

WYROK
z dnia 10 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Daniel Konicz
Członkowie:	Marek Koleśnikow Anna Kuszel-Kowalczyk
Protokolant:	Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie 8 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 grudnia 2017 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao, Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Katowice, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BANIMEX sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie, AZI-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 1.2. unieważnienie badania i oceny ofert;
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę ofert, w tym obniżenie przyznanej Przystępującemu punktacji w kryterium doświadczenia osób z uwagi na fakt, że doświadczenie osoby wskazanej przez Przystępującego na stanowisko kierownika robót sanitarnych nie spełnia wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 23.968,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i rozprawę i opłat skarbowych od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Miasto Katowice (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rozbudowa Drogi Krajowej Nr 81 od węzła autostrady A4 z DK86 do rozbudowywanego węzła DK81 z DK86 – etap I” w ramach zadania inwestycyjnego: „Rozbudowa Drogi Krajowej Nr 81 od węzła autostrady A4 z DK86 do budowanego węzła z ul. Armii Krajowej” (nr sprawy BZP.271.1.72.2017), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 czerwca 2017 r. pod nr. 2017/S 113-227030.

5 grudnia 2017 r. Zamawiający rozstrzygnął Postępowanie wybierając ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Banimex sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie i AZI-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Będzinie (dalej „Konsorcjum BA”).

15 grudnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, NDI sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie, Construcciones y Promociones Balzola S.A. z siedzibą w Bilbao, Balzola Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór oferty Konsorcjum BA, pomimo że oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustalonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) kryteriów oceny ofert oraz pomimo że Konsorcjum BA podlega wykluczeniu z Postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu,
2. niewłaściwe uznanie, że Konsorcjum BA spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ,
3. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ, a także

- zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania tego warunku udziału w Postępowaniu,
4. zaniechanie wezwania Konsorcjum BA do wyjaśnienia rozbieżności między wykazem robót a referencjami odnośnie zakresu wykonanych prac w ramach inwestycji wskazanej na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ,
 5. niewłaściwe przyznanie ofercie Konsorcjum BA 40 pkt w kryterium doświadczenia osób i 100 pkt łącznie oraz dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum BA jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że brak jest podstaw do przyznania tej ofercie jakichkolwiek punktów w kryterium oceny ofert określonym w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ, a co za tym idzie oferta Konsorcjum BA winna otrzymać jedynie 32 pkt w kryterium doświadczenia osób i 92 pkt łącznie, na skutek czego to oferta Odwołującego, która otrzymała łącznie 96,511 pkt, powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza,
 6. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego w zakresie dysponowania osobą posiadającą doświadczenie opisane w kryterium oceny ofert opisanym w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, w szczególności na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej,
 7. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania z uwagi na zawarcie przez nie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu, a ponadto zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum BA pomimo dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania, pomimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania, pomimo że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ,
3. art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum BA do wyjaśnienia rozbieżności między wykazem robót a referencjami odnośnie zakresu wykonanych

prac w ramach inwestycji wskazanej na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ,

4. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niewłaściwe przyznanie ofercie Konsorcjum BA aż 40 pkt w kryterium doświadczenia osób i 100 pkt łącznie oraz dokonanie wyboru oferty Konsorcjum BA jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta w kryterium doświadczenia osób powinna uzyskać nie więcej niż 32 pkt i nie więcej niż łącznie 92 pkt, a zatem najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu jest oferta Odwołującego,
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania, pomimo że w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie doświadczenia osoby punktowanego w kryterium oceny ofert określonym w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,
6. art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania, pomimo że Konsorcjum BA i wykonawca Eurovia Polska S.A. (dalej „Wykonawca E”) zawarły porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w Postępowaniu,
7. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BA, pomimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, t
 2. ponownego badania i oceny ofert i w efekcie:
 - 2.1. wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania, względnie odrzucenia jego oferty,
 - 2.2. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- albo
- 2.3. prawidłowego obliczenia punktacji dla oferty złożonej przez Konsorcjum BA i w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów Pzp. Odwołujący złożył bowiem ofertę, która została przez Zamawiającego sklasyfikowana na pozycji drugiej spośród wszystkich złożonych ofert. Zamawiający niezasadnie sklasyfikował ofertę Konsorcjum BA jako ofertę najkorzystniejszą, ponieważ wykonawca ten podlega

wykluczeniu z Postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu. Ponadto, Zamawiający z naruszeniem ww. przepisów przyznał ofercie Konsorcjum BA aż 40 pkt w kryterium doświadczenia osób i 100 pkt łącznie, podczas gdy oferta ta powinna uzyskać nie więcej niż 32 pkt w kryterium doświadczenia osób i nie więcej niż 92 pkt łącznie, co plasuje ją na czwartej pozycji. W wyniku wykluczenia Konsorcjum BA lub odrzucenia jego oferty, względnie w wyniku prawidłowego obliczenia punktacji, oferta Odwołującego powinna być wybrana jako oferta najkorzystniejsza, jako oferta która uzyskała najwyższy wynik punktowy spośród wszystkich złożonych ofert. W związku z powyższym, dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty złożonej przez Banimex jako oferty najkorzystniejszej, która została dokonana z naruszeniem prawa – naruszyła interes Odwołującego, gdyż pozbawiła go w sposób bezzasadny możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zarzuty dotyczące warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ (budowa lub przebudowa sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200)

Zamawiający w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ postawił warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z którym wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, musiał wykonać m.in. co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku Konsorcjum BA załączyło do oferty „Oświadczenie podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji” od Zakładu Remontowo-Budowlanego „WIADUK” W.-K. sp. j. (str. 76 oferty) wraz z JEDZ dla tego podmiotu (str. 59 oferty).

Pismem z 25 października 2017 r. Konsorcjum BA zostało przez Zamawiającego wezwane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. W odpowiedzi złożyło jedynie część wymaganych dokumentów, a ponadto niektóre z nich były niekompletne – w tym m.in. wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert. W przedmiotowym wykazie nie wskazano zamówienia na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ.

Zamawiający pismem z 9 listopada 2017 r. wezwał Konsorcjum BA do uzupełnienia nowego wykazu robót zawierającego informacje o ww. zamówieniu oraz dokumentów potwierdzających, że prace te wykonane zostały w sposób należyty, zgodnie z przepisami prawa budowlanego, zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Pismem z 13 listopada 2017 r. Konsorcjum BA w odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego dokonało zmiany podmiotu trzeciego, na którego zasobach polegało w zakresie warunku opisanego w pkt 14 ppkt 2.1) lit. c) SIWZ, na podmiot Uniserv Piecbud S.A. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej „Uniserv”), składając uzupełniony wykaz robót, referencje, zobowiązanie Uniserv do udostępnienia zasobów, JEDZ Uniserv oraz dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia Uniserv.

W poz. 5 uzupełnionego wykazu widnieje inwestycja pn. „Modernizacja chłodni wentylatorowej”, w ramach której wykonano budowę sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200. Inwestycję zrealizowano w okresie od 1 października 2014 r. do 7 marca 2016 r. na rzecz Elektrociepłowni Będzin.

Odwołujący stwierdził, że wbrew wspomnianym informacjom przedmiotowa inwestycja nie obejmowała robót objętych warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ, tj. nie obejmowała budowy lub przebudowy sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200.

Z treści załączonych do uzupełnionego wykazu referencji z 29 września 2017 r. wystawionych przez Elektrociepłownię Będzin sp. z o.o. wynika natomiast, że inwestycja obejmowała m.in. budowę instalacji wodociągowej (dostawę i wymianę rurociągów zasilających i odpływowych stalowych) Dn1600 i Dn1200 z chłodni z uwzględnieniem celki nr 5 pomp w przepompowni wody rzecznej wraz z rurociągiem wody surowej oraz modernizacją akceleratora.

Z dokumentu wynika zatem wprost, że wbrew oświadczeniu Konsorcjum BA, zakres prac na tej inwestycji nie obejmował wcale budowy lub przebudowy sieci wodociągowej (jak tego wymagał Zamawiający), lecz wyłącznie budowę instalacji wodociągowej. Tym samym ww. inwestycja nie potwierdza spełniania warunku udziału w Postępowaniu.

Odwołujący podał, że:

1. zgodnie z art. 2 pkt 7 ustawy z 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U.2017.328 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą ZZW”, „sieć” to „przewody wodociągowe lub kanalizacyjne wraz z uzbrojeniem i urządzeniami, którymi dostarczana jest woda lub którymi odprowadzane są ścieki, będące w posiadaniu przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjnego”,
2. przepis art. 2 pkt 6 Ustawy ZZW definiuje „przyłącze wodociągowe” jako „odcinek przewodu łączącego sieć wodociągową z wewnętrzną

instalacja wodociągowa w nieruchomości odbiorcy usług wraz z zaworem za wodomierzem głównym”,

3. w myśl § 26 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie z 12 kwietnia 2002 r. (Dz.U.2015.1422 j.t. ze zm.), zwanego dalej: „Rozporządzeniem WT”), „działka budowlana, przewidziana pod zabudowę budynkami przeznaczonymi na pobyt ludzi, powinna mieć zapewnioną możliwość przyłączenia uzbrojenia działki lub bezpośrednio budynku do sieci wodociągowej, kanalizacyjnej, elektroenergetycznej i ciepłowniczej”,
4. zgodnie z § 115 ust. 3 Rozporządzenia WT „w przypadku połączenia wewnętrznej instalacji wodociągowej zimnej wody w budynku lub zewnętrznej na terenie działki budowlanej z siecią wodociągowa w więcej niż jednym miejscu należy na każdym z tych połączeń zainstalować zestaw wodomierza głównego i zabezpieczenie, o których mowa w ust. 1 i 2”,
5. według § 3 pkt 10 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie warunków technicznych użytkowania budynków mieszkalnych z 16 sierpnia 1999 r. (Dz.U.1999.74.836 ze zm.), przez „instalację wodociągową” należy rozumieć „układ przewodów wody zimnej w budynku wraz z armaturą i wyposażeniem, mający początek w miejscu połączenia przewodu z zaworem odcinającym tę instalację od wodomierza umieszczonego na przyłączy wodociągowym, a zakończenie w punktach czerpalnych wody zimnej”.

Z powyższego wynika wprost, iż pojęcia „sieci wodociągowej” i „instalacji wodociągowej” są zakresowo odmienne i nie można ich ze sobą utożsamiać. Sieć wodociągowa dostarcza wodę do działek i budynków, natomiast instalacja wodociągowa rozprowadza wodę (dostarczoną z sieci) po działce lub budynku.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem Zamawiający wskazał w pkt 10 ppkt 2 lit. v) SIWZ, że w ramach zamówienia wykonawca zobowiązany będzie m.in. do przebudowy magistralnej sieci wodociągowej GPW wraz z infrastrukturą, to zupełnie naturalnym i proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia jest warunek udziału w postępowaniu opisany w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ, w myśl którego Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej jednego zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200.

Nie bez znaczenia pozostaje także fakt, że w zakresie przedmiotu zamówienia brak jest jakichkolwiek instalacji wodociągowych. Referencje wystawione dla Uniserv potwierdzają wprost, że zakres prac w ramach inwestycji pn. „Modernizacja chłodni wentylatorowej” nie obejmował sieci wodociągowej, lecz wyłącznie instalację wodociągową – wszystkie elementy wskazane w treści referencji są elementami właśnie takiej instalacji, a nie sieci wodociągowej. Tym samym Konsorcjum BA nie tylko nie wykazało, że spełnia przedmiotowy warunek udziału w Postępowaniu (pkt 14 ppkt 2.1 lit c) SIWZ), ale, co więcej – w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa – wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji dotyczących spełniania przedmiotowego warunku. W wykazie robót wykonawca ów wskazał bowiem, że „w ramach zadania wykonano budowę sieci wodociągowej o średnicy min. DN1200”, podczas gdy treść referencji wprost zaprzecza takiemu stanowi rzeczy, ponieważ nie tylko nie wspomina o budowie lub przebudowie sieci wodociągowej, ale wprost wskazuje, że prace dotyczyły budowy instalacji wodociągowej, czyli miały zupełnie inny zakres niż podany w wykazie robót. Co za tym idzie, Konsorcjum BA co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd, twierdząc że spełnia ww. warunek udziału, jako że już sama treść listu referencyjnego wskazuje, że ów warunek spełniony nie jest.

W konsekwencji Konsorcjum BA podlega obligatoryjnemu wykluczeniu z Postępowania w trybie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełniania warunku udziału w Postępowaniu, względnie podlega wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z niewykazaniem spełniania tegoż warunku udziału. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd miało istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, ponieważ doprowadziło do wyboru oferty wykonawcy, który w rzeczywistości nie spełnia postawionego w SIWZ warunku. Zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy w takiej sytuacji świadczy o naruszeniu przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów. Po pierwsze dlatego, że złożone przez Konsorcjum BA dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ. Po drugie wykaz robót budowlanych zawiera oświadczenie tego wykonawcy, polegające na stwierdzeniu, że inwestycja pn. „Modernizacja chłodni wentylatorowej” obejmowała budowę sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200, które to oświadczenie jest niezgodne z prawdą, gdyż w rzeczywistości przeprowadzono prace w zupełnie odmiennym zakresie, co wynika m.in. wprost z treści listu referencyjnego.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, że Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum BA do wyjaśnienia rozbieżności między wykazem robót a referencjami odnośnie zakresu

wykonanych prac, tj. wyjaśnienia czy w ramach wskazanej inwestycji wybudowano lub przebudowano sieć wodociągową czy też instalację wodociągową, a następnie dokonanie stosownej oceny takich wyjaśnień z uwzględnieniem treści wykazu robót i referencji. W sytuacji, w której oba ww. dokumenty wskazują na zupełnie odmienne okoliczności, w dodatku tak istotne z punktu widzenia oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu, wezwanie do wyjaśnień w trybie przywołanego przepisu nie stanowi uprawnienia, lecz jest bezwzględny obowiązkiem Zamawiającego.

Zarzuty dotyczące kryterium oceny ofert określonego w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ (doświadczenie osób)

Zgodnie z treścią pkt 14 ppkt 2.2 lit. f) SIWZ, Zamawiający wymagał, aby każdy z wykonawców biorących udział w Postępowaniu dysponował osobami posiadającymi niżej określone kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie oraz wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego posiadającymi uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo Budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, tj. osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń.

W przypadku, gdy osoba wskazana do kierowania robotami sanitarnymi będzie posiadała uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów to winna wykazać, że posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych bez ograniczeń.

Osoba ta powinna wykazać się co najmniej 5-letnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych lub kierownika budowy.

Zamawiający wskazał także w uwadze 4, że wymóg posiadania 5-letniego doświadczenia dla osób, które będą wykonywać zamówienie weryfikowany będzie na etapie oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu w stosunku wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą. W ofercie wykonawca oświadcza, że osoby którymi dysponuje posiadają 5-letnie doświadczenie.

Przez „5-letnie doświadczenie” Zamawiający rozumie okres faktycznie pełnionej funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności, w której posiada uprawnienia. Na „Wykazie osób” wykonawca będzie zobowiązany podać ten okres w miesiącach wraz z informacją o nazwach inwestycji, terminach ich realizacji i pełnionej funkcji.

Jednocześnie w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ w następujący sposób określono jako jedno z dwóch kryteriów oceny ofert:

Kryterium doświadczenie osób

Zamawiający określił minimalne warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, po spełnieniu których doświadczenie osób będzie podlegało ocenie zgodnie z poniższymi zasadami:

Jeżeli osoba zaproponowana do wykonania zamówienia posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń i posiadająca min. 5-letnie doświadczenie pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy na:

- co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200 – otrzyma 8 pkt,
- dwóch i więcej inwestycjach polegających na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200 – otrzyma 20 pkt.

Przy odczytywaniu treści opisu powyższego kryterium oceny ofert określonego w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ nie można pomijać pozostałej części SIWZ, w tym „uwagi nr 4”, odnoszącej się do warunku udziału w Postępowaniu z pkt 14 ppkt 2.2 lit. f) SIWZ. Przedmiotowy warunek udziału i kryterium oceny ofert odnoszą się bowiem do tej samej osoby, tj. osoby posiadającej uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń.

Zestawienie ww. postanowień SIWZ wskazuje wprost, że kryterium doświadczenia osób dotyczy pełnienia funkcji kierownika robót lub kierownika budowy w specjalności, w której dana osoba posiadała stosowne uprawnienia. Co za tym idzie, dodatkowo punktowane było tylko takie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót lub kierownika budowy na inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200, które zdobyte było w okresie posiadania ww. uprawnień.

Tymczasem z treści wykazu osób złożonego przez Konsorcjum BA wynika wprost, że C.S., wskazany na stanowisko kierownika robót sanitarnych, w okresie kierowania robotami na inwestycjach wskazanych w ramach kryterium doświadczenia osób w ogóle nie posiadał wymaganych w SIWZ uprawnień. Uprawnienia zdobył bowiem w roku 2002 (na co wskazuje nr uprawnień – 396/02), a obie inwestycje wskazane jako doświadczenie

podlegające ocenie w kryterium doświadczenia osób były wykonane w latach 1988-1990, czyli przed uzyskaniem wymaganych uprawnień. Tym samym skoro w okresie posiadania uprawnień, tj. po roku 2002 r., C.S. nie pełnił funkcji kierownika robót lub kierownika budowy na inwestycjach spełniających warunek opisany w kryterium oceny ofert w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ, to Zamawiający błędnie przyznał Konsorcjum BA 20 pkt za doświadczenie tej osoby i łącznie aż 40 pkt w kryterium doświadczenia osób.

Przy prawidłowym obliczeniu punktacji (uwzględniającym wagę procentową kryterium doświadczenia osób – por. pkt 46-47 SIWZ), oferta Konsorcjum BA w kryterium doświadczenia osób powinna uzyskać nie więcej niż 32 pkt. Skoro zatem brak jest podstaw do przyznania ofercie jakichkolwiek punktów w kryterium oceny ofert określonym w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ, oferta tego wykonawcy powinna otrzymać łącznie nie więcej niż 92 pkt i zostać sklasyfikowana nie wyżej niż na 4 pozycji, a oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza z uwagi na najwyższą łączną ilość punktów w obu kryteriach przewidzianych w SIWZ. Tym samym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert, czym naruszył przepisy Pzp, w szczególności art.91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wbrew treści wykazu osób, C.S. w ogóle nie pełnił funkcji kierownika robót ani funkcji kierownika budowy na inwestycjach pn. „Budowa stacji uzdatniania wody w Dzieńkowicach-Imielin” i „Budowa wodociągu zasilającego stację uzdatniania wody w Sosnowcu-Maczkach”. Konsorcjum BA w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło w tym zakresie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane w Postępowaniu, ponieważ doprowadziło do przyznania ofercie Konsorcjum BA maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenia osób i w konsekwencji do wyboru oferty tego wykonawcy. Odwołujący zaznaczył, że stosowne dowody na potwierdzenie ww. okoliczności przedstawi na rozprawie.

Skoro zatem Konsorcjum BA przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego w zakresie dysponowania osobą posiadającą doświadczenie opisane w kryterium oceny ofert opisanym w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ, to wykonawca ten podlega obowiązkowemu wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zaniechanie wykluczenia skutkuje naruszeniem przywołanego przepisu.

Zarzuty dotyczące zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji oraz złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji

W ramach warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający, w pkt 14 ppkt 2.1 lit. a) SIWZ, wymagał, aby wykonawcy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej dwa zamówienia polegające na budowie lub przebudowie drogi klasy min. GP o powierzchni nawierzchni asfaltowej min. 45.000 m² (Uwaga – przez drogę klasy GP należy rozumieć drogę według podziału wprowadzonego przez Rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, Dz.U.2016.124 j.t. ze zm.).

Początkowo, tj. na etapie składania oferty, Konsorcjum BA w celu potwierdzenia spełnienia warunku opisanego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ polegało na zasobach podmiotu trzeciego – Duna Aszfalt Ut es Melyepítő Kft. z siedzibą w Tiszakecske, zwanego dalej: „Duna Aszfalt”. W załączonym do oferty JEDZ dla tego podmiotu wskazano 2 zamówienia polegające na budowie lub przebudowie drogi klasy GP o powierzchni nawierzchni asfaltowej min. 45.000 m²:

1. „Realizacja prac budowlanych A043.03 autostrady M43 na odcinku pomiędzy Makó – granica państwa i przyległych /związanych z nią/ budowli”),
2. „Budowa odcinka pomiędzy drogą główną nr 58 drogi ekspresowej M60 i drogą – łącznikiem oznaczonym 5826 oraz realizacja zadań związanych z obiektami z nią powiązanymi”.

Odwołujący podał, że z informacji uzyskanych z ogólnodostępnych źródeł wynika, że parametry inwestycji wskazanej powyżej w pkt 2, wbrew oświadczeniu zawartym w formularzu JEDZ Duna Aszfalt, posiada jedynie ok. 35.000 m² powierzchni asfaltowej, a zatem inwestycja ta nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa powyżej. Dane te wynikają m.in. z ogłoszenia zamieszczonego na stronie internetowej węgierskiego Urzędu ds. Zamówień Publicznych. Stosowne dane i dowody Odwołujący przedstawił w piśmie z 5 października 2017 r. skierowanym do Zamawiającego (w aktach Postępowania).

Powyzsza okoliczność, tj. powoływanie się na etapie złożenia oferty na inwestycje, które w oczywisty sposób nie spełniają warunku określonego w SIWZ, ma niebagatelne znaczenie dla właściwego zrozumienia dalszych działań Konsorcjum BA oraz Wykonawcy E w Postępowaniu.

Wobec faktu, że do oferty Konsorcjum BA załączyło jedynie kopię formularza JEDZ dla Duna Aszfalt i dodatkowo nie złożyło zobowiązania do udostępnienia zasobów tego podmiotu, Zamawiający wezwał ww. wykonawcę, pismem z 6 października 2017 r., do złożenia oryginału JEDZ dla Duna Aszfalt i oryginału zobowiązania.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Konsorcjum BA dokonało zmiany podmiotu, na zasoby którego powoływał się m.in. w celu wykazania spełnienia warunku określonego w pkt 14 ppkt 2.1) lit. a) SIWZ – na Wykonawcę E, składając zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów, formularz JEDZ oraz dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia. Wykonawca E był jednocześnie jednym z wykonawców, którzy złożyli własne oferty w Postępowaniu, a po otwarciu ofert dodatkowo udostępnił swoje zasoby w zakresie zdolności technicznych i zawodowych na rzecz innego oferenta, tj. Konsorcjum BA.

W ocenie Odwołującego, ww. wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w Postępowaniu, na co wskazują niżej wymienione okoliczności i dowody:

1. Konsorcjum BA na etapie złożenia oferty nie legitymował się doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunku określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. a) SIWZ, tj. wykonania co najmniej dwóch zamówień polegających na budowie lub przebudowie drogi klasy min. GP o powierzchni nawierzchni asfaltowej min. 45.000 m²,
2. dopiero na etapie oceny ofert Konsorcjum BA zamieniło podmiot, na zasoby którego powoływało się w zakresie spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu – na Wykonawcę E, który ponadto złożył własną, odrębną ofertę,
3. do ww. zamiany podmiotu udostępniającego zasoby doszło już po otwarciu ofert, tj. w momencie, w którym oczywiste było, że Wykonawca E nie uzyska samodzielnie przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z trzecią w kolejności najwyższą ceną całkowitą (spośród 8 ofert); otwarcie ofert nastąpiło 18 sierpnia 2017 r., a zobowiązanie Wykonawcy E do udostępnienia zasobów nosi datę 26 września 2017 r.,
4. pomimo że cena całkowita oferty Wykonawcy E była jedną z najwyższych, to w zakresie branży drogowej była tańsza aż o niemal 2 mln zł od oferty Konsorcjum BA (Wykonawca E – 66.848.576,65 zł netto, Konsorcjum BA – 68.728.027,07 zł),
5. z zakresem branży drogowej stanowiącej niezwykle istotną część przedmiotowego zamówienia, powiązany był ściśle warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 14 ppkt 2.1) lit. a) SIWZ,
6. znając już wstępny ranking ofert i ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców, Wykonawca E na wezwanie Zamawiającego nie przedłużył ważności swojej oferty i ważności wadium, na skutek czego jego oferta została odrzucona,
7. w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów („Oświadczenie podmiotu o oddaniu niezbędnych zdolności i/lub sytuacji”) z 26 września 2017 r.

Wykonawca E oświadczył, że będzie brać udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy i będzie realizować część zamówienia, tj. roboty budowlane związane z wykonaniem robót drogowych, tj. dokładnie te roboty, za wykonanie których zaoferowała we własnej ofercie niemal 2 mln zł mniej niż Konsorcjum BA.

Z powyższych okoliczności i dowodów wynika, że najpóźniej po otwarciu ofert i poznaniu cen zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców, a także w świetle braku możliwości potwierdzenia spełniania przez Konsorcjum BA (samodzielnie lub w oparciu o zobowiązanie Duna Aszfalt) warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. a) SIWZ, Konsorcjum BA i Wykonawca E zawarli porozumienie, na mocy którego Wykonawca E udostępnił stosowne zasoby na rzecz Konsorcjum BA, w zamian za zawarcie umowy podwykonawczej na wykonanie robót drogowych wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia za cenę niemal o 2 mln zł wyższą niż zaoferowana przez Wykonawcę E w jego własnej ofercie.

W ocenie Odwołującego takie działanie wypełnia nie tylko znamiona niedozwolonego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp, ale ponadto świadczy o popełnieniu przez Konsorcjum BA czynu nieuczciwej konkurencji będącego podstawą odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Reasumując, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp z powodu zaniechania wykluczenia Konsorcjum BA z Postępowania, względnie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia jego oferty.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

W zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ (budowa lub przebudowa sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200) Zamawiający podkreślił, że nie określił, jak duże to ma być zamówienie, ani o jakiej wartości, a tym samym dopuścił, że wykonawcy mogli mieć doświadczenie w wykonywaniu sieci wodociągowej wody pitnej dla mieszkańców lub doświadczenie w wykonywaniu sieci wodociągowej dla obiegu wody technologicznej zakładu przemysłowego. Zamawiający stwierdził, że określił warunki udziału w Postępowaniu proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia i w tym zakresie nie było zarzutów dotyczących SIWZ.

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku Uniserv zobowiązał się do udostępnienia Konsorcjum BA doświadczenia uzyskanego na zadaniu „Modernizacja chłodni wentylatorowej dla Elektrociepłowni Będzin”. Konsorcjum BA oświadczyło w złożonym wykazie robót, że w

ramach tego zadania wykonano budowę sieci wodociągowej o średnicy min. Dn 1200, a załączone do wykazu referencje potwierdzają, że zamówienie zostało wykonane należycie i zgodnie z praktykami inżynierskimi.

Zamawiający podkreślił, że w referencjach co do zasady nie opisuje się zakresu prac w sposób szczegółowy i mogą one wskazywać jedynie ogólny zarys zakresu wykonywanych robót. Skoro zatem Konsorcjum BA w wykazie wyraźnie oświadczyło, że wykonywało sieć wodociągową o średnicy min. Dn 1200, a innych informacji dotyczących tego warunku Zamawiający nie oczekiwał, to Zamawiający nie miał podstaw do wzywania wykonawcy do udzielenia wyjaśnień. Jak wynika z referencji budowa instalacji wodociągowej obejmowała dostawę i wymianę rurociągów zasilających i odpływowych Dn1600 i Dn1200 wraz z rurociągiem wody surowej (nieuzdatnionej).

Zamawiający stwierdził, że twierdzenia zawarte w odwołaniu nie są poparte żadnymi dowodami, z których by wynikało, że zakres prac na tej inwestycji nie obejmował budowy lub przebudowy sieci wodociągowej, lecz wyłącznie budowę instalacji wodociągowej, i oparte są tylko na treści referencji. W Pzp w tym zakresie obowiązuje reguła, że ciężar dowodu obciąża tego, kto ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne. To Odwołujący podważa dokument, więc to on powinien wykazać zasadność swoich twierdzeń. Natomiast Odwołujący swoje twierdzenie uzasadnił jedynie przez postawienie zarzutu Zamawiającemu, że dopuścił się zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących (jak twierdzi Odwołujący) rozbieżności między wykazem robót a referencjami dotyczącymi zakresu wykonanych prac. Zdaniem Zamawiającego wykaz robót i załączone do wykazu referencje nie są ze sobą sprzeczne i nie było podstaw do wzywania do wyjaśnień.

W kwestii zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert określonego w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ (doświadczenie osób) Zamawiający stwierdził, że wymagał, aby każdy z wykonawców biorących udział w Postępowaniu: dysponował osobami posiadającymi niżej określone kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie oraz wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego posiadającymi uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo Budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, tj. m.in. osobą posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń. Osoba ta powinna wykazać się co najmniej 5-letnim doświadczeniem podczas pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych lub kierownika budowy. Poprzez „5-letnie

doświadczenie" Zamawiający rozumie okres faktycznie pełnionej funkcji kierownika budowy lub kierownika robót w specjalności, w której posiada uprawnienia.

W wykazie osób Konsorcjum CS podało ten okres w miesiącach wraz z informacją o nazwach inwestycji, terminach ich realizacji i pełnionej funkcji. W tym zakresie nie ma wątpliwości, że C.S. spełnia warunki udziału w Postępowaniu. Zarzuty dotyczą natomiast doświadczenia C.S., za które oferta otrzymała dodatkowe punkty w kryterium odnoszącym się do doświadczenia osób.

Zgodnie z pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ oferta miała otrzymać dodatkowe punkty, jeśli osoba zaproponowana do wykonania zamówienia posiadająca uprawnienia w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń i posiadająca min. 5 letnie doświadczenie pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy na inwestycji polegającej na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej, o średnicy min. Dn1200. Konsorcjum BA w wyjaśnieniach zwróciło Zamawiającemu uwagę, że w żadnym miejscu w treści SIWZ Zamawiający nie wymagał aby w ramach kryterium „Doświadczenie osób” osoba wskazana odnoście tego kryterium pełniła samodzielną funkcję techniczną kierownika robót. Po analizie postanowień SIWZ Zamawiający uznał, że z pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ nie wynika, że pełniąc funkcję kierownika robót osoba ta musiała posiadać uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie.

Zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom, że C.S. kierował robotami na podstawie przygotowania zawodowego do kierowania robotami w odpowiednim rzemiośle na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. co upoważniało do kierowania, nadzorowania i kontrolowania technicznego przy wykonywaniu robót budowlanych objętych rzemiosłem.

Skoro postanowienia SIWZ były nieprecyzyjne, to Zamawiający przyjął argumentację i uznał, że jeśli w latach wcześniejszych po ukończeniu studiów, a przed uzyskaniem uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie C.S. pełnił funkcje kierownika robót, to należało przyznać punkty za doświadczenie.

Zdaniem Zamawiającego przedstawianie dowodów na poparcie twierdzenia, że C.S w ogóle nie pełnił funkcji kierownika robót na spornych inwestycjach dopiero na rozprawie w sytuacji gdy się jest ich w posiadaniu w chwili składania odwołania, prowadzi do niepotrzebnego przedłużania posiedzeń Izby, na której uczestnicy postępowania odwoławczego otrzymują różnego rodzaju dokumenty, których nie są w stanie dokładnie przeanalizować i się do nich odnieść.

W zakresie zarzutu zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji oraz złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji Zamawiający wyjaśnił, że Konsorcjum BA od konsekwentnie twierdziło, że samodzielnie nie posiada wymaganego doświadczenia oraz, że w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu będzie korzystało z zasobów innego podmiotu.

Zastąpienie podmiot udostępniającego doświadczenie, tj. Duna Aszfalt, innym podmiotem, tj. Wykonawcą E przewiduje przepis art. 22a ust. 6 Pzp. To że Wykonawca E był jednocześnie jednym z wykonawców, którzy złożyli własne oferty nie wyklucza możliwości udostępnienia swojego potencjału innemu wykonawcy. Twierdzenia Odwołującego dotyczące zarzutu zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w Postępowaniu oparte są na domysłach i spekulacjach, a Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum BA wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba, wobec spełniania przez Konsorcjum BA przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła dopuścić wykonawcę zgłaszającego przystąpienie (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W piśmie procesowym z 7 stycznia 2018 r. Konsorcjum BA przedstawiło następujące stanowisko w sprawie.

Zarzuty 1-3

Odnosząc się do treści spornego warunku udziału w Postępowaniu Konsorcjum BA stwierdziło, że – po pierwsze – Zamawiający w treści SIWZ nie wskazał na legalną definicję sieci wodociągowej, tak jak to uczynił przykładowo w odniesieniu do warunku opisanego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. a) SIWZ, gdzie w uwagach wprost wskazał, jak należy rozumieć pojęcie „droga klasy GP”. Tym samym Zamawiający w zakresie tego warunku nie określił, jakie roboty budowlane będzie uznawał za spełniające jego wymagania. W treści opisu warunku udziału w Postępowaniu Zamawiający nie wskazał również na żadne istotne elementy sieci wodociągowej, które mają być wykonane w ramach takiego zadania, a w szczególności nie wskazał, czy ma to być budowa lub przebudowa całej sieci, jaka ma być wielkość takiej sieci czy wartość wykonanych robót budowlanych. W skrajnym przypadku można uznać, że przebudowa nawet 5 metrów sieci wodociągowej będzie spełniała wymagania Zamawiającego, byleby dotyczyła sieci wodociągowej o średnicy min. Dn1200.

Po drugie, wskazać należy, że wbrew sugestii Odwołującego nie tylko Ustawa ZZW zawiera definicję sieci. Przykładowo w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z 24 lipca 2009 r. w sprawie przeciwpożarowego zaopatrzenia w wodę oraz dróg pożarowych (Dz.U.2009.124.1030 ze zm.), rozdział 4 poświęcony jest wymaganiom dla sieci wodociągowych i bynajmniej nie chodzi tu o sieci o wodociągowe, o których mowa w wyżej cytowanej ustawie.

Po trzecie, Przystępujący wskazał, że wykonawca kwestionowanej roboty budowlanej (Uniserv) udostępniając swoje zasoby, nie miał wątpliwości, że w świetle tak postawionego warunku udziału w Postępowaniu jego robota budowlana spełnia te wymagania.

Na potwierdzenie powyższego Przystępujący załączył oświadczenie osób uprawnionych do reprezentacji wskazanego podmiotu, w którym potwierdzają one, że roboty wykonywane w ramach modernizacji chłodni wentylatorowej obejmowały wewnątrzzakładową podziemną sieć wodociągową wody przemysłowej, która stanowi fragment wewnątrzzakładowej sieci uzbrojenia terenu. Tym samym również Przystępujący nie mógł mieć wątpliwości w tym zakresie, skoro podmiot, który zajmuje się tego typu robotami budowlanymi składa takie oświadczenie.

Konsorcjum BA dodało, że wskazanie w oświadczeniu, że ta sieć stanowi fragment wewnątrzzakładowej sieci uzbrojenia terenu ma istotne znaczenie. Zgodnie bowiem z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne (Dz.U.2017.2101 j.t ze zm.) „sieci uzbrojenia terenu – rozumie się przez to wszelkiego rodzaju nadziemne, naziemne i podziemne i urządzenia kanalizacyjno-telekomunikacyjne, elektroenergetyczne i inne, z wyłączeniem urządzeń melioracji szczegółowych, a także podziemne budowle, które w rozumieniu przepisów o statystyce publicznej nie są budynkami”.

Z przytoczonej definicji wynika, że w rozumieniu ustawy prawo geodezyjne i kartograficzne również wskazuje na sieci wodociągowe, nie odnosząc tego pojęcia do definicji zawartej w ustawie o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę.

Przystępujący wskazał również że pogląd prezentowany przez Odwołującego jest zgoła odmienny od stanowiska Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że wcale w warunku udziału w Postępowaniu nie było wskazania, że chodzi o sieć wodociągową wody pitnej dla mieszkańców, ale o jakąkolwiek sieć wodociągową.

Powoływanie się przez Odwołującego na opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia i wykazywanie, za pomocą tego opisu, że z całą pewnością chodziło w warunku o sieć wodociągową w rozumieniu ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę pitną, jest równie całkowicie chybiony, gdyż przytoczony fragment pkt 10

ppkt 2 lit. v) SIWZ w żaden sposób nie może stanowić podstawy do wykładni warunku, który jak wskazano powyżej nie określił w jakim zakresie ma być budowana czy przebudowywana sieć.

Mając na uwadze powyższe, brak jest podstaw do uznania stawianych zarzutów za zasadne. Nie bez znaczenia jest fakt, że Odwołujący zarzucił wykonawcy kwalifikowaną formę wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez podanie nieprawdziwych informacji w wyniku świadomego działania lub rażącego niedbalstwa. Jak wykazano powyżej, roboty przedstawione w wykazie spełniają warunek postawiony przez Zamawiającego, co już z natury rzeczy przeczy zasadności stawianego zarzutu, a dodatkowo z daleko posuniętej ostrożności należy wskazać, że wobec braku jednoznacznego rozumienia warunku i twierdzeń podmiotu udostępniającego zasoby, brak jest podstaw do przypisania Konsorcjum BA zawinienia chociażby w postaci rażącego niedbalstwa.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania wezwania do wyjaśnień Przystępujący wskazał, że Odwołujący całkowicie pomija fakt, że referencje nie są dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, a jedynie dokumentem potwierdzającym, że wskazane roboty zostały wykonane należycie. Z opisu zamieszczonego w wykazie jednoznacznie wynikało potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, a wobec stawianych zarzutów i twierdzeń zarówno Zamawiającego, jak i Przystępującego kwestia ta nie powinna być już wyjaśniana.

Zarzuty 4-5

Odwołujący w sposób całkowicie nieuprawniony próbuje nadać zarówno warunkowi udziału w postępowaniu, jak i opisowi kryterium oceny ofert treść, która nie została zamieszczona w SIWZ. Co więcej wskazać należy, że sam warunek udziału w Postępowaniu znacząco różni się od kryterium oceny ofert, o czym będzie mowa poniżej.

Konsorcjum BA podtrzymując wyjaśnienia z 20 listopada 2017 r. złożone w toku Postępowania wskazało, że zgodnie z postanowieniami pkt 14 ppkt 2.2 lit. f) SIWZ, wykonawca miał się wykazać osobą:

- posiadającą uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń,
- osoba ta musiała mieć 5-letnie doświadczenie w sprawowaniu funkcji kierownika robót sanitarnych lub kierownika budowy.

Nie ulega wątpliwości, że osoba wskazana na to stanowisko spełnia przedmiotowe warunki, zresztą Odwołujący nie postawił żadnego zarzutu w tym zakresie.

Odnosząc się natomiast do opisu kryterium oceny ofert, to wskazać należy, że w zakresie osoby zaproponowanej na stanowisko kierownika w specjalności instalacyjnej, Zamawiający zdecydował się na przyznanie punktów w sytuacji gdy:

- osoba posiada uprawnienia określonej specjalności i 5 letnie doświadczenie,
- wykazana osoba pełniła funkcję kierownika robót lub kierownika budowy na określonych inwestycjach.

Już w tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający nie określił w kryterium, jakim to 5-letnim doświadczeniem winna charakteryzować się dana osoba, ale kwestia ta nie jest przedmiotem zarzutu. Odwołujący zarzucił bowiem, że wskazany na to stanowisko C.S. na inwestycjach wskazanych w celu przyznania punktów nie posiadał uprawnień wymaganych przez Zamawiającego, a tym samym nie pełnił funkcji kierownika robót czy kierownika budowy. Tym samym – zdaniem Odwołującego – Zamawiający nie powinien przyznać punktów Konsorcjum BA w tym zakresie, a dodatkowo uznać należy, że Przystępujący co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził w błąd Zamawiającego co do możliwości przyznania punktów.

Z takim stanowiskiem Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze, jeżeli porównamy opis warunku udziału i opis kryterium oceny ofert, to uznać należy, że innego doświadczenia wymagał Zamawiający na wykazanie warunku udziału w postępowaniu a innego na kryteria oceny ofert. Wskazać należy, że warunku udziału, Zamawiający wprost wskazał, że chodzi o 5-letnie doświadczenie w wykonywaniu funkcji kierownika robót sanitarnych, a takie doświadczenie można nabyć faktycznie tylko i wyłącznie po nabyciu określonych uprawnień. Natomiast w przypadku kryterium oceny ofert, Zamawiający w sposób zamierzony pominął przy doświadczeniu odwoływanie się do posiadanych uprawnień wymagając jedynie, aby dana osoba faktycznie kierowała robotami (przy czym Zamawiający nawet nie sprecyzował, czy chodzi mu o roboty sanitarne), na inwestycji dot. sieci wodociągowej o średnicy min. Dn 1200. Zamawiający w tym zakresie nie odwołał się w żaden sposób do ustawy Prawo budowlane czy też nie wskazał, że przy ocenie w zakresie tego kryterium będzie brał postanowienia z Uwagi 4 zamieszczonej pod opisem warunków udziału. Co więcej, Uwaga 4 w sposób wyraźny stanowi, że odnosi się tylko i wyłącznie do oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw do „wiązaną” warunku udziału w Postępowaniu z opisem kryterium oceny, tak jak próbuje to uczynić Odwołujący.

Po drugie, w świetle tak opisanego kryterium oceny ofert, uznać należy, że Zamawiający prawidłowo przyznał Przystępującemu punkty. Jak wskazano w wyjaśnieniach z 20 listopada 2017 r., C.S. na wskazanych inwestycjach „Budowa stacji uzdatniania wody w Dzieńkowicach-Imielin” i „Budowa wodociągu zasilającego stację uzdatniania wody w Sosnowcu-Maczkach” kierował robotami, co potwierdza kryterium oceny ofert. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że wskazana osoba nie kierowała faktycznie robotami na tych inwestycjach, a jedynie mylnie próbuje wskazywać, że doświadczenie to nie powinno być brane pod uwagę, ponieważ na tych inwestycjach C.S. nie pełnił funkcji kierownika robót w rozumieniu SIWZ, gdyż nie posiadał w tym czasie określonych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, podczas gdy z opisu kryterium taki obowiązek w ogóle nie wynikał.

Na potwierdzenie powyższego Przystępujący załączył oświadczenie C.S., z którego to dokumentu jednoznacznie wynika, że kierował robotami podczas wskazanych inwestycji.

Tym samym zarzut zarówno podania nieprawdziwych informacji, jak i przyznania nieprawidłowej liczby punktów należy uznać za bezzasadny, bowiem doświadczenie wykazane dla C.S. odpowiada opisowi kryterium oceny ofert.

Zarzuty 6 i 7

W pierwszej kolejności Konsorcjum BA wskazało, że dla prawidłowości zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp niezbędnym jest wskazanie przepisu z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który został naruszony, a temu obowiązkowi Odwołujący nie sprostał. W związku z powyższym, już chociażby z tej przyczyny zarzut ten powinien zostać oddalony, gdyż jakiegokolwiek uzupełnienie tego zarzutu należy uznać za niedopuszczalne.

Po drugie, Przystępujący stanowczo zaprzeczył, aby doszło do jakiegokolwiek porozumienia, nie tylko zresztą z Eurovia, ale z jakimkolwiek podmiotem w celu zakłócenia konkurencji w Postępowaniu. Jest to zarzut całkowicie bezpodstawny, nie poparty żadnymi dowodami i najzwyczajniej nieprawdziwy.

Konsorcjum BA skorzystało z zasobów podmiotu Eurovia, jednak wskazać należy, że żaden przepis Pzp nie zakazuje takiego działania. Nie można czynić zarzutu żadnemu podmiotowi, jeżeli porusza się w granicach ustanowionych przez prawo, a taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

Wskazać przy tym należy, że to na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania zasadności stawianego zarzutu i stwierdzić należy, że Odwołujący nie sprostał temu

obowiązkowi. Za wyjątkiem gołosłownych twierdzeń brak jest w odwołaniu jakichkolwiek dowodów na poparcie stawnego zarzutu w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. wydruku ze strony internetowej Elektrociepłowni Będzin sp. z o.o. (dowód O1),
2. wydruku ze strony internetowej Uniserv (dowód O2),
3. wydruku prezentacji Grupy Kapitałowej Elektrociepłownia „Będzin” S.A. (dowód O3),
4. wydruku materiału prasowego „Elektrociepłownia Będzin – partner pełen ciepła” z portalu Polski Przemysł (dowód O4)

– na okoliczność, że doświadczenie Uniserv nie wpisuje się w treść warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ.

5. pisma przedstawiciela Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów S.A. z 22 grudnia 2017 r. wraz z pismem Odwołującego z 13 grudnia 2017 r. (dowód O5) – na okoliczność, że C.S. nie pełnił funkcji kierownika robót na inwestycjach pn.: „Budowa wodociągu zasilającego stację uzdatniania wody w Sosnowcu-Maczkach” oraz „Budowa stacji uzdatniania wody w Dzieńkowicach-Imielin” oraz rzeczywistych dat realizacji ww. inwestycji,
6. pisma Odwołującego z 5 października 2017 r. wraz z załącznikami – na okoliczność, że Konsorcjum BA dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji oraz zawarło z innym wykonawcą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu.

Przystępujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści wyciągu z projektu wykonawczego (opis i rysunek) dla zamówienia zrealizowanego przez Uniserv – na okoliczność, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ (dowód P3).

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Przystępującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ,
2. pisma Zamawiającego z 9 listopada 2017 r. (wezwanie Konsorcjum BA w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp),
3. pisma Przystępującego z 13 listopada 2017 r. (odpowiedź na ww. wezwanie) wraz z załącznikami – wykazem robót, referencjami Uniserv i wykazem osób,
4. pisma Zamawiającego z 16 listopada 2017 r. (wezwanie Konsorcjum BA w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp),
5. pisma Konsorcjum BA z 20 listopada 2017 r. (odpowiedź na ww. wezwanie),
6. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej,
7. załączników do pisma procesowego Przystępującego, a to: oświadczeń Uniserv (dowód P1) i C.S. (dowód P2) oraz dokumentów złożonych przez Przystępującego na rozprawie (dowód P3),
8. dowodów złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Na ich podstawie skład orzekający doszedł do przekonania, że złożone pisma procesowe przedstawiają stan faktyczny sprawy adekwatnie, przez co nie wymaga on dalszego uzupełnienia.

Odwołanie zostało częściowo uwzględnione z uwagi na zasadność jednego z podniesionych w nim zarzutów.

W ocenie składu orzekającego potwierdziła się jedna z okoliczności stanowiących podstawę faktyczną zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, wskutek niewłaściwej oceny oferty Konsorcjum BA w kryterium doświadczenia osób i przyznania tej ofercie 20 pkt za doświadczenie C.S. – osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót sanitarnych.

Osią sporu w ramach wspomnianego zarzutu odwołania była interpretacja postanowień SIWZ odnoszących się do opisu kryterium doświadczenia osób. *Clou* sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy warunkiem przyznania punktów za doświadczenie danej osoby, było wykonywanie określonej funkcji w okresie posiadanych przez nią uprawnień.

Na tak postawione pytanie Izba postanowiła udzielić odpowiedzi twierdzącej z przyczyn podanych poniżej.

Skład orzekający zgadza się z Odwołującym, że postanowienia SIWZ wskazują na logiczny związek pomiędzy treścią wzmiankowanego warunku a kryterium doświadczenia osób. Świadczą o tym zawarte w pkt 47 ppkt 2 SIWZ sformułowania, zgodnie z którymi „Zamawiający określił minimalne warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, po spełnieniu których

doświadczenie osób będzie podlegało ocenie zgodnie z zapisami jak niżej [...]” oraz „Jeżeli osoba zaproponowana do wykonania zamówienia posiadająca uprawnienia [...] i posiadająca min. 5-letnie doświadczenie pełniła funkcję kierownika robót [...]”. Nie ulega również wątpliwości, że zarówno w ramach kryterium określonego w pkt 47 ppkt 2 lit. c) SIWZ, jak i warunku udziału w Postępowaniu z pkt 14 ppkt 2.2 lit. f) SIWZ, oceniane było doświadczenie tej samej osoby.

Zdaniem Izby nie są to jednak okoliczności przesądzające o trafności postawionej przez Odwołującego tezy, zgodnie z którą sprawowanie przez określoną osobę (*ad casum* – C.S.) samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (tu – kierownika robót) uzależnione było od posiadania stosownych uprawnień (zob. str. 9 odwołania).

Kluczowe dla oceny przedmiotowego zagadnienia jest, w przekonaniu składu orzekającego, użycie przez Zamawiającego we wzmiankowanych powyżej postanowieniach SIWZ pojęcia kierownika robót. Oznacza ono – zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U.2016.290 ze zm.), zwanej dalej „PrBud” – samodzielną funkcję techniczną w budownictwie. Jej wykonywanie uzależnione jest od posiadania odpowiedniego wykształcenia technicznego i praktyki zawodowej stwierdzonych decyzją zwaną uprawnieniami budowlanymi (art. 12 ust. 2 PrBud).

Wydaje się, że na powyższe okoliczności zwrócił uwagę sam Przystępujący, z tą jednak różnicą, że odniósł je do poprzednio obowiązujących aktów normatywnych. Na str. 6 wyjaśnień z 20 listopada 2017 r. oświadczył, że C.S. kierował robotami na podstawie przygotowania zawodowego do kierowania robotami budowlanymi w odpowiednim rzemiośle na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Gospodarki Terenowej i Ochrony Środowiska z 20 lutego 1975 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U.1975.8.46 ze zm.), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, wydanego na podstawie art. 18 ust. 5 i art. 57 ust. 3 ustawy z 24 października 1974 r. Prawo budowlane (Dz.U.1974.38.229 ze zm.), zwanej dalej „PrBud74”.

Analiza wskazanych powyżej aktów prawnych również prowadzi do wniosku, że funkcja kierownika robót zaliczała się do samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (art. 18 ust. 2 PrBud74), których wykonywanie uzależnione było od posiadania odpowiedniego przygotowania zawodowego, w szczególności odpowiedniego wykształcenia technicznego i praktyki zawodowej (art. 18 ust. 1 PrBud74). Zasady i sposób stwierdzania przygotowania zawodowego do kierowania robotami budowlanymi określało wspomniane przez Konsorcjum BA w wyjaśnieniach Rozporządzenie (patrz § 1 pkt 2). Wskazywało ono na wymóg posiadania określonego w § 5 ust. 1 przygotowania zawodowego, obejmującego

wykształcenie i praktykę scharakteryzowaną w § 9, po których uzyskaniu (odbyciu) można było ubiegać się o stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (§ 11), na zasadach i w trybie określonych § 13 Rozporządzenia.

Konkludując, z przedstawionej powyżej analizy wynika, że funkcję kierownika robót można (było) pełnić wyłącznie po spełnieniu wymogów precyzyjnie określonych przepisami prawa, czego Przystępujący Zamawiającemu nie wykazał, będąc do tego, w ocenie Izby – zasadnie, wezwany przez Zamawiającego (pismo z 16 listopada 2017 r.). Twierdzenia Konsorcjum BA o posiadanym przez C.S. przygotowaniu zawodowym, niezbędnym (obok stwierdzenia tej okoliczności w przewidzianej prawem formie) do pełnienia funkcji kierownika robót pozostają gołosłowne.

W konsekwencji przedstawionych zapatrywań w istocie obojętna jest okoliczność, że w opisie kryterium doświadczenia osób nie zamieszczono zawartej w treści warunku udziału w Postępowaniu uwagi nr 4 odnoszącej się do 5-letniego doświadczenia, w której Odwołujący upatrywał trafności swojej argumentacji. Przez sam fakt użycia pojęcia kierownika robót, które ma normatywne (określone przepisami) znaczenie Zamawiający dał bowiem wyraz konieczności istnienia związku pomiędzy funkcją a uprawnieniami do jej sprawowania.

W kwestii przeciwnej argumentacji Zamawiającego i Konsorcjum BA skład orzekający wskazuje, że taka interpretacja mogłaby prowadzić do akceptowania skutków sprzecznych z obowiązującymi wówczas (i obecnie) przepisami prawa. Konsekwencją przedstawionego przez te podmioty zapatrywania byłoby uznanie, że możliwa była sytuacja, w której określona osoba sprawuje samodzielną funkcję techniczną w budownictwie bez posiadania po temu stosownych uprawnień.

W powyższym kontekście Izba stwierdziła, że dowód P2 jest niewiarygodny nie z tej przyczyny, że pochodzi od osoby bezpośrednio zainteresowanej uzyskaniem przez Przystępującego zamówienia, ale dlatego, że nie odnosi się w ogóle do kwestii posiadania stwierdzonego na podstawie odpowiednich przepisów przygotowania zawodowego w okresie realizacji ujętych w oświadczeniu inwestycji, stanowiąc jedynie wyraz błędnego, zdaniem składu orzekającego, rozumienia kryterium doświadczenia osób.

Reasumując, przyznanie ofercie Konsorcjum BA punktów za wskazane w wykazie osób doświadczenie C.S. 20 pkt było niezasadne, w konsekwencji czego Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Odnosząc się natomiast do drugiej ze wskazanych w ramach podstawy faktycznej omawianego zarzutu odwołania okoliczności, a to że C.S. w ogóle nie pełnił funkcji kierownika robót, czego potwierdzenie stanowił dowód O5, Izba uznała, że stwierdzenie tej okoliczności na podstawie tego dokumentu nie jest możliwe. Treść dowodu wskazuje bowiem wprost na brak możliwości jej ustalenia w oparciu o zachowane dokumenty archiwalne. Ponadto, z faktu, że jedna z inwestycji („Budowa wodociągu zasilającego stację uzdatniania wody w Sosnowcu-Maczkach”) rozpoczęła się później niż na to wskazywał Przystępujący w wykazie osób nie można wyprowadzać wniosku, że C.S. w ogóle nie brał udziału w jej realizacji. Ponownie należy podkreślić, że ocena oferty Konsorcjum BA w kryterium doświadczenia osób okazała się wadliwa nie ze względu na niewykazanie, że C.S. pełnił funkcję kierownika robót na oznaczonych w wykazie inwestycjach, ale z uwagi na niewykazanie, że pełniąc wspomnianą funkcję posiadał stosowne uprawnienia.

Także pozostałe zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu opartego na art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, stanowiącego wszak konsekwencją argumentacji, że C.S. nie pełnił w ogóle funkcji kierownika robót na inwestycjach w Sosnowcu i Dzieńkowicach, Izba powtórnie wskazuje, że na stwierdzenie tego naruszenia nie pozwala zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. W szczególności, z przyczyn o których mowa powyżej, potwierdzenia postawionej w odwołaniu tezy nie może stanowić dowód O5. Inne dopuszczone i przeprowadzone przez Izbę dowody nie odnoszą się natomiast do tej kwestii.

Chybiona była również grupa zarzutów odnoszących się do nie wykazania spełnienia przez Konsorcjum BA warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 14 ppkt 2.1 lit. c) SIWZ (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 oraz art. 26 ust. 4 Pzp).

Izba stwierdziła, że Odwołujący dokonał korzystnej wyłącznie dla siebie interpretacji wzmiankowanego warunku, u podstaw której legło rozróżnienie pojęć sieci (sformułowanie użyte w treści warunku) i instalacji (określenie zawarte w referencjach Uniserv) wodociągowej (odwołanie, str. 6-7). Stanowiska zaprezentowanego w odwołaniu nie sposób jednak podzielić nie tylko ze względu na to, że referencje nie muszą odzwierciedlać (i niejednokrotnie nie odzwierciedlają) zakresu wykonanego zamówienia, ale przede wszystkim z uwagi na fakt, że z obowiązujących przepisów prawa nie wynika uniwersalna definicja wspomnianej w treści warunku sieci wodociągowej, ani też Zamawiający nie nadał temu pojęciu swoistego znaczenia w postanowieniach SIWZ. Konsorcjum BA trafnie wskazywało, odmiennie od definicji i aktów normatywnych, do których odnosił się Odwołujący, że w innych przepisach prawa powszechnie obowiązującego również znajdują się odesłania

do sieci wodociągowej, które nie nawiązują do znaczenia nadanego temu pojęciu przez Odwołującego (pismo procesowe Przystępującego, str. 3). Brak jednoznaczności w definiowaniu omawianego pojęcia, po pierwsze, nie pozwala na wyciąganie negatywnych dla Konsorcjum BA konsekwencji w płaszczyźnie oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu. Po drugie – uzasadnia funkcjonalne podejście do sieci wodociągowej, zgodnie z którym jest nią rurociąg dostarczający wodę, niezależnie od tego czyją sieć jest własnością i kto jest odbiorcą wody. Dodać należy, że zapatrywania składu orzekającego znajdują potwierdzenie w dowodach P1 i P3, które z tej przyczyny uznane zostały za wiarygodne.

Na marginesie skład orzekający stwierdza, że *ad casum* nie uznał za zasadne odnośnienie użytego w treści warunku pojęcia sieci do przedmiotu zamówienia, bowiem warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie musi być (a niejednokrotnie wręcz nie może) być tożsamy z przedmiotem zamówienia.

Z uwagi na przedstawione zapatrywania złożone przez Odwołującego dowody O1-O4 uznane zostały za niewiarygodne, jako stanowiące następstwo nieuprawnionego, zawężającego podejścia do treści spornego warunku udziału w Postępowaniu.

W konsekwencji stwierdzenia, że Konsorcjum BA wykazało spełnianie omówionego powyżej warunku udziału w Postępowaniu nie mógł się ostać zarzut zaniechania wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp. Skoro bowiem przedstawione przez Przystępującego informacje są zgodne z rzeczywistością i potwierdzają spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, tym samym nie doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Z powyższych przyczyn nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp. W jego zakresie Izba dodatkowo wskazuje, że skoro – jak wspomniano – nie jest rolą referencji potwierdzanie rodzaju i zakresu wykonanego zamówienia (temu służy wykaz wykonanych lub wykonywanych zamówień), to zasadniczo nie ma podstaw do wzywania do wyjaśnienia ewentualnych rozbieżności pomiędzy wspomnianymi dokumentami.

Nie potwierdziła się również trzecia grupa zarzutów, a to naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 20 Pzp.

W zakresie pierwszego z zarzuconych Zamawiającemu naruszeń próżno szukać w odwołaniu sprecyzowania znamiona którego czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje opisane w nim zachowanie Przystępującego. Zarzut taki nie poddaje się zatem ocenie (rozstrzygnięciu).

Jeżeli zaś chodzi o rzekome zawarcie przez Konsorcjum BA porozumienia ograniczającego konkurencję, którego stroną miałyby być udostępniająca Przystępującemu zasoby Eurovia, to opisane w odwołaniu okoliczności nie potwierdzają postawionej przez Odwołującego tezy. Abstrahując od okoliczności, że możliwość zmiany podmiotu, na którego zasobach wykonawca polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewiduje przepis art. 22a ust. 6 Pzp, to Izba – na podstawie przedstawionych w odwołaniu okoliczności faktycznych – nie znalazła powodów dla uznania zachowania obydwu podmiotów za naruszające prawo. Jeżeli Przystępujący miał świadomość, że doświadczenie poprzedniego podmiotu trzeciego (Duna Aszfalt) nie wpisuje się w warunek udziału w Postępowaniu określony w pkt 14 ppkt 2.1 lit. a) SIWZ, to racjonalnym działaniem była jego zmiana na podmiot gwarantujący uznanie, że Konsorcjum BA spełnia warunek udziału w Postępowaniu (Eurovia). Racjonalne było również zachowanie drugiej strony rzekomego porozumienia. Skoro Eurovia, ze względu na odrzucenie oferty złożonej w ramach konsorcjum z innym wykonawcą, miała świadomość niewielkich szans na uzyskanie zamówienia, to ekonomicznie uzasadnione było poszukiwanie innego sposobu na osiągnięcie zysku z tego przedsięwzięcia inwestycyjnego, w postaci oddania zasobów i planowanego podwykonawstwa w realizacji zamówienia. Takiej oceny przedstawionego stanu faktycznego nie zmienia, zdaniem składu orzekającego, dowód O6 i wskazywane przez Odwołującego relacje czasowe pomiędzy otwarciem ofert a zmianą podmiotu trzeciego – nie stanowią one, w przekonaniu Izby, wystarczającej podstawy do stwierdzenia istnienia niedozwolonego porozumienia i zastosowania względem Konsorcjum BA daleko idącej sankcji, jaką jest wykluczenie z Postępowania.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 3 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

