

Sygn. akt: KIO 33/18

WYROK
z dnia 17 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **S. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **S. K., Melioracje Wodne w Rybniku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Pszczyna z siedzibą w Pszczynie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **D. T.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **D. T., FHU Dameks w Imielinie**, **T. T.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Budowlano Drogowo Melioracyjny T. T. w Imielinie**, **M. T.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **M. T., Justmar w Chełmie Śląskim** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu co do uprawnień i stażu pracy osoby proponowanej do pełnienia funkcji kierownika robót przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. T., FHU Dameks w Imielinie, T. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano Drogowo Melioracyjny T. T. w Imielinie, M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. T., Justmar w Chełmie Śląskim,**
2. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców D. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. T., FHU Dameks w Imielinie, T. T.go, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano Drogowo Melioracyjny T. T. w Imielinie, M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. T., Justmar**

w Chełmie Śląskim w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia:

- a) w wykonywaniu jakiej części zadania wymienionego w pozycji 1 wykazu robót faktycznie i konkretnie uczestniczył pan T. T.,
 - b) w wykonywaniu jakiej części zadania wymienionego w pozycji 7 wykazu robót faktycznie i konkretnie uczestniczył pan D. T.,
3. w pozostałym zakresie oddała odwołanie,
4. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **S. K., Melioracje Wodne w Rybniku** w części 9/10, oraz **Gminę Pszczyna z siedzibą w Pszczynie** w części 1/10:
- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **S. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **S. K., Melioracje Wodne w Rybniku** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3.600 zł 00 gr** poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **3.600 zł 00 gr** poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 4.2. zasądza od wykonawcy **S. K.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **S. K., Melioracje Wodne w Rybniku** na rzecz **Gminy Pszczyna z siedzibą w Pszczynie** kwotę **1.880 zł 00 gr** (słownie: jednego tysiąca ośmiuset osiemdziesięciu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pszczyna z siedzibą w Pszczynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „ochrona różnorodności biologicznej poprzez rewitalizację parku Zwierzyniec – przywrócenie waloru przyrodniczego cennej zieleni parkowej – etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 3 listopada 2017 r., poz. 611270-N-2017.

29 grudnia 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy S. K., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą S. K., Melioracje Wodne w Rybniku, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. T., FHU Dameks w Imielinie, T. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano Drogowo Melioracyjny T. T. w Imielinie, M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. T., Justmar w Chełmie Śląskim, zwanych dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej,
 - 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
 - 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- odwołujący wniósł 3 stycznia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przystępującego mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przystępującego mimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego mimo, iż jej treść nie odpowiada treści siwz,

- 4) art. 7 ust. 1 Pzp polegający na niezgodnym z przepisami ustawy wyborze oferty przystępującego, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia przystępującego względnie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący w pierwszej kolejności odniósł się do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu - doświadczenia zawodowego. Wskazał, że stosownie do pkt 1 Rozdziału II siwz:

„Przedmiotem zamówienia jest „Rewitalizacja systemu wodnego Parku Zwierzyniec w Pszczynie” w zakresie:

- a. przebudowy rowów odwadniających wraz z przebudową niezbędnych obiektów (przepustów, kolizji z istniejącym uzbrojeniem terenu),*
- b. wykonania (budowy) drenażu odwadniającego łąki kośne,*
- c. budowy stawu dla ptactwa wodnego,*
- d. budowy pompowni i zbiornika retencyjnego,*
- e. odbudowy drogi „na Biber”, reprofilacji terenu,*
- g. budowy dróg technologicznych,*
- h. wykonania tablic informacyjnych - zgodnie z wytycznymi Zamawiającego”.*

Wywiódł, że w specyfikacji technicznej nr ST.02.00 dotyczącej robót ziemnych, zamawiający podał, iż w zakres robót wchodzi (pkt 1.3):

„wykonanie wykopów w gruntach nieskalistych (kat. I-V),

- pozyskiwanie gruntu z ukopu lub dokopu,*
- wykopy pod obiekty i urządzenia obejmują: profilowanie rowów, rurociągi drenarskie, tłoczne, grawitacyjne, studnie, wloty i wyloty, przepusty, zastawki, kształtowanie stawu dla ptactwa wodnego i inne,*
- nasypy pod obiekty i urządzenia (obsypki i zasypki) obejmują: profilowanie rowów, kształtowanie stawu dla ptactwa wodnego i inne,*
- odwodnienie wykopów,*
- zdjęcie powierzchniowej warstwy ziemi (humusu)”.*

Odwołujący argumentował, że w specyfikacji technicznej nr ST.04.00 dotyczącej robót na rowach, zamawiający podał, iż w zakres robót wchodzi (pkt 1.3):

- profilowanie rowu,*
- wykonanie umocnienia dna rowu,*
- wykonanie umocnienia skarp rowu,*

- *umocnienie skarp stawu,*
- *wykonanie wylotów prefabrykowanych i umocnienie,*
- *umocnienie rowów w sąsiedztwie projektowanych obiektów,*
- *umocnienie rowów przy istniejących wlotach rowów dopływających".*

Odwołujący wskazał także, że w specyfikacji technicznej nr ST.05.00 dotyczącej betonowych przepustów, zastawek i robót pozostałych, zamawiający podał, iż w zakres robót wchodzi (pkt 1.3):

- *wytczenie projektowanych obiektów i budowli,*
- *wykopy,*
- *wykonanie obiektów,*
- *uporządkowanie terenu,*
- *opracowanie powykonawczej dokumentacji geodezyjnej".*

Odwołujący argumentował ponadto, że w pkt 1.4.1 i 1.4.18 ww. specyfikacji technicznej zamawiający doprecyzował następujące pojęcia:

„Przepust - obiekt wybudowany stanowiący zamkniętą formę obudowy konstrukcyjnej, służący do przeprowadzania przepływu wód w cieku pod nasypami korpusu drogowego dla ruchu kołowego lub pieszego.

Zastawka - rodzaj zamknięcia płaskiego stosowanego na najmniejszych budowlach piętrzących".

Odwołujący wskazał też, że w specyfikacji technicznej nr ST.06.00 dotyczącej kanalizacji, drenaż, kanały tłoczone, kanały grawitacyjne, zamawiający podał, iż w zakres robót wchodzi (pkt 1.2):

- *roboty przygotowawcze,*
- *roboty montażowe sieciowe (w tym przewiert),*
- *budowa studni kanalizacyjnych,*
- *montaż zbiornika pompowni,*
- *odwodnienie wykopów,*
- *próby szczelności,*
- *ochrona przed korozją,*
- *kontrola jakości.*

Odwołujący wywiódł, że zamawiający w rozdziale III punkt 3 SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu przetargowym stosownie do normy art. 22 ust. 1b Pzp. W zakresie zdolności technicznych lub zawodowych zamawiający w punkcie 3.3 zawarł następujące wymagania:

a) Doświadczenie zawodowe

Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy wykazali, że wykonali należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie:

- minimum 2 (dwa) zadania polegające na rewitalizacji systemu wodnego realizowane na terenie objętym nadzorem konserwatora zabytków w zakresie budowy, odbudowy, przebudowy lub remontu m.in.:

- zbiornika wodnego
 - jednej z budowli (zastawka, upust denny prog, mnicha, przelewu, przepustu)
 - ubezpieczenia koryta rowów elementami betonowymi lub brukiem kamiennym o łącznej wartości na kwotę brutto min. 800 000,00 (słownie: osiemset tysięcy złotych)
- minimum 1 (jedno) zadanie z wymienionych poniżej robót budowlanych w zakresie:
- budowy, odbudowy, przebudowy lub remontu: przepompowni wód opadowych wraz z urządzeniami towarzyszącymi,
 - odbudowy, przebudowy lub remontu drenarki (sączków lub zbieraczy) o łącznej długości min. 1 km wraz z urządzeniami towarzyszącymi,
 - budowy, odbudowy, przebudowy lub remontu zbiornika retencyjnego o powierzchni min 0,1 ha wraz z urządzeniami towarzyszącymi, o wartości każdego z zadań na kwotę brutto minimum 400 000,00 (słownie: czterysta tysięcy złotych).

