

Sygn. akt: KIO 1192/11

**WYROK**

**z dnia 21 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECM Group Polska Sp. z o.o. w Warszawie (lider) oraz Ukrastalkonstrukcja O.S.A. w Kijowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. w Żarach**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AECOM Sp. z o.o. w Warszawie (lider) oraz AECOM Limited w St. Albans, Hertfordshire** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECM Group Polska Sp. z o.o. w Warszawie (lider) oraz Ukrastalkonstrukcja O.S.A. w Kijowie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECM Group Polska Sp. z o.o.**

**w Warszawie (lider) oraz Ukrastalkonstrukcja O.S.A. w Kijowie** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **ECM Group Polska Sp. z o.o. w Warszawie (lider) oraz Ukrastalkonstrukcja O.S.A. w Kijowie** na rzecz **Zakładu Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. w Żarach** kwotę **18 591 zł 60 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt jeden złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Inżynier Kontraktu dla Projektu Gospodarka odpadami w obrębie powiatów żarskiego i żagańskiego” zostało wszczęte przez Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o. w Żarach, zwany dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 226-345695) w dniu 20 listopada 2010 r.

W dniu 6 czerwca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECM Group Polska Sp. z o.o. w Warszawie (lider) oraz Ukrastalkonstrukcja O.S.A. w Kijowie, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

W dniu 8 czerwca 2011 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: AECOM Sp. z o.o. w Warszawie (lider) oraz AECOM Limited w St. Albans, Hertfordshire, zwani dalej łącznie Przystępującym, doręczyli Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

### Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wobec zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia Przystępującego.

Odwołujący twierdził, iż Przystępujący nie udowodnił, że spełnia warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. Podnosił, iż udokumentowanie przez tego Wykonawcę wykonania Raportu końcowego z realizacji Kontraktu dla Inżyniera Kontraktu nie potwierdza spełniania tegoż warunku.

Wywodził on, przywołując treść wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) z dnia 16 grudnia 2010 r., iż Zamawiający żądał wykazania wykonania Raportu końcowego z realizacji projektu. Odwołując się do Wytocznych do Przygotowania Raportu Końcowego Projektu Funduszu Spójności, zwanych dalej Wytocznymi, oraz art. F(4) załącznika II do Rozporządzenia Rady (WE) NR 1164/1994 z dnia 16 maja 1994 r. ustanawiającego Fundusz Spójności Odwołujący twierdził, iż zakres treściowy Raportu końcowego z realizacji projektu jest szerszy aniżeli zakres Raportu końcowego z realizacji Kontraktu dla Inżyniera Kontraktu. Tym samym wykonanie tego drugiego dokumentu nie może zostać uznane za potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. W ocenie Zamawiającego uznanie, iż Przystępujący powołany warunek spełnił, stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4. w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert, a także o nakazanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz wybranie jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Wnosił on o oddalenie odwołania. Twierdził, iż Odwołujący w sposób nieuprawniony odwołuje się do Wytocznych oraz art. F(4) załącznika II do Rozporządzenia Rady (WE) NR 1164/1994 z dnia 16 maja 1994 r. ustanawiającego Fundusz Spójności. Akty te bowiem zostały uchylone i nie mają zastosowania w niniejszej sprawie. Wywodził również, iż obecnie obowiązujące przepisy i wytyczne odnoszące do realizacji projektów finansowanych z Funduszu Spójności w żaden sposób nie regulują materii sporządzania raportów końcowych z realizacji projektu. Tym samym jedynym punktem odniesienia do interpretacji treści warunku może być SIWZ. W takim zaś przypadku należy uznać, iż Przystępujący wykazał w sposób wystarczający, że spełnia warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia.

### Stanowisko Przystępującego:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, na piśmie oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W szczególności Izba uznała, iż nie została wypełniona przesłanka odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust 2 pkt 2) ustawy Pzp, na co wskazywał Odwołujący. Podnosił on, iż pełnomocnictwo dla Artura J. wystawione przez członka konsorcjum w dniu 17 grudnia 2009 r. obejmowało m.in. upoważnienie do wnoszenia protestów oraz składania zażaleń do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a także do występowania na rozprawach odwoławczych oraz w postępowaniu skargowym przed sądem powszechnym. Tym samym osoba ta udzielając dalszych pełnomocnictw, na podstawie których zostało wniesione odwołanie w niniejszej sprawie, zdaniem Odwołującego, przekroczyła zakres umocowania. Tym samym odwołanie powinno ulec odrzuceniu. W ocenie Izby przedstawione pełnomocnictwo zostało wystawione w treści odpowiadającej przepisom prawa obowiązującym w dniu ich wystawienia. Jednoznacznym jest, iż zamiarem mocodawcy było upoważnienie do korzystania w jego imieniu z wszystkich przewidzianych przepisami ustawy Pzp, w dniu wystawienia pełnomocnictwa, środków ochrony prawnej. Izba uznała, że z uwagi na fakt, iż obecnie materia środków ochrony prawnej w ustawie Pzp została uregulowana w sposób odmienny od stanu z dnia wystawienia umocowania (usunięto zapisy o proteście wnoszonym do Zamawiającego, odwołanie zaś wnosi się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej), a powołane pełnomocnictwo nie zostało wycofane, uznać należy, iż osoba działająca na jego podstawie upoważniona jest do wnoszenia w imieniu mocodawcy odwołań do Prezesa Izby. W ocenie Izby, zgodnie z art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.) oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zdaniem Izby w rozpatrywanym przypadku nie ulega wątpliwości, iż zamiarem mocodawcy było upoważnienie do korzystania

w jego imieniu z wszystkich środków ochrony prawnej przewidzianych przepisami ustawy Pzp. Stąd też nie było podstaw ku temu, aby uznać, iż odwołanie wniosków podmiot nieuprawniony.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego w niniejszej sprawie.

Zaliczyła również w poczet materiału dowodowego przedstawione przez Odwołującego pismo z dnia 3 czerwca 2011 r. z Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Łodzi, załącznik II: zakres zadań dla kontraktu na Inżyniera dla projektu o nr 2000/PL/16/P/PE/006-1, dokument „Wytyczne do przygotowania raportu końcowego” z listopada 2008 r., opinię Jerzego T., Niezależnego Konsultanta SIDIR, a także przedstawioną przez Zamawiającego kopię umowy nr POIS.02.01.00-00-004/09-00 z dnia 9 czerwca 2010 r.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z wydruku ze strony internetowej z UM Łodzi przedstawionej przez Odwołującego uznając, iż fakty będące przedmiotem tego dowodu nie są sporne pomiędzy stronami, a tym samym nie wymagają dowodu.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z protokołu rozprawy w sprawie o sygn. KIO 860/11 i KIO 865/11 uznając, iż treść protokołu nie dowodzi, jak chciał tego Odwołujący, ostatecznego kształtu dokonanych przez Izbę w powołanym postępowaniu ustaleń, a zawiera on jedynie odzwierciedlenie stanowisk stron zaprezentowanych na rozprawie. Ustalenia dokonane przez Izbę znalazły odzwierciedlenie w wyroku wydanym w tej sprawie. Dowód ten nie jest zatem istotny dla rozstrzygnięcia i został powołany dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 9.1.2.C Części I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy

i doświadczenia udokumentował, iż wykonał co najmniej jedno zamówienie na usługę, której przedmiotem było sporządzenie raportu końcowego z realizacji projektu.

W piśmie z dnia 16 grudnia 2010 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z Wykonawców odnoszące się do powołanego zapisu SIWZ i zawierające prośbę o usunięcie go z treści SIWZ, wyjaśnił co następuje: *„Zamawiający podtrzymuje warunki udziału w postępowaniu opisane w SIWZ stawiane Wykonawcom. Warunek posiadania doświadczenia w zakresie sporządzenia raportu końcowego nie jest wygórowany i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, a ma na celu przedstawienie rzeczywistego doświadczenia Wykonawcy, które będzie wykorzystane przez Zamawiającego do sporządzenia Raportu końcowego dla niniejszego kontraktu. Zgodnie z pkt 7.2.8) OPZ <<Przedłożyć Raport Końcowy dla niniejszego Kontraktu na Inżyniera, który będzie prezentacją i kompleksowym podsumowaniem działań własnych Inżyniera w zakresie rzeczowym i końcowym rozliczeniem finansów i gwarancji, w terminie 14 dni po zatwierdzeniu i rozliczeniu ostatniego z kontraktów na roboty, dostawy i usługi.>> Zamawiający rozumie przez Raport Końcowy dla niniejszego Kontraktu na Inżyniera jako Raport równowagi Raportowi z realizacji projektu.”*

Przystępujący pierwotnie przedłożył w celu wykazania spełniania powołanego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumenty potwierdzające wykonanie analizy post-realizacyjnej, który to dokument został uznany przez Zamawiającego za wystarczający, w wyniku czego oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą.

Powołane czynności Zamawiającego zostały później unieważnione w następstwie uznania w wyroku Izby z dnia 5 maja 2011 r. o sygn. Akt KIO 860/11, KIO 865/11 odwołania wniesionego przez Odwołującego.

Mając na celu wykonanie powołanego wyroku Izby, Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 17 maja 2011 r. do Przystępującego z wezwaniem do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dookreślonego w pkt 9.1.2.C Części I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców.

Przystępujący wraz z pismem z dnia 20 maja 2011 r. przedłożył Zamawiającemu uzupełniony załącznik nr 4 – „Oświadczenie Wykonawcy o wykazie wykonanych/wykonywanych usług” wraz dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie Raportu Końcowego dla Kontraktu Inżyniera.

Zamawiający ponownie uznał, iż Przystępujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i wybrał jego ofertę, jako najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie.

Skład orzekający Izby, uwzględniając powyższe ustalenia, doszedł do przekonania, iż podnoszone przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym.

Izba stanęła na stanowisku, iż obowiązkiem Zamawiającego jest precyzyjne sformułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przypadku zaś, gdy powołany opis, zawarty w SIWZ, nie jest skonstruowany za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, Wykonawca, wobec wątpliwości interpretacyjnych treści SIWZ w zakresie kształtu warunków stawianych Wykonawcom, nie może być z tego tytułu obciążany negatywnymi konsekwencjami takiego stanu.

Izba uznała, iż takie trudności interpretacyjne postanowień SIWZ wobec nieprecyzyjnych postanowień w zakresie dookreślenia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia zaistniały w rozpatrywanym przypadku.

Rozpoznawane przez Izbę odwołanie zostało oparte na tezie, iż Zamawiający żądał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu Raportu końcowego z realizacji projektu, którego zakres określają Wytyczne oraz art. F(4) załącznika II do Rozporządzenia Rady (WE) NR 1164/1994 z dnia 16 maja 1994 r. ustanawiającego Fundusz Spójności. Tym samym Odwołujący wykazując, iż wykonany przez Przystępującego i przedstawiony na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia Raport końcowy dla Kontraktu Inżyniera, odnosił się do powołanych Wytycznych (tezę tę miały potwierdzać: załącznik II: zakres zadań dla kontraktu na Inżyniera dla projektu o nr 2000/PL/16/P/PE/006-1, dokument „Wytyczne do przygotowania raportu końcowego” z listopada 2008 r., opinia Jerzego T., Niezależnego Konsultanta SIDIR oraz pismo z dnia 3 czerwca 2011 r. z Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Łodzi). Twierdził, iż określony tam zakres, jaki obejmować powinien Raport Końcowy Projektu, nie znajduje odzwierciedlenia w treści wykonanego przez Przystępującego Raportu końcowy dla Kontraktu Inżyniera.

W ocenie Izby powyższe twierdzenie Odwołującego nie znajduje potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.



Izba stwierdziła, że z wyjaśnień Zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 16 grudnia 2010 r. nie wynika w sposób dostatecznie jasny, iż zamiarem Zamawiającego było żądanie od Wykonawców wylegitymowania się wykonaniem Raportu sporządzonego w sposób, jak i w treści, określonych w powołanych Wytycznych. Zamawiający wyjaśnił, iż wykazywane przez Wykonawców doświadczenie ma zostać wykorzystane „do sporządzenia raportu końcowego z niniejszego kontraktu”. Następnie przytacza on pkt 7.2.8 Części III SIWZ – opisu przedmiotu zamówienia, określającego co zawierać powinien raport końcowy „dla niniejszego kontraktu”. Ponadto stwierdza, iż uważa, że Raport Końcowy dla niniejszego kontraktu jest dokumentem równoważnym Raportowi z realizacji projektu. W żadnym jednak miejscu nie dookreśla tego czym wg niego jest Raport z realizacji projektu, ani jaki ten dokument ma mieć zakres, jaką treść ma on obejmować. W szczególności istotnym jest fakt, iż nie odnosi się on w jakikolwiek sposób do Wytycznych, ani też do Rozporządzenia Rady (WE) NR 1164/1994 z dnia 16 maja 1994 r. ustanawiającego Fundusz Spójności.

Kolejną istotną okolicznością, jest fakt, iż powołane Wytyczne oraz Rozporządzenie Rady (WE) NR 1164/1994 z dnia 16 maja 1994 r. ustanawiającego Fundusz Spójności nie mają zastosowania do projektów, które realizowane są w obecnej perspektywie finansowej. Zgodnie bowiem z postanowieniami art. 6 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1084/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego Fundusz Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1164/94 (Dz. Urz. UE. L 2006 Nr 210, str. 79), przepisy powołanego Rozporządzenia Rady (WE) NR 1164/1994, a co za tym idzie, również Wytycznych na jego podstawie wydanych, zostały uchylone z dniem 1 stycznia 2007 r. Okoliczność wygaśnięcia Rozporządzenia Rady (WE) NR 1164/1994 oraz Wytycznych nie była przedmiotem sporu między Stronami.

Tym samym dla obu Stron było bezsporne to, iż do obecnie realizowanego przez Zamawiającego projektu zastosowanie będą miały inne zasady, aniżeli określone w Wytycznych. Potwierdził to Zamawiający przedkładając kopię umowy o dofinansowanie nr POIS.02.01.00-00-004/09-00 z dnia 9 czerwca 2010 r. Dokument ten na stronie drugiej określa w sposób precyzyjny na podstawie jakich przepisów realizowane będzie dofinansowanie. Wyliczono tam m.in. Rozporządzenia Rady (WE) nr 1084/2006 z dnia 11 lipca 2006 r. ustanawiającego Fundusz Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1164/94. Istotną okolicznością jest fakt, iż między Stronami nie było sporu co do tego, iż powołane w tejże umowie o dofinansowanie nowe przepisy, zastępujące Wytyczne i Rozporządzenie nr 1164/94, nie nakładają na Zamawiającego obowiązku

sporządzenia Raportu końcowego dla realizacji projektu, a co więcej nie definiują takiego dokumentu.

Tym samym, w ocenie Izby, wobec braku legalnej definicji Raportu końcowego dla realizacji projektu w porządku prawnym mającym zastosowanie do realizacji przedmiotu zamówienia, nie sposób przyjąć w sposób jednoznaczny i bezsprzeczny, iż Zamawiający żądał okazania się wykonaniem dokumentu, który został sporządzony zgodnie z nieobowiązującymi w dniu składnia ofert Wytycznymi. W takiej sytuacji, uwzględniając, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, Izba uznała, iż dokonując wykładni pkt 9.1.2.C Części I SIWZ należy mieć na uwadze treść SIWZ, a w szczególności opis przedmiotu zamówienia. Specyfikacja zaś na stronach 76 i 119 (pkt 7.2.8 Części III SIWZ – OPZ – przywołany w odpowiedzi z dnia 16 grudnia 2010 r.) definiuje Raport końcowy dla niniejszego Kontraktu dla Inżyniera. Definicja ta w żaden sposób nie odwołuje się do Wytycznych.

Skład orzekający uwzględnił także okoliczność, iż Izba w wyroku z dnia 5 maja 2011 r. o sygn. akt KIO 860/11, KIO 865/11 nie zawarła twierdzenia, iż żądany przez Zamawiającego Raport końcowy z realizacji projektu musi być dokumentem sporządzonym zgodnie z Wytycznymi. Stwierdziła jedynie, iż dokument, którego realizację wykazywał Przystępujący, tj. analiza post-realizacyjna jest dokumentem o zbyt wąskiej treści, aby można go było uznać za potwierdzający spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia.

W ocenie Izby nie sposób dokonać wykładni postanowień pkt 9.1.2.C Części I SIWZ w sposób postulowany przez Odwołującego. Prowadziłoby to bowiem do nierównego traktowania wykonawców. Wykonawcy, którzy świadczyliby usługi w związku z projektami realizowanymi w porządku prawnym obowiązującym od dnia 1 stycznia 2007 r. nie mogliby, w przypadku uznania twierdzeń Odwołującego za słuszne, wykazać się własnym doświadczeniem w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego tego doświadczenia właśnie. Biorąc pod uwagę, iż zgodnie z treścią powołanego pkt 9.1.2.C Części I SIWZ możliwym jest wykazanie się jedynie usługą zrealizowaną w okresie trzech lat przed upływem terminu składnia ofert, nie sposób uznać twierdzeń Odwołującego za uzasadnione. Nie ma bowiem podstaw ku temu, aby dokonać wykładni powołanej konkretyzacji warunku udziału w postępowaniu w kierunku ograniczającym konkurencję, a zatem naruszającym podstawową zasadę ustawy Pzp, w sytuacji gdy brak bezsprzecznych podstaw ku temu. Prowadziłoby to do wymagania od Wykonawców, aby powoływali się oni na wykonanie raportów końcowych sporządzonych w okresie, gdy Wytyczne już nie obowiązywały, w sposób spełniający wszelkie wymagania tych Wytycznych.

Z tych samych powodów nie można przyjąć za prawidłowe stanowiska Odwołującego, że w przypadku, gdy Przystępujący wykazuje realizację usługi (sporządzenie raportu końcowego) odnoszącej się do poprzedniej perspektywy finansowej, a zatem do okresu, gdy Wytyczne były obowiązujące, powinien on przedstawić dokumenty potwierdzające, iż wykonał Raport końcowy dla realizacji projektu zgodny z Wytycznymi. Uznanie takiego stanowiska prowadziłyby do nierównego traktowania podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wykonawcy którzy wykazywaliby się wykonaniem dokumentów, sporządzonych w czasie, gdy byli związani Wytycznymi, byłiby inaczej traktowani od tych Wykonawców, którzy wykazywaliby się dokumentami sporządzonymi już w okresie, gdy Wytyczne zostały uchylone. Tym samym prowadziłyby to do wyprowadzenia z tej samej literalnie treści SIWZ, dwóch różnej treści warunków. W ocenie składu orzekającego, w rozpatrywanym przypadku, działanie takie byłoby nieuzasadnione i nieuprawnione.

Nie można również za uzasadniające dokonanie postulowanej przez Odwołującego wykładni pkt 9.1.2.C Części I SIWZ uznać twierdzenia Odwołującego, iż przyjęcie stanowiska Zamawiającego za prawidłowe, prowadziłyby do tego, że warunek z pkt 9.1.2.C Części I SIWZ stanowiłby powtórzenie warunku z pkt 9.1.2.B Części I SIWZ, a tym samym byłoby nieracjonalne. Izba uznała, że nawet gdyby twierdzenie Odwołującego o powtórzeniu tego samego warunku w dwóch różnych jednostkach redakcyjnych SIWZ było prawdziwe, to nie może to uzasadniać dokonywania wykładni treści jednego z nich w sposób, który prowadziłyby do nierównego traktowania Wykonawców.

Tym samym, jak już to wskazano, celem ustalenia zakresu obowiązku Wykonawcy należało posiłkować się treścią opisu przedmiotu zamówienia.

Rozstrzygając o zasadności odwołania, Izba uwzględniła fakt, iż Odwołujący w treści odwołania nie zarzucał Zamawiającemu, że ten oceniając spełnianie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, nie weryfikował zakresu dokumentu, którego wykonaniem wykazywał się Przystępujący na potwierdzenie warunku z pkt 9.1.2.C SIWZ, pod kątem zgodności tegoż dokumentu z zakresem Raportu końcowego opisanego w przedmiocie zamówienia. Postawił taką tezę dopiero w toku rozprawy, nie wykazując jednak w sposób jasny, na czym ta niezgodność miałaby polegać. Izba uznała takie działanie Odwołującego za spóźnione i nie podlegające jej kognicji. W świetle bowiem przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu.

Izba uwzględniła także okoliczność, iż fakt wykonania przez Przystępującego Raportu końcowego dla Kontraktu na Inżyniera, a zatem dokumentu, na którego realizację powoływał

się on w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, znalazł potwierdzenie w treści pisma z dnia 3 czerwca 2011 r. z Wydziału Gospodarki Komunalnej Urzędu Miasta Łodzi. Pismo to zostało przywołane jako dowód przez Odwołującego. Tym samym Izba uznała, iż okoliczność ta nie jest sporna między Stronami.

Uwzględniając powyższe ustalenia i dokonaną ich ocenę, Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów uzasadniających prawidłowość prezentowanej przez siebie argumentacji. Sformułowane przez niego twierdzenia nie mogły zostać uznane przez Izbę za wystarczające dla uznania twierdzeń Zamawiającego za mniej wiarygodne od tych postawionych przez Odwołującego. Dlatego też Izba nie mogła dać wiary argumentacji Odwołującego, wobec czego uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty przez niego podniesione.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....