

Sygn. akt: KIO 1699/10

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Anna Chudzik

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 9 sierpnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie:**

1. **Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o., 44-280 Rydułtowy, ul. Strzelców Bytomskich 8/7 (lider konsorcjum),**
2. **Antoni Motyczka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka, 44-280 Rydułtowy, ul. Strzelców Bytomskich 8/7,**
3. **CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., 44-266 Świerklany, ul. Spacerowa 2,**
4. **Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych CO Franciszek Bandura, 43-250 Pawłowice, ul. Mickiewicza 75**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Żory Sp. z o.o., 44-240 Żory, Wodociągowa 10**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o., 44-280 Rydułtowy, ul. Strzelców Bytomskich 8/7 (lider konsorcjum), Antoni Motyczka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka, 44-280 Rydułtowy, ul. Strzelców Bytomskich 8/7, CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., 44-266 Świerklany, ul. Spacerowa 2, Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych CO Franciszek Bandura, 43-250 Pawłowice, ul. Mickiewicza 75 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o. (lider konsorcjum), 44-280 Rydułtowy, ul. Strzelców Bytomskich 8/7, Antoni Motyczka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka, 44-280 Rydułtowy, ul. Strzelców Bytomskich 8/7, CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., 44-266 Świerklany, ul. Spacerowa 2, Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych CO Franciszek Bandura, 43-250 Pawłowice, ul. Mickiewicza 75, stanowiący koszty postępowania odwoławczego,**
- 2) dokonać wpłaty przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o., 44-280 Rydułtowy, ul. Strzelców Bytomskich 8/7 (lider konsorcjum), Antoni Motyczka prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka, 44-280 Rydułtowy, ul. Strzelców Bytomskich 8/7, CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., 44-266 Świerklany, ul. Spacerowa 2, Franciszek Bandura prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych CO**

Franciszek Bandura, 43-250 Pawłowice, ul. Mickiewicza 75 na rzecz **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Żory Sp. z o.o., 44-240 Żory, Wodociągowa 10** kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Skład orzekający Izby:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Żory Sp. z o.o. – prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na *Kompleksowe uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w Żorach Kontrakt nr 6: Budowa sieci wod-kan. w dzielnicy Rój, Rogoźna i części dzielnicy Zachód w Żorach – obszar Zachód – zad. III etap I.*

W dniu 9 sierpnia 2010 r. konsorcjum w składzie: Zakład Robót Specjalnych Budowlanych Sp. z o.o., Zakład Robót Specjalnych Budowlanych A. Motyczka, CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o. oraz ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych CO Franciszek Badura, wniosło odwołanie dotyczące zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Konsorcjum w składzie: GEO-BUD-T.B.M. Sp. z o. o., Grzegorz Wyrobek P.U.H. „AUTO-KOMPLEX” oraz Przedsiębiorstwo Budowlano-Melioracyjne „TOLOS” Sp. j. Józef Walczak, Piotr Walczak (dalej: GEO-BUD-T.B.M), mimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz przedstawienia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ wykonawcy mieli obowiązek wykazać wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, robót budowlanych, których przedmiotem było:

- a) wykonanie dwóch zadań obejmujących budowę kanalizacji grawitacyjnej o długości co najmniej 7 km każde,
- b) wykonanie sieci wodociągowej o długości sieci co najmniej 3 km,
- c) budowa, przebudowa lub rozbudowa dróg o nawierzchni ścieralnej z asfaltobetonu o łącznej powierzchni co najmniej 20.000 m²,
- d) co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu robót budowlanych o wartości netto co najmniej 7.000.000 PLN zawierających wykonanie sieci kanalizacyjnej lub wodociągowej.

Konsorcjum GEO-BUD-T.B.M wykazało 9 robót, z których trzy ostatnie (poz. 7,8,9) nie mogą być – w ocenie Odwołującego – brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, gdyż oparte są na dokumencie, który został przygotowany przez nieuprawnionego pracownika firmy TCHAS Sp. z o.o., a uprawniony przedstawiciel firmy wydającej referencje, zdementował dane zawarte w tym dokumencie. Zdaniem Odwołującego nie zostały spełnione warunki, o których mowa powyżej w punktach a i d, bowiem wymóg wykonania dwóch zadań obejmujących budowę kanalizacji grawitacyjnej o długości co najmniej 7 km każde, mógłby być spełniony jedynie poprzez zaliczenie owych pozycji 7,8 i 9.

Ponadto Odwołujący wskazał następujące okoliczności mające świadczyć o złożeniu przez wybranego wykonawcę nieprawdziwych informacji:

- Poz. 7 wykazu robót, tj. „Budowa kanalizacji w dzielnicach Ligota-Ligocka Kuźnia, Gotartowice i Boguszowice Stare w Rybniku” Kontrakt ISPA/FS Nr 2001/PL/16/P/PE/025-02.4 nie zostało przez firmę TCHAS ukończone, gdyż kontrakt został zerwany. Nie mogło być zatem wystawione dla tego zadania Świadectwo Przejęcia, lub Protokół Odbioru których wystawienie, zgodnie z definicją zawartą w SIWZ, decyduje o uznaniu robót budowlanych za ukończone.
- W wykazie robót pod nr 9 jest wykazany kontrakt „Budowa kanalizacji w dzielnicach Orzepowice i Zebrzydowice w Rybniku - dokończenie robót - Kontrakt ISPA/FS Nr 2001/PL/16/P/PE/025-02.2/IT realizowany od 23.10.2007 r. do 31.05.2010 r., natomiast referencja wystawiona przez firmę TCHAS Polska jest datowana na listopad 2009 r. Brak jest zatem dokumentu który potwierdzałby, iż roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.
- W wykazie pod pozycją nr 8 wykazane zostało zadanie „Budowa kanalizacji w gminie Gaszowice Kontrakt ISPA 2001/PL/16/P/PE/025-02.6/F. Dla tego postępowania wprowadzono zakaz podwykonawstwa z wyjątkiem robót przewiertowych i montażu pomp, a Odwołujący powołał się na informację z Urzędu Miejskiego w Rybniku, zgodnie z którą firma Autokompleks nie była podwykonawcą oraz na informację od firmy TCHAS, iż firma Auto-Kompleks nie wykonywała robót dotyczących zadania „Budowa kanalizacji w dzielnicach Ligota, Ligocka Kuźnia, Gotartowice i Boguszowice Stare w Rybniku.

W ocenie Odwołującego nie został spełniony również warunek dotyczący co najmniej jednego zadania polegającego na wykonaniu robót budowlanych o wartości netto co najmniej 7.000.000 zł w zakresie sieci o których mowa w ppkt a lub b, jedyna bowiem pozycja w wykazie o wartości robót powyżej 7.000.000 PLN netto to pozycja 4 wykazu „Przebudowa rurociągów odpadów poflotacyjnych typu „Betras" L3B i L4B na trasie od Komory rozrządu LG w kierunku węzła Lipówka". Jednakże nie dotyczy ona wykonania sieci

obejmujących budowę kanalizacji grawitacyjnej o długości co najmniej 7 km lub wykonania sieci wodociągowej o długości sieci co najmniej 3 km, gdyż z treści referencji wynika że: po pierwsze rurociąg ten nie jest wodociągiem, po drugie nie ma długości co najmniej 7 km i po trzecie wykonany został zgodnie z technologią ułożenia rurociągów ciśnieniowych z tworzyw sztucznych, a nie jako kanalizacja grawitacyjna.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia, a w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósłby szkodę.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 9.2.2 SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, wykonawcy zobowiązani byli wykazać, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali roboty budowlane, których przedmiotem było:

- a) wykonanie dwóch zadań obejmujących budowę kanalizacji grawitacyjnej o długości co najmniej 7 km każde,
- b) wykonanie sieci wodociągowej o długości sieci co najmniej 3 km,
- c) budowa, przebudowa lub rozbudowa dróg o nawierzchni ścieralnej z asfaltobetonu o łącznej powierzchni co najmniej 20.000 m²,
- d) budowa co najmniej jednej przepompowni ścieków o wydajności 15 l/s,
- e) co najmniej jedno zadanie polegające na wykonaniu robót budowlanych o wartości netto co najmniej 7.000.000 PLN zawierających wykonanie sieci, o których mowa w ppkt a lub b.

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawcy mieli obowiązek złożenia wykazu robót (zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ) oraz dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Zamawiający zastrzegł, że przez wykonane zakończone roboty budowlane, zakończoną budowę lub inwestycję należy rozumieć kontrakt, dla którego został wydany protokół odbioru lub świadectwo końcowe.

Na potwierdzenie powyższego warunku Konsorcjum GEO-BUD-T.B.M załączyło do oferty wykaz zrealizowanych robót. Zamawiający uznał, że ww. konsorcjum spełnia warunki

udziału w postępowaniu i dokonał wyboru złożonej przez to konsorcjum oferty, jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie miał podstaw stwierdzić, że konsorcjum GEO-BUD-T.B.M nie spełnia tych warunków oraz że złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i prawidłowo dokonał wyboru złożonej przez to konsorcjum oferty, jako najkorzystniejszej. Również okoliczności powoływane przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym nie uzasadniają tej tezy.

Po pierwsze Izba uznała, że kwestionowane przez Odwołującego roboty, wskazane w poz. 7, 8 i 9 wykazu, zostały potwierdzone odpowiednim dokumentem i powinny być brane pod uwagę przy ocenie spełniania przedmiotowego warunku. Konsorcjum GEO-BUD-T.B.M. załączyło do oferty wymagany przez Zamawiającego dokument potwierdzający prawidłowe wykonanie i ukończenie robót, tj. referencje wystawione przez TCHAS Polska Sp. z o.o., w imieniu której działał Prezes Zarządu. Odwołujący nie wykazał, aby informacje o wykonaniu tych robót i dokument potwierdzający ich wykonanie były nieprawdziwe. Nie można za taki dowód uznać załączonego do odwołania pisma Dyrektora Oddziału EIFFAGE CONSTRUCTION, będącego odpowiedzią na pytanie Odwołującego o zgodność referencji ze stanem faktycznym. Odwołujący nie udowodnił, jaki jest związek między spółką, która wystawiła referencje, a spółką, która zaprzecza ich prawdziwości. Przede wszystkim jednak nie można uznać twierdzenia Dyrektora Oddziału EIFFAGE CONSTRUCTION o tym, że przedłożony dokument *był przygotowany przez nieuprawnionego pracownika, został zatem wydany pod wpływem błędu*, za przesądzający o złożeniu nieprawdziwych informacji, czy chociażby uprawdopodobniający tę tezę. Brak jest jakichkolwiek dowodów na to, że wystawca referencji kiedykolwiek je odwołał lub skorygował, czy uchylił się od swojego oświadczenia. Twierdzenie zawarte w piśmie EIFFAGE CONSTRUCTION z 3 sierpnia 2010 r. Izba uznała – jako nieoparte żadnymi dowodami i podpisane przez niezwyfikowaną osobę w imieniu spółki, której związek z wystawcą referencji nie został wykazany – za mało wiarygodne i niemogące stanowić podstawy pominięcia robót potwierdzonych spornymi referencjami przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podobnie nie można uznać za dowód świadczący o złożeniu nieprawdziwych informacji pisma złożonego na rozprawie przez Odwołującego, podpisanego przez pana Ryszarda Dyrkę *Przedstawiciela wykonawcy*, zaprzeczającego informacjom wykazanym w wykazie GEO-BUD-T.B.M. w zakresie długości sieci i wartości robót. Odwołujący nie wykazał nawet, że osoba, która pismo podpisała jest uprawniona do występowania w imieniu TCHAS Polska. Informację tą należy potraktować jako nieoparte dowodami zaprzeczenie

prawdziwości danych wykazanych w referencjach przez Prezesa Zarządu podmiotu, który je wystawił.

W świetle powyższego, roboty wykazane w poz. 7, 8 i 9 wykazu powinny być brane pod uwagę, a przy ich uwzględnieniu należy stwierdzić, że konsorcjum GEO-BUD-T.B.M. wykazało spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Izba ustaliła, że:

- warunek dotyczący wykonania dwóch zadań obejmujących budowę kanalizacji grawitacyjnej o długości co najmniej 7 km każde, spełniały roboty wskazane w poz. 7, 8 i 9 wykazu,
- warunek dotyczący wykonania sieci wodociągowej o długości sieci co najmniej 3 km, spełniały roboty wskazane w poz. 2 i 6 wykazu (ich łączna długość wynosi ponad 3 km, a Zamawiający w SIWZ nie wskazał, że wymóg 3 km ma dotyczyć poszczególnych zadań, tak jak to określono w ppkt 9.2.2.a, dopuszczalne więc było łączne wykazanie warunku przez dwa zadania)
- warunek dotyczący co najmniej jednego zadania polegającego na wykonaniu robót budowlanych o wartości netto co najmniej 7.000.000 PLN zawierających wykonanie kanalizacji grawitacyjnej lub sieci wodociągowej, spełniały roboty wskazane w poz. 2 wykazu (obejmowały bowiem budowę wodociągu, a brzmienie ppkt 9.2.2.e wskazuje, iż wymóg dotyczył jedynie rodzaju sieci, a nie jej długości, nie można zatem interpretować tego warunku zawężająco na niekorzyść wykonawcy).

Oceny spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie zmieniają twierdzenia Zamawiającego, że kontrakt wyszczególniony w poz. 7 został zerwany, w poz. 8 – zakończył się później niż wskazują referencje, a w poz. 9 – nie dopuszczał podwykonawstwa. Podkreślić należy, że Zamawiający nie wymagał przedłożenia wraz z ofertą protokołu odbioru czy świadectwa przejęcia, wymagał natomiast załączenia dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, a takim dokumentem są referencje, których prawdziwość nie została skutecznie zakwestionowana. Izba stanęła na stanowisku, że wykonanie prac należy oceniać w aspekcie ich realizacji na rzecz podmiotu, dla którego były realizowane, a więc wystawcy referencji. Dlatego nie może przesądzać o wykazaniu nieprawdziwych informacji fakt, że cała inwestycja nie została ukończona lub ukończono ją w terminie późniejszym niż wynika z referencji, albo że zamawiający na rzecz którego inwestycja była realizowana nie dopuszczał podwykonawstwa. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że referencje wystawione zostały przez podmiot, na rzecz którego członkowie konsorcjum GEO-BUD-T.B.M. wykonywali określony zakres prac, będący częścią inwestycji. Z punktu widzenia odbiorcy tych prac – wystawcy referencji, realizowane roboty mogły

zostać wykonane niezależnie od terminu wykonania całego zadania inwestycyjnego, ponadto nie udowodniono, że nie został sporządzony protokół ich odbioru. Podobnie, jeśli wystawca referencji potwierdza wykonanie robót w charakterze podwykonawcy, to nie można temu zaprzeczyć jedynie poprzez odwołanie się do warunków określonych przez zamawiającego, który podwykonawstwa nie dopuścił. Jest to bowiem kwestia relacji i informacji między zamawiającym a wykonawcą głównym.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby:

.....