

Sygn. akt: KIO 1469/12

WYROK

z dnia 27 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług Budoimpex Sp. z o.o. Straszęcinie (39-218), Straszęcin 295D oraz Ecores Sp. z o.o. w Rzeszowie (35-604), ul. Kaczeńcowa 5** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Bocheński w Bochni (32-700), ul. Kazimierza Wielkiego 31**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Jana Paleja prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowo Remontowo Budowlany Jan Palej w Bochni (32-700), ul. Łany 15 oraz Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. w Krakowie (30-415), ul. Wadowicka 12** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług Budoimpex Sp. z o.o. Straszęcinie (39-218), Straszęcin 295D oraz Ecores Sp. z o.o. w Rzeszowie (35-604), ul. Kaczeńcowa 5** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług Budoimpex Sp. z o.o. Straszęcinie (39-218), Straszęcin 295D oraz Ecores Sp. z o.o. w Rzeszowie (35-604), ul. Kaczeńcowa 5** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług Budoimpex Sp. z o.o. Straszęcinie (39-218), Straszęcin 295D oraz Ecores Sp. z o.o. w Rzeszowie (35-604), ul. Kaczeńcowa 5** na rzecz zamawiającego: **Powiat Bocheński w Bochni (32-700), ul. Kazimierza Wielkiego 31** kwotę **4 183 zł 39 gr** (słownie: cztery tysiące sto osiemdziesiąt trzy złote trzydzieści dziewięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Wykonanie robót budowlanych w formule zaprojektuj i wykonaj „pod klucz” wraz z dostawą i montażem osprzętu sanitarnego i elektrycznego zadania w ramach projektu pn. „Budowa Domu Pomocy Społecznej w Bochni” w ramach Małopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 - 2013, Oś Priorytetowa 6. Spójność wewnątrzregionalna, Działanie 6.3. Poprawa bezpieczeństwa mieszkańców, w tym socjalnego i zdrowotnego. Schemat B: Opieka Społeczna, z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego” zostało wszczęte przez Powiat Bocheński w Bochni, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (133084-2012) w dniu 25 kwietnia 2012 r.

Pismem z dnia 5 lipca 2012 r. Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 11 lipca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcji Handlu i Usług Budoimpex Sp. z o.o. Straszęcinie oraz Ecores Sp. z o.o. w Rzeszowie, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie zarzucił mu, iż nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ponadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Stanowiło to naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Konsekwencją takich działań było uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez innego wykonawcę, co stanowiło naruszenie art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba uznała, iż nie ma podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 7) ustawy Pzp, o co wnosili Zamawiający i Przystępujący. W rozpoznawanej sprawie informacja o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia została mu doręczona za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 6 lipca 2012 r. Tym samym, zgodnie z art. 182 ust. 2, termin na wniesienie odwołania wynosił 5 dni od dnia przesłania powołanej informacji. Upływał on zatem w dniu 11 lipca 2012 r. W tym też dniu Odwołujący doręczył Zamawiającemu kopię odwołania, co potwierdził sam Zamawiający złożonymi wraz z odpowiedzią na odwołanie dowodami (wydruki poczty elektronicznej, potwierdzenia z faksu). Okoliczności te stanowią spełnienie przesłanek skutecznego doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu określonych w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Nie ma tu przy tym znaczenia fakt, iż tak faks, jak i wiadomość poczty elektronicznej, wpłynęły po godzinach pracy Zamawiającego, przez co Zamawiający zapoznał się z ich treścią dopiero w następnym dniu. Termin do wniesienia odwołania, a tym samym także przesłania jego kopii, ustala się zgodnie z zasadami określonymi w kodeksie cywilnym – upływa on wraz z końcem ostatniego dnia (art. 111 § 1 kc). Zamawiający nie jest władny skrócić ustawowo ustalonego terminu, choćby poprzez publikację w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) godzin swoich pracy. Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, iż nie było podstaw do odrzucenia odwołania.

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

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także dokumenty złożone przez Strony, jak i Przystępującego, tak przed otwarciem rozprawy, jak i w jej trakcie.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w § VI.2.2) SIWZ wymagał, aby wykonawca wykazał, iż wykonał „co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej

o kubaturze minimum 14 000 m³ i o wartości robót co najmniej 5.000.000,00 PLN brutto (słownie pięć milionów złotych brutto) odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia”. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć uzupełniony formularz stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ – „Wiedza i doświadczenie wykonawcy” – wraz z dokumentami „potwierdzającymi, że wykazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”.

Dalej zgodnie z § VI.2.3.1.a) SIWZ wykonawcy zobowiązani byli wykazać, że dysponują osobą mającą pełnić funkcję kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, pełniącą jednocześnie rolę kierownika budowy. W odniesieniu do tej osoby Zamawiający wymagał, aby posiadała min. doświadczenie „przy wykonaniu min. jednego budynku użyteczności publicznej o kubaturze minimum 14 000 m³ i o wartości robót co najmniej 5.000.000,00 PLN brutto (słownie pięć milionów złotych brutto)”. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć m.in. uzupełniony formularz stanowiący załącznik nr 4 do SIWZ – „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”.

Zgodnie z § XIV.2 SIWZ cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przed upływem terminu składania ofert siedmiu wykonawców złożyło Zamawiającemu swoje oferty. Odwołujący zaoferował najniższą cenę.

W złożonym wraz z ofertą uzupełnionym formularzu „Wiedza i doświadczenie wykonawcy” Odwołujący w pozycji 2 ujął wykonaną na rzecz Gminy Sędziszów Małopolski pracę opisaną jako „Sala sportowa z zapleczem socjalnym i technicznym Kubatura 15 361 m³ 5 214 000,00 zł”. Na potwierdzenie wykonania wykazywanej pracy Odwołujący złożył referencję z dnia 30 marca 2010 r., która zawiera następujące stwierdzenia: „obiekt posiadał następujące parametry: powierzchnia użytkowa 1550 m², kubatura 15 361 m³, o wartości 4 824 000,00 (w tym wykonano kotłownię o wartości 221 056,06 zł). Ponadto wykonano drogi i place postojowe z nawierzchni kostki burkowej w ilości 2060 m² o wartości 260 000,00 zł i kanalizację deszczową oraz sanitarną o wartości 130 000,00 zł. Łącznie wartość w/w prac wynosiła 5 214 000,00 zł”.

Jako osobę mającą pełnić funkcję kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej Odwołujący wskazał J..... P..... oświadczając jednocześnie, iż nabył on wymagane przez Zamawiającego doświadczenie podczas realizacji pracy ujętej w pozycji 2 wykazu „Wiedza i doświadczenie wykonawcy”.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do wyjaśnienia (pismo z dnia 1 czerwca 2012 r.), czy osoba wskazana jako kierownik robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej posiada wymagane w SIWZ doświadczenie.

Odwołujący w piśmie z dnia 4 czerwca 2012 r. potwierdził oświadczenie, iż J.... P..... posiada wymagane doświadczenie. Wraz z powołanym pismem Odwołujący złożył sporządzone z datą 4 czerwca 2012 r. „*wyjaśnienia referencji w zakresie świadczenia usług budowlanych*” wystawione w imieniu Gminy Sędziszów Małopolski. Znalazło się tam następujące oświadczenie: „*potwierdzamy, że całkowita wartość zrealizowanej przez w/w Wykonawcę inwestycji opisanej w referencji odpowiada kwocie 5 214 000,00 zł. Inwestycja ta była realizowana w ramach jednego zadania inwestycyjnego. Kierownikiem budowy był pan J.... P..... Ponadto stwierdzamy, że opisany w przedmiotowej referencji obiekt był z założenia i jest obecnie użytkowany jako obiekt użyteczności publicznej.*”

Kierując się pisemną informacją od Przystępującego, który kwestionował tak kubaturę, jak i wartość, ujawnione w wykazie złożonym przez Odwołującego, Zamawiający wystąpił pismem z dnia 13 czerwca 2012 r. do Gminy Sędziszów Małopolski z prośbą o potwierdzenie zawartych w referencjach z dnia 30 marca 2010 r. danych opisujących kubaturę i wartości wykonanych prac.

W odpowiedzi na to zapytanie, Gmina Sędziszów Małopolski, pismem z dnia 18 czerwca 2012 r. oświadczyła, że: „*1. Kubatura przedmiotowej inwestycji wynosi – 10 044 m³*
2. Powierzchnia zabudowy wynosi – 1697 m²
3. Wartość całkowita robót budowlanych przez Wykonawcę tj. firmę Budoimpex (wraz z robotami dodatkowymi) wynosiła 4 902 973,68 zł”

Mając na uwadze uzyskaną od wystawcy referencji odpowiedź, Zamawiający wezwał pismem z dnia 20 czerwca 2012 r. Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających posiadanie wymaganej w SIWZ wiedzy i doświadczenia, a także dysponowanie osobą posiadającą wymagane doświadczenie zawodowe, która będzie pełniła funkcję kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Odwołujący, w odpowiedzi na powołane wezwanie, złożył wykazy wykonanych prac i osób o tej samej treści co wykazy złożone wraz z ofertą. Przedstawił jednocześnie własne stanowisko w sprawie.

Wobec powyższego Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie uzupełnił wymaganych dokumentów lub oświadczeń, a ponadto w złożonych wraz z ofertą załącznikach zawarł

nieprawdzie informacje mające wpływ na wynik postępowania. Dlatego też wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy Pzp twierdził, że przedstawione przez niego dokumenty i oświadczenia potwierdzają wprost stawiane wykonawcom warunki udziału w postępowaniu. Wywodził, iż Zamawiający na etapie oceny i badania ofert interpretuje opis warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób nie mający oparcia w treści SIWZ. Zdaniem Odwołującego istotne jest jaką wartość miały wykazywane roboty, w ramach których wybudowany został budynek o odpowiedniej kubaturze. Tymczasem Zamawiający, błędnie w jego ocenie, wymaga, aby to wartość samego budynku przewyższała wartość progową. Odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, iż wykazywana praca nie obejmowała budowy budynku o kubaturze min. 14 000 m³, Odwołujący twierdził, że Zamawiający myli kubaturę samej sali gimnastycznej z kubaturą budynku, w którym sala ta się mieści. Podnosił również, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, czy warunek odnosi się do kubatury netto czy brutto. Stąd też nie może na tym etapie postępowania czynić Odwołującemu zarzutów, iż ten posłużył się kubaturą brutto. Konsekwencją takiego stanu rzeczy był również, niesłuszny zdaniem Odwołującego, zarzut nieprzedstawienia osoby posiadającej odpowiednie doświadczenie zawodowe, która mogłaby pełnić funkcję kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

W pierwszej kolejności Izba dokonała analizy treści SIWZ. Jak to już zostało wskazane Zamawiający w § VI.2.2) SIWZ wymagał, aby wykonawca wykazał, iż wykonał „*co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze minimum 14 000 m³ i o wartości robót co najmniej 5.000.000,00 PLN brutto (słownie pięć milionów złotych brutto) odpowiadające swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia*”. Wobec nie wykazania przez Strony, aby w toku postępowania zapis ten podlegał modyfikacjom, czy też że był interpretowany przez Zamawiającego w ramach

procesu wyjaśniania treści SIWZ, Izba uznała, iż należy oprzeć się na jego literalnym brzmieniu. Zdaniem składu orzekającego, z przytoczonego zapisu SIWZ wywieść należy, że Zamawiający wymagał od wykonawców wylegitymowania się wykonaniem jednej roboty budowlanej obejmującej swym zakresem budowę budynku o kubaturze co najmniej równej określonej w SIWZ. Z zapisu tego nie wynika, aby wykazywana robota musiała być ograniczona swym zakresem jedynie do budowy budynku – mogła obejmować także innego charakteru prace. Ponadto, w ocenie Izby, określona w treści SIWZ minimalna wartość odnosi się do wartości wykazywanej roboty budowlanej jako całości, nie zaś, tak jak chciałby tego Zamawiający, ogranicza się jedynie do kwoty stanowiącej wartość budowy tylko i wyłącznie budynku o kubaturze minimum 14 000 m³. Zdaniem Izby, aby Zamawiający miał podstawy oczekiwać od wykonawców, ażeby ci wykazywali roboty, w ramach których wybudowali budynek o określonej wartości, powinien poczynić wyraźne zastrzeżenie, że wskazana kwota odnosi się tylko i wyłącznie do wartości budowy budynku, nie zaś do całej roboty budowlanej, w ramach której taki budynek wykonano. W SIWZ brak takiego wyraźnego zastrzeżenia, stąd wykonawcy byli uprawnieni do powoływania się na roboty budowlane, które jako całość, warte były co najmniej 5 000 000 zł brutto i obejmowały swym zakresem budowę budynku o kubaturze minimum 14 000 m³, niezależnie od wartości prac związanych z budową samego budynku.

W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego w zakresie dopuszczalności powoływania się na kubaturę brutto wykazywanego budynku, Izba przychyliła się to tego stanowiska. Uznała bowiem, iż w przypadku gdy sam Zamawiający w treści SIWZ nie wprowadził rozróżnienia co do wymaganego rodzaju kubatury, tak też nie wolno mu takiego rozróżnienia wprowadzać na etapie badania i oceny ofert.

Kierując się tak poczynioną interpretacją zapisów SIWZ, Izba rozpoznała podnoszone przez Odwołującego zarzuty.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strona jest zobowiązana wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Uwzględniając tę regulację, a także przepis art. 6 k.c., który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, Izba uznała, iż to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. On bowiem jest stroną twierdzącą – to wniesione przez niego odwołanie zawiera zarzuty dające się sprowadzić do stwierdzenia: „Zamawiający naruszył przepisy ustawy pozbawiając mnie możliwości uzyskania zamówienia”. Aby Izba mogła uznać twierdzenia Odwołującego za zasadne, a zgłaszane przez niego żądania za zasługujące na uwzględnienie, koniecznym

było, aby wykonawca wnoszący odwołanie przedstawił Izbie dowody niezbędne dla podjęcia takiego rozstrzygnięcia.

W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił formułowanych przez siebie twierdzeń.

Izba analizując zebrany materiał dowodowy dała wiarę przedłożonym przez Zamawiającego dokumentom pochodzącym od organów administracji publicznej lub też im składanych celem wydania odpowiednich decyzji administracyjnych (odpowiednio pozwolenie na budowę, wnioski o wydanie pozwolenia na użytkowanie, pozwolenie na użytkowanie). Podkreślenia wymaga fakt, iż dokumenty te współbrzmiały w swej treści z przedstawionymi Izbie wyciągami z dokumentacji projektowej opisującej wykazywaną przez Odwołującego robotę budowlaną. Ważne w tym kontekście są zawarte w decyzji o pozwoleniu na użytkowanie stwierdzenia, iż tak kierownik budowy, jak i projektanci i inspektorzy nadzoru, poświadczali, iż obiekt budowlany został wykonany w sposób nieistotnie odstępujący od zatwierdzonego projektu. Doniosłość tego oświadczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów jest szczególnie widoczna przez pryzmat art. 36 ust. 5 pkt 2) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r. Nr 243 poz. 1623), zgodnie z którym kubatura uznana jest za charakterystyczny parametr obiektu budowlanego, którego zmiana jest zmianą istotną. Co ważne przepis ten obowiązuje w niezmienionej treści od 26 września 2005 r. Wykazany obiekt realizowany był po tej dacie. Tym samym przepis ten niewątpliwie znalazłby zastosowanie w trakcie wykonywania tejże roboty budowlanej.

Co istotne, powołane dokumenty współbrzmiały także z rysunkami złożonymi przez Odwołującego (rys. A-1a *Rzut przyziemia*, rys. A-1b *Rzut przyziemia*) wraz z przedstawionym przez niego wyliczeniem kubatury brutto. W każdym z tych dokumentów podana jest ta sama wielkość powierzchni użytkowej (1539,7 m²). Wielkość ta nie odnosi się wprost do parametru kubatury, jednak dodatkowo uwiarygodnia złożony przez Zamawiającego wyciąg z projektu budowlanego.

W ocenie Izby Odwołujący nie zdezawuował dowodów przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego, nie tylko omówionych powyżej, ale także pozostałych, w szczególności pism sporządzonych w imieniu Gminy Sędziszów Małopolski i opatrzonych odpowiednio datami 18 czerwca 2012 r. oraz 25 lipca 2012 r.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący oparł swe twierdzenia w głównej mierze na treści referencji z dnia 30 marca 2010 r. oraz ich uzupełnienia z dnia 4 czerwca 2012 r. Przedstawił też własne wyliczenie kubatury brutto zrealizowanego obiektu.

W ocenie Izby wiarygodność referencji, a także jej uzupełnienia, została skutecznie podważona już samym tylko pismem z dnia 18 czerwca 2012 r. Pismo z dnia 25 lipca 2012 r. zawiera jedynie informację o zweryfikowaniu podanej wcześniej wielkości kubatury – zmiana ta jest jednak nieistotna z punktu widzenia wartości progowej określonej w opisie warunku. Podkreślenia wymaga zawarte w piśmie z dnia 18 czerwca 2012 r. stwierdzenie „*Wartość całkowita robót budowlanych przez Wykonawcę tj. firmę Budoimpex (wraz z robotami dodatkowymi) wynosiła 4 902 973,68*”. Przesądza ono, iż nie została przekroczona kwota określona w §VI.2.2) SIWZ.

Istotny dla rozstrzygnięcia jest też fakt, iż pismo z dnia 18 czerwca 2012 r. było Odwołującemu przekazane wraz z wezwaniem go do uzupełnienia dokumentów z dnia 20 czerwca 2012 r. W czasie gdy odpowiadał na to wezwanie, znał on zatem stanowisko Zamawiającego w tej sprawie, a także dokumenty, na których zostało ono oparte. Na tamtym etapie postępowania nie podjął jednak polemiki z oświadczeniem Gminy Sędziszów Małopolski, nie starał się wykazać Zamawiającemu, iż przedstawione przez niego dokumenty i oświadczenia potwierdzają spełnianie przez niego warunków udziału w postępowaniu. W piśmie z dnia 25 czerwca 2012 r. zgłaszał jedynie zarzuty formalne odnoszące się do samego wezwania. Podjął m.in. próbę uzasadnienia tezy, iż Zamawiający nie może kwestionować treści referencji i oczekiwać od nich, iż będą zawierały informacje inne, aniżeli samo potwierdzenie należytego wykonania pracy, do której się odnoszą. Zdawał się nie dostrzegać, że Zamawiający dysponuje dowodem na to, iż złożone przez niego oświadczenie w formularzu „*Wiedza i doświadczenie wykonawcy*” nie potwierdza spełniania warunku, a ponadto że treść przedstawionej referencji (a za nią także treść wykazu) nie odpowiada stanowi rzeczywiście. Taką właśnie ocenę tych dokumentów umocniły kolejne dowody przedstawione przez Zamawiającego i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego, w szczególności powoływane już dokumenty pochodzące od organów administracji publicznej.

Za mało wiarygodne Izba uznała przedstawione przez Odwołującego wyliczenie kubatury brutto.

Zgodnie z przedstawioną przez Odwołującego normą PN-ISO 9836:1997 „*Właściwości użytkowe w budownictwie. Określanie i obliczanie wskaźników powierzchniowych i kubaturowych*”: „*Kubatura brutto budynku obliczana jest jako objętość przestrzeni utworzonej przez powierzchnie zewnętrzne elementów ograniczających*” (pkt 5.2.1). Zasadnie podnosił Odwołujący, iż powołaną normę zgodnie z § 18 ust 2 pkt 4) Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych

oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), zobowiązany był uwzględnić Zamawiający przy sporządzaniu programu funkcjonalno-użytkowego. Mogło być to stanowić dla Odwołującego wskazówkę, aby także on skorzystał z teŝe normy przy ustalaniu kubatury obiektu, do którego odnoszą się sporne referencje. Analiza przedstawionego przez Odwołującego wyliczenia, oraz zestawienie jego treści z załączonymi do niego rysunkami (w szczególności rys. K16 *Ściana szczytowa w osi A*), nie pozwalają ocenić go za rzetelnie wykonane. Podkreślenia wymaga podnoszona przez Przystępującego okoliczność, iż wyliczenie to w części pierwszej, odnoszącej się do kubatury „części halowej”, stanowi proste przemnoŝenie trzech wymiarów (długość, szerokość, wysokość). Działanie takie pozwoliło ustalić Odwołującemu kubaturę prostopadłościanu, w który jest wpisana hala, nie zaś kubaturę samej hali. Wyliczenie to nie uwzględnia bowiem uwidocznionego na rysunku K16 kształtu dachu (wycinek elipsy). Sam ten fakt pozbawia tegoŝ wyliczenia wiarygodności. Zaznaczenia wymaga teŝ to, iż obliczenia w dalszych częściach (II – *część szatniowa*, III – *część techniczna + sala baletowa*, IV – *kubatura kotłowni wraz z pomieszczeniem technicznym*) nie odnoszą się w ŝaden sposób do załączonych do tegoŝ wyliczenia rysunków (rys. A-1a *Rzut przyziemia*, rys. A-1b *Rzut przyziemia*) i wymiarów na nich ujawnionych. Stąd teŝ niemożliwym jest przesądzenie, iż wyliczenia te opierają się w tym zakresie na właściwych danych.

Mając powyŝsze na uwadze, Izba uznała, iż nie zostało wykazane, ŝe Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Odwołującego z uwagi na niewykazanie przez niego spełnienia warunków dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia.

Uwzględniając fakt, iż robota budowlana ujęta w pozycji 2 wykazu „*Wiedza i doświadczenie wykonawcy*”, jak to zostało rozstrzygnięte, nie spełnia minimalnych wymogów określonych w § VI.2.2) SIWZ, Izba uznała, ŝe także doświadczenie nabyte przez wykazywanego przez Odwołującego, jako mającego pełnić funkcję kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, J..... P..... nie odpowiada wymogom § VI.2.3.1.a) SIWZ.

Wobec faktu, iż Odwołujący był wzywany do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie powołanych wyŝej warunków odnoszących się do posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami, Izba uznała, iż Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia tego przepisu przez Odwołującego.

Powyŝsze ustalenia pozwalają równieŝ stwierdzić, iż przedstawione przez Odwołującego dokumenty i oświadczenia informacje nieprawdzie – przedstawiają one bowiem stan odmienny od rzeczywistości. W ocenie Izby informacje te mają rzeczywisty i realny wpływ

na wynik postępowania. Zamawiający wymagał w SIWZ, aby Wykonawcy wykazali się wykonaniem jednej roboty budowlanej o dookreślonych cechach. Odwołujący w złożonym przez siebie wykazie ujął jedynie tylko robotę, która mogła stanowić potwierdzenie spełnienia warunku. W toku postępowania odwoławczego potwierdziła się słuszność oceny dokonanej przez Zamawiającego i uznania powołanych referencji za zawierające nieprawdziwe informacje. Mając te okoliczności na uwadze, Izba stwierdziła jednocześnie, iż informacje te mogły mieć bezpośredni wpływ na dokonaną przez Zamawiającego ocenę spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Wobec faktu, iż oferta złożona przez Odwołującego była najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, a jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej była cena, oczywistym jest, że uznanie przez Zamawiającego, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, wobec braku innych zarzutów do złożonej przez niego oferty, mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Doprowadziłoby bowiem do wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, iż Zamawiający zasadnie uznał, że spełnione zostały przesłanki wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Konsekwencją tak poczynionych przez Izbę ustaleń, jest uznanie, że nie zostało również wykazane naruszenie art. 91 ust. 1 oraz 7 ustawy Pzp.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięta w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o zasądzenie kosztów na jego rzecz. W ocenie składu orzekającego przepisy powołanego rozporządzenia, w szczególności § 3 pkt 2) i § 5 ust. 3 pkt 2), stanowią, iż Izba jest władna zasądzić zwrot kosztów na rzecz przystępującego – uczestnika postępowania odwoławczego, tylko w przypadku, gdy wykonawca ten przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

oraz wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W rozpoznawanej sprawie przesłanki orzeczenia kosztów na rzecz Przystępującego nie spełniły się, nie wniósł on bowiem sprzeciwu. Stąd też Izba, nie widząc ku temu podstaw prawnych, nie uczyniła zadość żądaniom Przystępującego

Przewodniczący: