

Sygn. akt: KIO/2430/10

**WYROK**  
**z dnia 19 listopada 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący : Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2010 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2010 r. przez **ZHiU JURAND Jerzy i Elżbieta Szablówscy s.c., ul. Rejtana 9, 85-032 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża ZHiU JURAND Jerzy i Elżbieta Szablówscy s.c., ul. Rejtana 9, 85-032 Bydgoszcz i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ZHiU JURAND Jerzy i Elżbieta Szablówscy s.c., ul. Rejtana 9, 85-032 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania;**
  - 2.2. zasądza zapłatę kwoty w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez ZHiU JURAND Jerzy i Elżbieta Szablówscy s.c., ul. Rejtana 9, 85-032 Bydgoszcz na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury, ul. Jana z Kolna 8b, 81-912 Gdynia, która to kwota stanowi koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Narodowy Fundusz Zdrowia w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Eksplorację zleconą systemu ciepłego w WAK nr 1 w Gdańsku”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 9 lipca 2010 r., pod nr: 2010/S 131-201232. Ogłoszenie podlegało zmianie, która została opublikowana w Dzienniku UE z dnia 7 sierpnia 2010 r. nr: 2010/S 152-233823.

W postępowaniu tym Zamawiający w dniu 27 października 2010 r. przekazał wykonawcy: ZHIU JURAND Jerzy i Elżbieta Szablowsky s.c., z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) informację o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z tą czynnością Odwołujący w dniu 5 listopada 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w postępowaniu odwoławczym Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania i jego uczestników:

### I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący złożył odwołanie – jak podniósł – od decyzji Zamawiającego odrzucenia złożonego przez odwołującego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zarzucając temu rozstrzygnięciu Zamawiającego naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;
- 3) art. 50 ust. 1 ustawy Pzp;
- 4) art. 51 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wniósł o:

- 1) ponowne rozpatrzenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez siebie;
- 2) unieważnienie decyzji o odrzuceniu swojego wniosku;
- 3) zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty.

W uzasadnieniu sformułowanych zarzutów i żądań odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 20 października 2010 r. do uzupełniania dokumentów, tj. wykazu zamówień (minimum jedno zamówienie) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i wartością nie mniejszą niż 50% wartości szacunkowej zamówienia (tj. 2 441 301,20 zł) oraz załączeniem dokumentów (tj. umowy wraz z referencją wystawioną przez poprzedniego zamawiającego), że usługi zostały wykonane należycie wykonawca ten przedłożył pismo, w którym podtrzymuje, że załączone do wniosku dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu i tym samym nie uzupełnił dokumentów. Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na to wezwanie Zamawiającego poinformował go, że do wniosku dołączył wykaz zamówień wraz z umowami i referencjami, z których dwa wykonywane są od 2002 r. Realizacja dla długoletnich umów – według Odwołującego – jest dowodem na posiadanie wystarczającego doświadczenia w eksploatacji systemu ciepłego, a także na to, iż przebiega ona w sposób należyty, o czym świadczą uzyskane referencje. Dołączone przez Odwołującego dwa zamówienia (RZI Bydgoszcz, 2 baza lotnicza w Bydgoszczy oraz RZI Bydgoszcz, Jednostka Wojskowa 1641 w Inowrocławiu) spełniają – w jego ocenie – warunki udziału określone przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu co do wymaganej wiedzy i doświadczenia, tj. wynoszą ponad 50% wartości szacunkowej całego zamówienia (Inowrocław: 3 360 655,74 zł netto przed waloryzacją i Bydgoszcz: 3 524 590,16 zł netto przed waloryzacją), gdyż wykonywane są one w latach 2002 do 2012, a więc mieszczą się w wymaganym okresie ostatnich trzech lat.

Odwołujący podkreślił, że w ogłoszeniu o zamówieniu mówi się o wymaganym zamówieniu jako całości i nie dzieli się jego wartości na poszczególne lata. Zamawiający nie wymagał, aby wartość wymaganego zamówienia podzielona była również na ten okres, a jedynie, aby całość wymaganego zamówienia miało taką wartość. Zdaniem Odwołującego dwa wymienione przez niego zamówienia spełniają ten wymóg ogłoszenia także co do wartości i wykonywane są w wymaganym terminie, tym samym Odwołujący powinien być zaproszony do złożenia oferty, a odrzucenie jego wniosku na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp było bezzasadne.

Odwołujący podniósł nadto, że dzielenie wartości wymaganych zamówień na poszczególne lata jest niedopuszczalne, gdyż dokonuje to podziału zamówienia i jest niezgodne z naturą wzajemnego stosunku umownego jakim jest zobowiązanie zawarte w dwóch umowach podpisanych z RZI Bydgoszcz. Takie działanie – zdaniem Odwołującego – narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że wartość zamówienia nie świadczy o wymaganym doświadczeniu, które jest potrzebne do wykonywania tego typu usług, co przyznał sam Zamawiający zmniejszając wymóg doświadczenia do 50% wartości szacunkowej zamówienia, tak więc równie dobrze mógł ten wymóg określić na poziomie 75% bądź 40% wartości szacunkowej zamówienia.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający przesłał drogą faksową do akt sprawy pismo z dnia 18 listopada 2010 r. stanowiące odpowiedź na odwołanie (potwierdzone wersją pisemną złożoną w toku rozprawy), w którym wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów zastępstwa prawnego według norm przypisanych.

W uzasadnianiu swojego stanowiska, wskazując na opis warunku udziału w postępowaniu w treści ogłoszenia o zamówieniu, wskazał, że Odwołujący na potwierdzenie spełniania tego warunku wykazał, że wykonuje dwie umowy odpowiadające swoim rodzajem udzielanemu zamówieniu i, że opiewają one na wartość odpowiednio: 3 360 655,74 zł i 3 524 590,16 zł netto. Przy czym wskazał, że obie umowy zostały zawarte na okres lat 2002 – 2012. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania przedmiotowego warunku i wezwał Odwołującego do uzupełniania dokumentów, zaś Odwołujący tego wezwania nie wykonał, stąd też Zamawiający podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, co stało się podstawą złożonego odwołania.

Podniósł, że określone przez Zamawiającego w postępowaniu kryteria nie mogą prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślił, że poza sporem pozostaje, że postawiony przez Zamawiającego wymóg doświadczenia jest zgodny z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Stwierdził, że Odwołujący na potwierdzenie spełniania warunku co prawda wykazał wykonywanie usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, jednak – w ocenie Zamawiającego – nie wykazał drugiego warunku odnoszącego się do wartości realizowanego zamówienia. Powoływanie się na

umowy obejmujące lata 2002 – 2012 dotyczy okresu sprzed wymaganych przez Zamawiającego ostatnich trzech lat i okres przyszły po wspomnianych trzech ostatnich latach. Powyższe – zdaniem Zamawiającego – nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Przepis rozporządzenia, w oparciu o który został wyznaczony okres trzech lat, ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co oznacza, że Zamawiający nie jest uprawniony do żądania wykazania się przez wykonawców odpowiednim doświadczeniem w okresie dłuższym, czy też w okresie krótszym. W konsekwencji też – zdaniem Zamawiającego – wykonawca również nie może powoływać się na potwierdzenie spełniania warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia na okresy dłuższe niż owe trzy lata przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe dotyczy okresów sprzed wymaganych trzech lat, jak i okresów przyszłych.

Do oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający zatem przyjął okres ostatnich trzech lat przed terminem składania wniosków i w ten sposób ustalił, że Odwołujący wykazał wykonanie w okresie trzech ostatnich lat odpowiednich usług, ale nie wykazał, aby miały one wymaganą przez Zamawiającego minimalną wartość. Przywołał doświadczenie wskazane w ofercie Odwołującego:

- 1) Umowa z RZI Bydgoszcz Baza Lotnicza Bydgoszcz zawarta na okres 10 lat na kwotę 4 300 000,00 brutto, przy czym z załączonych referencji wynika, że kwota ta obejmuje również modernizację systemu na kwotę 890 000,00 zł; po odjęciu modernizacji pozostaje kwota 3 410 000,00 zł na okres 10 lat co daje kwotę 1 023 000,00 zł w okresie ostatnich trzech lat przy wymaganej kwocie 2 441 301,20 zł;
- 2) Umowa z RZI Bydgoszcz Jednostka Wojskowa 1641 w Inowrocławiu zawarta na okres 10 lat, na kwotę brutto, z załączonych referencji wynika, że kwota ta obejmuje również modernizację systemu na kwotę 1 320 000,00 zł po odjęciu modernizacji pozostaje kwota 2 780 000,00 zł na okres 10 lat, co daje kwotę 834 000,00 zł w okresie ostatnich trzech lat, przy wymaganej kwocie 2 441 302,20 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej. Zarzuty odwołania dotyczą wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, czyli ograniczenia mu możliwości złożenia oferty w niniejszym postępowaniu, a w efekcie skutkują uniemożliwieniem pozyskania przez tego wykonawcę zamówienia. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania i przywrócenia do postępowania Odwołującego miałyby potencjalne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający w drodze zaskarżonej czynności *de facto* pozbawił Odwołującego takich szans, narażając go tym samym na poniesienie wymiernej szkody w postępowaniu.

Rozpoznając odwołanie Izba uznała je za niezasadne.

Izba przy wydaniu orzeczenia w sprawie uwzględniła w ramach materiału dowodowego całość dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem z uwzględnieniem weryfikacji tej dokumentacji dokonanej w oparciu o oryginalną dokumentację przedkładaną do wglądu Izby przez Zamawiającego w toku rozprawy. Uwzględniono również pisemne i ustne stanowiska stron złożone w sprawie.

Biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba ustaliła, że:

- 1) Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zmienionym w dniu 7 sierpnia 2010 r. w Dzienniku Urzędowym UE 2010/S152-233823 opisał sposób dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wymaganych od wykonawców poprzez wykonanie lub wykonują w okresie ostatnich 3 lat co najmniej jedno zamówienie polegające na eksploatacji co najmniej jednej kotłowni wodnej o mocy nie mniejszej niż 0,5 MW, jednej kotłowni parowej o mocy nie mniejszej niż 0,5 MW i o wartości nie mniejszej niż 50% szacunkowej wartości zamówienia,

potwierdzone umową wraz z referencją wystawioną przez poprzedniego Zamawiającego.

- 2) W pkt II.2.1) ogłoszenia o zamówieniu wskazano wartość szacunkową zamówienia na poziomie 4 882 602,40zł netto.
- 3) Odwołujący w terminie na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył swój wniosek, załączając do niego
  - wykaz zrealizowanych robót eksploatacyjnych z trzema pozycjami: 1) prace na rzecz RZI w Bydgoszczy (2 Baza Lotnicza Bydgoszcz) z okresem eksploatacji 10 lat i eksploatacją realizowaną do grudnia 2012 r., 2) prace na rzecz RZI w Bydgoszczy (Jednostka Wojskowa 1641 w Inowrocławiu) z okresem eksploatacji 10 lat i eksploatacją realizowaną do grudnia 2012 r. i 3) prace na rzecz RZI w Gdyni (Jednostka Wojskowa JW. 4024 w Gdyni) z okresem eksploatacji 2 lata i eksploatacją realizowaną do 30.06.2011 r.
  - referencje z 3 czerwca 2004 r. wystawione przez Jednostkę Wojskową 3033 Bydgoszcz na kwotę 890 000 zł, które dotyczą prac wykazanych w pozycji pierwszej wykazu i wyłącznie prac modernizacyjnych;
  - referencje z 31 października 2007 r., wystawione przez RZI Bydgoszcz na kwotę 1 320 000 zł, które odnoszą się do prac wskazanych w pozycji drugiej wykazu i są to wyłącznie prace modernizacyjne;
  - potwierdzenie z 2 lutego 2010 r. wystawione dla RZI Bydgoszcz dotyczy prac wykazanych w pozycji pierwszej wykazu i dotyczy eksploatacji systemu ciepłego;
  - informacja z 12 marca 2010 r. z RZI Bydgoszcz Jednostka Wojskowa 1641 w Inowrocławiu, która dotyczy prac wykazanych w pozycji drugiej wykazu i są to prace eksploatacyjne;
  - referencje z 12 marca 2010 r. z RZI Bydgoszcz odnoszą się do prac w pozycji pierwszej wykazu i są to prace eksploatacyjne.
  - umowa nr OEN/PN-201/2D/6 z dnia 10 października 2002 r. z Jednostką Wojskową 3033 Bydgoszcz na wartość wynagrodzenia umownego w kwocie: 4 300 000,00 zł brutto i terminem realizacji w zakresie eksploatacji sytemu ciepłowniczego: 10.10.2002 – 30.09.2012;
  - umowa nr 651/III/FIN/2009 z RZI w Gdyni na wartość wynagrodzenia umownego w kwocie: 1 606 066,56 zł brutto i terminem realizacji: 01.08.2009 – 30.06.2011;

- umowa nr OEN/PN-201/5/4 z Jednostka Wojskową 1641 Inowrocław na wartość wynagrodzenia umownego w kwocie: 4 100 000,00 zł brutto i terminem realizacji: 01.08.2002 – 31.07.2012 r.;
- 4) Zamawiający pismem z dnia 20 października 2010 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wyznaczając mu termin do dnia 22 października 2010 r. godz. 15:00 i wskazując na to, że wykazane trzy prace we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wypełniają wymogu wartościowego określonego przez Zamawiającego doświadczenia.
  - 5) Odwołujący w piśmie z dnia 21 października 2010 r., przesłanym do Zamawiającego w dniu 22 października 2010 r., nie uzupełniał żądanych dokumentów Zamawiającemu, wyjaśniając tylko, że dołączone przez niego dwa zamówienia (RZI Bydgoszcz, 2 Baza Lotnicza w Bydgoszczy i RZI Bydgoszcz Jednostka Wojskowa 1641 w Inowrocławiu) spełniają warunek doświadczenia. W piśmie tym dodatkowo wyjaśnił, że w opisanym przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu mówi się o zamówieniu jako całości i nie dzieli się jego wartości na poszczególne lata. Określony wymóg odnosił się wyłącznie do tego, aby wymagane zamówienie wartościowo odpowiadające 50% wartości przedmiotowego zamówienia, mieściło się w okresie ostatnich 3 lat, nie było zaś wymogu, aby ta wartość podzielona była na ten okres.
  - 6) Zamawiający pismem z dnia 27 października 2010 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że Zamawiający miał podstawy do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a tym samym zasadnym również było zaniechanie zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z przywołanym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis ten ciężar wykazania, że określone w postępowaniu warunki, według ich opisu dokonane przez Zamawiającego, zostały wypełnione, nakłada na wykonawcę. W niniejszym postępowaniu Odwołujący tak w swoim wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie udowodnił, że spełnia opisany w ogłoszeniu o zamówieniu warunek udziału.

Izba nie kwestionuje tym samym, że Odwołujący ma szerokie doświadczenie w pracach rodzajowo objętych przedmiotem zamówienia, co podnosił Odwołujący w toku rozprawy, jednakże w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które ma charakter sformalizowany, tj. wymaga się w nim, aby wykonawca w jego toku udokumentował Zamawiającemu wymagane doświadczenie – nie przedłożył stosownych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wartościowo.

Dokonując wykładni literalnej określonego przez Zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia stwierdzić po pierwsze należy, że Zamawiający wymagał, aby wykazywane przez wykonawców minimum jedno zamówienie odpowiadało rodzajowo przedmiotowi zamówienia. W tym zakresie co do zasady nie ma sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego poza tym, że Zamawiający, oceniając prace wykazane przez Odwołującego, dokonał wartościowego odliczenia z ich zakresu prac modernizacyjnych kotłowni, pozostawiając do oceny jedynie wykonane prace eksploatacyjne dotyczące kotłowni. Odwołujący w toku rozprawy sprzeciwił się takiej ocenie Zamawiającego. Izba uznała, że skoro przedmiotem niniejszego zamówienia jest wykonywanie usług polegających na eksploatacji systemu ciepłego, tego rodzaju usługi winny podlegać ocenie w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w żaden sposób w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że wykonane usługi modernizacji kotłowni są związane z przedmiotem zamówienia i odpowiadają mu rodzajowo, w taki sposób, aby zweryfikować możliwość wykonywania przez danego wykonawcę usług eksploatacji systemu ciepłego. Na pewno jednak wykazane modernizacje kotłowni wprost nie odnosiły się do zakresu określonego w opisie warunku doświadczenia, t. eksploatacji kotłowni wodnej, czy parowej o określonej mocy. Słuszne zatem było odliczenie przez Zamawiającego od wykazanych prac wartości robot modernizacyjnych kotłowni, na które zresztą przedłożone zostały odrębne dokumenty potwierdzające prawidłową realizację tych robót.

Kontynuując interpretację warunku doświadczenia stwierdzić po drugie należy, że wykazywane przez wykonawców zamówienie miało odpowiadać wartości szacunkowej niniejszego przedmiotu zamówienia na poziomie nie mniejszym niż 50%. Z ustaleń Izby wynika, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została określona na poziomie 4 882 602,40 zł netto. Zatem 50% wartości szacunkowej zamówienia stanowi kwota: 2 441 301,20 zł, która jest bezsporna pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Przedmiot sporu stanowi natomiast okres, w którym owe zamówienia były realizowane. Odwołujący wykazał dwa zamówienia, które wartościowo mogłyby odpowiadać warunkowi doświadczenia (tj. wartości: 2 441 301,20 zł) i są to prace wykonywane na rzecz (poz. 1 i 2 wykazu prac). Trzecia z wykazywanych prac na rzecz RZI w Gdyni nie odpowiada wymaganej wartości zamówienia, stąd też nie była brana pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co do czego zgodni byli zarówno Zamawiający jak i

Odwołujący. Dwie pozostałe wykazywane przez Odwołującego prace realizowane były na rzecz RZI Bydgoszcz - według wykazu robót, zaś według treści przedłożonych przez Odwołującego umów - na rzecz Jednostki Wojskowej 3033 Bydgoszcz i Jednostki Wojskowej 1641 Inowrocław. Prace te są wykonywane na podstawie dwóch odrębnych umów, których okres realizacji został określony – w pierwszym i w drugim przypadku na lata 2002 – 2012. Na potwierdzenie należytego wykonania tych zamówień Odwołujący przedłożył przede wszystkim umowy zawarte z Jednostką Wojskową 3033 Bydgoszcz i z Jednostką Wojskową 1641 w Inowrocławiu. Przedmiotem wykazu prac są prace będące tak aktualnie w toku realizacji, jak i prace, które były już realizowane przed wymaganym okresem trzech lat przed upływem terminu składania wniosków.

Niezależnie od tego, czy należało oceniać w tym przypadku w ramach wykazywanego zamówienia wartość prac zrealizowanych przed okresem trzech lat w stosunku do daty upływu terminu składania ofert oraz prac jeszcze nie wykonanych Izba stwierdziła, że przedłożone przez Odwołującego wraz z wnioskiem dokumenty nie potwierdzają prawidłowości realizacji określonych prac. Izba stwierdziła niekompletność i brak adekwatności przedłożonych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w stosunku do wykazywanych w wykazie zrealizowanych robót eksploatacyjnych.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że dane zawarte w wykazie zrealizowanych robót eksploatacyjnych co do podmiotu, na rzecz którego prace były wykonywane, nie są adekwatne w stosunku do danych zawartych w przedłożonych umowach – w wykazie wskazano jako ten podmiot Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, zaś przedłożone umowy podpisano bezpośrednio z Jednostkami Wojskowymi. W tym zakresie w przypadku braku uzupełniania przez Odwołującego właściwych dokumentów (np. poprawionego wykazu robót) dane wymagały co najmniej wyjaśnienia, czego Odwołujący w żaden sposób nie sprostował.

Co do dokumentów referencyjnych: dwie pierwsze referencje z dnia 3 czerwca 2004 r. i z dnia 31 października 2007 r. dotyczyły prac modernizacyjnych, a nie eksploatacyjnych dlatego też nie mogły być brane pod uwagę. Dokument określony mianem „Potwierdzenie” z dnia 2 lutego 2010 r. również nie może być brany pod uwagę z uwagi na to, że odnosi się wyłącznie do realizacji prac w miesiącu styczniu 2010 r., a nie całego okresu umowy, czy też wymaganego okresu trzech lat przed upływem terminu składania wniosków. Dokument określony mianem: „Informacja” z dnia 12 marca 2010 r. wystawiony przez RZI Bydgoszcz Jednostka Wojskowa 1641 w Inowrocławiu wskazuje na wykonanie przez Odwołującego określonych prac w okresie 2007, 2008 i 2009 na terenie kompleksu wojskowego 6005 – Latkowo. Analiza zapisów umowy z dnia 18 lipca 2002 r. (nr OEN/PN-201/5/D/4) oraz załączonego wykazu prac nie wskazują, aby informacja z dnia 12 marca 2010 r. o

prawidłowości realizacji przez Odwołującego określonych prac potwierdziła realizację prac, o których mowa w wykazie robót oraz we wskazanej umowie. Tak w treści umowy, jak i w wykazie robót nie wskazano, aby chodziło o wykonywanie prac na terenie kompleksu wojskowego 6005 – Latkowo, okres realizacji prac wprost nie odpowiada też terminowi realizacji zamówienia, na które powołuje się Odwołujący w poz. drugiej wykazu. Uwzględniając powyższe dokumentu „Informacji” Zamawiający nie mógł uznać za dokument, który potwierdzałby należyte wykonanie prac, na które Odwołujący powołuje się w wykazie robót. Owa informacja, biorąc pod uwagę jej treść, wskazany zakres przedmioty prac oraz daty realizacji, nie może być uznana za taki dokument. Dokument wystawiony w dniu 12 marca 2010 r. przez RZI Bydgoszcz został wystawiony przez inny podmiot niż ten, z którym Odwołujący podpisał umowę na realizację prac wykazanych w poz. pierwszej wykazu, stąd też nie może być także uznany za dokument potwierdzający należyte wykonanie prac, o których mowa w umowie z dnia 10 października 2002 r. (nr OEN/PN-201/2/D/6). RZI w Bydgoszczy – jak wynika z treści przedłożonej przez Odwołującego umowy – nie było zamawiającym (podmiotem na rzecz którego prace miały być wykonywane). Odwołujący nie wykazał też – a mógł to uczynić w momencie wezwania do uzupełniania dokumentów, skierowanego do niego przez Zamawiającego – prawa wystawienia takiego dokumentu przez inny podmiot aniżeli zamawiający, na rzecz którego prace były wykonywane. Z racji tego, że zakres czasowy realizacji prac w dokumencie nie odpowiada wprost terminowi realizacji umowy z dnia 10 października 2002 r. można mieć także wątpliwości, czy wystawiony dokument dotyczy przedłożonej przez wykonawcę umowy.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że przedłożone we wniosku Odwołującego dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania zamówień, które Odwołujący wykazał w wykazie robót na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stwierdzić należy, że same przedłożone przez wykonawcę umowy nie mogą być uznane za takie dokumenty, pomimo tego, że Zamawiający również przedłożenia takich dokumentów żądał. Dokumentem, który zgodnie z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) ma potwierdzać, że określone w wykazie usług (prace) zostały wykonane lub są wykonywane należycie, odnosi się do dokumentu wystawionego przez podmiot niezależny, który ma uprawnienie do stwierdzenia, że określone prace były wykonane, bądź są wykonywane – w przypadku usług ciągłych lub powtarzających się okresowo – przez konkretny podmiot, który się na nie powołuje należycie. Takim podmiotem będzie zawsze podmiot, na rzecz którego – zgodnie z umową – prace były wykonywane. Może to być także podmiot, który był wykonawcą określonych prac wystawiający dokument na rzecz

podwykonawcy określonych usług. Inne podmioty byłyby uprawnione do wystawienia takiego dokumentu jedynie w sytuacji, gdyby z postanowień umowy o wykonanie określonych prac takie uprawnienie dla tych podmiotów wynikało, albo też, jeśliby zostały do tego upoważnione przez podmiot, na rzecz którego prace były wykonywane. Takich szczególnych sytuacji Odwołujący w przypadku wskazywanego przez siebie doświadczenia nie wykazał, a powinien był to uczynić we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a najpóźniej w terminie na uzupełnienie dokumentów. Za dokument potwierdzający należyte wykonanie zamówienia nie może być uznana sama treść umowy. Umowa potwierdza jedynie powstanie po stronie wykonawcy zobowiązania do realizacji określonego zakresu prac w określonym terminie, nie wynika natomiast to, czy prace zostały faktycznie – zgodnie ze zobowiązaniem zawartym w umowie – prawidłowo wykonane.

Co do określonego przez Zamawiającego okresu trzech lat, co do którego powinno odnosić się wykazywane w ramach doświadczenia zamówienie, Izba uznała, że zarówno treść warunku określonego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również przepisy przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów (§ 1 ust. 1 pkt 3)) odnoszą się do prac (dostaw, czy usług) wykonanych lub wykonywanych w ciągu trzech ostatnich lat. Przyjęcie okresu dłuższego, wykraczającego poza określony czas trzech lat w odniesieniu do jednego z wykonawców ubiegających się o zamówienie prowadziłoby niewątpliwie do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący, biorąc pod uwagę przywołane przepisy oraz zapisy warunku udziału w postępowaniu mógł powołać się na zamówienie, którego realizacja rozpoczęła się poza okresem trzech lat wymaganym w tym przypadku, jednakże dla oceny prawidłowości wykonania tych prac i weryfikacji oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu konieczne było ustalenie wartości wykonanych prac w okresie 3 lat (podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Szczecinie w wyroku z 17 kwietnia 2009 r.; sygn. akt: II Ca 137/09).

W tym zakresie jak również biorąc pod uwagę brak dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych prac, Odwołujący w dostateczny sposób nie udowodnił Zamawiającemu, że spełnia określony przez niego warunek, pomimo tego, że Zamawiający dał Odwołującemu możliwość uzupełniania w tym zakresie braków wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Warto też podkreślić, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje zasada pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp), wszystkie zatem informacje dotyczące spełniania warunków udziału powinny być potwierdzone na piśmie przez wykonawcę w drodze odpowiednich dokumentów, bądź udzielonych wyjaśnień. Takich dokumentów i ewentualnie stosownych wyjaśnień ze strony Odwołującego zabrakło, stąd też należało uznać, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający, wykluczając Odwołującego z udziału w postępowaniu nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Uwzględniono również dyspozycję § 3 pkt 2 lit. b) 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) – zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty strony, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedłożonego w toku rozprawy do akt sprawy rachunku.

**Przewodniczący:**

.....