Zamawiający dopuszcza, aby roboty te były wykonane oddzielnie lub łącznie w jednym zamówieniu, jednakże wymaga się, aby wartość minimum jednego z w/w zadań wykonanych w ramach jednego zamówienia była na kwotę 400 000,00 zł

- minimum 1 (jedno) zadanie z wymienionych poniżej robót budowlanych w zakresie
- budowy, odbudowy przebudowy lub remontu rowów na długości min 500 mb, - budowy, odbudowy przebudowy lub remontu przepustu zlokalizowanego na rowie o średnicy 800 mm lub 600 mm lub większej,
 - budowy, odbudowy przebudowy przepustu z klapą zwrotną lub przepustu z zastawką,
 - rekultywację terenu o powierzchni min 0,5 ha budowy,
 - odbudowy przebudowy lub remontu drogi lokalnej (parkowej, leśnej), o wartości każdego z zadań na kwotę brutto minimum 100 000,00 (słownie: sto tysięcy złotych)

Zamawiający dopuszcza, aby roboty te były wykonane oddzielnie lub łącznie w jednym zamówieniu, jednakże wymaga się, aby wartość minimum jednego z w/w zadań wykonanych w ramach jednego zamówienia była na kwotę 100 000,00 zł".

Odwołujący wskazał, że termin składania ofert upływał w dniu 20.11.2017 r. zatem wymóg 5 letniego okresu biegnie od dnia 20.11.2012 r. Przywołał postanowienia pkt 4.3.1. SIWZ. Wywiódł, że zgodnie z definicją Słownika Języka Polskiego PWN przez „systemy wodne” należy rozumieć:

1. «rzeki, jeziora, kanały połączone, tworzące jedną drogę»

2. *«naturalne ukształtowanie terenu oraz budowle i urządzenia wodne służące do zatrzymywania i odprowadzania wody».*

Z kolei „melioracja” to zabiegi techniczne wykonywane w celu trwałego polepszenia zdolności produkcyjnych gleb. Rozróżnia się melioracje rolne (najszerszej stosowane) oraz melioracje miejskie i melioracje leśne. Melioracje rolne dzielą się na wodne (podstawowe - regulacja rzek, budowa kanałów, wałów ochronnych, zapór i zbiorników wodnych, oraz szczegółowe - odwadnianie gleb podmokłych za pomocą kanałów, drenowania lub kretowania oraz nawadnianie gleb suchych za pośrednictwem rowów, ciągów drenarskich itp.).

Odwołujący argumentował, że na potwierdzenie spełnienia ww. wymagań co do doświadczenia zawodowego przystępujący złożył referencje, poświadczenia, opinię oraz protokoły odbioru a także przedstawił w ofercie wykaz wykonanych robót budowlanych zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ. Wskazywał, iż treść wykazu nie koresponduje z treścią i ilością załączonych dokumentów (referencji, poświadczeń, opinii). Z kolei referencje, opinie, poświadczenia nie zawierają wszystkich wymaganych przez zamawiającego danych.

Przyjmując kolejność robót budowlanych z wykazu wykonanych robót budowlanych odwołujący wskazał na następujące błędy i rozbieżności.

Podniósł, że przystępujący wskazał w ramach doświadczenia inwestycję dla MOSiR w Sosnowcu polegającą na przebudowie kanalizacji Hali Widowiskowo-Sportowej przy ul. Żeromskiego 9 w Sosnowcu. Przystępujący podał, iż wykonywał prace obejmujące budowę kanalizacji, budowę zbiornika retencyjnego wraz z robotami towarzyszącymi na terenie objętym nadzorem konserwatorskim. Zgodnie jednak z treścią SIWZ ww. inwestycji, polegała ona na przebudowie kanalizacji hali. Projekt budowlany wykonawczy dla tej inwestycji wskazuje, iż jej przedmiotem były sieci kanalizacji deszczowej i sanitarnej. Prace te były wykonywane przy zabytku a jak tego wymaga SIWZ przedmiotowego przetargu na terenie objętym nadzorem konserwatora zabytków. Argumentował, że zakres rzeczowy wynikający z ww. przetargu nie spełnia wymagań określonych w pkt 3.3 SIWZ przedmiotowej specyfikacji w zakresie doświadczenia zawodowego. Są to zupełnie inne rodzajowo prace. W zasadzie większość referencji złożonych przez przystępującego skupia się na kanalizacji deszczowej i sanitarnej wokół obiektów budowlanych a więc sztucznie tworzonych urządzeń a nie cieków naturalnych, prac melioracyjnych. Protokół odbioru technicznego różni się od tego co w wykazie robót opisuje przystępujący. Protokół ten nie zawiera wszystkich informacji wymaganych 4.3.1 SIWZ. Inna jest wartość zamówienia, braku opisu rodzaju robót oraz informacji, iż roboty te zostały wykonane należycie, brak wskazania okresu prowadzenia prac.

Odwołujący podniósł, że dalej przystępujący powołał się na inwestycję w przedmiocie remontu kanalizacji na dziedzińcu Zamku w Toszku i podał, iż zakres prac obejmował

wykonanie kanalizacji wraz z odprowadzeniem wód deszczowych, w tym ubezpieczenie koryta rowu elementami betonowymi. Odwołujący wywiódł, że referencja dotycząca tej inwestycji nie zawiera okresu jej realizacji, brak jest wartości zamówienia, brak określenia rodzaju wykonywanych prac. Wbrew opisowi podanemu przez przystępującego inwestycja ta polegała na remoncie kanalizacji na dziedzińcu zamka wraz z podłączeniem do sieci miejskiej i odtworzenie instalacji wod.-kan. oraz c.o. w wieży. SIWZ na tę inwestycję wskazuje, iż prace polegały na:

1. *wykonaniu instalacji centralnego ogrzewania dwuprzewodowej wodnej o temperaturach czynnika grzewczego 90/70°C, z rozdziałem dolnym z dolnym zasilaniem grzejników. Instalacja wykonana będzie z rur stalowych. Odpowietrzenie instalacji ręczne miejscowe przy grzejnikach i automatyczne na pionach. Wykonanie sieci przewodów rozpraszających zasilających wszystkie elementy grzejne. We wszystkich pomieszczeniach ogrzewanych zamontowanie grzejników i przeprowadzenie regulacji hydraulicznej instalacji poprzez zastosowanie armatury regulacyjnej w postaci zaworów grzejnikowych termostatycznych z czujnikiem wbudowanym;*
2. *wykonaniu instalacji wody zimnej i ciepłej do poszczególnych punktów poboru w ubikacji dla niepełnosprawnych znajdującej się na parterze wieży oraz wody do hydrantów wewnętrznych znajdujących się na wszystkich piętrach wieży;*
3. *wykonaniu odprowadzenia ścieków sanitarnych z budynków stajni, wieży zamkowej, bramy zajazdowej oraz budynku przy ul. Zamkowej 10, zlokalizowanych na terenie Zamku w Toszku, wraz z likwidacją istniejącego zbiornika bezodpływowego ścieków tzw. „szamba”:
- budowa nożnych przyłączy kanalizacji sanitarnej,
- budowa przepompowni i rurociągu tłoczego,
- odprowadzenie grawitacyjne całości ścieków sanitarnych powstających w budynku stajni, wieży, bramy następuje za pomocą przepompowni ścieków, skąd tłoczone będą rurociągiem tłocznym do istniejącej studni kanalizacji sanitarnej. Ścieki z budynku ul. Zamkowa 10 odprowadzane będą bezpośrednio do istniejącej kanalizacji.*

Odwołujący podniósł, że kolejną inwestycją mającą dowodzić doświadczenia posiadanego przez przystępującego jest inwestycja polegająca na budowie pompowni wód powierzchniowych w rejonie niecki bezodpływowej w Mikołowie. Przedłożona referencja nie wskazuje w zakresie zabudowy pompowni wód czy kwota 190.000 zł jest kwotą netto czy brutto. Pozostałe prace są rodzajowo inne aniżeli wymagane przez zamawiającego w przedmiotowej SIWZ.

Odwołujący podniósł także, że przystępujący wskazał również na inwestycję dla Tauron Wydobycie S.A. gdzie prace według opisu obejmowały remont i przebudowę obwałowania zbiornika retencyjno-dozującego w zakresie uzupełnienia umocowania skarpy. Zarówno w protokole odbioru robót jak i wykazie robót brak jest określenia czy wartość

zamówienia podana jest brutto czy netto, brak informacji, że prace te zostały wykonane należycie, brak szczegółowego wykazu rodzaju wykonanych robót. Według opisu prace dotyczyły remontu obwałowania zbiornika w zakresie skarpy a nie samego zbiornika. Opis prac zawarty w protokole i wykazie wskazuje na inny zakres prac aniżeli wymagany przedmiotową SIWZ.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że następna inwestycja to zagospodarowanie istniejących zbiorników wodnych dla KWK Bielszowice. Referencja z dnia 5.09.2013 r. podaje, iż zakres prac obejmował budowę i nadbudowę obwałowań zbiornika wodnego oraz wzmocnienie i stabilizację skarpy. Zatem prace te dotyczyły budowy i remontu obwałowań zbiornika a nie samego zbiornika. Opis z wykazu robót jest inny aniżeli opis prac z referencji. Prace te są odmienne od tych, które opisane są w przedmiotowej SIWZ. Brak jest tu także wymogu prowadzenia robót na terenie objętym ochroną konserwatora zabytków. Jest to prywatna referencja wystawiona przez osobę spokrewnioną z członkami konsorcjum co może budzić istotne wątpliwości co do jej wiarygodności.

Następne doświadczenie przystępujący zdobył przy pracach dotyczących usuwania szkód górniczych w postaci czyszczenia potoku wraz z naprawą przepustu. Po pierwsze są to prace konserwacyjne a nie polegające na budowie, przebudowie, odbudowie czy remoncie. Po drugie prace te nie były prowadzone na terenie objętym ochroną konserwatora zabytków.

Ostatnia inwestycja z wykazu mająca stanowić o doświadczeniu przystępującego to inwestycja wykonywania dla Nadleśnictwa Kobiór polegająca na remoncie drogi leśnej. W zakres zadania wchodziło m.in. wykonanie nawierzchni z kruszywa, wyprofilowanie, odtworzenie i oczyszczenie rowów przydrożnych, wykonanie przepustów. Z przedłożonego poświadczenia nie wynika ani długość rowów przydrożnych ani średnica przepustów. Wartość inwestycji podana w poświadczeniu odnosi się do całości prac, z których tylko niektóre mogłyby mieścić się z wymaganiami zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że dalej przystępujący złożył referencje i poświadczenie na prace, które nie znalazły się w wykazie wykonanych robót budowlanych stanowiących załącznik nr 7 do SIWZ. Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący ustosunkował się w odwołaniu również do tych dokumentów.

Odwołujący podniósł, że referencje z dnia 20.09.2017 r. wystawione przez dyrektora Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego w Raciborzu nie określają czy chodzi o wartości netto czy brutto. Dodatkowo brak określenia długości wykonanych robót. Referencje mówią o przyłączy wodociągowym, który to zakres prac nie jest objęty wymaganiami przedmiotowej SIWZ. Referencje odnoszą się do robót wokół budynku a więc nie stanowią przykładowo wymienionej drenarki wykonywanej w terenie. Niewłaściwa jest także wartość robót wymagana przez zamawiającego a podana w referencjach.

Kolejne referencje z dnia 11.09.2017 r., od PGG dotyczą modernizacji osadnika a nie zbiornika wodnego. Brak określenia o należywym wykonaniu prac jak również brak informacji, że prace były prowadzone na terenie objętym ochroną konserwatorską. W konsekwencji brak spełnienia wymagań przedmiotowej SIWZ. Brak jest w referencjach wskazania okresu wykonywania prac oraz rodzaju wykonywanych robót. W referencjach mowa jest o umowie z dnia 3.09.2012 r. a więc okresie wykraczającym poza okres wskazany w SIWZ tj. 5 lat wstecz od dnia otwarcia ofert tj. 20.11.2017 r.

Ostatnie referencje zostały wystawione przez MPWiK sp. z o.o. z Jaworzna. Wartość wykonanych prac jest poniżej wymagań z przedmiotowej SIWZ. Brak określenia rodzaju wykonanych prac. Niezgodność prac wynikająca z poświadczenia a wymagana w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że szczegółowa analiza złożonych przez przystępującego dokumentów oraz wykazu robót prowadzi do wniosku, iż przystępujący nie spełnia żadnego z wymagań określonych w punkcie 3.3. SIWZ. Akcentował, iż wszystkie referencje w zakresie danego zadania również te referencje dotyczące robót nieujętych w wykazie stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ zostały wystawione na jednego z członków konsorcjum. Wszystkie te inwestycje natomiast były realizowane w ramach tego samego konsorcjum zatem z danej inwestycji przystępujący winien przedstawić referencje wystawione na rzecz każdego z członków konsorcjum przystępującego. Odwołujący wywiódł, że wymóg posiadania doświadczenia to bowiem kwestia faktu a nie prawa. Pogląd ten został podzielony przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 4.05.2017 r. sygn. C-387/14. ETS przyjął, iż członek konsorcjum nie może wykazywać, iż nabył doświadczenie w realizacji całego zamówienia. Istotna jest jedynie część faktycznie przez niego zrealizowana. Zdaniem Trybunału: *art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art 48 ust 2 lit a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców zapisaną w art 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.*

Odwołujący podniósł ponadto, że okresy wskazane w referencjach, opisach, poświadczeniach i protokołach nakładają się na siebie co jest niedopuszczalne. Nieprawidłowe jest sumowanie okresów zdobywania doświadczenia, które dublują się.

W dalszej części odwołania odwołujący sformułował zarzuty dotyczące oceny spełnienia przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie kadry kierowniczej.

Odwołujący podniósł, że zamawiający określając kolejny warunek dotyczący kadry technicznej w punkcie 3.3 lit b SIWZ wymagał aby wykonawca wykazał dysponowanie:

„minimum jedną osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika robót z min. 3 letnim stażem pracy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie budowli melioracji wodnych lub budowli hydrotechnicznych, lub odpowiadające im uprawnienia równoważne, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2014r. poz. 1278), zrzeszonych we właściwym samorządzie zawodowym zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 1725 ze zm.) lub spełniającą warunki, o których mowa w art. 12a ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.) lub spełniającej warunki, o których mowa w ustawie z dnia 18 marca 2008r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (j.t. Dz. U. z 2016 r. poz. 65 ze zm.) która w okresie ostatnich 2 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy w odniesieniu do minimum 2 robót związanych z rewitalizacją systemu wodnego o łącznej wartości 1.000.000,00 zł brutto zł”.

Odwołujący wskazał także, że stosownie do pkt 4.3.2 siwz wykonawca miał obowiązek złożenia „wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami - potwierdzających spełnienie warunku opisanego w Rozdziale IV ust. 3 pkt 3.3 b) SIWZ - Zgodnie z Załącznikiem nr 6 do SIWZ”.

Argumentował, że doświadczenie kierownika zgodnie z wymogiem 2 lat wstecz od dnia otwarcia ofert tj. 20.11.2017 r. miało obejmować okres od 20.11.2015 r. Podniósł, że wbrew oświadczeniu zawartym w wykazie osób stanowiącym załącznik nr 6, specjalizacja odnosząca się do robót kanalizacyjnych jest zupełnie odmienna od specjalizacji odnoszącej się do melioracji wodnych. Doświadczenie kierownika robót w zakresie prac kanalizacyjnych wskazuje na brak doświadczenia w zakresie prac melioracyjnych. Roboty kanalizacyjne nie mieszczą się bowiem w zakresie robót melioracyjnych. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury i Rozwoju w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie z dnia 11 września 2014 r. (Dz.U. z 2014 r. poz. 1278) czym innym są uprawnienia do nadzorowania robót kanalizacyjnych a czym innym melioracyjnych. Są to zupełnie inne rodzajowo roboty. Dodatkowo przystępujący powołał się na doświadczenie zdobyte poza okresem 2 lat wstecz od daty otwarcia ofert - dotyczy robót systemu wodnego rowu F 17 w Przecieszynie. Informacje podaje w wykazie nie zawierają wszystkich informacji wymaganych przez pkt 4.3.2. SIWZ. W końcowej części odwołania odwołujący podniósł

natomiast, że zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przewidział możliwości sumowania czasu trwania zadań realizowanych równocześnie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia D. T., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. T., FHU Dameks w Imielinie, T. T., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano Drogowo Melioracyjny T. T. w Imielinie, M. T., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. T., Justmar w Chełmie Śląskim. Wnieśli o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 27 listopada 2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 4 grudnia 2017 r. wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego z 8 grudnia 2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 12 grudnia 2017 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 29 grudnia 2017 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe przystępującego wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek przystępującego i zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, z uwagi na to, że odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp. Zamawiający i przystępujący podnieśli, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 3.639.830,00 zł, a więc poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Wywiedli, że w tego

rodzaju postępowaniach odwołujący może kwestionować jedynie niektóre czynności zamawiającego określone w art. 180 ust. 2 Pzp. Wywiedli, że odwołujący kwestionuje w odwołaniu zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego, jak również zaniechanie czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Wywiedli, że takie zaniechania nie dotyczą bezpośrednio czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Stosownie do przepisu art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, *Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp. Zgodnie zaś z art. 180 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:*

- 1) *wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;*
- 2) *określenia warunków udziału w postępowaniu;*
- 3) *wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;*
- 4) *odrzucenia oferty odwołującego;*
- 5) *opisu przedmiotu zamówienia;*
- 6) *wyboru najkorzystniejszej oferty.*

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Wartość zamówienia była niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zarzuty odwołania zaś rzeczywiście koncentrowały się na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty najkorzystniejszej, względnie na zaniechaniu czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy, który taką ofertę złożył. Jednakże, jak wskazano w uchwale Sądu Najwyższego z 17 listopada 2017 r. sygn. akt III CZP 58/17 *zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.* Wobec przesądzenia tej kwestii w orzecznictwie wnioski zamawiającego i przystępującego podlegały oddaleniu.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą D. T., FHU Dameks w Imielinie, T. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budowlano Drogowo Melioracyjny T. T. w Imielinie, M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. T.i, Justmar w Chelmie Śląskim, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty najkorzystniejszej, względnie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który ją złożył. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty najkorzystniejszej, względnie zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy, który ją złożył, skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Postępowanie odwoławcze w części podlegało umorzeniu.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu co do uprawnień i stażu pracy osoby proponowanej przez przystępującego do pełnienia funkcji kierownika robót. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowane, że skoro odwołujący może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania z większego na mniejsze dopuszczalne jest także wycofanie odwołania w części. Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu.

Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione przykładowo w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

W zakresie rozpatrywanym merytorycznie odwołanie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...). Stosownie zaś do art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Ustalono, że w rozdziale III punkt 3 SIWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego wymaganego od wykonawcy. Zamawiający w punkcie 3.3 zawarł następujące wymagania:

Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy wykazali, że wykonali należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie:

- minimum 2 (dwa) zadania polegające na rewitalizacji systemu wodnego realizowane na terenie objętym nadzorem konserwatora zabytków w zakresie budowy, odbudowy, przebudowy lub remontu m.in.:

- zbiornika wodnego

- jednej z budowli (zastawka, upust denny progu, mnicza, przelewu, przepustu)

- ubezpieczenia koryta rowów elementami betonowymi lub brukiem kamiennym o łącznej wartości na kwotę brutto min. 800 000,00 (słownie: osiemset tysięcy złotych)

- minimum 1 (jedno) zadanie z wymienionych poniżej robót budowlanych w zakresie:

- budowy, odbudowy, przebudowy lub remontu: przepompowni wód opadowych wraz z urządzeniami towarzyszącymi,

- odbudowy, przebudowy lub remontu drenarki (sączków lub zbieraczy) o łącznej długości min. 1 km wraz z urządzeniami towarzyszącymi,

- budowy, odbudowy, przebudowy lub remontu zbiornika retencyjnego o powierzchni min 0,1 ha wraz z urządzeniami towarzyszącymi,

o wartości każdego z zadań na kwotę brutto minimum 400 000,00 (słownie: czterysta tysięcy złotych).

Zamawiający dopuszcza, aby roboty te były wykonane oddzielnie lub łącznie w jednym zamówieniu, jednakże wymaga się, aby wartość minimum jednego z w/w zadań wykonanych w ramach jednego zamówienia była na kwotę 400 000,00 zł

- minimum 1 (jedno) zadanie z wymienionych poniżej robót budowlanych w zakresie

- budowy, odbudowy przebudowy lub remontu rowów na długości min 500 mb, - budowy, odbudowy przebudowy lub remontu przepustu zlokalizowanego na rowie o średnicy 800 mm lub 600 mm lub większej,
 - budowy, odbudowy przebudowy przepustu z klapą zwrotną lub przepustu z zastawką,
 - rekultywację terenu o powierzchni min 0,5 ha budowy,
 - odbudowy przebudowy lub remontu drogi lokalnej (parkowej, leśnej),
- o wartości każdego z zadań na kwotę brutto minimum 100 000,00 (słownie: sto tysięcy złotych)

Zamawiający dopuszcza, aby roboty te były wykonane oddzielnie lub łącznie w jednym zamówieniu, jednakże wymaga się, aby wartość minimum jednego z w/w zadań wykonanych w ramach jednego zamówienia była na kwotę 100 000,00 zł".

Ustalono także, że w pkt 4.1. SIWZ zastrzeżono, że wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona dla poszczególnych zadań, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (ust. 3 niniejszego rozdziału SIWZ), zostanie wezwany do przedłożenia następujących oświadczeń i dokumentów (aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów):

4.3.1. 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, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których te roboty 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 - potwierdzających spełnienie warunku opisanego w Rozdziale IV ust. 3 pkt 3.3.a) SIWZ – Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SIWZ

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 27 listopada 2017 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp wezwał przystępującego do złożenia aktualnych dokumentów, m.in. wymienionych w rozdziale 4.3. SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiający przystępujący złożył pismo z 4 grudnia 2017 r. Do pisma załączył m.in. wykaz wykonanych robót budowlanych (wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ). W wykazie tym wskazał następujące doświadczenie:

- 1) przebudowa kanalizacji Hali Widowiskowo-Sportowej przy ul. Żeromskiego 9 w Sosnowcu – zakres prac obejmował budowę kanalizacji, budowę zbiornika retencyjnego

wraz z robotami towarzyszącymi prowadzone na terenie objętym nadzorem konserwatora zabytków, na rzecz MOSiR Sosnowiec, na kwotę brutto 968.056,18 zł, zrealizowane w okresie 29.05.2017 r. – 22.08.2017 r., jako podmiot wykazujący doświadczenie wskazano T. T.,

- 2) *remont kanalizacji na dziedzińcu Zamku w Toszku wraz z podłączeniem do sieci miejskiej i odtworzenie instalacji wod.-kan. oraz c.o. wieży w ramach realizacji projektu „rewitalizacja Gotyckiej Wieży Zamkowej z przeznaczeniem na Centrum Ekspozycji Historycznych Zamek w Toszku oraz rewitalizacja budynku stajni wraz z zagospodarowaniem otoczenia – zakres prac obejmował wykonanie kanalizacji wraz z odprowadzeniem wód deszczowych, w tym ubezpieczenie koryta rowu elementami betonowymi; całość robót została zrealizowana na terenie objętym nadzorem konserwatora zabytków, na rzecz Centrum Kultury „Zamek w Toszku”, na kwotę brutto 395.703,90 zł, zrealizowane w okresie 24.03.2014 r. – 12.11.2014 r., jako podmiot wykazujący doświadczenie wskazano D. T.,*
- 3) *budowa pompowni wód powierzchniowych w rejonie niecki bezodpływowej zlokalizowanej na wschód od ul. Oświęcimskiej w Mikołowie – zakres prac obejmował budowę przepompowni wód odpadowych wraz z urządzeniami towarzyszącymi, na rzecz PGG sp. z o.o. Oddział KWK Ruda Ruch Bielszowice, na kwotę brutto 1.592.850,00 zł, zrealizowane w okresie 23.12.2014 r. – 31.05.2016 r., jako podmiot wykazujący doświadczenie wskazano M. T.,*
- 4) *remont obwałowania zbiornika retencyjno-dozującego wód dołowych w zakresie uzupełnienia umocowania skarpy odwodnej południowego obwałowania dla potrzeb Nowe Brzeszcze Grupa Tauron sp. z o.o. w systemie „projektuj i buduj” – zakres robót obejmował remont zbiornika retencyjnego o pow. pow. 0,1 ha wraz z urządzeniami towarzyszącymi, na rzecz Nowe Brzeszcze Grupa Tauron sp. z o.o., na kwotę brutto 393.600,00 zł, zrealizowane w okresie 22.11.2016 r. – 31.03.2017 r., jako podmiot wykazujący doświadczenie wskazano Damiana Turczyńskiego,*
- 5) *zagospodarowanie istniejących zbiorników wodnych w parku Strzelnica dla potrzeb SA O/KWK Bielszowice - zakres prac obejmował wykonanie remontu zbiornika retencyjnego o pow. Powyżej 0,1 ha wraz z urządzeniami towarzyszącymi polegający na budowie i nadbudowie obwałowań zbiornika wodnego oraz stabilizacji i wzmocnieniu skarp, na rzecz KW SA O KWK Bielszowice, na kwotę brutto 590.400,00 zł, zrealizowane w okresie 1.06.2013 r. – 31.08.2013 r., jako podmiot wykazujący doświadczenie wskazano M. T.,*
- 6) *awaryjne usuwanie szkód górniczych w postaci czyszczenia Potoku Bielszowickiego wraz z naprawą przepustu w ciągu ul. 1 Maja w Rudzie Śląskiej – zakres prac obejmował remont rowu na długości min. 500 mb oraz remont przepustu zlokalizowanego na rowie fi 600 mm, na rzecz KW SA Oddział KWK Pokój, na kwotę brutto 464.437,16 zł,*

zrealizowane w okresie 01.06-30.06 2015r. i 17.09-30.10.2015 r., jako podmiot wykazujący doświadczenie wskazano M. T.,

- 7) *remont drogi leśnej Królówka – zadanie obejmowało remont drogi leśnej wraz z robotami towarzyszącymi, na rzecz nadleśnictwa Kobiór, na kwotę brutto 453.138,96 zł, zrealizowane w okresie 11.2013 r. – 05.2014 r., jako podmiot wykazujący doświadczenie wskazano D. T. .*

Do wykazu załączono następujące dowody mające potwierdzać, że roboty wymienione w wykazie zostały wykonane należycie:

- 1) *protokoły odbioru technicznego końcowego z 22.08.2017 r. dotyczące zadania *przebudowa kanalizacji Hali Widowiskowo-Sportowej przy ul. Żeromskiego 9 w Sosnowcu* na łączną kwotę 787.037,55 zł, w których jakość wykonywanych robót określono jako „dobra”, co do których nie wskazano żadnych uwag,*
- 2) *referencje nr 166/2015 wystawione przez Centrum Kultury Zamek w Toszku, w których zaświadcza się, że D. T. wykonywał w 2014 r. roboty budowlano-instalacyjne: *remont kanalizacji na dziedzińcu Zamku w Toszku wraz z podłączeniem do sieci miejskiej i odtworzenie instalacji wod.-kan. oraz c.o. wieży w ramach realizacji projektu „rewitalizacja Gotyckiej Wieży Zamkowej z przeznaczeniem na Centrum Ekspozycji Historycznych Zamek w Toszku oraz rewitalizacja budynku stajni wraz z zagospodarowaniem otoczenia. Wszystkie prace zostały wykonane rzetelnie i solidnie zachowując umowny czas realizacji zadania (...),**
- 3) *referencje PGG Oddział KWK Ruda z 12.06.2017 r., w których zaświadcza, że M. T. wykonuje roboty w ramach umowy pt. *Budowa pompowni wód powierzchniowych w rejonie niecki bezodpływowej zlokalizowanej na wschód od ul. Oświęcimskiej w Mikołowie. W okresie 23.12.2014 – 31.05.2016 firma wykonała następujące prace:*
- *wybieranie i transport mas ziemnych – 900.000 zł, zabudowa pompowni wód – 190.000 zł, zagospodarowanie terenu wraz z oświetleniem – 205.000 zł (...).**
- 4) *protokół odbioru wykonanych robót z 31.03.2017 r. dot. zadania *remont i przebudowa obwałowania zbiornika retencyjno-dozującego wód dołowych w zakresie uzupełnienia umocowania skarpy odwodnej południowego obwałowania dla potrzeb Nowe Brzeszcze Grupa Tauron sp. z o.o. w systemie „projektuj i buduj”, w którym wskazano na wartość zamówienia 320.000 zł, a jakość wykonanych robót określono jako „dobra” i nie zgłoszono żadnych uwag i zastrzeżeń, w którym jako wykonawcę określono D. T.,**
- 5) *referencje z 5.09.2013 r. wystawione przez Raften, J. T., w których oświadcza ona, że M. T. jako partner konsorcjum wykonał w ramach zadania pt *„zagospodarowanie istniejących zbiorników wodnych w parku Strzelnica dla potrzeb SA O/KWK Bielszowice prace polegające na budowie i nadbudowie obwałowań zbiornika wodnego oraz**

stabilizacji i wzmocnieniu skarp,(...) wartość wykonanych robót wyniosła 480.000,00 zł netto.

- 6) opinię KW S.A. Oddział KWK Pokój z 23.03.2016 r. w której zaświadcza, że *M. T. wykonał roboty budowlane dla zadania „awaryjne usuwanie szkód górniczych w postaci czyszczenia Potoku Bielszowickiego wraz z naprawą przepustu w ciągu ul. 1 Maja w Rudzie Śląskiej (...).*
- 7) poświadczenie Nadleśnictwa Kobiór z 5.02.2015 r. w którym zaświadcza, że *konsorcjum D. T. i J. O. wykonywało remont drogi Królówka za kwotę 453.138,96 zł brutto. Zadanie obejmowało modernizację drogi leśnej o dł. 1400 mb (...).*

Ustalono także, że 8 grudnia 2017 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał przystępującego do uszczegółowienia dowodów potwierdzających wykonanie zakresu prac odniesieniu do inwestycji wskazanych w pozycji 1 i w poz. 2 wykazu, wskazując, że budzą one wątpliwości i w sposób niewystarczający potwierdzają spełnienie warunku.

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 12 grudnia 2017 r. do którego załączył referencje-uzupełnienie wystawione przez Centrum Kultury Zamek w Toszku, w którym zleceniodawca wskazuje, że w ramach zadania opisanego w poz. 2 wykazu był realizowany zbiornik wodny celem retencji wód deszczowych.

Ustalono również, że zamawiający 29 grudnia 2017 r. wybrał ofertę przystępującego, jako najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności nie podzielono stanowiska odwołującego co do wykładni pojęcia „system wodny” użytego przez zamawiającego w opisie warunku, a którą odwołujący przedstawił w odwołaniu. Wzięto pod uwagę, że sformułowanie to nie zostało zdefiniowane w systemie prawnym. W ocenie Izby interpretacja pojęcia dokonana przez odwołującego nie była jedyną możliwą i miała charakter zawężający. Wbrew stanowisku odwołującego zamawiający poprzez to pojęcie nie ograniczył wymaganego doświadczenia jedynie do zbiorników otwartych, czy naturalnych. W szczególności pod pojęciem system wodny może być rozumiany także zbiornik retencyjny czy rowy, będące elementami kanalizacji deszczowej, których zadaniem wszak jest także regulacja stosunków wodnych. Brak jest również podstaw, aby interpretacji warunku udziału w postępowaniu opisanego przez zamawiającego dokonywać w oparciu o postanowienia SIWZ dotyczące opisu przedmiotu zmatowienia. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, postanowienia warunków udziału w postępowaniu podlegają autonomicznej wykładni. Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp, warunki udziału w postępowaniu określa się proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia. Powyższe oznacza, że nie muszą być one identyczne z opisem przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że doświadczenie przystępującego na zadaniu wymienionym w wierszu 1 wykazu – tj. przebudowa hali widowisko - sportowej przy ul. Żeromskiego w Sosnowcu odpowiadało rodzajowo pierwszej części warunku. Z opisu zamieszczonego w wykazie wynikało, że przedmiotem robót była budowa kanalizacji deszczowej jak również zbiornika retencyjnego wraz z robotami towarzyszącymi. Powyższe wynikało także z dowodów załączonych przez samego odwołującego do odwołania (por. s. 4, s. 7 projektu budowlano-wykonawczego z października 2014 r.; s. 5 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót).

Za chybiony uznano także zarzut odwołującego, jakoby prace w ramach tej inwestycji nie były wykonywane na terenie objętym nadzorem konserwatorskim. Powyższe można było stwierdzić na podstawie pozwolenia Śląskiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków w Katowicach na prowadzenie robót budowlanych przy zabytku nieruchomym z 24 września 2015 r. nr 2021/2015, które sam odwołujący załączył do odwołania. Z akapitu pierwszego uzasadnienia wynikał bowiem, że teren zespołu przypałacowo-parkowego przy u. Żeromskiego w Sosnowcu wpisany jest do rejestru zabytków. Powyższe wynikało także z wydruku z Biuletynu Informacji Publicznej obejmującego rejestr zabytków dla gminy Sosnowiec, jaki przystępujący załączył do swego pisma procesowego.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut co do istnienia rozbieżności pomiędzy wartością omawianej inwestycji podaną w wykazie robót a kwotą wynikającą z protokołów odbioru. Izba stwierdziła, że przystępujący w poz. 1 wykazu robót podał wartość inwestycji jako 956.056,18 zł. Powyższa kwota była zaś wartością brutto, co wynikało z nagłówka kolumny 4 wykazu robót. W protokole odbioru robót istotnie widnieje inna wartość, a mianowicie 787.037,55 zł. Powyższe nie oznacza jeszcze, że istnieją jakiegokolwiek rozbieżności między tymi wartościami. Uszło uwadze odwołującego, że jeżeliby do kwoty 787.037,55 zł podanej w protokole dodać wartość podatku VAT w wysokości 23 %, to otrzymamy dokładnie kwotę 956.056,18 zł z wykazu robót. W tej sytuacji zarzut podlegał oddaleniu.

Całkowicie nietrafny okazał się zarzut odwołującego co do braku w protokole informacji czy roboty zostały wykonane należycie. Odwołujący nie dostrzegł, że protokół końcowego odbioru robót ze swej istoty potwierdza fakt odebrania robót przez inwestora. Po wtóre zaś, w kolumnie 5 protokołu znalazła się adnotacja inwestora, w której określono jakość wykonanych robót jako „dobrą”. Wreszcie, w kolumnie 6 zatytułowanej „uwagi” nie zamieszczono jakiegokolwiek wzmianki. W tej sytuacji brak było podstaw do stwierdzenia, że dokument ten nie potwierdza faktu należytego wykonania robót. W szczególności, wbrew stanowisku odwołującego, nie ma obowiązku aby w treści dowodu musiało literalnie znaleźć się sformułowanie o tym, że „roboty zostały wykonane należycie”. Mogą być to dowolne sformułowania, byleby można z nich wywieść fakt akceptacji przez inwestora wykonanych robót.

Co do zarzutu, że w protokole odbioru technicznego końcowego nie ma opisu robot, to stwierdzono, że w protokole pojawia się nazwa identyfikująca zadanie, tj. budowa kanalizacji hali widowiskowo-sportowej w Sosnowcu przy ul. Żeromskiego 9. Powyższe pozwala ustalić, że protokół odnosi się do robót opisanych przez przystępującego w poz. 1 wykazu robót. Rzeczywiście takiego elementu jak dokładny opis odbieranych robot w dokumencie nie było. Powyższe jednak nie dyskwalifikowało protokołu jako dowodu. Uszło uwadze odwołującego, że celem składania dowodów jest jedynie potwierdzenie faktu należytego wykonania robót. Wynikało to również z brzmienia pkt 4.3.1. SIWZ, które zresztą sam odwołujący przywołał w odwołaniu. Na podstawie lektury tego postanowienia można było ustalić, że owszem, zamawiający wymaga podania rodzaju robót budowlanych, ale wymóg ten odnosi do wykazu robót, a nie do dowodów, o których jest mowa w dalszej części zapisu. Przystępujący zastosował się zatem do postanowień SIWZ przez zamieszczenie dokładniejszego opisu robót w wykazie robot, ze szczególnym uwzględnieniem informacji, jakie były potrzebne celem oceny spełnienia warunku. Do wykazu zaś załączył dowody, celem wykazania, że prace te zostały wykonane należyście. Przypomnienia wymaga również, że przy ustalaniu czy wykonawca wykazał spełnienie warunku doświadczenia brane pod uwagę są łącznie wykaz i załączane do niego dowody. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Analogicznie oceniono zarzutu co do brak w protokole informacji o okresie realizacji robót. Wzięto pod uwagę, że odwołujący nie wskazał, w którym postanowieniu SIWZ zamawiający miał wymagać, aby w dowodach znajdowała się informacja o okresie realizacji robót. Po wtóre, odwołujący nie dostrzegł, że w protokole data końcowa wykonywanych robót się znalazła. Datę tę wyznacza bowiem dzień podpisania protokołu końcowego, to jest 22 sierpnia 2017 r., która to data zgadza się z czasookresem podanym w wykazie (29.05.2017 r. – 22.08.2017 r.). Istotnie w protokole nie można odnaleźć daty początkowej, lecz nie był to element obligatoryjny dowodu. Natomiast data początkowa okresu realizacji robot, jak wskazano wyżej, znajdowała się w wykazie. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Co do drugiej z robót, wymienionej przez przystępującego w wykazie odwołujący w pierwszej kolejności zakwestionował, że prace nie odpowiadały rodzajowo treści warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania Izby poczynione wcześniej co do wykładni pojęcia „system wodny”, a także o możliwości zaliczenia na poczet warunku prac polegających na budowie zbiornika retencyjnego, będącego elementem kanalizacji deszczowej. Wzięto pod uwagę, że z uzupełnienia referencji z dnia 12 grudnia 2017 r. wynikało, że w ramach zadania był wykonywany zbiornik wodny celem retencji wód deszczowych. Jak wskazano przy przyznawaniu poprzedniego zarzutu, powyższe

odpowiadało zakresowi przedmiotowemu pierwszej części warunku. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Co do zarzutu, że referencje nie określały czasookresu realizacji inwestycji, stwierdzić należy, że powyższe nie polega na prawdzie. W referencjach podano bowiem, iż prace wykonywano w 2014 r., co nie było zresztą sprzeczne z dokładniejszymi danymi zawartymi w wykazie, gdzie podano okres wykonywania robót jako 24.03.2014 r. – 12.11.2014 r. W zakresie tego zarzutu aktualne pozostają rozważania Izby poczynione wcześniej co do roli referencji, jako dokumentów, których rolą jest jedynie potwierdzenie faktu należytego wykonania robót. Zarzut podlegał zatem oddaleniu. Z analogicznych powodów za chybiony uznano zarzut, że w referencjach nie znajdowała się wzmianka o wartości i rodzaju wykonanych prac. Obydwie grupy informacji doprecyzowano w wykazie, w którym przystępujący wskazał zarówno wartość brutto robót (395.703,90 zł) jak i określił rodzaj prac. Dodatkowo, jak już wskazano wcześniej, rodzaj prac został doprecyzowany przez inwestora w uzupełnionych referencjach z 12.12.2017 r.. W referencjach wskazano, że w ramach zadania był wykonywany zbiornik wodny celem retencji wód deszczowych, co odwołujący w treści zarzutu zupełnie pominął. Wobec powyższego i ten zarzut należało uznać za całkowicie pozbawiony podstaw.

Co do trzeciej z robót, wymienionej przez przystępującego w wykazie odwołujący w pierwszej kolejności zakwestionował, że z referencji nie wynikało, czy wartość robót w zakresie budowy pompowni tj. 190.000 zł była kwotą netto czy brutto. Wzięto pod uwagę, że w referencjach prace i ich wartość opisano następująco:

- wybieranie i transport mas ziemnych – 900.000 zł,
- zabudowa pompowni wód – 190.000 zł,
- zagospodarowanie terenu wraz z oświetleniem 205.000.

Uszo uwadze odwołującego, że suma powyższych kwot wynosi 1.295.000 zł. Po dodaniu zaś do tej wartości podatku VAT w wysokości 23 % otrzymujemy kwotę 1.592.850 zł. Dostrzeżenia wymagało, że ta ostatnia kwota to była wartość robót podana przez wykonawcę w wykazie robót. Jednocześnie co do tej kwoty w wykazie sprecyzowano, że jest to wartość brutto, a zatem z podatkiem VAT. Wobec powyższego nie ulegało wątpliwości, że kwota 190.000 zł podana w referencjach a odnosząca się do elementu „zabudowa pompowni wód” była wartością netto. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Co do kolejnego zarzutu, jakoby pozostałe prace wymienione w referencjach (tj. wybieranie i transport mas ziemnych, zagospodarowanie terenu wraz z oświetleniem) nie odpowiadały warunkowi, Izba stwierdziła, że zarzut ten pozostał gołosłowny. Odwołujący na którym z mocy art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp spoczywał ciężarów dowodu w tym zakresie, ciężaru tego nie udźwignął. Tymczasem przystępujący do swego pisma

procesowego załączył projekt budowlany i wykonawczy z którego wynikało, że wybieranie i transport mas ziemnych były związane z budową zbiornika retencyjnego o powierzchni pow. 0,1 ha towarzyszącej budowie pompowni wód (por. m.in. s. 12 projektu budowlanego z 14.12.2011 r.). Chybiony okazał się wniosek odwołującego o oddalenie wniosku przystępującego o przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu. Odwołujący podnosił, że złożenie tego dowodu jest spóźnione, gdyż powinno nastąpić w postępowaniu przez zamawiającym. Stanowisko odwołującego byłoby słuszne, gdyby przystępujący przez dowód usiłował wykazać spełnienie warunku. Jednakże dowód ten nie był składany na okoliczność wykazania spełnienia warunku, ale celem odparcia zarzutów odwołującego. Potrzeba odparcia zarzutów wynikała zaś dopiero w wyniku wniesionego odwołania, w którym odwołujący zaprzeczał stanowisku przystępującego wyrażonym w wykazie, iż wszystkie roboty w ramach kwestionowanej inwestycji podlegają zaliczeniu na poczet warunku. Dowody takie, zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 2 Pzp mogą być składane aż do zamknięcia rozprawy. W świetle tego dowodu Izba stwierdziła, że tego rodzaju prace wpisywały się w drugą część warunku, gdyż można było się wykazać nie tylko „budową, odbudową, przebudową lub remontem przepompowni wód opadowych”, lecz również „budową, odbudową, przebudową lub remontem zbiornika retencyjnego wraz z urządzeniami towarzyszącymi”. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Co do czwartej z robót, wymienionej przez przystępującego w wykazie odwołujący w pierwszej kolejności zakwestionował, że przystępujący w wykazie i w protokole nie określił, czy podane tam wartości referencyjnego zamówienia są wartościami brutto czy wartościami netto. Stwierdzono, że w wykazie robót wykonawca wprost określił wartość referencyjnego zadania jako 393.600 zł brutto, co wynikało z nagłówka kolumny 4 wykazu. Stanowisko odwołującego w tym zakresie nie polegało zatem na prawdzie. Z kolei w protokole podano kwotę 320.000 zł, co do której istotnie nie wskazano czy jest to wartość brutto czy netto. Jednakże porównanie tej kwoty z wartością 393.600 zł brutto z wykazu prowadziło do wniosku, że kwoty te różnią się o 23 %. Z powyższego można było wyciągnąć wniosek, że kwota 320.000 zł z protokołu jest wartością netto. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Całkowicie nietrafny okazał się zarzut odwołującego co do braku w protokole informacji czy roboty zostały wykonane należycie. Odwołujący nie dostrzegł, że protokół końcowego odbioru robót ze swej istoty potwierdza fakt odebrania robót przez inwestora. Po wtóre zaś, w kolumnie 4 protokołu znalazła się adnotacja inwestora, w której określono jakość wykonanych robót jako „dobrą”. Po trzecie, w kolumnie 5 zatytułowanej „uwagi i zastrzeżenia stron” zamieszczono wzmiankę „brak”. Po czwarte, w protokole znalazła się adnotacja „zakres wykonanych robót jest zgodny z umową (...)”. W tej sytuacji brak było

podstaw do stwierdzenia, że dokument ten nie potwierdza faktu należytego wykonania robót. Zarzut podlegał oddaleniu.

Co do zarzutu, że w protokole odbioru technicznego końcowego nie ma opisu robot, to stwierdzono, że w protokole pojawia się nazwa identyfikująca zadanie, tj. „remont i przebudowa obwałowania zbiornika retencyjno-dozującego w zakresie uzupełnienia umocowania odwodnej południowego obwałowania dla potrzeb Nowe Brzeszcze grupa Tauron sp. z o.o.”. Powyższe pozwala ustalić, że protokół odnosi się do robót opisanych przez przystępującego w poz. 4 wykazu robót. Rzeczywiście takiego elementu jak dokładny opis odbieranych robot w dokumencie nie było. Powyższe jednak nie dyskwalifikowało protokołu jako dowodu. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania co do roli dowodów jak również tego, że opis rodzaju robót powinien znajdować się w wykazie robót, poczynione przy rozpatrywaniu analogicznego zarzutu dotyczącego inwestycji z poz. 1 wykazu robot. W wykazie tym zaś wykonawca wskazał, że zakres prac obejmował remont zbiornika retencyjnego o powierzchni pow. 0,1 ha wraz z urządzeniami towarzyszącymi. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Co do zarzutu, że według opisu z protokołu prace dotyczyły remontu obwałowania zbiornika w zakresie skarpy a nie remontu samego zbiornika, Izba stwierdziła, że remont obwałowania zbiornika w zakresie skarpy jest remontem zbiornika, którego obwałowanie jest częścią. Zarzut podlegał oddaleniu.

Nie jest prawdą, że opis prac zawarty wykazie wskazuje na inny zakres prac aniżeli wymagany przedmiotową SIWZ. W wykazie robót w pozycji 4 wskazano, że roboty obejmowały remont zbiornika retencyjnego o powierzchni powyżej 0,1 ha wraz z urządzeniami towarzyszącymi. Zakres ten literalnie i dokładnie odpowiadał treści warunku, który brzmiał identycznie. Zarzut okazał się zatem chybiony.

Co do piątej z robót, wymienionej przez przystępującego w wykazie odwołujący w pierwszej kolejności zakwestionował, że skoro zakres prac obejmował budowę i nadbudowę obwałowań zbiornika wodnego oraz wzmocnienie i stabilizację skarpy, to prace te nie dotyczyły samego zbiornika retencyjnego. W ocenie Izby budowa i nadbudowa obwałowań zbiornika wodnego oraz wzmocnienie i stabilizacja skarpy tego zbiornika może i powinna być uznana za budowę samego zbiornika, gdyż dotyczy jego części. Zarzut okazał się zatem chybiony.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie było konieczności aby prace te były prowadzone na terenie objętym ochroną konserwatora zabytków. Uszło uwadze odwołującego, że przystępujący przedstawił sporne roboty celem wykazania drugiej części warunku udziału w postępowaniu. W tej części warunku zamawiający oczekiwał

doświadczenia rozumianego jako *minimum 1 (jedno) zadanie z wymienionych poniżej robót budowlanych w zakresie:*

-budowy, odbudowy, przebudowy lub remontu: przepompowni wód opadowych wraz z urządzeniami towarzyszącymi,

-odbudowy, przebudowy lub remontu drenarki (sączków lub zbieraczy) o łącznej długości min. 1 km wraz z urządzeniami towarzyszącymi,

-budowy, odbudowy, przebudowy lub remontu zbiornika retencyjnego o powierzchni min 0,1 ha wraz z urządzeniami towarzyszącymi, o wartości każdego z zadań na kwotę brutto minimum 400.000,00 (słownie: czterysta tysięcy złotych).

Wymóg prowadzenia robót na terenie objętym nadzorem konserwatora dotyczył tylko pierwszej części warunku, na potwierdzenie którego przystępujący przedstawił inwestycje wymienione w wierszach 1 i 2 wykazu robót. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Co do zarzutu, że przystępujący jako dowód przedstawił referencje prywatne wystawione przez osobę spokrewnioną z członkami konsorcjum, Izba stwierdziła, że rzeczywiście taka sytuacja miała miejsce. Referencje zostały bowiem wystawione przez RafHen, J. T. . Wzięto jednak pod uwagę, że zamawiający nie zastrzegł w opisie warunku konieczności wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót na rzecz podmiotów niespokrewnionych. Zatem doświadczenie z samego tylko tego powodu nie mogło być zdyskwalifikowane. Zarzut uznano zatem za nietrafny.

Co do szóstej z robót, wymienionej przez przystępującego w wykazie odwołujący w pierwszej kolejności zakwestionował, że wbrew oświadczeniu przystępującego przedmiotem robót były prace konserwacyjne a nie polegające na budowie, przebudowie, odbudowie czy remoncie. Wzięto pod uwagę, że przystępujący w wykazie wyraźnie zakwalifikował wykonane przez siebie roboty jako remont rowu i remont przepustu. W samych referencjach pojawia się zaś wzmianka o „naprawie” przepustu i „awaryjnym usunięciu szkód w postaci czyszczenia” potoku. Izba stwierdziła, że odwołujący na poparcie swego zarzutu nie przedstawił żadnego dowodu. Skoro odwołujący uważał, że wykazane przez przystępującego roboty nie były remontem, lecz konserwacją, to powinien ten fakt wykazać. Zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania nieprawdziwości oświadczenia przystępującego. Tymczasem twierdzenia odwołującego pozostały gołosłowne. W szczególności z treści referencji nie wynika, że wykonane roboty były jedynie konserwacją. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za chybiony uznano kolejny zarzut co do braku prowadzenia robót na terenie objętym ochroną konserwatorską. Wymóg prowadzenia robót na terenie objętym nadzorem konserwatora dotyczył tylko pierwszej części warunku, na potwierdzenie którego

przystępujący przedstawił inwestycje wymienione w wierszach 1 i 2 wykazu robót. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Co do siódmej z robót, wymienionej przez przystępującego w wykazie odwołujący w pierwszej kolejności zakwestionował, że ze złożonego poświadczenia nie wynika długość rowów przydrożnych ani średnica przepustów. Izba stwierdziła, że rzeczywiście informacja taka nie wynikała z poświadczenia. Uszło jednak uwadze odwołującego, że zgodnie z częścią trzecią warunku udziału w postępowaniu można było się powołać nie tylko na doświadczenie w budowie rowów czy przepustów o określonej długości i średnicy. Zamawiający alternatywnie dopuścił możliwość wykazania się doświadczeniem w odbudowie, przebudowie lub remoncie drogi lokalnej (parkowej, leśnej). Przystępujący w wykazie robót wskazał, że zadanie obejmowało „remont drogi leśnej wraz z robotami towarzyszącymi”. Zatem informacja o długości rowów czy średnicy przepustów była zbyteczna. Zarzut podlegał oddaleniu.

Co do zarzutu, że wartość inwestycji podana w poświadczeniu miała się odnosić do całości prac, z których tylko niektóre mogłyby mieścić się w wymaganiach zamawiającego, Izba stwierdziła, że zarzut pozostał gołosłowny. Odwołujący nie poparł swych twierdzeń żadnym dowodem. Tymczasem z poświadczenia zdawał się wynikać wniosek przeciwny do stanowiska odwołującego. Zleceniodawca opisując zadanie o wartości 453.138,96 zł brutto, a więc dokładnie tej, która widniała w wykazie, określił je jako „remont drogi leśnej Królówka”. Z referencji nie wynikało natomiast, aby wartość ta dotyczyła innych prac, niebędących remontem drogi leśnej. Zarzut jako gołosłowny podlegał zatem oddaleniu.

Za zbyteczne uznano odnoszenie się do zarzutów odwołującego dotyczących kolejnych referencji, które przystępujący dodatkowo załączył do oferty. Referencje te nie dotyczyły żadnego z zadań wymienionych w wykazie i nie zostały wzięte pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku.

Za chybiony uznano zarzut, odwołującego który wywiódł, że niedopuszczalna jest sytuacja, w której okresy realizacji robót wskazane przez przystępującego w referencjach, opisach, poświadczeniach i protokołach nakładają się na siebie. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w opisie warunku nie sformułował wymogu co do łącznego okresu doświadczenia zawodowego wykonawcy. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Za częściowo zasadny uznano zarzut, iż przystępujący nie może wykazywać, iż nabył doświadczenie w realizacji całego zamówienia, jeżeli jego członek konsorcjum wykonał dane zamówienie referencyjne jedynie w części.

Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4.05.2017 r. sygn. C-387/14 art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art 48 ust 2 lit a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców zapisaną w art 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Sytuacja taka dotyczyła robót wymienionych przez przystępującego w poz. 1 i 7 wykazu. Roboty wymienione w pozycji 1 wykazu oprócz T. T. (członka konsorcjum przystępującego) wykonywał także drugi podmiot, niebędący członkiem konsorcjum przystępującego. Jak bowiem wynikało z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 8 maja 2017 r. umowę na „przebudowę kanalizacji hali widowiskowo sportowej przy ul. Żeromskiego w Sosnowcu zawarło konsorcjum w skład którego wchodził także pan M. K., jako partner (por. zawiadomienie, załącznik do odwołania). Wobec powyższego nie jest pewne, czy pan T. T. może powoływać się na swe doświadczenie w wykonaniu całości tej inwestycji. Nie wiadomo bowiem, czy przy całości tych robót faktycznie i konkretnie uczestniczył. Kwestia ta powinna być wyjaśniona przez zamawiającego, który tego zaniedbał.

Analogiczna sytuacja dotyczy robót, wymienionych w wierszu 7 wykazu robót, tj. robót polegających na remoncie drogi leśnej Królówka. Z poświadczenia załączonego do wykazu wynikało, że umowę wykonywało konsorcjum, które tworzyli D. T. (członek konsorcjum przystępującego) oraz inny podmiot, niebędący członkiem konsorcjum przystępującego (pan J. O.). Wobec powyższego nie jest pewne, czy D. T. może powoływać się na swe doświadczenie w wykonaniu całości ww. robót.

Natomiast zarzut ten podlegał oddaleniu w odniesieniu do pozostałych robót wymienionych przez przystępującego w wykazie robót.

Co do poz. 2 wykazu robót, doświadczenie w realizacji roboty tam wymienionej zdobyli wspólnie pan D. T. i pan M. T. . Dostrzeżenia wymagało, że obydwie osoby były członkami konsorcjum przystępującego, zatem niewątpliwie przystępujący mógł powoływać się na całość doświadczenia zdobytego przez nich na tym kontrakcie.

Co pozycji 3, 4 i 6 wykazu robót przystępujący oświadczył, że doświadczenie to członkowie konsorcjum przystępującego zdobyli samodzielnie. Zaprzeczył, aby umowy te były przez wykonywane w jakichkolwiek konsorcjach. Skoro odwołujący uważał, że roboty te były wykonywane przez konsorcja, to zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp powinien ten fakt wykazać. Odwołujący temu ciężarowi nie sprostał, zatem zarzut podlegał oddaleniu.

Co do pozycji 5 wykazu robót, to jak wynikało z referencji, wystawiający referencje opisał i wskazał tę część robót, jaką pan M. T. wykonał jako partner konsorcjum. Taką też

wartość przystępujący wpisał do wykazu. Wobec powyższego zarzut jako gołosłowny również podlegał oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut odwołującego dotyczący doświadczenia zawodowego osoby przeznaczonej przez przystępującego na stanowisko kierownika robót.

Jak wynikało z opisu warunku, zamawiający wymagał, aby osoba zgłaszana na to stanowisko *w okresie ostatnich 2 lat przed upływem terminu składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy w odniesieniu do minimum 2 robót związanych z rewitalizacją systemu wodnego o łącznej wartości 1.000.000,00 zł brutto zł.*

Ustalono, że w wykazie osób wykonawca opisał, że proponowany na to stanowisko pan D. W. pełnił funkcje kierownika robót przy realizacji robót związanych z rewitalizacją systemu wodnego na czterech inwestycjach.

Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, że przystępujący powołał się na doświadczenie pana D. W. zdobyte na inwestycjach wykonanych poza okresem 2 lat wstecz od daty otwarcia ofert. Powyższe miało dotyczyć robót w zakresie systemu wodnego rowu F 17 w Przecieszynie. Zarzut okazał się chybiony. Zgodnie z opisem tej inwestycji, pan D. W. pełnił funkcje kierownika robót w okresie od 3 kwietnia 2015 r. do 31 stycznia 2017 r. Termin składania ofert istotnie upływał 20 listopada 2017 r. jednakże wbrew stanowisku odwołującego, inwestycja wpisywała się w okres wymagany przez zamawiającego. W tym zakresie istotny był bowiem koniec pełnienia funkcji przypadający na dzień 31 stycznia 2017 r.

Chybione okazało się stanowisko odwołującego, jakoby inwestycje, przy których pan D. W. miał pełnić funkcję kierownika robót nie były związane z rewitalizacją systemu wodnego. Co do drugiej inwestycji, tj. przebudowy kanalizacji hali widowiskowo - sportowej przy ul. Żeromskiego 9 w Sosnowcu, Izba stwierdziła, że polegała ona na rewitalizacji systemu wodnego. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania w tym zakresie poczynione przy rozstrzygnięciu wcześniejszych zarzutów.

Co do pozostałych zaś inwestycji odwołujący nie przedstawił Izbie żadnego dowodu, że inwestycje te, wbrew wyraźnemu oświadczeniu przystępującego, nie były związane z rewitalizacją systemu wodnego.

Co do twierdzenia, że przystępujący nie wykazał doświadczenia kierownika robót w kierowaniu pracami melioracyjnymi Izba stwierdziła, że nie było takiego obowiązku. W opisie warunku nie wymagano bowiem, aby kierownik musiał dysponować takim doświadczeniem. Analiza warunku prowadziła do wniosku, że wymagano doświadczenia przy kierowaniu robotami związanymi z rewitalizacją systemu wodnego, co nie jest tożsame z doświadczeniem w kierowaniu robotami melioracyjnymi. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 i 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (2 i 3 sentencji) i formalnym (pkt 1 i 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wyrzucić istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp polegające na zaniechaniu czynności wyjaśnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia i przedwczesne ustalenie, że przystępujący wykazał spełnienie tego warunku, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wyjaśnienia mogą doprowadzić do konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia:

- a) w wykonywaniu jakiej części zadania wymienionego w pozycji 1 wykazu robót faktycznie i konkretnie uczestniczył pan T. T.,
- b) w wykonywaniu jakiej części zadania wymienionego w pozycji 7 wykazu robót faktycznie i konkretnie uczestniczył pan D. T.,

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Oдноśnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica*.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada

odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/10 i chybione w części 9/10. Kosztami postępowania w części 1/10 obciążono zatem zamawiającego a w części 9/10 odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł , koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izba wysokości 3.600 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zatem łącznie 17.200 zł.

Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3.600 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 1.720 zł (17.200,00 zł x 1/10). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 13.600 zł, a odpowiadał za te koszty w kwocie 15.480 zł (17.200 x 90%) Wobec powyższego Izba zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 1.880 zł (3.600 – 1.720,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez zamawiającego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 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 ze zm.).

Przewodniczący: