

**WYROK**  
z dnia 9 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:**     **Anna Packo**  
                                  **Emil Kawa**  
                                  **Małgorzata Rakowska**

**Protokolant:**         **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**FCC Construcción S.A. z siedzibą w Barcelonie (Hiszpania) i  
Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o.**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Urząd Morski w Słupsku**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovia Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania)** zgłaszających przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovia Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania)** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie omyłek w treści kosztorysu zawartego w ofercie wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie (Hiszpania) w sposób wskazany w uzasadnieniu,

**2. kosztami postępowania obciąża Urząd Morski w Słupsku i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FCC Construcción S.A. z siedzibą w Barcelonie (Hiszpania) i Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Urzędu Morskiego w Słupsku na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia FCC Construcción S.A. z siedzibą w Barcelonie (Hiszpania) i Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.**

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

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

Zamawiający – Urząd Morski w Słupsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „ochronę brzegów morskich na wschód od Portu Darłowo” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 lipca 2011 r. w Dzienniku Urzędowym UE, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

27 stycznia 2012 r. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia FCC Construcccion S.A. i Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, który:

1. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. podlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferroviał Agroman S.A. podlegających wykluczeniu,
2. nie wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferroviał Agroman S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
3. nie wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferroviał Agroman S.A., którzy świadomie wprowadzili Zamawiającego w błąd, wykazując na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia roboty budowlane wyszczególnione w pozycji 2. i 15. wykazu wykonanych robót jako roboty zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, posiadając jednocześnie pełną wiedzę na temat sporu toczącego się przed sądem w zakresie wykonania tych robót oraz braku możliwości uzyskania pozytywnych referencji w tym zakresie,
4. zaniechał czynności polegającej na wezwaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferroviał Agroman S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, odpowiedzialnych za kierowanie budową i robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia

niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie dysponowania tymi osobami, w sytuacji, gdy z załączonego do oferty wykazu sporządzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. nie wynika jednoznacznie, że spełniają oni warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.1.3.2.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

5. nie wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia opisanego w punkcie 8.1.3.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

6. nie odrzucił oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A., którzy w kosztorysie ofertowym wprowadzili trzy nieuprawnione zmiany w stosunku do przedmiarów robót:

a) w poz. 24. przedmiaru dotyczącego budowy wału przeciwsztormowego na mierzei Jeziora Kopań zmieniając opis „Nawierzchnia z płyt wielootworowych – wykonanie podsypki piaskowej” na „Nawierzchnia z płyt wielootworowych – wykonanie podsypki filtracyjnej”, gdzie określenie „podsypka filtracyjna” nie jest określeniem tożsamym do określenia „podsypka piaskowa”, uwzględnił w kosztorysie ofertowym czynność odmienną od czynności objętej dokumentacją projektową,

b) w poz. 21. przedmiaru dotyczącego budowy wału przeciwsztormowego na mierzei Jeziora Kopań zamiast opisu „Formowanie i zagęszczanie nasypów ziemnych o wys. do 10 m z ziemi dostarczonej samochodami przy użyciu spycharki 110 kW (150 KM) kat. gr. I-II” zawarł opis: „Formowanie i zagęszczanie nasypów ziemnych o wys. do 10 m z ziemi dostarczonej samochodami przy użyciu spycharki 110 kW (150 KM) kat. gr. I-III”, co oznacza, iż w sposób niedopuszczony przez Zamawiającego rozszerzył projektowaną kategorię gruntu.

Zamawiający nie dokonał poprawy dwóch powyższych rozbieżności na podstawie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem oferta, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

c) poz. 3. i 6. przedmiaru dotyczącego prac saperskich obejmują czynności wydobywania wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów lub innych obiektów niebezpiecznych w obszarze morskim o wielkości od 1,5 l do 20 l oraz wydobywania wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów lub innych obiektów niebezpiecznych w obszarze lądowym o wielkości od 1,5 l do 20 l. W kosztorysie ofertowym uwzględniono jedynie wydobywanie wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów lub innych obiektów niebezpiecznych w obszarze morskim

i lądowym o wielkości od 5 I do 20 I w pozycjach 3. i 6. oraz większych w pozostałych pozycjach kosztorysu, pomijając obiekty o wielkości od 1,5 I do 5 I. Brak wyceny tych obiektów stanowi błąd w obliczeniu ceny oferty, co powoduje, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7. nie udostępnił na pisemny wniosek Odwołującego złożony po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego naruszając art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. *w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A.,
2. dokonanie ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty nie podlegającej odrzuceniu złożonej przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz o
3. uwzględnienie odwołania i zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że warunek posiadania przez wykonawców wiedzy i doświadczenia zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaze, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

1. minimum jedną robotę budowlaną, której przedmiotem była budowa lub przebudowa falochronu morskiego o wartości nie mniejszej niż trzydzieści milionów złotych brutto oraz minimum dwie roboty budowlane, których przedmiotem była budowa lub przebudowa wałów przeciwsztormowych lub przeciwpowodziowych, o wartości nie mniejszej niż dwa miliony złotych brutto każda,
2. minimum dwie roboty kafarowe w zakresie wykonawstwa morskich budowli hydrotechnicznych z użyciem pali, o długości nie mniejszej niż 10,00 m każda budowla (minimum 200 sztuk pali w jednym zadaniu); za pal uważa się element konstrukcyjny żelbetowy, stalowy lub drewniany również będący częścią fundamentu pośredniego lub wykonawstwa jednej budowli hydrotechnicznej z użyciem stalowej ścianki szczelnej o długości nie mniejszej w planie niż 1000 mb, o długości brusa nie mniejszej niż 5 m.

Termin składania ofert upłynął 7 listopada 2011 r., zatem ostatnie 5 lat przed upływem tego terminu należy rozpatrywać od 7 listopada 2006 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. przedstawili wykaz wykonanych robót obejmujący 15 pozycji.

1. W pozycji 1. wskazano roboty budowlane o tytule „NABRZEŻE AZ-3 PRZYLEGAJĄCE DO DOKU ZIERBANA”, którą opisano jako „inwestycję polegającą na budowie falochronu morskiego o długości 600 m, wykonanego w Porcie Bilbao”, wykonywaną w okresie od 24 września 2007 r. do 31 marca 2010 r. Z treści załączonych referencji wynika, iż zakres prac wykonywanych w ramach tej inwestycji polegał na budowie nabrzeża o długości 600 m, złożonego ze skrzyń betonowych. Wykonawca błędnie przetłumaczył na język polski treść oryginalnych referencji wystawionych w języku hiszpańskim, podając znaczenie słowa „muelle” jako „falochron”, podczas gdy słowo to oznacza „nabrzeże”. W ten sposób wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego, który wymagał budowy lub przebudowy falochronu morskiego, a nie innych budowli, w tym nabrzeża.

2. W pozycji 2. i 15. wykazu wyszczególniono roboty „ROZBUDOWA ZEWNĘTRZNEGO DOKU WSCHÓD”, którą opisano w pozycji 2. jako „Inwestycję polegającą na budowie falochronu morskiego w Porcie w Barcelonie”, natomiast w pozycji 15. jako „Zadanie polegające na rozbudowie nabrzeża morskiego w Porcie w Barcelonie z użyciem stalowej ścianki szczelnej o długości w planie 1.974 mb, o długości brusa wynoszącej 17 m”.

Treść załączonych referencji wykazuje, iż w chwili ich wystawienia prace były w fazie wykonawczej, natomiast wykonanie robót zgodnie ze specyfikacją kontraktową i oczekiwaniami wystawcy referencji potwierdzone zostało wyłącznie dla robót prowadzonych do momentu ich wystawienia. Jak wynika z treści referencji „roboty, o których mowa w niniejszym zaświadczeniu, polegały na wykonaniu pogłębienia w terenie innym niż skała, formowaniu rowów w celu późniejszego zastąpienia materiału z pogłębienia falochronami”. Z uwagi na brak zgodności treści opisu zawartego w wykazie wykonanych robót poz. 2. i 15. z treścią załączonych referencji nie istnieje możliwość jednoznacznego przypisania załączonych referencji do wskazanych pozycji wykazu. Wykonawca nie wykazał zatem, iż zakres robót wyszczególniony przez niego w pozycjach 2. i 15. został wykonany zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończony. Załączenie tych referencji stanowi próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd stwarzając nieprawdziwą sugestię, iż wymienione prace zostały wykonane należyście. Odwołujący, jako jeden z członków konsorcjum, które było wykonawcą wskazanej inwestycji, potwierdza, iż uzyskanie referencji potwierdzających należyte wykonanie tych robót nie jest możliwe, gdyż stanowi ono przedmiot sporu w toczącej się aktualnie sprawie sądowej.

3. Inwestycje wskazane w pozycjach 3., 4., 10., i 11. wykazu realizowane były w całości przed okresem ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, nie mogą zatem stanowić potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

4. Inwestycja wykazana w pozycji 5. polegająca na przebudowie wałów przeciwpowodziowych, realizowana była w okresie od 15 listopada 2006 r. do 30 listopada 2007 r., a należyte jej wykonanie zostało potwierdzone załączonymi referencjami.

5. W pozycji 6. wskazano „PRZEBUDOWĘ WAŁU PRZECIWPOWODZIOWEGO” w ramach zadania „BUDOWA ULICY WAŁ MIEDZESZYŃSKI NA ODCINKU OD UL. NARODOWEJ DO UL. TRAKT LUBELSKI”, wskazując w opisie, iż wykonawca wykonał przebudowę wału przeciwpowodziowego rzeki Wisły. Roboty obejmowały zakresem uszczelnienie korpusu wału przeciwpowodziowego i podłoża wodoszczelną przesłoną cementowo – bentonitową. W treści załączonych referencji wykonane roboty określone zostały jako „roboty modernizacyjne obejmujące zakresem uszczelnienie korpusu wału przeciwpowodziowego i podłoża wodoszczelną przesłoną cementowo – bentonitową”. W definicji zawartej w ustawie o rachunkowości „modernizacja” jest ulepszeniem, które powiększa wartość początkową środka trwałego i jednocześnie nie jest: rozbudową, przebudową, rekonstrukcją, zatem nie można uznać tych robót za budowę lub przebudowę wałów przeciwpowodziowych lub przeciwsztormowych.

6. W pozycji 7. wpisano „PROJEKT I ROZBUDOWA ZAPORY WODNEJ W MELONARES, OBSZAR KOMPENSACJI EKOLOGICZNEJ I ZBIÓR ŚRODKÓW KOMPENSACYJNYCH I NAPRAWCZYCH W ZAKRESIE ODDZIAŁYWANIA NA ŚRODOWISKO” wskazując, iż w ramach zadania wykonano między innymi budowę wałów przeciwpowodziowych i zapory ziemnej o długości łącznej 1.278 m (w tym zaporą o długości 525 m i wysokości 50 m), w pozycji 8. zaś „BUDOWĘ ZAPORY WODNEJ W ARTAJONIE NA KANALE NAVARRA”, wskazując, iż w ramach zadania wykonano między innymi budowę wałów przeciwpowodziowych o długości 317,5 m.

Jednak żadne z tych robót nie obejmują swoim zakresem budowy wałów przeciwpowodziowych, nie potwierdzają tego też załączone referencje, gdyż opisany w nich zakres robót obejmuje jedynie takie elementy jak korpus zapory, czy zapory boczne nazwane błędnie w tłumaczeniu na język polski wałami. Nie są to jednak budowle o takim samym charakterze, konstrukcji czy przeznaczeniu jak wały przeciwpowodziowe i nie czynią zadość wymogowi określonemu przez Zamawiającego w punkcie 8.1.2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

7. W poz. 9. wykazu wskazano „WYKONANIE WAŁU PRZECIWPOWODZIOWEGO NA BRZEGACH ZBIORNIKA ARENOS” wskazując, iż w ramach zadania wykonano przebudowę wału przeciwpowodziowego na brzegach zbiornika. Z załączonych referencji wynika, iż roboty polegały na stabilizacji brzegów Zbiornika Arenos (rzeka Mijares) podczas przepływu przez Puebla de Arenosa. Wykonane prace dotyczyły stabilizacji brzegów zbiornika w związku z koniecznością zabezpieczenia brzegów przed zagrożeniem osunięć i miały na celu zwiększenie pojemności użytkowej zbiornika, jednakże według wiedzy Odwołującego

oraz zgodnie ze szczegółowym opisem robót zawartym w referencjach w zakresie opisywanego zadania nie występują wały przeciwpowodziowe ani przeciwsztormowe, co oznacza, że wykonawca nie mógł realizować ich budowy lub przebudowy.

8. W pozycji 12. wpisano „ROZBUDOWĘ I POPRAWĘ NABRZEŻY COS NOU W PORCIE MAHON” wskazując, iż inwestycja obejmowała zakresem roboty kafarowe z użyciem pali, wykonywane w jednym z największych i najgłębszych portów na świecie. W referencjach wskazano, iż wykonane prace polegały na rozbudowie linii cumowniczej nabrzeża w kierunku morza poprzez wykonanie płyty betonowej opartej na belkach i palach. W ramach inwestycji wykonane zostało nowe nabrzeże złożone z rzędów pali betonowych zbrojonych *in situ*, co oznacza, iż ten rodzaj pali, wylewanych na miejscu, nie może stanowić potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia w zakresie robót kafarowych związanych z użyciem pali wbijanych.

9. W poz. 13. wykazu opisano roboty polegające na rozmieszczeniu cum na zewnętrznym doku w porcie w Walencji realizowane od 20 lutego 2006 r. do 31 stycznia 2007 r., więc niemalże w całości przed okresem ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. W treści załączonych referencji napisano, iż całość robót obejmowała wykonanie 208.576 m<sup>3</sup> pogłębiania w rowach na molo, natomiast nie zostały wpisane żadne informacje potwierdzające, że realizacja ta obejmuje roboty kafarowe w zakresie wykonawstwa morskich budowli hydrotechnicznych z użyciem pali o długości nie mniejszej niż 10,00 m każda budowla (minimum 200 sztuk pali w jednym zadaniu), będące treścią warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.1.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak sformułowana treść referencji nie daje możliwości jednoznacznego zidentyfikowania robót wyszczególnionych w wykazie i odniesienia ich do dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych robót. Ponadto stwierdzenie, iż całość robót polegała jedynie na pogłębianiu, daje podstawę do stwierdzenia braku dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie prac innych niż pogłębianie. Powstaje również wątpliwość co do rzeczywistego zakresu robót, jakie wykonawca wykonywał w ramach wskazanej inwestycji oraz wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez nieuzasadnione podanie zakresu robót szerszego od opisanego w referencjach.

10. W poz. 14. opisano roboty polegające na przedłużeniu Molo Wschód w Porcie w Walencji, realizowane od 26 września 2006 r. do 25 lipca 2008 r. Załączone referencje zawierają opis konstrukcji molo, która składa się z kesonów z lekkiego betonu zbrojonego o wysokości 17 m i szerokości podstawy 18,50 m oraz opis pozostałych elementów wskazanej budowli, w tym sposobu ich wykonania. Opis ten nie potwierdza zastosowania pali przy realizacji wskazanego przedsięwzięcia, a wręcz wskazując elementy składowe budowli inne niż pale, wyklucza ich zastosowanie. Nie można zatem przyjąć, iż przedmiotem wskazanej realizacji było wykonanie ponad 200 sztuk pali o długości 12,5 m.



Pomimo iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A. nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający zaniechał czynności określonych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie wzywając ich do uzupełnień i wyjaśnień w tym zakresie.

Zgodnie z orzecznictwem Izby referencje służą potwierdzeniu, że usługi wskazane w wykazie zostały wykonane należycie, a zatem ich złożenie nie ma na celu potwierdzania zakresu czy charakteru wykonanych prac, jednakże na podstawie dodatkowych informacji zawartych w ww. dokumentach zamawiający ma możliwość i obowiązek weryfikacji treści innych dokumentów lub oświadczeń złożonych przez wykonawcę. Dlatego Zamawiający zobowiązany był do uzyskania wyjaśnienia w zakresie powstałych wątpliwości związanych z faktycznym zakresem robót wyszczególnionych przez wykonawcę w wykazie lub też wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku uznania, że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący jako członek konsorcjum będącego wykonawcą robót „ROZBUDOWA ZEWNĘTRZNEGO DOKU WSCHÓD” posiada pełną wiedzę na temat sporu toczącego się przed sądem w zakresie należytego wykonania wskazanej inwestycji oraz jest przekonany, iż taką samą wiedzę posiadają pozostali konsorcjanci, w tym Budimex S. A. oraz Ferrovia Agroman S. A. Odwołujący nie wykazał w swojej ofercie tej inwestycji z uwagi na niemożność potwierdzenia, iż roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A. w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, odpowiedzialnych za kierowanie budową i robotami budowlanymi, zadeklarował udział w realizacji przedmiotu zamówienia Krzysztofa M. w zakresie pełnienia funkcji kierownika budowy w kolumnie „Dysponowanie/będę dysponował” wpisując umowę zlecenie. Jest to umowa cywilnoprawna, zatem pracodawca nie może poprzez taką umowę wykazać swoich uprawnień do dysponowania pracownikiem. W tej sytuacji Zamawiający nie mógł uznać, iż wykonawca będzie dysponował tą osobą w czasie realizacji zamówienia, a mimo to nie wypełnił obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia wykazu potwierdzającego w sposób jednoznaczny, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu.

Niezgodności w kosztorysie ofertowym w odniesieniu do przedmiarów robót nie mają dużego znaczenia, jeżeli zamawiający ustalił wynagrodzenie ryczałtowe. Natomiast Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawierającej błędy w kosztorysie ofertowym w przypadku, gdy

przewidział wynagrodzenie kosztorysowe i jednocześnie wymagał, aby kosztorysy były sporządzone w odniesieniu do przedmiaru robót, jak to zostało określone w punkcie 20. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny”, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową, tzn. każda jednostka obmiarowa przedmiaru robót powinna być skosztorysowana według wzoru.

Wykonawca zmieniając pozycję 24. przedmiaru robót na zapis: „Nawierzchnia z płyt wielootworowych – wykonanie podsypki filtracyjnej”, gdzie określenie „podsypka filtracyjna” nie jest określeniem tożsamym do określenia „podsypka piaskowa”, uwzględnił w kosztorysie ofertowym czynność odmienną od czynności objętej dokumentacją projektową. Zamawiający żądał elementów płyt wypełnionych piaskiem chroniącym wały, gdzie piasek występuje jako uszczelniacz i nie dopuszcza znacznej ilości wody do rdzenia wału, a zaproponowane prefabrykowane płyty dziurkowane napełnione materiałem filtracyjnym nie będą spełniały swej roli z uwagi na fakt, iż materiał filtracyjny dopuszcza wodę do rdzenia wału i następuje wmywanie materiału zmniejszające jego trwałość. Jest to istotna zmiana wymagająca zgody projektanta oraz zatwierdzenia poprawek w projekcie budowlanym.

W poz. 21. przedmiaru robót „Budowa wału przeciwsztormowego na mierzei Jeziora Kopań” wykonawca w sposób niedopuszczony przez Zamawiającego rozszerzył projektowaną kategorię gruntu.

W ramach prac saperskich opis przedmiotu zamówienia obejmuje czynności wydobywania wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów lub innych obiektów niebezpiecznych w obszarze morskim o wielkości od 1,5 l do 20 l oraz wydobywanie wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów lub innych obiektów niebezpiecznych w obszarze lądowym o wielkości od 1,5 l do 20 l. Kolejne pozycje przedmiarów (4, 5, 7 i 8) obejmują wydobywanie wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów lub innych obiektów niebezpiecznych w obszarze morskim i lądowym o wielkości od 20 l do 50 l i powyżej 50 l. Uwaga dotycząca przedmiaru robót na prace saperskie mówi jedynie o nieuwzględnieniu obiektów o wielkości do 1,5 l, a obmiar wszystkich obiektów określono na podstawie odnotowanych przypadków występowania obiektów niebezpiecznych na obszarze objętym inwestycją. Wykonawca pominął więc obiekty o wielkości od 1,5 l do 5 l.

Jeżeli Zamawiający przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe ustalane na podstawie wykonanych prac, po cenach przedstawionych w kosztorysie, to jakiegokolwiek braki w kosztorysie powodują, że cena ofertowa nie zawiera wszystkich planowanych do wykonania prac, a więc jest obliczona wadliwie, a oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych bez możliwości dokonania poprawek na podstawie art. 87 ustawy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której na wstępie stwierdził, że uwzględnił odwołanie w całości, jednak z dalszej treści tego pisma wynikało, że takie uwzględnienie w całości nie nastąpiło. Z wyjaśnień Zamawiającego udzielonych podczas rozprawy wynika, że jest on gotów jedynie unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonać poprawek w kosztorysie ofertowym Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A.

Podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, że przedłożone mu dokumenty, w szczególności referencje do pozycji 1., nie powodowały sytuacji, w której mógłby powziąć podejrzenia, że przedstawione w wykazie roboty budowlane nie są tym, co napisano. Pomiedzy treścią wykazu a referencjami nie zaistniały różnice, które wskazywałyby na istotne rozbieżności, by musiał w tym kierunku podejmować jakieś kroki, a tłumaczenie przysięgłe tych referencji Odwołujący przedstawił dopiero podczas rozprawy. Samo tłumaczenie słowa „muelle” nie jest wystarczające, by jednoznacznie stwierdzić, co było przedmiotem budowy, gdyż słowo to ma różne znaczenia, potrzeba jest tu wiedza techniczna, a sformułowanie odnoszące się do skrzyń wskazuje, że prace dotyczyły falochronu, a w chwili montowania skrzynie żelbetowe były montowane na otwartej wodzie. Jego zdaniem z referencji wynika, że w momencie konstruowania konstrukcja stanowiła wewnętrzną przeponę falochronową.

Skoro Odwołujący przyznał, że roboty z pozycji 5. i 6. nie są sporne, wykazano część warunku dotyczącą wałów przeciwpowodziowych lub przeciwsztormowych. W warunku dotyczącym prac katarowych nie wpisano, że roboty katarowe muszą polegać na wbijaniu pali, we wskazanych robotach wbijane były rury i na nich formowane elementy.

W odniesieniu do pozycji 13. wykazu stwierdził, iż referencje składają się z dwóch części – o wartości 14 mln euro i 1 mln euro, przy czym 1 mln dotyczy robot pogłębiarskich, a 14 mln wykonania moła. Przy wykonaniu konstrukcji takiej jak moło elementy stałe musiały być na palach wbijanych, chyba że były wykonywane na martwych kotwicach. W referencjach napisano, iż część moła jest stała, a część ruchoma, w części stałej na pewno była to konstrukcja na wbijanych palach, natomiast część pływająca mogła być na wbijanych palach lub martwych kotwicach.

W odniesieniu do kierownika budowy brak jest podstaw prawnych do stwierdzenia, że dysponowanie osobą musi być na podstawie umowy o pracę. Kierownicy budowy najczęściej są zatrudniani na zlecenie. Nie ma wymogu żądania umowy zlecenia ani oświadczenia takiej osoby.

Odnosnie zarzutu dotyczącego protokołu wyjaśnił, że umówił się z osobą oglądającą dokumentację, iż zostanie on przesłany na adres e-mailowy, co też zrobił.

Odnosnie zarzutu dotyczącego kosztorysu – wpisanie grupy I-III zamiast I-II to, zdaniem Zamawiającego, oczywista omyłka, ponieważ w pozostałych pozycjach wpisano I-II, również w zakresie prac saperskich jest to oczywista omyłka, co potwierdza oświadczenie, że nie

uwzględniono materiałów do 1,5 l, brakuje tu „1,”. Niezależnie od objętości elementów możliwe jest rozliczenie kosztorysu. W odniesieniu do materiału filtracyjnego – jest to inna omyłka możliwa do poprawienia na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pojęcie „materiał filtracyjny” jest szersze niż piasek, natomiast nie wyklucza użycia piasku.

Przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A., a po stronie Odwołującego – Hydrobudowa Gdańsk S.A.

Przystępujący – Hydrobudowa Gdańsk S.A. poparł stanowisko Odwołującego nie przedstawiając dodatkowej argumentacji.

Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovia Agroman S.A. wnieśli o oddalenie odwołania jako oczywiście niezasadnego.

Wskazali, że referencje są dokumentem potwierdzającym zasadniczo należyte wykonanie robót, jednocześnie przepisy nie określają szczegółowej treści referencji, nie można więc wymagać, by znalazły się w nich konkretne sformułowania, czy też zapisy, są to dokumenty wystawiane przez inwestora, nie przez wykonawcę. Przedłożony wykaz robót budowlanych wraz z załączonymi referencjami w pełni dokumentują, że wykonawca spełnia wymagany warunek wiedzy i doświadczenia.

W kwestii spornego tłumaczenia hiszpańskiego pojęcia „mulle” wskazał, że słowo to można tłumaczyć zarówno jako „nabrzeże”, „molo” i „falochron”, w zależności od kontekstu zdania. W przedłożonym dokumencie mowa jest o falochronie, nie zaś o nabrzeżu. Potwierdza to treść referencji, z której wynika, iż przedmiotem umowy był falochron skrzyniowy. Tym samym twierdzenie Odwołującego jest gołosłowne i brak dowodów przeciwnych obalających twierdzenia zawarte w wykazie usług i załączonych referencjach.

Przystępujący oświadczył też, że nie zaprzecza, iż przedstawione w pozycjach 3, 4, 10 i 11 wykazu inwestycje zakończone zostały w terminie wcześniejszym niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu, jednak zostały zawarte w wykazie w celu wskazania, że Ferrovia Agroman S.A. posiada ogromne doświadczenie w budownictwie hydrotechnicznym.

Bezpodstawny jest również zarzut niewykonania robót z poz. 2. i 15. wykazu zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i nieprawidłowego ich ukończenia, a spór sądowy dotyczy wyłącznie kwestii finansowych rozliczenia robót, zwrócił też uwagę, że Odwołujący, chociaż był współwykonawcą przedmiotowych robót mającym dostęp do dokumentacji, nie przedstawił żadnych dowodów.

Poz. 5 wykazu jest prawidłowa i brak dowodów przeciwnych.

W poz. 6. Odwołujący cytuje przepisy ustawy o rachunkowości, jednak interpretacji pojęcia „modernizacja” należy dokonać w oparciu o ustawę Prawo budowlane, w ramach której pojęcie to mieści się w zakresie remontu, przebudowy oraz rozbudowy. Użyte w referencjach dla poz. 6 pojęcie „modernizacja” mieści się w definicji „przebudowy”, a Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego.

W pozycjach 7., 8. i 9. wykazu Przystępujący wskazał kontrakty, w ramach których wykonano konstrukcje hydrotechniczne w postaci wałów ziemnych powstrzymujących napór wody, z technicznego punktu widzenia konstrukcje te są w istocie odpowiednikiem wału przeciwpowodziowego. Wały wykonywane w ramach zbiorników są dodatkowo projektowane na stały napór wody, przez co są bardziej odporne niż klasyczne ziemne wały przeciwpowodziowe, których zadaniem jest wytrzymanie krótkotrwałego naporu wody. Tym samym prace te spełniają wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego.

Co do pozycji 12., 13. i 14. Odwołujący twierdzi, że opisane w poszczególnych referencjach technologie prac bądź wykluczają wykonanie robót kafarowych we wskazanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia technologii, bądź są zbyt lakoniczne, by móc potwierdzić spełnienie warunku. Referencje nie są dokumentem sformalizowanym, nie można więc mówić o ich wymaganej treści, wydawane są grzecznościowo, zatem nie muszą wyszczególniać wszystkich prac ani zawierać dokładnych danych dotyczących opisu technologicznego wykonywanych prac. Wystarczająca jest treść referencji potwierdzająca należyte wykonanie danych robót i umożliwiającą jednoznaczne powiązanie tych referencji z odpowiednią pozycją wykazu.

Odwołujący zatem nie wykazał, że Przystępujący nie spełnił warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, prowadzi jedynie teoretyczną polemikę z zapisami przedłożonych referencji, a Odwołujący takich dowodów w niniejszej sprawie nie przedstawił. W konsekwencji bezzasadne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd celem uzyskania zamówienia.

Co do dysponowania Krzysztofem M. – zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przy czym ustawa nie zastrzega formy prawnej owego dysponowania. Istotne jest zatem to, czy dany wykonawca ma gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. O tym, czy wykonawca dysponuje osobami, rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami, bez znaczenia jest charakter

prawny takiego stosunku, tj. umowa o pracę, o świadczenie usług, przedwstępna, czy samozatrudnienie się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą.

Co do rozbieżności w kosztorysie Przystępujący wskazał, że podsypka piaskowa jest jedynym z rodzajów podsypki filtracyjnej, a w kosztorysie odwołał się do właściwej STWiORB, co oznacza, iż nie dokonał zmiany w zakresie sposobu wykonania podsypki filtracyjnej i wykona podsypkę piaskową za cenę wskazaną w poz. 24. przedmiotowego kosztorysu. Zatem nie zaoferował podsypki nie przewidzianej projektem. Również w poz. 21. w kosztorysie odwołał się do właściwej STWiORB, co oznacza, iż nie dokonał zmiany w zakresie sposobu wykonania tych robót i nie rozszerzył projektowanej kategorii gruntu. Powyższe niezgodności mają charakter omyłek podlegających poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może bowiem budzić wątpliwości zamiar co do treści oświadczenia woli Przystępującego, w szczególności, iż omyłki te dotyczą zaledwie dwóch pozycji kosztorysowych, mających marginalne znaczenie dla wykonania czy rozliczenia przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący omyłkowo nie zmienił w kosztorysie dotyczącym prace saperskich wielkości podanych w poz. 3. i 6., zmienionych przez Zamawiającego w trakcie postępowania, nie może jednak budzić wątpliwości, że przedmiotową zmianę w ofercie uwzględnił wprowadzając stosowną zmianę w oświadczeniu zawartym pod tabelą (poprzez zapis „nie uwzględnia się obiektów do 1,5 l”). Zatem z oferty czytanej jako całość wynika, że Przystępujący zaoferował wydobycie obiektów o wielkości od 1,5 l. Pozwala to Zamawiającemu na dokonanie poprawy poz. 3. i 6. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie zachodzi też podnoszona przez Odwołującego przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Przystępujący wycenił wszystkie pozycje przedmiarowe. Poprawienie opisanych omyłek nie spowoduje jakichkolwiek zmian w cenie oferty i sprowadza się jedynie do wpisania w ofercie: „piaskowej” w miejsce „filtracyjnej”, „kat. gr. I-II” w miejsce „kat. gr. I-III” i „od 1,5 l do 5 l” w miejsce „od 5 l do 20 l”.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący

ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść dokumentów, na które powołują się Strony i Przystępujący) nie jest sporny, został też wystarczająco opisany w stanowiskach Stron i Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A., zatem nie będzie przez Izbę powtarzany.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących niespełnienia przez Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. warunków dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz przedłożenia w tym zakresie nieprawdziwych informacji Izba stwierdziła, że Odwołujący nie dowiódł prawdziwości tych zarzutów.

Izba zgadza się tu z argumentacją przywołaną przez Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A., że w postępowaniu przed Izbą ma zastosowanie zasada ciężaru dowodu wyrażona w art. 6 Kodeksu cywilnego i powtórzona w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym w niniejszej sytuacji to na przedstawiającym zarzuty Odwołującym, jako podmiocie, który wskazując na dany fakt (niespełnienie warunków udziału w postępowaniu i złożenie nieprawdziwych informacji) wywodzi z tego faktu skutki prawne (obowiązek wykluczenia Przystępującego i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych zaniechanie Zamawiającego), spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie, czyli konieczność przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a konsekwencją poniesienia realizacji tego obowiązku jest niekorzystny dla strony wynik postępowania.

W niniejszym przypadku Izba oczekiwała jako dowodów przedstawienia choćby informacji (oświadczeń) od inwestorów wymienionych w wykazie robót, dokumentacji technicznej lub tym podobnych. Co prawda kwestionowane roboty wykonywane były w Hiszpanii, jednak w skład konsorcjum Odwołującego wchodzi podmiot mający siedzibę w Hiszpanii, dodatkowo działający w branży, której roboty dotyczą, więc trudno uznać, że zdobycie tych informacji było niemożliwe.

Tymczasem przedstawiony przez Odwołującego zarzut można sprowadzić do cytatu – i argumentu – z jego pisma procesowego, iż przedstawione „informacje budzą wątpliwości”. Rzeczywiście, można się nawet z tym twierdzeniem zgodzić, lecz same „wątpliwości” nie są wystarczające do stwierdzenia podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W odniesieniu do poszczególnych pozycji wykazu można tylko zauważyć, iż podczas rozprawy Odwołujący oświadczył, że nie kwestionuje poprawności pozycji 5. i 6. wykazu.

Z kolei w odniesieniu do poz. 3., 4., 10. i 11. Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. przyznał, że zostały one wykonane w okresie poprzedzającym wymagane 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Tym samym Izba uznała, że pozycje 3., 4., 5., 6., 10. i 11. nie są sporne.

Co do pozycji 7., 8., 9. Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. w piśmie procesowym z 6 lutego 2012 r. oświadczył, że „wykonano konstrukcje hydrotechniczne w postaci wałów ziemnych powstrzymujących napór wody. Z technicznego punktu widzenia konstrukcje te są w istocie odpowiednikiem wału przeciwpowodziowego. Wały wykonywane w ramach zbiorników są dodatkowo projektowane na stały napór wody, przez co są bardziej odporne niż klasyczne ziemne wały przeciwpowodziowe, których zadaniem jest wytrzymanie krótkotrwałego naporu wody.”

Należy tu zwrócić uwagę, że wymogiem Zamawiającego było wykonanie robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa wałów przeciwsztormowych lub przeciwpowodziowych, a nie innych obiektów, podobnych czy nawet „lepszych” lub bardziej skomplikowanych technicznie. Tym samym Zamawiający za spełnienie warunku może uznać tylko wykonanie wałów przeciwsztormowych lub przeciwpowodziowych. Podobna sytuacja ma miejsce w stosunku do pozostałych warunków – jeśli Zamawiający wymagał budowy lub przebudowy falochronu morskiego, to nie może brać pod uwagę innych obiektów niż falochron morski. W przeciwnym wypadku naruszałby zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż oferty mogłyby złożyć także podmioty, które wykonały budowle „równoważne”. Należy też dodać, że, jeśli wykonawca powołuje się w ramach spełnienia warunku na poszczególne roboty, które stanowią część większej całości, np. elementy budowy/przebudowy portu (tylko falochron, tylko wały lub tylko roboty kafarowe) w celu ich samodzielnego wykazania, to na gruncie brzmienia warunków sformułowanych przez Zamawiającego, co do przedmiotu, wartości, terminu wykonania, potwierdzenia należytego wykonania itd. muszą one spełniać ten warunek. Również to wynika z zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Co do terminu wykonania – choć Odwołujący w zasadzie nie sformułował tego jako części zarzutu, Izba zwraca uwagę, że pięcioletni termin, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, dotyczy chwili



zakończenia robót i nie ma znaczenia, że roboty te zakończyły się „krótko przed” tym terminem, jeśli tylko się w nim mieszczą.

Jednak, biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie zakwestionował ostatecznie poz. 5. i 6., które dotyczą wałów przeciwpowodziowych, część warunków dotyczącą wykonania dwóch robót budowlanych, których przedmiotem była budowa lub przebudowa wałów przeciwsztormowych lub przeciwpowodziowych o wartości nie mniejszej niż dwa miliony złotych brutto każda, można uznać za wykazaną.

Co do tłumaczenia słowa „muelle” należy stwierdzić, iż nawet jeśli we wskazanym zdaniu zostało ono dokonane niepoprawnie, nie oznacza to, że w ramach wykazywanych robót „budowy nabrzeża morskiego”, nie wykonano budowy lub przebudowy falochronu morskiego, jak oświadczył Przystępujący w wykazie wykonanych robót – i oświadczenie to powtórzył podczas rozprawy – w każdym razie, jak już stwierdzono powyżej, Odwołujący nie wykazał faktu przeciwnego.

Co do poz. 2. i 15. wykazu – rzeczywiście, można tu zrozumieć istnienie wątpliwości Odwołującego, lecz również w tym wypadku nie przedstawił on żadnych dowodów. Przystępujący oświadczył, że zaistniały z inwestorem spór dotyczył nie wykonania robót niezgodnie ze sztuką budowlaną lub ich nieprawidłowego ukończenia, lecz rozliczeń finansowych – co zresztą wydaje się potwierdzać przedstawiona przez Odwołującego notatka prasowa z 13 lipca 2010 r. (nawet niezależnie od faktu, że jest to informacja zaczerpnięta z Internetu), z której wynika, że pomiędzy wartością kwot uprzednio rozliczonych i wartością robót faktycznie wykonanych powstała różnica 40,7 milionów euro, której zwrotu będzie domagał się inwestor (przy tym brak danych, czym ta różnica jest spowodowana).

Biorąc pod uwagę, że Zamawiający wymagał wykazania tylko jednych robót budowlanych odnoszących się do falochronu morskiego, nawet jeśli z treści kwestionowanych przez Odwołującego referencji nie wynika wykonanie robót wskazanych w wykazie albo nie zostały one prawidłowo wykonane lub w ogóle ukończone, ze względu na to, że nie podważono skutecznie pozostałych robót podanych dla wykazania tych części warunków udziału w postępowaniu, co powodowałoby brak wystarczającej liczby wymaganych przez Zamawiającego robót, nie ma obecnie podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów lub że – nawet jeśli w tym zakresie przedstawiono by nieprawdziwe informacje – że mają one wpływ na wynik postępowania (uznanie warunku udziału w postępowaniu za spełniony).

Podobnie w stosunku do poz. 15., gdyż nie wykazano nieprawidłowości pozostałych robót, którymi Przystępujący wykazywał spełnianie warunku w tym zakresie.

Co do prac wykazanych dla potwierdzenia spełnienia warunku odnoszącego się do robót kafarowych, to także w tym wypadku Odwołujący jednoznacznie kierował się tylko swoimi przypuszczeniami wynikającymi z praktyki wykonywania danego rodzaju robót budowlanych. Z procesowego punktu widzenia nie stanowi to jednak podstawy do uznania zarzutu za słuszny, choć również tutaj Izba zwraca uwagę, że skoro Zamawiający wymagał wykonania robót kafarowych w zakresie wykonawstwa morskich budowli hydrotechnicznych z użyciem pali, o długości (...) przy minimum 200 sztuk pali w jednym zadaniu, to za spełnienie warunku może uznać tylko roboty, które odpowiadają brzmieniu tego warunku, interpretowanego zgodnie z zasadami wskazanymi w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego.

Tym samym, kierując się dyspozycją art. 191 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stanem rzeczy ustalonym w toku postępowania, Izba uznała, że na obecnym etapie postępowania nie stwierdzono podstaw do wykluczenia wykonawcy.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego dysponowania osobą wskazaną na stanowisko kierownika budowy, Izba stwierdziła, że z przedstawionych dokumentów ani złożonych oświadczeń nie wynika, że dysponowanie Krzysztofem M. odbędzie się w ramach potencjału przekazanego Przystępującemu przez podmiot trzeci, nie podnosił tego też Odwołujący w ramach zarzutów. Tym samym osoba ta jest uznawana za potencjał własny wykonawcy, nawet jeśli będzie to się odbywało na podstawie umowy zlecenia, i nie dotyczy jej obowiązek przedstawiania dodatkowych dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast wpisanie „dysponuje” (w odniesieniu do przyszłości) czy „będzie dysponował”, nie stanowi zasadniczej różnicy, zwłaszcza że brak informacji o warunkach zawarcia owej wpisanej w wykazie „umowy zlecenia” i mogła ona już zostać zawarta.

Na marginesie można też zwrócić uwagę, że, choć nie wiadomo, czy dotyczy tej sytuacji, istnieje również pojęcie „stałego stosunku zlecenia”, który jest stosunkiem prawnym ugruntowanym, trwającym dłuższy czas, wiążącym strony ściśle, a nie tylko przypadkowo i okazjonalnie (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 15 maja 2007 r., sygn. V CZ 32/07).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezgodności w kosztorysie ofertowym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Budimex S.A. i Ferrovial Agroman S.A. w stosunku do przygotowanych przez Zamawiającego przedmiarów, Izba stwierdziła, że nie zaistniała tu podstawa do odrzucenia oferty. Wskazane przez Odwołującego nieścisłości są, zdaniem Izby, klasycznymi omyłkami podlegającymi poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2

ustawy Prawo zamówień publicznych. Po pierwsze, ze względu na ich charakter, Izba nie ma wątpliwości, że powstały one na skutek omyłki, po drugie, są na tyle ewidentne, że można je uznać nawet za oczywiste omyłki pisarskie, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, chociaż nie będzie również błędem ich poprawienie w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W obu przypadkach poprawienie będzie polegać na wpisaniu w opisach pozycji określeń: „piaskowa” w miejsce „filtracyjna”, „I – II” w miejsce „I – III” i „1,5 l” w miejsce „5 l”.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprzekazania Odwołującemu protokołu postępowania, Zamawiający okazał z akt postępowania wydruk ze skrzynki e-mailowej wskazujący na przesłanie 20 stycznia 2012 r. na adres mariola.blazewicz@gmail.com dokumentu w formacie PDF protokol.zp.skan oraz wydruk raportu doręczenia tego e-maila, a także raport transmisji faksu z 6 lutego 2012 r. wraz z pismem przewodnim do FCC Construcccion S.A. w sprawie przesłania protokołu postępowania. Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, zatem Izba uznała za udowodniony fakt przekazania tego protokołu Odwołującemu.

Do chwili wydania wyroku Odwołujący nie przedstawił rachunków mogących stanowić podstawę naliczenia kosztów, o których mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*, które, zgodnie z ww. przepisem, są ustalane na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Tym samym Izba nie zasądziła na rzecz Odwołującego innych kosztów niż koszty wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Z kolei zgodnie z art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba może nakazać Zamawiającemu wykonanie lub powtórzenie czynności w postępowaniu lub nakazać unieważnienie czynności uwzględniając odwołanie.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....