

Sygn. akt: KIO 1115/11

POSTANOWIENIE
z dnia 6 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **6 czerwca 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 maja 2011 r.** przez wykonawcę **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Puławy - Zarząd Inwestycji Miejskich w Puławach, ul. Piłsudskiego 83**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum firm: Mota-Engil Central Europe S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W i Mota-Engil Engenhatia e Construcão S.A. z siedzibą w Casa da Calcada Largo do Paco nr 6 – Cepelos Amarante Portugalia** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1115/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. odrzuca odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A** tytułem wpisu od odwołania,

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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z możliwością składania ofert częściowych prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na zagospodarowanie terenu portu i terenu pobraża rz. Wisy - Cześć II w Puławach”, Część I, zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Miasto Puławy - Zarząd Inwestycji Miejskich w Puławach, ul. Marszałka Piłsudskiego 83, ogłoszeniem siedzibie i na stronie internetowej zamawiającego opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2011/S 19-030159 w dniu 28 stycznia 2011 r.

W dniu 18 maja 2011 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: ustawą informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej na wykonanie Części I –tj. o uznaniu za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum firm: Mota-Engil Central Europe S.A z siedzibą w Krakowie, ul. Wadowicka 8W i Mota-Engil Engenhatia e Construcao S.A. z siedzibą w Casa da Calçada Largo do Paco nr 6 – Cepelos Amarante Portugalia. Drugą pozycję w rankingu ofert zajął Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A zwany dalej odwołującym.

W dniu 27 maja 2011r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy ewentualnie zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego i odrzucenia jego oferty wniósł odwołanie odwołujący.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy wybranego z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz nieodrzuconie jego oferty; art. 26 ust. 3 ustawy poprzez niewezwanie wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków opisanych w SIWZ; art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; powtórnego badania i oceny ofert w postępowaniu, a w szczególności - nakazanie wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a w przypadku niepotwierdzenia spełniania warunków - wykluczenia wykonawcy wybranego z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia przejawia się w tym, że w rankingu ofert

zajmuje drugą pozycję za wykonawcą wybranym i w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie zamówienia. Wskutek dokonania przez zamawiającego niewłaściwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący utracił możliwość uzyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia, przez co poniósł szkodę.

W uzasadnieniu wskazał, że w części V.1 siwz zamawiający postawił warunek wiedzy i doświadczenia i opisał sposób oceny spełniania tego warunku w ten sposób, że - zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej:

1) jedną robotę budowlaną w zakresie pogłębiania zbiorników wodnych z usunięciem urobku w ilości min. 20000 m³ (...),

(...) 5) jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku dwukondygnacyjnego o konstrukcji żelbetowej i pow. użytkowej minimum 1000 m² (...).

Natomiast w części V.2.8 siwz zamawiający postawił warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i uzależnił ocenę spełniania tego warunku od dysponowania przez wykonawców m.in.: jedną osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót branży „zieleń” legitymującą się dyplomem zawodowym oraz posiadającą co najmniej 2-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami związanymi z zagospodarowaniem terenu zielenią.

Odwołujący podniósł, że wykonawca wybrany nie spełnił tych warunków.

W odniesieniu do warunku wiedzy i doświadczenia w ramach pkt. V.1.1. wykonawca wybrany wykazał w poz. 1 „Wykazu robót wykonanych w okresie ostatnich 5 lat” (str. 10 oferty) „Budowę morskiego terminala rejsowego w Ponta Delgada”. Wykonawca wybrany podał, że prace przy tej inwestycji obejmowały min. pogłębianie zbiornika wodnego z usunięciem urobku. Odwołujący podniósł, że informacja ta jest nieprawidłowa, bo wykonawca wybrany wykonywał budowę portu morskiego, a pogłębianie realizowane było na basenie portowym morskim, a nie jak ten wykonawca podał w zbiorniku wodnym. Odwołujący stwierdził, że pojęcie „zbiornik wodny” odnosi się do wód śródlądowych i swoim zakresem znaczeniowym nie obejmuje wód morskich. W jego ocenie takie rozgraniczenie pojęć „morze” i „zbiornik wodny” potwierdzają przepisy art. 5 ust. 1-3, art. 9 ust. 1 pkt 4c i pkt 10 ustawy Prawo wodne (Dz. U. z 2005 r. nr 239, poz. 2019). Oznacza to, według odwołującego, że wykonawca wybrany nie wykazał się doświadczeniem w zakresie pogłębiania zbiorników wodnych.

Z kolei w poz. 5 przedmiotowego wykazu wykonawca wybrany wskazał „Budowę autostrady A2 Konin-Stryków (Łódź) - Wiskitki koło Warszawy, pododcinek: Konin (Modła) - Koło - Dąbie, sekcja Konin - Koło od km 257+560 do km 285+000”. W zakres inwestycji wchodziła budowa budynku warsztatowo-garażowego w technologii mieszanej (...) o powierzchni użytkowej około 1000 m². Odwołujący stwierdził, że ta robota nie spełnia wymogu siwz z pkt V.1.5, gdzie zamawiający żądał, aby zrealizowany budynek miał powierzchnię minimum 1000 m². Użyte

przez wykonawcę wybranego pojęcie „około” powoduje, że zamawiający nie może być pewien, czy wykonawca wybrany zrealizował budynek o powierzchni poniżej, powyżej czy równy 1000 m². Okoliczność ta nie wynika również z referencji załączonej do oferty dotyczącej przedmiotowej inwestycji. W zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, odwołujący stwierdził, że p. Jacek A. - wyznaczony na kierownika robót branży „zieleni” nie spełnia wymogu 2-letniego doświadczenia w kierowaniu robotami związanymi z zagospodarowaniem terenu zielenią. Część ze wskazanych w „Załączniku do formularza - wykaz osób” (str. 77 oferty) prac, którymi kierował p. Jacek A., było realizowanych w tym samym czasie. W związku z tym doświadczenie p. Jacka A. nie obejmuje 2 lat. Suma okresów doświadczenia przy kierowaniu robotami branży „zieleni” zgodnie z dokumentami przedstawionymi przez wykonawcę wybranego wynosi 22 miesiące i 8 dni, a nie jak wymagał zamawiający 24 m-ce. Podniósł, że z orzecznictwa Izby wynika, iż wymagany staż należy obliczać bez uwzględniania liczby zadań wykonywanych w tym samym czasie - wyrok Izby z 23 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO 1675/10 i 1676/10), w którym Izba wyraźnie stwierdza, że: „przy wykonywaniu dwóch zadań w tym samym czasie nie można podwójnie wliczać ich do okresu doświadczenia. Odwołujący podniósł, że w powyższych okoliczności wynika, że wykonawca wybrany nie potwierdził spełniania warunków udziału opisanych w pkt V. 1.1 i V.1.5 oraz pkt V.2.8 SIWZ w złożonej przez siebie ofercie a tym samym - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp powinien zostać wykluczony, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że zamawiający przy ocenie i badaniu ofert musi kierować się literalnym brzmieniem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ i nie może na tym etapie dokonywać ich zmian. Potwierdzenie warunków udziału musi natomiast wynikać wprost z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów załączonych do oferty, przy czym zamawiający nie może domniemywać ich spełniania, co wynika z orzecznictwa Izby sygn. akt KIO/UZP 669/10. Wskazał także, iż w stosunku do wykonawcy wybranego zamawiający nie przeprowadził procedury wyjaśniającej i uzupełnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, a zatem - w oparciu o obecny stan faktyczny nie był on w stanie obiektywnie i rzetelnie ocenić spełnienia wskazanych warunków udziału w postępowaniu.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa rodzajowego udzielonego przez odwołującego reprezentowanego przez dwóch członków zarządu zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą faksową w dniu 27 maja 2011r.

Zamawiający w dniu 30 maja 2011r. przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 1 czerwca 2011r. do postępowania odwoławczego o stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany Konsorcjum firm: Mota-Engil Central Europe S.A z siedzibą w

Krakowie, ul. Wadowicka 8W i Mota-Engil Engenhataria e Construcao S.A. z siedzibą w Casa da Calçada Largo do Paco nr 6 – Cepelos Amarante Portugalia, wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta jest ważna i została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza, a uwzględnienie odwołania prowadziłoby do braku udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z uwagi na przekroczenie terminu do wniesienia odwołania, gdyż o uznaniu oferty zgłaszającego przystąpienie przez zamawiającego za ważną dowiedział się w dniu 7 kwietnia 2011r. W przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie, wniósł o oddalenie odwołania, gdyż spełnia warunki udziału określone w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z postawieniem V.1 siwz i określone w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z postanowieniem V.2.8 siwz. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika, działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 marca 2011r. udzielonego przez Mota – Engil Central Europe S.A. w imieniu własnym i partnera podpisanego przez członka zarządu i prokurenta upoważnionych do reprezentacji łącznej lidera, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty. Mota-Engil Central Europe działa na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 marca 2011r. podpisanego przez urzędującego członka zarządu, zgodnie z dokumentem rejestracyjnym spółki Mota – Engil Engenhataria e Construcao S.A. oraz przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 grudnia 2010r. udzielonego przez dwóch członków zarządu z prawem głosu i upoważniającego do działania łącznie z innym pełnomocnikiem lub członkiem zarządu. Z informacji na piśmie wynika, że zostało ono przesłane zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 30 maja 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W piśmie tym wskazał, że zgodnie z art. 186 ustawy uwzględnia zarzut odwołującego dotyczący niespełnienia przez wykonawcę wybranego warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. jedną osobą, która będzie pełnić funkcję kierownika robót branży „zieleni”, legitymującą się dyplomem zawodowym oraz posiadającą co najmniej 2-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami związanymi z zagospodarowaniem terenu zielenią oraz zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym zamawiający zobowiązał się wykonać czynności zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu tj.

- 1) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzyć czynność polegającą na badaniu i ocenie ofert, a w szczególności wezwać wykonawcę wybranego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w przypadku niepotwierdzenia spełniania warunków — wykluczyć z postępowania i w konsekwencji odrzucić jego ofertę. Zamawiający przyznał, iż popełnił błąd w liczeniu lat doświadczenia osoby wskazanej do pełnienia funkcji kierownika robót branży zieleni, a nie

mając tej świadomości nie dopełnił obowiązku jaki wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie wezwał wykonawcy wybranego do uzupełnienia dokumentów.

Jeśli chodzi o dwa pozostałe zarzuty zamawiający nie zgodził się z nimi, a wręcz domniemywał, że przedstawienie ich w odwołaniu miało na celu wprowadzenie Izby w błąd, i uniemożliwienie zamawiającemu skorzystania z uprawnienia określonego w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp tj. uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a co za tym idzie ewentualnego umorzenia przez Izbę postępowania i zniesienia kosztów.

Odnosnie zarzutu pierwszego zamawiający podniósł, że odwołujący błędnie odwołał się do pojęcia zbiornika wodnego użytego w Prawie wodnym, gdyż pojęcie „zbiornik wodny” wprawdzie przewija się w powołanych przez odwołującego przepisach ustawy Prawo wodne, ale w żaden sposób nie można uznać, że ustawa Prawo wodne podaje definicję „zbiornika wodnego”. Zamawiający natomiast przedstawił definicję pojęcia zbiornik wodny wynikające z Encyklopedii PWN, Głównego Urzędu Statystycznego, Zgapa.pl, Wikipedia, Strona RZGW w Krakowie. Zamawiający wskazał, iż podane przez niego definicje w żaden sposób nie utożsamiają „zbiornika wodnego” wyłącznie z wodami śródlądowymi, a pojęcie to jest bardzo szeroko rozumiane. Stwierdził, że odwołujący nie dołożył wszelkich starań aby przytoczyć Izbie definicje „zbiornika wodnego” i powołał się jedynie na zapisy ww. ustawy, które to zapisy nie zawierają definicji „zbiornika wodnego”.

Zarzut drugi, w ocenie zamawiającego, został przez odwołującego sformułowany bez przeprowadzenia dokładnej i starannej analizy oferty wykonawcy wybranego i mija się ze stanem faktycznym. Odwołujący zarzucił, iż wykonawca wybrany wykazując budowę budynku warsztatowo-garażowego w technologii mieszanej o powierzchni użytkowej ok. 1000 m² z instalacjami wewnętrznymi w ramach zamówienia p.n. „Budowa Autostrady A2, odcinek Konin-Stryków (Łódź) - Wiskitki koło warszawy, pododcinek' Konin (Modła) - Koło - Dąbie, sekcja Konin - Koło od km 257+560 do km 285 + 000” nie spełnił warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia tj. wykonania jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku dwukondygnacyjnego o konstrukcji żelbetowej i pow. użytkowej min. 1000 m². Gdyby odwołujący należycie przeanalizował ofertę to zorientowałby się, że zrealizowany przez wykonawcę wybranego budynek warsztatowo-garażowy przywołany w odwołaniu został wykazany dla potwierdzenia spełniania przez wykonawcę innego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, a mianowicie budowy budynku o konstrukcji mieszanej z instalacjami wewnętrznymi o powierzchni użytkowej min. 300 m².

Natomiast na potwierdzenie spełniania warunku (którego to niespełnienie zarzuca odwołujący) dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku dwukondygnacyjnego o konstrukcji żelbetowej i pow. użytkowej min. 1000 m² wykonawca wybrany wykazał w załączniku do oferty „Wykaz robót” zamówienie p.n. „Budowa Centrum Handlowego „Mar Shopping” w

ramach, którego wykonał budowę czterokondygnacyjnego budynku centrum handlowego - konstrukcje żelbetowe, powierzchnia użytkowa: powierzchnie handlowe 84 500 m², parking podziemny 90 000 m² na poparcie czego załączył referencje wystawione przez Inter IKEA Centré Portugal S.A. potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W związku z tym zamawiający podtrzymał swoje stanowisko dotyczące uwzględnienia zarzut dotyczący nie spełnienia przez wykonawcę warunku dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia i zobowiązuje się do spełnienia w tym zakresie oczekiwań odwołującego, a jednocześnie wnosi o nieuwzględnianie kolejnych dwóch zarzutów, które według zamawiającego nie przedstawiają w pełni stanu faktycznego, mijają się z prawdą i nie mają odzwierciedlenia w dokumentach, a mają jedynie na celu uniemożliwienie zamawiającemu skorzystania z uprawnienia wynikającego z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż stosowanie takich nieuczciwych praktyk powinno być zakazane.

Jednocześnie podniósł, iż korzystanie przez odwołującego się ze środków ochrony prawnej jest w niniejszej sprawie prawnie niedopuszczalne, albowiem prowadzi do rażącego naruszenia art. 185 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zauważył, iż w toku prowadzonego obecnie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było już postępowanie odwoławcze wywołane wniesieniem odwołania przez wykonawcę wybranego w dniu 18.04.2011 r. (sygnatura akt. KIO 809/11). O fakcie wniesienia odwołania przez tego wykonawcę informowano odwołującego się wzywając go do przystąpienia do tego postępowania (dowód w załączeniu). Już więc na tym etapie odwołujący się mógł podjąć próbę wykazania okoliczności podnoszonych obecnie w odwołaniu - czego nie uczynił. Wnosząc odwołanie obecnie -faktycznie kwestionuje czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05.05.2011 r. wydanego w sprawie KIO 809/11. Wskazując na powyższe wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 punkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu posiedzenia przystępujący wykonawca wybrany wniósł pismo procesowe podtrzymując wniosek o odrzucenie odwołania.

Na posiedzeniu zamawiający i przystępujący podtrzymali wnioski o odrzucenie odwołania wzajemnie się popierając i powtarzając argumentację zawartą w pismach.

Odwołujący wniósł o oddalenie odwołania wskazując, iż przy pierwotnym wyborze nie miał interesu w uzyskaniu zamówienia, gdyż był na pozycji 3 w rankingu ofert i uważał, że oferta pierwotnie wybrana jest ofertą prawidłową. Wskazał, że odrzucenie odwołania powodowałoby pozbawienie go prawa do obrony swoich praw. Powołał orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 528/08 i orzeczenie Izby sygn. akt KIO/UZP 500/10.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania : ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia treści siwz, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty wykonawcy wybranego, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że :

W sekcji III.2.3 zdolność techniczna ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał na potwierdzenie spełniania warunków złożenia wykazu robót budowlanych (Załącznik „Wykaz robót”) w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, oraz złożenia wykazu osób (załączniki : „Wykaz osób” oraz „Załącznik do formularza- Wykaz osób”) które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wskazał na minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów dla części 1 zamówienia to: wykazanie, że wykonawca wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie co najmniej :

1. Jednej roboty budowlanej w zakresie pogłębiania zbiorników wodnych z usunięciem urobku w ilości min. 20 000m³ oraz
2. Jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu nabrzeży pionowych ze ściankami stalowymi typu larsenowskiego o długości min. 100 m oraz
3. Jedną robotę budowlaną polegającą na zabezpieczeniu nabrzeża materacami kamiennymi o pow. min. 500m², oraz
4. Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie mostu o rozpiętości min. 6m i udźwigu min. 20T oraz
5. Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku o konstrukcji żelbetonowej i powierzchni użytkowej min. 1000m², oraz
6. Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku o konstrukcji mieszanej z instalacjami wewnętrznymi o powierzchni użytkowej min. 300m² oraz
7. Jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu nawierzchni betonowych o pow. min. 1000m² oraz

8. Jedną robotę budowlaną polegającą na wykonaniu nawierzchni z kostki brukowej o powierzchni min. 1 000m², oraz
9. Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie sieci wodociągowej długości min. 200m oraz
10. Jedną robotę budowlaną polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej z przepompownią ścieków o długości min. 200m, oraz
11. Jedną robotę budowlaną w zakresie budowy sieci elektromagnetycznej NN i SN o długości min. 200m każda, oraz
12. Jedną robotę budowlaną w zakresie sieci teletechnicznej o długości min. 200m.

Wykazanie, że wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi doświadczenie, wykształcenie i kwalifikacje zawodowe odpowiednie do stanowisk, jakie zostaną im powierzone tj. m. in. w pkt 8 co najmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Kierownika robót branży „zieleni” legitymującą się dyplomem zawodowym oraz posiadającą co najmniej 2 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami związanymi z zagospodarowaniem terenu zielenią.

W rozdziale V pkt. I siwz zamawiający wskazał warunek wiedzy i doświadczenia dla części 1, a w tym samym rozdziale w pkt 2 wymogi dotyczące spełnienia warunku dysponowania potencjałem kadrowym. Warunki te są identyczne jak opisane w ogłoszeniu o zamówieniu. W rozdziale VI siwz zamawiający wskazał wykaz oświadczeń lub dokumentów, które ma złożyć wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i są to te same dokumenty, co wskazane w sekcji III.2.3 ogłoszenia.

Zamawiający w żadnym miejscu siwz, ani ogłoszenia nie zdefiniował pojęcia zbiornik wodny. W opisie przedmiotu zamówienia posługuje się pojęciami marina, basen jachtowy, basen portowy. W siwz występują odwołania do przepisów ustawy i kodeksu cywilnego.

Wyjaśnienia do siwz nie dotyczyły postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny ich spełniania.

W ofercie wykonawcy wybranego na stronie 18 i 19 znajduje się wykaz robót wykonanych w okresie ostatnich 5 lat, gdzie wykonawca wybrany podał :

- w poz.1 – budowę nowego morskiego terminalu rejsowego w Ponta Delgada – prace objęły budowę nowego portu rekreacyjnego, przystani dla promów kursujących między wyspami oraz przystani dla dużych statków rejsowych oraz budynków pomocniczych, w tym :

1. pogłębienie zbiornika wodnego z usunięciem urobku : 47 912m³,
2. wykonanie nabrzeży pionowych ze ściankami stalowymi typu larsenowskiego (wbijanie grodzic ze stali X60) : 1704m
3. ubezpieczenie nabrzeża materacami kamiennymi : nasypy kamienne 274 732 m²

- w poz. 2 – rozbudowa drogi krajowej nr 7 Kraków –Chyżne na Drogę Ekspresową nr S7, odcinek Myślenice-Pcim km 669+ 872 – 682 + 108” odpowiadający istniejącemu

kilometrażowi 697+ 909 – 710 +145 Kontrakt nr 605.1 (roboty drogowe, mostowe, mury oporowe, regulacja rzeki Raby, urządzenia infrastruktury komunalnej), w tym :

Ad 1 pogłębienie, profilowanie koryta rz. Raby z usunięciem nadmiarów : 101 166 m³, w tym nadmiary 39 281m³

Ad 2 wykonanie ścianek szczelnych stalowych typu larsenowskiego 784,4m

Ad 3 wykonanie ubezpieczenia materacami kamiennymi : 13 050m²

Ad 4 budowa mostu Mo06 – most jednoprzęsłowy o udźwigu > 20T o rozpiętości 16,95m

Ad 8 wykonanie nawierzchni z kostki brukowej :5 932m²

Ad 9 budowa sieci wodociągowej : 751 m,

Ad 10 budowa kanalizacji sanitarnej 279 m, budowa kanalizacji deszczowej 20 271m

Ad 11budowa sieci elektroenergetycznej NN : 2403 m i budowa sieci elektroenergetycznej SN : 307,5 m

Ad. 12 budowa sieci teletechnicznej 39 775m

- poz. 3 – Budowa Centrum Handlowego „Mar Shopping” – w ramach zadania wykonano budowę czterokondygnacyjnego budynku centrum handlowego – konstrukcje żelbetonowe, sieci podziemne, przyłącza, roboty wykończeniowe i urządzenia specjalne, w tym instalacje mechaniczne. Powierzchnia użytkowa ; powierzchnie handlowe 84 500m², parking podziemny 90 000m²

- poz. 4 – budowa autostrady A4 Zgorzelec –Krzyżowa Odcinek „B” Wykroty Krzyżowa od km 22+000 do 51 + 400 w ramach zadania budowa m. In :

- MA 46 – most trzyprzęsłowy nad rzeką Bobrzycą, ustrój ramowy 3-nawowy, żelbetowy długość 52,00m, rozpiętość przęseł 16+19+16 m, klasa obciążenia A, udźwig >20 ton,

- w ramach OUA budowa magazynu soli w technologii mieszanej drewniano-żelbetowej DE 25x32 o powierzchni użytkowej 598m², kubatura 4870m³ z instalacjami wewnętrznymi,

- budowa nowej nawierzchni betonowej na autostradzie A4 w technologii betonu cementowego – beton cementowy klasy B 40 grubości 27 cm, podbudowa z betonu o grubości 18cm, razem grubość nawierzchni betonowej 45 cm powierzchnia 641 551m², podbudowa 717 569 m²

- poz. 4 Budowa autostrady A2 odcinek Konin –Stryków (Łódź) – Wiskitki koło Warszawy, pododcinek Konin (Modła) – Koło – Dąbie, sekcja Konin – Koło od km 257+260 do km 285 +000 – w ramach OUA Żdzary budowa budynku warsztatowo – garażowego w technologii mieszanej : żelbet, bloczki gazbetonowe, konstrukcja dachu stalowa, powierzchnia użytkowa ok. 1000m², instalacja wewnętrzne,

- poz. 5 Budowa systemu ściekowego dla dzielnic Wrzosy, Kaszczorek, Winnica w Toruniu – w ramach zadania wykonano m. In. :

- 46 426 m kanalizacji sanitarnej (rury PEHDø200 mm – ø400mm),

- 34 812 m kanalizacji deszczowej grawitacyjnej (rury betonowe/żelbetonowe \varnothing 300mm – \varnothing 1000mm)
- 5 700 m kanalizacji tłocznej (rury PE 100 \varnothing 110mm – \varnothing 280mm)
- 1 centralna przepompownia ścieków o wydajności 95l/s i wysokości podnoszenia 24m słupa wody
- przekładki sieci wodociągowych, gazowych, teletechnicznych i energetycznych.

Na stronie 21 – 23 oferty wykonawcy wybranego znajduje się tłumaczenie oświadczenia APSM Administração dos Portos das Ihas São Miguel e Santa Maria S.A. , z którego wynika, że roboty wskazane w pozycji 1 wykazu zostały wykonane terminowo zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Na stronie 34 oferty wykonawcy wybranego znajduje się tłumaczenie oświadczenia Inter Ikea Centre Portugal S.A., z którego wynika, że roboty wskazane w pozycji 3 wykazu zostały wykonane w terminie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Na stronie 55- 57 oferty wykonawcy wybranego znajdują się referencje generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, z których wynika, że wykonawca wybrany wraz z liderem Strabag AG wykonał roboty wskazane w pozycji 4 wykazu w stopniu umożliwiającym uzyskanie pozwolenia na użytkowanie, a autostrada została oddana do ruchu w dniu 26 lipca 2006r.

Na stronach 60-61 oferty wykonawcy wybranego znajduje się wykaz osób, gdzie w pozycji 8 wskazano Jacka A. jako kierownika robót branży „zieleń” posiadającego dyplom zawodowy Akademii Rolniczej w Krakowie, Wydział Ogrodniczy, Kierunek Rolnictwo/Magister inżynier ogrodnictwa, osoba ta miała być oddana do dyspozycji w celu realizacji zamówienia. Na stronie 77 znajduje się załącznik do formularza wykaz osób dla Jacka A., gdzie wskazano zadania potwierdzające nabyte doświadczenie jako kierownika robót branży „zieleń” :

1. Rekonstrukcja ogrodu gotyckiego w Wilii Decjusza w Krakowie – 06.03.2002 – 28.05.2002,
2. Nasadzenie drzew na terenie Rynku Głównego w Krakowie – 06.10.2007 - 10.12.2007
3. Zagospodarowanie terenu Plant im. Floriana Nowackiego w Krakowie etap I Plac Serkowskiego 03.09.2009 – 18.11.2009
4. Zagospodarowanie terenu wokół zabytkowego budynku WSA w Krakowie przy ul. Topolowej – 03.09.2009 – 18.11.2009
5. V LO w Krakowie – 27.04.2009 – 30.06.2009
6. Zagospodarowanie terenu przy Centrum Handlowym Bonarka City Center – 08.08.2009 – 11.01.2010

7. Kompleksowe i całościowe prace rewitalizacyjne czterech zabytkowych ogrodów – Wschodniego (taras górny), Północnego, Różanego i Parku przy Oranżerii (w zespole pałacowo – ogrodowym w Wilanowie) – 17.05.2010 – trwa nadal

Na stronie 78 znajduje się oświadczenie Jacka A. o oddaniu własnej osoby do dyspozycji wykonawcy wybranego na okres wykonywania zamówienia.

Zamawiający nie wzywał wykonawcy wybranego ani do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, ani do wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy

W dniu 07.04.2011 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej na wykonanie Części I - Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Remontowo- Budowlane „TERMOCHEM” Sp. z o.o. (Lider); 2) Mostostal „Puławy” S.A. (partner). Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło Konsorcjum firm: 1) Mota-Engil Central Europe S.A (Lider); 2) Mota-Engil Engenhatia e Construcáo S.A. (partner). Trzecią pozycję zajął odwołujący.

W dniu 18.04.2011 r. wpłynęło odwołanie Konsorcjum Mota-Engil, który zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TERMOCHEM w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TERMOCHEM w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
3. Art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum TERMOCHEM, mimo iż Wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Stwierdził, że Konsorcjum TERMOCHEM nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz w cz. V.I pkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, tj. nie wykonał żadnej roboty budowlanej polegającej na budowie mostu o rozpiętości min. 6 m i udźwigu min. 20 t. Konsorcjum Termochem na potrzeby wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wskazał, iż wykonał 4 inwestycje:

- a) budowę mostu w Puławach (w zakresie dostawy i montażu elementów stalowych

pomostu),

- b) remont mostu drogowo - kolejowego w Płocku,
- c) przebudowę wiaduktu kolejowego w Jamielniku oraz
- d) przebudowę wiaduktu drogowego w Dąbrowie Górniczej.

Wskazał, że żadna z tych robót nie dotyczy budowy mostu, gdyż dotyczą remontu lub przebudowy, a dwie ostatnie dotyczą wiaduktu, a zamawiający wymagał mostu. Ponadto wskazał, że Termochem nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp i cz. V.2 pkt 4. Zamawiający wymagał, ażeby wykonawca dysponował kierownikiem robót branży mostowej posiadającym doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi przy realizacji co najmniej jednego mostu. Jak wynika zaś z referencji zaproponowanego przez Konsorcjum Termochem kierownika budowy pana Andrzeja Mostowskiego, posiada on jedynie doświadczenie przy prowadzeniu „robót montażowych i antykorozyjnych” (most w Chamowie, Pisz, Barczewie) oraz „roboty remontowe” (most na Wiśle). Mając na uwadze, że wymogiem Zamawiającego było posiadanie doświadczenia przy „realizacji” mostu, a więc budowie mostu, niewystarczające jest doświadczenie zdobyte przy pracach montażowych (zdobytych jedynie przy montażu elementów stalowych, a nie przy wznoszeniu całej konstrukcji mostu).

Zamawiający w dniu 18.04.2011 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Izba w sprawie sygn. akt KIO 809/11 wyrokiem wydanym w dniu 5 maja 2011r. uwzględniła odwołanie, unieważniła czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części I z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu. W uzasadnieniu uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu, tj. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TERMOCHEM w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia. Wskazała, że warunek postawiony przez zamawiającego powinien być wykładany ściśle i wykonawca powinien był wykazać wykonanie jednej roboty budowlanej dotyczącej budowy mostu, a nie przebudowy czy remontu, ani też budowy innego obiektu niż most. Żadna z wykazanych przez TERMOCHEM robót budowlanych tego wymogu nie spełnia i zamawiający poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, jak również art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Izba wskazała ponadto, że wobec

faktu, iż Termochem był już wzywany do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazu robót jego ponowne wezwanie nie jest możliwe.

Izba zważyła, co następuje :

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 538/08 zapadło w odmiennym stanie faktyczny. Stan faktyczny tego odwołania był taki, że odwołujący wniósł odwołanie na czynność zaniechania wykluczenia innego wykonawcy, który pierwotnie został wykluczony z postępowania przez zamawiającego i na skutek własnych środków ochrony prawnej przywrócony do postępowania. Sąd Okręgowy uznał, że doszło do nowej czynności w postaci przywrócenia tego wykonawcy do postępowania i od tej czynności służył protest, natomiast odwołujący nie miał interesu w skarżeniu przy pierwotnym wyborze zaniechania zamawiającego wykluczenia tego wykonawcy z innych podstaw wykluczenia. Odnośnie wyroku Izby sygn. akt KIO/UZP 500/10 to również zapadł on w odmiennym stanie faktycznym, który przedstawiał się w taki sposób, że w chwili pierwotnego wyboru oferta odwołującego była wybrana jako najkorzystniejsza, jednak w wyniku odwołania innego wykonawcy zamawiający powtarzając czynność badania i oceny ofert odrzucił także ofertę odwołującego. Izba w tym stanie uznała, że w wyniku ponownego badania i oceny ofert doszło do dokonania przez zamawiającego nowej czynności tj. odrzucenia odwołującego i w tym upatrywała dopuszczalność wniesienia odwołania. Stan faktyczny będący przedmiotem niniejszego postępowania kształtuje się w sposób odmienny. Zarówno w wyniku pierwotnego wyboru 7 kwietnia 2011r. jak i powtórzenia czynności w dniu 18 maja 2011r. na skutek wyroku Izby sygn. akt KIO 809/11 oferta przystępującego była uznana za ofertę prawidłową niepodlegającą odrzuceniu. Odwołujący w obu przypadkach, aby uzyskać zamówienie musiałby kwestionować ofertę przystępującego. Przy pierwotnym wyborze składając odwołanie na zaniechanie wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty oraz przyłączając się do przystępującego po jego stronie w sprawie sygn. akt KIO 809/11 lub wnosząc własne odwołanie obejmujące zarzuty wobec oferty przystępującego i oferty Termochem – pierwotnie wybranej. Wówczas miał interes w uzyskaniu zamówienia. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert zgodnie z orzeczeniem Izby w sprawie sygn. akt KIO 809/11 nie nakazywało dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert wobec oferty przystępującego. Nie mogło się tak stać, gdyż Izba z mocy art. 192 ust. 7 nie ma prawa odrzekać co do zarzutów nie będących przedmiotem odwołania. Również jak wynika z wyjaśnień zamawiającego na posiedzeniu sam zamawiający nie powtórzył czynności badania i oceny ofert w szerszym niż nakazany wyrokiem Izby zakresie. Tym samym badanie i ocena oferty przystępującego nie były przedmiotem żadnej dodatkowej czynności ze

strony zamawiającego. Odwołujący kwestionując oferty go poprzedzające miał interes w uzyskaniu zamówienia. Wiedząc o wniesieniu odwołania wobec wykonawcy pierwotnie wybranego, chroniąc swój interes powinien był skorzystać z przysługującego mu odwołania jak i możliwości przystąpienia. Nie można się zgodzić z twierdzeniem odwołującego, że dopiero w wyniku ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej powstał jego interes. Interes ten w ocenie Izby istniał także w dacie pierwotnego wyboru, a zaniechanie samego odwołującego w tym zakresie doprowadziło go do uchybienia terminowi na wniesienie odwołania. Przepisy art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy należy odczytywać z uwzględnieniem art. 180 ust. 1 ustawy, a więc przy analizie zachowanie terminu na wniesienie odwołania należy badać kiedy nastąpiło dokonanie czynności lub zaniechanie zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia przystępującego. Zaniechanie to nastąpiło w dacie pierwotnego badania i oceny ofert i powtórzenie tej czynności nie zostało dokonane w dniu 18 maja 2011r. wobec oferty przystępującego. Zatem bieg terminu na wniesienie odwołania rozpoczął się z chwilą przesłania informacji o wyniku postępowania tj. w dniu 7 kwietnia 2011r. i upłynął w dniu 18 kwietnia 2011r. Izba nie podziela zastrzeżeń zamawiającego, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy, gdyż wobec powyższego ustalenia, że zamawiający nie powtarzał czynności badania i oceny ofert w stosunku do oferty przystępującego, ani nie był do tego zobowiązany wyrokiem Izby w sprawie sygn. akt KIO 809/11, o czym wskazano powyżej, to przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 nie mógł mieć zastosowania w sprawie, bo czynność ponownego badania i oceny ofert wykonana zgodnie z tym wyrokiem dotyczyła oferty Termochem, a nie oferty przystępującego.

Mając na uwadze powyższe Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 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) .

Przewodniczący :

.....