

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: A. Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TINES CONSTRUCTION Sp. z o.o., (2) Taumer Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ciepłownicza 23, 31-574 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Tramwaje Warszawskie Sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. Sp.k., (2) A. Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZAB-BUD A. Z., adres dla pełnomocnika: ul. Marymoncka 42, 01-977 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TINES CONSTRUCTION Sp. z o.o., (2) Taumer Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ciepłownicza 23, 31-574 Kraków** i 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: **(1) TINES CONSTRUCTION Sp. z o.o., (2) Taumer Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ciepłownicza 23, 31-574 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na wykonanie robót budowlanych w zadaniu pn.: „przebudowa Zakładu Naprawy tramwajów w Warszawie - zadanie nr 1: budynek hall remontowej [oznaczenie sprawy: DNZ/80/2016]" Numer referencyjny postępowania: DNZ/80/2016 (dalej: „Postępowanie") Ogłoszenie nr 2016/S 219-399540? dnia 2016-11-10 r.

Odwołujący: konsorcjum TINES Construction sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (lider pełnomocnik) i Taumer sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w Postępowaniu polegającej na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum w składzie: TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp.k. ul. Marymoncka 42, 01-200 Warszawa (Lider) oraz A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZAB-BUD, ul. Nowosielska 14A lok. 3, 00-466 Warszawa (Partner), zwane dalej „Konsorcjum" oraz zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności; tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej z przez w/w Konsorcjum TOR-KAR-SSON.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp, poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, iż Konsorcjum TOR-KAR-SSON wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia oraz przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum TOR-KAR-SSON z postępowania, mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia,
2. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TOR-KAR-SSON mimo że oferta ta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TOR-KAR-SSON, pomimo jej niezgodności z treścią siwz,

4. art. 91 ust. 1 i art. 26 ust. 1 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum TOR-KAR-SSON mimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia i podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta odrzuceniu.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert;
2. Unieważnienie dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz odrzucenia oferty Konsorcjum TOR-KAR-SSON.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wnosi o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z dokumentów powołanych w odwołaniu, na wskazane w odwołaniu okoliczności oraz o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Odwołującego.

Uzasadnienie interesu uzyskania zamówienia

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Zgodnie z powyższym, aby był legitymowany do wniesienia środka ochrony prawnej muszą łącznie wystąpić dwie przesłanki materialno-prawne wskazane w ww. przepisie:

1. Wykonawca musi posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz
2. Wykonawca poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Ze względu na fakt, iż Odwołujący złożył ofertę, która zgodnie z określonymi przez Zamawiającego kryteriami oceny ofert winna zostać uznana w przedmiotowym postępowaniu za najkorzystniejszą, niewątpliwie posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Oferta złożona przez Odwołującego w Postępowaniu na skutek badania i oceny ofert została oceniona przez Zamawiającego jako druga. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający naruszył interes Odwołującego pozbawiając go szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W konsekwencji powyższych działań Zamawiającego

Odwołujący, nie uzyskując zamówienia, poniesie szkodę przejawiającą się chociażby w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Wykazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych zarzutów.

Konieczne jest również podkreślenie, iż nieprawidłowości i naruszenia w zakresie oceny innych ofert, rozpatrywane przez pryzmat zasady wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzają zasadność zarzutów podniesionych w odwołaniu, jeśli dotyczą sytuacji odwołującego. Z uwagi na wykazane w odwołaniu naruszenia Zamawiającego dojdzie do zawarcia umowy z Wykonawcą, którego oferta podlega odrzuceniu ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ, co w konsekwencji doprowadzi do pozbawienia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu czynności Zamawiającego polegające na uznaniu za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum TOR-KAR-SSON podlegającej odrzuceniu, zostały dokonane z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Konieczność szerokiej wykładni dopuszczalności wniesienia odwołania oraz niezbędność badania zarzutów merytorycznych potwierdził również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 lipca 2013 r. w sprawie C-100/12.

Wskazane powyżej okoliczności jednoznacznie przesądzają o uprawnieniu Odwołującego do wniesienia przedmiotowego odwołania oraz konieczności rozpatrzenia podniesionych w nim zarzutów względem oferty złożonej przez Konsorcjum TOR-KAR-SSON.

UZASADNIENIE

Tramwaje Warszawskie sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 20, 01-232 Warszawa (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w zadaniu pn.: „przebudowa Zakładu Naprawy Tramwajów w Warszawie - zadanie nr 1: budynek hali remontowej [oznaczenie sprawy: DNZ/80/2016]”. Zamawiający w dniu 14.02.2017 r. poinformował o odrzuceniu oferty Pana R. P., która zajmowała pierwsze miejsce w rankingu ofert złożonych w przedmiotowym przetargu. Zamawiający w dniu 20.03.2017 r. poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum TOR-KAR-SSON, gdzie przedmiotem zamówienia jest „przebudowa Zakładu Naprawy Tramwajów w Warszawie - zadanie nr 1: budynek hali remontowej” (pkt 3.1 SIWZ).

Zgodnie z pkt. 5.1.2.1.) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat

przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie kanałów przeglądowych lub naprawczych lub rewizyjnych w konstrukcji żelbetowej, o ich powierzchni zabudowy co najmniej 150,00 m², w ramach każdej z tych robót. Jednocześnie zgodnie z pkt. 7.2.1.1.) SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający wymagał w szczególności, by wykonawca spełniał minimalne warunki umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości dotyczące m.in. doświadczenia, tj. by wykonawca przedstawił wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej, niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje, bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności i wybrane Konsorcjum TOR-KAR-SSON powinno je spełnić.

Wykonawcy składali do oferty dokument JEDZ, w którym podawali informację na temat spełniania w/w warunków udziału w postępowaniu. W dokumencie ofertowym złożonym przez Konsorcjum TOR-KAR-SSON znajdowały się braki, o uzupełnienie których wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp złożenia dokumentów i oświadczeń, a których mowa w ust. 7 pkt. 7.2 rozdziału I SIWZ, tj.: dokumentów, o których mowa w ppkt. 7.2.1.1. oraz 7.2.1.2. rozdziału I SIWZ, dokumentów i oświadczeń, o których mowa a ppkt. 7.2.2. rozdziału I SIWZ oraz do przedstawienia dokumentów i oświadczeń Podmiotu trzeciego, tj.: firmy: Ereka Budownictwo sp. z o.o., ul. Kostko potockiego 2B/39, 02-958 Warszawa w terminie do 27.02.2017 r.

Dowód: Pismo Zamawiającego nrTW/DNZ/261-80/627/2017 z dnia 14.02.2017 r.

W dniu 24.02.2017 r. za pismem nr L/dz. 68/02/2017 Konsorcjum przekazało niezbędne dokumenty i oświadczenia, o których mowa a ust. 7 pkt. 7.2 i tak przesłało Wykaz Robót Budowlanych, gdzie w pozycji Lp. 1) Konsorcjum podało, że „wykonało roboty budowlane

polegające na przebudowie kanałów rewizyjnych w konstrukcji żelbetowej o ich powierzchni 354,00 m² w ramach tej roboty - Termomodernizacja obiektów wchodzących w skład kompleksu Biblioteki Narodowej w Warszawie." Na tę okoliczność przedstawiono Protokół odbioru końcowego, z którego jednak nie wynika, aby zakres robót obejmował przebudowę kanałów rewizyjnych w konstrukcji żelbetowej o ich powierzchni 354 m². Sądząc po tytule zamówienia - Termomodernizacja obiektów wchodzących w skład kompleksu Biblioteki Narodowej w Warszawie, trudno wywodzić konieczność wykonania robót polegających na przebudowie kanałów rewizyjnych w konstrukcji żelbetowej. Wobec powyższego Konsorcjum nie udowodniło w sposób wystarczający posiadania wymaganej w SIWZ referencji, a Zamawiający przyjął do wiadomości ogólny dokument odbiorowy oraz niesprawdzone deklaracje Konsorcjum TOR-KAR-SSON zawarte w w/w wyjaśnieniach.

Dalej Konsorcjum TOR-KAR-SSON w tym samym piśmie przekazało dalsze niezbędne dokumenty i oświadczenia, o których mowa a ust. 7 pkt. 7.2 i tak przesłało Wykaz Robót Budowlanych, gdzie w pozycji Lp. 2) Konsorcjum podało, że „wykonało roboty budowlane polegające na budowie kanałów naprawczych w konstrukcji żelbetowej o ich powierzchni 181,00 m² w ramach tej roboty," Na tę okoliczność przedstawiono pismo firmy ukraińskiej Gold Drop Ukraine Ltd., że konsorcjum firm Galprombud Ltd. i Ereka Budownictwo Sp. z o.o. realizowało dwa osobne kontraktów polegające na budowie dwóch budynków magazynowych wraz z częścią biurową w Iwano-Frankowsku, gdzie w referencjach podana jest tylko powierzchnia całkowita, kubatura budynków i wartość kontraktu. Brak natomiast jakiegokolwiek informacji o budowie kanałów naprawczych. Do w/w referencji dołączono informację z firmy Ereka Budownictwo sp. z o.o., jako członka konsorcjum Galprombud Ltd. i Ereka Budownictwo Sp. z o.o., że w ramach kontraktu na budowę budynku magazynowego A3 z częścią biurową w 104A Halytska str, Rogatyn 77000, Iwano-Frankowsk została wykonana budowa kanałów przeglądowych dla samochodów ciężarowych, o powierzchni zabudowy 181 m². Jest to samodzielne oświadczenie podwykonawcy, dającego referencje, niepotwierdzone przez Generalnego Wykonawcę i Inwestora.

Dowód: Pismo Konsorcjum nr L.dz. 68/02/2017 z dnia 24.02.2017 r.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp ponownie wezwał Konsorcjum do złożenia dokumentów i oświadczeń, których mowa w ppkt. 7.2.2.I. oraz podania formy współpracy osoby skierowanej do realizacji zamówienia na stanowisku kierownika robót sanitarnych, w terminie do 16.03.2017 r. Zamawiający nie wezwał jednak Konsorcjum do udzielenia bardziej szczegółowych informacji i dokumentów, co do przedstawionych referencji.

Dowód: Pismo Zamawiającego nr TW/DNZ/261-80/999/2017 z dnia 13.03.2017 r.

Konsorcjum TOR-KAR-SSON odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego pismem nr L.dz. 120/03/2017 z dnia 16.03.2017 r. i uzupełniło dokumenty, nie wyjaśniając jednak bardziej szczegółowo w/w referencji.

Dowód: Pismo Konsorcjum nr L.dz. 120/03/2017 z dnia 16.03.2017 r.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia powinien zbadać, czy wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona, spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast w tym przetargu Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który faktycznie nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i który podlega wykluczeniu. Podkreślił, że Zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ na takich samych zasadach jak wykonawcy i nie może odstępować od wymagań określonych w specyfikacji, w szczególności powinien wykluczyć wykonawcę, która nie spełnia jednego z warunków określonych w SIWZ. Zamawiający nie może wybrać takiej oferty jako najkorzystniejszej, nawet jeżeli przemawia za tym jego interes ekonomiczny.

Dowód: Pismo Zamawiającego nr TW/DNZ/261-80/1086/2017 z dnia 20.03.2017 r.

Uzasadnieniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, jest jak wskazano powyżej okoliczność, iż Konsorcjum TOR-KAR-SSON nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podlega zatem wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12), i 17) Pzp. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 22 ust. 4 Pzp), a Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp). Także ten zarzut jest zatem uzasadniony.

Z tych też, wyżej wymienionych powodów oraz z uwagi na fakt, iż interes prawny polegający na możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w zapisów SIWZ oraz zasad i przepisów Ustawy pzp, poprzez wybór oferty niezgodnej z SIWZ - złożono Odwołanie.

w toku rozprawy.

Do odwołania załączono:

- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu;
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- pełnomocnictwo wraz dowodem opłaty skarbowej;
- odpisy KRS odwołującego (lider i partner konsorcjum);
- pismo Zamawiającego nr TW/DNZ/261-80/627/2017 z dnia 14.02.2017 r.
- pismo Konsorcjum nr L.dz. 68/02/2017 z dnia 24.02.2017 r.
- pismo Zamawiającego nr TW/DNZ/261-80/999/2017 z dnia 13.03.2017 r
- pismo Konsorcjum nr L.dz. 120/03/2017 z dnia 16.03.2017 r.;

- pismo Zamawiającego nr TW/DNZ/261-80/1086/2017 z dnia 20.03.2017 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do zarzutów odwołania zamawiający wskazał, co następuje.

- W zakresie zamówienia na rzecz Bibliotek Narodowej w celu upewnienia się, czy wskazany zakres robót realizowany przez ZAB-Bud A. Z. w ramach termomodernizacji obiektów Bibliotek Narodowej, spełnia warunek udziału w postępowaniu, zamawiający na podstawie § 2 ust. 6 rozp. w sprawie rodzajów dokumentów /.../ zwrócił się do ww inwestora o potwierdzenie, czy wykonawca wykonał przebudowę kanałów przeglądowych naprawczych lub rewizyjnych w konstrukcji żelbetowej z prośbą o podanie parametrów technicznych kanałów, które były przebudowywane. (Wątpliwość zamawiającego wynikała z tego, że pojęcie termomodernizacji użyte w nazwie zamówienia, nie wskazuje wprost i jednoznacznie, że jednym z elementów robót była przebudowa kanałów.

W odpowiedzi przedstawiciel Biblioteki Narodowej poinformował zamawiającego, że: „Głównym zakresem wykonywanym przez firmę ZAB-BUD A. Z., ul. Nowosielecka 14A/3 z siedzibą w Warszawie była szeroko pojęta termomodernizacja w budynkach (A1,A2,A3,A4,A5,A6,B,B1,F,C) Biblioteki Narodowej przy al. Niepodległości 213 w Warszawie, polegająca na: dociepleniu ścian, dociepleniu stropodachu, wymianie ślusarki okiennej, wymianie centralnego ogrzewania, wymianie węzła cieplnego, wymianie opraw oświetleniowych oraz wykonaniu wszelkich prac towarzyszących realizacji przedsięwzięcia w tym uszczelnienie kanałów technologicznych, przebudowa kanałów rewizyjnych (instalacyjnych) żelbetowych polegająca m.in. na: demontażu i montażu odtworzeniowych przykryć kanałów, wykonaniu wydzieleni architektonicznych przeciwpożarowych, zgodnie w wymogami ekspertyzy pożarowej oraz montażu przesyłowych instalacji sanitarnych.

Na podstawie dokumentacji archiwalnej, jaką posiada Biblioteka Narodowa można potwierdzić parametry kanałów żelbetowych, w których były prowadzone ww. prace dla dwóch wybranych przykładowych budynków A2 i A3.

A2 długość kanału ok. 69 m, szerokość 1.25 m, gł. 1m

A3 długość kanału ok. 63 m, szerokość 1.40 m, gł. 1,2 m

Bibliotek Narodowa potwierdza wykonanie prac zakończonych w czerwcu 2013 r. zgodnie z zakresem opisanym powyżej.”

Powyższe, w ocenie zamawiającego potwierdza jednoznacznie, że wskazana robota budowlana spełnia warunek udziału określony w r. I siwz pkt 5.1.2.1. ppkt 1.

- w zakresie zamówienia na rzecz Gold Drop Ukraine Ltd zamawiający stwierdził, że konsorcjum wykazało dysponowanie wymaganym doświadczeniem.

W pkt 2 wykazu robót wskazano robotę budowlaną polegającą na budowie kanałów naprawczych w konstrukcji żelbetowej o powierzchni zabudowy 181,00 m² wykonanych na rzecz Gold Drop Ukraine Ltd przez firmę Erekt Budownictwo sp. z o.o. (podmiot trzeci, na którego zdolnością polega wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału).

Na potwierdzenie realizacji tej roboty konsorcjum przedstawiło zaświadczenie wydane przez Inwestora dla Galprombud Ltd i Erekt Budownictwo sp. z o.o. potwierdzające realizację na rzecz Gold Drop Ukraine Ltd dwóch budynków magazynowych z częścią biurową.

W ocenie zamawiającego, z uwagi na to, że zaświadczenie wystawione przez inwestora nie zawierało wprost informacji na temat wykonania w tej inwestycji robót opisanych jako wymóg w siwz., złożono wraz z wykazem oświadczenie własne firmy Erekt sp. z o.o. o wykonaniu budowy kanałów przeglądowych dla samochodów ciężarowych o powierzchni zabudowy 181 m² w ramach jednego z budynków magazynowych wymienionych w zaświadczeniu. Na zarzut, że jest to zaświadczenie podwykonawcy zamawiający zwraca uwagę, że firmy Galprombud i Erekt działały w ramach konsorcjum, a nie podwykonawstwa, zatem Erekt była partnerem w konsorcjum, zatem nie było potrzeby dodatkowego potwierdzenia przez generalnego wykonawcę.

Ponadto dokumentem głównym i podstawowym potwierdzającym wykonanie robót jest wystawiony przez firmę Gold Drop Ukraine Ltd.

Zamawiający uznał wszystkie przedstawione dokumenty jako potwierdzające wymagane doświadczenie wykonawcy.

Biorąc pod uwagę treść złożonych przez konsorcjum dokumentów i zasadę, że wykaz robót i dokumenty referencyjne należy czytać łącznie, zamawiający nie miał podstaw do uznania, że konsorcjum podlega wykluczeniu z postępowania, a tym samym wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w odwołaniu wraz z przedstawioną argumentacją. Przypomniał treść wymaganego warunku udziału w postępowaniu (IDW pkt 5.1.2.1). Zakwestionował spełnienie tego warunku pracami przedstawionymi przez Przystępującego. Wskazał w szczególności na zakres prac opisanych przez inwestora – Bibliotekę Narodową, z którego wynika, iż wykonawca nie ingerował w konstrukcję kanałów. Rodzaj tych kanałów jest nieporównywalny z opisanymi jako wymóg, w szczególności nie dokonywano przebudowy lub rozbudowy. W drugiej wykazanej robocie referencyjnej brak jest informacji, w jakiej konstrukcji były to kanały, w szczególności żelbetowej zgodnej z wymogiem instrukcji.

Tym samym podtrzymał ocenę, że żadna z 2 opisanych prac nie potwierdza spełnienia powołanego warunku udziału w postępowaniu.

Przypomniał, że Zamawiający, mając wątpliwości, dwukrotnie zasięgał informacji u inwestora – Biblioteki Narodowej. Stwierdził, że konsorcjant Przystępującego nie budował u tego podmiotu kanałów, lecz prowadził prace instalacyjne, co wywodzi z treści wyjaśnień Biblioteki.

Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

Podtrzymał stanowisko o poprawności dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Podtrzymał argumentację zawartą w złożonej odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że opisał w instrukcji warunki udziału w postępowaniu, które są warunkami proporcjonalnymi do przyszłej inwestycji, lecz nie tożsame z przedmiotem zamówienia. Dokonując oceny spełnienia tych warunków odnosił się wprost do ich treści, w tym w zakresie konstrukcji i wymiarów oraz rodzajów kanałów (naprawcze, rewizyjne lub przeglądowe).

Podtrzymał stwierdzenie, że otrzymywał jasne wyjaśnienia z Biblioteki. W wykazie robót przedstawionym przez Przystępującego oraz piśmie inwestora wskazano na prace polegające także na przebudowie kanałów rewizyjnych. Przypomniał podstawowy przedmiot inwestycji oraz prace towarzyszące, których charakter można odnieść do spornego warunku udziału w postępowaniu.

Podtrzymał stanowisko dotyczące drugiej pracy referencyjnej.

Przystępujący przyłączył się do stanowiska Zamawiającego i przedstawionej argumentacji.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej zamawiającemu przez przystępującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Stan faktyczny sprawy jest niesporny. Przedmiotem sporu jest ocena, czy wykonawcy składający ofertę wspólnie spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i

doświadczenia sformułowany w Instrukcji dla Wykonawców w rozdziale I pkt 5.1.2.1. ppkt 1 V siwz.

Zgodnie z pkt. 5.1.2.1.) o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie lub przebudowie kanałów przeglądowych lub naprawczych lub rewizyjnych w konstrukcji żelbetowej, o ich powierzchni zabudowy co najmniej 150,00 m², w ramach każdej z tych robót. Jednocześnie zgodnie z pkt. 7.2.1.1.) SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej i zawodowej. Zamawiający wymagał w szczególności, by wykonawca spełniał minimalne warunki umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości dotyczące m.in. doświadczenia, tj. by wykonawca przedstawił wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej, niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa są referencje, bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Niesporne jest, że zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności i nie są one tożsame z przedmiotem zamówienia.

Konsorcjum przekazało Wykaz Robót Budowlanych, gdzie w pozycji Lp. 1) Konsorcjum podało, że „wykonało roboty budowlane polegające na przebudowie kanałów rewizyjnych w konstrukcji żelbetowej o ich powierzchni 354,00 m² w ramach roboty – „Termomodernizacja obiektów wchodzących w skład kompleksu Biblioteki Narodowej w Warszawie.” Wobec wątpliwości zamawiającego co do rodzaju i zakresu wykonanych prac uzyskał on wyjaśnienia od inwestora – Biblioteki Narodowej, w których stwierdzono m. in., że dokonano przebudowy kanałów rewizyjnych (instalacyjnych) żelbetowych z określeniem szczegółowym tych prac. Treść wyjaśnień została zacytowana wyżej w treści stanowiska zamawiającego.

W ocenie zamawiającego, którą podziela skład orzekający Izby, wskazane prace jako stanowiące przebudowę kanałów rewizyjnych żelbetowych, można uznać za zgodne za

przedstawionym wyżej warunkiem udziału w postępowaniu, niezależnie od zakresu tych prac i przedstawianych zastrzeżeń co do zaistnienia w trakcie robót ingerencji w konstrukcję kanałów.

W odniesieniu do drugiej pracy referencyjnej zarzut dotyczy w istocie podmiotu autora informacji, który zdaniem odwołującego był podwykonawcą. W rzeczywistości firma Ereka sp. z o.o. jako partner w konsorcjum głównego wykonawcy była w pełni uprawniona do potwierdzenia rodzaju i zakresu prac wykonanych na inwestycji w drugiej pozycji wykazu robót złożonego zamawiającego, w szczególności przez przedstawienie informacji, że Konsorcjum że „wykonało roboty budowlane polegające na budowie kanałów naprawczych w konstrukcji żelbetowej o ich powierzchni 181,00 m² w ramach tej roboty,”

Z tego też względu Izba uznała, że wobec wykazania spełniania warunku udziału, w tym co do wiedzy i doświadczenia sprecyzowanego w siwz, zamawiający prawidłowo uznał, że przystępujący wykazał spełnienie warunku.

W świetle powyższe skład orzekający uznał, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w zarzutach odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: