

**WYROK**

**z dnia 7 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października i 7 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2012 r. przez **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Mostowych "Mosty PRDiM" Sp. z o.o., 47-220 Kędzierzyn – Koźle, ul. Grunwaldzka 76**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu, 45-061 Opole, ul. Katowicka 55**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Konsorcjum: Zakład Budownictwa Ogólnego i Inżynierii Wodnej S..... Ł....., Zakład Budownictwa Wodnego i Konserwacji BUDWOD s.c. C..... i A..... A....., 48-340 Głuchołazy, ul. Chrobrego 8**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Mostowych "Mosty PRDiM" Sp. z o.o., 47-220 Kędzierzyn – Koźle, ul. Grunwaldzka 76** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego –**

**Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Mostowych "Mosty PRDiM" Sp. z o.o.,  
47-220 Kędzierzyn – Koźle, ul. Grunwaldzka 76** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Mostowych "Mosty PRDiM" Sp. z o.o., 47-220 Kędzierzyn – Koźle, ul. Grunwaldzka 76** na rzecz **Zamawiającego – Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych, 45-061 Opole, ul. Katowicka 55** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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. 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 Opolu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu, ul. Katowicka 55, 45 - 061 Opole (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn: „Odbudowa cieków Cielnica w km 17 +970- 21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gmina Nysa”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę niższą niż wyrażona w złotych równoważącą kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 września 2012 r., numer ogłoszenia 345012 - 2012.

W dniu 12 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Mostowych „MOSTY PRDiM” Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 76, (dalej „Odwołujący”) od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oraz zaniechań Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: konsorcjum - Zakład Budownictwa Ogólnego i Inżynierii Wodnej inż. S..... Ł....., ul. Chrobrego 8, 48-340 Głuchołazy (lider konsorcjum) oraz Zakład Budownictwa Wodnego i Konserwacji BUDWOD s.c. C..... i A..... A....., ul. Portowa 1, 47-205 Kędzierzyn - Koźle (partner konsorcjum) (dalej "Konsorcjum - Zakład Budownictwa Ogólnego i Inżynierii Wodnej inż. S..... Ł....., oraz Zakład Budownictwa Wodnego i Konserwacji BUDWOD s.c. C..... i A..... A.....") jako najkorzystniejszej, podczas gdy prawidłowa ocena oferty tego wykonawcy winna prowadzić do sklasyfikowania oferty na miejscu 2 pod względem kryteriów oceny ofert;
- 2) czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać sklasyfikowana na drugim miejscu pod względem kryteriów

oceny ofert i bezprawne uznanie oferty Odwołującego, która zawierała niższą cenę za podlegającą odrzuceniu z uwagi na wykluczenie Odwołującego;

- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne uznanie, iż spełnione zostały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu rzekomego nie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia wymaganych przez Zamawiającego podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;
- 4) art. 91 ust. 1 - 2 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ"), podczas gdy prawidłowa ocena ofert winna prowadzić do wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty za którą uznano ofertę Konsorcjum - Zakład Budownictwa Ogólnego i Inżynierii Wodnej inż. S..... Ł....., oraz Zakład Budownictwa Wodnego i Konserwacji BUDWOD s.c. C..... i A..... A.....,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania;
- 4) nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej - prawidłowej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 5) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
- 6) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania przed KIO.

Odwołujący wskazywał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum - Zakład Budownictwa Ogólnego i Inżynierii Wodnej inż. S..... Ł....., oraz Zakład Budownictwa Wodnego i Konserwacji BUDWOD s.c. C..... i A..... A....., pomimo faktu, iż pod względem kryteriów oceny ofert - winna być druga w kolejności w zakresie wszystkich ważnych a złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert. Najkorzystniejszą ważną w

istocie ofertę złożył Odwołujący, a jedynie błędna i niezrozumiała ocena dokumentów złożonych przez Odwołującego dokonana przez Zamawiającego doprowadziła do jego wykluczenia i tym samym bezprawnego odrzucenia oferty. Jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu stanowiła cena i tak odpowiednio oferta Odwołującego opiewała na kwotę: 2.692.260,35 złotych zaś oferta wybrana na kwotę: 3.023.583,70 złotych, czyli o 331.323,35 złotych więcej niż oferta Odwołującego. Pozostałe ważne oferty były droższe, zaś najtańsza oferta w postępowaniu podlegała bezwzględniemu odrzuceniu - co Zamawiający uczynił, zaś wykonawca ten nie wniósł odwołania. Stąd też najkorzystniejszą ofertą pozostawała oferta Odwołującego.

Zgodnie z punktem 9 ppkt 2-1) SIWZ - strona 7-8 - warunek posiadania wiedzy i doświadczenia będzie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże: wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 roboty, której przedmiotem było wykonanie odbudowy, budowy lub remont mostu drogowego lub gospodarczego; odbudowa, remont regulacji rzeki na długości co najmniej 1,5 km. "

W tym zakresie Odwołujący przedstawił między innymi referencje uzyskane od Zakładu Melioracyjno - Budowlanego „SAMBUD” M..... S....., z których to referencji wynika ponad wszelką wątpliwość, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 3 października 2012 roku zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w SIWZ - powołał się przy tym na art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na w/w wezwanie, Odwołujący przy zachowaniu określonego terminu - pismem z dnia 4 października 2012 roku złożył stosowne wyjaśnienia. Podał przy tym między innymi, iż podmiot trzeci, który wystawił Odwołującemu referencję - rzeczywiście nie zgłosił Odwołującego jako podwykonawcy w zadaniu, które w istocie wykonywał wraz z Odwołującym - a które było także prowadzone przez tego samego Zamawiającego. Nadto przekazał Zamawiającemu protokoły: częściowy i końcowy - potwierdzające dodatkowo - wykonanie robót wskazanych w zakwestionowanych referencjach. (dowód: referencje Odwołującego; referencje M..... S..... pochodzące od Zamawiającego; zeznania świadka: M..... S..... - ul Niezapominajek 9, 47-224 K-Koźle - świadek bez odrębnych wezwań stawi się na rozprawie; przesłuchanie Prezesa Zarządu Odwołującego). Doktryna i orzecznictwo zgodnie wskazują, że podmiotem wystawiającym referencje może

być także inny podmiot dysponujący wiedzą na temat zrealizowanych robót/dostaw/usług (por. wyrok z 29 września 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1967/10; KIO/UZP 1980/10 np. żaden z przepisów ustawy nie wymaga, aby referencja była wystawiona wyłącznie przez zamawiającego danej roboty/usługi/dostawy. Nie ma przeszkód, by dokument taki wystawił wykonawca dla swego podwykonawcy - bezsporne w doktrynie i orzecznictwie. Wyraźnie należy zwrócić uwagę, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki m in. dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Celem tej regulacji jest wyłonienie kręgu podmiotów, który daje rękojmię należytego zrealizowania zamówienia. Opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może wykraczać poza wskazany cel. Warunki powinny być tak opisane, aby zatem żaden z podmiotów zdolnych do wykonania danej umowy o zamówienie publiczne, nie był takiej szansy pozbawiony. Doświadczenie, do którego odnosi się art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to potwierdzone w praktyce posiadanie umiejętności w zakresie wykonywania zamówień określonego (związanego z przedmiotem zamówienia) rodzaju o proporcjonalnej do przedmiotu zamówienia wielkości - zaprezentowany powyżej wywód i poglądy znajdują uzasadnienie także w najnowszym orzecznictwie KIO - to jest np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2012 r. KIO 1549/12 - „Podmiotem wystawiającym dokument potwierdzający, że dostawy roboty usługi zostały wykonane należyście może być także inny podmiot, niż bezpośredni inwestor np. podwykonawca, dla którego dostawy były realizowane” LEX nr 1217080.

Zdaniem Odwołującego w stanie faktycznym sprawy postępowanie Zamawiającego było nieprawidłowe, naruszało ustawę Pzp w stopniu wskazanym na wstępie. Odwołujący podnosił, iż w świetle przepisów prawa zamówień publicznych nie mógł być skutecznie wezwany przez Zamawiającego do uzupełniania złożonych dokumentów w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanym w SIWZ, mógł jedynie dokonać wyjaśnień. Dokument referencji (lub inny dokument potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, usług lub dostaw) nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Służy on jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r., KIO/UZP 1092/09). Dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych, usług lub dostaw. W tym zakresie Zamawiający nie mógł wzywać Odwołującego do uzupełnienia referencji o kolejne. Zaś złożony wykaz wykonanych robót polegał na prawdzie. Odwołujący wskazywał, że zdaje się, iż Zamawiający nie rozróżnia skutków - konsekwencji zgłoszenia lub niezgłoszenia podwykonawcy Zamawiającemu i wynikająca stąd solidarna odpowiedzialność (lub jej brak) Zamawiającego

oraz generalnego wykonawcy co do zapłaty wynagrodzenia od braku zgłoszenia podwykonawcy na gruncie w ogóle jego udziału w wykonaniu zadania. Czy brak zgłoszenia podwykonawcy - oznacza zawsze i wyłącznie, iż podmiot trzeci legitymujący się referencjami od generalnego wykonawcy nie wykonywał wskazanych prac - albowiem nie był oficjalnie zgłoszony Zamawiającemu. Udział Odwołującego w robotach pod nazwą: „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853 - 12+936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II” w okresie od 01.10.2010 do 14.12.2010 r. jest faktem, który znajduje odzwierciedlenie w treści referencji podpisanych przez generalnego wykonawcę, kierownika robót, protokołów odbioru; dalszych wniosków dowodowych. Generalnie retorycznym pytaniem pozostaje, na jakiej podstawie - Zamawiający w ogóle podważa fakt wykonania wskazanych w wykazie - robót przez Odwołującego. Wskazać należy, iż okolicznością notoryjną pozostaje, iż inspektorzy nadzoru - z ramienia danego Zamawiającego, prowadząc narady lub monitując tereny prac - prowadzą rozmowy z kierownikiem robót - z ramienia generalnego wykonawcy. Najczęściej w ogóle nie rozróżniają innych firm biorących udział w danych robotach. Fakt, iż Odwołujący nie był zgłoszony jako oficjalny podwykonawca, nie może mieć wpływu na ocenę wykonanej przez niego pracy - tym bardziej, iż jest to faktem. W tym zakresie uzasadnione pozostają dalsze wnioski dowodowe.

Z tych względów Odwołujący za w pełni zasadny uznawał zarzut nierównego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, a zachowanie powyższe Zamawiającego stanowi naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności poprzez niedopełnienie obowiązku starannego zbadania i oceny ofert.

W rezultacie oferta Odwołującego jest zdecydowanie korzystniejsza, co jednoznacznie wyczerpuje podstawowy cel ustawy Pzp - w zakresie gospodarnego i celowego wydatkowania środków publicznych. Zamawiający jednak, bezprawnie wykluczył Odwołującego a jego ofertę odrzucił a następnie dokonał wyboru oferty wskazanego konsorcjum czym naruszył wskazane powyżej przepisy prawa. (dowód: dokumenty zawarte w dokumentacji przetargowej Zamawiającego; kopie referencji; protokołów odbioru prac wskazanych w referencjach Odwołującego; korespondencja Zamawiającego z Odwołującym; korespondencja stron).

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył podstawową zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe stosowanie wszystkich przepisów ustawy w stosunku do jednego z uczestników postępowania. Odwołujący twierdził, że w niniejszym

postępowaniu Zamawiający naruszył rażąco art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać sklasyfikowanej na drugim miejscu pod względem ceny i bezprawne wykluczenie Odwołującego oraz uznanie jego oferty za podlegającej odrzuceniu. W istocie złożony wykaz wykonanych robót oraz referencje odpowiadają prawdzie i winny zostać poddane pozytywnej weryfikacji. W konsekwencji oferta Odwołującego, która zawierała niższą cenę była ofertą najkorzystniejszą. Opisany stan faktyczny sprawy prowadzi do uzasadnionego nadto zarzutu naruszenia przez Zamawiającego także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez bezpodstawne uznanie, iż spełnione zostały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu rzekomego nie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia wymaganych przez Zamawiającego, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu - stąd też Zamawiający równolegle dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Nadto jeszcze - zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp - zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W stanie faktycznym sprawy - Zamawiający wybrał ofertę, której bilans punktowy jest mniej korzystny - gdyby prawidłowo dokonano oceny ofert.

Odwołujący wskazywał, że otrzymał w dniu 8 października 2012 roku drogą mailową zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuconych ofertach i wykluczonych wykonawcach z udziału w postępowaniu. Stąd też termin do wniesienia odwołania upływa w dniu: 13 października 2012 roku. (dowód: potwierdzenie otrzymania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu wykonawców).

Odwołujący podnosił, iż wskazane i opisane powyżej naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych uzasadnia niniejsze odwołanie. Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej w postaci odwołania, zaś jego interes prawny doznał istotnie uszczerbku. Prawidłowy tok postępowania zarówno w wymiarze materialnym jak i formalnym winien się zakończyć wyborem oferty Odwołującego - jako najkorzystniejszej oferty pod względem kryteriów oceny. W sprawie brak jest także przesłanek do odrzucenia odwołania, zatem odwołanie podlega merytorycznemu rozpoznaniu.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 11 października 2012 r.



W dniu 15 października 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 18 października 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum - Zakład Budownictwa Ogólnego i Inżynierii Wodnej inż. S..... Ł....., oraz Zakład Budownictwa Wodnego i Konserwacji BUDWOD s.c. C..... i A..... A.....

Dnia 25 października 2012 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której domagał się oddalenia odwołania w całości oraz zasądzenia od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3600 (trzy tysiące sześćset) zł.

W uzasadnieniu wskazywał, że, nie podzielając stanowiska Odwołującego, podnosi co następuje.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Odbudowa cieków Cielnica w km 17+970- 21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa” - w ramach którego zostało złożone odwołanie jest już drugim postępowaniem, które musiało zostać przeprowadzone w celu wyłonienia wykonawcy. Zamawiający prowadził już wcześniej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Odbudowa cieków Cielnica w km 17+970-21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa”, w ramach którego wcześniej wyłoniony został wykonawca - Konsorcjum firm w składzie: K..... S..... - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K..... S..... Sambud Plus oraz M..... S..... - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”. Została zawarta umowa nr 40/Ny/2011 z dnia 19 września 2011 r. z tym wykonawcą, a następnie z winy wykonawcy doszło do odstąpienia od tej umowy i naliczenia kary umownej przez Zamawiającego.

Należy mieć zatem na względzie, że zgodnie z art. 24 ust. 1 lit. 1a ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, z którymi dany zamawiający rozwiązał albo wypowiedział umowę w sprawie zamówienia publicznego albo odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego, z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, jeżeli rozwiązanie albo wypowiedzenie umowy albo odstąpienie od niej nastąpiło w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, a wartość niezrealizowanego zamówienia wyniosła co najmniej 5% wartości umowy. Biorąc pod uwagę

treść powyższego przepisu należy stwierdzić, że gdyby w ponownie prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Odbudowa cieków Cielnica w km 17+970-21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa” ofertę złożył wykonawca, względem którego Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy w sprawie zamówienia publicznego, to oferta tego wykonawcy podlegałaby wykluczeniu. Z tych oczywistych powodów, w ponownie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu dla tego samego zadania, nie została złożona oferta przez K..... S..... - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K..... S..... Sambud Plus; ani też nie została złożona oferta przez M..... S..... - prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”.

Dowód: Umowa nr 40/Ny/2011 z dnia 19 września zawarta pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum firm w składzie K..... S..... - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K..... S..... Sambud Plus oraz M..... S..... - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD” (w załączeniu)

Oświadczenie Zamawiającego z dnia 18 czerwca 2012 r. o odstąpieniu od umowy z winy wykonawcy (w załączeniu)

W dalszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W zakresie wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający przewidywał w punkcie 9 podpunkt 2 SIWZ mającym zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Odbudowa cieków Cielnica w km 17+970+21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa”, iż:

„warunek posiadania wiedzy i doświadczenia będzie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże:

(w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego Zamówienia, oceniane będą ich łączne kwalifikacje i doświadczenie):

wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 roboty, której przedmiotem było wykonanie odbudowy, budowy lub remontu mostu drogowego lub gospodarczego; odbudowa, remont regulacji rzeki na długości co najmniej 1,5 km.

W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć wykaz wykonanych robót sporządzony według wzoru stanowiącego znacznik nr 4 do niniejszej IDW oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z Zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zaleca się, aby przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez Wykonawców roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, zawierały, co najmniej:

- a. wskazanie, że Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował roboty, których dokumenty dotyczą,
- b. wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty,
- c. wskazanie zakresu robót,
- d. wskazanie wartości robót,
- e. wskazanie daty wykonania (rozpoczęcia i zakończenia),
- f. wskazanie miejsca wykonania,
- g. opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt. b stwierdzającą, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. "

Dowód: SIWZ (dostępna także na stronie internetowej Zamawiającego) dla zadania pn. „Odbudowa cieku Cielnica w km 17+970+21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa" (w aktach sprawy)

W ponownie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót na zadaniu „Odbudowa cieku Cielnica w km 17+970-21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa" ofertę złożył m.in. Odwołujący. Oferta tego wykonawcy została złożona w dniu 28 września 2012 r.

Wymaganymi załącznikami do oferty były m.in.: wykaz wykonanych robót sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do Instrukcji dla Wykonawców, będącej częścią SIWZ oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Złożenie ww. wykazu wykonanych robót oraz dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone miało kluczowe znaczenie dla dokonania prawidłowej oceny przez Zamawiającego, czy dany podmiot, który złożył ofertę spełnia warunki posiadania wiedzy i doświadczenia wymagane przez Zamawiającego i jest podmiotem zdolnym do prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Natomiast, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się (...) wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, jeżeli podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (któregokolwiek z warunków), to podmiot ten podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta takiego podmiotu nie może być bowiem brana pod uwagę przez Zamawiającego, skoro podmiot taki nie może zostać uznany za posiadający rzeczywistą zdolność do prawidłowego wykonania danego zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przedłożyło w swojej ofercie wykaz wykonanych robót, w którym wskazano, iż wykonywało prace na zadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczy i Krapkowice, etap II” w okresie od 1 października 2010 r. do 14 grudnia 2010 r. Wykaz wykonanych robót został podpisany przez M..... R..... - Prezesa Zarządu Odwołującego. Ponadto, do ww. oferty załączono także referencje wystawione w dniu 11 lutego 2011 r. przez M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”, z których wynikać ma, że Odwołujący we wskazanym okresie występował jako podwykonawca na zadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczy i Krapkowice, etap II” i zrealizował prace, których zakres obejmował:

- wykonanie opasek wielo kieszkowych 3x25 - 2310 mb,
- ubezpieczenie skarp narzutem kamiennym 140 m<sup>3</sup>,
- umocnienie skarp matą kokosową 3610 m<sup>2</sup>,
- ubezpieczenie pod mostem drogowym - 1 kpl.

Dowód: Oferta złożona przez Odwołującego wraz z wykazem wykonanych robót i referencjami z dnia 11 lutego 2011 r. (w aktach sprawy)

Należy stanowczo podkreślić, że zadanie pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczy i Krapkowice, etap II” było wykonywane przez wykonawcę - wyłonionego w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego. Zatem, Zamawiającym zarówno w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Odbudowa cieków Cielnica w km 17+970-21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa” jak i dla zadania pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczy i Krapkowice, etap II” jest ten sam podmiot - Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu.

Zadanie pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczy i Krapkowice, etap II” dotyczyło robót budowlanych, których zakres obejmował:

- roboty pomiarowe przy liniowych robotach ziemnych km 2,08
- mechaniczne ścinanie drzew i karczowanie pni 0 10-75 cm szt. 293
- wywożenie dłużyca na odl. 2 km mp 83,84
- wykopy koparkami koryt rzek z rozpian. spycharkami m<sup>3</sup> 21723
- wykopy koparkami koryt rzek z transportem na 1 km m<sup>3</sup> 2000
- plantowanie ręczne skarp m<sup>2</sup> 16695
- obsiew skarp w ziemi urodzajnej m<sup>2</sup> 16695
- opaski wielo kieszkowe 3x25 pomiędzy rzędami kołków m 2310
- ubezpieczenie skarp narzutem kamiennym m<sup>3</sup> 140
- umocnienie skarp matą kokosową m<sup>2</sup> 3610
- wykonanie progów drewniano kamiennych szt. 2.

Wykonawcą, z którym została zawarta umowa dla zadania pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczy i Krapkowice, etap II” był M..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”. Wykonawca ten

znany jest Zamawiającemu, bowiem podmiot ten realizował na rzecz Zamawiającego razem z innym wykonawcą w ramach zawartej umowy konsorcjum umowę w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dla zadania pn. „Odbudowa ciekłu Cielnica w km 17+970-21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa” (w zakresie, której to umowy doszło do złożenia oświadczenia przez Zamawiającego o odstąpieniu z winy wykonawcy), a ponadto podmiot ten realizował także następujące inne zadania:

1. Remont koryta rzeki Kamienicy w km 5+339 - 8+409 w miejscowości Hajduki Nyskie, gm. Nysa;
2. Remont koryta rzeki Jemielnicy w km 43+562 - 43+681 we wsi Jemielnica, gm. Jemielnica;
3. Remont koryta rzeki Sucha w km 0+000 - 9+250 gmina Chrzastowice i Tarnów Opolski I etap w km 0+000 - 3+800 II etap w km 3+800 - 9+250;
4. Remont koryta rzeki Woda Rozmierska w km 0+000 - 2+990 w m. Suchodaniec i Grodzisko, gmina Izbicko i Strzelce Opolskie.

Mieczysław Samsel prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”, zgodnie z umową zawartą z Zamawiającym dla zadania pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II”, był zobowiązany do zgłaszania wszelkich podwykonawców, przy pomocy których realizuje swoje zadania przy wykonywaniu zamówienia. Wszystkie roboty w ramach zadania pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II”, były odbierane przy udziale przedstawicieli Zamawiającego i tego wykonawcy. Zamawiający prowadził ponadto poprzez wyznaczonych przez siebie inspektorów nadzoru kontrole na terenie budowy oraz obserwację terenu budowy. Wskutek działań podejmowanych przez Zamawiającego w okresie trwania budowy nie zostało stwierdzone, żeby na terenie budowy prace wykonywali przedstawiciele lub pracownicy podmiotu takiego jak Odwołujący. W trakcie wizji terenowych nie stwierdzono również aby w realizacji ww. zadania wykorzystywano sprzęt, który należałby do Odwołującego. Również osoby bezpośrednio wykonujące prace na terenie budowy złożyły oświadczenia, iż w realizacji ww. zadania nie brali udziału przedstawiciele lub pracownicy podmiotu takiego jak Odwołujący.

Dowód: Umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a M..... S.....  
prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład  
Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD” dla zadania pn. „Odbudowa regulacji rzeki

Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II" (w załączeniu)

Oświadczenie pisemne H..... L..... — Kierownika Oddziału Krapkowice Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu (w załączeniu)

Oświadczenie pisemne M..... P..... (w załączeniu)

Oświadczenie pisemne S..... G..... (w załączeniu)

Zamawiający przy dokonywaniu oceny oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Odbudowa ciekłu Cielnica w km 17+970-21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa" nabral podejrzeń, iż załączniki do oferty złożonej przez tego wykonawcę zawierają informacje, które są nieprawdziwe i niezetelne.

Nie jest prawdą, iż Odwołujący wykonywał prace na zadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II" w okresie od 1 października 2010 r. do 14 grudnia 2010 r. Takie nieprawdziwe oświadczenie zostało złożone przez M..... R..... — Prezesa Zarządu Odwołującego, który podpisał wykaz wykonanych robót, stanowiący załącznik do złożonej oferty.

Również referencje wystawione w dniu 11 lutego 2011 r. przez M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD", zawierają oświadczenie niepolegające na prawdzie, jakoby Odwołujący występował jako podwykonawca na zadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II" w okresie od 1 października 2010 r. do 14 grudnia 2010 r. i zrealizował wskazany w referencjach zakres robót.

Ponadto, Zamawiający posiada wiedzę, iż Odwołujący złożył ofertę w innym postępowaniu przetargowym dla zamówienia pn. Wykonanie robót konserwacyjnych na terenie działania WZMiUW w Opolu Oddział Krapkowice, prowadzonym przez Oddział Krapkowice Wojewódzkiego Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Opolu. Do oferty tego wykonawcy załączono referencje i dodatkowe oświadczenia, z których wynikało, że M..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD" użyczył wiedzy i doświadczenia Odwołującemu na poczet realizacji wskazanego zamówienia. Do oferty załączono referencje z dnia 11 lutego 2011 r. wystawione przez Wojewódzki Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w

Opolu, jako potwierdzenie, że M..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD” występował jako wykonawca na zadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzelecзки i Krapkowice, etap II”. Oświadczenie M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD” o użyczeniu zdobytej przez niego wiedzy i doświadczenia datowane było na 26 czerwca 2012 r.

Mając na uwadze powyższe, należałoby uznać, że Odwołujący korzystał jedynie z użyczonej mu wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. Odwołujący w żadnym wypadku nie zdobył tej wiedzy i doświadczenia jako podwykonawca w ramach zadania pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzelecзки i Krapkowice, etap II”.

Gdyby Odwołujący rzeczywiście wykonywał określone prace w ramach zadania pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzelecзки i Krapkowice, etap II”, to zapewne przedstawiłoby już w ramach postępowania pn. Wykonanie robót konserwacyjnych na terenie działania WZMiUW w Opolu Oddział Krapkowice referencje wystawione na Odwołującego i już wówczas twierdziłoby, że realizowało określone prace.

Ponadto, biorąc pod uwagę całościowy zakres prac, które podlegały wykonaniu na zadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzelecзки i Krapkowice, etap II” oraz zakres prac przedstawionych w referencjach, które rzekomo zostały wykonane przez Odwołującego wątpliwe jest aby możliwe było wykonanie tych prac przez podmiot inny niż wykonawca tj. M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”, gdyż nie są to prace o charakterze jednostkowym, drobnym czy możliwym do zrealizowania w ciągu kilku dni. Ponadto, teren, na którym realizowane były prace w ramach zadania pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzelecзки i Krapkowice, etap II” był terenem otwartym - niezabudowanym budynkami oraz niezalesionym, położonym wzdłuż brzegu rzeki i nie było możliwe „ukrycie” przed Zamawiającym maszyn, urządzeń, czy pracowników Odwołującego. Jeśliby jakiegokolwiek prace rzeczywiście były wykonywane na tym zadaniu przez Odwołującego, to Zamawiający posiadałby wiedzę w tym zakresie.

W związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 3 października 2012 r. zwrócił się do Odwołującego o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy



Pzp dokumentów potwierdzających, iż spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Dowód: Referencje z dnia 11 lutego 2011 r. oraz oświadczenie M..... S..... - stanowiące załączniki do oferty złożonej przez Odwołującego w ramach zadania pn. Wykonanie robót konserwacyjnych na terenie działania WZMiUW w Opolu Oddział Krapkowice (w załączeniu)

Pismo Zamawiającego z dnia 3 października 2012 r. (w aktach sprawy)

W odpowiedzi na ww. pismo Zamawiającego, Odwołujący w piśmie z dnia 4 października 2012 r. wskazało, iż „ze względów podatkowych oraz dokonanej cesji wierzytelności firmy ZMB „SAMBUD” na Bank finansujący ZMB „SAMBUD”, Przedsiębiorstwo (...) nie było zgłoszone jako podwykonawca robót na gadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II”. Do pisma załączono także protokół częściowego odbioru technicznego z dnia 15 listopada 2010 r. oraz protokół końcowego odbioru technicznego z dnia 15 grudnia 2010 r. — oba podpisane przez M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mieczysław Samsel Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”, M..... R..... - Prezesa Zarządu Odwołującego oraz D..... P..... — kierownika robót ze strony Odwołującego. Zamawiający polegając na wiedzy własnej oraz innych osób nie miał wątpliwości, co do tego, iż przedstawione protokoły, o których mowa powyżej zawierały informacje nierzetelne i niepolegające na prawdzie.

Dowód: Pismo Odwołującego z dnia 4 października 2012 r. wraz z protokołami: protokołem częściowego odbioru technicznego z dnia 15 listopada 2010 r. oraz protokołem końcowego odbioru technicznego z dnia 15 grudnia 2010 r. (w aktach sprawy)

W związku z tym, iż przedłożone przez Odwołującego oświadczenia i dokumenty nadal zawierały informacje nierzetelne i niepolegające na prawdzie i nie zostało wykazane w sposób niebudzący wątpliwości, że podmiot ten spełnia warunki udziału w postępowaniu — tj. warunek posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu tego podmiotu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla zadania pn. „Odbudowa ciekłu Cielnica w km 17+970-21+660 w miejscowości Radzikowice i Sękowice gm. Nysa” i wskutek oceny prawidłowo złożonych ofert dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dowód: Pismo Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 października 2012 r. (w aktach sprawy)

W następstwie powyższego, Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego egzemplarz został doręczony Zamawiającemu w dniu 12 października 2012 r. W przedmiotowym odwołaniu podpisanym przez M..... R..... — Prezesa Zarządu Odwołującego po raz kolejny składane są oświadczenia, jakoby podmiot ten występował jako podwykonawca robót na zadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II” i wykonywał zakres prac, określonych w referencjach wystawionych przez M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”.

Dowód: Odwołanie z dnia 10 października 2012 r. (w aktach sprawy)

Odnosząc się do dokumentu - oświadczenia w przedmiocie wystawionych referencji, należy zauważyć, że „istotnym jest po pierwsze to, aby uzyskać z treści referencji wiedzę o wykonaniu w sposób prawidłowy robót, po drugie istotne jest to, aby uzyskać pewność co do tożsamości wskazanych w wykazie robót z tymi, których prawidłowość realizowania jest potwierdzana w treści referencji” - zob. wyrok KIO/UZP 2212/10 z dnia 19 października 2010 r. Ponadto, w sytuacji, gdy Zamawiający nie ma pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony do sięgania do własnej wiedzy, w tym także pochodzącej z innych postępowań, jak i zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 p.z.p. (...). "Referencje", co do zasady, nie muszą potwierdzać zakresu wykonanej usługi, a są składane w celu wykazania należytego wykonania zamówienia, jednak gdy w świetle uzyskanych przez zamawiającego informacji z innych źródeł wynika, że zakres danej usługi budzi wątpliwości, to na wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego wyjaśnienia zakresu tej usługi, w tym również poprzez np. przedstawienie stosownych dokumentów potwierdzających niezbitcie wymagany w treści warunku zakres zrealizowanego świadczenia” - zob. wyrok KIO/UZP 1044/10 z dnia 22 czerwca 2010 r.

W orzecznictwie wskazuje się również, że referencje pochodzące od wykonawcy zamówienia publicznego nie mogą dokumentować wykonania robót. Interesy wykonawcy z podwykonawcą są często zbieżne, a stosunki między nimi kształtowane często dowolnie. Inaczej jest w przypadku relacji zamawiającego z wykonawcą. Z reguły interesy tych

podmiotów są rozbieżne, a referencje wystawione przez zamawiającego nie nasuwają wątpliwości co do ich rzetelności - por. wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 6 lipca 2006 r. UZP/ZO/0-1912/06. W tym miejscu należałoby wskazać, że relacje pomiędzy M..... S..... prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD” a M..... R..... -Prezesem Zarządu Odwołującego są niewątpliwie ponadprzeciętnie zażyłe, skoro osoby te są de facto sąsiadami z racji tego, iż zamieszkują nieruchomości sąsiadujące ze sobą.

Dowód: zaświadczenie z Opolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa dot. M.....  
R..... (w załączeniu)

zaświadczenie z Opolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa dot.  
M..... S..... (w załączeniu)

Nie powinno ulegać wątpliwości, że Zamawiający może, choć nie jest zobowiązany do sprawdzenia treści wykazu zrealizowanych zamówień referencji lub protokołów odbioru robót pod względem ich zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, w szczególności w sytuacji, gdy zamawiający otrzyma informację o tym, iż określone oświadczenia, dane czy fakty są nieprawdziwe - por. wyrok KIO 137/11 z 4 lutego 2011 r. Nie można również pomijać tego, że Wykonawca składając określonej treści oświadczenia woli, czy wiedzy w postępowaniu, a także posługując się określonymi dokumentami w tym postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunków udziału, ponosi odpowiedzialność za zakres tych informacji zawartych w swojej ofercie. Jeśli informacje te są nieprawdziwe wykonawca podlega weryfikacji zamawiającego, jeśli dodatkowo stwierdzone nieprawdziwe informacje mają wpływ na wynik postępowania, tj. możliwość uzyskania zamówienia przez konkretnego wykonawcę, czy też unieważnienie postępowania - wykonawca taki podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, bez możliwości ewentualnego wzywania takiego wykonawcy do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. - zob. wyrok KIO 304/11 z 28 lutego 2011 r.

W tym miejscu, należy również wskazać, że zgodnie z art. 297 § 1 k.k. kto, w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od banku lub jednostki organizacyjnej prowadzącej podobną działalność gospodarczą na podstawie ustawy albo od organu lub instytucji dysponujących środkami publicznymi - kredytu, pożyczki pieniężnej, poręczenia, gwarancji, akredytywy, dotacji, subwencji, potwierdzenia przez bank zobowiązania wynikającego z poręczenia lub z gwarancji lub podobnego świadczenia pieniężnego na określony cel

gospodarczy, elektronicznego instrumentu płatniczego lub zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego lub zamówienia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Niemniej jednak, zgodnie z art. 297 § 3 k.k., nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegł wykorzystaniu wsparcia finansowego lub instrumentu płatniczego, określonych w § 1, zrezygnował z dotacji lub zamówienia publicznego albo zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego.

Niewątpliwie zamówienie publiczne jest instrumentem obrotu gospodarczego, wskazanym w art. 297 § 1 k.k., objętym szczególną ochroną. Jak wskazuje się w literaturze: „Dokumenty, które należy przedłożyć w procedurach ubiegania się o udzielenie danego instrumentu wsparcia finansowego, instrumentu płatniczego czy też zamówienia publicznego, zależą od rodzaju instrumentu, o który w danym przypadku chodzi, oraz charakteru podmiotu ubiegającego się o jego udzielenie. Zasadniczo w każdym przypadku wymagane jest przedłożenie stosownego wniosku czy też oferty (tej ostatniej — w przypadku zamówienia publicznego). Wraz z wnioskiem przedkładane są wymagane w danej procedurze załączniki w postaci dokumentów oraz pisemnych oświadczeń. Dokumentują one różnego rodzaju okoliczności istotne dla udzielenia określonego instrumentu obrotu gospodarczego, takie jak np. wielkość i stabilność dochodów, stan majątkowy, ciążące na wnioskodawcy zobowiązania (w przypadku ubiegania się o kredyt lub pożyczkę pieniężną), kalkulacje kosztów danego przedsięwzięcia oraz informacje o posiadanych zasobach rzeczowych i osobowych (w przypadku ubiegania się o dotacje), niezaleganie z podatkami, referencje bądź ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej (w przypadku ubiegania się o zamówienie publiczne)” — zob. R. Zawłocki, System Prawa Handlowego Tom 10, 2012, Legalis, komentarz do art. 297 k.k. - wraz z literaturą tam wskazaną). Jako, że nastąpiło wykluczenie Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, należało uznać, że nie zachodzi wypadek z art. 297 § 3 k.k. - nie doszło do zrezygnowania z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i doszło do przedłożenia Zamawiającemu poświadczających nieprawdę albo nierzetelnych dokumentów albo nierzetelnych, pisemnych oświadczeń dotyczących okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania zamówienia publicznego. W związku z powyższym, zostało złożone przez Zamawiającego stosowne zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez osoby takie jak: M..... R..... — Prezes Zarządu Odwołującego; D..... P..... — Kierownik robót ze strony Odwołującego; M..... S....., prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budo wiany „SAMBUD”. Ponadto, w związku z tym, iż Odwołujący w piśmie z dnia 4 października 2012 r. wskazało, iż „ze względów podatkowych oraz dokonanej cesji wierzytelności firmy ZMB „SAMBUD” na Bank finansujący ZMB „SAMBUD”, Przedsiębiorstwo (...) nie było zgłoszone jako podwykonawca robót na zadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczy i Krapkowice, etap II” a jednocześnie ani na etapie składania ofert, ani na późniejszym etapie - w szczególności przy złożonym odwołaniu nie przedstawiono żadnych kosztorysów, faktur czy umów, które byłyby zawarte pomiędzy Odwołującym a M..... S....., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”, Zamawiający podjął decyzję o złożeniu zawiadomienia także do organów skarbowych w celu wyjaśnienia zaistniałej sytuacji - w szczególności w celu zweryfikowania przez właściwe organy czy nie doszło do obejścia przepisów prawa podatkowego wskutek działań podejmowanych przez wskazane powyżej podmioty.

Dowód: zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przestępstwa (w załączeniu)

zawiadomienie do Urzędu Skarbowego w Kędzierzynie Koźlu z dnia 15 października 2012 r. (w załączeniu)

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wnosil jak na wstępie.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.**

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny.**

Zamawiający w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia wymagał w pkt 9.2.1) SIWZ:

"2. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków jest następujący:

1) Warunek posiadania wiedzy i doświadczenia będzie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże:

(w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniane będą ich łączne kwalifikacje i doświadczenie):

wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej 1 roboty, której przedmiotem było wykonanie odbudowy, budowy lub remontu mostu drogowego lub gospodarczego; odbudowa, remont regulacji rzeki na długości co najmniej 1,5 km.

W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawcy zobowiązani są przedłożyć wykaz wykonanych robót sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do niniejszej IDW oraz dokumenty potwierdzające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zaleca się, aby przedkładane dokumenty potwierdzające, że wykonane przez Wykonawców roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, zawierały, co najmniej:

- a. wskazanie, że Wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu realizował roboty, których dokumenty dotyczą,
- b. wskazanie podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty,
- c. wskazanie zakresu robót,
- d. wskazanie wartości robót,
- e. wskazanie daty wykonania (rozpoczęcia i zakończenia),
- f. wskazanie miejsca wykonania,
- g. opinię podmiotu wskazanego powyżej w pkt. b stwierdzającą, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone".

W wyjaśnieniach do SIWZ z 25 września 2012 r. Zamawiający podał:

"Pyt.

Zwracam się z pytaniem, czy warunek doświadczenia w postaci regulacji rzeki na długości 1,5 km oraz remont mostu muszą być zachowane w jednej referencji, czy mogą być w dwóch niezależnych robotach.

Odp.

Zamawiający określając warunek wiedzy i doświadczenia dla przedmiotowego zadania wskazał w siwz, iż, będzie on spełniony przy wykazaniu co najmniej 1 roboty, której przedmiotem było wykonanie odbudowy, budowy lub remontu mostu drogowego lub gospodarczego; odbudowa, remont regulacji rzeki na długości co najmniej 1,5 km Zgodnie z intencją Zamawiającego (użycie średnika) Wykonawca może ww. warunek wykazać:

1. w jednym zadaniu obejmującym łącznie cały zakres określony w w/przywołanym warunku, tj. zadaniu obejmującym odbudowę, budowę lub remontu mostu drogowego lub gospodarczego wraz z odbudową, remontem regulacji rzeki na długości co najmniej 1,5 km;
2. w dwóch zadaniach obejmujących:
  - a. odbudowę, budowę lub remontu mostu drogowego lub gospodarczego,
  - b. odbudowę, remont regulacji rzeki na długości co najmniej 1,5 km".

Odwołujący w wykazie wykonanych robót budowlanych załączonym do swojej oferty wskazał 3 roboty:

- poz. 1 "Odbudowa rz. Osobłoga" (nazwa roboty) km 10+853 - 12+936 (przedmiot roboty) 01.10.2010 do 14.12.2010 r. (data wykonania), gdzie jako odbiorcę wskazano "ZMB SAMBUD → WZMiUW", wartość zadania: 426 285,14 zł,
- poz. 2 "Zagospod. stawów" (nazwa roboty), most w m. Jemielnica (nazwa roboty), 01.05.2012 do 30.06.2011 (data wykonania), odbiorca - Gmina Jemielnica, wartość zadania: 2 385 293,19 zł,
- poz. 3 "Remont mostu w m. Nysa (nazwa roboty, przedmiot roboty), 01.08.2007 do 14.12.2007 r. (data wykonania), odbiorca - GDDKiA O/Opole, wartość zadania: 1 756 222,20 zł.

Do roboty z poz. 1 załączył referencje z 11 lutego 2011 r. wystawione przez M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod Zakład Melioracyjno-Budowlany "SAMBUD" M..... S....., w których stwierdzono, że "zaświadcza się, że Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Mostowych "MOSTY PRDiM" Sp. z o.o. było podwykonawcą na zadaniu „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II" w okresie od 01.10.2010 do 14.12.2010. Zakres prac obejmował:

- Wykonanie opasek wielokiszkowych 3x25 - 2310 mb
- Ubezpieczenie skarp narzutem kamiennym - 140m<sup>3</sup>
- Ubezpieczenie skarp matą kokosową C-125 - 3610 m<sup>2</sup>,
- Ubezpieczenie pod mostem drogowym - 1 kpl.

Wartość podzleconego zadania wynosiła: 426.285,14 zł brutto (słownie: czterysta dwadzieścia sześć tysięcy dwieście osiemdziesiąt pięć złotych 14/100).

Prace zostały wykonane w terminie z należytą starannością i zgodnie z dokumentacją techniczną".

Oprócz tego załączono referencje dotyczące pozostałych robót wskazanych w wykazie pod poz. 2 i 3.

Pismem z 3 października 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów wykonawcy w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wskazanych w SIWZ. Zamawiający uznał bowiem, że zgodnie z posiadaną przez siebie dokumentacją dla zadania „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853-12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II” Odwołujący nie został zgłoszony przez generalnego wykonawcę jako podwykonawca.

Pismem z 4 października 2012 r. Odwołujący informował, że jak mu wiadomo "ze względów podatkowych oraz dokonanej cesji wierzytelności firmy ZMB „SAMBUD” na Bank finansujący ZMB „SAMBUD”, Przedsiębiorstwo nasze nie było zgłoszone jako podwykonawca robót na zadaniu pn. „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853 ÷ 12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II w związku z tym w Waszej dokumentacji nie ma ogłoszenia podwykonawcy. Rozliczenie pomiędzy naszymi firmami dokonane było w formie kompensaty za inne realizowane zadanie i wynajem sprzętu ciężkiego". Do pisma załączono także protokół częściowego odbioru technicznego z dnia 15 listopada 2010 r. oraz protokół końcowego odbioru technicznego z dnia 15 grudnia 2010 r. — oba podpisane przez M..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... S..... Zakład Melioracyjno-Budowlany „SAMBUD”, M..... R..... - Prezesa Zarządu Odwołującego oraz D..... P..... - kierownika robót ze strony Odwołującego, a także kopię referencji z 11 lutego 2011 r.

Zamawiający nie zaakceptował wyjaśnień Odwołującego i pismem z 8 października 2012 r. dokonał wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zauważał, że zgodnie z zawartą umową wykonawca Zakład Melioracyjno-Budowlany SAMBUD miał obowiązek zgłosić podwykonawcę oraz uzyskać akceptację podwykonawcy przez Zamawiającego (czego nie zrobił), jak również z uwagi na oświadczenie Odwołującego wskazujące, że nie był on podwykonawcą oraz z uwagi na fakt, że wszystkie roboty były odbierane przy udziale firmy



SAMBUD, a w protokołach odbioru nie widnieje informacja, iż jakakolwiek część zadania była wykonywana przy współdziałaniu podwykonawców – Zamawiający nie może uznać spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w spornym zakresie. Ofertę Odwołującego uznano za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

**W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis.

Izba uznała także, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum - Zakład Budownictwa Ogólnego i Inżynierii Wodnej inż. S..... Ł....., oraz Zakład Budownictwa Wodnego i Konserwacji BUDWOD s.c. C..... i A..... A....., z uwagi na spełnienie przewidzianych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp warunków skuteczności przystąpienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, wyjaśnienia do SIWZ, wezwanie do uzupełnienia z 3 października 2012 r., odpowiedź Odwołującego z 4 października 2012 r., ofertę Odwołującego, odwołanie, przystąpienie do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, dokumenty złożone w toku postępowania: umowa podwykonawcza z 5 października 2012 r., zlecenie robót, kopie faktur, kosztorys rozliczeniowy, wyciąg z rachunku bankowego potwierdzający przelewy związane z przedmiotową robotą, protokoły odbioru częściowego i końcowego, kopie przelewów, umowę kompensaty, dokumenty z postępowań, gdzie Odwołujący powołał się na zadanie „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853 ÷ 12-936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II” w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zdjęcia placu budowy, dowody z zeznań świadków: M..... S..... - kierownika budowy i wykonawcę ww. zadania, H..... L..... - dyrektora Oddziału Zamawiającego w Krapkowicach, S..... G....., R..... S....., M..... P..... - pracowników uczestniczących w wykonywaniu robót w ramach spornego zadania na okoliczność udziału Odwołującego w wykonywaniu powyższej roboty budowlanej, dowód z

przesłuchania strony - Odwołującego – M..... R..... - Prezesa Zarządu Odwołującego na taką samą okoliczność.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby nie potwierdził się bowiem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego, pomimo że wykazał on spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Na wstępie Izba zauważa, że wbrew stanowisku, jakie zdawałoby się wynikać z literalnej treści odwołania, przesłanką, dla której Zamawiający nie uznał warunku wiedzy i doświadczenia za prawidłowo wykazany przez Odwołującego, nie była wyłącznie okoliczność, że w ramach podanej przez niego roboty „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853 - 12+936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II” występował jako podwykonawca nie zgłoszony formalnie do Zamawiającego, a przedstawione przez niego referencje wystawione zostały przez generalnego wykonawcę robót, a nie zamawiającego - inwestora i ostatecznego odbiorcę prac. Stanowisko Zamawiającego opierało się nie tyle na powyższych kwestiach formalnych, co na uznaniu, iż z uwagi na fakt, że wykazywana robota była wykonywana na rzecz Zamawiającego, w toku jej realizacji dokonywał on czynności kontrolnych i nadzorczych, jak również odbioru robót, przedstawione dokumenty i stwierdzone w nich okoliczności Zamawiający uznał za niewiarygodne. Nie posiadał bowiem żadnej wiedzy o tym, by przedmiotowe roboty były wykonywane z udziałem podwykonawców. Zgodnie z umową z 1 października 2010 r. (§ 19) wykonawca był zobligowany do ich osobistego wykonania, a w razie zamiaru wykorzystania podwykonawców obciążał go obowiązek uzyskania zgody Zamawiającego pod rygorem odstąpienia przez Zamawiającego od umowy z winy wykonawcy, zaś zakres robót wykonawcy i podwykonawcy winien być uwidoczniony w umowie (art. 647<sup>1</sup> § 1 kc). Podobnie dokonywane przez Zamawiającego inspekcje terenu budowy oraz odbiory nie potwierdzały, aby zamówienie było wykonywane przy pomocy podwykonawcy i to w tak znaczącym zakresie. Jak bowiem zostało ustalone w toku rozprawy, zakres podany w referencji wyczerpywał około 70% zamówienia. Dodatkowo podane tam roboty miały charakter kluczowy w ramach przedmiotowego zadania. Zamawiający nie tyle zatem kwestionował formalny sposób potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (uznając, że przedstawione dokumenty są sporządzone wadliwie), co podważał wiarygodność okoliczności stwierdzanych przez te dokumenty, tj. faktu, że Odwołujący był podwykonawcą w ramach zadania „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853 - 12+936 w

miejsowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II" i wykonywał roboty w zakresie wynikającym z treści referencji (w wykazie nie podano szczegółowego zakresu robót, ograniczając się do skrótowego określenia zadania jako "Odbudowa rz. Osobłoga km 10+853 - 12+936"). Zdaniem Izby analiza informacji o wykluczeniu Odwołującego nie pozostawiała w tym zakresie wątpliwości. Zamawiający wskazywał bowiem, że Odwołujący nie był zgłoszonym podwykonawcą, a Zamawiający nie posiada wiedzy, aby istotnie w wykonywaniu tych robót faktycznie uczestniczył. Nie sposób zatem uznać, jak chce tego Odwołujący, że jego udział w realizacji ww. robót był faktem. Wręcz przeciwnie był okolicznością sporną, co do której Zamawiający zgłosił swoje wątpliwości, a które Izba, w świetle stanu faktycznego sprawy, uznaje za uzasadnione. Zamawiający jako inwestor robót posiadał z pewnością wiedzę co do sposobu, w jaki zamówienie miało być i było realizowane. Tymczasem otrzymane dokumenty wskazywały na zupełnie inny przebieg wykonywania umowy niż wynikał z dotychczasowej wiedzy Zamawiającego oraz posiadanych przez niego dokumentów i informacji. Zamawiający mógł zatem poddać w wątpliwość przedstawione stanowisko Odwołującego, a zadaniem Odwołującego winno być wykazanie, że istotnie pomimo iż nie był zgłoszonym podwykonawcą i Zamawiający nie posiadał wiedzy o jego obecności na placu budowy i wykonywaniu przezeń robót w tak znaczącym zakresie, wykonywał zamówienie zgodnie z przedkładaną przez siebie dokumentacją.

Należy bowiem zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania Zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podobnie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przewiduje sankcję wykluczenia z postępowania za niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co obejmuje zarówno sytuację, gdy dany podmiot warunków udziału w postępowaniu rzeczywiście nie spełnia, jak i przypadek gdy nie zdołał wykazać ich spełnienia. Dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu muszą być nie tylko zgodne z zasadami wynikającymi z ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, ale także wiarygodne. Zdaniem Izby Zamawiający jest uprawniony do ich krytycznej weryfikacji w odniesieniu do okoliczności, które zostały nimi potwierdzone, a równocześnie są kluczowe dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym w opinii Izby ciężar dowodu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu spoczywał na Odwołującym zarówno gdy składał ofertę, jak i gdy Zamawiający zgłaszał swoje wątpliwości co do informacji w tych dokumentach zawartych. Podobnie na etapie postępowania odwoławczego Odwołującego obciążał ciężar dowodu (zgodnie z ogólną regułą wynikającą z art. 6 Kodeksu cywilnego), że potwierdził on w rzetelny i wystarczający sposób spełnianie warunku udziału w postępowaniu będącego przedmiotem sporu.

Odwołujący, wykazując spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, wskazał na wykonanie jako podwykonawca roboty „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853 - 12+936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II”. Izba zgadza się z Odwołującym, iż podwykonawca może powołać się na swoje doświadczenie w realizacji określonych robót budowlanych, a referencje składane przez podwykonawcę mogą pochodzić od generalnego wykonawcy, który przedmiotowe prace mu zlecił. Należy jednak podkreślić, że przedmiotem dowodu podwykonawcy wykazującego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie może być tylko fakt, że uczestniczył on w wykonywaniu zadania obejmującego określony zakres, niezbędny dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale że to on jako podwykonawca zakres ten wykonał. Podwykonawca może zatem powołać się tylko na wiedzę i doświadczenie dotyczące robót, które faktycznie zrealizował. Wiedza i doświadczenie obejmuje bowiem nabycie określonych umiejętności, a te potwierdzane są przez rzeczywiste wykonywanie robót. Skoro zatem Odwołujący nie był formalnym wykonawcą zadania „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853 - 12+936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II” (stroną umowy z Zamawiającym), to może on powołać się tylko na taki zakres robót, jaki faktycznie był przez niego wykonywany. Nie wystarczy zatem odwołanie się do występowania jako podwykonawca w ramach tego zadania, lecz przedmiotem dowodu winno być także to, że wykonywane przez Odwołującego roboty istotnie obejmowały zakres niezbędny dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W stanie faktycznym niniejszej sprawy był to równocześnie zakres podany w treści referencji z 11 lutego 2011 r. wystawionej na rzecz Odwołującego. Należy zatem podnieść, że sam status podwykonawcy w ramach danego zadania, na który to status powołuje się Odwołujący, nie wystarcza do uznania, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należy uznać za wykazany. Niezbędne jest przede wszystkim odniesienie się do zakresu rzeczowego "podwykonawstwa".

Kolejną istotną okolicznością jest sposób rozumienia pojęcia "podwykonawca", do którego referuje Odwołujący. Ustawa Pzp nie zawiera definicji legalnej określenia "podwykonawca". Niezależnie jednak od sposobu wykładni, w przypadku robót budowlanych w kontekście możliwości powołania się na wiedzę i doświadczenie nabyte jako podwykonawca pojęciem tym należałoby objąć tylko sytuację, gdy podmiot trzeci realizuje część przedmiotu zamówienia na podstawie stosownego porozumienia z generalnym wykonawcą, przy czym czyni to na własne ryzyko i rachunek. Tym samym podwykonawstwo, które ma prawne znaczenie z punktu widzenia wykazania się określoną wiedzą i doświadczeniem, dotyczy realizacji robót samodzielnie przez podwykonawcę, na zasadach zbliżonych do wykonawcy. Pojęcie to nie obejmowałoby zatem udostępnienia sprzętu wraz z

obsługą czy wykonywania czynności pomocniczych, podejmowanych wyłącznie pod nadzorem generalnego wykonawcy. Z jego zakresu wyłączone byłoby także wspólne wykonywanie zamówienia, tj. sytuacja gdy ten sam zakres zamówienia wykonywany jest wspólnie przez generalnego wykonawcę i podmiot trzeci, odbywa się to przy łącznym udziale kadr i sprzętu wykonawcy i podmiotu trzeciego, prace nie są wykonywane samodzielnie przez podwykonawcę, lecz pod nadzorem i kierownictwem generalnego wykonawcy. Podkreślić należy, że podwykonawca musi realizować roboty budowlane na zbliżonych zasadach jak generalny wykonawca. Różnica dotyczyć będzie najczęściej wykonywanego zakresu robót.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy, wobec wątpliwości Zamawiającego z uwagi na fakt niezgłoszenia Odwołującego jako podwykonawcy w ramach zadania „Odbudowa regulacji rzeki Osobłoga w km 10+853 - 12+936 w miejscowości Komorniki, Kornica gmina Strzeleczyki i Krapkowice, etap II” stwierdzić należy, iż przedmiotem dowodu Odwołującego winno być faktyczne wykonanie robót budowlanych w zakresie wynikającym z treści przedstawionej referencji, gdyż tylko wówczas możliwe było uznanie, iż rzeczywiście wykonał roboty potwierdzające postawiony przez Zamawiającego warunek wiedzy i doświadczenia. W ocenie Izby takiemu dowodowi Odwołujący nie sprostał. W toku postępowania przed Zamawiającym Odwołujący poza referencjami powołał się wyłącznie na protokoły odbioru technicznego częściowego i końcowego załączone do pisma z 4 października 2012 r. Protokoły te istotnie odwoływały się do ww. zadania, podawały wartość robót odpowiadającą łącznie wartości podanej w referencji, wskazywały jako podstawę odbioru umowę z 01.10.2010 r. i obmiar robót, jednak nie konkretyzowały zakresu wykonywanych robót. Sposób ich sformułowania wskazuje raczej na typowy, szablonowy charakter, a data umowy powołana została wadliwie (umowa w sprawie podwykonawstwa przedstawiona przez Odwołującego w toku postępowania przed Izłą nosi datę 05.10.2010 r.) Do protokołów nie załączono żadnych kosztorysów powykonawczych, obmiaru robót, raportów z pracy ani innych dokumentów, które potwierdzałyby rzeczywisty zakres wykonanych robót. Protokoły zostały podpisane wyłącznie przez przedstawicieli generalnego wykonawcy (M..... S.....) i Odwołującego (M..... R..... - Prezes Zarządu i D..... P..... - kierownik robót), jednak jak ustalono w toku postępowania dowodowego (dowody z zeznań świadków, przesłuchanie strony odwołującej) osoby te nie brały udziału w wykonywaniu robót. Odwołujący w toku postępowania dowodowego nie potwierdził, jakie osoby z jego strony uczestniczyły w bieżącym kierowaniu robotami. Z zeznań świadka M..... S..... pełniącego funkcję kierownika budowy (a zarazem reprezentującego generalnego wykonawcę) wynikało natomiast, iż prace istotnie były wykonywane z udziałem pracowników i sprzętu Odwołującego, ale pod jego nadzorem jako

kierującego budową. Podobnie zeznania innych świadków zgodnie wskazywały, że osobą wyznaczoną do kontaktów ze strony wykonawcy był P..... R..... - przedstawiciel generalnego wykonawcy, a nie Odwołującego. Wprawdzie nie potwierdziła się prawdziwość oświadczeń osób wykonujących wówczas roboty, iż poza pracownikami firm powiązanych z generalnym wykonawcą inne podmioty nie uczestniczyły w realizacji tych robót (osoby składające oświadczenia – S..... G....., M..... P..... przyznały, że złożyły je na prośbę i o treści ustalonej przez przedstawiciela Zamawiającego), ale równocześnie sposób uczestniczenia w wykonywaniu robót, jaki wynika z ustaleń poczynionych w toku postępowania dowodowego nie pozwala na przyjęcie, aby Odwołującemu można było przypisać samodzielne wykonywanie robót w zakresie objętym referencjami. W rzeczywistości, jak wskazywał świadek M..... S....., z uwagi na krótki czas realizacji prace były wykonywane wspólnie przez pracowników generalnego wykonawcy i Odwołującego, nie było ustalonego szczegółowego zakresu robót przypisanego Odwołującemu, czego skutkiem były następnie trudności z dokonaniem ich rozliczenia. W toku postępowania przed Izłą Odwołujący przedłożył umowę podwykonawczą, faktury i wyciąg z rachunku bankowego dotyczące płatności związanych z jej realizacją, jak również umowę kompensaty potwierdzającą sposób rozliczenia zobowiązań. Należy jednak podkreślić, że żaden z tych dokumentów nie zawiera odniesienia do zakresu realizowanych przez Odwołującego robót. Umowa podwykonawcza sformułowana została ogólnie, tak, jakby przedmiotem robót miała być objęta całość spornego zadania. Dodatkowo zeznania świadków uczestniczących w wykonaniu robót (S..... G....., M..... P....., R..... S.....) potwierdzały, że wskazane w treści referencji roboty związane z wykonaniem opasek wielokiszkowych 3x25 - 2310 mb, ubezpieczeniem skarp narzutem kamiennym - 140m<sup>3</sup>, ubezpieczeniem skarp matą kokosową C-1 - 3610m<sup>2</sup>, ubezpieczenie pod mostem drogowym - wykonywane były z przeważającym udziałem (o ile nie wyłącznie) robotników generalnego wykonawcy. Powyższe wydaje się spójne ze stanowiskiem świadka, który ze strony Zamawiającego na bieżąco zajmował się obserwacją budowy – H..... L..... Świadek przedmiotem swoich wizyt kontrolnych czynił przede wszystkim miejsca, gdzie wykonywane były ww. prace jako kluczowe dla prawidłowego wykonania zamówienia i w ramach tych inspekcji placu budowy nie stwierdził obecności robotników i sprzętu innego wykonawcy (Odwołującego). Podobny wniosek można wysnuć z przedstawionych przez Zamawiającego zdjęć wykonanych w toku realizacji robót. Na zdjęciach tych widnieją głównie robotnicy generalnego wykonawcy oraz sprzęt oznaczony jego logo. Jeżeli zatem generalny wykonawca korzystał z podwykonawcy, ale w innym zakresie niż wskazany w referencjach lub też przedstawiciele podwykonawcy jedynie współdziałali przy wykonywaniu robót wraz z brygadą generalnego wykonawcy, Zamawiający mógł nie dostrzec wykonywania zamówienia z udziałem podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby bez znaczenia jest

tu okoliczność, w którym z podmiotów powiązanych z generalnym wykonawcą robotnicy byli faktycznie zatrudnieni. Istotne jest to, że nie byli pracownikami Odwołującego. Posiadali ubrania robocze oznaczone logo generalnego wykonawcy, korzystali ze sprzętu w taki sam sposób oznaczonego. Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że to on w sposób faktyczny finansował wykonanie zamówienia czy zapewnił udostępnienie sprzętu jest na chwilę obecną nieweryfikowalna, a ponadto sprzeczna z deklaracją wynikającą z pisma z 4 października 2012 r. Ponadto pozostaje ona bez znaczenia dla oceny wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż przedmiotem tego dowodu winno być wykonanie niezbędnego zakresu robót samodzielnie siłami Odwołującego. Tymczasem ustalenia poczynione w toku postępowania dowodowego zdają się potwierdzać, że udział Odwołującego polegał na udostępnieniu pracowników, sprzętu, wykonywaniu jakiejś części robót, ewentualnie współpracy, czynnościach pomocniczych przy robotach podanych w referencjach. Brak jest jednak dowodu, aby jakkolwiek zakres tych prac Odwołujący wykonał samodzielnie, co w ocenie Izby stanowi niezbędną przesłankę dla uznania, że wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Należy bowiem podkreślić, iż treścią warunku była wykonanie przez oferenta roboty budowlanej (co najmniej 1) obejmującej odbudowę, remont regulacji rzeki na długości co najmniej 1,5 km. Zdaniem Izby postępowanie dowodowe doprowadziło do ustalenia, że Odwołujący co najwyżej uczestniczył w wykonywaniu takich robót, ale nie wykazał, by robotę w takim zakresie wykonał. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego jakoby przedstawione przez niego dowody z dokumentów miały charakter przesądający. Jak było to podnoszone powyżej na ich podstawie nie sposób ustalić faktycznego zakresu wykonanych przez Odwołującego robót, a tylko ten zakres świadczy, iż rzeczywiście potwierdził on spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby zeznania świadków były w tym zakresie spójne, a Odwołujący nie przedstawił dowodów, które treść ich zeznań by skutecznie podważyły.

Izba nie uznaje argumentacji Odwołującego, iż także roboty wskazane w poz. 2 wykazu potwierdzają spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w odniesieniu do zakresu "odbudowa, remont regulacji rzeki na długości co najmniej 1,5 km". W treści wykazu jako przedmiot roboty wskazano "most w m. Jemielnica". Tym samym zgodnie z treścią wykazu jako oświadczenia woli wykonawcy zadanie to odnosiło się do pozostałej części warunku udziału w postępowaniu, tj. roboty, której przedmiotem było wykonanie odbudowy, budowy lub remontu mostu drogowego lub gospodarczego.

Odwołujący był wzywany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, toteż powtórzenie tej procedury jest wyłączone. Izba nie podziela argumentacji

prezentowanej przez Odwołującego, iż treść wezwania do uzupełnienia z 3 października 2012 r. sugerowała, iż uzupełnienie ma dotyczyć wyłącznie robót już wykazanych w ofercie, bez możliwości podania innych zadań. W ocenie Izby powyższe wezwanie w żadnej części nie wskazuje na taki wniosek. Zamawiający przywołał w nim treść warunku, podniósł, iż w jego opinii nie został on przez Odwołującego wykazany, gdyż w podanym zadaniu nie był on zgłoszonym podwykonawcą oraz wzywał, z powołaniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, które ten warunek by potwierdzały. Ograniczenie, na które powołuje się Odwołujący, nie wynika zatem z treści wezwania, lecz co najwyżej opierać się może na błędnej interpretacji Odwołującego zasad uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, to przepis ten nie został powołany przez Zamawiającego w informacji o wyniku postępowania. Zamawiający odwołał się wyłącznie do art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym brak jest uzasadnienia faktycznego dla postawionego zarzutu. Równocześnie Izba uznała prawidłowość czynności Zamawiającego w zakresie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Tym samym prawidłowa jest konsekwencja tej czynności w postaci uznania oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), z uwzględnieniem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w maksymalnej wysokości 3600 zł zgodnie z przedstawioną do akt sprawy fakturą.

**Przewodniczący:**

.....