów

realizowane były roboty wykazane przez Energopol - Południe S.A. jako doświadczenie zawodowe, gdyż sam Energopol Południe w swoich raportach zwraca uwagę, że: „nie posiada referencji” i znaczną część robót wykonuje jako podwykonawca.

Odwołującym wskazano, iż posiada interes prawny wnosząc odwołanie. W przypadku nie uwzględnienia odwołania konsorcjum OMEGA ZAKŁAD SIECI WOD - KAN mogłoby zostać bezprawnie pozbawione możliwości zawarcia umowy i realizacji zamówienia, a przez to mogłoby doznać znacznego uszczerbku finansowego, który przedstawia się ceną ofertową w wysokości 22 576 715,46 zł brutto.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów odwołujący podał, iż pierwotnie została wybrana jego oferta jako najkorzystniejsza, a oferta firmy Energopol - Południe S.A. została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w związku z brakiem załączenia do oferty wszystkich kosztorysów. W wyniku rozpatrzonego odwołania wniesionego przez firmę Energopol - Południe S.A. oraz jego uwzględnienia, Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 13 maja 2010 r. nakazała powtórny ocenę ofert. Zamawiający dokonał powtórnego badania ofert i w tymże badaniu zwrócił uwagę na istotne okoliczności świadczące o wadliwości złożonej przez Energopol – Południe S.A. oferty. Z przyczyn jednak sobie tylko wiadomych zaniechał wyciągnięcia konsekwencji z przedstawionych na wezwanie dokumentów. Zdaniem odwołującego, nastąpiło bezpodstawne uznanie za właściwe złożonych dokumentów, które nie spełniają wymagań określonych w ogłoszeniu oraz w SIWZ wraz z wyjaśnieniami. Referencje firmy Energopol Południe S.A. są w przekonaniu odwołującego, sprzeczne ze stanem faktycznym. Zamawiający mimo drugiego wezwania do złożenia wyjaśnień uznał za prawidłowe sformułowania takie jak: „w ocenie wykonawcy” oraz uznał za poprawne kopie poskreślanych i zamazanych dokumentów. Odwołujący wyraził przekonanie, iż zamawiający „daje się nabrać” na celowe, błędne formułowanie zdań przez Energopol - Południe S.A. użyte w odpowiedzi Energopol, gdzie potwierdzając długość odcinka wodociągu wykonawca ten posługuje się kanalizacją. Odwołujący przytoczył postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) oraz udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień.

W związku z pismem jakie skierował zamawiający celem złożenia wyjaśnień oraz nakazania wykazania spełnienia wymaganych warunków pod rygorem wykluczenia i odrzucenia oferty wraz z zatrzymaniem wadium, odwołujący dokonał szczegółowej analizy odpowiedzi udzielonej przez firmę Energopol - Południe S.A. Odwołujący podkreślił, iż zamawiający zwrócił się do podmiotu wystawiającego stosowną referencję, tj. do Gminy Bytom. W odpowiedzi otrzymał jasną odpowiedź od wymienionego inwestora, że przedmiotowe tj. wykazywane przez Energopol roboty zostały wykonane w ramach odrębnych umów. Jest to zdaniem odwołującego, okoliczność bezsporna przyznana przez Energopol w swoich raportach rocznych, do publikowania których jest zobligowany jako

podmiot notowany na Giełdzie Papierów Wartościowych. Z tych względów raport jest prawidłowy i odzwierciedla stan faktyczny i prawny, tj. odrębne umowy, które nie mogą być zakwalifikowane jako jedna robota budowlana. W ocenie odwołującego, skoro są to osobne umowy na każde z zadań osobno, to firma Energopol - Południe S.A. nie mogła zrealizować jednego takiego zamówienia jak wskazuje w referencji, że zrealizowała zadanie inwestycyjne „A, B, E” na rzecz Gminy Bytom. Odwołujący zarzucił, iż firma Energopol świadomie złożyła fałszywą, niezgodną z prawem referencję, licząc na „nie dopatrzenie,” „nie zauważenie” „nie żądanie wyjaśnień” przez zamawiającego, co zostało osiągnięte, mniej lub więcej świadomie. Nadmieniał również, że wykazany w referencji zakres nie dotyczy jednej części tylko kilku, a dokładnie każdej z osobna. Część A, B i E były realizowane (są realizowane) oddzielnie, co jest to oczywiste i bezsporne. W opinii odwołującego, winno być to zbadane i wyjaśnione przez zamawiającego. Zauważył, iż w interesie samego wykonawcy jest złożenie oferty w taki sposób, aby jej treść nie budziła żadnych wątpliwości. Natomiast sam zamawiający w przypadku, gdy na mocy złożonej oferty nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, czy np.: wykonawca wykazał się należytem doświadczeniem, musi wykazując należytą staranność, wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, również w stosunku do treści złożonych dokumentów i oświadczeń (art. 26 ust 4 ustawy Pzp), lub w razie konieczności do uzupełnienia dokumentów. W przypadku gdy treść złożonych wyjaśnień bądź uzupełnionych dokumentów nadal nie potwierdza spełnienia warunku, zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy. Zdaniem odwołującego, wskazane uchybienia oferty firmy Energopol są istotne, świadczą o wątpliwym doświadczeniu zawodowym i nieuzasadnionym domaganiu się uznania doświadczenia, którego w rzeczywistości wykonawca ten nie posiada, a tym samym dokonał bezprawnej interpretacji oraz nadinterpretacji zapisów SIWZ. Wskazywał dalej, że w przypadku nie posiadania stosownej wiedzy i doświadczenia, wykonawca winien zwrócić się do zamawiającego w terminie przed składaniem ofert z wnioskiem o zmianę wymagań, odnośnie wiedzy i doświadczeń. Zamawiający ma prawo i obowiązek ustalać wymogi adekwatne do opisu przedmiotu zamówienia. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołu Arbitrów o sygnaturach akt: KIO 818/08, UZP/ZO/0-207/07, KIO/UZP 818/08, KIO/UZP 819/08.

Odwołujący podkreślał, iż zamawiający winien postępować zgodnie z ustawą Pzp, winien dołożyć wszelkich starań aby wykluczyć oferentów nie posiadających odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, tak jak uczynił to w innym postępowaniu na podobną robotę budowlaną, gdzie zweryfikował dokładnie przedstawione przez wykonawców dokumenty. W szczególnej trosce w związku z wydawaniem środków unijnych, winien dołożyć wszelkich starań, aby wybrać oferty wykonawców spełniających ustalone kryteria. Na marginesie podkreślił, że jeśli jeden podmiot sam nie spełnia ustalonych wymagań winien wiązać się w

konsorcjum lub też korzystać z innych form potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy np. na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odnosząc się do ustalonych warunków udziału, odwołujący podnosił, iż odpowiedź firmy Energopol - Południe S.A. z dnia 14.06.2010 r. nie odpowiada stanowi rzeczywiście, wynikającemu z zakresu ilościowego, objętego przedmiotami robót dla wykazanych zadań referencyjnych. Załączył przedmiary robót dla zadań A, B, E dla zamówienia na rzecz Gminy Bytom, wykazanych w poz. 2 wykazu doświadczenia zawodowego wybranego wykonawcy. Odwołujący argumentował, iż zakres ilościowy wymagany przez zamawiającego, a zakres który wynika z poszczególnych przedmiarów jest inny aniżeli wykazany w referencji.

Roboty kanalizacyjne w zadaniu B wynoszą 10 404 mb, roboty wodociągowe 10 406 mb.

Roboty kanalizacyjne w zadaniu A wynoszą 2 599 mb, roboty wodociągowe 10 920,40 mb.

Roboty kanalizacyjne w zadaniu nr E wynoszą 4 634,54 mb, roboty wodociągowe 1 085 mb.

Uznał więc za bezsporne, odnosząc się do wymagań specyfikacji, że Energopol – Południe S.A. nie spełnia wymagań w zakresie niezbędnego doświadczenia zawodowego, gdyż bezprawnie zsumował łączną wartość trzech części, celem złożenia przedmiotowej oferty, świadomie i w pełni z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, ponieważ nie można sumować wartości usług realizowanych w wyniku zawarcia różnych umów. Za mylne poczytał stanowisko Energopolu, w którym wykonawca ten stwierdza, że „w ocenie wykonawcy” można dodawać choćby 100 różnych robót i zamieniać je w jedną referencję. Zdaniem odwołującego, cytowane stanowisko KIO dotyczy zupełnie innego stanu faktycznego i prawnego, a mianowicie kierownika nadzorującego określony projekt - jest tu czynnik ludzki. Ugruntowane orzecznictwo mówi wprost: „doświadczenia nie można samemu zbyć ani nabyć, jest ono kwestią czasu, lat doświadczeń, know how a nie przedmiotem obrotu prawnego. Za mylną interpretację uznał stanowisko Energopolu „wmawiające” zamawiającemu, że złożył „pod odpowiedzialnością karną” oświadczenie (...), że spełnia wymagania w zakresie niezbędnego doświadczenia, podczas gdy zamawiający żądał przedstawienia wyjaśnień i dowodów, a Energopol nie złożył żądanych dokumentów tylko stwierdził „pod odpowiedzialnością karną,” że rzekomo spełnił wymagania, czego zamawiający nie powinien uznać za wystarczające.

Odwołujący wywodził, iż dokonana przez zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień wybranego wykonawcy świadczy o niedbalstwie, braku umiejętności czytania ze zrozumieniem lub nieuzasadnione celowe działanie. Odwołujący ponowił argumentację, iż Energopol podał, że wykonał roboty wodociągowe, po czym wskazał na roboty kanalizacyjne i dalej twierdził że wykonane roboty kanalizacyjne są robotami wodociągowymi. Celowe mylenie pojęć, należy w opinii odwołującego, uznać za bezprawne, a postępowanie zamawiającego nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego. Świadczy o celowości składania fałszywych oświadczeń. Zamawiający winien sprawdzić oraz zsumować wartości

liczbowe zawarte w referencjach, jak również zwrócić się z wnioskiem do Gminy Będzin, w przypadku nie zrozumienia treści referencji w kontekście sieci wodociągowej. W przekonaniu odwołującego, nie jest to omyłka pisarska, z treści referencji wynika zupełnie co innego. Zsumowanie każdej pozycji, w której jest jednostka miary mb, jest niezgodne ze stanem faktycznym, zarówno technologicznie jak również niezgodne z zasadami sztuki budowlanej. Nie można wliczyć w poczet kanalizacji (uważanej przez Energopol za sieć wodociągową) rur ochronnych! (rury osłonowe, zabezpieczające). Wartość rzeczywista pozycji wodociągowych po zsumowaniu wynosi nie, jak celowo podaje Energopol 15 685,13 mb lecz wynosi 8 962,33 mb. Nie jest to też wartość 4 316 597,53 Euro, co w przeliczeniu wg kursu 3,9768 z dnia ogłoszenia zamówienia 26.02.2010 wynosi 17 166 245,05 brutto, jak mylnie i celowo podał Energopol, lecz 529 982,76 Euro.

Odwołujący wnosił kolejny raz do zamawiającego o wnikliwe sprawdzenie powyższego, gdyż jest to zauważalne gołym okiem. W przypadku wystąpienia wątpliwości wskazywał, iż zamawiający może wezwać projektanta, sporządzającego projekt danej sieci wodociągowej, który z pewnością potwierdzi, ustnie lub pisemnie, że sieć wodociągowa nie jest siecią kanalizacyjną. Przyjmując takie rozumowanie należałoby uznać że „wodociąg” to „kanalizacja” a dalej można by było przyjmować i orzekać o równości „sieci wody” z „siecią kanalizacji sanitarnej.”

Odnosząc się do przesłanych załączników przy wyjaśnieniu wykonawcy, odwołujący podał, iż istnieje domniemanie ich celowego spreparowania. Sam fakt przesyłania dwóch stron wspomianej umowy, jest marginalny w świetle rzeczywistego posiadania dokumentu o 21 stronach (załącznik do odwołania). Zamazane zostały kwoty kontraktu, co nie pozwala na ich weryfikację. Tak przesłane „dokumenty” nie kwalifikują się jako „dokument.” Odwołujący zapytywał czemu ma służyć ów dokument - strony tytułowej kontraktu, jeśli przedmiotowe umowy, co potwierdził zamawiający Przedsiębiorstwo Budownictwa Komunalnego Sp. z o.o. z Bytomia są zawarte na każde zadanie oddzielnie. Odwołujący stwierdził, iż sytuacja pozwala na dygresję, śmiałą tezę, że prowadzone postępowanie ze strony Energopolu i zamawiającego przypomina farsę, co w przekonaniu odwołującego zostało udowodnione.

Reasumując całość podniesionych argumentów, przypominał zamawiającemu, że ma on obowiązek, na każdym etapie postępowania dopilnować aby ocena ofert nie prowadziła do wyboru wykonawcy, który podlega wykluczeniu, nie spełnia warunków udziału, narusza inne przepisy, w tym przepisy karne za składanie fałszywych oświadczeń, nie potwierdzających prawdy i stanu faktycznego dokumentów. Nadmieniał, że nie udzielenie odpowiedzi, przez Energopol - Południe S.A. lub udzielenie wadliwej i niezgodnej z prawdą odpowiedzi winno skutkować zatrzymaniem wadium tego wykonawcy, do czego zobowiązany był zamawiający na mocy obowiązujących przepisów. Ponowił żądanie dokonania powtórnej oceny ofert, nie uznanie złożonych wyjaśnień, wykluczenia i odrzucenia

z niniejszego postępowania wybranej oferty, łącznie z zatrzymaniem wadium, z uwagi na wystąpienie rażących naruszeń przez Energopol.

Ponadto odwołujący ponosił, iż wybrany wykonawca winien zostać wykluczony z niniejszego postępowania ponieważ nie wniósł wadium przetargowego co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, który mówi:

1. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy:
2. nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 ustawy Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Podkreślał fakt, że zamawiający wskutek niedbalstwa pominął najważniejszy i zarazem podstawowy aspekt, warunkujący dopuszczenie oferty do jakiegokolwiek sprawdzania pod kątem zgodności z SIWZ. Jako dowód na rzecz podniesionego twierdzenia, powołał się na treść załączonej do oferty gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, wystawionej przez TUW InterRisk S.A. znajdującej się w dokumentacji postępowania. Odwołujący uważał, iż zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty firmy Energopol – Południe S.A. w związku z brakiem skutecznego zabezpieczenia oferty wadium.

Odwołujący przytoczył postanowienia Rozdziału 12 SIWZ, gdzie zostały umieszczone wymagania dotyczące wadium przetargowego które jak podano w ogłoszeniu zostało ustalone na kwotę 700 000,00 zł.

Okres ważności wadium winien obejmować cały termin związania z ofertą. W punkcie 2 stanowiącym o formie wadium, zamawiający wymienił gwarancję bankową, ubezpieczeniową oraz innych przewidziane w ustawie.

W podpunkcie 2 wspomnianego wyżej punktu 2 zamawiający zawarł warunki jakie winna spełniać gwarancja lub poręczenie, i tak idąc za SIWZ:

2) w przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji lub poręczenia, dokument powinien być sporządzony zgodnie z obowiązującym prawem i winien zawierać następujące elementy:

- a) nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (zamawiającego), gwaranta/poręczyciela (instytucji udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib,
- b) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem,
- c) kwotę gwarancji/poręczenia,
- d) termin ważności gwarancji/poręczenia,
- e) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do: „zapłacenia kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego zawierające oświadczenie, iż wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw (w zależności od przypadku), o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył



wymaganych dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw (w zależności od przypadku), chyba że wykonawca udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie; odmówił podpisania umowy na warunkach określonych we ofercie, lub nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;"

f) gwarancja/poręczenie winno być nieodwołalne i bezwarunkowe;

g) gwarancja/poręczenie musi być wykonalne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

h) wszelkie spory dotyczące gwarancji/poręczenia podlegają rozstrzygnięciu zgodnie z prawem Rzeczypospolitej Polskiej i podlegają kompetencji sądu właściwego dla siedziby zamawiającego.

i) jednocześnie zamawiający wymagał, aby okres ważności gwarancji/poręczenia nie był krótszy niż okres związania ofertą.

Firma Energopol – Południe S.A. wniosła jako zabezpieczenie swojej oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium, wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń SA, Viena Insurance Group, z siedzibą w Warszawie (gwarant), ul. Nowakowskiego 22, zarejestrowane w sadzie dla miasta stołecznego Warszawy, która to została wystawiona i podpisana przez Panią Kamilę Czerniak - Głównego Specjalistę ds. Ubezpieczeń Finansowych w Oddziale w Katowicach (przedstawiciel gwaranta), z siedzibą w Katowicach, 40-008 Katowice, ul. Warszawska 58.

Termin obowiązywania spornej gwarancji ustalono i przyjęto od 08.04 do 07.06.2010 r. Odwołujący przyznał, iż gwarancja zawiera wprawdzie przesłanki stanowiące o zatrzymaniu wadium określone w ustawie oraz SIWZ, ale jest wadliwa, nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ. W punkcie 9 wspomnianej gwarancji jest napisane: cyt.: „Spory mogące wynikać z niniejszej gwarancji podlegają rozpatrzeniu przez sąd właściwy dla siedziby InterRisk SA. Viena Insurance Group Oddział w Katowicach.” W świetle powyższego, odwołujący stwierdził, iż wskazanie innej właściwości sądu niż określona w SIWZ przesądza o wadliwości gwarancji. Gwarancję wniesioną w wadliwej formie uznaje się za nie wniesioną, wadium nie zostało więc wniesione, a oferta nie jest zabezpieczona akceptowalną formą wadium. Oferent winien zostać wykluczony i jego oferta winna zostać odrzucona z uwagi na nie wniesienie wadium. Sądem właściwym dla zamawiającego, tj. Gminy Myślenice z pewnością nie jest ani przewidziany przez InterRisk S.A sąd w Katowicach ani tym bardziej sąd dla miasta stołecznego Warszawy, w którym to swój wpis do KRS posiada gwarant. Dodał, że dokument gwarancji wadliwej nie podlega uzupełnieniom lub wyjaśnieniom i nie można go ponownie uzupełnić, zamienić, wyjaśnić gdyż nie jest on dokumentem przewidzianym do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani nie jest dokumentem podlegającym wyjaśnieniom, uzupełnieniom w trybie art. 26 ust. 4 tej ustawy. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przytoczył tezy z wyroków

Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/ UZP 19/09, KIO/UZP 542/09. Odniósł się praktycznej istoty wadium. W przypadku składania wadium w formie niepieniężnej przez podmiot mający swoją siedzibę za granicą, to na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek dochodzenia roszczeń z tytułu wadium. Jeśli w gwarancji podmiot zagraniczny wskaże sąd właściwy dla jego kraju, zachodzi niezgodność z SIWZ. W takim przypadku traci sens istota wadium, wystawianego w formach innych niż pieniężnych, gdyż przez wszelkie inne dochodzenia swoich roszczeń przez zamawiającego, dochodzi do sprzeczności z ustawą Pzp.

Na wezwanie zamawiającego przekazane dnia 28 czerwca 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem złożonym w Krajowej Izbie Odwoławczej dnia 1 lipca 2010 r. przystąpił wybrany wykonawca Energopol - Południe S.A. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i utrzymanie czynności wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Powołał się na interes w przystąpieniu do odwołania, polegający na uzyskaniu zamówienia, a tym samym interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Zdaniem przystępującego, zarzuty i żądania zawarte w odwołaniu są spóźnione i bezpodstawne w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do zarzutu pierwszego odwołania, iż Energopol nie wykazał wymaganego doświadczenia zawodowego, przystępujący stwierdził, iż winien on zostać podniesiony w terminie 10 dni od powiadomienia o pierwszym wyniku postępowania, skoro sytuacja taka nie nastąpiła, tym samym zarzut ten jest spóźniony i podlega odrzuceniu.

Względem zarzutu drugiego, dotyczącego wadliwości przedstawionej gwarancji wadium przystępujący wskazywał, iż przedmiotowy zarzut był podnoszony w sprawie sygn. akt KIO 749/10 i nie podlega powtórzonemu rozpatrywaniu. Przystępujący zwrócił również uwagę na brzmienie sentencji wyroku w wymienionej sprawie - „uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego (obecnie konsorcjum odwołującego) oraz powtórzenie czynności badania i oceny z uwzględnieniem oferty odwołującego (obecnie przystępującego),” tym samym uznając kwestionowaną ofertę za ważną i podlegającą ocenie.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła dopuścić Energopol - Południe S.A. do udziału w sprawie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, oferty przystępującego, wezwania przez zamawiającego pismami z dnia 15 kwietnia 2010 r. oraz 11 czerwca 2010 r. o udzielenie wyjaśnień i uzupełnienie dokumentów wykazu robót, odpowiedzi przystępującego,

udzielonych pismami z dnia 19 kwietnia 2010 r. i 14 czerwca 2010 r., pism stron i przystępującego złożonych w postępowaniu odwoławczym, zapytań zamawiającego korowanych do Bytomskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. i udzielonej odpowiedzi, akt sprawy sygn. KIO 749/10. Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego Energopol - Południe S.A., przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej i wodociągowej w Jasienicy, budowa wodociągu w Bysinie - Kontrakt nr 2. Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu (Dz. Urz. UE 2010/S 43-063054 z 3.03.2010 r.) jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu oraz podał sposób oceny ich spełnienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia – instrukcji dla wykonawców (IDW) pkt 9 2a) stanowi - Wykonawca musi spełniać warunek posiadania doświadczenia w wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie min. 12 000,00 mb sieci kanalizacyjnych o wartości minimum 10 000 000,00 zł brutto oraz co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie min. 15 000,00 mb sieci wodociągowych, o wartości minimum 7 000 000,00 zł brutto.

Pkt. 10 podpunkt 7) SIWZ zobowiązywał wykonawców do złożenia wykazu wykonanych we wskazanym okresie robót budowlanych, z podaniem ich rodzaju i wartości oraz daty i miejsca wykonania, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do IDW oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Załącznik nr 5 do SIWZ nakazywał podanie odbiorcy, rodzaju, przedmiotu i wartości robót, miejsca wykonania robót, terminu wykonania - daty rozpoczęcia, zakończenia, nazwy wykonawcy. Zamawiający zastrzegł, iż w przypadku złożenia przez wykonawców dokumentów zawierających dane w innych walutach niż określono w pkt 9.1.2a) IDW, dane finansowe zostaną przeliczone na stosowną walutę według średniego kursu (tabela A) NBP opublikowanego w dniu ukazania się ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.

Na zapytanie wykonawcy AG System Sp. z o.o. z dnia 3 marca 2010 r. do SIWZ o treści: "Czy zamawiający dopuszcza spełnienie tego warunku w ramach kilku zrealizowanych zadań, czy konieczne jest wykazanie spełnienia tego warunku w ramach jednego zadania.

Czy zamawiający dopuszcza przedstawienie referencji polegającej na zrealizowaniu roboty budowlanej polegającej na budowie ponad 12 000,00 mb sieci kanalizacji lecz o niższej wartości niż 10 000 000,00 zł ? Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Warunki udziału w postępowaniu zostały wyraźnie i jasno wskazane, m.in. w pkt. 9 IDW (Tom I SIWZ), m.in. w pkt. 9.1.2) a) IDW zostało wyraźnie wskazane, iż wykonawca winien wykazać się doświadczeniem w realizacji określonego rodzaju robót budowlanych wykonanych w ramach jednej roboty, jak również precyzyjnie określony został rozmiar takiej roboty oraz jej wartość. Wobec powyższego zamawiający nie będzie uznawał referencji nie odpowiadających warunkom wskazanym w pkt. 9.1.2) a).

W ofercie wybranego wykonawcy Energopol – Południe S.A. na stronach 30 i 31 został przedstawiony wykaz wykonanych robót obejmujący 2 pozycje:

1. dla Urzędu Miejskiego w Będzinie - roboty realizowane w okresie 01.2007 r. do 09.2008 r., (etap III zadania 7,8,9,10,17,18) o wartości łącznej zamówienia z siecią kanalizacji deszczowej 22 637 616,65 zł. brutto, obejmujące:

- kanalizację sanitarną grawitacyjną 7 029, 00 mb,
- wodociąg 8 762,33 mb.

2. dla Przedsiębiorstwa Budownictwa Komunalnego Sp. z o.o. we Bytomiu zadanie 2 część: A,B,E o wartości 44 359 056,52 zł. brutto, obejmujące:

- roboty kanalizacyjne 17 722,31 mb,
- roboty wodociągowe 23 955,28 mb

Przystępujący złożył listy referencyjne wystawione przez zleceniodawców robót wymienionych w wykazie, potwierdzające, iż wymienione roboty firma Energopol - Południe S.A. wykonała terminowo, zgodnie z dokumentacją techniczną, sztuką budowlaną i należytą starannością, ze szczególnym uwzględnieniem przepisów bhp i ochrony środowiska. Na wezwanie zamawiającego pismem z dnia 15 kwietnia 2010 r., przystępujący złożył uzupełniony załącznik nr 5, w którym wyodrębnił wartość robót wodociągowych i kanalizacyjnych. W odniesieniu do poz. 2 podał, iż:

- roboty kanalizacyjne 17 722,31 mb stanowiły wartość 28 167 013, 09 zł brutto,
- roboty wodociągowe 23 955,28 mb stanowiły wartość 16 192 043,43 zł. brutto.

Ponownie w dniu 11 czerwca 2010 r. zamawiający wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień czy wykazane w wykazie robót poz. 2 - roboty kanalizacyjne 17 722,31 mb, i roboty wodociągowe 23 955,28 mb zostały wykonane w ramach jednego kontraktu (jednej roboty). Zamawiający podał, iż w toku ponownego badania ofert, nakazanego wyrokiem Izby z dnia 13 maja 2010 r. powziął informacje, iż sieci wodociągowe i kanalizacyjne wykazane pod pozycją 2 wykazu przystępującego w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Poprawa gospodarki wodno – ściekowej na terenie Gminy Bytom zadanie 2 (kontrakt 2 na część A,B,E nie zostały wykonane w ramach jednej roboty, co potwierdził inwestor Bytomskie

Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. Przedmiotowy kontrakt składał się z oddzielnych części w ramach których podpisano z wykonawcą odrębne umowy na:

- roboty kanalizacyjne w zadaniu B wynoszące 10 404 mb, roboty wodociągowe 10 406 mb.
- roboty kanalizacyjne w zadaniu A wynoszące 2 599 mb, roboty wodociągowe 10 920,40 mb.
- roboty kanalizacyjne w zadaniu nr E wynoszące 4 634,54 mb, roboty wodociągowe 1 085 mb.

W związku z powyższym zamawiający uznał, iż ma podstawy aby stwierdzić, iż wykonawca nie zrealizował prac w ramach jednej roboty, czym uzasadnił żądanie wyjaśnień.

W odpowiedzi udzielonej dnia 14 czerwca 2010 r. przystępujący zwrócił uwagę na okoliczność, iż zamawiający nie wymagał wprost, aby wykazane roboty referencyjne zostały wykonane na podstawie jednej umowy. Zaznaczał, iż żaden przepis prawa nie wymaga aby robota budowlana (zgodna z definicją prawa budowlanego) była wykonywana w ramach jednej umowy. W ocenie przystępującego realizacja sieci wodociągowo kanalizacyjnej na rzecz PBK to jedna robota budowlana. Zamawiający BPK Sp. z o.o. ogłosił jeden przetarg z podziałem na części zamówienia A,B,C,D,E, na dowód czego przystępujący przedłożył kartę tytułową specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wyjaśnił, iż wygrał przetarg na części A,B,C i E i wykonał zakres robót objęty wymienionymi częściami. Podkreślał, iż jest to jedna robota budowlana ściśle powiązana integralnie, wykonywana na podstawie jednego projektu, na rzecz tego samego zamawiającego i nadzorowana przez tego samego inżyniera kontraktu firmę Grontmij Polska Sp. z o.o. Części zadania odpowiadają poszczególnym dzielnicom Bytomia, w ramach podziału administracyjnego. Zdaniem przystępującego, jest to równoznaczne z właściwym doświadczeniem, wymaganym przez zamawiającego. Na poparcie swego stanowiska powołał się na wyrok KIO/UZP 904/09. Przystępujący zwracał uwagę, iż w ramach umowy z Prezydentem Miasta Będzina (w odniesieniu do poz. 1 wykazu), tj. kontraktu Nr 3 zawartego 21.12.2006 r. zadanie 7,8,9,10,17,18 wykonał 15 000,00 mb sieci wodociągowych o wartości przewyższającej minimum 7 000 000,00 zł.

Z załącznika do protokołu - druku ZP 12 wynika, iż oferta przystępującego zawierała cenę 18 268 558,15 zł netto, zatem była najkorzystniejsza w jedynym kryterium ceny. Natomiast oferta odwołującego zawierała cenę 18 505 504,48 zł. i była druga w kolejności, co zarazem stanowi wykazanie interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej na wybór konkurencyjnej oferty.

Zamawiający po dokonaniu oceny ofert w dniu 22 kwietnia 2010 r. zawiadomił wykonawców o odrzuceniu oferty przystępującego Energopol – Południe S.A. za brak wyceny w kosztorysie ofertowym pełnego zakresu robót. Odwołanie wniesione przez tego wykonawcę zostało rozstrzygnięte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2010 r., sygn. akt KIO 749/10, w którym Izba nakazała ponowną ocenę ofert z udziałem

oferty Energopol – Południe S.A. Odwołujący, występujący ówczas jako przystępujący w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w przystąpieniu z dnia 29 kwietnia 2010 r. prócz popierania stanowiska zamawiającego, wskazującego na wadliwość kosztorysu ofertowego Energopol – Południe S.A. podnosił także takie same zarzuty jak w niniejszym odwołaniu, dotyczące nieprawidłowej gwarancji wadialnej złożonej przez Energopol.

Wykonawca przystępujący do odwołania, w myśl postanowień art. 185 ust. 2 ustawy Pzp może zgłosić przystąpienie, wskazując stronę do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje. Zatem nie jest uprawniony, aby podnosić w tym trybie, dalsze zarzuty przeciwko kwestionowanej ofercie. Jeżeli odwołujący uznawał, iż Energopol - Południe S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona nie tylko z powodów podanych przez zamawiającego, ale także z wszelkich innych przyczyn czynność taką uzasadniających, miał możliwość złożenia własnego odwołania na zaniechanie przez zamawiającego polegające na braku pełnego zbadania i oceny konkurencyjnej oferty. Zarzut wadliwej gwarancji ubezpieczeniowej, jako zabezpieczenia wadium nie był zatem rozpatrywany przez Izbę w sprawie Sygn. akt KIO 749/10, a na obecnym etapie postępowania Izba uznaje go za spóźniony i nie podlegający rozpoznaniu. Odwołanie (przy tej wartości przedmiotu zamówienia) wnosi się bowiem w terminie określonym w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp tj. w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Skoro odwołujący już w dniu 29 kwietnia 2010 r. dysponował wiedzą na temat treści gwarancji wadialnej Energopol - Południe S.A. i uznaniem prawidłowości gwarancji przy pierwszej ocenie ofert przez zamawiającego, to podnoszenie ponowne tego zarzutu na obecnym etapie postępowania, należy uznać za dokonane z uchybieniem terminu i nie podlegającego rozpoznaniu na podstawie odpowiedniego zastosowania art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Co do zasady, identyczny pogląd Izba wyraża w odniesieniu do wykazu robót przedstawionego przez Energopol - Południe S.A. na stronach 30 i 31 dokumentów oferty, uzupełnionego w wyniku wezwania do wyjaśnień pismem z dnia 19 kwietnia 2010 r.

Odwołujący mógł zatem skarżyć odwołaniem zaniechanie zamawiającego - wykluczenia Energopol - Południe SA. z postępowania za brak doświadczenia zawodowego potwierdzonego wykazem wykonanych robót, już po dokonaniu pierwszego wyboru i oceny ofert w dniu 22 kwietnia 2010 r. Bez znaczenia pozostaje, iż wówczas oferta Energopol została odrzucona z innych przyczyn, tj. ze względu na zarzucane braki w kosztorysie ofertowym, gdyż czynność taka nie miała charakteru ostatecznego. Jak pokazała praktyka, oferta została przywrócona do postępowania. Zatem w interesie wykonawcy leży skarżenie czynności czy zaniechań zamawiającego, w których wyniku w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca zainteresowany może ponieść szkodę np. przez brak uzyskania należnego

zamówienia. Już wówczas, przy zachowaniu należytej staranności, mierzonej profesjonalnym charakterem uczestnika przetargu było możliwe sformułowanie zarzutów. Takiej interpretacji przepisów wymaga respektowanie zasady koncentracji środków ochrony prawnej oraz szybkości postępowania odwoławczego, które wynikają z ich treści.

Izba jedynie ze względu na nowe czynności zamawiającego (nie nakazane wprost wyrokiem Izby z dnia 13 maja 2010 r.), sprowadzające się do wezwania z dnia 14 czerwca 2010 r. i oceny złożonych wyjaśnień dotyczących ilości umów, na podstawie których wykonywane były roboty referencyjne wykazane przez Energopol - Południe S.A. uznała, iż w tym zakresie odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu. Nie można zgodzić się z argumentem przystępującego Energopol, iż odwołanie jest niedopuszczalne i winno ulec odrzuceniu, gdyż zamawiający wykonał czynności zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt 749/10. W przytaczanym wyroku Izba oceniała jedynie zarzuty dotyczące prawidłowości kosztorysu ofertowego Energopol-u i wyłącznie z uwagi na uwzględnienie odwołania w tym zakresie nakazała czynności ponownej oceny ofert. Nie zachodziła zatem przesłanka określona w art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, iż odwołanie podlega odrzuceniu, gdyż dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby. W sytuacji, gdy w trakcie ponownej oceny ofert, zamawiający ujawni okoliczności, które mogłyby skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania i odrzuceniem jego oferty, jest uprawniony aby przeprowadzić czynności sprawdzające. Zatem wezwanie z dnia 11 czerwca 2010 r. Energopol-u do złożenia wyjaśnień odnośnie wykazanych robót referencyjnych (poz. 2) nastąpiło z inicjatywy zamawiającego, w wyniku uzyskanej informacji z dnia 6 czerwca 2010 r. od Bytomskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o., iż w wyniku postępowania „Poprawa gospodarki wodno – ściekowej na terenie Gminy Bytom” zadanie 2 (kontrakt 2) na część A,B,E z firmą Energopol – Południe S.A. zostały zawarte odrębne umowy dla każdej części, o wartości brutto:

- zadania 2A -2 539 599,35 euro,
- zadania 2B – 4 665 946,51 euro,
- zadania 2E – 1 835 253,89 euro.

Zaktualizowanie się okoliczności skutkujących wykluczeniem wykonawcy, może się bowiem ujawnić w wyniku czynności podjętych przez zamawiającego na dalszym etapie postępowania, przed ostatecznym wyborem oferty .

Izba zważyła co następuje.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp upoważnia do udziału w postępowaniu jedynie takich wykonawców, którzy mają wystarczającą wiedzę i doświadczenie, pozwalające na należyte wykonanie powierzonego zamówienia. Postanowienia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp

zobowiązują zamawiającego do żądania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia przekracza kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Art. 26a tej ustawy stanowi, iż na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym wykonawca jest zobowiązany wykazać na dzień składania ofert, spełnienie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i brak podstaw do wykluczenia. Jak wykazało postępowanie dowodowe, zamawiający wymagał co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie min. 12 000,00 mb sieci kanalizacyjnych o wartości minimum 10 000 0000 zł brutto oraz co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie min. 15 000,00 mb sieci wodociągowej, wartości minimum 7 000 000,00 zł brutto. Skoro przystępujący Energopol - Południe SA. wykazał pod poz. 2 uzupełnionego wykazu robót, przekazanego przy piśmie z dnia 19 kwietnia 2010 r., iż w ramach kontraktu z Przedsiębiorstwem Budownictwa Komunalnego w Bytomiu Sp. z o.o. wykonał roboty kanalizacyjne długości całego odcinka 17 722,31 mb, o wartości 28 167 013,09 zł brutto oraz roboty wodociągowe o długości całego odcinka 23 955,28 mb i wartości 16 192 043,43 zł., należy uznać iż warunki udziału zostały przez wykonawcę spełnione. Zakres robót (długość wykonanych odcinków sieci wodociągowej i kanalizacyjnej) potwierdza ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu Dz. Urz. UE 2007/S 154 -191763 z dnia 11.08.2007 r., a w szczególności list referencyjny z dnia 30 marca 2010 r., wystawiony przez zlecającego Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o., jak również wyjaśnienie tegoż Przedsiębiorstwa z dnia 7 czerwca 2010 r. Izba uznała, iż są to wystarczające dowody dla określenia zakresu wykonanych robót referencyjnych wykonawcy Energopol i nie zachodzi potrzeba dla rozpoznania sprawy sumowania długości wykonanych odcinków sieci w oparciu o przedmiar robót dla tej inwestycji, jak wnosił odwołujący. !##@Stosownie do art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami. Odwołujący nie kwestionował dokumentu wymienionych referencji, podających długości zrealizowanych sieci wodociągowych i kanalizacyjnych (poz. 2) przez przystępującego. Zatem istota sporu sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy wykonawca może wykazać się doświadczeniem przy realizacji jednej inwestycji (zadania, przedsięwzięcia), jeżeli jego realizacja nastąpiła na podstawie odrębnych umów. Okolicznością bezspornie ustaloną między stronami stanowiło, iż wykonanie łącznej długości sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, którą legitymuje się przystępujący (poz. 2), nastąpiło na podstawie odrębnych umów na część A,B,E, zawartych w wyniku tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą "Poprawa gospodarki wodno – ściekowej na terenie Gminy Bytom" zadanie 2 (kontrakt 2)."

Stosownie do postanowień § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 celu spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, których opis sposobu spełnienia został dokonany w ogłoszeniu i w SIWZ zamawiający żąda wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (...) z podaniem ich rodzaju i wartości, miejsca daty wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Opis warunków i sposobu oceny ich spełnienia dokonany przez zamawiającego, nie odbiega od wymienionych wskazań ustawowych. W ocenie Izby, także wyjaśnienie zamawiającego do SIWZ, iż „wykonawca winien wykazać się doświadczeniem w realizacji określonego rodzaju robót budowlanych wykonanych w ramach jednej roboty oraz, że został precyzyjnie określony rozmiar takiej roboty a także jej wartość” potwierdza jedynie treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Okoliczność, iż przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania zamawiającemu, iż spełnia ustalone warunki, nie obliguje wykonawcy do złożenia dokumentów wprost nie wymaganych przez zamawiającego i nie wymienionych w ogłoszeniu i w SIWZ. Obowiązkiem zamawiającego było wskazanie w oparciu o jakie dokumenty uzna, iż wykonawca udowodnił, iż posiada wiedzę i doświadczenie uprawniające do ubiegania się o zamówienie. Należy zatem stwierdzić, iż wprost nie zostało postawione wymaganie, aby oznaczony zakres robót został objęty jedną umową. Mowa jest o wykonanej „robocie budowlanej.” Wymaganie udokumentowania wiedzy i doświadczenia służy wykazaniu przez wykonawcę, iż posiada on wystarczający potencjał, niezbędną wprawę, umiejętności praktyczne, nabyte w toku realizacji poprzednich zadań zbliżonych do zakresu zamówienia, o porównywalnej skali, złożoności i wartości. Tak wykazane doświadczenie, daje bowiem zamawiającemu rękojmię, iż realizacja robót będzie przebiegała sprawnie, terminowo, a efekt spełni wymagania jakościowe. Zdaniem Izby, skoro roboty przy realizacji kontraktu „Poprawa gospodarki wodno – ściekowej na terenie Gminy Bytom” zadanie 2 (kontrakt 2)” stanowiły jedno zadanie inwestycyjne, objęte tym samym zamówieniem zlecającego, a jedynie realizowane w częściach, przystępujący jest uprawniony, aby w zakresie swego doświadczenia zawodowego wykazywać te roboty jako całość. Bowiem jego doświadczenie praktyczne jakie nabył przy realizacji wymienionych części A,B,E zamówienia nie różni się niczym od tego, gdyby było ono realizowane w oparciu o jedną umowę. Wyłącznie od zamawiającego zależy, czy przeprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na określoną inwestycję w całości, czy też dokona podziału zamówienia na części. W inwestycjach liniowych: drogi, szlaki kolejowe, sieci regułą jest podział zadań na określone odcinki. Zawarcie odrębnych umów na realizację kolejnych etapów inwestycji, może być też podyktowane możliwościami finansowymi zamawiającego.

W każdym razie, wartość zamówienia na roboty budowlane ustala się dla całości robót na podstawie kosztorysu inwestorskiego w oparciu o art. 33 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest natomiast dopuszczalne „kompletowanie” robót referencyjnych z elementów wybranych z poszczególnych umów z różnymi zamawiającymi, realizowanych w różnym czasie, dotyczących robót w żaden sposób nie tworzących integralnej całości.

Pogląd, iż wykonawca ma się legitymować robotami na podstawie zrealizowanej umowy, wywodzi się z faktu, iż zlecający jest w stanie wystawić referencje potwierdzające należyte wykonanie robót po wykonaniu całości umowy. W niniejszym przypadku roboty na część A,B i E zamówienia na poprawę gospodarko wodno – ściekowej w Bytomiu zostały wykonane w okresie 22.01.2008 r. do 31.03.2010 r. Zlecający potwierdził, na dzień składania ofert, iż wymienione w referencji roboty firma Energopol - Południe S.A. wykonała terminowo, zgodnie z dokumentacją techniczną, sztuką budowlaną i z należyłą starannością.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego, iż wykazana pod poz. 2 wykazu robota budowlana na rzecz Gminy Bytom jest ściśle powiązana, wykonana na podstawie jednego projektu na rzecz tego samego zamawiającego, a poszczególne części sieci wodno – kanalizacyjnych, przebiegające w poszczególnych dzielnicach miasta, stanowią integralną całość dla ich prawidłowego funkcjonowania.

Postępowanie dowodowe wykazało, iż przystępujący Energopol - Południe S.A. spełnił warunki udziału w niniejszym postępowaniu, dotyczące posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, zgodnie z ustalonym przez zamawiającego sposobem oceny ich spełnienia. Z tych względów wybór oferty Energopol - Południe S.A. jako najkorzystniejszej w ustalonym kryterium ceny, nie naruszył przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Czynione zamawiającemu zarzuty naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ustawy Pzp, nie znalazły potwierdzenia, gdyż dokonana ocena oferty przystępującego jest prawidłowa i nie narusza zasady równego traktowania wykonawców i zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. Dyrektywy europejskie w sprawie zamówień publicznych, ustanawiają minimalne standardy w celu ochrony konkurencji na wspólnym rynku, w szczególności dotyczą one równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający po upływie terminu składania ofert, nie może czynić żadnych odstępstw od ustalonych w ogłoszeniu oraz w SIWZ warunków udziału i sposobu ich oceny, gdyż są one wiążące tak dla wykonawców, jak i dla samego zamawiającego. Zdaniem Izby, zamawiający nie uchybił przy wyborze oferty przystępującego, ustalonym przez siebie warunkom, opisanym w SIWZ.

Wobec powyższych ustaleń, Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż wykonawca wybrany nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, a czynność wyboru oferty przystępującego nie znajduje normatywnego oparcia.

I W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego.

Na podstawie § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty postępowania – zastępstwa przez pełnomocnika, zgodnie z przedłożoną fakturą, w kwocie 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. ) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....