

Sygn. akt: KIO 1735/11

Sygn. akt: KIO 1736/11

WYROK

z dnia 25 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Infra S.A. w Wysogotowie, PBG S.A. w Wysogotowie, Taylor sp. z o.o. w Lublinie:**

- A. w dniu 12 sierpnia 2011 r. w postępowaniu pn.: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wg Standardów warunków kontraktowych FIDIC („żółta książka”) dla kontraktu 20B: „Przebudowa i budowa sieci kanalizacji ściekowej i sieci wodociągowej dla rejonów: Bronowice, Tatary w Lublinie” w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzenia ścieków w Lublinie” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – program operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007 – 2013 (sygn. akt KIO 1735/11),
- B. w dniu 12 sierpnia 2011 r., uzupełnionego w dniu 16 sierpnia 2011 r. w postępowaniu pn.: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wg Standardów warunków kontraktowych FIDIC („żółta książka”) dla kontraktu 22B: „Przebudowa i budowa sieci kanalizacji ściekowej i sieci wodociągowej dla rejonów: Wieniawa Lublinie w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzenia ścieków w Lublinie” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – program operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007 – 2013 (sygn. akt KIO 1736/11)

w postępowaniach prowadzonych przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie sp. z o.o. w Lublinie**

przy udziale uczestnika postępowania: **Energopolu Południe S.A. w Sosnowcu**, który zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 1735/11 oraz KIO 1736/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni obydwie odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej w obydwu postępowaniach przez **Energopol Południe S.A. w Sosnowcu** oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w obydwu postępowaniach,
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie sp. z o.o. w Lublinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł (słownie: trzydzieści tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Infra S.A. w Wysogotowie, PBG S.A. w Wysogotowie, Taylor sp. z o.o. w Lublinie** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2. w sprawie o sygn. akt KIO 1735/11 zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie sp. z o.o. w Lublinie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Infra S.A. w Wysogotowie, PBG S.A. w Wysogotowie, Taylor sp. z o.o. w Lublinie** kwotę 23 600 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.3. w sprawie o sygn. akt KIO 1736/11 zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie sp. z o.o. w Lublinie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Infra S.A. w Wysogotowie, PBG S.A. w Wysogotowie, Taylor sp. z o.o. w Lublinie** kwotę 23 600 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1735/11

Sygn. akt: KIO 1736/11

U z a s a d n i e n i e

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie sp. z o.o. w Lublinie zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania na:

- zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wg Standardów warunków kontraktowych FIDIC („żółta książka”) dla kontraktu 20B: „Przebudowa i budowa sieci kanalizacji ściekowej i sieci wodociągowej dla rejonów: Bronowice, Tatary w Lublinie” w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzenia ścieków w Lublinie” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – program operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007 – 2013 (sygn. akt KIO 1735/11) oraz

- zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wg Standardów warunków kontraktowych FIDIC („żółta książka”) dla kontraktu 22B: „Przebudowa i budowa sieci kanalizacji ściekowej i sieci wodociągowej dla rejonów: Wieniawa Lublinie w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzenia ścieków w Lublinie” współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej – program operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007 – 2013 (sygn. akt KIO 1736/11).

Szacunkowa wartość obu zamówień jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenia o zamówieniach zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

- z dnia 8 kwietnia 2011 r. pod numerem 2011/S 69 – 111899 zmienione m.in. ogłoszeniem z dnia 27 kwietnia 2011 r. – nr 2011/S 81-132436 (sygn. akt KIO 1735/11) oraz

- z dnia 9 kwietnia 2011 r. pod numerem 2011/S 70 – 113462 zmienione m.in. ogłoszeniem z dnia 27 kwietnia 2011 r. – nr 2011/S 81-132435 (sygn. akt KIO 1736/11).

Sygn. akt KIO 1735/11

W dniu 3 sierpnia 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Infra S.A. w Wysogotowie, PBG S.A. w Wysogotowie, Taylor sp. z o.o. w Lublinie (dalej „odwołujący”) o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Energopol Południe S.A. w Sosnowcu (dalej także „przystępujący”).

Dnia 12 sierpnia 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), jego kopię za pośrednictwem faksu przekazując zamawiającemu tego samego dnia.

Odwołanie zostało wniesione od czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz od czynności zaniechanych przez zamawiającego w postaci:

1. oceny oferty złożonej przez wykonawcę przystępującego,
2. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
3. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania,
4. zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego,
5. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego ewentualnie, z ostrożności:
6. zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 3 ust. 6 i 7a ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994r. poprzez uznanie, iż budowa sieci wodociągowej jest tożsama z jej modernizacją (przebudową), co jest sprzeczne z obowiązującymi definicjami ustawy prawo budowlane,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego, który złożył nieprawdziwe informacji mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,

4. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo, że została ona wniesiona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,

5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, a ponadto, z ostrożności:

6. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz wymaganej kadry,

7. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz wymaganej kadry.

Uwzględnwszy powyższe odwołujący domagał się:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
2. unieważnienia oceny oferty złożonej przez przystępującego,
3. dokonania ponownej oceny ofert i w jej wyniku:
 - 1) wykluczenia przystępującego z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,
 - 2) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, ewentualnie, z ostrożności:
4. wezwanie przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł również o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący argumentował, iż dokumenty złożone przez przystępującego w ofercie nie potwierdzają spełniania przez tego wykonawcę warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia oraz potencjału osobowego, co winno skutkować wykluczeniem go z postępowania i odrzuceniem złożonej przez niego oferty. Ponadto przedłożone dokumenty zawierają nieprawdziwe dane, co winno w ocenie odwołującego skutkować wykluczeniem przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołujący wskazał, co następuje:

I. Wiedza i doświadczenie przystępującego:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „swz”) wymagał, aby wykonawca wykazał, że wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie:

a) co najmniej dwa zamówienia na roboty budowlane, o łącznej wartości nie mniejszej niż 30 800 000 PLN netto, w tym jedno o wartości nie mniejszej niż 15 500 000 PLN netto, których przedmiotem były:

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 7,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości minimum 3,0 km,

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 5,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami metodą bezwykopową, o długości minimum 3,0 km

lub

b) co najmniej jedno zamówienie na roboty budowlane, o wartości nie mniejszej niż 26 200 000 PLN netto, którego przedmiotem były:

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 7,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości minimum 3,0 km,

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 5,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami metodą bezwykopową, o długości minimum 3,0km.

Na potwierdzenie powyższego przystępujący złożył wykaz robót wraz z referencjami, które zostały, na skutek wezwań zamawiającego, odpowiednio uzupełnione i wyjaśnione pismami z dnia 29 czerwca 2011 r., 28 lipca 2011 r. i 29 lipca 2011 r.

Odwołujący podkreślił, iż wykonawca nie wykazał realizacji żadnych z dwóch alternatywnych robót wskazanych w powołanym wyżej warunku.

A/ Inwestycja pn.: „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie gminy Bytom (2004/PL/16/C/PE/004-06) Zadanie nr 6 na roboty budowlane - Części D, E, F.” - pozycja 2 wykazu robót przystępującego.

Odwołujący wskazał, iż wbrew oświadczeniu przystępującego złożonemu w wykazie robót, przedmiotowa inwestycja nie obejmowała przebudowy sieci wodociągowej z przyłączami, a jedynie sieci kanalizacyjnej. Na dowód powyższego odwołujący przedłożył opis przedmiotu zamówienia z dokumentacji przetargowej dotyczącej przedmiotowego zadania oraz pismo inwestora - Bytomskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o. z dnia 21 czerwca 2011r.

Odwołujący stwierdził, iż sieci sanitarne podlegają dychotomicznemu podziałowi na sieci wodociągowe oraz sieci kanalizacyjne. Każda z tych sieci, z uwagi na swe przeznaczenie funkcjonalne, stanowi odrębną kategorię. Skoro zatem wymogiem zamawiającego było posiadanie doświadczenia (adekwatnie do przedmiotu zamówienia) w obu tych kategoriach sieci, koniecznym jest wykazania posiadania doświadczenia zarówno w zakresie sieci wodociągowej, jak i sieci kanalizacyjnej. Zważyć przy tym należy, iż przebudowa i modernizacja sieci wodociągowej wymaga od wykonawcy większego doświadczenia związanego z koniecznością utrzymania ciągłości dostawy wody do odbiorców wraz z odpowiednim utrzymaniem jakości i czystości wody, przy zachowaniu wszelkich norm i wymogów sanitarnych i zasad budowlanych. Z tego punktu widzenia zdaniem odwołującego przebudowa/modernizacja sieci kanalizacyjnej jest zdecydowanie prostsza i nie jest obciążona tak restrykcyjnymi wymogami. Z podobnych przyczyn modernizacja/przebudowa sieci jest trudniejsza od jej budowy. Stanowi ona bowiem pracę na czynnym obiekcie, któremu należy zapewnić nieprzerwane i niezakłócone funkcjonowanie. Zatem realizacja przedmiotowej inwestycji nie potwierdza posiadania przez przystępującego właściwego doświadczenia w zakresie przebudowy sieci wodociągowej o długości co najmniej 3 km.

B/ Inwestycja „Horyzontalne przewiertki sterowane związane z robotami budowlano-instalacyjnymi sieci wodociągowej w miejscowości Lasowice Wielkie” - pozycja 3 wykazu robót przystępującego.

Inwestycja w Lasowicach Wielkich - wskazana w punkcie 3 wykazu robót nie była realizowana w granicach administracyjnych miasta (co w piśmie z dnia 29 czerwca 2011r. przyznał sam przystępujący), a co za tym idzie nie może ona potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Nadto, zgodnie z pozyskanymi od inwestora informacjami, w ramach tej inwestycji nie wykonywano robót dotyczących sieci wodociągowej, a jedynie sieci kanalizacyjnej.

Odwołujący wskazał również, iż inwestycja ta nie stanowiła modernizacji sieci. Stwierdził, iż metoda przewiertów sterowanych jest wyłącznie metodą budowy sieci, a nie ich modernizacji. Powyższe wynika jednoznacznie z literatury fachowej przedmiotu, jak również z regulacji około normatywnych, do jakich należy Norma Polska PN-EN 14409-1 „Systemy przewodów rurowych z tworzyw sztucznych do renowacji podziemnych sieci wodociągów Część 1: Postanowienia ogólne”.

Dalej odwołujący argumentował, iż również sam zamawiający wyraźnie rozróżnił w programie funkcjonalno – użytkowym (dalej „PFU”) metody budowy i przebudowy sieci wodociągowej. W pkt. 1.1.3.2 PFU (str. 5 PFU) wskazano, iż przewiert sterowany jest wyłącznie metodą budowy sieci wodociągowej, a nie metodą jej przebudowy. Podkreślone zostało, iż pojęcia budowy i przebudowy nie są tożsame i nie mogą być używane zamiennie. Odwołujący powołał się w tej kwestii na definicje obu pojęć zawarte w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Ponadto odwołujący wskazał, iż z wykazu robót nie wynika wykonanie przyłączy do sieci wodociągowej, co również stanowiło wymóg zamawiającego.

C/ Inwestycja „Przewierty rurą przewodową PEHD o średnicy 110 o łącznej ca 1540 mb w Kędzierzynie Koźlu” - pozycja 4 wykazu robót przystępującego.

Z informacji pozyskanych od inwestora - Miejskich Wodociągów i Kanalizacji w Kędzierzynie-Koźlu sp. z o.o. wynika jednoznacznie, że roboty polegające na wykonaniu horyzontalnych przewiertów sterowanych nie były w ogóle wykonywane w styczniu-lutym 2009 r. w Kędzierzynie Koźlu. Taka inwestycja została natomiast wykonana w roku 2009 przez innego wykonawcę - konsorcjum podmiotów: Mostostal Warszawa S.A., Siemens Water Technologies S.A., P.U.P. „SANBUD”, Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Instalacyjnego „Chmielewski”, ECON Marek Michalczyk. Zatwierdzonym podwykonawcą w zakresie wykonywanych przewiertów sterowanych była natomiast spółka: Nawitel sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. Z informacji pozyskanych od tego wykonawcy wynika, iż przewierty te powołany podwykonawca wykonał samodzielnie, tj. bez udziału jakichkolwiek podwykonawców. Co za tym idzie, Kędzierzyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „KPRI” oraz Van Den Berg Boringen sp. z o.o. nie byli podwykonawcami na tej inwestycji oraz nie realizowali żadnej innej inwestycji tego rodzaju w Kędzierzynie-Koźlu.

Ponadto w ramach przedmiotowej inwestycji wykonano budowę sieci wodociągowej, a nie - zgodnie z wymogiem referencyjnym - jej przebudowę (modernizację). Odwołujący zwrócił uwagę, iż złożone w tym zakresie wyjaśnienia przystępującego z dnia 29 lipca 2011r. tą

okoliczność potwierdzają. Wykonawca stwierdził bowiem, iż przedmiotowa inwestycja zlokalizowane były w miejscu, gdzie przebiegała sieć wodociągowa, a prace polegały na rozebraniu istniejących odcinków tej sieci i w ich miejsce ułożenie nowej sieci. Skoro zatem istniejące odcinki sieci nie zostały zmodernizowane, ale usunięte w całości i w ich miejsce wybudowano nową sieć, to w żadnym wypadku robota taka nie stanowi modernizacji (przebudowy) w rozumieniu prawa budowlanego. Modernizacja zakłada bowiem pozostawienie elementu pierwotnego starej sieci, a nie jej całkowitego usunięcia. Przedmiotową inwestycję można zatem zakwalifikować jako odbudowę elementu sieci, a zgodnie z prawem budowlanym odbudowa stanowi rodzaj budowy, a nie przebudowy.

Podsumowując, zdaniem odwołującego zamawiający nie powinien zaliczyć na poczet doświadczenia przystępującego omówionych wyżej inwestycji. Przy uznaniu, iż kwestionowane roboty nie mogą potwierdzać warunku w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, uznać należy, iż pozostałe wykazane w wykazie roboty nie są wystarczające do spełnienia przedmiotowego warunku. To zatem (mają na uwadze, iż zamawiający wezwał już przystępującego do uzupełnienia wykazu robót) winno skutkować wykluczeniem z przystępującego postępowania i odrzuceniem jego oferty.

Ponadto odwołujący podniósł, iż zamawiający powinien w okolicznościach sprawy zastosować w stosunku do przystępującego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, bowiem informacje dotyczące poszczególnych inwestycji podanych w ofercie przez przystępującego są całkowicie sprzeczne z informacjami pozyskanymi od inwestorów i generalnych wykonawców na tych inwestycjach, a zatem są niezgodne z prawdą, a informacje te miały niewątpliwie wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

II. Osoby zdolne do wykonania zamówienia, którymi dysponuje przystępujący:

W ocenie odwołującego przystępujący nie wykazał dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Dotyczy to w szczególności osoby wskazanej na stanowisko projektanta sieci sanitarnych, eksperta nr 3 - pana Bogdana J.

Zgodnie z treścią pkt. 9.1.3. a) informacji dla wykonawców (dalej „IDW”), projektant sieci sanitarnych miał wykazać się co najmniej 5 letnim doświadczeniem po uzyskaniu uprawnień budowlanych w zakresie projektowania sieci wodociągowych i kanalizacyjnych (projekty powinny dotyczyć sieci o długości nie mniejszej niż 0,5 km każdy) oraz zaprojektowaniem w okresie 5 lata przed dniem składania ofert, co najmniej 5 dokumentacji w zakresie budowy/modernizacji (przebudowy) sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej na podstawie

których zrealizowano roboty budowlane, w tym co najmniej 3 dokumentacji z zakresu modernizacji (przebudowy) sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej metodami bezwykopowymi dopuszczonymi do stosowania przez zamawiającego i opisanymi w PFU o długości minimum 3 km każda.

Tymczasem w opinii odwołującego pan Bogdan Janiec nie wykonał co najmniej 3 dokumentacji z zakresu modernizacji (przebudowy) sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej metodami bezwykopowymi dopuszczonymi do stosowania przez zamawiającego i opisanymi w PFU o długości minimum 3 km każda. W wykazie wskazano bowiem, iż w ramach inwestycji „PBW dla Zadania 03 Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo-kanalizacyjnej w Łodzi” pan Bogdan Janiec wykonał 5 dokumentacji projektowych. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez przystępującego również w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu w dniu 29 czerwca 2011 r. Tymczasem, zgodnie z informacjami posiadanymi przez odwołującego, na zadaniu tym zrealizowano aż 76 projektów odcinków ulic i na każda z nich wykonywano odrębną dokumentację. Wykonawcą 32 projektów odcinków ulic był pan Bogdan Janiec. Wskazać jednak należy, iż tylko jedna z tych dokumentacji wykonana przez tego projektanta dotyczyła wykonania odcinka o długości minimum 3 km. Długość pozostałych odcinków jest krótsza niż 3 km. Podany przez przystępującego w wykazie osób podział wykonanych przez pana Bogdana J. prac projektowych wg określonych metod bezwykopowych jest nieprawidłowy, albowiem jest to podział sztuczny i niezgodny z rzeczywistością. Faktycznie bowiem na każdy odcinek ulicy wykonywano odrębną dokumentację projektową, którą załączano organowi budowlanemu wraz z informacją o zamiarze rozpoczęcia robót budowlanych.

Dalej odwołujący wskazał, iż w odniesieniu do tej samej inwestycji, opisując doświadczenie drugiego projektanta pana Piotra L. - eksperta nr 4, przystępujący dokonał prawidłowego opisu i wskazał wykonanie dokumentacji przez tego projektanta dla poszczególnych odcinków ulic zatem zgodnie z rzeczywistością.

W ocenie odwołującego zatem przystępujący manipuluje danymi dotyczącymi inwestycji w taki sposób, by spełnić warunki udziału w postępowaniu. Postępowanie takie winno skutkować bezwzględnym wykluczeniem wykonawcy na mocy art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp z uwagi na podawane przez niego nieprawdziwe informacje, które wpłynęły na wynik postępowania.

Ponadto w zakresie inwestycji wskazanej w wykazie osób jako doświadczenie pana Bogdana J.: „PBW Przebudowa i modernizacja kolektora ogólnospławnego „K” w Radomiu P 1,3 x 1,2 m, P 1,5 x 1,7 m; PI , lxl,48m; Fi 500+1000 mm metodą bezwykopową podniósł

odwołujący, iż na dzień składania ofert inwestycja ta nie została jeszcze ukończona, a zatem, mając na uwadze wymagania dotyczące doświadczenia eksperta nr 3 postawione w siwz, nie posiada on wymaganego przez zamawiającego doświadczenia.

W konkluzji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający zawiadomił w dniu 12 sierpnia 2011 r. wykonawców o odwołaniu, przekazując jego kopię oraz wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 16 sierpnia 2011 r. (15 sierpnia – dzień ustawowo wolny od pracy) do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) zostało wniesione przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez Energopol Południe S.A. w Sosnowcu.

Na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2011 r. strony oraz przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Sygn. akt KIO 1736/11

W dniu 5 sierpnia 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Infra S.A. w Wysogotowie, PBG S.A. w Wysogotowie, Taylor sp. z o.o. w Lublinie (dalej „odwołujący”) o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Energopol Południe S.A. w Sosnowcu (dalej także „przystępujący”).

Dnia 12 sierpnia 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), jego kopię za pośrednictwem faksu przekazując zamawiającemu tego samego dnia.

Odwołanie zostało wniesione od czynności podjętych przez zamawiającego w toku postępowania oraz od czynności zaniechanych przez zamawiającego w postaci:

1. oceny oferty złożonej przez wykonawcę przystępującego,
2. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
3. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania,
4. zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego,
5. zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego ewentualnie, z ostrożności:
6. zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 3 ust. 6 i 7a ustawy Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994r. poprzez uznanie, iż budowa sieci wodociągowej jest tożsama z jej modernizacją (przebudową), co jest sprzeczne z obowiązującymi definicjami ustawy prawo budowlane,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo, że została ona wniesiona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,
5. art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp, a ponadto, z ostrożności:
6. art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz wymaganej kadry,
7. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz wymaganej kadry.

Uwzględnivszy powyższe odwołujący domagał się:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
2. unieważnienia oceny oferty złożonej przez przystępującego,
3. dokonania ponownej oceny ofert i w jej wyniku:

- 1) wykluczenia przystępującego z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,
- 2) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego, ewentualnie, z ostrożności:
4. wezwanie przystępującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł również o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący argumentował, iż dokumenty złożone przez przystępującego w ofercie nie potwierdzają spełniania przez tego wykonawcę warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia oraz potencjału osobowego, co winno skutkować wykluczeniem go z postępowania i odrzuceniem złożonej przez niego oferty. Ponadto przedłożone dokumenty zawierają nieprawdziwe dane, co winno w ocenie odwołującego skutkować wykluczeniem przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołujący wskazał, co następuje:

I. Wiedza i doświadczenie przystępującego:

Zamawiający w siwz wymagał, aby wykonawca wykazał, że wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie:

a) co najmniej jedno zamówienie na roboty budowlane, o wartości nie mniejszej niż 40 370 000 PLN netto lub co najmniej dwa zamówienia na roboty budowlane o łącznej wartości nie mniejszej niż 47 500 000 PLN netto, w tym jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 24 000 000 PLN netto, których przedmiotem były:

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 7,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości minimum 3,0 km,

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 7,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami metodą bezwykopową, o długości minimum 3,0 km.

Na potwierdzenie powyższego przystępujący złożył wykaz robót wraz z referencjami, które zostały, w wyniku wezwań zamawiającego, odpowiednio uzupełnione i wyjaśnione pismami z dnia 29 czerwca 2011 r., 28 lipca 2011 r. i 29 lipca 2011 r.

Odwołujący podkreślił, iż wykonawca nie wykazał realizacji żadnych z dwóch alternatywnych robót wskazanych w powołanym wyżej warunku.

Odwołujący odniósł się do tych samych inwestycji, które kwestionował w sprawie o sygn. akt KIO 1735/11, tj. pozycji 2, 3 oraz 4 wykazu robót przystępującego.

II. Osoby zdolne do wykonania zamówienia, którymi dysponuje przystępujący – odwołujący zakwestionował doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko projektanta sieci sanitarnych - Pana Bogdana J. - w zakresie analogicznym jak w odwołaniu o sygn. akt KIO 1735/11.

W konkluzji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Następnie pismem z dnia 16 sierpnia 2011 r. odwołujący uzupełnił zarzuty odwołania (kopię za pośrednictwem faksu przekazał zamawiającemu w tym samym dniu) podnosząc dodatkowo, iż przystępujący nie wykazał również realizacji robót budowlanych polegających na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 7,5 km, w tym robót budowlanych polegających na modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami metodą bezwykopową, o długości minimum 3,0 km, bowiem wszystkie roboty wskazane w wykazie robót przystępującego dotyczą budowy, a nie przebudowy sieci kanalizacyjnej. Dotyczy to inwestycji pn.: „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie gminy Bytom (2004/PL/16/C/PE/004) Zadanie nr 2 kontrakt nr 2 na roboty budowlane - Części A, B, E - pozycja 1 wykazu robót przystępującego oraz inwestycji pn.: „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie gminy Bytom (2004/PL/16/C/PE/004-06) Zadanie nr 6 na roboty budowlane - Części D, E, F” - pozycja 2 wykazu robót przystępującego.

Odwołujący dowodził, iż przedmiotowe inwestycje nie stanowiły modernizacji/przebudowy sieci kanalizacyjnej, gdyż metoda przewiertów sterowanych jest wyłącznie metodą budowy sieci, a nie ich modernizacji/przebudowy, co wynika z literatury fachowej przedmiotu, jak również z regulacji około normatywnych, do jakich należy Polska Norma PN-EN 12889 „Bezwykopową budowa i badanie przewodów kanalizacyjnych” oraz Polska Norma PN-EN 13566-1 „Systemy przewodów rurowych z tworzyw sztucznych do renowacji podziemnych

bezcisnieniowych”. Powołał się w tym zakresie także na „Konstrukcję przewodów kanalizacyjnych” (Cezary Madryas, Andrzej Kolonko, Leszek Wysocki; Oficyna Wydawnicza Politechniki Wrocławskiej, Wrocław 2002 r., str. 252).

Odwołujący zwrócił uwagę, iż zamawiający również wyraźnie rozróżnił w PFU metody budowy i przebudowy sieci kanalizacyjnej (pkt 1.1.3.1 PFU, str. 5). Odnosząc się do prawa budowlanego wskazał na różnice pomiędzy budową a przebudową dodając także, iż technologia używana przy przebudowie i budowie sieci kanalizacyjnej metodą bezwykopową jest całkowicie odmienna. Nie można zatem twierdzić, iż podmiot który budował sieci kanalizacyjne metodą bezwykopową pozyskał takie samo doświadczenie, jak podczas realizacji jej przebudowy (modernizacji).

Odwołujący zaznaczył, iż przywołane argumenty przemawiają za wykluczeniem przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 4 Pzp.

Zamawiający zawiadomił w dniu 16 sierpnia 2011 r. wykonawców o odwołaniu, przekazując jego kopię oraz wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego. O uzupełnieniu odwołania zawiadomił w dniu 17 sierpnia 2011 r.

W dniu 16 sierpnia 2011 r. (15 sierpnia – dzień ustawowo wolny od pracy) do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) zostało wniesione przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez Energopol Południe S.A. w Sosnowcu.

Na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2011 r. strony oraz przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację obu postępowań, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w sprawie o sygn. akt KIO 1735/11 w pkt. 9.1.2 a) IDW (uwzględnivszy zmiany siwz z dnia 22 kwietnia 2011 r.) wymagał, aby wykonawca wykazał, że wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie:

a) co najmniej dwa zamówienia na roboty budowlane, o łącznej wartości nie mniejszej niż 30 800 000 PLN netto, w tym jedno o wartości nie mniejszej niż 15 500 000 PLN netto, których przedmiotem były:

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 7,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości minimum 3,0 km oraz

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 5,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami metodą bezwykopową, o długości minimum 3,0 km

lub

b) co najmniej jedno zamówienie na roboty budowlane, o wartości nie mniejszej niż 26 200 000 PLN netto, którego przedmiotem były:

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 7,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości minimum 3,0 km,

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 5,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami metodą bezwykopową, o długości minimum 3,0 km.

W sprawie o sygn. akt KIO 1736/11 zamawiający w pkt. 9.1.2 a) IDW (uwzględnivszy zmiany siwz z dnia 22 kwietnia 2011 r.) wskazał, iż warunek posiadania wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykazał, że wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie:

a) co najmniej jedno zamówienie na roboty budowlane, o wartości nie mniejszej niż 40 370 000 PLN netto lub co najmniej dwa zamówienia na roboty budowlane o łącznej wartości nie mniejszej niż 47 500 000 PLN netto, w tym jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 24 000 000 PLN netto, których przedmiotem były:

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 7,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości minimum 3,0 km oraz

- roboty budowlane polegające na budowie/modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o długości minimum 7,5 km, w tym roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci kanalizacyjnej z przykanalikami metodą bezwykopową, o długości minimum 3,0 km.

Ponadto zgodnie z treścią pkt. 9.1.3. a) IDW (dotyczy obu postępowań) projektant sieci sanitarnych (ekspert 3 i 4) miał wykazać się m.in. co najmniej 5 letnim doświadczeniem po uzyskaniu uprawnień budowlanych w zakresie projektowania sieci wodociągowych i kanalizacyjnych (projekty powinny dotyczyć sieci o długości nie mniejszej niż 0,5 km każdy) oraz zaprojektowaniem w okresie 5 lata przed dniem składania ofert, co najmniej 5 dokumentacji w zakresie budowy/modernizacji (przebudowy) sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej na podstawie których zrealizowano roboty budowlane, w tym co najmniej 3 dokumentacji z zakresu modernizacji (przebudowy) sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej metodami bezwykopowymi dopuszczonymi do stosowania przez zamawiającego i opisanymi w PFU o długości minimum 3 km każda.

Wśród dokumentów, które wykonawcy mieli załączyć do ofert w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt. 9, zostały wymienione m.in.:

- wykaz robót budowlanych, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, rodzaju, dat, miejsca wykonania na formularzu zgodnym treścią załącznika nr 3 do IDW. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 9.1.2 a) IDW. Do wykazu należy załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty wskazane w wykazie robót budowlanych zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (pkt 10.1.2 IDW). Zgodnie ze wzorem wymagane było podanie nazwy zamówienia i miejscowości jego wykonania, zakresu rzeczowego wykonanych robót (z opisem i wartością w PLN bez VAT), daty wykonania, podmiotu zamawiającego (nazwa, adres, nr telefonu do kontaktu), nazwę wykonawcy.

- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji i doświadczenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakres wykonywanych przez nie czynności, zgodny z treścią załącznika nr 4 do IDW, oraz informacją o podatnie do dysponowania tymi osobami. Wykaz musi potwierdzać spełnienie warunku, o którym mowa w pkt. 9.1.3 a) IDW (pkt 10.1.3 IDW). Zgodnie ze wzorem należało m.in. wskazać doświadczenie opisując nazwę i przedmiot zamówienia. Jako załącznik nr 5 do IDW sporządzono wzór życiorysu zawodowego osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Do ofert złożonych w obu postępowaniach przez przystępującego załączone zostały m.in.

- a) wykaz wykonanych przez przystępującego robót budowlanych – załącznik nr 3 (k. 10 – 13 obu ofert), który następnie w wyniku uzupełnienia dokonanego w dniu 29 czerwca 2011 r. otrzymał następujące brzmienie (dotyczy obu postępowań):
- pozycja 1: „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie gminy Bytom” (2004/PL/16/C/PE/004), zadanie nr 2/kontrakt nr 2 na roboty budowlane część A, B, E, w ramach zadania wykonano m.in. roboty budowlane polegające na budowie i przebudowie sieci wodociągowej z przyłączami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o długości 23 961,78 mb, w tym roboty budowlane polegające na przebudowie sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości 275,50 mb, zamówienie zrealizowane na rzecz Bytomskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o. w Bytomiu,
 - pozycja 2: „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie gminy Bytom” (2004/PL/16/C/PE/004-06), zadanie nr 6 na roboty budowlane część D, E, F, w ramach zadania wykonano roboty budowlane polegające na budowie i przebudowie sieci wodociągowej z przyłączami zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta o długości 1 354,96 mb, w tym roboty budowlane polegające na przebudowie sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości 1 233,26 mb, zamówienie zrealizowane na rzecz Bytomskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o. w Bytomiu,
 - pozycja 3: „Horyzontalne przewiertki sterowane związane z robotami budowlano – instalacyjnymi sieci wodociągowej w miejscowości Lasowice Wielkie”, zakres zadania obejmował przewiertki wodociągowe rurą przewodową o łącznej długości 3 026 mb, zamówienie zrealizowane na rzecz ZRIB w Międzybrodzu Bialskim przez Van Den Berg Boringen sp. z o.o. (podmiot udostępniający przystępującemu wiedzę i doświadczenie),
 - pozycja 4 (w wersji pierwotnej wykazu nie była zamieszczona): „Przewiertki rurą przewodową PEHD Ø 110 o łącznej długości ca 1540 mb w Kędzierzynie – Koźlu” obejmujące modernizację sieci wodociągowej horyzontalnym przewiertem sterowanym o łącznej długości 1540 mb w ramach kontraktu nr 1 w zakresie budowy sieci wodociągowej obejmującej modernizację i wydłużenie systemu rozprowadzania wody oraz zamknięcia dwóch zakładów uzdatniania wody pitnej, roboty budowlane polegające na przebudowie sieci wodociągowej metodą bezwykopową zlokalizowane w granicach administracyjnych miasta, zamówienie zrealizowane w okresie styczeń – luty 2009 r. na rzecz Kędzierzyńskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z

- o.o. w Kędzierzynie Koźlu przez Van Den Berg Boringen sp. z o.o. (podmiot udostępniający przystępującemu wiedzę i doświadczenie),
- b) list referencyjny wystawiony przez Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o. o. z dnia 30 marca 2010 r. (k. 14 – 15 obu ofert) potwierdzający, iż powołana w pozycji 1 wykazu robota obejmowała m.in. „wymianę wodociągu wraz z pracami towarzyszącymi”,
- c) list referencyjny wystawiony przez Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o. o. z dnia 10 grudnia 2010 r. (k. 16 - 17 obu ofert) potwierdzający, iż powołana w pozycji 2 wykazu robota obejmowała m.in. „wymianę wodociągu wraz z pracami towarzyszącymi”,
- d) list referencyjny wystawiony przez Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn z dnia 23 sierpnia 2010 r. (k. 18 obu ofert) potwierdzający, iż powołana w pozycji 3 wykazu robota obejmowała „horyzontalne przewiertki sterowane związane z robotami budowlano – instalacyjnymi sieci wodociągowej w miejscowości Lasowice Wielkie”,
- e) wykaz osób – załącznik nr 4 (k. 31 – 38 obu ofert), w którym wymieniono jako eksperta nr 3 – projektanta w zakresie sieci sanitarnych pana Bogdana J. (k. 33 obu ofert) – w wyniku uzupełnienia z dnia 29 czerwca 2011 r. pozostał bez zmian,
- f) życiorys zawodowy pana Bogdana J. – załącznik nr 5 (k. 81 – 83 obu ofert), który następnie w wyniku uzupełnienia dokonanego w dniu 29 czerwca 2011 r. otrzymał w zakresie dotyczącym zrealizowanego w okresie czerwiec 2007 – listopad 2009 na zlecenie Niras Ic sp. z o.o. przedsięwzięcia/projektu pn.: PBW dla zadania 03 „Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowej – kanalizacyjnej w Łodzi” następujące brzmienie (dotyczy obu postępowań):
- modernizacja sieci rozdzielczej – metoda krakingu – łączna długość 15,400 km (projekt powyżej 3 km), na podstawie dokumentacji wykonano roboty budowlane,
 - modernizacja sieci rozdzielczej – metoda przewiertu – łączna długość 3,020 km (projekt powyżej 3 km), na podstawie dokumentacji wykonano roboty budowlane,
 - modernizacja sieci rozdzielczej – metoda ciasnopasowana – łączna długość 0,5 km, na podstawie dokumentacji wykonano roboty budowlane,
 - modernizacja magistrali – metoda rura w rurę – łączna długość 5,800 km (projekt powyżej 3 km), na podstawie dokumentacji wykonano roboty budowlane,
 - modernizacja magistrali – metoda czyszczenie i cementowanie – łączna długość 3,400 km (projekt powyżej 3 km), na podstawie dokumentacji wykonano roboty budowlane.

Ponadto w życiorysie pana Bogdana J. podano wykonanie, na zlecenie Wodociągów Miejskich w Radomiu sp. z o.o, PBW przebudowy/modernizacji kolektora ogólnospławowego „K” w Radomiu (na podstawie dokumentacji wykonano roboty budowlane).

Pismami z dnia 29 czerwca 2011 r. (L.dz. OZ/321/28/W/11 – sprawa o sygn. akt KIO 1735/11 oraz L.dz. OZ/321/29/W/11 – sprawa o sygn. akt KIO 1736/11) zamawiający wezwał przystępującego m.in. do wyjaśnienia:

- czy robota budowlana wskazana w pozycji 3 wykazu wykonywana była w granicach administracyjnych miasta. Gdyby powołana inwestycja nie była realizowana w granicach administracyjnych miasta wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu o inwestycje, która spełniałaby ten wymóg,
- czy projekt/przedsięwzięcie pn. „PBW dla Zadania 03 Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi” wykonany przez pana Bogdana J. (ekspert nr 3) „obejmował swoim zakresem 5 odrębnych dokumentacji projektowych, czy stanowi jedną dokumentację”.

Ponadto zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu osób/życiorysu pana Bogdana J. o informację, czy na podstawie 3 podanych w wykazie dokumentacji projektowych zrealizowane były roboty budowlane oraz w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzą, że projekt/przedsięwzięcie pn. „PBW dla Zadania 03 Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi” obejmował swoim zakresem 5 odrębnych dokumentacji projektowych, do uzupełnienia wykazu o 1 dokumentację o charakterystyce opisanej siwz.

W odpowiedzi przystępujący pismami z dnia 29 czerwca 2011 r. (NO/067/04/11 – sprawa o sygn. akt KIO 1735/11 oraz NO/068/04/11 – sprawa o sygn. akt KIO 1736/11) wyjaśnił m.in., iż robota wskazana w pozycji 3 wykazu nie była wykonywana w granicach administracyjnych miasta. Zatem przystępujący uzupełnił załącznik nr 3 do oferty o zadanie wskazane w załączonym do uzupełnienia wykazie w pozycji 4. Ponadto wskazał, iż przedsięwzięcie pn. „PBW dla Zadania 03 Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi” wykonane przez pana Bogdana J. (ekspert nr 3) „obejmowało swoim zakresem 5 odrębnych dokumentacji projektowych – projektów budowlano – wykonawczych (PBW) realizowanych w tym samym czasie”. Do przytoczonych pism przystępującego załączony był m.in. mający nowe brzmienie wykaz wykonanych przez wykonawcę robót budowlanych (załącznik nr 3), wykaz osób (załącznik nr 4) zawierający szczegółowy opis doświadczenia każdej z nich, w tym pana Bogdana J. oraz list referencyjny z dnia 1 lutego 2010 r.

sporządzony przez Kędzierzyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych KPRI sp. z o.o. w Kędzierzynie Koźlu (dotyczy pozycji 4 wykazu robót) potwierdzający m.in., iż miesiącach styczeń – luty 2009 r. firma Van Den Berg Boringen sp. z o.o. „wykonała na potrzeby prowadzonych przez nas robót, związanych z budową sieci wodociągowej w Kędzierzynie Koźlu horyzontalne przewiertu sterowane. Zakres robót obejmował przewiertu rurą przewodową PEHD Ø 110 o łącznej długości ca 1540 mb”.

Zamawiający następnie dnia 27 lipca 2011 r. wezwał do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy wykazem robót, w którym w pozycji 4 podane zostało, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie Van Den Berg Boringen sp. z o.o. wykonał modernizację sieci wodociągowej horyzontalnym przewiertem sterowanym o łącznej długości 1540 mb, a treścią listu referencyjnego z dnia 1 lutego 2010 r. wystawionego przez KPRI sp. z o.o., z którego wynika, iż Van Den Berg Boringen sp. z o.o. wykonał horyzontalne przewiertu sterowane na potrzeby prowadzonych robót związanych z budową sieci wodociągowej.

W odpowiedzi w pismach z dnia 28 lipca 2011 r. (NO/067/05/11 - spawa o sygn. akt KIO 1735/11 oraz NO/068/05/11 - spawa o sygn. akt KIO 1736/11) przystępujący wyjaśnił, iż roboty wskazane w pozycji 4 wykazu obejmowały swoim zakresem „modernizację (przebudowę) sieci wodociągowej”. Na potwierdzenie przedłożył oświadczenie Van Den Berg Boringen sp. z o.o. datowane na 27 lipca 2011 r., w którym zostało wskazane, iż wykonane przez Van Den Berg Boringen sp. z o.o. roboty polegające na wykonaniu przewiertów rurą przewodową PEHD Ø 110, stwierdzone referencją od KPRI sp. z o.o. z dnia 1 lutego 2010 r. „obejmowały swoim zakresem modernizację (przebudowę) sieci wodociągowej”.

W uzupełnieniu w pismach z dnia 29 lipca 2011 r. (NO/067/06/11 - spawa o sygn. akt KIO 1735/11 oraz NO/068/06/11 - spawa o sygn. akt KIO 1736/11) przystępujący dodał, iż wskazane w pozycji 4 wykazu robót prace „prowadzone były w granicach administracyjnych miasta, w terenie zurbanizowanym, gdzie zlokalizowana była już istniejąca sieć wodociągowa a przedmiotowa budowa sieci wodociągowej polegała na rozebraniu odcinków istniejącej sieci i w ich miejsce ułożenia nowych odcinków sieci wodociągowych”. Przystępujący oświadczył zatem, iż wskazane prace polegały na „modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej”.

Pismami odpowiednio z dnia 3 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1735/11) oraz 5 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1736/11) zamawiający zawiadomił wykonawców, iż ofertę najkorzystniejszą w przedmiotowych postępowaniach złożył przystępujący.

Uwzględnwszy tak ustalone okoliczności faktyczne Izba zważyła, co następuje:

Obydwa odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie któregokolwiek z odwołań Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiot uczestnika postępowania uzyskał Energopol Południe S.A. w Sosnowcu zgłaszając skutecznie przystąpienie do obu postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w obu odwołaniach zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz przystępującego, Izba uwzględniła oba odwołania.

Ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów obu odwołań (argumentacja zaprezentowana poniżej odnosić się będzie do zarzutów obu odwołań ze względu na ich analogiczną treść – jednakowe uzasadnienie prawne i faktyczne) podnieść należy co następuje:

1. wiedza i doświadczenie przystępującego:

a) wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia;

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zarzutów odwołań w tym zakresie.

Kluczowe dla rozstrzygnięcia, czy zamawiający zasadnie uznał, iż przystępujący w spornym zakresie wykazał, że spełnia warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia (poza treścią dokumentów przedłożonych przez przystępującego wraz z ofertami w obu postępowaniach oraz w wyniku dokonanych uzupełnień), jest ustalenie wymagań zamawiającego wyartykułowanych w siwz. Innymi słowy niezbędnym jest przesądzenie, czy zamawiający w siwz [w pkt. 9.1.2 a IDW - „roboty budowlane polegające na modernizacji (przebudowie) sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości minimum 3,0 km”] oczekiwał wykazania przez wykonawców roboty budowlanej polegającej na

przebudowie sieci wodociągowej w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.) dalej „prawo budowlane”, czy też brzmienie przytoczonego fragmentu siwz wskazuje, iż taki wymóg nie został w siwz przez zamawiającego wyartykułowany.

W tym miejscu Izba uważa za zasadne podkreślenie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu spełniania określił zamawiający w siwz, złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz oczekiwania. Izba podziela w tej kwestii stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Trzeba przede wszystkim wskazać na naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp nakazującą zamawiającemu przygotowywać i przeprowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równo traktując wykonawców.

Stwierdzić dalej należy, że siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, jak również opisuje sposób oceny warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert oraz analizując spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Trzeba podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim nie wolno mu dokonywać oceny w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że ocena, czy spełniają warunki udziału w postępowaniu, zostanie dokonana

wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w siwz wymagań zamawiającego (podobnie przykładowo w wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2623/10 oraz w wyroku z dnia 29 lipca 2011, sygn. akt KIO 1514/11).

Przyjmując za podstawę dalszych rozważań podkreślone przez Izbę znaczenie siwz dla należytego zbadania, czy przystępujący spełnia opisane w siwz warunki udziału w postępowaniu w kwestionowanym przez odwołującego zakresie, trzeba odnieść się do treści tego dokumentu sporządzonego przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu w zakresie adekwatnym do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Izba zwraca uwagę, iż zamawiający w siwz nie wskazał w żadnym miejscu, iż posługując się pojęciem „przebudowy” nadaje mu znaczenie określone w prawie budowlanym. Ponadto, wskazać trzeba, iż brzmienie pkt. 9.1.2 a) IDW odnosi się do robót budowlanych polegających na „modernizacji (przebudowie)” sieci wodociągowej z przyłączami metodą bezwykopową o długości minimum 3,0 km. Zatem w pierwszej kolejności zamawiający wskazał, na modernizację, której definicji legalnej prawo budowlane nie zawiera, a dopiero dodatkowo (w nawiasie) powołał przebudowę.

Zatem zasadnie wskazywał na rozprawie przystępujący, iż w tym zakresie opis sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu nie jest jednoznaczny i może prowadzić do rozbieżnych interpretacji. Tym samym należy uznać, iż uprawnione było wykazanie przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu zarówno poprzez przedstawienie w wykazie wykonanych robót będących przebudowy w rozumieniu prawa budowlanego (zgodnie z art. 3 pkt 7a prawa budowlanego przebudowa to wykonanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego), jak i modernizacją, w której zakresie pojęciowym mieści się remont, przebudowa, rozbudowa. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego modernizacja to „unowocześnienie i usprawnienie czegoś”.

Ustaliwszy powyższe trzeba wskazać, iż przystępujący podał w wykazie wykonanych zamówień (w wersji po uzupełnieniu) 3 roboty (pozycja 1,2 oraz 4) spełniające wymagania zamawiającego w spornym zakresie, co zamawiający ustalił prawidłowo występując, w odniesieniu do pozycji budzących jego wątpliwości, o udzielenie przez przystępującego

wyjaśnień (pisma z dnia 29 czerwca 2001 r.). Z wykazem korespondują odnoszące się do poszczególnych prac referencje.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji wykazu wskazać należy:

Ad. pozycja 1 - odwołujący nie udowodnił, iż przywołana robota nie obejmowała przebudowy (modernizacji), lecz budowę. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie stanowi dowodu na potwierdzenie tezy odwołującego stwierdzenie w liście referencyjnym wystawionym przez Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o. o. z dnia 30 marca 2010 r., iż powołana robota obejmowała m.in. „wymianę wodociągu wraz z pracami towarzyszącymi”. Przystępujący w wykazie wykonanych robót oświadczył, iż powołane prace stanowiły przebudowę, a list referencyjny, mający przede wszystkim potwierdzać, iż wskazane roboty wykonane zostały zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, nie pozostaje w sprzeczności z oświadczeniem przystępującego. Jak Izba stwierdziła, wymiana wodociągu (rozumianego jak obiekt budowlany stanowiący funkcjonalno – użytkowa całość) stanowi przebudowę w rozumieniu prawa budowlanego, a także może być zakwalifikowana jako modernizacja wodociągu, co także odpowiada oczekiwaniom zamawiającego wyartykułowanym w siwz. Wymiana części wodociągu wymaga przede wszystkim wykonania odcinka wodociągu oraz następnie jego włączenia do sieci, co pozwala zakwalifikować taką robotę budowlaną jako przebudowę. Tego rodzaju przebudowa, polegająca na wymienia fragmentu wodociągu, może być wykonana metodą przewiertu horyzontalnego sterowanego.

Przedstawiony na rozprawie materiał dowodowy tj. opinia prof. dr hab. inż. Cezarego M. potwierdza, iż technika nazywana horyzontalnym przewiertem sterowanym jest stosowana do bezwykopowej budowy nowych przewodów podziemnej infrastruktury sieciowej i nie ma zastosowania do w przypadku modernizacji (przebudowy) takich obiektów. Autor opinii argumentował, iż z definicja przebudowy zawartej w prawie budowlanym wynika, że nie obejmuje ona wykonywania nowych przewodów podziemnej infrastruktury sieciowej, do czego mają zastosowanie horyzontalne przewiertu sterowane. Realizacja obiektów tą techniką przystaje do definicji budowy wyrażonej w art. 3 prawa budowlanego. Trzeba jednak zauważyć, iż przystępujący w wykazie wykonanych robót wskazał na przebudowę (modernizację) polegającą na wybudowaniu fragmentu nowego wodociągu, zatem w tym zakresie metoda przewiertu horyzontalnego sterowanego znajduje zastosowanie. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego.

Analogiczne stanowisko Izba zajmuje w odniesieniu do pozycji 2 wykazu. Dodatkowo trzeba wskazać, iż nie została przez odwołującego udowodniona teza, iż zadanie to nie obejmowało

przebudowy wodociągu. Powoływane przez odwołującego pismo z dnia 21 czerwca 2011 r. nie potwierdza, iż zadanie opisane w pozycji 2 wykazu nie obejmowało wodociągu – Bytomskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. poinformowało w nim, iż „zadanie nr 6 na roboty budowlane – Część D,E,F obejmowało m.in. wykonanie kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami”. Zatem wzięwszy pod uwagę treść listu referencyjnego z dnia 30 marca 2010 r. sporządzonego przez Bytomskie przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. (załączonego do oferty przystępującego, k. 14 obu ofert) należy stwierdzić, iż odwołujący nie wykazał, że przebudowa sieci wodociągowej nie została w ramach tego zadania wykonana. Nie potwierdza tego także przedłożona dokumentacja przetargowa – opis przedmiotu zamówienia na robotę budowlaną stanowi kompletna dokumentacja projektowa, której odwołujący nie przedłożył.

Ad. pozycja 4: wyjaśnienia przystępującego (pisma z dnia 28 oraz 29 lipca 2011 r.) wskazują, iż powołane roboty polegały na wykonaniu horyzontalnych przewiertów sterowanych na potrzeby prowadzonych robót związanych z budową sieci wodociągowej obejmując swym zakresem „modernizację (przebudowę) sieci wodociągowej”. Prace te „prowadzone były w granicach administracyjnych miasta, w terenie zurbanizowanym, gdzie zlokalizowana była już istniejąca sieć wodociągowa a przedmiotowa budowa sieci wodociągowej polegała na rozebraniu odcinków istniejącej sieci i w ich miejsce ułożenia nowych odcinków sieci wodociągowych”. Oświadczenie Van Den Berg Boringen sp. z o.o. datowane na 27 lipca 2011 r. potwierdza, iż wykonane przez Van Den Berg Boringen sp. z o.o. roboty polegające na wykonaniu przewiertów rurą przewodową PEHD Ø 110, stwierdzone referencją od KPRI sp. z o.o. z dnia 1 lutego 2010 r., „obejmowały swoim zakresem modernizację (przebudowę) sieci wodociągowej”. Zatem zamawiający prawidłowo ustalił, iż robota wskazana w pozycji 4 wykazu obejmowała przebudowę (modernizację) wodociągu, za czym przemawia argumentacja powołana przez Izbę w odniesieniu do pozycji 1 wykazu powyżej.

Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 3 pkt 6 i 7a) prawa budowlanego, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 89 ust. 5 Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, bowiem zamawiający poprawnie dokonał ustalenia, iż przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia.

b) złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zarzutów odwołań w tym zakresie.

Do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Należy podzielić stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 405/10), z którego wynika, iż dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp) spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.

Nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty i mogą dotyczyć wszelkich elementów postępowania (nie tylko dokumentów przedkładanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także treści oferty). Nie jest niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania - wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Przez wynik postępowania należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej, jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu. Wynik postępowania to również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, ocena wystąpienia przesłanek do odrzucenia oferty, punktacja przyznana poszczególnym ofertom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy trzeba wskazać, iż odwołujący nie udowodnił, że wykaz robót przedstawiony przez przystępującego (pozycje 1,2,4 wykazu) zawiera nieprawdziwe informacje. Jak wynika z uzasadnienia stanowiska Izby przedstawionego w pkt.1 a) powyżej przystępujący podał zgodnie z prawdą, iż wykonał

roboty stanowiące przebudowę (modernizację) wodociągów. Zatem jego oświadczenie co do zakresu wykonanych robót odpowiada rzeczywistości.

Dodatkowo odnosząc się do roboty wskazanej w pozycji 4 Izba podkreśla, iż zarówno oświadczenie przystępującego zawarte w wykazie wykonanych robót co do nazwy inwestora (Kędzierzyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o.), jak i okresu wykonywania zamówienia (styczeń – luty 2009) są spójne z listem referencyjnym pochodzącym od inwestora – Kędzierzyńskiego Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. Przedstawione przez odwołującego dokumenty (wydruk ze strony internetowej Miejskich Wodociągów i Kanalizacji w Kędzierzynie – Koźlu z dnia 11 sierpnia 2011 r. wskazujący, iż w 22 września 2006 r. podpisano umowę na realizację kontraktu 1 z konsorcjum z udziałem m.in. Mostostal Warszawa S.A.; pismo z Mostostal Warszawa S.A. z dnia 10 sierpnia 2011 r. informujące m.in., iż Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. oraz wykonawca Van Den Berg Boringen sp. z o.o. nie były podwykonawcami inwestycji realizowanej przez Mostostal Warszawa S.A. pn.: „modernizacja oczyszczalni ścieków i zarządzanie osadami, wydłużenie systemu rozprowadzania wody, zamknięcie dwóch zakładów uzdatniania wody pitnej” – z oświadczenia Mostostal Warszawa S.A. nie wynika, aby zamawiającym było Kędzierzyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o.; oświadczenie wykonawcy Nawitel sp. z o.o. z dnia 11 sierpnia 2011 r. potwierdzające, że w ramach zadania pn.: Kontrakt 1 – modernizacja oczyszczalni ścieków i zarządzanie osadami, wydłużenie systemu rozprowadzania wody, zamknięcie dwóch zakładów uzdatniania wody pitnej w Kędzierzynie – Koźle prace związane z budową sieci wodociągowej metodą peizwykopową wykonał siłami własnymi; wydruk ze strony internetowej Miejskich Wodociągów i Kanalizacji w Kędzierzynie – Koźlu z dnia 11 sierpnia 2011 r. wskazujący w pkt. III opisujący zakres przedmiotowy inwestycji realizowanej w ramach kontraktu 1 pn.: „modernizacja oczyszczalni ścieków i zarządzanie osadami, wydłużenie systemu rozprowadzania wody, zamknięcie dwóch zakładów uzdatniania wody pitnej” oraz oświadczenie Miejskich Wodociągów i Kanalizacji w Kędzierzynie – Koźlu sp. z o.o. z dnia 8 sierpnia 2011 r., w którym zostało stwierdzone, iż w terminie styczeń – luty nie były wykonywane na rzecz Miejskich Wodociągów i Kanalizacji w Kędzierzynie – Koźlu sp. z o.o. horyzontalne przewiertu sterowane) nie dowodzą nieprawdziwości tych oświadczeń.

Za gołosłowną Izba uważa tezę odwołującego, iż jedynym inwestorem mogącym zamówić robotę budowlaną polegającą na modernizacji (przebudowie) wodociągów na terenie Kędzierzyna – Koźla są Miejskie Wodociągi i Kanalizacja w Kędzierzynie – Koźlu sp. z o.o. Jeśli tak, to powołane powyżej przez odwołującego dowody w żadnej mierze nie przesądzają, iż inny podmiot tj. Kędzierzyńskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z

o.o. nie mógł być inwestorem w zakresie zadania opisanego w pozycji 4 wykazu. Ponadto nazwa inwestycji wskazanej w pozycji 4 wykazu także nie odpowiada nazwie inwestycji, do której odnoszą się powoływane przez odwołującego dowody.

Zważywszy zatem, iż podania nieprawdziwych informacji nie można domniemywać, lecz ich złożenie musi być udowodnione ponad wszelką wątpliwość Izba nie mogła uznać w tym zakresie okoliczności złożenia niezgodnych z rzeczywistością informacji za udowodnioną.

Ustosunkowując się do pozycji 3 wykazu Izba wyraża pogląd, iż odwołujący nie udowodnił podania przez przystępującego nieprawdziwych informacji co do lokalizacji wodociągu. Wbrew stanowisku odwołującego przystępujący nie twierdził w wykazie wykonanych robót (ani w wersji pierwotnej, ani uzupełnionej), że horyzontalne przewiertki sterowane związane z robotami budowlano – instalacyjnymi sieci wodociągowej w miejscowości Lasowice Wielkie, wykonane była w granicach administracyjnych miasta. Wskazał jedynie na „miejscowość Lasowice Wielkie”. Jak wiadomo określenie „miejscowość” nie jest równoznaczne z pojęciem miasta i obejmuje także swym zakresem znaczeniowym wieś. Podkreślenia wymaga, iż przystępujący wprost potwierdził, że robota ta nie była wykonana w granicach administracyjnych miasta w wyjaśnieniach z dnia 29 czerwca 2011 r. Zasadności zarzutu dotyczącego podania nieprawdziwych informacji co do inwestycji wymienionej w pozycji 3 nie dowodzą także przedłożone przez odwołującego wydruki ze strony internetowej Urzędu Gminy Lasowice Wielkie z dnia 11 sierpnia 2011 r., oświadczenie Urzędu Gminy Lasowice Wielkie z dnia 5 sierpnia 2011 r. potwierdzające, że wykonano w 2010 r. inwestycję polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej (odpowieź na pytanie odwołującego z dnia 4 sierpnia 2011 r.) oraz mail z dnia 5 sierpnia 2011 r. wysłany przez panią Grażynę Gondecką z Referatu Gospodarki Komunalnej, z którego wynika, iż w 2010 r. realizowana była budowa kanalizacji sanitarnej we wsi Lasowice Wielkie do oczyszczalni w Trzebieszynie. Zbyt daleko idącym wnioskiem jest jednak stwierdzenie odwołującego, iż nie mogły być w okresie kwiecień – sierpień wykonane także przewiertki wodociągowe rurą przewodową związane z robotami budowlano – instalacyjnymi sieci wodociągowej (opis pozycji 3 wykazu oraz list referencyjny wystawiony przez Zakład Robót Inżynieryjno – Budowlanych ZRIB Zygmunt Seweryn z dnia 23 sierpnia 2010 r., k. 18 obu ofert). Tym samym zarzut odwołującego także w odniesieniu do pozycji 4 wykazu nie znalazł potwierdzenia.

Konkludując wskazać trzeba iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, bowiem zamawiający prawidłowo

ustalił, iż przystępujący nie złożył nieprawdziwych informacji w zakresie wskazanym w odwołaniu.

2. potencjał kadrowy przystępującego:

a) złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;

Analiza zebranego materiału dowodowego w świetle przedstawionej przez Izbę wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp daje podstawy do stwierdzenia, iż przystępujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie dotyczącym doświadczenia pana Bogdana J. (ekspert 3).

Faktem jest, iż w ustawie brak definicji legalnej pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zasadnym jest w tym miejscu zatem odwołanie się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN10095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Analiza życiorysu zawodowego pana Bogdana J. (w wersji uzupełnionej w dniu 29 czerwca 2011 r.) w świetle:

- przedstawionych na rozprawie przez odwołującego projektów budowlano – wykonawczych sporządzonych m.in. przez pana Bogdana J. na zadanie 03 „Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo - kanalizacyjnej” odrębnie dla poszczególnych odcinków (ulic) jak np. przebudowa (modernizacja) wodociągu i przyłączy wraz z wymianą armatury ul. Abramowskiego od ul. Kilińskiego do ul. Sienkiewicza (projekt III.1), przebudowa (modernizacja) wodociągu i przyłączy wraz z wymianą armatury ul. Dąbrowskiego na odcinku od ul. Kilińskiego do posesji nr 33 w Łodzi (projekt III.5), przebudowa (modernizacja)

wodociągu i przyłączy wraz z wymianą armatury ul. Kilińskiego na odcinku od ul. Wigury do rejonu ul. Milionowej w Łodzi (projekt III.12) – łącznie 32 projekty budowlano – wykonawcze wykonane przez pana Bogdana J. oraz

- życiorysu zawodowego eksperta 4 pana Piotra L. (w wersji uzupełnionej w dniu 29 czerwca 2011 r.), w którym wymieniono w przypadku tego samego zadania, które było wskazane jako doświadczenie pana Bogdana J. (Zadanie 03 – „Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi” wykonana na zlecenie Niras IC sp. z o.o.) odrębnie projekty budowlane zrealizowane dla poszczególnych fragmentów ulic np. modernizacja sieci wodociągowej w ul. Pabianickiej od placu Niepodległości do ul. Wędkarskiej - metoda bezwykopowa – krakingu – długość 3,514 km (projekt powyżej 3 km), modernizacja sieci wodociągowej w ul. Rzgowskiej od ul. Strażackiej do placu Reymonta - metoda bezwykopowa – kraking – długość 3,907 km (projekt powyżej 3 km)

prowadzi do wniosku, iż przystępujący podał nieprawdziwe informacje w zakresie dotyczącym projektów zrealizowanych przez pana Bogdana J. w ramach zadania 03- „Modernizacje dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi” na zlecenie Niras IC sp. z o.o. – jak wykazało postępowanie dowodowe pan Bogdan Janiec nie wykonał pięciu podanych w życiorysie dokumentacji projektowych o wskazanej w nim długości i charakterystyce.

Zamawiający pismami z dnia 29 czerwca 2011 r. zwrócił się do przystępującego o wyjaśnienie czy projekt/przedsięwzięcie pn. „PBW dla Zadania 03 Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi” wykonany przez pana Bogdana J. (ekspert nr 3) „obejmował swoim zakresem 5 odrębnych dokumentacji projektowych, czy stanowi jedną dokumentację”. W odpowiedzi przystępujący stwierdził, iż przedsięwzięcie „obejmowało swoim zakresem 5 odrębnych dokumentacji projektowych – projektów budowlano – wykonawczych (PBW) realizowanych w tym samym czasie”. Jak jednak wynika z powołanych wyżej dokumentacji projektowych przedstawionych przez odwołującego pan Bogdan Janiec opracował w rzeczywistości jako projektant – w ramach zadania 03 „Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi” - 32 dokumentacje projektowe, a żadna z nich nie odpowiada charakterystyce (długości) opisanej w życiorysie.

Z powyższym koresponduje przedstawione przez odwołującego oświadczenie Hydrobudowa Polska S.A. (generalny wykonawca inwestycji – zadanie 03 obejmujące modernizację dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi – okoliczność niesporna) z dnia 10 sierpnia 2011 r., którym zostało stwierdzone, iż nie były wykonywane oddzielne

dokumentacje projektowe na poszczególne technologie (kraking, przewiert sterowany, metoda ciasno pasowana, rura w rurę, cementowanie). Wyłącznie długość odcinka III.12 – ul. Kilińskiego przekracza 3 km (wynosi 3 146 km). Podane przez spółkę Hydrobudowa Polska S.A. długości odcinków nie zostały zakwestionowane przez zamawiającego ani przystępującego.

Zważywszy powyższe uwzględniając poczynione przez Izbę ustalenia, iż pan Bogdan Janiec w ramach zadania 03 „Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi” wykonał nie pięć, lecz 32 dokumentacje projektowe, z których tylko jedna (odcinek III.12 – ul. Kilińskiego) przekracza długość 3 km oraz, iż wbrew treści oświadczenia zawartego w życiorysie pana Bogdana J. żadna z faktycznie wykonanych dokumentacji projektowych w ramach tej inwestycji nie obejmowała odcinka o długości wskazanej w wykazie tj. 15,400 km, 5,800 km, 3,020 km oraz 3,400km trzeba stwierdzić, iż w tym zakresie zostały podane w ofercie przystępującego nieprawdziwe informacje.

Można by stwierdzić, iż z życiorysu pana Bogdana J. nie wynika nic więcej ponad to, iż przystępujący pogrupował i zsumował długości projektowanych odcinków wodociągów wg metody realizacji (metoda krakingu - łączna długość 15,400 km , metoda przewiertu - łączna długość 3,020 km, metoda rura w rurę – łączna długość 5,800 km, metoda czyszczenie i cementowanie – łączna długość 3,400 km), jednak teza taka nie jest uprawniona, gdyż jednocześnie przy każdej z pozycji przystępujący wskazał „projekt powyżej 3 km”. Użycie stwierdzenia „projekt” sugeruje, iż każda z pięciu pozycji odnosi się do odrębnego projektu (dokumentacji projektowej). Zatem Izba nie ma wątpliwości, iż przystępujący w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu zaprezentował doświadczenia pana Bogdana J. w sposób niezgodny z prawdą podając, iż wykonał projektów o łącznej długości odpowiednio 15,400 km, 3,020 km, 0,5 km, 5,800 km, 3,400 km podczas gdy postępowanie dowodowe wykazało, iż projekty o takiej długości nie były realizowane. Fakt złożenia nieprawdziwych informacji potwierdził przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 29 czerwca 2011 r. stwierdzając, iż omawiane zadanie „obejmowało swoim zakresem 5 odrębnych dokumentacji projektowych – projektów budowlanych – wykonawczych (PBW) realizowanych w tym samym czasie”. Nieprawdziwość tego twierdzenia została udowodniona przez odwołującego.

Oceny tej niż zmienia treść oświadczeń pana Bogdana J. z dnia 19 sierpnia 2011 r. przedstawionych przez przystępującego na rozprawie. Pan Bogdan Janiec wyjaśnia w nich, iż w ramach zadania 03 „Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi” wykonanych zostało pięć projektów budowlanych i wykonawczych. Każdy z nich

podzielony był na tomy dokumentacji dla poszczególnych odcinków robót (np. III.6 ul. Gdańska, III.8 ul. Jaracza itd.). Jednak do innych wniosków prowadzi analiza dokumentacji projektowych przedstawionych przez odwołującego (76 odrębne projekty budowlano – wykonawcze, w tym 32 wykonane przez pana Bogdana J.).

Przystępujący, co nie jest sporne, w życiorysie podał jedną dokumentację projektową obejmującą zaprojektowanie odcinka wodociągu powyżej 3 km (PBW dla kontraktu 02D o długości 8 km), co nie było wystarczające do udowodnienia spełnienia warunku dysponowania potencjałem kadrowym - zamawiający wymagał 3 dokumentacje (pkt. 9.1.3. a IDW).

Pośród wskazanych dokumentacji projektowych wykonanych przez pana Bogdana J. w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku mogły być wzięte pod uwagę jedynie jeszcze dokumentacje wykonane w ramach projektu „PBW dla Zadania 03 Modernizacja dystrybucyjnej sieci wodociągowo – kanalizacyjnej w Łodzi”. Skoro pan Bogdan Janiec wykonał w zakresie tego zadania tylko jedną dokumentację o długości powyżej 3 km (odcinek III.12 – ul. Kilińskiego - 3 146 km) to trzeba wskazać, iż w sumie przystępujący wykazał, iż ekspert 3 wykonał 2 dokumentacje projektowe dla odcinków powyżej 3 km. Tym samym stwierdzić trzeba, iż podanie nieprawdziwych informacji ma wpływ na wynik postępowania, bowiem ich podanie umożliwiło zamawiającemu wybranie oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Potwierdził się także zarzut podania w życiorysie pana Bogdana J. nieprawdziwych informacji dotyczących wykonania na podstawie dokumentacji wykonanej na zlecenie Wodociągów Miejskich w Radomiu sp. z o.o. PBW przebudowy/modernizacji kolektora ogólnospławowego „K” w Radomiu. Wbrew oświadczeniu przystępującego zawartemu w życiorysie – jak wynika z przedstawionego przez odwołującego pisma Wodociągów Miejskich w Radomiu sp. z o.o. z dnia 11 sierpnia 2011 r. (sporządzonego w odpowiedzi na zapytanie odwołującego z dnia 11 sierpnia 2011 r.) – przedmiotowe zadanie nie zostało zrealizowane. Nieprawdziwość informacji co do zrealizowania przedmiotowego projektu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem w życiorysie pana Bogdana J. zostało wskazanych, zgodnie z pkt. 9.1.3. a) IDW, co najmniej pięć dokumentacji, na podstawie których zrealizowano roboty budowlane o długości projektowanego odcinka minimum 0,5 km.

b) wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnego potencjału kadrowego;

Stwierdzenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik sprawy stanowi samodzielną przesłankę wykluczenia wykonawcy. Niemniej jednak ustalenia poczynione przez Izbę w pkt. 2.b uzasadnienia przesądzają także i o tym, iż przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 9.1.3. a) IDW dotyczącego potencjału kadrowego.

Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: