

WYROK
z dnia 15 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **Sport Halls spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Komuny Paryskiej 57/15, 50-452 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Zgorzelec, ul. Domańskiego 7, 59-900 Zgorzelec**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Sport Halls spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Komuny Paryskiej 57/15, 50-452 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Sport Halls spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Komuny Paryskiej 57/15, 50-452 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Sport Halls spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Komuny Paryskiej 57/15, 50-452 Wrocław** na rzecz **Gminy Miejskiej Zgorzelec, ul. Domańskiego 7, 59-900 Zgorzelec**, kwotę **4 562 zł 36 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset sześćdziesiąt dwa złote trzydzieści sześć groszy), stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu strony na wyznaczone posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miejska Zgorzelec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na roboty budowlane pn. *Budowa Hali Sportowo - Widowiskowej*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 21 lutego 2012 r. nr 2012/S 35-056089.

Odwołujący - Sport Halls spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Pre-Fabrykat spółka z o.o. z siedzibą w Miłkowie. Odwołujący zarzucił czynnościom Zamawiającego: 1) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej *ustawą* lub *Pzp*, w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Pre-Fabrykat spółka z o.o., podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego; 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości przez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu odwołania podał, że postępowanie Zamawiającego narusza interes *prawny* Odwołującego, ponieważ w przypadku odrzucenia oferty spółki Pre-Fabrykat, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co wynika z protokołu postępowania (druk ZP-2) oraz zawiadomienia z dnia 23 maja 2012 r. Podniósł, że Zamawiający opisał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej SIWZ, w rozdziale V pkt 2, że spełnianie warunku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, nastąpi przez wykazanie przez wykonawcę należytego wykonania, co najmniej jednego obiektu budowlanego wyposażonego w węzły sanitarne, układy wentylacji i klimatyzacji, instalacje elektryczne i teletechniczne, instalacje ogrzewania, o kubaturze co najmniej 65.000 m³ oraz rozpiętości dachu min. 50 m, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert - przy czym spełnienie tego warunku, oceniane będzie według odpowiedzi nr 1, wyjaśnień nr 9 SIWZ z 15 marca 2012 r. o treści: *Przez „rozpiętość dachu” Zamawiający rozumie wymiar mierzony w osiach podparcia konstrukcji dachu*.

Oferta złożona przez firmę Pre-Fabrykat sp. z o.o. nie spełnia, zdaniem Odwołującego, wymogów. Wskazana spółka przedstawiła referencję wystawioną dnia

04.08.2008 r. przez firmę WEPA Professional Piechowice S.A., z której wynika, że zrealizowano kontrakt o wartości 19,5 mln zł, o powierzchni 13.750 m² oraz kubaturze 134 250 m³.

Odwołujący dotarł do referencji wystawionej dnia 1.02.2008 r. przez tą samą firmę (WEPA Professional Piechowice S.A), z której wynika, że ta sama hala miała kosztować 6,5 mln zł, jej powierzchnia wynosiła 3.750 m², a wysokość 11 m, co może oznaczać, że przedłożona przez oferenta referencja została sfałszowana. W załączniku nr 3 do oferty spółki Pre-Fabrykat wskazano ten sam obiekt oraz termin realizacji od stycznia 2007 do stycznia 2008. Przedłożono referencję z sierpnia, kiedy obiekt był zakończony w styczniu, co uprawdopodobnia tezę, że odnośnie tej samej inwestycji wystawiono dwie różne referencje. Pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wskazane okoliczności z wnioskiem o ponowne przeanalizowanie oferty pod kątem jej zgodności z wymogami SIWZ. Zamawiający wezwał Pre-Fabrykat do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Oferent nie wyjaśnił zaistniałych w sprawie wątpliwości stwierdzając jedynie, że inwestycja realizowana była etapowo i że w różnych postępowaniach spółka posługuje się dwoma różnymi referencjami. Nawet gdyby przyjąć, że ta wersja odpowiada prawdzie to wskazać należy, iż świadczy ona o tym, że oferta Pre-Fabrykat spółka z o.o. nie odpowiada wymogom SIWZ, ponieważ w odpowiedzi do złożenia wyjaśnień z dnia 17 maja 2012 r. podano, że wskazana w załączniku 3 rozpiętość konstrukcji dachu o wartości 50 metrów dotyczy również hali magazynowej, połączonej z halą przetwórczą łącznikiem, są to dwa niezależne od siebie obiekty budowlane, a nie jeden jak twierdzi Pre-Fabrykat. Oznacza to, że nie został spełniony podstawowy warunek dotyczący rozpiętości konstrukcji dachu stosownie do definicji zawartej w odpowiedzi nr 1, wyjaśnień Zamawiającego z dnia 15 marca 2012 r., ponieważ rozpiętość dachu powinna być liczona od jednego podparcia do drugiego.

Kolejną kwestią jest, czy budynek pełniący funkcję obiektu magazynowego spełnia warunek SIWZ, tj. czy jest wyposażony w węzły sanitarne, układy wentylacji i klimatyzacji, instalacje elektryczne i teletechniczne, instalacje ogrzewania. Z bardzo lakonicznych wyjaśnień spółki Pre-Fabrykat wynika także, że całość inwestycji objętej referencjami realizowana była etapami. Hala magazynowa zrealizowana została później, tj. po styczniu 2008 r., kiedy zakończono realizację hali przetwórczej (referencje z 1 lutego 2008 r.). Z informacji dostępnej na stronie internetowej wynika, że ta sama hala magazynowa została zrealizowana (łącznie z montażem) przez firmę Ruukki. Istnieje także wiele rozbieżności w podawanych przez Pre-Fabrykat informacjach, tj. z referencji z sierpnia 2008 r. wynika, że wykonano obiekt o powierzchni 13.750 m² oraz kubaturze 134 250 m³. Natomiast z załącznika nr 3 do oferty wynika, iż kubatura obiektu wyniosła 131 250 m³. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z umowy zawartej na realizację zadania, na które została wystawiona referencja, faktur wystawionych przez Pre-Fabrykat Sp. z o.o. w trakcie

realizacji projektu, projektu konstrukcji hali przetwórczej oraz magazynowej zrealizowanej na rzecz WEPA Professional Piechowice S.A., decyzji Burmistrza Miasta Piechowice nr 5/2007 z dnia 07.11.2007 r. RG, OŚ.7627/422/2007. Wniósł o zażądanie wskazanych dokumentów od WEPA Professional Piechowice S.A. Podał, że z treści decyzji Burmistrza Miasta Piechowice wynika, iż inwestycja związana z budową hali w fabryce papieru WEPA faktycznie była jedynie *rozbudową*, co całkowicie zmienia postać rzeczy. Ponadto, w decyzji tej nie ma mowy o budowie hali magazynowej. Według informacji w Biuletynie Informacji Publicznej Gminy Piechowice w roku następnym, tj. 2008 nie wydano fabryce podobnej decyzji w związku z realizacją inwestycji polegającej na budowie hali magazynowej. Odwołujący podał, że *wobec podniesionych okoliczności świadczących o prawdopodobieństwie popełnienia przestępstwa oszustwa kapitałowego z art. 297 k.k., którym pokrzywdzony byłby Zamawiający (art. 49 k.p.k). Stosownie do art. 304 § 2 k.p.k. szczególnie obowiązek spoczywa na instytucjach samorządowych, które w związku ze swą działalnością dowiedziały się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu. Mają one obowiązek niezwłocznego zawiadomienia o fakcie popełnienia przestępstwa organów powołanych do ścigania takich czynów, ale również do czasu przyjęcia sprawy przez prokuraturę lub policję zabezpieczyć wszelkie dowody lub ślady, którym grozi zatarcie.* Uznał, że decyzja Zamawiającego, o wyborze oferty spółki Pre-Fabrykat jest wadliwa z uwagi na powyżej podniesione okoliczności. Z oferty złożonej przez spółkę wynika, że warunek ten nie został spełniony. Z tych powodów Odwołujący wniósł jak na wstępie.

W piśmie z dnia 6 czerwca 2012 r., wniesionym do Prezesa Izby w dniu 8 czerwca 2012 r., Odwołujący złożył dwa rysunki projektowe, rzuty przyziemia - hala przetwórstwa i magazyn, uzyskane od autorów projektu - Pracowni Projektowania i Usług Inwestycyjnych „ALFA” w Legnicy. Podał, że *rysunki projektowe (rzuty) hali przetwórczej i magazynowej realizowane przez wykonawcę Pre-Fabrykat sp. z o.o. [...] wskazują bezspornie, że rozpiętość konstrukcji dachu przedmiotowej hali wynosi jedynie 25 m, zamiast wymaganych 50 m.* Stwierdził, że z definicji rozpiętości dachu zawartej w odpowiedzi nr 1, wyjaśnień Zamawiającego z dnia 15 marca 2012 r. wynika, że rozpiętość dachu liczona jest od jednego podparcia do drugiego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Odwołujący zmodyfikował na rozprawie odwołanie wycofując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy oraz zarzut braku potwierdzenia przez wybranego wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie *potencjału technicznego*,

a także związek art. 24 ust. 4 z art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy (przepis stanowił w poprzednim stanie prawnym, że z *postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-3*). Wskazał zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy (warunek posiadania przez wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu wiedzy i doświadczenia) i art. 24 ust. 4 ustawy jako konsekwencję zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. W uzasadnieniu faktycznym wskazał na rozbieżność treści wykazu robót budowlanych podanych w złączniku nr 3 złożonym wraz z wybraną ofertą z referencjami z dnia 4 sierpnia 2012 r., wskazał na wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę pismem z dnia 17 maja 2012 r. oraz brak, w ocenie Odwołującego, rozpiętości dachu wynoszącej 50 m, stosownie do określenia Zamawiającego zamieszczonego w wyjaśnieniach udzielonych wykonawcom w zakresie treści SIWZ (wyjaśnienia nr 9 z dnia 15 marca 2012 r., odpowiedź nr 1: *Przez „rozpiętość dachu” Zamawiający rozumie wymiar mierzony w osiach podparcia konstrukcji dachu*). Złożył oświadczenie Jarosława Kadeckiego prezesa Pracowni Projektowania i Usług Inwestycyjnych „ALFA” w Legnicy, że *Rozpiętość dachu w wymiarze mierzonym w osiach podparcia konstrukcji dachu dla hali przetwórstwa oraz dla hali magazynowej wynosi 25 m*. Na rozprawie Odwołujący doprecyzował stanowisko stwierdzając, że rozpiętość dachu na każdej hali wynosi po 25 m.

II. Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie, w której wnosząc o oddalenie odwołania, podniósł zarzut braku interesu, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, po stronie Odwołującego. Stanowisko swoje uzasadnił faktem, że cena oferty Odwołującego przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, zatem Odwołujący nie ma możliwości uzyskania zamówienia w wyniku prowadzonego postępowania i nie może ponieść szkody z tego tytułu. Złożył oświadczenie Burmistrza Miasta Zgorzelec z dnia 13 czerwca 2012 r., z którego wynika, że *Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotowego zamówienia do ceny oferty złożonej przez Sport Halls Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu. W związku z powyższym przedmiotowe postępowanie w przypadku uwzględnienia odwołania, Zamawiający unieważni na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych*.

III. Wykonawca Pre-Fabrykat sp. z o.o. nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego ze względu na zgłoszenie przystąpienia w wymaganej formie po upływie ustawowego terminu. Kopia odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym została przekazana wykonawcy w dniu 1 czerwca 2012 r. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało doręczone Prezesowi Izby faksem w dniu 4 czerwca 2012 r., a w formie pisemnej w dniu 6 czerwca 2012 r. Przepisy art. 185 ust. 2 i 3 ustawy stanowią, że - 2. *Wykonawca może zgłosić*

przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. 3. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Ustawowy termin zgłoszenia przystąpienia w wymaganej formie upłynął w dniu 4 czerwca 2012 r.

IV. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy (przesłanka badana z urzędu według stanu na dzień wniesienia odwołania, stanowiąca o uprawnieniu do wniesienia środka ochrony prawnej i wskazująca, że brak legitymacji skutkuje oddaleniem odwołania, nawet w sytuacji potwierdzenia zarzutów naruszenia przepisów ustawy) stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeśli spełnione są kumulatywne dwie przesłanki: odwołujący posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Brak określenia, że wykonawca musi wykazać *interes prawny* pozwala uznać, że wystarczające jest wykazanie interesu faktycznego. Istotne jest, że interes wykonawcy jest związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący winien wykazać, że posiada potrzebę uzyskania konkretnego zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego.

Izba uznała, że Odwołujący legitymuje się interesem, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie, gdyż potwierdzenie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, stwarzałoby Odwołującemu możliwość oceny jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej lub z najniższą ceną (druga oferta w kolejności pod względem jedyne go kryterium oceny ofert, tj. ceny, spośród 4. ofert złożonych w postępowaniu).

Izba nie miała podstaw, by podzielić stanowisko Zamawiającego, że prawdopodobieństwo zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy (*Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty*), pozbawia wykonawcę legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.

W toku badania i oceny ofert, oferta odwołującego nie została wybrana, jako najkorzystniejsza, nie jest też ofertą z najniższą ceną. Przywołane w piśmie Zamawiającego orzeczenia Izby nie są adekwatne do rozpoznanej sprawy, dotyczą innych stanów faktycznych, m.in. sytuacji, gdy odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu.

Przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie wyłącza przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy, gdy przedmiotem oceny czynności Zamawiającego w wyniku wniesienia odwołania, jest ocena wybranej oferty, a nie oferty Odwołującego.

Przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie wskazanego przepisu, Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia analizy finansowej pod kątem możliwości zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny oferty najkorzystniejszej.

V. Po zmodyfikowaniu odwołania i wskazaniu naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy, Izba rozpoznała zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Pre-Fabrykat sp. z o.o. z postępowania wobec braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia i w konsekwencji uznania oferty wykonawcy za odrzuconą. Odwołujący nie sformułował zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na skutek złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy).

W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego w rozumieniu art. 190 ust. 3 ustawy: I - z dokumentów złożonych przez strony, w tym załączonych do odwołania: 1) decyzji Burmistrza Miasta Piechowice nr 5/2007 z dnia 07.11.2007 r. znak: RG, OŚ 7627/422/2007 w sprawie ustalenia środowiskowych uwarunkowań zgody na realizację przedsięwzięcia - Rozbudowa hali przetwórstwa fabryki papieru WEPA Professional Piechowice S.A. z siedzibą w Piechowicach, wydanej na wniosek projektanta (wydruk ze strony internetowej); 2) referencji z dnia 01.02.2008 r. i z dnia 04.08.2008 r.; 3) wydruku strony internetowej *ruukki*; 4) pisma Odwołującego z dnia 20.04.2012 r.; 5) rysunków projektowych (rzutów) hali przetwórczej i magazynowej; złożonych przez Zamawiającego pierwszych stron; 6) umowy podwykonawczej z dnia 4 czerwca 2007 r. zawartej pomiędzy Pre-Fabrykat sp. z o.o. (zamawiający), a Ruukki Construction Polska sp. z o.o. (wykonawca); 7) decyzji Burmistrza Miasta Piechowice nr 7/2006 z dnia 12 czerwca 2006 r. znak: RR-GP 7333-Dwz 7/2006 o warunkach zabudowy (rozbudowa Fabryki Papieru Piechowice S.A. polegająca na budowie hali - magazynowej, przetwórstwa papieru, budowie namiotu magazynowego wraz z niezbędną przebudową i rozbudową infrastruktury technicznej); 8) decyzji Starosty Jeleniogórskiego nr 405/06 z dnia 25 września 2006 r. znak: ABP/PI/7351/58/06 (zatwierdzenie projektu budowlanego i udzielenie pozwolenia na budowę, cele, zamierzenie budowlane: budowa hali magazynowej, rozbudowa istniejącego

warsztatu o hale przetwórstwa oraz rozbudowa wewnętrzzakładowej infrastruktury technicznej, inwestor - Fabryka Papieru Piechowice S.A.); II – ze zdjęcia hali magazynowej; III - z zeznań świadka Grzegorz Kołodzieja prokurenta firmy Pre-Fabrykat sp. z o.o. oraz Krzysztofa Łukszy prezesa zarządu spółki (Odwołującego) przesłuchanego w charakterze strony - Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że wykonawca nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób opisany w SIWZ i w wyjaśnieniach Zamawiającego nr 9 z dnia 15 marca 2012 r., odpowiedź nr 1.

Zamawiający opisał w rozdziale V pkt 2 SIWZ sposób oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia następująco: *Dla spełnienia warunku zawartego w art. 22 ust. 1 pkt 2 o treści: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia” - tj. wykonali co najmniej jedną robotę polegającą na budowie co najmniej jednego obiektu budowlanego wyposażonego w węzły sanitarne; układy wentylacji i klimatyzacji; instalacje elektryczne i teletechniczne; instalacje ogrzewania, o kubaturze co najmniej 65.000 m³ oraz rozpiętości dachu min. 50 m, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie oraz potwierdzą, że robota została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona.* W rozdziale VI pkt 2 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wykazu robót budowlanych wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - zgodnie z treścią załącznika nr 3 do oferty. Na pytanie jednego z wykonawców o treści: *Opisując w SIWZ warunek udziału w niniejszym postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia (w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 i pkt 3 Pzp) zamawiający używa określenia: „rozpiętość konstrukcji dachu”. Wobec braku obowiązującej definicji tego pojęcia proszę podać o jaki wymiar (jak mierzony, między jakimi elementami konstrukcji, w świetle czy w osiach, itp.) chodzi zamawiającemu. Wykonawca oczekuje podania jednoznacznego sposobu umożliwiającego dokonanie oceny spełniania tego warunku,* Zamawiający udzielił odpowiedzi - wyjaśnienie nr 9 z dnia 15 marca 2012 r., odpowiedź nr 1 o treści: *Przez rozpiętość dachu Zamawiający rozumie wymiar mierzony w osiach podparcia konstrukcji dachu.*

W wybranej ofercie wykonawca zamieścił załącznik nr 3, w którym podał Budowę obiektu budowlanego, wyposażonego w węzły wymagane w SIWZ, o kubaturze ponad 65 000 m³ i rozpiętości konstrukcji dachu ponad 50 m, podając w kolumnie tabeli *Informacje o obiekcie* - hala magazynowa, pow. 13 750 m². Załączył referencje z dnia 4 sierpnia 2012 r., w których wystawca WEPA Professional Piechowice S.A. z siedzibą w Piechowicach

zaświadczył, że firma Pre-Fabrykat sp. z o.o. z siedzibą w Miłkowie zrealizowała jako generalny wykonawca inwestycję: Budowa hal przetwórczej i magazynowej wraz z zapleczem socjalnym o łącznej powierzchni 13 750 m² i kubaturze 131 250 m³ na terenie fabryki.

Zamawiający wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy do złożenia wyjaśnień w zakresie niespójności wykazu z referencjami (pismo z dnia 9 maja 2012 r.), wskazując, że wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących kubatury obiektu wskazanego w załączniku, tj. hali magazynowej i do wyjaśnienia, czy wskazana w wykazie robót rozpiętość konstrukcji dachu, tj. ponad 50 m, dotyczy hali magazynowej.

Wykonawca złożył w piśmie z dnia 17 maja 2012 r. wyjaśnienia, podając, że wykazany obiekt składa się z hali przetwórczej i magazynowej połączonych ze sobą łącznikiem. Jest to jeden obiekt budowlany w rozumieniu art. 3 pkt 1 ustawy Prawo budowlane. Inwestycja była realizowana etapowo w ten sposób, że najpierw została wykonana część produkcyjna/przetwórcza obiektu, tj. hala przetwórcza, a później została dobudowana część magazynowa, czyli hala magazynowa i połączona z halą przetwórczą łącznikiem. Załączone do oferty referencje dotyczą całego obiektu składającego się z części przetwórczej i magazynowej. Wykonawca wskazał, że rozpiętość dachu wynosi 50 m i dotyczy również hali magazynowej. Kubatura hali wynosi 100 787 m³. Wykonawca załączył załącznik nr 3, w którym doprecyzował w stosunku do pierwotnej treści, że obiektem budowlanym jest obiekt produkcyjno-magazynowy wraz z zapleczem socjalnym o rozpiętości konstrukcji dachu 50 m, w tym hala magazynowa o kubaturze 100 787 m³. Okres realizacji w obu załącznikach wskazał - 01.2007-01.2008.

Zamawiający uznał wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Izba rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów przedstawionych przez Odwołującego (art. 192 ust. 7 ustawy) i biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust. 2 ustawy) oraz uwzględniając, że ustawodawca nałożył na strony postępowania odwoławczego obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 190 ust. 1 ustawy), uznała, że w postępowaniu nie potwierdzono, by Zamawiający miał podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania i uznania wybranej oferty za odrzuconą, jako następstwo uprzedniego wykluczenia, wobec nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z zasadą wynikającą ze wskazanego przepisu oraz przepisu art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp, wbrew stanowisku prezentowanemu na rozprawie, na Odwołującym jako inicjatorze sporu spoczywa obowiązek udowodnienia faktów, z których wywodzi skutki prawne, a więc udowodnienia, że wykazana w załączniku nr 3 (złożonym z pismem z dnia 17 maja 2012 r.) i w referencjach z dnia 4 sierpnia 2012 r. oraz wyjaśnieniach wykonawcy, robota budowlana, nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu według opisu

sposobu dokonania oceny, zamieszczonego w SIWZ wraz z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 15 marca 2012 r.

Z przedstawionych dokumentów oraz zeznań świadka i strony (osoby legitymujące się wiedzą branżową) wynika, że Zamawiający żądał wykazania się wykonaniem obiektu budowlanego o opisanych w rozdziale V pkt 2 SIWZ parametrach. Należało więc uznać, że opis Zamawiającego zawarty w SIWZ uwzględnia także obiekt budowlany w rozumieniu art. 3 pkt 1 lit. b ustawy Prawo budowlane.

Poprawiony przez wykonawcę załącznik nr 3 korespondował z załączonymi referencjami z dnia 4 sierpnia 2012 r., z których wynika, że wykonawca wykonał jako generalny wykonawca halę przetwórstwa i halę magazynową wraz z łącznikiem o wymaganej kubaturze, która, po uwzględnieniu nieściłości podanej w uzasadnieniu odwołania, podano 134 250 m³ zamiast 131 250 m³, nie była sporna.

Izba uznała za przekonujące zeznania świadka zgodne z treścią referencji, przedłożoną pierwszą stroną umowy i decyzjami administracyjnymi, w tym decyzją Starosty Jeleniogórskiego nr 405/06 z dnia 25 września 2006 r. znak: ABP/PI/7351/58/06 zatwierdzającą projekt budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę - cele, zamierzenie budowlane: budowa hali magazynowej, rozbudowa istniejącego warsztatu o halę przetwórstwa oraz rozbudowa wewnętrzzakładowej infrastruktury technicznej, inwestor - Fabryka Papieru Piechowice S.A., że wykonawca zrealizował przy zatrudnieniu podwykonawcy Ruukki Construction Polska sp. z o.o. wskazany obiekt budowlany. Porównanie referencji z dnia 1 lutego 2012 r. załączonej do odwołania z referencją z dnia 4 sierpnia 2012 r. załączoną do oferty, w świetle złożonych zeznań, przy braku przeciwstawnego dowodu ze strony Odwołującego, wskazuje, że obiekt wykonywany był etapowo, w pierwszej kolejności wykonano halę przetwórstwa, następnie wykonano halę magazynową. Stosowne do pierwszego wykonanego zakresu są referencje z dnia 1 lutego 2012 r., referencje z dnia 4 sierpnia 2012 r. wykazują realizację całego obiektu. W świetle zeznań świadka brak jest podstaw by uznać, że podany okres wykonania zadania - 01.2007-01.2008, przesądzał o niewłaściwej ocenie referencji załączonej do oferty. Świadek okazał protokół odbioru technicznego hali magazynowej z dnia 16 stycznia 2008 r. Zamawiający złożył wyjaśnienia pokrywające się z zeznaniami świadka, że inwestycja, na którą powołał się wykonawca, była realizowana etapowo, stąd referencje mogły być wystawione bezpośrednio po zakończeniu etapu i wskazywały węższy zakres zrealizowanego zadania, zgodnie z zapotrzebowaniem wykonawcy. Referencje z dnia 4 sierpnia 2008 r. wskazywały cały zakres inwestycji.

Nie zostało podważone dowodowo przez Odwołującego oświadczenie wykonawcy zawarte w załącznikach do oferty, dotyczące wyposażenia obiektu w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w węzły, układy i instalacje.

Odwołujący podważał rozpiętość dachu przyjmując za podstawę rysunki projektowe i oświadczenie prezesa Pracowni Projektowania i Usług Inwestycyjnych „ALFA” w Legnicy. Kwestia rozpiętości dachu stanowiła główny wątek zeznań strony.

W ocenie Izby należy przyjąć, że rozbieżność stanowisk w tym zakresie wynika z odmiennej interpretacji pojęcia rozpiętości dachu. Izba wzięła pod uwagę, że treść pytania wykonawcy dotycząca treści SIWZ wskazywała, po pierwsze, że brak jest obowiązującej definicji tego pojęcia, co zostało potwierdzone także w toku rozprawy, po drugie, wykonawca wnosił w pytaniu o sprecyzowanie przez Zamawiającego między jakimi elementami konstrukcji i według jakiej metody będzie mierzony wymiar rozpiętości dachu, wymieniając konkretnie, czy w świetle, czy w osiach. Skoro zdefiniowanie pojęcia leżało w gestii Zamawiającego, należało uznać odpowiedź Zamawiającego za przesądzającą w tej kwestii. Zamawiający odpowiedział, że rozpiętość dachu, to wymiar mierzony w osiach podparcia konstrukcji dachu, potwierdzając na rozprawie (stanowisko zgodne z zeznaniami świadka), że rozpiętość konstrukcji dachu, jest to wymiar oznaczający odległość między ścianami zewnętrznymi budowli.

W zeznaniach złożonych w charakterze strony przedstawiciel Odwołującego potwierdził na podstawie rysunków projektowych i zdjęcia hali, że wymiar mierzony w osiach podparcia konstrukcji dachu wynoszący 25 m, jest obliczany z uwzględnieniem podparcia środkowego, natomiast mierzony w osiach podparcia konstrukcji dachu uwzględniającego zewnętrzne ściany budynku, wynosi 50 m. Utrzymał, że w jego ocenie, wymiar mierzony w osiach podparcia konstrukcji dachu dotyczy odległości pomiędzy najbliższymi podparciami.

Izba nie podzieliła poglądu Odwołującego w kontekście opisu zawartego w SIWZ i wyjaśnieniach Zamawiającego udzielonych pisemnie oraz potwierdzonych na rozprawie. Nie było też podstaw, zgodnie z SIWZ, do uwzględnienia stanowiska Odwołującego, że realizacja hal potwierdzająca spełnianie warunku udziału wykonawcy w postępowaniu, dotyczy dwóch odrębnych obiektów budowlanych. Twierdzenie strony nie zostało poparte przekonującym uzasadnieniem. Odwołujący wywiódł swoje stanowisko z faktu, że świadek składający zeznania, będący prokurentem firmy, której doświadczenie jest przedmiotem oceny potwierdził, iż inwestycja była realizowana na podstawie dwóch umów.

Na podstawie powyższych ustaleń, Izba uznała, że w postępowaniu dowodowym nie zostało potwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych przez Odwołującego przy formułowaniu zarzutów (art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy), zatem odwołanie podlega oddaleniu.

Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2, § 5 ust. 3 pkt 1 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego (3 600 zł) oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby (962,36 zł), na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: