

WYROK
z dnia 15 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lutego 2013 r. przez wykonawcę **R..... M....., R..... M..... „MARBUD” Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowo- Usługowe, 81-206 Gdynia, ul. Morska 147** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Gdyni, 81-382 Gdynia, Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54,**

przy udziale wykonawcy **„BUDREM-RYBAK” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **R..... M....., R..... M..... „MARBUD” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, 81-206 Gdynia, ul. Morska 147** i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R..... M....., R..... M..... „MARBUD” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, 81-206 Gdynia, ul. Morska 147,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2) zasądza od wykonawcy R..... M....., R..... M..... „MARBUD”
Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, 81-206 Gdynia ul. Morska
147 na rzecz **Gminy Miasta Gdyni, 81-382 Gdynia,**
Al. Marszałka Piłsudskiego 52/54, kwotę **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące
złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z
tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasta Gdyni z siedzibą w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn. „Rozbudowa szkoły podstawowej nr 37 przy ul. Wiczlińskiej 93 w Gdyni wraz z budową przedszkola”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 listopada 2012 r., nr 2012/S 216-356250.

I.-III. Odwołujący R..... M....., Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe MARBUD R..... M..... z siedzibą w Gdyni, wniósł odwołanie od niezgodnych, jak określił, z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego, podnosząc naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez udzielenie zamówienia wykonawcy „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Luzinie, wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 przez brak wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy pomimo, że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez nieuzasadnione uznanie, że wybrany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia.

IV. Żądania, co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania - odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
- 3) wykluczenia z postępowania wykonawcy „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k.,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

V. Zachowanie wymogów formalnych związanych z wniesieniem odwołania, interes i szkoda - odwołujący wykazał spełnienie wymagań formalnych związanych z wniesieniem odwołania, w tym uiszczenie wpisu od odwołania. Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu

odwołania uzasadniając stanowisko następująco. W następstwie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowych czynności zamawiającego, wykonawca: „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k. winien zostać wykluczony z postępowania. Cena odwołującego w złożonej ofercie była najniższa, zatem w przypadku prawidłowego postępowania zamawiającego, oferta odwołującego powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza. Zamawiający, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, naruszył interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Tym samym odwołujący utracił możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. Wskutek opisanych czynności zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska zamówienia.

Uzasadnienie odwołania. Odwołujący stwierdził, że zgodnie z najlepszą jego wiedzą wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zatem zamawiający zobowiązany był do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zaniechanie dokonania czynności stanowi naruszenie, m.in. art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Złożone przez wykonawcę nieprawdziwe informacje były celowym, zawinionym i zamierzonym zachowaniem, podjętym z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego.

A. 1. Zamawiający, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, opisał warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia następująco: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) posiadają wiedzę i doświadczenie; Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał, co najmniej dwie roboty budowlane o wartości brutto minimum 15.000.000 zł każda w zakresie budowy nowego lub przebudowy istniejącego budynku użyteczności publicznej.

2. Wykonawca: „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k. złożył wraz z ofertą wykaz robót budowlanych, w którym wskazał, m.in. rozbudowę i przebudowę kompleksu sportowego w Gniewinie na kwotę brutto 15 026 179,85 zł. Do wykazu dołączył referencje Urzędu Gminy Gniewino z dnia 16 listopada 2010 r., z których wynika, że Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” R..... R..... (wniesione jako wkład do obecnie istniejącej spółki „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k.), zrealizowało z należytą starannością rozbudowę i przebudowę kompleksu sportowego w Gniewinie. W referencjach wskazano łączną wartość robót brutto 15 026 179,85 zł.

3. Odwołujący zwrócił się w dniu 20 stycznia 2013 r., w formie pisemnej, do Urzędu Gminy Gniewino o wyjaśnienie, w ramach ilu umów była realizowana inwestycja. Urząd Gminy

Gniewino udzielił w dniu 23 stycznia 2013 r. odpowiedzi, z której wynika, że inwestycja była realizowana w ramach trzech umów: 1) rozbudowa i przebudowa kompleksu sportowego w Gniewinie na kwotę 12 004 796,05 zł (zadanie nr 1); 2) przebudowa i rozbudowa małej architektury oraz infrastruktury na terenie kompleksu sportowego w Gniewinie na kwotę: 2 991 493,80 zł (zadanie nr 2); 3) wykonanie z płyt drogowych drogi tymczasowej dojazdowej od parkingu przy stadionie do wjazdu na płytę boiska, na kwotę: 29 890 zł (zadanie nr 3).

4. Przywołane orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej - uzasadnienie wyroku z dnia 2 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2490/11 i KIO 2496/11: *spełnianie warunku udziału w postępowaniu można wykazać wskazując na wykonanie zobowiązań wynikających z kilku umów, nie zaś wyłącznie z jednej. Niemniej wymagane jest, by umowy: były względem siebie tożsame pod względem przedmiotu zamówienia lub stanowiły pewną całość z uwagi na przedmiot umowy, a ponadto - zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku - powinny one być zawierane i realizowane w takim czasookresie, by nie było wątpliwości, iż cały czas chodzi tu o realizację tego samego zadania.* Wyrok Izby z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 807/11, w sprawie wykonania dwóch połączonych ze sobą budynków na podstawie dwóch umów: *samo wykonanie spornego zadania w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania zamówienia, które zostałyby zawarte na podstawie jednej umowy* (też wyrok z dnia 4 października 2012 r., sygn. akt KIO 1985/12).

5. Zgodnie, z wynikającym z treści wskazanych orzeczeń, stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, jedna robota budowlana może być wykonywana na podstawie wielu umów, a badanie powiązań przedmiotowych tych umów sprowadza się w rzeczywistości do analizy jednego zagadnienia: czy wykonanie robót budowlanych będących konsekwencją wielu umów może zostać zastąpione jednym zamówieniem i jedną umową (choćby hipotetycznie, przy uwzględnieniu wszystkich dodatkowych i nieprzewidzianych robót).

6. Odwołujący nie kwestionował faktu zawarcia umów pomiędzy Urzędem Gminy Gniewino a Przedsiębiorstwem Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak: nr 29/2009 z dnia 30 marca 2009 r. (zadanie nr 1) oraz nr 75/2010 z dnia 2 lipca 2010 r. (zadanie nr 2) - stanowią one całość z uwagi na przedmiot umowy. W ust. III. preambuły umowy nr 75/2010 Urząd Gminy Gniewino wskazał, że przedmiotem zamówienia są roboty dodatkowe nierozzerwalnie związane z realizacją robót podstawowych stanowiących przedmiot umowy nr 29/2009.

Zdaniem odwołującego, z całą pewnością można stwierdzić, że wykonanie z płyt drogowych drogi tymczasowej dojazdowej od parkingu przy stadionie do wjazdu na płytę boiska (zadanie nr 3) nie jest tożsame przedmiotowo i nie stanowi całości pod względem przedmiotu umowy, z umowami nr 29/2009 (zadanie nr 1) i nr 75/2010 (zadanie nr 2). Od wykonania zadania nr 3 nie było uzależnione wykonanie całej inwestycji, nie nosi ono znamion zamówienia dodatkowego, czy też uzupełniającego w stosunku do inwestycji, zatem nie stanowi z nią jednej całości.

Zadanie zostało wykonane na zlecenie Gminnego Ośrodka Turystyki i Sportu w Gniewinie sp. z o.o., jako usługi, zatem brak jest tożsamości przedmiotowej z zadaniami nr 1 i nr 2 stanowiącymi roboty budowlane. Przedmiot zadania nr 3 był tymczasowy, nie można utożsamiać go z robotami tymczasowymi, gdyż nie został zlecony przez inwestora - Urząd Gminy Gniewino. Inne były - źródło i sposób finansowania zadań nr 1 i nr 2, niż zadania nr 3. Zlecenie zadania przez inny podmiot niż inwestor rozbudowy i przebudowy kompleksu sportowego w Gniewinie wskazuje również na inne przeznaczenie (celowość) wykonywanych robót. Zadanie nr 1 zostało zgłoszone przez wykonawcę w dniu 30 lipca 2010 r. do odbioru końcowego, co oznacza zakończenie jego realizacji. Zgodnie z umową nr 75/2010 trwały roboty budowlane na terenie kompleksu sportowego, związane z zadaniem nr 2. W tym czasie, dniu 30 lipca 2010 r. Gminny Ośrodek Turystyki i Sportu w Gniewinie sp. z o.o. zlecił temu samemu wykonawcy wykonanie zadania nr 3. Odwołujący uznał, że gdyby zadania nr 2 i 3 były ze sobą w jakikolwiek sposób powiązane, realizację zadania nr 3 zleciłby wykonawcy Urząd Gminy Gniewino. Skoro zleceniodawcą zadania nr 3 był Gminny Ośrodek Turystyki i Sportu w Gniewinie sp. z o.o., nie było żadnego powiązania między inwestycją - zadanie nr 1 i 2 a zadaniem nr 3, co potwierdza również fakt, że wykonanie zadania nie zostało zakończone protokołem odbioru robót.

7. Odwołujący stwierdził, że wszystkie trzy zadania nie mogły być zrealizowane w ramach jednej umowy, gdyż miały dwóch różnych inwestorów, zatem trudno je zakwalifikować, jako jedną robotę budowlaną.

B. 1. Wykonawca „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k. wskazał w wykazie robót budowlanych, stanowiącym załącznik nr 3a do SIWZ, wartość robót na kwotę 15 026 179,85 zł brutto.

2. Zgodnie z SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu wymóg zamawiającego (niezmieniony w toku postępowania) dotyczył, co najmniej dwóch robót budowlanych o wartości brutto minimum 15.000.000 zł każda w zakresie budowy nowego lub przebudowy istniejącego budynku użyteczności publicznej.

3. Z załączonego do odwołania pisma z dnia 23 stycznia 2013 r. Urzędu Gminy Gniewino wynika, że: wartość zadania nr 1 obejmującego rozbudowę i przebudowę kompleksu sportowego w Gniewinie - stanowiła 12 004 796,05 zł brutto; wartość zadania nr 2 obejmującego przebudowę i rozbudowę małej architektury oraz infrastruktury na terenie kompleksu sportowego w Gniewinie - stanowiła kwotę 2 991 493,80 zł brutto; wartość zadania nr 3 obejmującego wykonanie z płyt drogowych drogi tymczasowej dojazdowej od parkingu przy stadionie do wjazdu na płytę boiska - stanowiła kwotę 29 890 zł brutto. Łączna wartość wszystkich trzech zadań wnosi: 15 026 179,85 zł brutto.

4. Odwołujący stwierdził, że zadanie nr 3 nie może zostać uznane łącznie z zadaniami nr 1 i 2, jako jedna robota budowlana (wartość robót budowlanych w ramach tej inwestycji powinna

wynieść 14 996 289,85 zł brutto), zatem wartość robót budowlanych jest niższa od minimalnej wartości wymaganej przez zamawiającego o 3 710,15 zł.

5. Odwołujący podniósł, że kwota 3 710,15 zł jest niezwykle niska w stosunku do kwoty 15 000 000 zł ustalonej przez zamawiającego. Jednakże niezależnie od wielkości różnicy (50 zł, czy 10 000 zł), warunek ustalony przez zamawiającego determinuje udział wykonawcy w postępowaniu. Nie można uznać (biorąc pod uwagę nieznaczną różnicę pomiędzy kwotą wykonanych robót budowlanych a kwotą warunku ustalonego przez zamawiającego), że wykonawca pomimo niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w wymaganym zakresie.

6. Odwołujący stwierdził, że wykonawca „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k. wykazał tylko jedną robotę budowlaną, której wartość wynosi minimum 15 000 000 zł brutto. Zatem, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w wymaganej wielkości.

7. Uznanie przez zamawiającego, że wykonawca „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k. spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

C. 1. Ustalenie wpływu wskazanej w referencjach kwoty 15 026 179,85 zł brutto i błędnego zakresu przedmiotowego robót - na złożenie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k.

2. Orzecznictwo - wyrok Izby, np. z dnia 19 października 2010 r., sygn. akt KIO 2212/10: *to w wykazie należy zawrzeć opis robót, tj. ich rodzaj, wartość, daty i miejsca ich wykonania. W konsekwencji, w szczególności referencje mają jedynie potwierdzać, że wskazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Istotnym, zatem jest po pierwsze to, aby uzyskać z treści referencji wiedzę o wykonaniu w sposób prawidłowy robót, po drugie istotne jest to, aby uzyskać pewność, co do tożsamości wskazanych w wykazie robót z tymi, których prawidłowość zrealizowania jest potwierdzana w treści referencji. Zatem, uzyskanie pewności, co do tożsamości robót wskazanych w wykazie robót z tymi, których prawidłowość zrealizowania jest potwierdzana w treści referencji - polega na porównaniu wykazu z referencjami. Nie odwrotnie. To w wykazie robót wykonawca jest zobowiązany zgodnie ze stanem faktycznym wskazać wszystkie wymagane przez zamawiającego dane, w tym zakres robót oraz ich wartość.*

3. W pkt A uzasadnienia odwołujący wskazał, że w zakres inwestycji „Rozbudowa i przebudowa kompleksu sportowego w Gniewinie” wchodziły zadania nr 1 oraz nr 2. W referencjach potwierdzono, że roboty w zakresie zadań zostały wykonane zgodnie z przyjętym harmonogramem i zakończone w terminie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, z należytą starannością i prawidłowo ukończone.

4. Wykonawca „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k. podał w wykazie robót - rozbudowę i przebudowę kompleksu sportowego w Gniewinie na kwotę 15 026 179,85 zł brutto. Biorąc powyższe pod uwagę, kwota wskazana w referencjach, czy też zakres prac, nie mogły wprowadzić wykonawcy w błąd. To wykonawca wypełnił wykaz robót budowlanych zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą. Wykonawca wiedział, że zadanie nr 3 zostało zlecone przez innego inwestora niż zadania nr 1 i 2. Wiedział także, że zadanie nr 3 nie łączy się w żaden sposób z prowadzoną przez Urząd Gminy Gniewino inwestycją „Rozbudowa i przebudowa kompleksu sportowego w Gniewinie”.

5. Celem, jakim kierował się wykonawca, było podanie nieprawdziwych informacji i wprowadzenie zamawiającego w błąd oraz wykorzystanie błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. W przeciwnym razie wykonawca „BUDREM- RYBAK” sp. z o.o. sp. k. nie spełniłby warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania i wiedzy i doświadczenia.

6. Nawet, gdyby przyjąć odmienne stanowisko, od przeważającego w orzecznictwie sądów i KIO poglądu, że nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji, złożone przez wykonawcę nieprawdziwe informacje były celowym, zawinionym i zamierzonym zachowaniem wykonawcy, podjętym z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego (zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 19 lipca 2012 roku, sygn. akt IV Ca 683/12).

7. Tym samym, zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy „BUDREM-RYBAK” sp. z o.o. sp. k. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

D. Podsumowując, odwołujący uznał, że przedstawiona argumentacja potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca „BUDREM- RYBAK” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Luzinie, zwany w skrócie „przystępującym”, uzyskując status uczestnika postępowania odwoławczego.

Przystępujący wniósł o:

1) podtrzymanie decyzji zamawiającego w zakresie czynności wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej i spełniającej wymagania stawiane w SIWZ

i w konsekwencji wniósł o:

2) oddalenie odwołania przez uznanie, że żądanie wskazane w pkt IV ppkt 1- 4 odwołania nie zasługuje na uwzględnienie,

3) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

I. Interes *prawny*. Przystępujący wskazał, że posiada interes *prawny* w złożeniu przystąpieniu, bowiem zgadza się z zamawiającym, że oferta przystępującego została wybrana, jako zgodna z

treścią art. 2 pkt 5 ustawy Pzp i wymogami SIWZ, co ma wpływ bezpośrednio na sferę praw i obowiązków przystępującego, gdyż w przypadku oddalenia wniosków odwołania, nastąpiłoby zawarcie umowy o wykonanie zamówienia z przystępującym.

II. Termin złożenia oświadczenia o przystąpieniu - przystępujący wykazał zachowanie terminu do zgłoszenia przystąpienia.

III. W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, wniósł o oddalenie w całości zarzutów odwołującego sformułowanych w pkt III 1-3 odwołania, jako niezasadnych i wniosków pkt IV 1-4 jako, nie zasługujących na uwzględnienie.

W uzasadnieniu zgłoszenia przystępujący podał. Wywód rozpoczął od pełnego zacytowania SIWZ przytoczonej przez odwołującego: *9.1.1. posiadają wiedzę i doświadczenie; Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał, co najmniej dwie roboty budowlane o wartości brutto minimum 15.000.000 zł każda w zakresie budowy nowego lub przebudowy istniejącego budynku użyteczności publicznej.*

Uwaga: Zamawiający dopuszcza uwzględnienie w wartości roboty budowlanej kosztów wykonania uzbrojenia i zagospodarowania terenu (nawierzchnie drogowe, sportowe, mała architektura).

Przystępujący wskazał, że tak sformułowany warunek winien stanowić punkt wyjścia dla oceny spełniania wymagania pkt 9.1.1. SIWZ przez wskazanie doświadczenia wynikającego z realizacji robót budowlanych - rozbudowy i przebudowy kompleksu sportowego w Gniewinie: 1) na kwotę 12.004.796,05 zł (zadanie nr 1); 2) na kwotę 2.991.493,80 zł (zadanie nr 2); 3) na kwotę 29.890 zł (zadanie nr 3).

Przystępujący, co do zasady, przychylił się do rozumienia opisów SIWZ w kontekście poglądów sformułowanych i przytoczonych przez odwołującego w pkt 4 uzasadnienia przez przywołanie poglądu Krajowej Izby Odwoławczej sformułowanego w uzasadnieniu wyroku z dnia 2 grudnia 2011 r. (KIO 2490/11 i KIO 2496/11), niemniej jednak wskazał, że odwołujący błędnie odczytał przywołany pogląd, z wyłączeniem kontekstu sformułowań oraz w oderwaniu od stanu faktycznego związanego z realizacją zadania nr 3. Izba stwierdziła w orzeczeniu, że *warunku tego nie spełniły dwie umowy wskazane przez jedną ze stron postępowania, jako spełnianie warunku udziału w postępowaniu.* W stanie faktycznym sprawy (sygn. akt KIO 2490/11 i KIO 2496/11), każda z umów obejmowała inny przedmiot zamówienia (co nie ma miejsca w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy, bowiem wykonanie nawierzchni drogowej w ramach zadania nr 3 było warunkiem *sine qua non* wykonania nawierzchni sportowej, czyli elementu zadania nr 1 i 2). We wskazanych sprawach, pomiędzy zakończeniem realizacji pierwszej

umowy i zawarciem drugiej upłynęło ponad pół roku (podczas, gdy w rozpoznawanej sprawie wszystkie 3 zadania były realizowane w tym samym czasookresie). W opisanym pod wskazanymi sygnaturami przypadku, pierwsza umowa została zakończona i roboty odebrane zgodnie z zobowiązaniem wynikającym z umowy, a kolejna umowa zawarta po ponad pół roku od zakończenia pierwszej, zawierała inny zakres zadań, to w opisanych przypadkach nie można było mówić o jednolitości i tożsamości zamówienia (co jest uprawnione w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy, bowiem zadanie nr 3 było nierozdzielalnym elementem realizowanego procesu budowlanego w ramach zadania nr 1-3.)

Przystępujący wskazał na dalsze orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, pozwalające wskazać linię orzeczniczą, pomocną we właściwym rozumieniu znaczenia pkt 9.1.1. SIWZ w świetle stanu faktycznego sprawy. W wyroku z dnia 3.01.2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza, stwierdziła, że: *Jeżeli wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku roboty budowlane, niezależnie czy były one realizowane w ramach budowy, odbudowy, nadbudowy lub przebudowy obiektu budowlanego, obejmują przedmiotowo zbliżony lub tożsamy zakres czynności, należy uznać je za odpowiadające swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia.* Izba wskazała, że: *Charakter czynności składających się na roboty budowlane, a nie charakter i nazwa zadania inwestycyjnego winny wskazywać, czy posiadane przez wykonawcę doświadczenie gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Powyższa zasada determinuje, bowiem sposób oceny spełnienia warunku na etapie badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.* Wyrokiem Izby z dnia 24 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 887/09; publ. LEX nr 511915 stwierdzono, że: *Możliwe jest zakwalifikowanie następujących po sobie umów i aneksów, jako jednej usługi, gdy stanowią jedną funkcjonalną całość i były wykonywane bez przerwy, bezpośrednio jedna po drugiej, a samo ich wykonanie w rzeczywistości niczym się nie różniło od wykonania usługi zleconej na podstawie jednej umowy. Niezależnie od sposobu, w jaki doszło do zawarcia umowy, tj. czy była ona wynikiem przetargu, aneksu do umowy, zamówienia z wolnej ręki, istotne jest, w jaki sposób i w jakim rozmiarze zadanie to zostało wykonane, a więc de facto, jako jedna „ciągnąca się” usługa.*

Odnosząc powyższy pogląd do rozpoznawanej sprawy, przystępujący wskazał, że skoro celem zamawiającego było żądanie wykazania się doświadczeniem (pkt 9.1.1. SIWZ), i sprawdzenia, co przystępujący wykonywał, i w jaki sposób poradził z powierzonymi pracami, ograniczenie jednej usługi do jednej umowy nie wydaje się właściwe. Celem pkt 9.1.1. SIWZ jest zweryfikowanie, czy wykonawca potrafi udźwignąć ciężar jednorazowego wykonania zamówienia, zatem skoro zadania nr 1-3 były rozłożone w czasie, ale dotyczyły tożsamego zadania inwestycyjnego „Rozbudowy i przebudowy kompleksu sportowego w Gniewinie”, to bezspornym jest, że przystępujący wykazał potencjał i doświadczenie i zdolność realizacji zamówienia objętego odwołaniem.

Orzecznictwo: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1967/10; KIO/UZP 1980/10: *Brak jest podstaw do przyjęcia, że jedna umowa/kontrakt dotyczy zawsze jednej, odrębnej usługi. Jeżeli z okoliczności, dokumentów - w tym wypadku z treści referencji - wynika, iż wszystkie zawarte kontrakty dotyczyły tego samego systemu, należy je potraktować, jako jedną usługę.*

W powołanym orzeczeniu Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego nie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez uczestnika postępowania. Odwołujący zakwestionował realizację zadania V. wykonaną dla Administracji Morskiej w St. Petersburg podnosząc, że usługa nie była jedną usługą, lecz kilkoma kontraktami, co wynika z zawartego w oryginale dokumentu referencji sformułowania *on several contracts*. Izba przeanalizowała treść referencji wystawionej przez Administrację Morską w St. Petersburgu i skonstatowała, że *pomimo tego, iż z referencji wynika, iż na jedną usługę zawarto kilka umów, realizacja tych umów dotyczyła w istocie wykonania jednego systemu nadzoru ruchu morskiego*. W opisanym przypadku stwierdzono brak podstaw do przyjęcia, że jedna umowa/kontrakt dotyczy zawsze jednej, odrębnej usługi. Jeżeli z okoliczności, dokumentów - w tym wypadku z treści referencji, co jest tożsame ze stanem faktycznym sprawy - wynika, iż wszystkie zawarte kontrakty dotyczyły tego samego systemu, należy je potraktować, jako jedną usługę.

Przystępujący podniósł, że zamawiający nie wprowadził własnej definicji „budynku użyteczności publicznej”, wskazał natomiast w ogłoszeniu, że „Zamawiający dopuszcza uwzględnienie w wartości roboty budowlanej kosztów wykonania uzbrojenia i zagospodarowania terenu (nawierzchnie drogowe, sportowe, mała architektura)”. W ocenie przystępującego warunek ustanowiony przez zamawiającego należy interpretować, jako roboty budowlane „w zakresie budowy nowego lub przebudowy istniejącego budynku użyteczności publicznej”. Zatem analizowany opis SIWZ odnosi się tylko i wyłącznie do realizacji robót budowlanych na obiekcie użyteczności publicznej włączając w to: koszty wykonania „uzbrojenia i zagospodarowania terenu (nawierzchnie drogowe, sportowe, mała architektura)”, co jest istotnym przyczynkiem do interpretacji postanowień SIWZ w świetle, których wlicza się w to infrastrukturę towarzyszącą, zrealizowaną w ramach zadania nr 3.

W ocenie przystępującego, postawiony warunek jest wykazany, jeśli referencje wykazujące roboty budowlane na obiekcie użyteczności publicznej wskazanym konkretnie, jako zespół składników majątkowych łącznie pełniący określone funkcje użyteczności publicznej, zostały wykonane poprzez przebudowę i (lub) budowę obiektu użyteczności publicznej.

Przystępujący wskazał, że zgodnie z § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 75, poz. 690 ze zm.), za budynek taki uważa się budynek przeznaczony

dla (...), oświaty, (...), turystyki, sportu, (...) oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji. Zgodnie z treścią ogłoszenia budynek przeznaczony pod określoną działalność, to budynek o określonym przeznaczeniu, w którym ta działalność prowadzona jest, jako działalność dominująca, podstawowa, tak jak to ma miejsce w okolicznościach sprawy.

Przystępujący podkreślił, że posługuje się nomenklaturą powołanego rozporządzenia wyłącznie posiłkowo, bowiem użyte przez zamawiającego pojęcie budynku użyteczności publicznej - wobec braku w SIWZ odniesienia do aktów powszechnie obowiązujących oraz ich zdefiniowania przez zamawiającego na potrzeby postępowania, zgodnie z którym zamawiający: „dopuszcza uwzględnienie w wartości roboty budowlanej kosztów wykonania uzbrojenia i zagospodarowania terenu (nawierzchnie drogowe, sportowe, mała architektura)” - należy rozumieć w powszechnie przyjętym znaczeniu.

Przystępujący dalej podkreślił, że zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu nie przez obowiązek wykonania robót budowlanych na rzecz wyłącznie jednego podmiotu, ale robót budowlanych w zakresie realizacji prac, których łączny skutek spowoduje powstanie obiektu przeznaczonego do określonej działalności. Takie czynności zamawiającego ocenił, co do zasady, jako poprawne, bowiem nie należy wykluczyć, co ma miejsce w okolicznościach sprawy, że inwestorem dla zleconych prac budowlanych może być więcej niż jeden podmiot, tak jak to miało miejsce w stanie faktycznym sprawy: Gmina Gniewino w zakresie zadania nr 1 i nr 2 oraz spółka komunalna - Gminny Ośrodek Turystyki i Sportu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gniewinie, której 100 % właścicielem jest Gmina Gniewino (odpis KRS). Zatem, dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu winno być wykonanie obiektu użyteczności publicznej w ramach jednego lub kilku zadań, którego całość lub część spełnia opisane wymagania zamawiającego.

Przystępujący podniósł, że zamawiający nie posłużył się stwierdzeniem realizacji robót na rzecz jednego inwestora, ale stwierdził wyłącznie zastrzeżenie o realizacji robót celem wykonania określonego obiektu referencyjnego użyteczności publicznej. Takiego rozumienia wykazania się doświadczeniem w postaci realizacji robót na rzecz jednego inwestora nie formułują ponadto, powołane na wstępie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż akcentują one, by pozyskanie doświadczenia w ramach kilku umów dotyczyło jednego obiektu/tożsamego przedmiotu umowy, tak jak to ma miejsce w okolicznościach sprawy: rozbudowy i przebudowy kompleksu sportowego w Gniewinie.

W orzecznictwie Izby ukształtował się pogląd zgodnie, z którym sam fakt realizacji inwestycji na podstawie kilku stosunków prawnych, kilku umów zawartych celem realizacji określonego zadania, nie stanowi przeszkody w wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

jeśli umowy te dotyczyły różnych elementów tego samego przedmiotu lub składały się na jedną funkcjonalną całość, a ich elementy były ze sobą ściśle powiązane (przykładowo: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 517/08 - Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie. Zeszyty Orzecznicze - teza 17, str. 18, wyrok Sądu Okręgowego w K. z 2 października 2010 r. (...), LEX nr 558945).

Zatem, sam fakt realizacji prac budowlanych w ramach trzech powiązanych ze sobą zadań, których dopiero łączna realizacja (*sine qua non* - bez tego nic) mogła zdecydować o uzyskaniu docelowego skutku w postaci obiektu użyteczności publicznej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, nie stanowi *per se* przeszkody do uznania, że warunek udziału w postępowaniu został wykazany przez przystępującego powołującego się na wiedzę i doświadczenie uzyskane przy wykonywaniu tych umów (zadania 1-3).

W ocenie przystępującego, odwołujący dopuścił się błędnego rozumienia przepisu art. 659 k.c. przez jego niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że zadanie nr 3 (zleczone w dniu 30.07.2010 r. realizowane do dnia 15.10.2010 r.) nie dotyczyło zadań nr 1 (realizowanego od dnia 30.03.2009 r. do dnia 20.08.2010 r.) i nr 2 (realizowanego od dnia 02.07.2010 r. do dnia 06.10.2010 r.), podczas gdy treść SIWZ nakładała warunek referencyjny w postaci realizacji: „robót budowlanych (...) w zakresie budowy budynku użyteczności”, podczas gdy przystępującemu służył w toku realizacji zadania nr 1-3 przymiot uczestnika procesu budowlanego realizowanego w postaci robót budowlanych, bowiem wykonanie prac „wykonania tymczasowej drogi dojazdowej od parkingu przy stadionie do wjazdu na płytę boiska treningowego ułożonej z płyt drogowych na podsypce piaskowej wraz z jej demontażem po wykonaniu wszystkich prac (prace niezbędne do wykonania podbudowy oraz nawierzchni sztucznej boiska treningowego”, stanowiło warunek *sine qua non* możliwości realizacji inwestycji budowlanej przez przystępującego. W tym kontekście przystępujący zauważył, że zgodnie z zapatrywaniem wyrażonym w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 1998 r. (sygn. akt II CKN 653/97 publ. OSNC 1998/12/207, Biul.SN 1998/9/13, Pr. Gosp. 1998/12/1), stwierdza się, że *Zasadniczym kryterium rozróżnienia umowy o dzieło i umowy o roboty budowlane jest ocena realizowanej inwestycji stosownie do wymagań Prawa budowlanego.*

Rekapitulując przystępujący stwierdził, że wbrew twierdzeniom odwołującego zawartym w pkt 6 tiret drugie uzasadnienia odwołania, irrelevantne jest, czy zlecenie Gminnego Ośrodka Turystyki i Sportu sp. z o.o. (spółki komunalnej podlegającej na równi z Gminą Gniewino rygorom ustawy Prawo zamówień publicznych) z dnia 30.07.2010 r. literalnie dotyczy „usługi”, która de facto dotyczy - w świetle powyższych wywodów - robót budowlanych, bowiem zgodnie z dyspozycją art. 65 § 2 k.c. „W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.” Zatem, przedmiotem zadania nr 3 nie

była realizacja usługi, ale wykonanie roboty budowlanej polegającej na wykonaniu „tymczasowej drogi dojazdowej od parkingu przy stadionie do wjazdu na płytę boiska treningowego ułożonej z płyt drogowych”. Już sam opis pozwala stwierdzić, że zadanie było powiązane z zadaniem nr 1 i nr 2, bowiem miało pozwolić utworzyć przejazd ciężkiego sprzętu koniecznego dla realizacji zadania nr 1 i 2, który gdyby nie zrealizowano zadania nr 3, uniemożliwiłby to wykonanie zadania 1 i 2, bowiem w związku z rozpoczęciem budowy hotelu przez Gminę Gniewino (baza pobytowa dla drużyn EURO 2012) w ramach Partnerstwa Prywatno Publicznego zablokowana została jedyna droga dojazdowa do realizowanego przez przystępującego boiska treningowego z murawą ze sztucznej trawy oraz obiektów sportowych. W celu umożliwienia dojazdu do powierzonego przystępującemu do realizacji zadania nr 1 i 2 zaistniała konieczność wykonania drogi tymczasowej z płyt drogowych z podbudową do ww. zadań. Stosowne zlecenie na jej wykonanie zostało wystawione (na polecenie Wójta Gminy Gniewino) przez GOTiS. Po zakończeniu prac związanych z realizacją zadania nr 1 i 2 przedmiotowa droga została przez przystępującego zdemontowana zgodnie z otrzymanym zleceniem.

Tak samo irrelewantne jest źródło wynagrodzenia za roboty, za które przystępujący uzyskał wynagrodzenie stwierdzone fakturą VAT FS-8/x/2010 z dnia 15.10.2010 r., bowiem nie zmienia to faktu, że stwierdzone roboty budowlane stanowiły część prac wykonywanych w toku całego procesu inwestycyjnego, określonego łącznie, jako „Rozbudowa i przebudowa kompleksu sportowego w Gniewinie” - tak jak stanowi o tym protokół odbioru ostatecznego robót zadania nr 3 i wyjaśnienia wystawcy referencji - Gminy Gniewino, bowiem Gminny Ośrodek Turystyki i Sportu sp. z o.o. jest operatorem kompleksu sportowego w Gniewinie i w ówczesnym okresie dysponował rezerwami finansowymi na zapłatę faktury VAT, co jest wyłączną przyczyną zlecenia zadania nr 3 przez podmiot komunalny.

Przystępujący ocenił, że pogląd sformułowany przez odwołującego w pkt 6 i 7, tiret piąte, w zakresie zakwestionowania zadania nr 3, jako robót budowlanych:

- 1) tożsamy pod względem przedmiotu zamówienia i pełniących pewną całość z uwagi na przedmiot umowy: - na co wskazuje treść protokołu odbioru („Rozbudowa i przebudowa kompleksu sportowego w Gniewinie”) - wyjaśnienia Wójta Gminy Gniewino z dnia 6.02.2013 r. wskazujące, że: „Wykonana tymczasowa droga z płyt betonowych była nierozzerwalnym elementem realizowanego procesu budowlanego w ramach wymienionej wyżej inwestycji”, - treść referencji z dnia 16.11.2010 r. opisujących budowę „hali widowiskowo - sportowej ze stadionem lekkoatletycznym III kategorii krajowej (...)”, które w pkt I ust. 12 stanowią o „Wykonaniu drogi tymczasowej z płyt drogowych”;
- 2) realizowanych w takim czasookresie, że nie ma wątpliwości, iż cały czas chodzi tu o realizację tego samego zadania: Między zadaniem nr 1-3 istnieje ścisły związek czasowy;

3) zgodnie z treścią oferty przystępującego (załączonej do odwołania) termin realizacji zadania nr 3 - wykonania tymczasowej drogi dojazdowej miał nastąpić w przeciągu trzech dni od otrzymania akceptacji warunków przystępującego;

4) zlecenie na wykonanie zadania nr 3 udzielone zostało dnia 30.07.2010 r.;

5) zadanie nr 3 skwitowane zostało protokołem odbioru z dnia 15.10.2010 r., realizowane w okresie, gdy przystępujący realizował zadanie nr 1 (od dnia 30.03.2009 r. do dnia 20.08.2010 r. - protokół odbioru końcowego do umowy nr 29/2009 w aktach sprawy), - realizował zadanie nr 2 (od dnia 02.07.2010 r. do dnia 6.10.2010 r. - protokół odbioru końcowego do umowy 75/2010 w aktach sprawy)

- prowadzi do rozszerzającej wykładni przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, który łącznie z opisami pkt 9.1.1. SIWZ, jako norma restrykcyjna, zawierająca sankcję dla wykonawcy, winien być interpretowany ściśle.

W ocenie przystępującego, spełnił on warunek postawiony przez pkt. 9.1.1. SIWZ, który winien być odczytywany przez pryzmat poglądu sformułowanego przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 17.05.2012 r., sygn. akt KIO 894/12 (publ. LEX nr 1165957), gdzie stwierdza się, że: *O ile interpretacja SIWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwala na ustalenie, iż ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych, zgodnych z przepisami i właściwymi normami rozwiązań, to takie postanowienie SIWZ musi być wykładane na korzyść wykonawców, którzy działali w zaufaniu do zamawiającego. Tym samym przedmiotem oceny Izby w zakresie weryfikacji prawidłowości czynności wykluczenia z postępowania jest również ocena, czy sposób sformułowania warunku dopuszczał taką jego interpretację, aby uznać, że doświadczenie wykazane przez odwołującego jest wystarczające dla potwierdzenia spełnienia wymogu zamawiającego.* Analogiczne stwierdzenie można odnaleźć w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.05.2012 r., gdzie stwierdza się, że *W sytuacji rozbieżności w interpretacji warunku udziału w postępowaniu, należy przyjąć interpretację rozszerzającą bardziej korzystną dla wykonawców* (sygn. akt KIO 799/12; publ. LEX nr 1163871).

Przystępujący nadmienił, że inni zamawiający w toku zrealizowanych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie mieli również żadnych wątpliwości, że przystępujący spełnia warunki doświadczenia na podstawie referencji Wójta Gminy Gniewino, co miało miejsce w szeregu postępowań, w tym m.in. prowadzonych przez Gminę Miasta Sopot (ogłoszenie nr 324694-2011 z dnia 7.10.2011), gdzie przystępujący w załączniku nr 2 poz. 1 przywołał ww. referencje, a warunki udziału w postępowaniu były sformułowane na analogicznych zasadach (oferta przystępującego z dnia 7.10.2011 r.; załącznik nr 2 do oferty, kopia ogłoszenia 324694-2011, str. 8 SIWZ - w załączeniu), prowadzonych przez Gminę Sierakowice (ogłoszenie nr 234216-2011 z dnia 08-08-2011), gdzie przystępujący w załączniku nr 3 poz. 4 przywołał ww.

referencje, a warunki udziału w postępowaniu były sformułowane na analogicznych zasadach (oferta przystępującego z dnia 24.08.2011 r.; załącznik nr 3 do oferty, kopia ogłoszenia 324694-2011, str. 2 SIWZ - w załączeniu), prowadzonych przez Gminę Pruszcz Gdański (ogłoszenie nr 90130-2012 z dnia 22-03-2012), gdzie przystępujący w załączniku nr 4 poz. 4 przywołał ww. referencje, a warunki udziału w postępowaniu były sformułowane na analogicznych zasadach (oferta przystępującego z dnia 16.04.2012 r.; załącznik nr 4 do oferty, kopia ogłoszenia 90130-2012 z dnia 22-03-2012, str. 2 SIWZ - w załączeniu); pierwsze ww. zamówienie jest realizowane przez przystępującego, a w toku postępowania o udzielenie zamówienia drugiego i trzeciego, powołane wyżej referencje nie były kwestionowane.

W ocenie przystępującego, odwołujący dopuścił się swobodnej, nie popartej żadnymi dowodami polemiki, gołosłownie kwestionując charakter zadania nr 3, całkowicie pomijając przyczynę gospodarczą i techniczną zlecenia zadania nr 3, czasookres zlecenia i realizacji zadania nr 3 oraz wpływ realizacji zadania nr 3 na realizację procesu budowlanego, pomimo obiektywnej możliwości sformułowania zapytania do Urzędu Gminy Gniewino o wzajemne powiązanie zadania nr 1 do 3 i uzyskania przez odwołującego odpowiedzi (co jest swoistą wykładnią autentyczną) pismem z dnia 23.01.2013 r. (w aktach sprawy), gdzie Gmina Gniewino udzieliła odwołującemu wyjaśnień, że referencje te dotyczą budowy obiektów sportowych na terenie kompleksu sportowego w Gniewinie (...). Firma BUDREM realizowała roboty budowlane na tym obiekcie w ramach umów: kwota 12.004.796,05 zł - rozbudowa i przebudowa kompleksu sportowego w Gniewinie; kwota 2.991.493,80 zł - rozbudowa i przebudowa małej architektury oraz infrastruktury na terenie kompleksu sportowego w Gniewinie (.); kwota 29.890,00 zł - wykonanie płyt drogowych drogi tymczasowej dojazdowej od parkingu przy stadionie do wjazdu na płytę boiska”.

Zatem, przystępujący uznał, że stwierdzenia odwołującego należy interpretować, jako swobodną polemikę na potrzeby postępowania, bowiem dysponował on wyjaśnieniami Gminy Gniewino, że zadania nr 1-3 były względem siebie tożsame pod względem przedmiotu zamówienia i pełniły pewną całość z uwagi na przedmiot umowy oraz były realizowane w takim czasookresie, że nie ma wątpliwości, iż cały czas chodzi tu o realizację tego samego zadania. W tym kontekście, przystępujący zauważył, że strona odwołująca nie podważyła skutecznie treści referencji wystawionych przez Wójta Gminy Gniewino, bowiem wyjaśnił on w swoim piśmie z dnia 23.01.2013 r. i 6.02.2013 r., że przedmiotowe referencje wystawione są prawidłowo, bowiem zadania nr 1-3 są ze sobą powiązane przedmiotowo i czasowo.

Na uzasadnienie powyższego poglądu, przystępujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2012 r.: *Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. spoczywa na tym, kto ze swojego*

twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 p.z.p. nawiązujący do art. 6 kc). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób niebudzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 p.z.p., nie zostaną zachowane. W ocenie przystępującego, wyjaśnienia wystawcy referencji (który nie jest stroną postępowania, co jest istotnym przyczynkiem do oceny wiarygodności i mocy dowodowej jego oświadczeń), stan faktyczny sprawy, treść dokumentów wyłączają wątpliwości w zakresie oceny powiązania zadania nr 1-3 z przedmiotem zadania: kompleksu sportowego w Gniewinie, w konsekwencji spełniania przez przystępującego warunku referencyjnego sformułowanego przez pkt 9.1.1 SIZW.

Przystępujący stwierdził, że wyraża pogląd zbieżny z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej, że co do zasady referencje służą potwierdzeniu, że wykazywane roboty budowlane, dostawy i usługi zostały wykonane należycie zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Nie można jednak uznać, że ich przeznaczenie ogranicza się wyłącznie do wykazania należytego wykonania umowy w sytuacji, gdy treść wykazu lub wyjaśnień jest niejednoznaczna, a referencje dostarczają szerszych informacji. Pogląd Izby wyrażony w wyroku z 23 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1131/10, LEX nr 585182: *dokumenty, oświadczenia wykonawcy (wykaz) oraz referencje powinny się wzajemnie uzupełniać*.

Przystępujący podniósł, że w świetle przytoczonych stwierdzeń nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego sformułowanym w lit. C uzasadnienia odwołania, bowiem przystępujący prawidłowo wypełnił wykaz robót, który został potwierdzony treścią referencji, w konsekwencji nie podlega on wykluczeniu. Z daleko idącej ostrożności procesowej, stanowczo zaprzeczając wszelkim stwierdzeniom - lit. C odwołania, wskazał, że informacje przystępującego nie nosiły znamion niezgodności z prawdą. Informacje były prawdziwe, natomiast sporna jest ich ocena pod względem spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana przez odwołującego. W orzecznictwie Izby zwraca się uwagę, że o niezgodności z prawdą można mówić w przypadku, gdyby nieprawdziwe były fakty, takie jak, np.: podanie nieprawdziwego zakresu zobowiązania wynikającego z umowy, czy fałszywej daty realizacji zadań, czy też nieprawdziwej informacji, co do wartości umowy. Tu zaś wszystkie informacje są prawdziwe, a spór dotyczył tego, czy informacje te potwierdzają, że dany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, czyli czy właściwa jest ich ocena. Zgodnie z poglądem Izby: *Informacja nieprawdziwa to taka informacja, która jest niezgodna z rzeczywistością i niezgodność ta nie budzi żadnych wątpliwości* (sygn. akt KIO 590/12 KIO 600/12, wyrok KIO 2012-04-12; publ. LEX nr 1148313), dlatego też wniosek odwołującego sformułowany w lit. C uzasadnienia odwołania z racji wskazanych wyżej, przystępujący uznał, jako nieuzasadniony i

pozbawiony podstaw faktycznych i prawnych, podnosząc, że pismo jest słuszne i koniczne.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki warunkujące wniesienie odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ważną ofertę w postępowaniu, która ze względu na zaoferowaną cenę zajęła drugie miejsce w rankingu ofert. Oferta nie jest, wbrew informacji zamieszczonej w odwołaniu, najtańszą ofertą w postępowaniu. Najtańszą ofertę złożył przystępujący z ceną 21 475 000 zł, cena oferty odwołującego wynosi 21 769 731,56 zł, jest ofertą droższą od najtańszej o 294 731,56 zł. Przy jednakowym okresie udzielonej gwarancji - 55 miesięcy, oferta przystępującego uzyskała 10 pkt, oferta odwołującego 9,86 pkt. Zatem, odwołujący mógłby uzyskać zamówienie wyłącznie w sytuacji wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, bądź odrzucenia jego oferty.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie zostały potwierdzone zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania z powodu: - złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), - nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), a w konsekwencji - udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp (art. 7 ust. 1 i 3).

Podstawę wniesienia odwołania stanowił zarzut niewłaściwego, w ocenie odwołującego, zakwalifikowania roboty budowlanej wykazanej w poz. 2 wykazu robót wybranego wykonawcy, jako roboty spełniającej wymagania w zakresie jej wartości, brutto minimum 15 000 000 zł. Zamawiający opisał w SIWZ pkt 9.1 sposób dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia następująco: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) posiadają wiedzę i doświadczenie; Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał, co najmniej dwie roboty budowlane o*

wartości brutto minimum 15.000.000 zł każda w zakresie budowy nowego lub przebudowy istniejącego budynku użyteczności publicznej.

Uwaga: Zamawiający dopuszcza uwzględnienie w wartości roboty budowlanej kosztów wykonania uzbrojenia i zagospodarowania terenu (nawierzchnie drogowe, sportowe, mała architektura).

Wybrany wykonawca podał w wykazie robót 4 roboty budowlane, jednakże dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, ze względu na wymaganą wartość robót, mogły być uwzględnione wyłącznie roboty wykazane w poz. 1 i 2 wykazu (załącznik nr 3a). Robota wykazana w poz. 1 nie budziła wątpliwości odwołującego. Odwołujący zakwestionował robotę wykazaną w poz. 2 wykazu, tj. *Rozbudowa i przebudowa kompleksu sportowego w Gniewinie*, o wartości 15 026 179,85 zł. Na potwierdzenie, że wyszczególnione roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, przystępujący dołączył do oferty referencje z dnia 16.11.2010 r. wystawione przez Wójta Gminy Gniewino. W referencjach ich wystawca wskazał, że zadanie obejmowało budowę hali widowiskowo-sportowej z zapleczem, zaplecza stadionu wraz ze stadionem lekkoatletycznym III kategorii krajowej, z boiskiem wielofunkcyjnym o powierzchni poliuretanowej, oświetleniem stadionu, boiskiem piłkarskim ze sztucznej trawy, kortem tenisowym wraz z zagospodarowaniem terenu. W referencjach przedstawiono szczegółowy zakres prac w podziale na: I. Roboty budowlane (pkt 1-12), wśród których podano roboty drogowe (pkt 10), II. Roboty elektryczne (pkt 1-6 pkt), III. Roboty sanitarne (pkt 1-12), o łącznej wartości 15 026 179,85 zł brutto, potwierdzając wykonanie robót w sposób zgodny z opisem zawartym w SIWZ.

Zamawiający uwzględnił wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu i wybrał ofertę tego wykonawcy, jako ofertę najkorzystniejszą spośród 9. ofert złożonych w postępowaniu.

Odwołujący przeprowadził postępowanie w wyniku, którego wystąpił do Gminy Gniewino pismem z dnia 22.01.2013 r. uzyskując odpowiedź pismem z dnia 23.01.2013 r., w której wystawca referencji - z up. Wójta Gminy udzielił wyjaśnień podając, że roboty budowlane były realizowane w ramach 3 umów: - kwota 12 004 796,05 zł - rozbudowa i przebudowa kompleksu sportowego w Gniewinie; - kwota 2 991 493,80 zł - przebudowa i rozbudowa małej architektury oraz infrastruktury na terenie kompleksu sportowego w Gniewinie - roboty budowlane związane z adaptacją obiektów stadionu lekkoatletycznego do warunków odpowiadających obiektom IV kategorii lekkoatletycznej wg klasyfikacji PZLA; - kwota 29 890,00 zł - wykonanie z płyt drogowych drogi tymczasowej dojazdowej od parkingu przy stadionie do wjazdu na płytę boiska. Łączna kwota zrealizowanych robót przez przystępującego 15 026 179,85 zł.

Odwołujący uzyskał dalsze wyjaśnienia Gminy Gniewino: pismo z dnia 08.02.2013 r., jako odpowiedź na pismo odwołującego z dnia 7.02.2013 r., z którego wynika, że droga tymczasowa realizowana na zlecenie Spółki GOTiS Gniewino z dnia 30.07.2010 r. była elementem inwestycji pn. Rozbudowa i przebudowa kompleksu sportowego w Gniewinie. Odwołujący złożył wraz z odwołaniem wskazane dokumenty oraz dodatkowo uzyskane z Gminy Gniewino dokumenty na wniosek z dnia 24.01.2013 r. - SIWZ, umowę nr 29/2009 z dnia 30.03.2009 r. wraz z aneksem i jedną stroną oferty przystępującego, umowę nr 75/2010 r. z dnia 02.07.2010 r., kalkulację wykonania drogi dojazdowej wykonaną przez przystępującego, zlecenie z dnia 30.07.2010 r. Gminnego Ośrodka Turystyki i Sportu w Gniewinie Spółka z o.o. - wykonania usługi w postaci tymczasowej drogi dojazdowej (...) z terminem ułożenia do dnia 5 sierpnia i zdemontowania do dnia 13 września 2010 r., polecenie przelewu na rzecz GOTiS z tytułu ułożenia drogi (...) z płyt - Dni Gminy Gniewino, protokoły odbioru końcowego z dnia 20.08.2010 r. i z dnia 06.10.2010 r., które dotyczyły zadań 1 i 2. W komisjach dokonujących odbiorów uczestniczyli: po dwóch przedstawicieli ze strony zamawiającego, po trzech przedstawicieli - ze strony Inspektora i Wykonawcy, w tym przedstawiciel wykonawcy, obecna na rozprawie, jako pełnomocnik przystępującego, J..... S....., która złożyła wyjaśnienia dotyczące odbiorów robót.

Odwołujący zakwestionował zadanie nr 3 - wykonanie z płyt drogowych drogi tymczasowej dojazdowej od parkingu przy stadionie do wjazdu na płytę boiska na kwotę 29 890,00 zł., którego nie uwzględnienie w robotach budowlanych powoduje, że wartość robót budowlanych nr 1 i nr 2, nie stanowi wymaganej minimalnej wartości 15 000 000 zł. Uzupełniając na rozprawie argumentację przedstawioną w odwołaniu, odwołujący zarzucił brak tożsamości podmiotowej i przedmiotowej robót, tożsamości czasowej realizacji robót, inne terminy wykonania w zleceniu z dnia 30.07.2010 r. i inne w protokole odbioru z dnia 15.10.2010 r. (dołączonego przez przystępującego). Podniósł brak protokołu odbioru robót - zadanie nr 3, wobec nie uzyskania protokołu w Urzędzie Gminy w Głównie, wykonanie drogi dojazdowej w związku z obchodzonymi w sierpniu 2010 r. Dniami Gminy Głównie.

Przystępujący złożył: KRS GOTiS - (100% gminna spółka), protokół odbioru z 15.10.2010 r. wskazujący udział przedstawiciela inwestora - Gminy Gniewino, pisma kierowane do Urzędu Gminy Gniewino i uzyskaną odpowiedź (z dni 5 i 6 lutego 2013 r.), fakturę VAT nr FS-8/X/2010 z dnia 15.10.2010 r. wystawioną przez przystępującego na rzecz Gminnego Ośrodka Turystyki i Sportu w Gniewinie Spółka z o.o., na kwotę 29. 890,00 zł.

W postępowaniu dowodowym ustalono, że tymczasowa droga dojazdowa od parkingu przy stadionie do wjazdu na płytę boiska stanowiła jedyny przejazd do tego boiska w okresie realizacji zadań nr 1 i nr 2 (od sierpnia 2010 r.). Protokoły odbiorów robót: z dnia 20 sierpnia

2010 r. dotyczył zadania nr 1, z dnia 6.10.2010 r. zadania nr 2, aczkolwiek w toku realizacji zadania nr 2 wystąpiła konieczność powtórzenia robót z zakresu zadania nr 1 - nawierzchni boiska w związku z montowanymi piłkochwyłtami systemowymi. Odbiór robót w dniu 6.10. 2010 r. dotyczył również ponownie wykonanych robót z zakresu zadania nr 1. Odbiór robót wykonanych w ramach zadania nr 3 dokonany został w dniu 15.10.2010 r.

W ocenie Izby, dla ustalenia wzajemnego powiązania zadań, ma znaczenie tożsamość przedmiotowa zamówienia (roboty budowlane tego samego rodzaju i o tym samym przeznaczeniu), tożsamość czasowa zamówienia (przewidzenie przez zamawiającego pełnego zakresu zamówień sfinansowanych i udzielanych w znanej zamawiającemu perspektywie czasowej, obejmującej zasadniczo okres jednego roku budżetowego, finansowego albo objęty decyzją o udzieleniu wsparcia finansowego na realizację określonego projektu) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Istotę stanowi ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Przy czym dla przyjęcia powyższej oceny nie ma istotnego znaczenia ustalenie źródeł finansowania zamówienia. Jeżeli zatem w tym samym czasie możliwe jest udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia, które może być wykonane przez jednego wykonawcę, jest to jedno zamówienie, bez względu na fakt, czy jest ono finansowane przez zamawiającego z jednego, czy też z kilku różnych źródeł.

Pomocną (a nie decydującą) dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia może być definicja robót budowlanych zawarta w ustawie Pzp. Zgodnie z art. 2 pkt 8 ustawy Pzp przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu tej ustawy, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Przepisy Prawa budowlanego, do których odsyła ustawa Pzp stanowią, że roboty budowlane to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7). Obiektem budowlanym w myśl Prawa budowlanego jest budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, budowla stanowiąca całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, a także obiekt małej architektury (art. 3 pkt 1). Dla ustalenia tożsamości przedmiotowej zamówienia na roboty budowlane istotne jest funkcjonalne znaczenie robót budowlanych. Chodzi o to, by jako jedno zamówienie traktowane były wszystkie prace, które zmierzają do realizacji (albo np. poprawy stanu) obiektu budowlanego jako rzeczy spełniającej ogół funkcji techniczno-użytkowych, do których jest przeznaczona - *na podstawie opinii dotyczącej szacowania wartości zamówienia zgodnie z postanowieniami art. 32-35 ustawy Pzp (www.uzp.gov.pl)*. *Utwardzenie powierzchni gruntu poprzez ułożenie kostki brukowej na drodze jest robotami budowlanymi, przez które należy stosownie do art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego rozumieć budowę, a także*

prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy w sprawie II SA/Bd 547/2008).

Zatem, skoro droga dojazdowa do boiska była niezbędna do zakończenia robót budowlanych realizowanych w ramach zadań nr 1 i 2, stanowi element robót mimo wskazania jej przy poleceniu zapłaty, jako wykonanej w związku z obchodami Dni Gminy Gniewino, czy zleceniem wykonania przez komunalną spółkę Gminy.

W ocenie Izby, istotne z punktu oceny spełniania warunku udziału wykonawcy w postępowaniu, ma przedstawienie przez wykonawcę wykazu wykonanych robót oraz załączenie wymaganych dokumentów potwierdzających wykonanie robót w sposób wymagany przez zamawiającego. Przystępujący załączył wymagane dokumenty. Nie budziły one żadnych wątpliwości, co do ich prawdziwości. Zatem, zamawiający dokonując oceny dokumentów nie miał żadnego uzasadnienia, jak podkreślił na rozprawie, by oceniać zasadność czy celowość zlecenia wykonania robót wskazanych, jako doświadczenie wykonawcy nabyte w innym postępowaniu.

Słusznie stwierdził przystępujący, że w sprawie nie podano nieprawdziwych informacji lecz jedynie informacje są odmiennie oceniane.

Przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, w świetle orzecznictwa, w tym w szczególności wyroków: Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt V Ga 134/12; Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12 - ma zastosowanie w przypadku wykazania przez zamawiającego, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona przez ubiegającego się o zamówienie (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.) - S.O. w Toruniu.

W przypadku przedstawienia zamawiającemu zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania, obowiązek udowodnienia zarzutu spoczywa na stawiającym zarzut (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp).

Odwolujący nie wykazał złożenia przez przystępującego nieprawdziwych informacji w rozumieniu przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie wykazał też, że zamawiający dokonał błędnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez przystępującego - art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co w konsekwencji powoduje nie potwierdzenie naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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), zaliczając do kosztów wpis oraz zasądzając na rzecz zamawiającego wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 000 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy (§ 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia).

Przewodniczący: